

LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
EN EL CODIGO CIVIL, DESPUES DE LA
REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY
DE 13 DE MAYO DE 1981.

Tesis doctoral

VOLUMEN II

Francisco M. Lledó Yagüe

LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
EN EL CODIGO CIVIL, DESPUES DE LA
REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY
DE 13 DE MAYO DE 1981.

Tesis doctoral

VOLUMEN II

Francisco M. Lledó Yagüe

C A P I T U L O 3º

LA INSEMINACION ARTIFICIAL
Y LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

Sección 1ª

PROBLEMATICA GENERAL EN ORDEN A UNA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD CUANDO HUBIESE ACONTECIDO UNA INSEMINACION ARTIFICIAL AD HOC

La finalidad que nos mueve a examinar la problemática jurídica del fenómeno de la inseminación artificial, no es otra que la de plantearnos su relación directa con el objeto de nuestro trabajo, cual es la impugnación de la paternidad matrimonial.

En su desarrollo vamos a profundizar en una serie de aspectos jurídico-civiles, eludiendo totalmente su etiología moral o penalista.

De tal modo analizaremos una serie de su puestos que cara a una presunta impugnación de la pa ternidad son de una trascendencia cualificada, como los que hacen referencia a la problemática acerca del

consentimiento de la mujer del donante anónimo al donar éste su semen con fines inseminatorios sin consentimiento de aquélla; o por ejemplo la polémica concerniente a la formalización de los consentimientos exigibles, como asimismo los vicios que actúan sobre la voluntad cuales son el error en el objeto, la violencia, el dolo o la intimidación en las prácticas inseminatorias.

De igual manera resulta interesante la - incidencia de instituciones tales como la ausencia, o la declaración de fallecimiento en la inseminación artificial homóloga (I.A.H.) o heteróloga (I.A.D.), cuando se pretenda a posteriori plantear una demanda de impugnación de la paternidad matrimonial.

Estimamos también interesante la cuestión atinente a la relación entre el fenómeno de la inseminación artificial y el Registro civil, como asimismo el examen de la regulación del matrimonio vis a vis la problemática inseminatoria.

De forma que eludiendo toda la problemática biológica o ético-moral que desborda los cometidos de este trabajo nos centraremos exclusivamente en su estudio jurídico; para ello comenzaremos definien

do el concepto y función de la inseminación artificial. (1)

Asimismo es interesante profundizar en la exigencia de los consentimientos que tienen que expresar tanto la mujer receptora del semen como asimismo el marido de ésta. La polémica puede suscitarse en cuanto a saber quién es la persona idónea frente a la cual deben de exteriorizarse, ¿es preferible la autoridad médica o por el contrario la autoridad judicial?. Reparemos también en la circunstancia de que se hubiere omitido un consentimiento de las personas afectadas, por ej., el consentimiento del esposo de la mujer que se ha sometido a la inseminación artificial, ¿podrá éste sin embargo impugnar su paternidad?.

Respecto a la prestación de consentimientos, la doctrina española más representativa, en concreto RUIZ VADILLO, argumenta lo siguiente: (2)

"El consentimiento debe ser prestado ante un notario (supuesto normal) o ante la autoridad judicial (supuestos especiales) y el centro médico - lo único que debe hacer es constatar formalmente que estos consentimientos se han dado".

Nuestra conclusión es la siguiente: no es oportuno la formalización del consentimiento en docu

mento público o ante la autoridad judicial competente, ya que el secreto de la inseminación artificial no debe trascender, pues el anonimato debe ser total, puesto que entonces podía suceder que los esposos ante la imperiosa exigencia de la constatación formal de sus consentimientos se inhibiesen a otorgarlos, no sometién^{do}se por ende al procedimiento inseminatorio.

Somos del parecer de que la formalización de los consentimientos extrajudicialmente ha de darse ante el director del equipo médico del Banco de Semen en presencia de un par de testigos.

La doctrina clásica comparada, entre cuyos representantes más notables descuella CARDENTE, era de opinión distinta a la que hemos expresado al estimar que la autorización fehaciente debía ser formalizada ante notario. (3)

Reiteramos una vez más nuestra opinión - de que la formalización de los consentimientos no debe requerir una forma judicial; pues tenemos que reparar en que lógicamente esta publicidad iría en detrimento del secreto o anonimato que ha de presidir estas prácticas; de suerte, que consideramos suficiente

la simple formalización del consentimiento ante el - director médico del Banco de Semen del hospital respectivo.

En este sentido, suscribimos totalmente - la opinión de los doctores PORTUONDO y ECHANOJAURE - GUI cuando afirman que: (4)

"Siguiendo la línea de varios estados norteamericanos y en consonancia con la propuesta de la legislación realizada por el Consejo de Europa de Estrasburgo, nosotros exigimos una autorización firmada dando el consentimiento al equipo médico para la práctica de la inseminación artificial con semen del donante. La firma de esta autorización se realiza - en consulta, delante de testigos".

Otro problema que vamos a desarrollar con posterioridad, y que aquí solo bosquejamos, es el de la omisión del consentimiento de la mujer del donante anónimo que dona su semen con fines altruistas para que mujeres cuyos maridos resultan estériles puedan resultar inseminadas.

Prima facie pudiera parecer un problema intrascendente, pero en nuestra opinión debe estar - relegado el mismo a la concepción que mantengamos del matrimonio, bien como un contrato o como una comuni-dad de vida en común. Toda esta problemática la ana

lizamos después con mayor detenimiento.

Basta reiterar ahora nuestra disconformidad con el Proyecto de Recomendación sobre inseminación artificial propuesto por el Consejo de Europa - que en su art. 3 p. II omite olímpicamente el consentimiento de la mujer del donante: (5)

"El consentimiento de la mujer y si ella es casada, el de su marido, es necesario para practicar una inseminación artificial. El médico responsable de la inseminación artificial debe de velar para que los consentimientos sean dados de forma explícita".

En el mismo sentido se manifiestan HERRAIZ e IBAÑEZ cuando concluyen que: (6)

"Es necesario el consentimiento general de los protagonistas, esposa, marido y donante; la protección del secreto de la práctica para la pareja y el anonimato para el donante y la práctica sin fines lucrativos junto al reconocimiento automático de la filiación por parte del esposo y la imposibilidad de establecer cualquier relación legal entre el donante y el hijo que naciere".

También omite el consentimiento de la mujer del donante, en la inseminación artificial RUIZ VADILLO cuando expone su criterio al respecto, (7)

"Tres consentimientos son requeridos: el del donante, el de la mujer y el del marido de ésta, si está casada. En efecto, importa que todas las personas afectadas por este acto delicado e importante para la Sociedad, cual es la concepción de un ser humano, sean plenamente conscientes de sus consecuencias y las aprueben".

Nosotros estimamos que una persona afectada y que se omite totalmente no ya su consentimiento sino incluso su conocimiento es la mujer del donante, que suponemos tendrá algo que decir en la concepción de ese ser humano con el esperma aportado por su marido. Luego a nuestro parecer la omisión de su consentimiento, puede plantear consecuencias jurídicas importantes.

Es indudable que la omisión del consentimiento de la mujer del donante no va a ser decisivo en la impugnación de la paternidad, pues partimos del total desconocimiento de la pareja receptora del semen y de la pareja donante; si en cambio va a resultar dicha cuestión de influencia notoria en las relaciones personales de la pareja donante, en tal sentido podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿podrá la mujer del donante plantear quizá una demanda de separación aludiendo a que su marido ha infringido gravemente los deberes conyugales?.

En cierta manera conviene traer a colación el parecer del profesor ARZA cuando concluye -- que: (8)

"En el planteamiento del problema hablamos solamente de inseminación artificial y no de una inseminación que pueda realizar el hombre mediante una unión sexual con una mujer aun con consentimiento del marido. Porque creemos que no es éste el caso que se estudia, y porque nos parece que un hombre no puede autorizar esa forma de inseminación, porque la mujer ha entregado el derecho a ese acto al hombre o marido solamente y éste no tiene capacidad para renunciar a esa exclusividad de derecho que en el matrimonio se entregan y aceptan el marido y la mujer".

Nosotros nos acogemos a la terminología de pareja donante, y por ello no individualizamos la expresión simplemente al donante, de ahí la exigencia, según nuestro criterio del consentimiento de la mujer del donante anónimo.

En este sentido DAVID opina: (9)

"Referente a las condiciones que tiene que cumplir el donante, nosotros no aceptamos más que los que tienen menos de 45 años de edad, casados y con uno o dos hijos, lo que supone una garantía sobre su fertilidad y ausencia de riesgo genético. También pedimos el consentimiento de su mujer ya que nosotros hablamos de pareja donante que da a otra pareja".

Igualmente se manifiesta del mismo tenor MARINA AVENDAÑOS cuando dice: (10)

"La obtención de semen normal para inseminación artificial puede ser: a) De hombres casados con hijos sanos que al ser informados por el médico del problema de esterilidad que tienen otras parejas, aceptan dar alguna muestra de semen para inseminación artificial heteróloga. Se precisa consentimiento ex plícito de la esposa".

Sin embargo rechazamos de plano el sistema que el mismo sutor en la obra citada explicita como párrafo b), aludiendo al supuesto de hombres casados con hijos sanos reclutados por la propia pareja que solicita la inseminación artificial heteróloga, precisando también el consentimiento de la esposa del dador y asegurándose que dicho semen sólo se utilizará para la pareja amiga solicitante de la inseminación.

No estamos de acuerdo puesto que contradice las directrices expresadas por el Proyecto de Recomendación sobre la inseminación propuesto en el Consejo de Europa, pues es obvio que ha de reservarse el secreto de la identidad de la pareja donante y de la pareja receptora, debiendo rechazar el médico la inseminación si las circunstancias del caso en concreto permiten deducir que el secreto no va a ser mantenido.

En este sentido, el Proyecto de Recomendación sobre inseminación artificial heteróloga del Consejo de Europa, dice: (11)

"El médico y el personal del establecimiento médico que reciben el esperma o practican la inseminación artificial deben preservar el secreto de la identidad del donador y bajo reservas de las exigencias de justicia de la identidad de la mujer, y si ella está casada, de su marido, además del secreto sobre la inseminación. El médico no procederá a la inseminación artificial si las condiciones de ésta hacen improbable el mantenimiento del secreto".

El anonimato sobre la identidad del donante, es pues un requisito sine qua non de la actuación de éste, resultando parangonable a lo que ocurre con la regulación sobre extracción y trasplante de órganos, cuando se concluye en lo siguiente: (12)

"Y que se garantice el anonimato del receptor evitando cualquier información que relacione directamente la extracción y el ulterior injerto o implantación".

Consideramos además que esta norma siempre ha de ser conceptuada como de ius cojens nunca de derecho dispositivo, es decir, que la pareja receptora no tendrá la facultad de elegir a la pareja donante, y ello porque entre otras razones se está -

dilucidando el status de filiación de una persona, y el mismo no puede quedar al arbitrio de una inoportuna acción de reclamación de la paternidad por parte del progenitor biológico (donante de su semen), o de una acción de investigación de la paternidad por el hijo; derecho por otra parte, constitucionalmente amparado. Alguien pudiera considerar que el donante - (padre biológico realmente) está obligado a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

Así si nos atenemos al tenor literal del Art. 110 del C.c. que dice: (13)

"El padre y la madre aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos".

¿Quiere ello decir que una interpretación doctrinal interesada pudiera alegar que el término - padre no es el legal sino el biológico, y por el mero hecho de ser el progenitor real tiene la deuda pendiente de los alimentos necesarios para la subsistencia - del hijo por él procreado, ejerza o no la patria potestad?.

La misma idea viene recalcada en el Art. 111 C.c.: (14)

"Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias, el progenitor:

1 ) Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2 ) Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo a su representante legal.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos".

Pensamos que el conocimiento de la identidad del donante podría provocar que el hijo investigase su paternidad, y que llegado el caso la paternidad del donante progenitor fuese judicialmente determinada contra su oposición. De suerte que alguien interesado en esta interpretación se acogería a la literalidad del segundo párrafo del art. 111 transcrito con anterioridad, en concreto, (cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición).

Pues bien, basta remitirnos al párrafo final del mismo precepto (art. 111) que alude a la -

obligación de velar por la manutención y socorro de los hijos. Por todo lo cual consideramos obligado - el secreto o anonimato de la identidad del donante, perdiéndose sino la razón sustancial de la donación con fines inseminatorios, al pretender adjudicar equivacadamente a aquél responsabilidades paterno filiales que no le conciernen.

Lo que nos interesa a nosotros constatar es que solventado el problema de los consentimientos exigibles, el status de filiación del hijo así inseminado será el de matrimonial, y nadie podrá impugnar, ni el marido de la mujer inseminada, ni ésta aludiendo a un posible vicio del consentimiento, por ej., ella pensaba que iba a ser inseminada homológamente cuando en realidad lo fue heterológamente, ni tampoco podría el hijo investigar su paternidad biológica.

Basta con recalcar la imposibilidad de la impugnación de la paternidad, cuando la finalidad fue se destruir el status matrimonial de un hijo inseminado artificialmente, si se hubiera contado con el - consentimiento explícito de ambos cónyuges.

La doctrina se manifiesta en el mismo sentido, así RUIZ VADILLO argumenta que: (15)

"En los supuestos de inseminación artificial de mujer casada con consentimiento del marido, ninguno de los tres afectados, mujer, marido e hijo podrían ejercitar ninguna acción; ni la madre para impugnar la condición de padre de su esposo, ni éste para desconocer la paternidad, ni el hijo para investigarla. Se trataría ni más ni menos que de una declaración legal que no admitiría, salvo casos muy especiales, prueba en contrario; también son hijos matrimoniales, diría la ley, aquéllos nacidos de inseminación artificial homóloga o heteróloga de la mujer con consentimiento del marido".

Es obvio que desde el preciso momento que la mujer receptora del semen y el marido de ésta dan su consentimiento a la inseminación artificial heteróloga, este hijo así nacido estará amparado en la presunción matrimonial del pater is quaem; de suerte que es matrimonial en relación a ambos cónyuges, de la misma forma que el hijo nacido por inseminación natural constante el matrimonio de los padres.

Respecto a la impugnabile matrimonialidad del hijo inseminado artificialmente se pronuncia el Consejo de Europa en su proyecto de recomendación sobre la inseminación: (16)

"Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el hijo será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido y nadie podrá impugnar la legitimidad por el sólo hecho de la inseminación artificial".

Ahora bien por lo que a nosotros respecta, no compartimos la opinión de la doctrina más generalizada que intenta ver en el consentimiento otorgado por ambos cónyuges el suplemento del reconocimiento notarial de ese hijo.

La razón que alegamos es la siguiente: - así como en el matrimonio después de su celebración y antes de su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges los hijos son matrimoniales - porque están amparados en la presunción del pater is; es claro que en tales supuestos no se necesita del reconocimiento de los hijos que nazcan constante matrimonio, puesto que están protegidos ipso iure en la presunción de paternidad matrimonial absoluta -- (art. 116 C.c.).

Pues bien, si partimos de la base de que en la inseminación artificial heteróloga el hijo así concebido y nacido resulta ope legis beneficiado de la presunción de la filiación matrimonial, entonces, ¿por qué motivo ha de proveerse su reconocimiento en escritura pública?. Es evidente que no podemos compartir este criterio doctrinal, del cual uno de sus exponentes más representativo es THERET: (17)

"El reconocimiento por acta notarial ofrece todas las garantías de solemnidad y de autenticidad queridas, ello permitiría igualmente al notario declarar a las partes sobre las consecuencias de este consentimiento en el marco de un derecho positivo definitivamente fijado en nuestra materia".

Este hijo a nuestro parecer ostenta el status de hijo matrimonial, siendo imprescindible el consentimiento explícito para efectuar la inseminación ante el equipo médico, pero otorgado éste opera ipso iure la presunción de paternidad; por tanto resulta a nuestro parecer inadmisibile y superfluo intentar compararlo con el presumible reconocimiento de un hijo extramatrimonial llevado a cabo notarialmente. En nuestra opinión, son supuestos antagónicos y en absoluto parangonables por analogía.

¿Qué ocurriría si el consentimiento explícito hubiese sido escriturado en un testamento en el cual el testador (afecto de esterilidad) diese su consentimiento a que su mujer fuese inseminada heterológamente?, ¿y si con posterioridad se revocase aquél?

Tendrá que traerse a colación, el supuesto de analogía con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial formalizado en testamento, de modo que no afectará para nada al reconocimiento del hijo ex-

tramatrimonial la posterior revocación de aquel testamento.

Nuestro derecho positivo es taxativo al respecto: (18)

"El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones o sean nulas las demás que contuviere".

Naturalmente lo que si queda claro es que la eficacia del consentimiento tendrá efectos post mortem, de forma que traducido a la praxis jurídica significará que la mujer no podrá inseminarse heterólogamente sino después del óbito, si lo hiciese antes, ese hijo fruto de una inseminación heteróloga quedaría relegado a la condición de hijo no matrimonial, pues el causante del testamento aunque dio su consentimiento, sin embargo la eficacia de los efectos que deben producirse se desencadenarán una vez hubiera fallecido el de cuius otorgante del testamento; sólo entonces, ese consentimiento resultará operativo y el hijo será matrimonial a todos los efectos.

A continuación traemos a colación lo que sucede con el testamento en el que se inscribe por ej. el reconocimiento de un hijo extramatrimonial. -

Sobre este punto, suscribimos totalmente la opinión de los profesores GULLON BALLESTEROS y DIEZ PICAZO: (19)

"La segunda de las cuestiones que se ha suscitado es la de si el testamento de reconocimiento puede producir efectos de manera inmediata, en la -- práctica jurídica es éste un criterio bastante seguido pero a nuestro juicio, erróneo. El testamento además de ser un acto mortis causa, es un acto cuyo efecto queda diferido al momento del fallecimiento del -- otorgante. Tiene eficacia post mortem de aquí que a ninguna de sus cláusulas se les pueda dar eficacia -- inmediata".

Creemos perfectamente factible por tanto homologar este planteamiento del reconocimiento testamentario del hijo extramatrimonial al supuesto del testamento en el cual quedase otorgado el consentimiento para la inseminación artificial heteróloga, -- pues la ratio decidendi es sustancialmente coincidente en ambos casos. Luego si el marido afecto de esterilidad da su consentimiento explícito a que su mujer sea inseminada heterológamente, y esta manifestación de voluntad es por otra parte explicitada en cualquier clase de testamento (sea documento público o no, por ej. el ológrafo); la esposa sólo podrá resultar inseminada en el momento que el esposo testador fallezca, pues como acto mortis causa que es, sus efectos se -- posponen inexcusablemente al instante de la muerte -- de aquél (causante).

Volviendo al tema de la filiación matrimonial de los hijos nacidos por inseminación artificial; la doctrina clásica comparada opinaba que sólo eran matrimoniales los hijos inseminados homólogosamente, relegando a la condición de ilegítimos o extramatrimoniales a los inseminados heterológamente.

En este sentido CIPROTTI dice: (20)

"No cabe duda sin embargo, que los hijos concebidos mediante la fecundación artificial son legítimos si el semen usado (incluso también ilícitamente) era del marido de la madre, cfr. Can III 4 del Codex Iuris Canonici, mientras como también ha proclamado el Sumo Pontífice son ilegítimos incluso incestuosos, adulterinos, sacrílegos en caso contrario".

Nuestra opinión es que esta valoración - resulta anacrónica, no se puede generalizar y funcionalizar discriminaciones por razón del semen. Creemos que el único caso de no matrimonialidad en el --status del hijo inseminado artificialmente, será cuando el marido de la mujer receptora del semen no dio su consentimiento explícito ni tácito a que su esposa resultase inseminada con semen que no fuese el suyo, es decir, rechazase de plano la inseminación artificial heteróloga.

Supongamos que la mujer hubiese sido inseminada heterológamente, (sin contar con el consentimiento de su marido), y además cohabita con su esposo que no está afectado de impotencia coeundi ni generandi, haciendo aquélla coincidir dichas relaciones con la fecundación causal del semen de procedencia heteróloga, de tal modo que la esposa hace creer a su marido que su embarazo es fruto de su cohabitación con él (por inseminación natural).

Como existe un vicio del consentimiento, creemos que el plazo de un año que tendrá el marido de la madre (art. 136 C.c.), en remisión obligada con el art. 138 C.c. y con el art. 141 C.c. nos hará llegar a la conclusión de que el plazo caducaría para el demandante cuando hubiere cesado el vicio que obstaba su voluntad y no planteara al año siguiente de desvanecido el error la oportuna acción.

También puede argumentarse que el art. 138 C.c. alude a los reconocimientos que determinan una filiación matrimonial, pero no habla del supuesto de la presunción matrimonial absoluta (art. 116) que atribuye per se una condición o status de hijo matrimonial por el hecho de nacer constante matrimonio y estar amparado en la presunción pater is. Luego, ¿será de aplicación rigurosa el art. 136 C.c., -

de suerte que si el marido no desconoció el nacimiento de su presunto hijo, caducará para él el ejercicio procesal de su derecho a la acción cuando no planteó la misma en el momento preclusivo idóneo?

Nosotros entendemos que la solución más plausible será entender que habrá que interpretar - analógicamente el art. 138 C.c., de modo que los reconocimientos que determinan conforme a la ley una - filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 141 C.c.

De manera que si el marido, a pesar de conocer objetivamente el nacimiento, como desconocía el hecho generador de éste, el plazo quedaría en suspenso hasta la cesación del vicio que invalidaba su voluntad.

Además pensamos que el art. 141 C.c., cuando habla de la impugnación del reconocimiento por error, si lo aplicásemos al supuesto de la filiación matrimonial se tendría que referir exclusivamente a la presunción de matrimonialidad del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio - que ha sido reconocido expresa o tácitamente por el - marido (presunto padre legal).

De modo que el error en el reconocimiento implicará exclusivamente la pérdida por el marido de la acción de desconocimiento de la paternidad (art. 117) que podía haber instado a través de un simple expediente denegatorio de la misma ante el juez encargado del Registro dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Ahora bien, no perderá el marido por ello la oportunidad de ejercitar la acción de impugnación en el oportuno juicio declarativo ordinario; de modo que traeríamos a colación el precitado art. 141 C.c., que le legitima activamente a -- presentar la demanda a partir del año siguiente a la cesación del vicio.

Pues bien, para el marido que padece un vicio del consentimiento el plazo no caducará hasta que conocido aquél hubiese ya transcurrido un año y no hubiese internuesto la oportuna demanda de impugnación de la paternidad.

El mismo supuesto será el de la mujer que estando embarazada ya de un tercero por inseminación natural se sometiese a una inseminación artificial - heteróloga, contándose con el consentimiento exp^lícito del marido. ¿Acaso el esposo, aunque hubiese dado su consentimiento, no podrá impugnar la filiación matrimonial de ese hijo?.

Imaginemos el caso de negligencia médica, o el hecho de una connivencia entre la mujer receptora del semen y el médico que va a efectuar la inseminación, de suerte que se intenta cubrir el embarazo de la mujer con un tercero respaldándose en una inseminación artificial heteróloga a la cual hubiesen dado ambos esposos explícitamente su consentimiento.

En este sentido, THERET comenta: (22)

"Se puede, en efecto, imaginar la complicidad de una mujer y de su médico para cubrir las relaciones de ésta con un tercero habiendo simulado - una inseminación artificial que se le hubiera practicado con el semen de un tercero".

Partimos de la base de que el marido que ahora pretende impugnar su paternidad dio su consentimiento explícito para la inseminación artificial - heteróloga; procesalmente no podrá ejercitar ninguna acción de impugnación de su paternidad. ¿Incluso tampoco cuando quedase demostrado que sufrió un vicio del consentimiento al otorgar éste?. Somos de la opinión de que como ya existía concepción natural por obra de un tercero, su consentimiento a una presunta inseminación artificial resultaría o devendría ya inidóneo; luego, conocido el vicio, tendrá un año para impugnar

su paternidad; pero reiteramos que su impugnación no es consecuencia de la inseminación artificial heteróloga sino de una inseminación natural previa por obra de un tercero que ocasionó el embarazo realmente.

Se nos ocurre pensar que quizá una salida al problema vendrá dada como consecuencia de la acción de que dispone el hijo para investigar libremente su paternidad (pues es éste, recordemos, un derecho constitucionalmente amparado en su art. 39).

Ahora bien, sin embargo su problemática se complicaría si el tercero (verdadero padre biológico) se opusiese a la acción emprendida por su presunto hijo, justificando su actitud en el hecho de que éste fue concebido a raíz de una inseminación artificial heteróloga y no como fruto de una inseminación natural.

No tenemos que olvidar que la identidad del donante nunca puede quedar en entredicho puesto que su anonimato debe de resultar total.

De manera que la conclusión será que la presumible investigación de paternidad no podrá plantearse, si el hecho generativo fue desencadenado por la referida inseminación artificial.

La solución se nos antoja por otra parte, compleja y dificultosa, cuando por medio pudiese haber una negligencia o impericia médica o una plausible - connivencia de las partes.

Lo que resulta evidente es que por supuesto en aras de ese anonimato y secreto de la identidad del donante, no se deberá permitir a posteriori ninguna acción de investigación de la paternidad que tenga por objeto recabar una pensión alimenticia.

En este sentido, conviene recordar el Proyecto del Consejo de Europa sobre inseminación artificial heteróloga. De modo que se manifiesta favorable a la exclusión del vínculo de filiación entre el donante y el hijo concebido por inseminación artificial. Asimismo, no puede ser establecida ninguna acción - alimenticia, ni ésta puede ser intentada contra el - donante, ni éste podría ejercitarla contra el hijo.

Asimismo la Resolución "(78)" 29 dice: -

(24)

"El párrafo del art. 2 establece la regla del anonimato, ella estipula el anonimato de la identidad del donante y del receptor. Esta regla tiene por objetivo evitar la eventualidad de remordimientos de conciencia exagerados, sea en el donante, sea en el receptor, sea en los dos y en particular de evi

tar que alguien abuse de la situación a través del chantaje, por ej. explotando la donación y los sentimientos de las personas encausadas".

Es nuestro parecer que la intencionalidad del donante, su finalidad no es la paternidad per se, sino ad alius, es decir, para aquél que desea ser padre, padeciendo impotencia coeundi y generandi, de modo que tiene que recurrir a técnicas inseminatorias heterólogas.

Por supuesto, ha quedado claro nuestro posicionamiento al respecto; el donante de semen no tiene por qué padecer los rigores de las responsabilidades paternas; lógicamente tampoco deberá saber quien es la destinataria o receptora de su semen; si pretendiese semejante averiguación, el médico director del Banco de Semen deberá rechazar de plano su ofrecimiento. Consecuentemente, este donante, si está casado y ha contado con el consentimiento de su esposa (esta es nuestra teoría), no le estará permitido que intente a posteriori un reconocimiento extramatrimonial del hijo nacido como consecuencia de la inseminación artificial, ni por supuesto tampoco a la esposa del donante (presunto reconocedor) que entablara una acción de reclamación de la filiación no matrimonial.

Por tal motivo no compartimos la opinión de THERET cuando dice: (25)

ante "¿Sería deseable para la paz de las familias legítimas autorizar al marido reconocer a un hijo nacido de otra mujer que no sea su esposa concebido artificialmente por él?. El problema no difiere en principio, a decir verdad, de la legitimación judicial de un hijo adulterino por el padre adúltero - con el consentimiento de su cónyuge previsto por el art. 332-2 del C.c. francés".

No hay duda, pues, de que la finalidad - del donante es altruista o científica, es decir, la donación de su semen es para una presumible inseminación artificial, pero nunca una finalidad con responsabilidades paterno-filiales; todo ello viene justificado por la obligación del anonimato y desconoci - miento que ha de existir entre la pareja donante y - la pareja receptora del semen. Por todo lo cual re - sultaría inviable que el hijo pudiese accionar des - pués en búsqueda de su paternidad real, al plantear una hipotética acción de investigación de la paterni dad.

Con respecto a este extremo RUIZ VADILLO comenta: (26)

"Ello es lógico porque el donante una vez hecha su donación no entiende tener un hijo para él sino simplemente permite la inseminación artificial.

Si el hijo, la madre o cualquier otra persona interesada tuviera el derecho de intentar una acción en investigación de la paternidad contra el do -

nante a pesar del secreto prometido, muy pocos hombres estarían inclinados a donar su esperma. Teniendo en cuenta que se prohíbe el establecimiento de todo lazo de filiación entre el donante y el niño, las reglas prohíben en consecuencia toda demanda de pensión alimenticia entre ellos".

Sección 2ª

POLEMICA SUSCITADA A TENOR

DEL PRESUMIBLE CONSENTIMIENTO EXIGIBLE

A LA MUJER DEL DONANTE ANONIMO EN LA INSEMINACION
ARTIFICIAL HETEROLOGA; SU RELACION CON EL PREVISIBLE
EJERCICIO DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA
PATERNIDAD MATRIMONIAL

Atendiendo a la problemática planteada por el consentimiento que tuviere que prestar la mujer del donante de semen; el punto de partida de esta cuestión tendrá que dilucidarse a tenor de la concepción del matrimonio que mantengamos; ora sea como contrato, ora sea como comunidad total entre los cónyuges.

Resulta imprescindible aportar en este punto la opinión de DE ANGEL YAGUEZ en lo concerniente - a los actos médicos sobre uno de los cónyuges. (27)

"En este punto es menester partir de la concepción que el ordenamiento jurídico tenga acerca de la institución matrimonial y del rango o jerarquía que se atribuya a los dos valores que aquí pueden entrar en colisión, el de la libertad individual de un lado, y el de la comunidad conyugal por otro. Variables, unas y otras, fuertemente influidas por los principios éticos y políticos imperantes en cada momento en la sociedad".

Esto supuesto; como en cualquier situación comprometedora, pensamos nosotros que existe una clara dicotomía enfrentada.

De suerte que en contra de la exigencia del consentimiento de la mujer del donante sobre la donación por parte de éste de su semen, podrá argumentarse: La libertad del individuo, la circunscripción de este tipo de actos dentro del contexto de los derechos subjetivos, intransferibles, personalísimos, e innatos en su propia persona, de modo que frente a los mismos su conciencia actúa como rector y juez supremo, no requiriéndose por tanto ningún tipo de consentimiento complementario en materias como éstas donde debe de primar la voluntad y la decisión personal exclusivamente.

A sensu contrario podría rebatirse que esta libertad individual quedaría cercenada en la

práctica, entre otras causas por los propios cánones o principios jurídicos o sociales de la propia comunidad social, de manera que en ella quedarían insertadas aquellas libertades fundamentales de los individuos actuando aquélla (la comunidad) como catalizador de actitudes y comportamientos, de forma que en el supuesto planteado el consentimiento para esta clase de actos requeriría el parecer conjunto de ambos cónyuges.

Centrado pues el problema, debemos de analizarlo dentro de la temática de los deberes conyugales, siendo en nuestra opinión el exponente principal el derecho a la fidelidad conyugal que se decanta de la misma naturaleza del matrimonio.

Compartimos absolutamente el concepto de fidelidad definido por el profesor LACRUZ BERDEJO. -
(28)

"La palabra fidelidad socialmente incluye la obligación para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro".

Si partimos del supuesto hipotético, que el matrimonio fue celebrado canónicamente, resulta obligado remitirnos al CODEZ IURIS CANONINI, para ex

presar el concepto o definición del consentimiento.

(29)

"El acto de voluntad por el cual ambas partes se dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole (esta definición vale también para el derecho civil)".

Pues bien, de acuerdo a esta concepción del consentimiento matrimonial, la mujer del donante de semen podía quizá considerar que se están infringiendo estos postulados, debido a la aptitud reiterativa y ominosa de su marido en sus donaciones constantes, de suerte que, si lo expuesto lo relacionamos con el concepto de fidelidad referido precedentemente, especialmente el último inciso, "absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro"; podemos llegar a la conclusión; que la mujer viese atentada su dignidad en la deliberada omisión no sólo de su consentimiento, sino también por la circunstancia de desconocer el comportamiento negligente de su esposo, de suerte que todo ello repercutía negativamente en el débito conyugal

"El es

recipro Conviene asimismo colacionar la aportación jurisprudencial sobre estos extremos, escrutando lo atinente a la problemática de los deberes conyugales.

la mujer De suerte, que el Tribunal Supremo comenta: (30)

litera "Pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal constitutivo de adulterio, pueden entrañar una conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca la perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común".

de los En iguales términos otra resolución manifiesta el mismo razonamiento. (31)

la "A la conducta de una esposa obligada a evitar toda relación anormal que pueda servir de base al desprestigio del marido".

de la Luego a sensu contrario, es nuestro parecer, que el marido también está obligado a evitar toda relación anormal, por ej. (donación de su semen - que pudiese servir al desprestigio de la esposa).

opinional Por otra parte, si los cónyuges se deben respeto, criterio seguido fielmente en los últimos - Proyectos y Ley sobre la regulación del matrimonio. "El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos y actuarán en interés de la familia". En iguales términos se manifestó el informe de la Ponencia en el Congreso de los Diputados. "El marido y -

la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia". Redacción ésta, que hoy es lege data, pues el legislador se ha expresado literalmente en forma homónima. (32)

Si mantenemos el criterio en nuestro parecer acertado de LACRUZ BERDEJO. (33)

"Acaso la especificidad del respeto mutuo de los cónyuges se relacione con el deber de fidelidad, como obligación de evitar cada esposo cualquier conducta suya depresiva para la dignidad del otro".

Obviamente llegaremos a la conclusión, - que se faltaría lógicamente a ese respeto si la mujer considerase vejatorio que su marido donase su semen de forma continuada si tan siquiera contar con su conocimiento; a sensu contrario, ocurriría igual cuando la mujer omitiese no ya el hipotético consentimiento, sino el mismo conocimiento del marido para que aquélla donase libremente un óvulo. Por supuesto, es una opinión que entra de lleno en el campo de lo discrecional, y en absoluto deviene como afirmación categorica o dogmatizante.

A nuestro modo de ver un principio importante dentro del elenco de los deberes conyugales, es el referido genéricamente a la actuación de los cónyuges en interés de la familia.

Una vez más tenemos que recurrir al oportuno comentario de LACRUZ BERDEJO (34). De tal modo, apunta el citado autor, que cada cónyuge debería de preguntarse si cada uno de sus actos es o no contrario a las conveniencias del grupo familiar. El mismo profesor citando a ESPIN, alega que éste eleva el principio de protección del interés familiar a criterio rector de toda actividad conyugal, consagrando así la supremacía de la familia sobre los intereses a veces contrapuestos de los cónyuges. En el mismo sentido, concluye LACRUZ, se ratifican otros autores como GOMEZ LAPLAZA (primacía del interés de la familia sobre cualquier otro posible interés de los esposos).

A nuestro juicio, puede darse el problema de confrontación de los intereses siguientes: por una parte, el del cónyuge al querer por ej. donar su semen "libremente", y de otra, el del interés de la familia. De manera que, si bien pudiese entenderse que esta donación es una manifestación intrínseca, -innata, que entra dentro de la voluntad libérrima de los derechos subjetivos del cónyuge donante; sin embargo, debiera ceder ante los intereses superiores de la comunidad familiar para evitar desavenencias graves entre los cónyuges, o evitar afecciones psíquicas perjudiciales en su posible conocimiento por los hijos del matrimonio (pareja donante).

Resulta interesante asimismo el comentario a esta problemática del consentimiento de la mujer del donante, de la toma de postura de HERRERO DEL COLLADO que suscribimos en su totalidad. (35)

"Sin consentimiento o contra la voluntad de la persona, cabe también concebir la injuria grave a la propia mujer inferida por el esposo al entregar su propio esperma para la inseminación artificial de otra mujer. En el matrimonio hay mutua entrega corporal, y no cabe a ninguno de los esposos disponer de su semen para otros fines extramatrimoniales - que lesionen el derecho irrenunciable del otro consorte".

Reparemos en el siguiente supuesto relacionado directamente con la problemática suscitada - acerca de la exigibilidad o no del consentimiento de la esposa del donante anónimo: (A) donó su semen siendo soltero al Banco de Semen dependiente del departamento obstétrico del hospital de su ciudad; posteriormente contrae matrimonio aquél, resultando adverado el hecho de que la mujer receptora de su semen, se ha llevado a cabo su inseminación después de casarse el donante anónimo.

En nuestra opinión, no hay ningún problema en cuanto al momento de exigir el consentimiento, por la razón que a continuación exponemos:

Cuando él donó su semen no existía ningún vínculo matrimonial, ni a la sazón deber conyugal (ej. fidelidad o respeto), ni entraba en juego la máxima del interés de la familia. De suerte que, cuando él donó su semen ignoraba el dies a quo presumible de la inseminación; luego el negocio jurídico de la donación se perfeccionaría desde el momento que se produjo la misma, no por el contrario cuando se consumase realmente la donación ad hoc, es decir, (la inseminación). Concluyendo por tanto que en el caso aludido será totalmente independiente el presunto y conjeturable consentimiento y cognoscencia por parte de la esposa - del donante.

Inciendiando de nuevo en el tema de la exigencia o no del consentimiento de la mujer del donante de semen, la polémica doctrinal sobre este punto no es unánime, como en tal extremo resulta la opinión de DE ANGEL YAGUEZ. (36)

"d) Donación de semen o de óvulos. Estimo que en estos casos no es preciso el consentimiento del otro cónyuge -salvo que se pusiera en peligro la fertilidad del o de la donante- y que su práctica no constituye causa de separación, puesto que no se produce ofensa ("injuria") al otro consorte".

A continuación analizaremos el problema relativo al certificado de la autorización del consentimiento.

Doctrinalmente se han presentado problemas respecto a la autenticación formal de los consentimientos solicitados en la inseminación artificial heteróloga, en relación con la forma de prestarlo.

A este respecto comenta RUIZ VADILLO. -

(36)

"En cuanto al consentimiento creemos que sólo debieran poderlo prestar los casados, cualquiera que sea su edad, y los mayores de edad en otro caso siempre que gocen de la plenitud de la capacidad jurídica. En relación con la forma de prestarlo creemos que debiera hacerse en escritura pública o ante el juez de distrito de la localidad de donde haya de llevarse a cabo la inseminación".

En nuestra opinión no compartimos el mismo criterio, puesto que pensamos que demasiada formalidad inhibiría a los posibles interesados, además - de contradecir su ratio operandi, cual es el mayor anonimato.

Llegamos a la conclusión, que dicho certificado autorizando el consentimiento bastará que fue se realizado sencillamente ante el mismo ginecólogo que va a llevar a cabo la operación inseminatoria, actuando de testigo un médico o enfermera del equipo del ginecólogo; como a tal efecto solicitan los Dres. PORTUONDO y ECHANOJAUREGUI. (37)

"Nosotros exigimos una autorización firmada dando el consentimiento al equipo médico para la práctica de la inseminación artificial con semen del donante. La firma de esta autorización supone un cierto amparo legal para el facultativo, en el supuesto que el proceso tuviese que ser visto en los Tribunales de Justicia".

De suerte que en dicho documento médico ambos cónyuges, mujer receptora del semen y el marido de ésta diesen su consentimiento libre y conscientemente, registrándose aquél (según nuestra opinión) - en un Registro Especial que a la sazón llevase el director del Departamento obstétrico y ejecutor material del acto inseminatorio, siendo el aludido Registro totalmente secreto y responsabilidad directa del ginecólogo responsable.

A continuación insertamos un modelo de -
certificado utilizado por los Dres. PORTUONDO-ECHANO
JAUREGUI: (38)

De tal modo que ahondando un poco más en el aspecto del Registro Especial, es nuestro parecer que sería deseable en un futuro próximo la creación de un Registro Central de Bancos de semen que uniformase toda la información de los respectivos Bancos de semen territoriales. Con ello pensamos que se evitarían problemas de extorsión o pérdidas, asimismo juz

gamos procedente su dependencia jerárquica de la Subsecretaría de Salud y del Ministerio de Sanidad.

Esto supuesto competería a los poderes públicos asegurar firmemente la no viabilidad de la acción en búsqueda de la paternidad por el hijo; puesto que el interés en respetar un derecho adquirido como es el status matrimonial del hijo, es más beneficioso que el interés que se desea soslayar, cual es la revocación de un status de filiación matrimonial en pro de una verdad biológica, que aquí resulta obvia da y por ende ignorada siempre (la identidad del donante anónimo, biológicamente progenitor pero nunca legalmente padre).

Sección 3ª

EXAMEN DEL DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA
INSTITUCIONALIZACION DEL FENOMENO DE LA INSEMINACION
ARTIFICIAL. POSTURA DE NUESTRO DERECHO. CRITICA

Conviene que resaltemos a continuación -
 necesariamente las directrices que la doctrina del -
 Derecho comparado, anglosajona, germánica, y conti -
 nental, han seguido sobre la tipificación del fenóme -
 no de la inseminación artificial; y cuál es, o mejor
 dicho será la regulación o problemática normativa que
 de lege ferenda se vislumbra en nuestra regulación.

Transcribimos a continuación lo más repre -
 sentativo de la doctrina anglosajona, en concreto KRAU -
 SE HARRY, (39)

Francamente en nuestra opinión discrepa -
 mos abiertamente de estas líneas que hacen referen -

cia al status legal del hijo concebido por inseminación artificial. Es nuestro parecer, que resulta in dubitado y de una certeza inconcusa el estado de hijo matrimonial del así concebido constante matrimonio, y por ende amparado en la presunción de paternidad.

Respecto a la posibilidad de plantear una acción de paternidad contra el donante, carece a nues tro juicio de toda fundamentación jurídica; su críti ca la hemos expuesto precedentemente, y a ella nos re mitimos.

A nivel de Derecho Comparado proseguiremos con las principales reformas operadas en las legislaciones extranjeras sobre la filiación, vis a vis con el fenómeno de la inseminación artificial.

En este sentido, el C.c. suizo comenta:

(40)

"El marido no puede intentar la acción si él ha consentido la concepción por obra de un tercero".

En el mismo tenor venía a manifestarse el

MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL: (41)

"También el proyecto deniega la cualidad de obrar al marido que ha consentido la concepción - por obra de un tercero (art. 256 3º al)".

Asimismo la doctrina suiza más representa
tiva de la cual es fiel exponente HEGNAUER CYRIL, opi
na que: (42)

"Si el marido no tiene acción cuando él
ha consentido la concepción por obra de un tercero -
(art. 256 al 3) si que importa saber si esto resulta
de cohabitación (comp art. 137 al 3) o de insemina
ción artificial por el esperma de un tercero (insemi
nación heteróloga; MESSAGE pag. 31)

Todo ello viene a ratificar la idea de la
prohibición absoluta para presentar la demanda de im
pugnación de la paternidad cuando el marido consintió
explícitamente, o bien de una manera tácita a la inse
minación artificial. Entre líneas, alíptica e implí
citamente se hace referencia aquí al abuso de derecho
y a la bona fides que conculcaría el marido que preten
diese impugnar su paternidad cuando hubiere dado su
consentimiento a la inseminación artificial heterólo
ga, y luego pretendiese dolosamente revocar su consen
timiento.

Asimismo, de la reciente reforma de la le
gislación belga sobre filiación, extractamos los si
guientes aspectos que vienen a ratificar la idea que
expresamos.

Es oportuno en tal sentido traer a remisión los comentarios de los Proyectos de Ley de Reforma de su filiación (43); porque se nos habla en ellos de que la paternidad puede ser impugnada si se prueba que el marido no pudo ser el padre. El p. IV del artículo 318 rechaza la demanda cuando el marido ha consentido un acto que haya tenido por objeto la inseminación artificial.

Recientemente uno de los últimos Proyectos alude directamente al supuesto inseminatorio. (44)

"La demanda no podrá ser admitida si el marido ha dado su consentimiento a una inseminación artificial que ha podido entrañar la concepción del hijo".

La doctrina belga también se ha posicionado al respecto. (45)

"El proyecto prevee que la demanda es rechazada cuando el marido ha consentido en un acto teniendo por objeto la concepción del hijo".

Concluiremos con el parecer suscrito en la Exposición de Motivos del Senat de Belgique. (46)

"Sería injusto en consideración a la madre y al hijo, que la paternidad pueda todavía ser impugnada. Si la madre ha consentido en la insemina

ción artificial, no es indicado que ella intente una acción en impugnación, la decisión de recurrir a la inseminación artificial vincula a los dos esposos".

La conclusión evidente será que el hijo fruto de una inseminación artificial heteróloga llevada a cabo contándose con el consentimiento explícito de la mujer inseminada y de su esposo; inso iure se desencadenará para el hijo la presunción pater is, y puesto que su concepción se produjo constante matrimonio, la condición jurídica de filiación, o su status será el de hijo matrimonial, de suerte que el marido (padre legal) no podrá a posteriori revocar su consentimiento ni pretender una impugnación de su paternidad, ejercicio éste que devendría extemporáneo e inidóneo.

Como podemos observar, las directrices de la legislación germánica y belga coinciden en la negación de la acción de impugnación al marido que consintió explícitamente en la inseminación por obra de un tercero; queda pues en consomancia estas reglas con las expuestas por el Proyecto de Recomendación del Consejo de Europa sobre inseminación artificial referidas con anterioridad, concretamente en el art. 7 - (cuando la inseminación artificial está realizada con consentimiento del marido, el hijo será considerado

hijo matrimonial de la mujer y de su marido, y nadie podrá cuestionar su naturaleza matrimonial en base - al hecho de la inseminación artificial) del aludido proyecto.

Por lo que hace referencia al derecho - portugués es muy ilustrativo al respecto, lógico será pues comenzar su examen con criterios positivos, así el Código civil lusitano establece: (47)

"No es permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido".

La doctrina portuguesa entre cuyos representantes descuella DE OLIVEIRA: (48)

"El legislador de 1977 a semejanza del - sistema suizo niega el Derecho de impugnar al marido o a la mujer que consintiera en la fecundación, desde el punto de vista de la verdad biológica, el marido no es realmente el padre natural. Se justifica - esta solución con el argumento de que si el cónyuge acepta que entre en su familia un hijo que resulte - de fecundación heteróloga no puede después a su conveniencia revocar la disposición anterior y probar - que no es el padre biológico con las graves consecuencias de una impugnación de la paternidad. La prohibición del derecho de impugnar constituirá al final una aplicación de la teoría del abuso del derecho".

En la misma línea se reafirma FERNANDES RODRIGUES BASTOS. (49)

"Para la solución concreta de los problemas que la materia suscita debe tenerse en cuenta o presente la dificultad de prueba. En verdad, la prueba de la derivación causal exclusiva, presupone e implica la seguridad del efectivo empleo de un semen de determinada proveniencia conjugada con la ausencia de otros posibles actos de fecundación natural o artificial. Por eso el legislador del Código ha prohibido la invocación de la fecundación artificial en las acciones de impugnación de la paternidad legalmente presumida".

Naturalmente, lo que nos parece evidente a nuestro juicio, es que la institucionalización del fenómeno de la inseminación artificial se opone a la impugnación de la paternidad por motivos tasados, de modo que desaparece la imposibilidad física de concepción debido a problemas de ausencia o incluso a la impracticabilidad de copular, y ello porque la cohabitación puede resultar causal sin necesidad de reunión física, de suerte que el marido que ha dado su consentimiento a que su mujer se la practicara la inseminación artificial homóloga, no podrá fundamentar su impugnación a posteriori aludiendo a que en el período de concepción estaba ausente.

A este efecto THERET comenta: (50)

"El riesgo surgiría entonces de ver un marido que habiendo consentido en una autoinseminación, retracta terdñamente su acuerdo inicial e intenta impugnar al hijo fundándose en la imposibilidad de haber tenido relaciones por su alejamiento durante el período de concepción".

poco se Supuesto que podía presentarse con nuestra anterior redacción sobre la presunción de paternidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 108 del C.c. párrafo II (contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo). De suerte que en tales circunstancias bastaría a un marido desaprensivo conculcar el status del hijo demostrando en el momento de la concepción su imposibilidad física de copular.

la pre
lación

Es nuestra opinión que con la remodelada redacción de la presunción de matrimonialidad quedará subsanada dicha posibilidad, puesto que ahora estos hijos son matrimoniales, tanto si ha habido un consentimiento de ambos consortes, como si hubiesen sido procreados por inseminación natural; de manera que con el actualizado art. 127 C.c. la prueba es libre y no queda cercenada en su objeto, por ello, el

VALDES

alejamiento o la ausencia no será más que una endeble presunción iuris tantum, cuya veracidad puede verse rebatida con cualquier medio probatorio.

Concluimos afirmando que evidentemente tam poco servirá de fundamento al marido el alejamiento, la ausencia, o la impotencia para copular, si el fín es pretender reglamentar con ello el principio de prueba suficiente, que le permita entablar la demanda de impugnación de la paternidad matrimonial como exige el precitado art. 127 C.c.

Naturalmente si partimos de la base de que la vera copula no es el único medio de reproducción humana, esta conditio sine qua non de procreación no sería ya considerada iuris et de iure; siendo posible la prueba en contrario, ésta vendrá dada por la copulación inseminatoria artificial que permite que se genere sin comparecencia física del progenitor en el acto sexual, cuando éste resulte afecto por ej. de una impotencia coeundi que le imposibilitare copular pero no generar.

(52)

Resulta conveniente que expresemos el parecer de la doctrina española especialmente la de VALDES (citando a DIAZ GUIJARRO) dice: (51)

el canal
so, incl

"Aquí están en juego por completo los principios en que ha reposado siempre la figura de la paternidad. Y su discusión gira alrededor de si la cópula es esencial o no al concepto de paternidad, cuestión como puede verse íntimamente ligada a la antes aludida de la separación entre las dos funciones procreación e intimidad conyugal de los órganos sexuales".

Ante tales afirmaciones, nuestro criterio no coincide con dichos razonamientos, puesto que es obvio que la copulación no es condición necesaria, exclusiva, y excluyente de la paternidad.

Naturalmente, el recurso tanto a la inseminación artificial homóloga o heteróloga tendrá que venir dada su presumible utilización cuando exista únicamente una necesidad absoluta, es decir, sólo consentir la inseminación artificial homóloga cuando el marido no puede copular pero sí generar, y recurrir a la heteróloga siempre y cuando exista impotencia - coeundi y generandi.

Las indicaciones del recurso a la inseminación artificial homóloga nos las describe CARDENTE:
(52)

"La fecundación homóloga encuentra su indicación en la incapacidad de los espermatozoides de penetrar en el útero por propia inhabilidad o porque el canal cervical obstruye o hace dificultoso el paso, incluso por toxicidad de la secreción vaginal y

cervical que derivan de la flogosis inflamatoria o - por disturbios de endocrino. Casos en que la cópula es materialmente dificultada por responsabilidad patológica de uno o de otro cónyuge, hipospadia, epispadia, impotencia coeundi con eyaculación conservada, anticipada".

Del mismo modo se debe recurrir a la inseminación artificial heteróloga cuando descartada la posibilidad de la inseminación artificial homóloga - porque el marido resulte estéril, se prefiera acudir a la inseminación artificial heteróloga que a la adopción, porque entre otras razones la maternidad no es simplemente psicoafectiva sino biológica.

En este sentido para concretar esta cuestión conviene que extractemos sucintamente el parecer de DE OLIVEIRA en una de sus últimas obras: (53)

"La mejor actitud legal frente a la inseminación artificial sólo puede surgir después de un análisis realista de los intereses que pueden justificar el recurso a la inseminación artificial y con los efectos que ella podrá provocar en los individuos de la organización familiar y en la Sociedad. Este análisis todavía no ha sido hecho en países donde el problema surgió hace decenas de años dividiendo las opiniones, de modo que unos consideran que la inseminación artificial contribuye para la destrucción del sistema familiar, otros acreditan que por el contrario refuerza el valor fundamental de la familia como célula fundamental en cuanto permite la generación de hijos por casados que nos tenían debido a la esterilidad marital".

Por lo que respecta al derecho francés no existe un tenor literal que exprese la imposibilidad de impugnación al cónyuge que la haya consentido, de forma que tácitamente el legislador galo alude al fenómeno inseminatorio cuando explicita que: (54)

"El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Sin embargo, éste podrá impugnar al hijo si justifica por hechos propios que él no pudo ser el padre".

Francamente, no nos convence nada esta - normativa, de suerte que tal como está redactado bastará al marido que consintió explícitamente en la inseminación artificial heteróloga, (debido a su esterilidad) alegar su imposibilidad física para procrear consecuencia de su impotencia generandi.

A nuestro entender estimamos que debiera de haberse incluido en el art. 312 C.c. francés la - disposición que expresaba en su proposición de ley - el senador CAILLAVET, refiriéndose explícitamente a la negativa a la concesión de la acción de impugnación cuando hubiese prestado su consentimiento por escrito a la inseminación artificial que se llevase a cabo en su esposa. (55)

Esto supuesto, pensamos que trasladada - esta norma positiva a nuestro cuerpo legal, creemos

que no bastará al marido presentar como principio de prueba suficiente su impotencia coeundi o generandi, si la mujer presenta certificación fehaciente del consentimiento de ambos cónyuges a la inseminación artificial heteróloga.

de esta

sancción

Por lo que hace referencia a nuestro derecho positivo el silencio sobre la inseminación artificial es absoluto. Quizá recurriendo a una interpretación extensiva juzgamos totalmente viable la declaración de la filiación matrimonial cuando el hijo haya nacido fruto de una inseminación artificial; de modo que podemos buscar su respaldo legal en nuestro articulado sobre la filiación. (56)

"Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo".

Siendo precisamente en este último apartado subrayado donde enmarcamos la inseminación artificial, pues nadie nos puede negar que si ambos cónyuges otorgan explícitamente su consentimiento a la inseminación artificial heteróloga, el hijo así nacido ostentará la filiación o status de hijo matrimonial,

propio al

y ello se inferirá no porque el marido ha dado su consentimiento a que el hijo fuera matrimonial, sino - porque los cónyuges de consuno otorgan libremente su consentimiento a que se lleva a cabo la inseminación artificial heteróloga, de suerte que como consecuencia de esta fecundación el hijo está amparado por la presunción de paternidad pater is siendo tan matrimonial como el hijo concebido fruto de una inseminación natural.

Criticamos por tanto que nuestro legislador no haya tipificado expresamente el fenómeno inseminatorio, como por el contrario han explicitado sus homónimos por ej. el suizo o portugués: (57)

"El marido no puede intentar la acción si él ha consentido la concepción por obra de un tercero"

"No es permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial heteróloga al cónyuge que la ha consentido".

Resulta obvio a nuestro parecer que el art. 136 C.c. tendría una valoración muy positiva, si a su tenor literal se le hubiere añadido un apartado como el que a continuación esbozamos:

"Ni los cónyuges, (el marido por derecho propio ni la mujer que ejerza la patria potestad), ni

los herederos de uno u otro podrán impugnar la paternidad cuando aquéllos dieron explícitamente su consentimiento a la inseminación artificial. Quedará asimismo impedido al hijo y a los herederos de éste ejercitar la acción en investigación de la paternidad.

En el supuesto de la filiación extramatrimonial, ningún interesado tendrá acción para impugnar el status matrimonial del hijo así concebido".

DOC?

A LA P.

ciones

sultar

seminator

cuellan

gal, la

Civil, y

en la in

Sección 4ª

ESTADO DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES
QUE PUEDAN PRESENTARSE,
DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIALMENTE, EN ORDEN
A LA RELACION ENTRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
Y LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

A continuación analizaremos las instituciones jurídicas que a nuestro modo de ver van a resultar más afectadas en relación con el fenómeno inseminatorio. De tal suerte que entre las mismas descuellan la adopción, el matrimonio, la ausencia legal, la declaración de fallecimiento, el Registro Civil, y la incidencia de los vicios de la voluntad en la inseminación artificial.

PRINCIPAL PROBLEMÁTICA EN LA ADAPTACION DEL FENOMENO
INSEMINATORIO AL PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLOGICA REAL

¿LA INSEMINACION ARTIFICIAL SUSTITUTO

A POSTERIORI DE LA ADOPCION?

Imaginemos a continuación el siguiente -
supuesto.

(A) ----- (casado con) (B), a (B) le es practi-
cada una inseminación artificial heteróloga. Poste-
riormente (A) impugna la filiación matrimonial de ese
hijo, pero no alegando que hubiera existido una inse-
minación artificial heteróloga, sino lo que excepcio-
na es su incapacidad absoluta de procrear, es decir
su impotencia coeundi y generandi; sumándose a estas
cuestiones también la alegación de que su consen-
timiento resultó viciado.

Lógicamente, si pensamos que la impugnación de la matrimonialidad es inadmisibile cuando el marido consintió libremente en que su mujer fuese inseminada heterológamente, ¿se deberá entender que -- a sensu contrario si resultó que el marido no consintió libremente o negó su consentimiento, podrá llevar a cabo el planteamiento de su demanda amparándose no ya en la inseminación artificial homóloga sino en su impotencia para generar?.

En este aspecto conviene que colacionemos el fallo dictado por el Tribunal de Niza en un supuesto de estas características. (58)

"El marido lejos de invocar este modo de concepción del hijo y ese consentimiento de su parte, que él por el contrario deniega absolutamente, se limita a excepcionar su incapacidad absoluta para procrear, consecuentemente su acción de impugnación no podrá ser declarada inadmisibile ya que su esterilidad irremediable no había sido nunca impugnada por los demandados".

La doctrina francesa comenta la siguiente sentencia en concreto THERET opina que: (59)

"Se puede pensar que de la manera en que han razonado los jueces de Niza en la decisión de -- 1976, los magistrados no toman en cuenta la prueba -- de la heteroinseminación, ellos se atienen a la constatación del alejamiento del marido para concluir en la imposibilidad para él, de ser padre".

¿Qué pasará si a la mujer se le ha practicado la inseminación artificial heteróloga pero sin contar con el consentimiento de su marido, y después ella cohabita normalmente con éste, puesto que no existía ningún impedimento para ello biológicamente hablando?.

En primer lugar, tendremos que preguntarnos si el juez español podrá admitir como principio de prueba suficiente presentado por el marido:

a) la inseminación artificial heteróloga operada en su mujer.

b) la omisión de su consentimiento.

Lo lógico será que el juez recurra a las pruebas biológicas strictu sensu, por ej. a los sistemas genéticos, prueba heredobiológica, y sobre todo a la prueba de los grupos tisulares, que junto a la prueba de la otorgación del consentimiento para la citada inseminación conformará de seguro la sana crítica del juez, decantándose con mayor fiabilidad su arbitrio judicial en el supuesto concreto con una verosimilitud confinante en la certeza.

Un ejemplo de un vicio del consentimiento podría venir dado en el supuesto de que (A) marido hiciese creer a (B) su esposa que se le va a practicar una inseminación homóloga, cuando lo cierto es que se va a utilizar semen de un tercero; si el marido da su consentimiento, este hijo está amparado en la presunción del pater is (art. 116), ahora bien, ¿la mujer podría impugnar el status matrimonial del hijo alegando que padeció un vicio del consentimiento, pues ella creyó que iba a ser inseminada homóloga cuando en realidad lo fue de forma heteróloga?.

Conviene a este respecto remitirse a lo dispuesto en el Proyecto de recomendación sobre inseminación artificial heteróloga propuesto en el Consejo de Europa. (60)

"Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el hijo será considerado como hijo matrimonial de la mujer y de su marido y nadie podrá impugnar su matrimonialidad por el solo hecho de la inseminación artificial".

Deducimos dos posibles soluciones al caso planteado, una permitir a la mujer impugnar por vicio de consentimiento; pero si esta argumentación se admitiese en nuestra legislación, solo sería procedente cuando ella tuviese la patria potestad del hijo (según el art. 137 p. II C.c.): (61)

"El ejercicio de la acción, en interés del hijo menor o incapacitado, corresponde indistintamente durante el año siguiente a la inscripción de la filiación al Ministerio Fiscal o a la madre que ejerza la patria potestad".

Luego colegimos a sensu contrario que -- cuando ella no detente la patria potestad no está legitimada para impugnar la paternidad, sino que tendrá este Derecho el representante legal del hijo.

La segunda solución, sería la de considerar que como la mujer dio su consentimiento para que se la practicara la operación inseminatoria, poco importa que ésta fuese homóloga o heteróloga, y consecuentemente al haber dado su consentimiento explícito no podrá impugnar el status matrimonial de ese hijo.

Criticamos tanto una como otra solución, porque consideramos que la mujer tenía que tener la misma legitimación activa que se concede al marido -- para impugnar la paternidad.

Esta cuestión que ahora aquí sucintamente esbozamos, la remitimos al capítulo transcrito con anterioridad en cuyo contenido desarrollamos el epígrafe de la legitimación activa.

En el segundo supuesto, si ella deseaba - ser inseminada homológamente, pero resulta que lo es heterológamente, es nuestro parecer que en aras del interés del hijo no se podrá impugnar el status matrimonial que ostenta legítimamente. Ahora - bien, indudablemente habrá que valorar todas las circunstancias del caso ad hoc; por ej. la imposibilidad manifiesta de practicar la inseminación homóloga, el hecho de que la única finalidad de ocultar la inseminación artificial heteróloga fuera la de evitar trastornos psicológicos a la esposa, obviándose de este modo los presumibles sentimientos de rechazo de ese hijo por ésta, o finalmente podía asimismo adjuntarse como causa justificadora el deseo perentorio del marido de contar con un heredero

Se ha intentado también aproximar el fenómeno de la inseminación artificial heteróloga practicada con el consentimiento del marido a la adopción por un esposo del hijo de su cónyuge.

Creemos que resulta absurdo que la mujer adoptase el hijo que ha procreado ella misma. Ahora bien, no obstante nuestro legislador permite que uno de los cónyuges adopte plenamente al hijo extramatrimonial de su consorte. (62).

"Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno, el cónyuge separado legalmente; las personas en estado viudedad, soltería o divorcio y uno de los cónyuges al hijo de su consorte".

Pues bien, se piensa que así como el marido puede adoptar al hijo que su mujer hubiese tenido antes del matrimonio, nada se opondría a que adoptase de la misma manera al hijo que su mujer traiga al mundo por inseminación artificial heteróloga.

Somos de la opinión, que desde cualquier óptica resulta inviable homologar estos supuesto, por que son situaciones conceptualmente diferentes.

A nuestro modo de ver está mal enfocado el problema; resulta inverosímil comparar la situación de la adopción del hijo extramatrimonial reconocido con la del inseminado heterológamente. Entre otras razones su diferenciación comienza desde las especiales concausas y características de una y otra institución. Con respecto a la inseminación artificial heteróloga, como sabemos, su conditio sine qua non es el consentimiento explícito de ambos cónyuges, de suerte que ese hijo así procreado será matrimonial, o^e legis la presunción de paternidad que se desenca

dena deviene inimpugnable, de forma que les estará vedado a los legitimados (marido e hijo, y madre si tiene patria potestad) impugnar la paternidad.

estos No hay por otro lado dos momentos distintos en ese consentimiento que se otorga, es decir, - "consentir" para las peculiares características de esa procreación, y en segundo lugar, como consecuencia del nacimiento del hijo nuevo consentimiento para adoptarlo como matrimonial. NO HAY PUES DOS MOMENTOS DISTINTOS, SINO UN SOLO CONSENTIMIENTO EXPLICITO, Y COMO CONSECUENCIA DEL MISMO EL STATUS DEL HIJO ES MATRIMONIAL PER SE PUES QUEDA BENEFICIADO AUTOMATICAMENTE DE LA PRESUNCION PATER IS.

glosa va No cabe duda que sería distinto el problema, cuando a una mujer soltera se la hubiese practicado una inseminación artificial heteróloga, y después ésta (la madre) le hubiese reconocido como no matrimonial; por lo que si ulteriormente contrajese matrimonio, en nuestra opinión, este supuesto sería homónimo al referido arriba, de modo que este hijo no matrimonial reconocido inseminado "artificialmente", estaría en la misma situación que el hijo no matrimonial reconocido inseminado "naturalmente", y nada se opondrá a que en estos supuestos, "EL MARIDO DIESE SU CONSEN

TIMIENTO PARA LA ADOPCION DE ESTE HIJO NO MATRIMONIAL QUE LA ESPOSA APORTA AL MATRIMONIO".

de forma

Otra cuestión que dimana del estudio de estos planteamientos: ¿aqué hijo no matrimonial inseminado artificialmente, si fue reconocido en acta de nacimiento deberá constar en ésta la forma de la fecundación producida?.

tar y la

no permi

El segundo de los interrogantes, sería si el hijo ¿podría investigar la paternidad, derecho por otra parte constitucionalmente reconocido?. A nuestro parecer, en el fenómeno de la inseminación artificial los valores enfrentados son como ocurre en la filiación por inseminación natural, la verdad biológica versus verdad legal o formal; de suerte que en aquélla (inseminación artificial) la solución habrá de decantarse ineluctablemente en pro de la paternidad legal y no de la paternidad biológica por las especiales concausas que acontecen en los supuestos inseminatorios, (el secreto, el anonimato de la identidad del donante de semen, etc.). La conclusión que llegamos no puede ser otra más que negal la investigación de la paternidad iuris et de iure cuando de inseminación artificial se trate.

do con la

No cabe duda que en un futuro próximo pue de estimarse que el fenómeno inseminatorio desplazará de forma inexorable la adopción, ésta por otra parte es una vía que no siempre está expedita de problemas.

Resulta oportuno remitirnos al comentario que en este sentido manifiesta MEZARD. (63)

"Por otra parte, el número de hijos a adoptar y las dificultades del procedimiento de adopción no permiten a todas las parejas recibir los hijos que ellos desearían".

Somos de la opinión ya explicitada con - anterioridad de que una de las principales razones que impulsan el fenómeno de la inseminación artificial heteróloga, es el deseo de la maternidad biológica, no exclusivamente psicoafectiva como es el caso de la - adopción.

Entrar en su reprobabilidad nos parece - ciertamente acientífico, e improcedente. Desde una óptica jurídica no acertamos a comprender como se alzan voces para que esta categorización jurídica (inseminación artificial) tuviera que venir subsumida en el campo de lo ilícito, por ello estamos en desacuerdo con la opinión expresada por VIDAL MARTINEZ. (64)

"El legislador no debe de fomentar este procedimiento sino el de la adopción. La inseminación artificial se nos aparece como un acto reprobable en el plano moral, especialmente la heteróloga - ha de ser configurada como un ilícito civil. Pese a ello el consentimiento del marido en éste último caso tiene especial relevancia".

REPLA. No vamos a detenernos en mayores disquisi-
ciones en el tema, por el contrario, nos remitimos a
la legislación comparada y por supuesto al Proyecto
de recomendación del Consejo de Europa sobre inseminación artificial examinado precedentemente.

permanece

sólo tras

respuesta

general po

tradicha

trabaja

señor

sumible

marido.

actual mar

cia coeun

inseminac

taría más

de su ex

no se

nimo).

nio no s

cial, homó

te que, to

el semen

que ausen

de a

REPLANTEAMIENTO ACERCA DE LA POLEMICA SOBRE LA IDENTIDAD DEL DONANTE, EL ANONIMATO Y EL SECRETO.

LA SUCESION HEREDITARIA Y LA INSEMINACION ARTIFICIAL

tener un

dose conse

ranta lo

Si bien la identidad del donante debe de permanecer oculta en todos los casos para evitar no sólo trastornos psicológicos, sino fundamentalmente responsabilidades paternas; sin embargo, ¿esta regla general podrá venir en supuestos excepcionales con - tradicha?.

recurrirse

semen de

Traigamos a colación el supuesto de la pre - sumible inseminación de la mujer con semen de su ex - marido. Creemos que en el hipotético caso de que el actual marido de la mujer estuviese afecto de impoten - cia coeundi y generandi, diese su consentimiento a la inseminación artificial heteróloga, la mujer quizá es - taría más dispuesta a resultar inseminada con semen de su ex marido que con el de un tercero (donante anó -

no descender

nimo). Imaginemos que la mujer en su primer matrimonio no se la pudo practicar una inseminación artificial homóloga por contraindicaciones médicas, de suerte que tuvo que aplazarse la operación conservándose el semen criogénicamente (puesto que el marido tenía que ausentarse largo tiempo). Recordemos que el tiempo de almacenamiento es amplio, así en este sentido, los Dres. PORTUONDO y ECHANOJAUREGUI opinan lo siguiente: (65)

"El tiempo de almacenamiento no parece - tener un efecto nocivo sobre el espermatozoide, habiéndose conseguido embarazos con un semen conservado durante 10 años".

Pues bien, si después de fallecer el esposo la mujer volvió a contraer ulteriores nupcias, pero resultó que su actual marido era estéril ¿podría recurrirse a la inseminación artificial heteróloga con semen de su ex marido?.

Nosotros pensamos que en este especialísimo supuesto ad hoc debería valorarse la circunstancia siguiente:

Atender si en el primer matrimonio de la mujer (que ahora pretende dicha inseminación) hubo o no descendencia, de modo que si la contestación es ne

gativa, la problemática quedaría reducida considerablemente. En el supuesto contrario se daría el supuesto paradójico de que el hijo inseminado artificialmente podía resultar biológicamente hermano de doble vínculo, aunque legalmente hermano de vínculo sencillo ...

Nuestra opinión, es que ante esta problemática sólo tendría que permitírsele a la madre dicho recurso inseminatorio, cuando se contase con el consentimiento de su actual marido, y la mujer no dejase de su anterior connubio descendientes.

Volvemos a reiterar, el hecho de que quizá la mujer estaría mejor dispuesta a ser inseminada con semen de su ex marido que con semen de donante extraño, ¿acaso el sentimiento de afectividad o de querencia hacia el hijo podría más que la realidad científica y jurídicamente aceptada del anonimato del donante de semen?

En este sentido, valorando la problemática psicoafectiva que implica la inseminación artificial, conviene traer a colación las referencias psicopatológicas de la inseminación en relación con la pareja receptora del semen.

Interesante resulta contrastar el parecer del profesor ARZA. (66)

"En la inseminación artificial hay que tener en cuenta la valoración de los males y de los bienes desde el punto de vista de los esposos, porque - tanto el valor del hijo que hayan de tener como los males que se sigan, como el complejo de inferioridad del marido, desarmonía conyugal, deben valorarse en relación con los esposos concretos y no sólo en abstracto. Tanto en orden a los bienes como a los males que se sigan de la inseminación artificial, hay que atender especialmente a los aspectos psicológicos tanto del hombre como de la mujer, y todos los problemas del proceso evolutivo del hijo que pueda nacer de esa inseminación".

Ante semejante problemática, a nuestro juicio el proceso fenomenológico inseminatorio debe partir no sólo de una aptitud o idoneidad del consentimiento que han de prestar de consuno ambos cónyuges a la recepción de la inseminación heteróloga (para obviar a posteriori la condición jurídica filiacional del hijo así concebido, matrimonial a todos los efectos), sino también habría de requerirse un estudio selectivo realizado ad hoc en el centro médico, es decir, un examen psicopatológico de la pareja que recurre a la inseminación. Ello es evidente, pues el interés del presunto hijo (nondum concepti artificialis) podría verse afectado en su ulterior proceso de

aceptación en el seno de esa familia matrimonial. - De manera que se rechazaría la inseminación si las condiciones psicoafectivas y la completa integración del hijo en las relaciones familiares no va a ser verosímilmente posible.

Ahora bien, podría suceder que debido al conocimiento de la identidad del donante en el caso ad hoc (ex marido), y romperse con ello el anonimato y secreto. prius ineludibles de la admisibilidad de la inseminación, el médico rechazaría de plano la referida operación.

A propósito de estas circunstancias, el Proyecto de recomendación del Consejo de Europa sobre inseminación artificial se posiciona al respecto. -- (67)

Tenemos que tener muy presente que es el porvenir o status de filiación del hijo el que se está dilucidando.

Estimamos apropiado examinar una vez más la proposición de ley sobre inseminación artificial presentada por el Senado francés, de suerte que es el futuro del hijo el que está en juego. Aunque si bien es cierto, sus detractores podrían argüir a sensu con-

trario que este control psicoterapéutico no pretende en el fondo más que reticentemente encubrir una auténtica "eugenesia social", y ampararse en el recurso legal de la inseminación artificial. (68)

Pasemos a continuación a analizar someramente otros aspectos de la inseminación artificial, los cuales asimismo conviene resaltar su problemática.

Si realmente hemos concluido en páginas anteriores que el anonimato y el secreto médico resultan garantizados siempre, ¿qué pasaría en el supuesto siguiente?. (A) donó su semen, estaba casado y tenía una hija que contaba entonces 20 años, (sabemos que la conservación del semen puede durar hasta 10 años). La hija del donante se casó, pero como su marido estaba afecto de impotencia coeundi y generandi decidieron someterse a la operación inseminatoria heteróloga; pudiendo resultar que la mujer fuese inseminada fisiológicamente por su propio padre (donante anónimo), ¿de qué forma se obviaría el "incesto consanguíneo", si de lo único de que se dispone en el Banco de semen, es casualmente sólo de éste, sin ninguna referencia personal más?.

Opinamos que este supuesto, si bien es racionalmente posible, en la práctica será difícil que

pueda plantearse al tener que hacerse previamente un estudio a fondo de las enfermedades congénitas que el semen del donante pudiere manifestar, además las características de éste deberán ser homologables a las del marido estéril. De modo que el control genético y fisiológico tendrá que ser profundo para evitar posibles malformaciones congénitas.

En esta cuestión destacamos el procedimiento utilizado por los Dres. PORTUONDO y ECHANOAUI REGUI. (69)

"En nuestro centro hospitalario, la selección de donantes es realizada por un médico del staff mediante anamnesis detallada, exploración física general, toma de tensión arterial, análisis de sangre para determinar grupo y Rh, análisis del semen en la primera hora de su recogida y en un 15% de casos mediante la realización de un cariotipo".

Resulta interesante traer a colación la proposición de ley sobre inseminación que los senadores MEZARD y CAILLAVET propusieron en el Senado francés. De suerte que en el punto concreto que examinamos sobre el presumible entrecruzamiento consanguíneo; se llegaba a la conclusión de limitar la posibilidad de inseminación por un mismo donante. (70)

Otro problema será el derivado de la sucesión del causante, en relación con el hijo nacido

de inseminación artificial homóloga, cuando el semen de aquél estuvo congelado y la inseminación se produjo un año después del óbito del causante.

Es una regla de la herencia la que expresa que son incapaces de suceder quien no está aún concebido o el hijo que no nazca viable según el art. 30 C.c. ("El feto que tuviese figura humana y viviese - 24 horas enteramente desprendido del seno materno"). Según el art. 136 C.c., en concreto el párrafo segundo: "Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, - el año se contará desde que lo conozca el heredero". Significa esto que los herederos forzosos del fallecido, ¿podrían entablar una acción de impugnación de la paternidad del presunto hijo autoinseminado y concebido por ej. al año siguiente del fallecimiento del causante de la herencia?, ¿podría la madre presentar como principio de prueba suficiente, el certificado médico de la autoinseminación?, ¿cómo reaccionaría - nuestro juez ante tal supuesto?.

Asimismo, tenemos que hacer una pequeña - matización, ¿a qué tipo de herederos se refiere el - legislador, a los herederos forzosos o también a los legítimos?. De suerte que como el legislador no distingue, nadie nos puede negar la posibilidad que en

el caso de que el fallecido no tuviese herederos forzosos, recurriríamos irremediablemente a los parientes del difunto, por ej. a un hermano del fallecido para que interpusiese la oportuna acción.

la concepción

tanto la ¿Debemos entender asimismo, que si este hijo fue inseminado heterológamente sin el consentimiento del marido ahora fallecido y desconocedor del evento natalicio, a su presumible heredero desconocedor de tal circunstancia generadora le caducaría la acción si no la interpusiese al año de la cognosciencia objetiva del nacimiento?, ¿o por el contrario, el cómputo deberá iniciarse desde que se desvaneciese el error?. Si optamos por esta última solución, ¿podría impugnarse su status, a pesar de que tuviese el hijo una posesión de estado consolidada firmemente en las relaciones familiares de hijo matrimonial?

establecer a

circunstancia

que obtenga

Centrándonos en el capítulo sucesorio, - ¿qué pasaría con la división de la herencia?. Recordemos oportunamente lo que establece nuestro Código civil. (71)

de la filiación "La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta".

sanciones

¿Es que en estos supuestos cuando acontezca una inseminación artificial homóloga, la división de la herencia dependerá de lo que la esposa del fallecido decidiese sobre el momento más propicio para la concepción con el semen congelado de su marido?, ¿tanto la administración de los bienes, como el establecimiento del juicio de testamentaría, o su duración, dependerán del momento que escogiese la mujer para su concepción con el semen congelado de su marido?

En este aspecto conviene remitirnos al comentario de THERET. (72)

"El hijo nacido de inseminación artificial corre el riesgo de ser llevado a la sucesión de un hombre cuyo fallecimiento ha precedido a su nacimiento. En el estado actual del derecho parece que esta inseminación es voluntariamente ignorada, se intenta establecer su filiación a la vista de un acervo de circunstancias, debiendo de disfrutar de los beneficios que obtendría un hijo póstumo por el solo nacimiento (concebido antes del fallecimiento pero nacido después)".

Lógicamente, del contexto del articulado de la filiación deducimos que los plazos establecidos por el Código civil con referencia al status tanto matrimonial como extramatrimonial, no son más que presunciones simples que admitirán todo tipo de prueba

o argumento en contrario. De manera que cuando hubiese por medio una conceptio inseminatio artificialis, los 300 días expresados en el art. 116 C.c. no se convertirán en unos plazos de inimpugnable contradicción. En tanto en cuanto se admite la prueba de la no matrimonialidad de un hijo nacido de una gestación prolongada, con mayor razón se admitirá la condición de hijo matrimonial para aquéllos que han nacido fruto de una inseminación artificial fuera de los cómputos legales.

mas que p.

artificial

regulación

sas de s.

ción un s.

en un fu.

ticas doc.

del matrim.

de separac

de separac

infidelid

ria y cu
los de

grafo de

tra op

puesto de

con

trac

da a que

Por lo que hace referencia a los problemas que pueden surgir relacionando la inseminación artificial con las modificaciones que afectan a la regulación del matrimonio, y en concreto con las causas de separación y divorcio; recogemos a continuación un sucinto glosario de problemas que seguramente en un futuro próximo, conformarán las principales críticas doctrinales.

Sin ir más lejos, en la Ley de regulación del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio (entre las causas de separación): (73)

ducta inj

"El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejato

ria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales".

Si analizamos con detenimiento este parágrafo de la ley de regulación del matrimonio, en nuestra opinión se nos hace difícil compatibilizar el supuesto de una inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido, con la relación sexual extraconyugal o con la infidelidad conyugal.

La imposibilidad de comparación es debida a que la relación sexual exige vera copula, pero en la inseminación artificial como sabemos no hay tal acto sexual, luego intentar buscar un parecido en la categorización jurídica del adulterio, llevando a cabo el trasvase analógico del supuesto de hecho, relación sexual extraconyugal, al supuesto de hecho de la inseminación artificial, es desde cualquier perspectiva incompatible e incomparable.

En cambio, a nuestro parecer sí vemos -factible incluir el supuesto de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido, en el otro supuesto del párrafo comentado, cual es la conducta injuriosa o cualquier otra violación grave de los deberes conyugales.

Pues en esta cause pensada y explícitada tan abstratamente, nadie puede negar que un deber conyugal, es la fidelidad y respeto entre los cónyuges, de tal forma que supondría un grave quebranto a éstos la práctica de la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento de uno de los cónyuges.

Es obvio que si tuviésemos que dar un concepto de fidelidad, nos parecería muy aceptable el consignado por LACRUZ BERDEJO: (74)

"La fidelidad socialmente incluye la obligación para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro".

Pues bien, es nuestro parecer que una reiterada donación de semen por parte del donante, implicará su práctica habitual una conducta lesiva para la dignidad del cónyuge del donante, y por ende una violación grave o reiterada de los deberes conyugales. En concreto, el deber de la fidelidad, conceptuando ésta como obligación de cada uno de los consortes de abstenerse de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro.

En lo concerniente al tema de la disolución del vínculo por el divorcio, el hecho de que nuestro legislador actual se haya decantado hacia la solución de un divorcio reglado, es efecto a su vez del fracaso del matrimonio que resulta su causa generadora. Se ha llegado con esta concepción procedimental del divorcio a cercenar toda la discrecionalidad judicial, baste como referencia circunstanciada el supuesto fáctico del tenor literal del suprimido art. 87, en el cual el juez podía denegar el divorcio atendiendo presumiblemente al interés real del hijo, y amparándose en el mandato constitucional que esta ley reguladora del matrimonio tendría que defender, es decir, la protección social, económica y jurídica de la familia.

En el mismo sentido se pronunciaron las Enmiendas al Proyecto de Ley de filiación, el 14-V-1981: (75)

"Debe dejarse en libertad al juez, guiado por criterios jurisprudenciales superiores para denegar el divorcio. El art. 39 de la Constitución fuerza a mantener esta cláusula de salvaguardia en cuanto obliga a la protección jurídica de la familia y a la protección integral de los hijos".

Respecto a la disolución del matrimonio nos interesa recabar la atención de nuevo en los Proyectos de filiación. (76)

Asimismo en el informe de la Ponencia que se presentó en el Congreso de los Diputados, también se reitera la opinión sobre la discrecionalidad del juez para de modo potestativo valorar la conveniencia o denegación de la petición del divorcio. (77)

Suponemos que si se hubiera aprobado literalmente el citado art. 87 de su intelección exegética podía derivarse la siguiente problemática en relación con el fenómeno inseminatorio.

Imaginemos que uno de los cónyuges, por ej. la mujer ha sido fecundada con un óvulo fertilizado; es decir, ahora nos movemos no en el campo de la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento de uno de los cónyuges (el marido), sino que ahora la mujer es la que ha consentido la transferencia de un óvulo fertilizado o fecundado en el útero de una dadora fértil, de suerte que aquél ha sido fertilizado in vitro y colocado después en útero diferente, en concreto en el de la mujer objeto del presente supuesto.

Es de suponer, que al igual que en la inseminación artificial heteróloga se necesita el consentimiento explícito de ambos cónyuges para su práctica, lo mismo ocurrirá con la fecundación del óvulo

in vitro, requiriéndose el consentimiento de la mujer a la cual se la va a practicar el trasplante, como - asimismo el del marido de la misma; ¿qué pasará si el esposo no ha dado su consentimiento a tal operación, pero aún así, la mujer ha sido operada de tal trasplante?, ¿y si ésta por otra parte carece de recursos económicos propios dependiendo de los ingresos - del marido?.

la esposa
nita, en El juez considerando el interés del hijo, ¿qué postura adoptará?, ¿se le consentirá al marido que ejercitara previamente una acción de impugnación de la paternidad?, ¿denegaría el divorcio excepcional^{mente} el juez, por perjuicios de índole moral y éticos de especial gravedad?.

Recordemos que el tenor literal del derogado art. 87 examinado, transcribía las siguientes - palabras: perjuicios de especial gravedad a los que deberá referirse la sentencia, de lo cual se colige que engloba el término perjuicios una adjetivación - no sólo pecuniaria sino moral.

que nacies
no hay nin Recurramos dentro de la amplia casuística inseminatoria al caso que a continuación traemos a colación.

Imaginemos el siguiente supuesto:

(A) (casado con) (B), (A) contrajo ma
trimonio con (B) en 1980. El marido (A) no podía co
pular con su esposa debido a la incapacidad de los -
espermatozoides de penetrar en el útero de la mujer,
por ej. debido a que el canal cervical lo obstruía o
lo hacía dificultoso, o la cópula era dificultosa por
la epispadias (que consiste, en la deformación congé-
nita, en que la uretra se abre en el dorso del pene
a mayor o menor distancia del arco del pubis), pues
bien, debido a esta contraindicación no se inseminó
de momento homológamente a la esposa con el esperma
del marido conservándose el semen congelado para cuan-
do las circunstancias lo demandasen procedente.

En 1985 la pareja se divorcia y en 1986
la mujer se desposa de nuevo falleciendo su consorte
al poco tiempo.

Si la mujer logra inseminarse con el se-
men de su ex marido, ¿cuál será el status de ese hijo
que naciese?. Evidentemente, no matrimonial, porque
no hay ninguna ligazón jurídica de iure y de facto -
con su ex mujer, por tanto nada le obligaría ni a pa-
sar pensión alimenticia, ni a ocuparse de la patria

potestad. Recordemos lo que por otra parte tipifica la Reforma de filiación. (78)

"El padre y la madre aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos".

El problema que se presentaría en su interpretación, es de si el hijo podrá o no investigar la paternidad libremente y exigir por ej. a su padre biológico que no legal los derechos y deberes que dimanen de la patria potestad, obligándole consustancialmente por el hecho de ser el progenitor o padre fisiológico.

Recabemos nuestra atención ahora en el comentario siguiente: en vez de divorcio, los cónyuges se han separado, luego todavía subsiste el vínculo conyugal y el deber de fidelidad entre los mismos. Si el marido no afecto de impotencia coeundi ni generandi se le conservó su semen congelado para proceder a la inseminación artificial homóloga en un futuro próximo cuando las condiciones de la mujer lo permitieran; ahora bien, si después sobrevino la separación de los cónyuges pero la mujer por una u otra razón logró inseminarse con el semen de su esposo consiguiendo dar a luz un hijo, es muy presumible que aquélla intentase reclamar al marido sus obligaciones de pater

nidad; sin embargo este presunto padre, podrá impugnar el status matrimonial de ese hijo, alegando que a pesar de que en su día dio su consentimiento para que su semen fuese congelado y con él fecundar a su esposa, no obstante en el momento actual no se le requirió su consentimiento para tal circunstancia, de modo que ese hijo no puede beneficiarse de la filiación matrimonial. El fundamento de conservar su semen congelado en un recipiente criogénico fue debido a que tuvo que ausentarse durante largo tiempo, y previendo la posibilidad de no poder volver (ej. una guerra) convinieron ambos cónyuges en el recurso a la -inseminación artificial homóloga.

El problema que podrá surgir es el siguiente: ¿pero y si la mujer argumentase a sensu contrario que a pesar de la separación, han seguido manteniendo relaciones sexuales durante el mencionado período, y que el hijo nació de esta unión por inseminación natural y no por inseminación artificial?, ¿y si además resulta que el marido probar fehacientemente la imposibilidad física de acceso como a la sazón aludía el anterior art. 108 C.c.?; es decir, que efectivamente cohabitó con ella durante el momento de la concepción.

Lógicamente aquí la aportación de las pruebas biológicas no iban a resultar de mucha utilidad,-

pues en estos supuestos no existe un conflicto de -- paternidades entre el marido y un tercero, sino que por el contrario el conflicto es planteado por el mismo marido. ¿Estará éste legitimado para impugnar la filiación matrimonial del presunto hijo?, ¿podrá dar se el supuesto de que sin desechar la posibilidad física de acceso, sin embargo seguía subsistiendo una imposibilidad psíquica notoria de cohabitar?, ¿aceptaría semejante planteamiento nuestro juez?.

los p

tad d

tenie

pater

en la

admiti

se pue

bastara

de la

obstara

se cont

establec

cio dec

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA INSEMINACION
ARTIFICIAL Y LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Conviene que a continuación exegeticemos los permisibles vicios que puedan invalidar la voluntad de los implicados en el fenómeno inseminatorio; teniendo como fin teleológico la impugnación de la paternidad matrimonial.

¿Podría darse un posible error obstativo en la inseminación artificial heteróloga?. Si hemos admitido que cuando existe vicio del consentimiento se puede impugnar una vez que hubiese cesado aquél, - bastará creemos una simple acción de desconocimiento de la filiación matrimonial, de suerte que ello no - obstará a posteriori que el presunto impugnante pudie se contar con el plazo de un año de impugnación que establece el art. 136 C.c. (es decir acudir a un jui cio declarativo).

Pues bien, centrándonos en el supuesto - del error obstativo, el error aquí no está tanto en lo que el marido declarante manifiesta al exterior, sino en los medios que utiliza para estereotipar su voluntad real. Supongamos que en el documento donde deben de formalizarse los consentimientos explícitamente, se hubiera transcrito una manifestación volitiva viciada.

Si hemos dicho que el error obstativo es un error que recae en la declaración de voluntad; traducido a un supuesto práctico su intelección sería la siguiente: a pesar de ser libres para expresar nuestros pensamientos, sin embargo al exteriorizarlos fuera de nuestra voluntad se produce la errónea discordancia. La doctrina opina que esto podrá ser debido al empleo de palabras cuya significación comprensiva no reflejase nuestra querencia realmente, por ej., la mujer da su consentimiento a una inseminación artificial heteróloga, cuando ello lo que verdaderamente quería consentir era la inseminación artificial homóloga, ello puede suceder por no estar habituada a los conceptos científicos desconocidos en su lenguaje -- usual.

sido la de

(P), viene

do, cuando

ro (donante

Ahora bien, GULLON BALLESTEROS-DIEZ PICA
20 concluyen en la siguiente afirmación: (79)

"En todos los supuestos pues, en que ave-
riguada la voluntad real y dándose los requisitos pa-
ra su relevancia frente a la declarada, los consenti-
mientos de las partes no recaigan sobre el mismo ob-
jeto o sobre la misma causa de obligarse habrá que pre-
dicar la absoluta carencia de efectos jurídicos".

¿Consecuentemente tendremos que entender
que ese hijo no será matrimonial, puesto que el con-
sentimiento explícito de ambos cónyuges estaba vicia-
do?.

Recordemos que en la materia del negocio
jurídico, el error que puede invalidar el contrato es
sólo el que recae sobre la sustancia de la cosa que
fuere objeto del mismo. Imaginemos que este objeto
fuese el semen, la mujer pensaba que era del marido
y que iba a ser inseminada homológamente, y resulta
que ha sido con semen de un tercero (inseminación ar-
tificial heteróloga).

O reparemos en el error que recae sobre
la persona, cuando la consideración a ella hubiese -
sido la causa principal de su consentimiento; así --
(E), piensa que el semen es de la persona de su mari-
do, cuando resulta que ha sido con semen de un terce-
ro (donante anónimo).

de modo o Repárese en la circunstancia que el error sobre la persona, error qualitatis redundam in errorem personae, es decir, los celebrados intuitu personae no serán esenciales para los supuestos de inseminación artificial heteróloga, pues según nuestra opinión, - aquí no se busca el consentimiento explícito de ambos cónyuges sobre la identidad o cualidad personal del donante, puesto que éste siempre será anónimo, sino el consentimiento explícito sobre el semen de éste - sin más.

Respecto a la inseminación vista a través de los requisitos de la esencialidad, excusabilidad y reconocibilidad tendremos que matizar lo siguiente:

seminada y heteróloga La esencialidad es la concatenación causal entre el error y la finalidad, la excusabilidad quiere decir que no puede salvarse con una diligencia normal por no ser imputable a quien lo padece; ej. - (mujer receptora del semen), y la reconocibilidad alude a que por ej. si el error es advertido por el marido, éste tiene que soportar la impugnación de parte de su mujer en el momento que se ha apercibido del error. El marido ha podido reconocer el error objeto del consentimiento, es decir, el semen que la mujer cree que es de éste, siendo realmente de un tercero,

de modo que no ha advertido aquél a su mujer usando de una diligencia normal. Tendremos que concluir que si el error es reconocible y no se reconoce por negligencia del marido, es cuando habrá lugar a la impugnación por parte de la esposa de éste (si es que detenta claro está la patria potestad del hijo, pues ella por derecho propio como sabemos no tiene legitimación activa para impugnar), nos remitimos a los art. 137 p. II C.c. (80); luego diremos que es reconocible para el marido pero excusable para su mujer.

Respecto a otro de los vicios del consentimiento, cual es el dolo, esta maquinación insidiosa debe de provenir de una de las partes, por ej. el marido maliciosamente dice a su mujer que va a ser inseminada homológamente, cuando realmente lo va a ser heterológamente, así como, cuando el marido actuase de modo reticente informando a su mujer de forma incompleta. Es importante el ánimo de engañar, el engaño debe ser determinante del consentimiento, si fue se así, éste será nulo per se. ¿Qué pasará en el su puesto de dolo de un tercero?, si por ej. el marido y la mujer estuviesen de acuerdo en la práctica de la inseminación artificial homóloga, pero el médico dolosamente llevase a cabo una inseminación artificial heteróloga, ¿el hijo que naciese será o no matrimonial?,

¿sobre todo si consideramos el hecho que ambos cónyuges en ningún momento dieron su consentimiento explícito a la inseminación artificial heteróloga?.

El supuesto más claro es cuando existe -
connivencia o complicidad del tercero (ginecólogo, -
tocólogo) y por ej. la esposa, de suerte que ambos -
acuerdan que sea efectivamente una inseminación arti-
ficial heteróloga y no homóloga la que se practique
en ella misma.

La doctrina gala se ha manifestado al respecto del consentimiento viciado por dolo en la insemi nación artificial, optándose por el criterio de la demostrabilidad del vicio que ha invalidado la voluntad del que lo padeció permitiéndosele el ejercicio procesal de su derecho a la impugnación. (81)

Con respecto a otro vicio del consenti -
miento, cual es la intimidación, se puede racional y
lógicamente pensar en la invalidación del consenti -
miento explicitado en la inseminación artificial he-
teróloga por existir causalmente intimidación o vio-
lencia.

Supongamos el caso de que fuese amenazada
la mujer por parte de su marido, de manera que en el

supuesto de que no se quisiera someter a la inseminación artificial heteróloga aquélla sufriría un mal - inminente y grave. Lógicamente se dan los requisitos establecidos por la doctrina nemine discrepante, de que la amenaza sea considerable, el mal inminente y grave, de carácter antijurídico, y un temor determinante.

COMO LA

Y LA INSEMINACIÓN Tendrá que existir una concatenación entre la intimidación y el consentimiento, de modo que la coacción influyese en el ánimo de quien lo sufriese, por ej., en la mujer induciéndola a dar un consentimiento no querido ni deseado por ella.

cual es

artificial

Conviene resaltar el comentario que en este extremo expresan GULLON BALLESTEROS-DIEZ PICAZO:

(82)

dos en di

nación ar

"¿El error es relevante sin que ocurra la excusabilidad?. Como ocurre en los negocios jurídicos puros de Derecho de Familia puesto que hay que proteger ante todo la voluntad del que los realiza - puesto que afectan al estado civil".

plantead

fallecimi

rridos 10

LA INFLUENCIA ENTRE INSTITUCIONES JURIDICAS
COMO LA AUSENCIA Y LA DECLARACION DE FALLECIMIENTO
Y LA INSEMINACION ARTIFICIAL. LA PROBLEMÁTICA REGISTRAL

Nos enfrentamos asimismo con un problema de notoria influencia en nuestra convivencia social; cual es la relación existente entre la inseminación artificial y por ej. instituciones jurídicas como la ausencia y la declaración de fallecimiento. ¿Cómo van a jugar los cómputos legales de tiempo establecidos en dichas figuras jurídicas vis a vis la inseminación artificial?. ¿No resultará necesario ajustándose a criterios de lege ferenda, estudiar la posibilidad real de revisar aquellos plazos temporales en función de su idónea actualización a las situaciones planteadas por la fenomenología inseminatoria?.

Pensemos por ej., que la declaración de fallecimiento se hubiese instado después de transcurridos 10 años desde las últimas noticias habidas del

causante o de su desaparición. Pues bien, si la mujer llegase a inseminarse y tuviera la edad de 40 años, ¿no supondría la menopausia de la mujer mayores dificultades para la concepción inseminatoria, incluso posibles malformaciones congénitas en el hijo que naciese?

El fenómeno de la inseminación artificial es una realidad social que necesita urgentemente y sin dilación de unas respuestas reglamentadoras. Sobre todo cuando nuestro art. 3 C.c. (que no olvidemos, tiene valor cuasiconstitucional) explicita que la aplicación de las normas jurídicas va en relación directa con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Supongamos el siguiente caso: (A) ----- (casado con) ----- (B), el marido ausente está afectado de impotencia coeundi y generandi, la esposa cuenta con 36 años; si aplicásemos los plazos de la declaración de fallecimiento (art. 193 C.c.), la mujer superaría ampliamente los 40 años de edad, de forma que si tuviese que esperar los plazos estipulados en la declaración de fallecimiento, podría suceder que entonces de viniese aquélla estéril.

Respetando los plazos legales de la ausencia legal y de la declaración de fallecimiento, pensamos que debería preverse la posibilidad de que la mujer del marido ausente o declarado fallecido recurriese a las autoridades judiciales para instarles la flexibilidad de los plazos o cómputos legales en la declaración de fallecimiento o la ausencia legal, cuando ella tuviese la intención de recurrir a la inseminación artificial heteróloga; de suerte que sus posibilidades de fecundación serán menores si tiene que esperar rigurosamente los plazos legales. Estimamos asimismo que una razón importante para instar dicha solicitud, pudiera ser que el matrimonio no tenía hijos, constituyendo la causa obstativa la esterilidad de él.

Estimamos conveniente que sería atendible en un proceso de jurisdicción voluntaria (sin oposición de parte), en el que intervendría el Ministerio Fiscal, de manera que el hijo que naciese fruto de la inseminación artificial heteróloga sería matrimonial a todos los efectos. Si después apareciese el marido de la mujer, en nuestra opinión no podría impugnar la posesión de estado matrimonial de aquél, de suerte que si bien no es el padre físicamente, no obstante tendría que responder de todos los derechos y deberes

que derivasen de la paternidad, es decir, de la patria potestad, alimentos, etc.

Claro está, deberán ser situaciones excepcionales, por ej. la aquí aludida de pérdida de la fe cundación por efectos del tiempo; además a nuestro entender existe otro problema concomitante, cual es la polémica de los derechos debilitados por su no uso, lo cual ocurrirá cuando como en el caso examinado a la mujer no se la permita inseminarse heterológamente debido a la ausencia del consentimiento del esposo (declarado fallecido), ¿no llevaremos a la mujer con esta postura a una clara situación de indefensión?.

Concluyendo el análisis del caso, si el marido regresase a nuestro parecer no podría impugnar la paternidad. Sería por ello conveniente que en el proceso de jurisdicción voluntaria que se hubiese se guido en su día para la concesión de la autorización de la práctica de la inseminación artificial heterológica, aun antes de haber transcurridos los plazos de la declaración de fallecimiento debería razonarse en la solicitud que se le presenta al juez las causas adu cidadas por la parte recurrente (la esposa), debiéndose contar asimismo con el informe favorable del Ministe rio Fiscal, con lo cual si se aceptase la operación

inseminatoria el hijo así concebido se acogerá ipso iure al favor iuris del status de hijo matrimonial.

Por lo que hace referencia a la relación existente entre el Registro civil y la inseminación artificial; tenemos que bosquejar sucintamente la siguiente problemática.

En el momento de hacer la inscripción del hijo recién nacido en el libro de nacimientos, ¿sería conveniente hacer constar en el apartado de "observaciones", las especiales características de la fecundación acaecida?, es decir, por ej., que la procreación fue debida a una inseminación artificial heteróloga con semen del donante?.

En nuestra opinión estimamos que no sería deseable, pues supondría ir en contra del anonimato al conferirle mayor publicidad que la deseada. Reparemos sin ir más lejos, el perjuicio que ocasionaría en la vida diaria la constatación del hecho (inseminación artificial) en la certificación del nacimiento, cuando se requiriera ésta para cualquier actividad social; no cabe duda que la aludida transcripción llevaría consigo una desafortunada publicidad que contradiría a la filosofía rectora del fenómeno inseminatorio (secreto médico, anonimato del donante).

Otro problema que resulta corolario del anterior, es el relativo a la siguiente cuestión: - quien tendrá que escriturar el parte facultativo de nacimiento, ¿el ginecólogo que llevó a cabo dicha inseminación artificial, o por el contrario un médico distinto que nada sabe del modus operandi de la fecundación si fue natural o artificial?.

A nuestro juicio este extremo es totalmente indiferente, pues el resultado continuará siendo el mismo, es decir, la constatación del nacimiento, no del tipo de procedimiento natalicio. Si fuera el ginecólogo quien llevó a cabo la operación inseminatoria no vemos inconveniente alguno en que fuese quien certificase el nacimiento del niño en cuestión, de manera que considerase comprobado el nacimiento por su asistencia profesional al parto. Por supuesto, - nunca se vería obligado a hacer constar que comprobó el nacimiento debido a una inseminación artificial heteróloga. Si por el contrario fuese un ginecólogo - distinto quien comprobase el nacimiento, tampoco estaría obligado él a conocer las especiales concausas del origen del evento natalicio, limitándose exclusivamente a constatar la certificación del nacimiento acaecido.

LA RELACION EXISTENTE ENTRE LA
CONDICION Y EL TERMINO Y EL FENOMENO INSEMINATORIO

Por último analizaremos la concomitancia existente entre la condición y el término en el consentimiento otorgado para la inseminación artificial heteróloga, y la posibilidad del planteamiento de la acción de impugnación de la paternidad.

¿Resultaría procedente la viabilidad de la aposición de la condición en el consentimiento, de modo que quedase plasmado aquélla en el certificado - de la autorización otorgada por la mujer receptora del semen y el marido de ésta?.

Pensamos que la licitud de la condición dependerá de la motividad de la pendencia y de su justificación. Así, no vemos ningún inconveniente para

la aplicación de la condición suspensiva al fenómeno inseminatorio, que como sabemos suspende sus efectos hasta su cumplimiento; si su expresión viniese redactada de la siguiente manera:

(A) ----- (casado con) (B), escrituran un documento autorizando expresamente la inseminación artificial heteróloga ante el ginecólogo director del Banco de semen del hospital en los siguientes términos: (A) que es el marido, otorga libremente su consentimiento a que su mujer sea inseminada heterológamente "si tuviese un accidente y quedase imposibilitado o perdiese la lucidez".

A nuestro modo de ver, el certificado que autoriza los consentimientos de ambos cónyuges es totalmente válido y eficaz; de suerte que su eficacia quedará a la expectativa del evento incierto, el cual no saben las partes si llegará o no a producirse. Subsiste pues una tendencia transitoria indeterminada hasta que sobrevenga o acontezca el presunto accidente del marido, por tanto si éste llegara a producirse, y la mujer estuviese todavía en época de fecundación, nada impedirá que se la practicara la inseminación artificial heteróloga, pues es entonces cuando las voluntades consensuales cobrarán toda su eficacia, y consecuentemente el hijo así procreado se beneficiará de la presunción de paternidad (pater is).

Otro ejemplo, podía estar relacionado -- con las situaciones jurídicas ya examinadas de la ausencia o de la declaración de fallecimiento; coincidimos en afirmar que igualmente sería viable el juego de la condición suspensiva.

Imaginemos el supuesto de ausencia del marido justificada por acontecimientos sobrevenidos y que no dependen de las partes, ej. una guerra, o el ejercicio de su profesión exige la ausencia a veces prolongada, ej., (corresponsal de guerra o naturalista); pues bien, en previsión de estos avatares otorga aquél (el marido) su explícito consentimiento a la inseminación artificial heteróloga de su esposa, pero "sólo si tuviese que ausentarse durante un largo período de tiempo y en previsión de un riesgo expectante que pudiera afectar a su vida".

Ahora bien lo que sería ilegal y no tendría ningún efecto, pues se tendría por no puesta la cláusula por resultar ilícita, aunque si bien es cierto no afectaría a la anulación del consentimiento explicitado en el certificado de autorización otorgado ante el ginecólogo director del Banco de semen; resultaría la cláusula condicionada con el siguiente tenor literal que exponemos a continuación: "Pero si regre

so me reservo el derecho de impugnar la paternidad...". En conclusión a nuestro modo de ver se anularía sólo esta cláusula, pero no el resto de las disposiciones estipuladas, de suerte que el consentimiento expresado libremente tendría todos sus efectos legales. Por lo tanto si regresase (A) no podría impugnar la filiación matrimonial del hijo así concebido. Algo parecido a lo que ocurre en los negocios jurídicos testamentarios en los cuales no se anula la voluntad del testador, sino que se tienen por no puestas aun cuando el testador dispusiese otra cosa.

Por lo que respecta a la condición resolutoria, estimamos improcedente pretender homologar su aplicación al fenómeno de la inseminación artificial heteróloga.

Recabemos nuestra atención en el siguiente supuesto:

(A) ----- (casado con) (B), de suerte que (A) tiene que ausentarse por razones de trabajo durante unos años no sabiendo cuando volverá, de manera - que se compromete con su mujer a dar su consentimiento a la inseminación artificial heteróloga, pero que da tipificada una cláusula por la que "si a su hipotético regreso tuviera hijos con ella, impugnaría el status matrimonial del hijo nacido heterológamente.

La condición resolutoria disuelve los -- efectos ya producidos en el momento que sobrevenga el evento condicionante, (es decir, que regresase y tuviese hijos con su mujer por inseminación natural) de modo que en el caso ad hoc resolvería el efecto ya -- producido, cual es la filiación matrimonial del hijo inseminado artificialmente, y consecuentemente impugnaría su paternidad

A nuestro juicio , nunca será válida la aposición de la condición resolutoria, pues no es co -- tejable el supuesto de la inseminación artificial he -- teróloga condicionada resolutoriamente, con lo que -- sucede en cualquier negocio jurídico en los cuales -- la condición resolutoria es oponible. Existe una di -- ferencia esencial, y es que en los negocios patrimo -- niales se juega con intereses materiales; de modo que la indemnización de daños y perjuicios es más justi -- ficable que lo que puede acontecer en los supuestos aquí aludidos donde se juega con el status de una per -- sona, de forma que no puede quedar sometido nunca el mismo a cualquier condición resolutoria

Cerramos el epígrafe examinando la viabi -- lidad del término en el fenómeno de la inseminación artificial homóloga o heteróloga.

El término como sabemos indica el momento temporal en que finalizan o se inician los efectos del negocio jurídico.

Pues bien, aplicado a la inseminación artificial nada obstaculiza el pensar que el certificado de autorización se expresase del siguiente tenor: consentimos explícitamente en la inseminación artificial que le será praticada a la mujer por ej. en 1985.

Aquí, a diferencia de la condición que presupone futuridad e incertidumbre, el término se refiere a un momento futuro pero cierto. En el ejemplo -precitado será un término certus an et quando, pues sabemos perfectamente que el supuesto sucederá, en cambio, si el término en el certificado de la autorización no expresa fecha determinada, sino que por ej., sólo se habla para el caso de la muerte del cónyuge, entonces será un término certus an incertus quando, es decir, "sabemos que llegará pero ignoramos cuando se producirá". De manera que si por ej. (A) falleciese y la mujer se inseminase heterológamente el hijo así nacido será matrimonial, pues el consentimiento ya se había escriturado con anterioridad previendo esta contingencia, este albur vital.

Otra cuestión que podrá presentarse perfectamente es el de una posible revocación del consentimiento antes de que llegase la fecha, por ej. en el caso citado del término certus an et quando (inseminación artificial en 1985), ¿será posible?; no hay ningún problema si los dos cónyuges están de acuerdo en su revocabilidad, lo mismo que fueron libres para -- apostillar el término o la condición, lo son para descondicionarlo o suprimir el término. Pero, ¿qué pasa si por ej. fuese sólo uno de los cónyuges quien quisiera revocar la condición o el término?. Nosotros estimamos que a pesar que ambos cónyuges otorgaron su consentimiento y establecieron el término conjuntamente, no vemos especiales motivos de oposición a la libertad de revocar discrecionalmente un consentimiento que estipularon para un supuesto cierto, pero de expectante inseguridad temporal.

Supongamos que la revocación del consentimiento es debido a una separación legal o de hecho, esto desencadenará inexcusablemente que el consentimiento se invalidase ipso iure. De suerte que llegado el dies certus, las partes no tendrán por qué verse compelidas contra su voluntad a un acto que no dejará de tener naturaleza dispositiva y por tanto encuadrable en el contexto de su autonomía de la volun

tad, de manera que mutatis mutandis podría ser modificado.

En la proposición de la ley que se adujo en el Senado francés sobre la inseminación, el consentimiento que queda patentizado en el escrito que han de firmar los cónyuges tenía el mismo una validez temporal, de modo que era renovable o retractable en cualquier momento. (83)

Respecto a la esencialidad en el término certus an et quando, a nuestro parecer no es requisito necesario, la esencialidad va unida indefectiblemente a la consumación del evento sometido a término, por lo que si se demora en su ejercicio deviene ya ineficaz. Pues bien, en el supuesto de la inseminación artificial heteróloga, si la misma se ha sometido a término, por ej. 1-X-1985, puede ocurrir que a su llegada resulta inviable, porque la mujer se viese afectada en ese tiempo de una enfermedad hepática o nefrítica, de manera que haría desaconsejable el procedimiento inseminatorio. Ello no obstará sin embargo a que pudiese llevarse a cabo en algún momento posterior a esa fecha, ¿pero y si la mujer hubiese entrado ya entonces en una fase menopáusica?; indiscutiblemente devendría esencial el término certus an et quan-

do, puesto que si se pretendiese llevar a cabo en dicho período la inseminación artificial, resultaría totalmente improcedente su aplicación.

(1) Resumiendo, a pesar de que podrá parecer prima facie que la aposición de un término al estado civil de una persona deberá de considerarse nulo; -- creemos que no supondrá nada vejatorio, sino todo lo contrario, por ej., en el caso aludido de que se ausentase el marido, la mujer podría inseminarse heterológamente evitando a posteriori el problema del status jurídico del hijo así concebido, pues nacerá matrimonial y el marido no podrá ejercitar nunca la acción de impugnación de la paternidad (claro está, suponemos que el esposo se ausentó pero previamente consintió la inseminación artificial heteróloga).

(3) CAB
tro
Unio
Petr

todo
su
clus
sigu

NOTAS AL CAPITULO TERCERO

- (1) HERRAIZ-IBÁÑEZ. La inseminación artificial. -
"Revista Algo", nº 348. Diciembre 1979, pag. -
41, (1669) y s.

"Es una técnica que hace muchos años que no ofrece ninguna dificultad para la medicina, su aplicación y extensión como técnica para paliar la esterilidad masculina".

- (2) RUIZ VADILLO. Aspectos jurídicos de la inseminación artificial. I Simposium nacional sobre inseminación artificial heteróloga y Bancos de conservación de semen. Cruces (Baracaldo). Vizcaya 1979, pag. 14.

- (3) CARDENTE. La fecondazione artificiale 1ª) Introduzione biológica. "Iustitia". Organo dell'Unione giuristi cattolici italiani, anno III, -
Febbraio-Marzo 1950, pag. 21.

"El médico debe de asegurarse ante todo de que ambos cónyuges desean, garantizando su responsabilidad con un acto legal mejor incluso notarial. Se acostumbran a insertar las siguientes garantías jurídicas:

Consentimiento escrito en doble ejemplar legalizado ante notario con las huellas digitales de los cónyuge.

Consentimiento escrito del donador eximiéndose de todos los derechos sobre la paternidad.

(6) Consentimiento escrito de la mujer del donador por la protección de la mujer.

(7) Consentimiento escrito del marido previniéndose del delito de adulterio o de injuria.

(8) El médico que asiste al parto y asiste al acto del nacimiento no debe ser el que ha llevado a cabo la inseminación artificial heteróloga sino otro que ignora el origen de la fecundación y la práctica adoptada por la misma.

(9) Para su personal protección, el donador debe traer copia de la autorización dada por su mujer con la inserción de una frase con la cual se exime de toda responsabilidad de cualquier especie".

- (4) PORTUONDO y ECHANOJAUREGUI. La inseminación artificial con semen del donante. Un programa -- hospitalario. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social Enrique Sotomayor. Cruces (Baracaldo) Vizcaya. 1979 pag. 4.

- (5) Conseil de l'Europe. Council of Europe-Strasbourg

- (10) 5-III-1979 Dir/Jur (79) 258. 538 05 pag. I. Projet de recommandation sur insemination artificielle des êtres humains.
- (6) HERRAIZ-IBÁÑEZ, op. cit., pag. 49. (L677).
- (7) RUIZ VADILLO, op. cit., pag. 19.
- (8) ARZA. La inseminación artificial heteróloga. - Aspectos ético morales. I Symposium nacional sobre inseminación artificial heteróloga y Bancos de conservación de semen; Noviembre 1979, pag. 12. Cruces. (Baracaldo). Vizcaya.
- (9) DAVID. La inseminación artificial humana. Los Bancos de esperma, Extractado del artículo (Los corresponsales de JANO en el extranjero) pag. - 24. En concreto, "Jano. Medicina y humanidades" 25-31-Mayo-1979 N° 375 por el corresponsal en - París, Ester Ferrer.

Laboratoire d'Histologie-Embryologie,
cytogenetique. Service du Pr. DAVID. Centre -
hospitalier de Bicêtre Paris.

- (10) AVENDAÑO. Inseminación artificial con semen congelado. Inseminaciones y técnica de congelación. "La medicina hoy" pag. 68.
- (11) Conseil de l'Europe, op. cit., art. 5.
- (12) Real Decreto 22-11-1980 nº 426/80 Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. Cirugía. Desarrollo ley 27-X-1979 (R 2655) sobre extracción y transplante de órganos art. 2c).
- (13) Art. 110 del Código civil español.
- (14) Art. 111 del Código civil español.
- (15) RUIZ VADILLO, op. cit., pag. 21.
- (16) La ministro PELLETIER. Insemination artificielle. Adoption d'une proposition de loi. Senat Seance du 5 Juin 1980, pag. 2398.
- (18) Art. "En tercer lugar, conviene proteger el estatuto de los hijos concebidos por inseminación artificial. La preocupación del ministro de justicia es que los hijos así concebidos se beneficien de todas las protecciones dadas a los

- (20) hijos legítimos, y particularmente de las acciones de impugnación de la paternidad que no pueden estar fundadas sobre una inseminación artificial.

En el mismo sentido CAILLAVET op. cit.
(21) (Senat Seance du Juin 1980), pag. 2399.

"Nosotros deseamos que el hijo nacido por inseminación artificial sea un hijo legítimo, pues el gesto de amor debe de ser revestido de la decisión jurídica".

- (17) THERET. L'insemination artificielle de la femme et le droit.

(23) (II) Thèse pour le doctorat d'état en droit, présentée et soutenue publiquement par THERET 28-Octobre-1980, pag. 418. Université -
(24) de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris Villetaneuse (Paris XIII) Jury, president; monsieur Souleau, Suffragants: M. Chabas, M. -- Claux.

- (18) Art. 741 Código civil español.

- (19) DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS, op. cit., (Sistema de Derecho civil, vol. IV), pag. 341.

- (20) CIPROTTI. La fecondazione artificiale: Problemi giuridici en "Iustitia". Organo dell'Unione giuristi cattolici italiani, anno III, Febbraio-Marzo 1950 pag. 21.
- (21) Art. 141 Código civil español.
- "La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada - por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año".
- (22) THERET, op. cit., pag. 438.
- (23) Conseil de l'Europe, op. cit., art. 7-2º.
- (24) Conseil de l'Europe, affaires juridiques. Harmonisation des législations des états membres relatives aux prélèvements; greffes, et transplantations de substances d'origine humaine. Resolution (78) 29 adopter par le comité des ministres du Conseil de l'Europe, le II-Mai-78 et Expose des motifs. Strasbourg 1978, art. 2, pag. 17.
- (25) THERET, op. cit., pag. 442.

- (26) RUIZ VADILLO, op. cit., pag. 22.

En el mismo sentido, conviene resaltar la proposición de ley aducida en el Senado francés sobre la inseminación Senat-Seance du - 5-Juin-1980. Adoption d'une proposition de loi pag. 2406. Art. 12: Ningún vínculo de filiación puede ser establecido entre un hijo concebido por inseminación artificial y el donante, - cuando éste no es el marido.

- (30) Mme. PELLETIER, ministro delegado.

Esta enmienda tiene por objeto, como el texto propuesto por nuestra comisión de - prohibir el establecimiento de una filiación entre un hijo concebido por inseminación artificial y el donante no conocido de la madre para preservar el anonimato de éste. Es una enmienda muy importante puesto que la inseminación artificial de la mujer de una pareja casada debe darle al hijo legítimo, afín que no pueda existir ningún riesgo de relación entre el donante y su hijo.

- (27) DE ANGEL YAGUEZ. El consentimiento de los cónyuges en el acto médico. Problemas actuales de derecho médico comparado. Ponencia al XXXVI Con

greso internacional en lengua francesa de medicina social. (Mesa redonda del 9 de Septiembre de 1980).

- (28) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA. Derecho de familia I. Librería, BOSCH, Barcelona 1978, -- pag. 105.
- (29) Canon 1081 CODEX IURIS CANONICI.
- (30) Sentencia, 24-I-1935 del Tribunal Supremo.
- (31) Sentencia, 31-I-1935 du Tribunal Supremo.
- (32) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 123-1. I Legislatura. Proyecto de ley del 13 de Marzo de 1980. Modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil determinándose el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- (36) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 123-1º. I Legislatura. Informe de la Ponencia

(36) Proyecto de ley del 6 de Diciembre de 1980 por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

(38) Po

San. Ley 7 de Julio de 1981, núm. 30/81 (Jefatura del Estado, B.O. 20, R. 1700). Modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, art. 67.

- (33) LACRUZ BERDEJO, SANCHE REBULLIDA, op. cit., pag. 107.
- (34) LACRUZ BERDEJO, SANCHE REBULLIDA, op. cit., pag. 108.
- (35) HERRERO DEL COLLADO. La inseminación artificial humana ante el derecho penal. Universidad de - Granada. Facultad de Derecho. Departamento de derecho penal, 1969, pag. 62.
- (36) DE ANGEL YAGUEZ, op. cit., 1980.

- (36) RUIZ-VADILLO, op. cit., pag. 20.
(bis)
- (37) PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI, op. cit., pag. 4.
- (38) Formato facilitado por el Dr. PORTUONDO. Ciudad Sanitaria Enrique Sotomayor de la Seguridad Social. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Cruces (Baracaldo) Vizcaya.

CERTIFICADO DE AUTORIZACION

"Los abajo firmantes
..... y Dña.
autorizan al equipo médico dirigido
por el Dr. (.....), a realizar -
una o varias inseminaciones artifi-
ciales con semen de donante anónimo,
a fin de conseguir un embarazo por
este procedimiento.

En el mismo acto afirman -
que la inseminación artificial hete-
róloga ha sido el procedimiento li-
bremente elegido por ellos entre va-
rios que les fueron referidos.

De igual modo, los solicitantes
están enterados de la tasa de em-
barazos, abortos, malformaciones con-
génitas y otras contingencias que pu-
dieran ocurrir con este procedimien-
to y que por otro lado no son nunca
superiores a los acaecidos por inse-
minación natural.

Por último descargan al equipo médico de toda responsabilidad civil y penal, si ésta hubiera lugar, comprometiéndose a criar y educar al hijo del matrimonio".

MARIDO

MUJER

Lugar, .. de de

- (39) The international encyclopedia of comparative law, op. cit., pag. 96 y s.

"El parentesco creado por las modernas prácticas de la inseminación artificial se mantiene en algunos lugares entre la legalidad y las relaciones de parentesco adoptivas. Recientemente los americanos estimaron que la incidencia de los niños nacidos como consecuencia de la inseminación artificial, era de 1000 a 20.000 niños por año. Es una realidad que hay claramente suficientes niños de este tipo como para sacar esta materia fuera de la ciencia ficción y hacerse algunas preguntas realistas. La pregunta más importante es la del status legal del marido casado con la madre de un niño concebido con inseminación artificial con semen donado por tercera parte. Otra pregunta que podemos hacernos es sobre el status (vis a vis) del que donó el semen al niño.

Los sistemas legales del mundo han sido sorprendentemente lentos en dar una respuesta. En América por ej., en la situación en que una mujer casada había concebido un hijo con el consentimiento del marido por inseminación artificial de otro donante que su marido, por el tratamiento judicial se ha decantado entre la postura por la cual el niño que ha resultado es realmente hijo legítimo del marido, hasta la de que el niño es legítimo y la madre una adúltera.

En muchos casos por supuesto, la presunción de legitimidad aplicable a los niños nacidos en un matrimonio válido ha ayudado al niño a obtener el status legítimo (vis a vis) del marido de su madre. Sin embargo, la obligación del donante para soportar o a menudo llevar la responsabilidad legal como un padre, permanece al menos como una posibilidad técnica.

El tratamiento legal de esta cuestión se ha estancado (California West Supp 1968). El marido de una mujer que mantiene a un hijo resultado de la inseminación artificial será considerado el padre del niño a los efectos de esta sección, si él ha consentido en la inscripción de inseminación artificial C.c. 196 b) West Supp - 1968.

Una ley de Oklaoma de 1967 dispuso que un niño nacido de una mujer casada como consecuencia del método heterólogo de la inseminación artificial era legítimamente como del marido y por supuesto de la madre, si la inseminación artificial había sido llevada a cabo por un médico con el consentimiento escrito del marido y la esposa. Una previsión similar se contiene en la nueva acta uniforme de parentesco - Oklaoma, Stat Ann Tit -551-553 (1971).

(44) Senat Ni los códigos franceses ni los alemanes tratan la cuestión de la inseminación artificial. Hace pocos años la Comisión de Reforma del Código francés propuso legislar el efecto que el marido de la madre no pudiera discutir la legalidad del niño concebido por la inseminación artificial si él había dado su escrito de consentimiento. Similarmente, Alemania Federal había fallado al hacer específica provisión de la inseminación artificial. En Francia, las reglas que presumen la legitimidad de un hijo nacido de mujer casada se aplican de la misma manera.

(45) .
Esto deja abierta la posibilidad de que un niño nacido por inseminación artificial con semen donado por alguien que no sea el marido de la madre puede ser considerado como ilegítimo incluso si el marido consiente en la inseminación".

(46) D3
(40) Art. 256 I) Código civil suizo (in fine).

(47) gao
(41) Message du Conseil fédéral, à l'assemblée fédérale concernat la modification du Code civil suisse, op. cit., pag. 31.

(48) THEP
(42) HEGNAUER, op. cit., pag. 38.

(49) VALID
(50) Edis
(43) Senat de Belgique, op. cit., (session 1977-78) art. 318.

- (44) Senat de Belgique, op. cit., (session extraordinaire 1979) art. 320.
- (53) DB
- (45) MASSON, op. cit., pag. 203.
- (46) Senat de Belgique. Expose des Motifs. Session 1977-78, 15 Fevrier 1978. Projet de loi modificant diverses dispositions legales relatives à la filiation et à l'adoption, pag. 12.
- (47) Art. 1839 Código civil português. Livraría Almeida. Coimbra 1979.
- (55) y
- (48) DE OLIVEIRA, op. cit., (Estabelecimento da filiacao) pag. 84 y s.
- (49) FERNANDES RODRIGUES BASTOS, op. cit., pag. 161.
- (50) THERET, op. cit., pag. 359.
- (51) VALDES. La procreacion irregular y el derecho. Editora nacional S^a Agustín. Madrid 1972, pag. 88.
- tid

(52) CARDENTE, op. cit., pag. 20.

(53) DE OLIVEIRA, op. cit., (Impugnação da paternidade), pag. 91 y s.

(54) Art. 312 Código civil francés.

(55) "El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Sin embargo, éste podrá impugnar al hijo en justicia si él - justifica hechos propios que demuestren que él no es el padre".

(56) Senat Seance du 5 Juin 1980, op. cit., pag. 2405 y s. Art. 11.- Se ha insertado en el Código civil un art. 312-1 así redactado:

(57) Art. 312-1 "El marido no puede impugnar al hijo que ha sido concebido por inseminación artificial con su consentimiento. Este consentimiento debe de ser constatado por una - demanda escrita".

(58) Art. I/ Se ha añadido un segundo apartado al art. 312 Código civil:

(59) En "La acción en impugnación, no será sin embargo admisible cuando el marido invoca - una inseminación artificial, la cual él ha consentido".

II/ "El segundo párrafo del art. -
312-2 del Código civil es completado como sigue:
"o que éste ha dado su acuerdo a la inseminación
artificial de la mujer"".

- (56) Art. 135 Código civil español.
- (57) Art. 256-1º, p. 3 Código civil suizo.
- (64) Art. 1839 Código civil portugués.
- (58) Tribunal de grande instance de Niza, 30-Juin-1976.
"Dalloz" 1977.
- (65) POB
- (59) THERET, op. cit., pag. 398.
- (60) Conseil de l'Europe, op. cit., art. 7-1º.
- (66) AB
- (61) Art. 137 p. II Código civil español.
- (67) Con
- (62) Art. 178 v. I Código civil español.
- (63) Senat-Seance du 5 Juin 1980, op. cit., pag. 2397.
En concreto, la opinión del ponente MEZARD.

"Como yo he tenido ocasión de decir recientemente el número de hijos susceptibles de ser adoptados está en constante disminución por razones sociales diversas, lo que coloca a numerosas parejas en la imposibilidad efectiva de adoptar un hijo. Sin duda, debemos tratar de ayudar a estas parejas en su angustia. En ciertos casos, la inseminación artificial puede ayudar".

- (64) VIDAL MARTINEZ. El hijo legítimo, su concepto y determinación en el Código civil español. Editorial Montecorvo S.A., 1974, pag. 214.
- (65) PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI. Inseminación artificial con semen del donante. Un programa hospitalario. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Cruces (Baracaldo), Vizcaya. 1980, pag. 2.
- (66) ARZA, op. cit., pag. 36 y s.
- (67) Conseil de l'Europe, op. cit., art. 5.

"El médico y el personal del establecimiento médico que recibe el esperma o practican la inseminación artificial deben de preservar el secreto de la identidad del donante y bajo reservas de las exigencias de justicia, la identidad de la mujer, y si ella está casada de

(70) su marido, aparte del secreto sobre la inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si las condiciones de ésta hacen imposible el mantenimiento del secreto".

(68) Senat-Seance du 5-Juin-1980, op. cit., pag. 2405.

Art. 9.- El médico que practica la inseminación debe asegurarse que éste responde a las condiciones previstas en los arts. 7 y 8, es preciso proceder a todas las consultas e investigaciones particularmente psicológicas que él estime necesarias con el objeto de asegurar el bienestar futuro del hijo.

¿Por qué nosotros hemos introducido las palabras "exámenes psicológicos"?, porque - en los centros donde van los donantes y donde - las mujeres solicitan ser inseminadas, el médico procede a un interrogatorio bastante breve, tan discreto como sea posible, sabiéndose que se trata casi siempre de situaciones delicadas y que no se pueden multiplicar los exámenes. No obstante, numerosos centros practican una consulta por un médico, psiquiatra o psicólogo.

(69) PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI, FERNANDEZ LLEBREZ. - Inseminación artificial con semen fresco de donante. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Ciudad Sanitaria Enrique Sotomayor de la Seguridad Social. Cruces (Baracaldo) Vizcaya. 1980.

(70) Senat-Seance du 5 Juin 1980, op. cit., pag. 2401.

(72) Artículo 3: "El número de mujeres -
inseminadas con éxito por un mismo donante es -
limitado a cinco".

el PELLETIER, ministro delegado.

-Señor Presidente, esta cuestión es importante. El texto propuesto por vuestra comisión y pues el interés no escapa al Gobierno, - para evitar riesgos de consanguinidad, es deseable limitar a cinco el número de mujeres inseminadas con éxito por el mismo donante".

es
cielo
sar
por
de
cielo
CAILLAVET,

(73) "Ciertos especialistas me habían dicho que este texto era, en el estado actual inaplicable según ellos, esto no sucedería más que cuando los Bancos de esperma estuviesen aceptados o reglamentados -que se trata de un sector hospitalario o de un sector privado- que gracias al ordenador, nosotros podríamos evitar los donadores múltiples y no correr el riesgo de consanguinidad".

(74) LAC MEZARD,

107
(75) "De hecho existiendo numerosos centros en Francia, los riesgos de consanguinidad no son importantes. Ellos son mucho menos en - todo caso, que los riesgos de consanguinidad por inseminación natural fuera del matrimonio".

(71) Art. 966 Código civil español.

(72) THERET, op. cit., pag. 472.

Conviene asimismo traer a remisión el parecer de Mme PELLETIER, op. cit., (Senat-Seance du 5 Juin 1980), pag. 2430.

(76) "Señor Presidente, el art. 1677-10 del Código de la Salud Pública, tal como es pro puesto por el Gobierno tiende a impedir la inse minación dada en general post mortem, pues esto es realmente contrario a este tipo de inseminación por un conjunto de razones. Yo no las desarrollaré, pero ellas transcurren primeramente por el principio considerado por vuestra comisión de no legalizar más que únicamente la inseminación de la mujer casada. Por otra parte una tal inseminación no le faltarían serios problemas ju rídicos en cuanto al estatuto del hijo por nacer, a su nombre, o a la sucesión ya abierta por el marido fallecido".

(77) Boletín
(73) Art. 83 Código civil español.

(74) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, op. cit., pag. 107.

(75) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado.

I Legislatura. Serie II, Proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 14-Mayo-1981, nº 161 (c). (Congreso de los Diputados. Serie A nº 123) Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Enmiendas, pag. 44.

- (76) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., (13 Marzo 1980), art. 87.

"Excepcionalmente, el juez podrá de negar el divorcio cuando se pruebe que ocasiona a los hijos o al otro cónyuge perjuicios de especial gravedad a los que deberá referirse la sentencia".

- (77) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., (6-Diciembre-1980), art. 87.

"Cuando el divorcio se funde en el cese efectivo de la convivencia conyugal a que se refieren los arts. 82, 6 y 86 de este Código, el juez a petición del otro cónyuge podrá denegar el divorcio si se acredita que causa perjuicio de extraordinaria gravedad a los hijos menores o incapacitados o al cónyuge, habida cuenta de su edad, estado de salud, o la duración del

matrimonio, supuestos en los que deberá fundarse la sentencia. No podrá denegarse el divorcio por esta causa cuando el cese efectivo de la convivencia hubiere durado más de siete años".

- (78) Art. 110 Código civil español.
- (79) DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS, op. cit., (Sistema de Derecho civil, vol. I), pag. 485.
- (80) Art. 137 p. II Código civil español.

"El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal".

- (81) THERET, op. cit., pag. 416.
- (82) DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS, op. cit., (Sistema de derecho civil, vol. I), pag. 480.
- (83) Senat-Seance du 5 Juin 1980, op. cit., pag. 2402 ys.

Art. 8.- "La inseminación artificial no puede ser efectuada más que sobre una demanda

escrita firmada por los cónyuges. Esta demanda es remitida al médico que practica la inseminación. Ella es válida por una duración de 2 años y puede ser retractada en cualquier momento por cualquiera de los cónyuges, ella es asimismo renovable".

LA A.

LOS PR.

LA
PROCESOS

O SOL

C A P I T U L O 4º

LA APORTACION DE LAS PRUEBAS BIOLOGICAS EN
LOS PROCESOS DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

tivas e

defecti

legislat

cinos qu

de pote

las Comu

exclusiv

creto GAF

yes que

art. 39,

Sección 1ª

LA ADMISION DE LAS PRUEBAS BIOLOGICAS EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD. ¿CUALQUIER PERITAJE BIOLOGICO, O SOLO LOS METODOS CIENTIFICAMENTE COMPROBADOS?

La problemática de las acciones constitutivas en el derecho de familia es una materia que in defectiblemente queda circunscrita a la competencia legislativa de las Cortes Generales. De lo cual deducimos que no cabe sobre esta disciplina ningún tipo de potestad delegada, (por ej. de la legislatura de las Comunidades autónomas) es recalcamos, una materia exclusiva y excluyente del Estado.

Este es el sentir de la doctrina, en concreto GARCIA DE ENTERRIA dice: (1)

"Estatales igualmente han de ser las leyes que regulen la investigación de la paternidad", art. 39, 2 de la Constitución.

Por otra parte, la vía judicial por la cual se solventarán estos problemas corresponderá a la del juicio ordinario de mayor cuantía. (2)

Es indudable que uno de los principios rectores de nuestra reforma de filiación es la verdad biológica, por ello si pretendemos que la verdad real se imponga a la formal, tendremos que preguntarnos hasta donde llega la oficialidad judicial. Estimamos idóneo en este sentido una comparación con la doctrina suiza, donde el juez examina de oficio los hechos y aprecia libremente las pruebas. (3)

Otro aspecto fundamental en nuestro artículo sobre la filiación, es sin duda la libertad probatoria en los procesos de paternidad, donde también la discrecionalidad judicial juega un papel importante, reflejo de lo dicho es el art. 127 del C.c.: "No se aceptará la demanda, si no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". Con ello se intenta una previa valoración apriorística, con la finalidad de que las acciones constitutivas como lo son las de impugnación y reclamación de la paternidad no se incoen procesalmente, sino cuando hubiere unos indicios claros que justificasen la necesidad de su interposición.

Nos figuramos que la interpretación o ex
gésis que ha de darse al contenido del parágrafo segun
do del art. 127 C.c. aludido con anterioridad habrá
de ser extensivo, dilatado; de manera que no podemos
cercenarlo exclusivamente a la prueba documental.

En este punto conflictivo es oportuno el
comentario aducido en la sesión plenaria celebrada -
en el Senado (1-IV-1981). (4)

"Pues bien de permanecer este segundo pá
rrafo del art. 127 se va a restringir notablemente to
do el alcance del precepto, porque no va a ser posi
ble acompañar con la demanda otro principio de prue
ba -así dice el texto con un lenguaje un tanto impre
ciso desde el punto de vista jurídico- que la prueba
documental".

En nuestra opinión, creemos que sería in
constitucional que el juez ad hoc no admitiese la de
manda de paternidad si no se aportase una prueba docu
mental. En primer lugar, porque el hecho de cercenar,
limitar u obstaculizar legalmente la investigación de
la paternidad recurriendo a estas exigencias legales,
infringirá gravemente a nuestro juicio el art. 10 de
la Constitución que consagra la libertad y dignidad
del individuo, de forma que éste no ha de encontrar
cortapisas en el libre desarrollo de su personalidad.
¿Cómo va a configurarse libremente su personalidad ci

vil, si ignorara la paternidad de su personalidad fisiológica?.

En segundo lugar. porque además de imposibilitar la averiguación de su paternidad con la limitación probatoria. contradiría semejante actitud el principio constitucional de igualdad ante la ley.

En tercer lugar, podemos referirnos al deber estatal constitucionalmente amparado de la protección integral a la familia, art. 39 (Constitución); lo que significa a nuestro juicio una interpretación extensiva en el entendimiento por el juez del principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda de impugnación de la paternidad, es decir, no admitir pretensiones infundadas que contradigan la posesión de estado del hijo en las relaciones familiares.

En este sentido, aprobamos totalmente la exégesis que el senador PARDO MONTERO traía a colación en su intervención en el Senado (1-IV-1981). --

(5)

Por ello, este principio de prueba que actúa como catalizador deviene como un prius inelu-

dible y necesario para rechazar infundadas demandas de investigación de la paternidad.

Resulta ilustrativo en este punto recurrir al derecho positivo francés que en este sentido comenta: (6)

"No será admisible la búsqueda de la paternida, más que si el presunto padre establece por un examen de sangre o por cualquier método cédico - cierto que él no pudo ser el padre del hijo".

Esto nos hace introducirnos de lleno en el aspecto relativo a los conocimientos que ha de tener el juez en estas materias de índole biológica, - deducimos que en uno o en otro caso adopte la fórmula que se adopte, un dato imprescindible vendrá dado por la formación permanente a los organismos judiciales a través de los centros científicos. De manera que los tribunales con ello estarán al corriente del progreso de la ciencia y de las nuevas experiencias que examinen recientes descubrimientos genéticos que puedan aparecer como científicamente concluyentes en el proceso. Pensamos, que esta información bien podía ser provista a través del Ministerio de Sanidad; de esta forma el juez tendrá un mejor criterio para --- aceptar como principio de prueba suficiente en la demanda de la paternidad cualquier peritaje biológico.

ca una di Por su parte la legislación italiana establece: (7)

"El marido está admitido a probar, que el hijo presenta características genéticas o de grupos sanguíneos incompatibles, con aquéllos del presunto padre o cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad".

Parece inferirse a sensu contrario, que la madre y el hijo no están admitidos a probar las características genéticas incompatibles con las del presunto padre. Ahora bien, si lo ponemos en relación con el art. 235 C.c. italiano, observamos que la acción de impugnación puede ser ejercitada incluso por la madre o por el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad en todos los casos en que puede ser ejercitada por el padre.

La opinión de la doctrina civilista italiana, es que la expresión más arriba aludida está pensada para ipso iure aceptar el valor probatorio de por (ej.) cualquier prueba genética que pueda aportarse a los procesos de paternidad, de suerte que para la legislación italiana, la sustantivación de las características genéticas o grupos sanguíneos incompatibles con aquéllos del presunto padre, más que cercenar el objeto probatorio a nivel biológico, impli-

ca una dicción amplia que se materializa en un numerus apertus sobre la aceptación de futuros descubrimientos genetistas.

Nos parece del todo punto imprescindible que remitamos el oportuno comentario de COMPORTI y MARTINI. (8)

"No parece aceptable la tesis según la cual, el legislador hubiera usado dos términos con significado no unívoco por ignorancia del problema técnico, por el contrario, tal precisión aparece teórica y científicamente exacta e inspirada en una amplia apertura hacia la admisión de cada medio útil de prueba".

En cambio, en sentido contrario encontramos opiniones que contradicen estas afirmaciones como la de TRABUCCHI. (9)

"La respuesta del jurista no puede todavía coincidir con la solución que admite hoy una más amplia apertura sobre los medios que la ciencia y la experiencia pueden proveer para colmar los espacios que el ordenamiento consiente".

Creemos que nuestro legislador va mucho más lejos cuando no califica las pruebas biológicas con adjetivos suplementarios, como en sentido contrario tipifica el legislador italiano con la alusión a "características genéticas", o el legislador luso con la expresión "métodos científicamente comprobados".

Siendo así el tenor de estos códigos, sería conveniente que nos preguntásemos lo siguiente: ¿rechazaría el juez el fenómeno de la inseminación artificial, excusándose en qué no es un método científicamente comprobado?. Así por ej. en el derecho portugués: (10)

"No está permitida la impugnación de paternidad con fundamento en la inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido".

O en el derecho suizo, un tanto más reticente y elíptico pero por ello no menos expresivo y concluyente: (11)

"El marido no puede intentar la acción - si él ha consentido la concepción por obra de un ter cero".

Está claro que en estos sistemas se considera a la inseminación artificial como método científicamente comprobado, sólo se requiere para que pueda aportarse como prueba biológica válida la constatación fehaciente de que el marido no dio su consentimiento ni expreso ni tácito (es decir la autorización otorgada de consuno por ambos cónyuges a la inseminación heteróloga). En cambio en el sistema español no se habla de forma tan nítida en estos términos, no -

obstante deducimos que cuando el art. 135 C.c. in fine, tipifica el inciso, "o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo", el legislador español ha pretendido con esta expresión recovecosa tipificar el fenómeno de la inseminación artificial. Hubiese sido preferible creemos nosotros expresarse como lo hacen otros códigos civiles de forma más explícita, y no de una manera tan reticente y tangencial.

en las c Sin querer entrar de nuevo en el apartado de la relación trascendental entre el fenómeno de la inseminación artificial y la acción de impugnación de la paternidad que hemos examinado en otro capítulo, aquí sólo pretendemos esbozar su fundamentalidad en los procesos de paternidad; por ello recordemos el tenor del art. 7 del Proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial: (12)

"Cuando la inseminación artificial está realizada con consentimiento del marido, el niño será considerado hijo legítimo de la mujer y de su marido y nadie podrá cuestionar la legitimidad en base al hecho de la inseminación artificial".

paternida
to civil
data al
¿Podrá acaso nuestro juez rechazar como principio de prueba suficiente la inseminación arti-

ficial heteróloga sin consentimiento del marido?, --
y si éste lo alegase como fundamento de su principio
de prueba suficiente al que el art. 127-2º) hace re-
ferencia?. Estimamos que el juez tendrá que admitir
lo como válido, pero también debemos reparar en que
su aceptación judicial supondrá su reconocimiento le-
gal, y por ende la institucionalización del fenómeno
inseminatorio.

Con respecto a la intervención judicial
en las cuestiones atinentes al derecho de familia, -
como en el caso concreto es la relación filiacional,
es de esperar que el juez no adopte una actitud pasi-
va en los pleitos sobre filiación. Sobre todo consi-
derando el principio creciente y progresivo de la in-
quisitorialidad del proceso en la materia relativa -
a las relaciones familiares.

Esta inquisitorialidad estimamos que es
corolario de una fundamentación jurídica, cual es la
actuación de oficio por el juez, sobre todo en lo re-
ferente al encausamiento forzoso de los terceros (por
ej. el presunto padre biológico) en los procesos de
paternidad. Sin embargo nuestra ley de Enjuiciamien-
to Civil cierra hoy por hoy esta posibilidad de lege
data al juez.

Resulta oportuno remitirnos a la opinión de DE GRAVE que se manifiesta sobre este aspecto de la inquisitorialidad del proceso: (13)

"La eficacia de las decisiones judiciales dependerá de la colaboración obtenida por las partes, por la negociación y el diálogo más que por el carácter obligatorio de las sanciones".

Este intervencionismo a nuestro modo de ver desplaza la pasividad judicial tradicional, gozando el juez si esto llega a materializarse de un mayor poder de investigación de oficio, no tanto en el objeto de la prueba biológica, sino en los sujetos que formen el litis consorcio pasivo necesario.

En semejante tesitura se encuentra el juzgador alemán en opinión de BEITZKE: (14)

"Extiende una obligación al juez de usar de su poder de investigación de oficio para verificar la exactitud de las presunciones legales, o del reconocimiento de la paternidad natural".

Un problema vital en la reforma sobre filiación es la contraposición de la verdad objetiva y legal frente a la verdad real o la verdad biológica. De suerte que corolario de esta contradicción es la caducidad o no de los derechos frente a la evidencia de las pruebas biológicas.

Tendremos que recurrir indefectiblemente a lo que ha tipificado nuestro legislador en orden a la impugnación de la paternidad. (15)

"El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año - contado desde la inscripción de la filiación en el - Registro civil.

Sin embargo el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento".

Queremos expresar lo siguiente: al haber se omitido la expresión "por causa distinta a vicio de consentimiento", en el artículo citado el marido a pesar de conocer el nacimiento, puede perfectamente desconocer la circunstancia causal desencadenante del evento natalicio, de modo que aun así empieza a correr para él el plazo una vez que se hubiese inscrito el hijo como matrimonial, con la paradoja siguiente de que si pasado el período impugnatorio el marido conociese que él no pudo ser el padre, habría caducado indefectiblemente la acción.

Sin embargo pensamos que la filosofía del articulado sobre la filiación, nos permite llegar a la conclusión de que el plazo de un año comenzará a correr desde la cesación del vicio del consentimiento.

to a pesar del cercenativo tenor literal del citado art. 136 C.c.

De lo contrario se iría en detrimento de la investigación de la paternidad real, puesto que - si el peritaje biológico ad hoc excluyese la paternidad al haber existido un vicio del consentimiento, - no sería justo que obrase de iure la caducidad, sino al año de su clarificación, es decir, cuando se hubie se desvanecido el vicio.

Si tenemos en cuenta un principio para - dignático de la Reforma, cual es sobre todo la verdad real frente a la formal, es lógico que en aras de esa realidad fisiológica exista concordancia con el conocimiento de los hechos objetiva y subjetivamente hablando, y no sólo de los primeros en detrimento de - los segundos.

A nuestro parecer, la tipicidad actual de la acción de impugnación del art. 136 C.c. no concretiza un plazo especial para el caso de vicio del consentimiento. Hubiese sido deseable una redacción en este punto parecida a lo que prevee el legislador - suizo cuando explicita un plazo especial fuera del - plazo general de impugnación. (16)

"La acción puede ser intentada después de la expiración del tiempo, cuando por justos motivos justifiquen el retraso excusable".

Lógico será deducir que esos justos motivos podrán ser el desconocimiento de la procreación - real del hijo, el error de la voluntad etc., de suerte que al estar el consentimiento viciado fundamenta un justo motivo suficiente como para demorar el ejercicio de la acción.

cuestión

del pre

lógicos

recenci

sica de

que el

negativ

decir, d

injustif

menes per

meta a. to

Sección 2ª

LA NEGACION A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLOGICAS EN LOS PROCESOS DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

Es obvio que tenemos que reparar en la cuestión referida a la actitud negativa por parte - del presunto padre a someterse a los peritajes biológicos. Pensamos que la exigibilidad de su comparecencia nunca irá en detrimento de la integridad física de su persona, de forma que no nos cabe duda - que el juez discrecionalmente podrá decantar de su negativa una presunta confesión de los hechos, es - decir, de la paternidad encausada.

En este sentido dice HEGNAUER. (17)

"El juez aprecia libremente la negativa injustificada de una persona de someterse a los exámenes periciales, él puede conminar al que no se someta a tales pruebas al pago de una multa".

Estimamos que atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto y examinado el conjunto de las pruebas aportadas al proceso, podrá el juez decantar su convicción sopesando las pruebas presentadas en el informe pericial científico.

De lege data en nuestra ley de Enjuiciamiento Civil no se puede forzar al tercero a comparecer al proceso. La doctrina española, en concreto - RIVERO HERNANDEZ critica la negativa a la comparecencia: (18)

"Esa negativa podría constituir también un abuso de derecho y una falta de solidaridad y colaboración a la administración de la justicia".

Evidentemente, si el padre que impugna su paternidad ha alegado y le ha sido admitido como principio de prueba suficiente la mala conducta de la madre constatado de modo notorio, lo cual se traduce en el hecho que durante el período legal de la concepción aquélla ha mantenido relaciones sexuales con otra tercera persona, el juez no podrá actuando de oficio forzar a este tercero que no es parte legítima en el proceso a que se preste al examen de las pruebas biológicas. No obstante, pensamos que atendiendo al carácter erga omnes de las sentencias sobre filiación, el juez tendría que ordenar de ofi-

cio la convocatoria de todos los que tengan un interés legítimo digno de protección, como en tal sentido resultaría tenerlo el tercero, presunto padre biológico.

Todos estos problemas han sido examinados por la doctrina clásica, sirva de exponente preclaro de la misma CASTRO PEREZ, (19)

"¿Cuál será la conducta de observar si una de las partes no comparece o aun compareciendo se niega a la extracción?. Cuando esto ocurra en un proceso civil, el juez no podrá hacer otra cosa que intentar convencerle de la inocuidad del procedimiento".

Sin embargo, autores más modernos han considerado que no es libre la disponibilidad de los terceros para someterse a los peritajes sobre impugnación de la paternidad, así TRABUCCHI: (20)

"Tratándose de investigaciones que tienen por objeto el status de una persona no funciona el criterio de la prueba como materia disponible".

Respecto a la negativa del tercero de someterse a las pruebas, puesto que no puede comparecer forzosamente al proceso para que el juez no valore esta circunstancia en contra de la parte deman-

dada ha de convencersele a aquél (juez) de la no comparecencia del tercero. En esta cuestión es interesante el comentario de FAIREN GUILLEN que no considera motivo justificado de negativa el que la comparecencia pueda hacer trascender públicamente una acción deshonrosa o punible, como lo son la violación de un juramento o el adulterio de la madre. (21)

termina

Llegamos a la convicción que en nuestra regulación de lege data, es o resulta del todo punto improcedente que se pueda establecer esta comparecencia forzosa del tercero (presunto padre biológico). Ello ocurre porque en las acciones de estado como son las de impugnación o reclamación de la paternidad el legislador ha determinado taxativamente los legitimados activos y pasivos en la acción.

primer

A nuestro parecer existe la posibilidad de que el juez en todos los procesos de paternidad - que se incoen pueda proceder a la acumulación de autos, según establecen los art. 160 y ss. de la Ley - de Enjuiciamiento Civil.

autos.

literal

Examinemos el siguiente supuesto: en un primer pleito (A) impugna su paternidad, siendo los legitimados pasivos el hijo y la madre. En un segundo pleito (D) padre fisiológico real, reclama su pa-

ternidad. El tercero presunto padre biológico podrá reclamar su paternidad extramatrimonial porque se da ban dos circunstancias:

citado ar.

una misma 1ª) El hecho de que la inscripción de - la filiación matrimonial había sido impugnada luego no se contradecía ninguna filiación legítimamente de terminada.

tres juec

forzando 2ª) Porque el hijo vivía constante e - ininterrumpidamente en las relaciones familiares con la posesión de estado de hijo extramatrimonial.

De suerte que aquí (acción de reclamación extramatrimonial) los demandados (madre e hijo) son las mismas partes legitimadas pasivamente que en el primer pleito. No obstante no hay identidad de personas, pues el padre legal impugnante del primer pleito figuraría como legitimado pasivo o demandado en el segundo pleito

oposición

La salida idónea sería la acumulación de autos, por lo cual nos limitamos a comentar el tenor literal de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (22)

no proye

"Cuando de seguirse separadamente los - pleitos, se divida la continencia de la causa". Sienu

do el art. 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quien enumera casuísticamente cuando procede; de suerte que vendría a colación a nuestro parecer la causa 5ª) del citado artículo: "Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas".

Todo esto es consecuencia de que a nuestros jueces no les está permitido actuar de oficio - forzando al tercero a comparecer contra su voluntad en el proceso en el cual se impugna la paternidad matrimonial.

Consideramos necesario recurrir a lo dispuesto en el derecho comparado, nos sirve de ejemplo lo dispuesto en los últimos proyectos de filiación - belga cuando dice que: (23)

"Las decisiones judiciales en materia de filiación son oponibles incluso a las personas que no hayan sido parte; pero ellas pueden formar "tercera oposición".

El tribunal puede ordenar incluso de oficio, que sean llamados a la causa todos los interesados a los cuales él estima que la decisión debe serles común:

En el mismo sentido se manifiesta el último proyecto belga de 1979:

"El juez puede ordenar de oficio la convocatoria de todos los interesados, si él estima que la decisión debe serles común".

Continuando con el interesante problema de la comparecencia forzosa del tercero (presunto padre biológico que no legal) al proceso, tenemos que analizar el supuesto de que aquí no deberá jugar el principio dispositivo de las partes, pues el interés en juego es de "orden público". Sería deseable que de iure condendo en la previsible reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se posibilitase que el juez de oficio pudiese instar la comparecencia del tercero (presunto padre biológico) en los procesos de impugnación de la paternidad.

Estimamos oportuno constatar lo que disponía el Código de Procedimiento Civil italiano de 1942:
(24)

En su art. 118 admite la posibilidad de que el juez dispusiese la inspección personal de las partes y de los terceros. Tal norma está basada o fundada sobre las mismas consideraciones de solidaridad social y de cooperación de los ciudadanos al mejor funcionamiento de la justicia sobre la cual está

basado el deber público de rendir testimonio, como el ciudadano está obligado a declarar la verdad en juicio, así cuando el interés de la justicia lo reclama él debe ser obligado a poner a disposición incluso en ciertos casos excepcionales la propia persona.

En conclusión esta materia por la cual se está dilucidando el status de filiación de las personas constituye una materia de orden público que se sustrae por ende del interés dispositivo de las partes.

Podría suceder que de las pruebas periciales biológicas realizadas en el proceso de paternidad no quedase suficientemente probado quien es el padre.

Supongamos que el presunto padre real - (fisiológicamente hablando) se ha sometido espontáneamente al proceso porque está interesado en reconocer al hijo al cual se está impugnando su filiación matrimonial, de suerte que está esperando también que se consuma el proceso de divorcio entre (A) y (B) para casarse luego con (B) madre de (C) su presunto hijo.

Ahora bien puede ocurrir que de las conclusiones periciales se dilucide que existe una compatibilidad para todos los sistemas genéticos utiliza

dos, es decir, por ej. (ABO, KELL, MNSs, P, DUFFY, - RH, etc.).

Somos del parecer que el juez para sopear su convicción con un mayor margen de probabilidad podrá a través de cualquier diligencia para mejor proveer ordenar de oficio cuantas pruebas periciales sean necesarias, teniendo en cuenta el carácter de orden público de esta materia, de este modo ¿no se atendería con ello más fielmente el principio rector de la reforma, cual es la verdad biológica real?.

Es obvio que el juez para proceder a este acervo probatorio que queda fuera de su raciocinio e intelección jurídica, tendrá que estar previsto de peritos ad hoc que le ilustren en cada momento sobre el planteamiento oportuno de cada prueba biológica.

En este sentido conviene traer a colación la opinión de FLATTET: (25)

"Será la confianza que le inspiran los médicos y los biólogos lo que entrañará su adhesión o su rechazo del método".

De manera que pensamos nosotros que quizá en el caso concreto que estamos examinando se requerirá un examen específico genético de transmisión hereditaria, utilizando si cabe técnicas electroforéti

cas para separar o independizar las enzimas, con la finalidad de llegar así a una probabilidad del 99,9% de que (D) sea el padre de (C).

Es interesante a este respecto constatar la opinión del Tribunal Civil de Liège que permitía que en estas materias que afectan al orden público - se practicaran cuantas pruebas biológicas se considerasen procedentes. (26)

Es conveniente analizar de forma sucinta la prueba de la sangre en la controversia sobre la paternidad, en relación con la comparecencia forzosa - ex officio por el juez.

(27) Imaginemos que el presunto padre hubiese instado la prueba pericial hematológica y de los derivados específicos genéticos en el escrito de la práctica de la prueba. Sin embargo en el escrito de contestación por la parte demandada (madre e hijo) se admitiese sólo la prueba pericial sanguínea simple, pero no la serológica, ni la prueba tisular, o la prueba de un sistema genético determinado.

¿Podrá el juez no obstante de oficio admitir la práctica de la prueba pericial biológica en

su totalidad obligando a someterse a las mismas a la parte demandada?.

Supongamos que con las pruebas presentadas por la parte actora no llegase el juez a un convencimiento racional y suficiente de la paternidad encausada, ¿podrá el juez inquirir la presencia obligatoria de la parte demandada al examen de dichas pruebas?, ¿aludiendo que hay un interés de orden público pues se está cuestionando el status de una persona, y como cualquier cuestión de orden público no se opera dentro de los cauces de los poderes dispositivos?.

El mismo Código civil español explicita:
(27)

"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho".

Resulta comprensible que las normas han de interpretarse según el contexto social del momento en el cual la ley es aplicada.

Pues bien, si es lógico que hace décadas cuando la investigación biológica sobre la paternidad

estaba empezando a dar sus frutos al descubrirse un polimorfismo de derivados especificados genéticos, - era evidente que se juzgase con cautela y con reticencia estos hallazgos, pues su valor probatorio distaba mucho de una veracidad científica apodíctica, de manera que su consecuencia ineluctable era la de su constreñida permisibilidad por parte de los organismos judiciales.

Pero en la actualidad, en los procesos de paternidad tendrán que ser aceptados con toda su evidencia y rigor científico cualesquiera pruebas que cada parte activa o pasiva en el juicio argüyan en su defensa; de suerte que el juez creemos que podría a través de cualquier diligencia para mejor proveer - traer al proceso cualquier prueba biológica ad hoc, debiendo someterse las partes a lo que dispusiese el arbitrio judicial.

Así pues corolario de estas directrices y enlazando de forma directa con el supuesto planteado, resulta ser la opinión de TEDESCHI que por otra parte no compartimos. De manera que concluía el autor que la parte activa no puede imponer al adversario que se prestase con el propio cuerpo a una prueba biológica; puesto que ésto sería prescindir de la

norma más general del derecho sustantivo nemo ad factum cozi potest, de modo que se atentaría contra los derechos de la personalidad ya que nadie puede ser - constreñido a someterse a una operación quirúrgica, incluso la misma toma de sangre por la prueba biológica. (28)

LAS CONSEJAS

EN EL

nos en

privada

blemas

dos a c

pueraci

monial?

tero, m

soltera

(A) tie

que co

especie

un exar

metido

Sección 3ªLAS CONSECUENCIAS DE UNA LIBRE PRACTICA EXTRAJUDICIAL
EN EL TEMA DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Queremos expresar lo siguiente: moviéndonos en un plano extrajudicial (a petición o instancia privada), aparte de la actuación judicial. ¿Qué problemas puede plantear los peritajes biológicos llevados a cabo extrajudicialmente ante una futura impugnación de la paternidad matrimonial o extramatrimonial?.

Imaginemos el siguiente supuesto: (A) soltero, mantiene relaciones sexuales con (B) también soltera, fruto de las mismas nace (C); sin embargo (A) tiene dudas fundadas sobre su paternidad, por lo que convence a (B) para que acudan ambos a un centro especializado en Medicina legal donde se les realice un examen biológico amplio. De modo que (A) ha prometido a (B) que si los resultados periciales son -

satisfactorios se casará con ella, obteniendo el hijo el status de hijo matrimonial por el subsiguiente matrimonio de aquéllos (art. 119).

¿Es viable esta comprobación de la paternidad?, reparemos que ese hijo hasta ese momento goza del status de hijo no matrimonial. Con este reconocimiento biológico extrajudicial puede beneficiarse al hijo, pues puede devenir éste en su status de hijo no matrimonial reconocido al de hijo matrimonial. ¿Cuál será la postura de los directores del Centro médico, cuando los consentimientos de ambos operen de consuno consciente y libremente?.

Supongamos este otro caso: (A) está casado con (B) y tiene dudas fundadas sobre la paternidad del hijo concebido por ésta (C) que cuanta con cinco años de edad.

El problema jurídico sólo en nuestra opinión es corolario trascendental del deontológico y ético operantes en el planteamiento del supuesto, de modo que lo aquí subsiste es una dualidad de intereses a cual más importantes:

a) El padre su interés impugnatorio es-

triba en una presunción del origen extramatrimonial de su hijo.

b) La madre su interés digno de protección consiste en oponerse a la impugnación del status de filicación de su hijo.

¿Qué será más relevante, defender a ultranza la verdad biológica y real, o el interés del hijo en no verse sometido a un proceso impugnatorio de paternidad por las consecuencias que del mismo - se derivan?.

¿No devendría la actuación del padre que quiere someter al hijo a un peritaje extrajudicial en unas directrices inconstitucionales?.

Omitimos el decir que una exégesis del derecho constituyente llegaría a un razonamiento similar; sino reparamos en el siguiente principio programático: (29)

"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún momento, - puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

¿Podría el padre ampararse en su petición privada al Centro hematológico en la verdad biológica?, o por el contrario, ¿vería rechazada de plano - su instancia argumentándosele su negativa en el hecho de que el interés del hijo llegaría a ser menoscabado y constitucionalmente vejado, puesto que todos tienen derecho a la integridad moral, sin que en ningún momento puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes?.

Lógicamente a nuestro entender, un coercitivo peritaje biológico operado extrajudicialmente - podría facilitar a posteriori un futurible proceso - judicial impugnatorio.

Ni que decir tiene, que si nuestro juez no va a admitir ninguna demanda de paternidad si con ella no se presenta un principio de prueba suficiente; no obstante pensamos que las conclusiones decantadas con este peritaje extrajudicial integrarán tam bién en buena medida la prueba exigible por el juez en el párrafo segundo del citado art. 127 C.c.

Asimismo creemos que es básico y primordial atender al interés del hijo constitucionalmente protegido. (30)

"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

De la misma forma la protección del hijo queda patentizada en otro precepto constitucional. -

(31)

"Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos".

¿De qué forma protegería el poder público socialmente al hijo en los supuestos de los peritajes biológicos extrajudiciales?, ¿impidiendo el ver degradada la intimidad de éste?, ¿de qué manera se asegurará la protección integral de los hijos?, ¿cerceñando la vis compulsiva de sus padres al pretender someter al hijo extrofuicialmente a un peritaje biológico a todas luces contraproducente en la efectiva consolidación del hijo en las relaciones familiares matrimoniales?.

En el ámbito de la práctica privada de la investigación hematológica, resulta interesante traer a colación la argumentación de la doctrina italiana, especialmente el comentario de BENCIO LINI y CORTIVO.

(32)

"Todos los autores que están interesados en el problema, no han podido dejar de expresar su -

perplejidad acerca de la licitud de llevar a cabo la comprobación en materia de la paternidad, sin la oportuna vigilancia de la autoridad judicial apta para garantizar la salvaguarda sobre todo de los intereses del menor, que no sólo es el objeto de la investigación, sino el verdadero protagonista del caso que existe originariamente".

Evidentemente somos de la misma opinión, los intereses en juego, cuales son los paterno filiales no pueden unilateralizarse biológica o científicamente hablando, eludiéndose los efectos jurídicos, o independizándose sus consecuencias de un control judicial de la paternidad contradicha.

Pensemos con detención en lo dicho con anterioridad, si el marido quiere impugnar su paternidad le bastará presentar como principio de prueba suficiente la incompatibilidad de los grupos hematólogicos de él, la madre, y el hijo, en el proceso de impugnación de paternidad incoado al efecto. ¿Qué valor dará el juez a esta presunción, absoluta o relativa?.

Creemos que no podemos acentar una investigación hematológica privada en Centros especializados al efecto, si no se cuenta con un riguroso control judicial. En este aspecto es interesante contar

con la opinión de la doctrina italiana avezada en estas cuestiones, de suerte que una vez más nos remitimos al certero juicio de los autores BENCIOLINI y CORTIVO. (33)

"Es buena la rutina de negar la práctica de la libre investigación serológica de los grupos, o por lo menos se debe ser cautos en aceptar un encargo, puesto que cualquiera que sea la verdad serológica, la unión de las familias es un orden superior que no puede ni debe ser puesto en peligro, sino con una serie de garantías de la cual la más seria es la que el magistrado pueda dar".

Es preciso que entremos en el análisis de un aspecto esencial, cual es la exigencia de los consentimientos en la investigación libre de la paternidad, cuando se lleve a cabo ésta en Centros especializados de Medicina legal.

Resulta evidente, que la situación será bien distinta cuando analicemos el supuesto de la exigencia de consentimientos requeridos para la filiación matrimonial, que para la filiación extramatrimonial.

Recabemos ahora nuestra atención en la filiación matrimonial, los consentimientos exigibles son por una parte el del padre, el de la madre, y por otra el del hijo cuando éste sea mayor de edad.

Imaginemos el siguiente supuesto: (A) es es tá casado con (B), tienen un hijo nacido constante - matrimonio (C), pero éste al ser menor de edad es evi dente que su legítimo representante serán los mismos padres que ostentan la patria potestad, ahora bien, como tienen un interés contrapuesto al del hijo debe de rá decidirse entre el juez y el Consejo de familia - quien sería el representante legal del interesado (me nor de edad), de forma que lo más lógico será pensar que se abriría el organismo de la tutela legítima.

¿Los consentimientos deberán ser presta- dos por los sujetos jurídicos integrantes de la rela- ción paterno filial?, es decir, por el padre, la ma- dre e hijo, ¿o por el contrario, la perentoriedad y ámbito extensivo de tales consentimientos, abarcaría a cualesquiera interesados que demostrasen tener un interés legítimo?, ¿quiénes ostentarían este carácter, los herederos forzosos y legítimos del padre impugnante, o también el presunto padre biológico real que de tenta per se un interés directo en el caso?.

Creemos que tratándose de la filiación - matrimonial, habrá que matizar la siguiente puntuali- zación: como partimos del supuesto extrajudicial de la petición a un Centro de Medicina legal del examen

biológico de la paternidad, lo primero que tendremos que preguntarnos es la cualificada supervisión técnica del citado Centro, es decir, si está dotado de un equipamiento de servicios a todos los niveles material y humanamente, puesto que puede suceder que la preparación y categoría profesional de los hematólogos y especialistas en Genética esté suficientemente acreditada, pero objetivamente no disponen aquéllos de una técnica instrumental adaptada a las circunstancias científicas.

Otro punto interesante en su comentario es el siguiente: en el dictamen pericial médico, -- ¿qué margen de error es presumible correcto para que de una forma inconcusa se llegase a afirmar la incompatibilidad grupal de los individuos en cuestión, de suerte que con esa certeza se pudiera acudir a posteriori a la vía judicial para plantear con éxito una acción de impugnación de paternidad?.

Imaginemos ciertamente que el Centro responde a esa dotación de servicios, ¿hasta qué punto es permisible una constatación extrajudicial de la paternidad por los rectores del Centro médico?. Pensemos por ej. que (A) que es el padre legal tiene dudas racionalmente fundadas sobre la auténtica filia-

ción de su hijo, de manera que antes de aventurarse a incoar un proceso judicial de impugnación de su paternidad, quiere cerciorarse extraoficialmente desde un punto de vista biológico de estos hechos. ¿Cuál será la postura de los científicos, si el presunto padre matrimonial acudiese al Centro acompañado de su hijo menor de edad, pero no de su esposa que ignora tal circunstancia?, ¿deberán los médicos negarse a tal reconocimiento al omitirse el consentimiento de la madre?. Nosotros llegamos a la convicción que el razonamiento de la opinión negativa radicaría en los gravísimos perjuicios no sólo jurídicos (impugnación de su status firmemente consolidado) sino también psicológicos irreparables que sufriría el hijo con tal forma de actuar.

Esto supuesto, como nuestro interés es eludir toda posible elucubración ficticia, hemos seleccionado un caso presentado al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DE LA UNIVERSIDAD DE PADOVA. (34)

"Petición privada (1969) por parte del padre legítimo Z.C. Se personó en el Instituto reclamando que fuese presentado un dictamen u opinión sobre la compatibilidad grupal en relación con la hija legítima, no queriendo que la mujer sospechase y se enterase se firmó la imposibilidad de continuar la comprobación del grupo específico completo y se reclamó que el parecer fuese expresado sobre la sola

base de las determinaciones ejecutadas en el Centro, extendiéndose el examen sólo al sistema AFO y del an tígeno D. Sobre la base de tales elementos se constató la compatibilidad grupal".

da resul A nuestro parecer, creemos que hubiese si do imperativamente exigible el consentimiento de la mujer. Además estimamos que bajo ningún concepto po drían realizarse tales investigaciones biológicas, - sino sólo cuando el hijo fuese mayor de edad y consin tiese libre y conscientemente someterse a dichas prue bas biológicas. De modo que si llegada la mayoría - de edad el hijo se prestase a ello, debería quedar - claro que ello no le tendría que suponer ningún per- juicio en su status de filiación matrimonial. Por - lo que la constatación biológica real de la paterni- dad no fuese utilizada después dolosamente por el pa dre legal, que pretendiera ampararse en el hecho de que su consentimiento estaba viciado para proceder - por vía de impugnación.

psiológ Oportuno e idóneo sería pues que se mani- festasen las intenciones ante los directores del Cen- tro médico ad hoc, en concreto, ante un Comité de ex- pertos psicólogos, genetistas, hereditólogos, etc. - De manera que la decisión que se adoptase fuese remi- tida sin dilación a los jueces de Primera Instancia

(en concreto a los Juzgados de Familia) para su conocimiento.

verosi-

de (C). Esto no significa que toda demanda privada resulte vedada, sino que habrá que analizar las circunstancias del caso específico y según esto obrar en consecuencia. Tratándose de una filiación matrimonial las limitaciones son amplias; creemos que no sólo está en juego la verdad real, sino la protección y seguridad de un status que no puede ser impugnado de una forma libérrima, puesto que el interés del hijo, su intimidad e integridad deberán quedar siempre protegidas y amparadas.

timidad

Claro está, la situación es diametralmente opuesta tratándose de un requerimiento privado en la investigación biológica de una filiación no matrimonial.

tendrán

nes presu Imaginemos que (A) es el presunto padre fisiológico o real de (C). Evidentemente, aplicando las reglas expuestas con anterioridad; en la reunión de los científicos en el Centro y en sus conversaciones con los interesados deberá de valorarse de forma distinta la petición. De modo que si el interés del presunto padre real es cerciorarse con la mayor pro-

cuando te

babilidad científica posible que (C) es su hijo, de forma que una vez corroborado este extremo con una verosimilitud concluyente se casaría con (B) madre de (C). Será lógico deducir en consecuencia, que nunca habrá un perjuicio en el status para el hijo, sino por el contrario un mejoramiento radical, de suerte que podría el hijo con ello beneficiarse del status de hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de sus padres.

¿Cuáles serían las consecuencias de los vicios del consentimiento en estos supuestos?, es decir, ¿podría traerse aquí a colación el error, la intimidación, la violencia o el dolo?.

A nuestro entender, lo mismo si analizamos las peticiones privadas de filiación matrimonial que las extramatrimoniales, como imprescindiblemente tendrán que realizarse unas reuniones y conversaciones previas entre los interesados y el grupo de expertos del hospital. Es lógico concluir que las motivaciones intrínsecas y las finalidades reales de los interesados se descubrirían con absoluta veracidad.

Estimamos que en honor a la deontología profesional se deberá desechar de plano la pretensión cuando tuviesen aquellos expertos base suficiente co

mo para posicionarse de forma unánime en "duda racional" ante el supuesto presentado; por lo que ante semejante tesitura deberían ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades judiciales.

Es nuestra convicción, que si funciona se interdisciplinariamente el organismo judicial y el científico se cooperaría de modo relevante a una judicialidad preventiva. Puesto que en una primera fase extrajudicial cuando la demanda es sólo privada, un debido y coherente asesoramiento en el orden científico o psicológico coadyuvaría en buena medida al desistimiento de promover una acción judicial a posteriori.

La conclusión es obvia, el consentimiento deberá de otorgarse libre y conscientemente ante un grupo de expertos, los cuales analizarán con profundidad la finalidad real de los motivos de los interesados. Estas cuestiones han sido también reseñadas por la doctrina italiana, en concreto FRACHE opina que: (35)

"El consentimiento debe ser expresado libremente y en modo explícito, previa instrucción de cual es la finalidad a lo que se tiende con la investigación propuesta. En tal delicada materia no puede prosperar la hipótesis del tácito consentimiento o del consentimiento implícito".

Es congruente inferir que la petición - privada implicará soluciones diversas, es decir, habrá que examinar si lo que se pretende con ella es una - constatación biológica de no paternidad para entablar acto seguido la acción de impugnación de la paternidad, o bien lo que se pretende por los peticionarios (padres) es no excluir la paternidad sino reforzar - el status de filiación del hijo.

Con respecto a otro problema, relacionado con lo hasta ahora referido, cual es el secreto - profesional, pensamos que su revelación iría en detrimento del hijo, aunque otros autores enfocan este - ilícito desde el punto de vista de la falta o carencia de consentimientos. En este sentido FRACHE: (36)

"Constituye un ilícito desde el punto de vista jurídico, cada investigación dirigida a la averiguación de la paternidad que se proponga utilizar y hacer notorio el secreto concerniente a la cualidad o grupo específico del hijo, sin el válido consentimiento de éste si es mayor de edad, o sin el consentimiento de quien puede disponer válidamente de tal derecho si el hijo es menor".

Indudablemente será muy difícil que pueda originarse tal problema de revelación de un secreto profesional; si el hijo es mayor de edad y no da su consentimiento para someterse a tal investigación,

es plenamente libre de hacerlo y constitucionalmente (art. 15 y 18) ha de respetársele su intimidad e integridad no ya física sino moral, puesto que su honor quedaría sino vilipendiado; de modo que si hubiese tal revelación habría que exigir responsabilidades no sólo civiles sino penales al infractor.

La polémica se nos manifiesta por otra parte en relación directa con el contenido fundamental de la patria potestad, es decir, de los derechos y obligaciones que dimanen de la misma.

La doctrina comparada no ha mantenido sobre este punto un criterio unánime, en este sentido comenta TEDESCHI: En la época del Tercer Reich, si a un padre le surgían dudas sobre la legitimidad del propio hijo, tenía derecho a acudir a la prueba de sangre para dirimir en su favor, que tal práctica entraba de lleno en el ejercicio de la patria potestad. Ahora bien como el hijo resultaba adversario del padre, para la defensa de los intereses de aquél debía ser nombrado un curator, de tal forma que no podía mantenerse la tesis de que el padre dispusiera libremente de la prueba de sangre sobre el hijo contra la voluntad del curator. (37)

En nuestro parecer, no puede aducirse que el hijo se verá obligado a someterse al examen pericial biológico, argumentándose para ello que los padres están actuando dentro de las facultades que dimanen de la patria potestad.

La reforma de filiación española ha erigido entre sus principios rectores el respeto a la personalidad del hijo. (38)

"No sólo objeto de cuidados sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida del trato y educación que haya de recibir".

Tendremos que preguntarnos si realmente puede existir una posible infracción del deber de obediencia y de respeto por parte del hijo que no quiera someterse a la investigación hematológica.

La contraposición de intereses entre los padres y el hijo, ha sido recogida en los principales Proyectos de ley de la reforma sobre la patria potestad y en la ley actual. (39)

"Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos - no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres ten

gan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar".

Suponemos que en los casos en que el -
hijo es menor de edad y está lógicamente bajo la patria potestad de sus padres, es claro que existe un interés opuesto en la investigación extrajudicial de la paternidad, por lo cual creemos que se haría imprescindible un control por parte de las autoridades judiciales.

De manera que deberá nombrarse al hijo un defensor que ampare sus intereses, esto lo deducimos del párrafo tercero del art. 163 C.c. citado, cuyo tenor literal explicitamos a continuación, ("A petición del padre, de la madre, del menor, del Ministerio Fiscal, o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio; el juez nombrará defensor, con las facultades que señale al pariente del menor o quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste o cuando tuviere intereses contrapuestos a otro pariente o a un extraño").

Nos parece esencial el comentario que expresa la Exposición de motivos del Proyecto de ley sobre modificación del C.c. en materia de filiación 1979. (40)

"La consecuencia prioritaria del interés del hijo ha conducido a acentuar en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia del juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paternofiliales, hasta el punto de concedérsele una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas, cuando el hijo, su vida, su seguridad, su salud, se halla en peligro".

Ni que decir tiene que podría hallarse en peligro su seguridad, cuando por ej. los padres quisieran constatar biológicamente la paternidad, de manera que según cuales sean sus resultados entablar entonces la oportuna acción de impugnación de paternidad.

El juez en aras de la seguridad e integridad corporal del hijo se vería obligado a proveer las medidas oportunas, como por ej. en lo concerniente a la privación de la patria potestad por sentencia fundada en grave incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Esto sucedería en el supuesto de compeler imperativa e indeclinablemente al hijo menor de edad a cumplir de forma obligada los postulados de obediencia y respeto, aun a costa de la seguridad e integridad familiar y de las consecuencias impugnatorias en la relación paternofilial de aquél.

De modo que el juzgador examinando las distintas concausas planteadas en el litigio fallará en cada supuesto específico atendiendo sobre todo al interés del hijo, decantando su convicción exclusivamente en pro de esta finalidad. Por esta razón en la mayoría de los casos proveerá a la admisión generalizada de los exámenes periciales médicos.

Resulta interesante conocer la opinión de TEDESCHI, en la hipótesis de un padre legítimo que ejercite la acción de impugnación: (41)

"Hasta la sentencia que se falle, él ejerce mientras tanto la patria potestad y en abstracto podría parecer que le toca a él dar o no el consentimiento a que el hijo sea sometido a la prueba de la sangre.

Pero el conflicto de intereses es evidente de tal forma, que la causa no puede desarrollarse más que con la oposición de un curator especial del hijo menor al cual únicamente competería dar o negar el consentimiento".

La investigación hematológica en el tema de la paternidad, tiene otras directrices y connotaciones tratándose de comprobación biológica por instancia judicial.

Includa Imaginemos que (A) hubiese iniciado un pleito sobre impugnación de su hijo (C), puesto que por ej. (A) padecía una azoospermia o necropermia - corroborado por un examen genético; de suerte que la conclusión perital fue la de incompatibilidad para el antígeno Duffy, el cual se presentaba en la hija y sin embargo estaba ausente en los cónyuges. El problema subsiguiente será el del valor o no categórico e irrefutable iuris et de iure de la prueba de la incompatibilidad grupal que el examen pericial ha manifestado.

¿Cómo influirá en el juez si por ej. se alegase una determinada prueba tisular (H.L.A.) y no se hubiese detectado en el informe la presencia de un alelo silencioso, dándose sin embargo al referido dictamen por los peritos valor absoluto?. (Ver apéndice, nota explicativa sobre (H.L.A.) y los alelos silenciosos).

La conclusión es lógica, hablamos de convicción del juez sobre las constataciones biológicas, pero ésta convicción legal nunca debe ir en contra de la convicción generalizada y objetiva del colectivo social científico, de suerte que las leyes biológicas que de este ente se dimanen deberían a nuestro juicio constituir para el juez un principio de lege artis -

ineludible. Es interesante a este respecto el punto de vista de GEBLER. (42)

"La prueba pericial sanguínea constituye una para la casi totalidad de los genetistas una ley biológica, y constituye ahora para los juristas una regla suficientemente segura para ser integrada dentro de los principios del derecho".

A nuestro entender el grado de veracidad y certeza de la investigación hematológica dependerá de los sistemas genéticos empleados, por lo menos -- veinticinco. Asimismo el informe pericial debería -- valorar el margen de error permisible.

Hoy en día el avance de los estudios inmunohematológicos nos permite detectar con un valor probatorio de hasta un 99% la perfecta transmisión -- hereditaria de factores genéticos característicos del padre procreante. Coincidiendo con esta manifestación MASSIP comenta. (43)

"Es ahora cada vez más improbable encontrar compatible un sujeto que no sería el padre real, la combinación ganadora o vencedora del padre real -- que es compatible con los fenotipos de la madre y del hijo tiende a devenir o ser única, no hay más que un sujeto que la posea".

En nuestra opinión, juzgamos oportuno -- constatar que cuando de los indicios o pruebas presen

tadas se infiera una total seguridad o verosimilitud confinante en la certeza resultará superfluo ante tal evidencia recurrir a un exhaustivo examen biológico, puesto que ello encarecería el proceso. Este supuesto se planteará cuando la prueba serológica y tisular hubiesen dado resultados concluyentes, lo que unido al restante ramillete probatorio afianzará a buen seguro la convicción del juez, de modo que podrá éste rechazar por ej. la prueba heredobiológica por innecesaria.

Es importante aclarar que si del conjunto de las pruebas aportadas al proceso no resultasen estas concluyentes para el juez, nada le impide al mismo acordar a través de las diligencias para mejor proveer cualquier reconocimiento o avalúo biológico. - Supongamos que se admitió la prueba hematológica pero no ha dado resultados altamente satisfactorios pues sólo llegó a un 80% de exclusión; el juez perfectamente puede a través de una diligencia para mejor proveer ordenar el examen tisular (H.L.A.).

Es importante constatar que un factor que favorecerá la exclusión del legal será la presencia para someterse a las pruebas biológicas del presunto padre fisiológico, cuya comparecencia como sabemos - nunca es imperativa a tenor de nuestras vigentes leyes procesales.

compete. Estimamos oportuno para valorar estas aseveraciones y juzgar los cálculos de probabilidad de la paternidad, recurrir a la siguiente sentencia de la Corte de Apelación francesa. (44)

invest. "El examen de los grupos del hijo F.A. y los de su madre, muestra que un 99,6% de los hombres se han excluido de la paternidad vis a vis al hijo - (0,04%) luego 4/10.000 no son excluidos, es decir, - Francois A. no puede ser el padre del hijo Fabianne A. su paternidad es excluida por cuatro sistemas genéticos MN, KIDD, ADA, HLA. La paternidad de Michel H. demostró una probabilidad a posteriori de paternidad igual a 0. 99984, este valor es muy elevado".

solida. Recapitulando la problemática examinada, concluimos en afirmar que se hace necesario escrutar cautelosamente las peticiones o demandas privadas de investigación de paternidad, como al mismo tiempo la exigencia de un control de las autoridades judiciales para que velen por el interés de la familia fiscalizando los diferentes supuestos presentados, de modo que en aras de la integridad familiar denieguen o concedan las investigaciones biológicas solicitadas, analizando los supuestos y reflexionando las soluciones que pueden ser bien distintas según se tratase de la filiación matrimonial o extramatrimonial.

Aparte del requerimiento judicial, creemos necesario por parte de los centros científicos -

competentes la realización de estudios estadísticos en la población, lo cual coadyuvaría a una mayor seguridad y certeza.

Esto supuesto las peticiones privadas de investigación de la paternidad a un Centro especializado de Medicina legal, no sólo implicarían problemas de deontología profesional, sino que por el contrario la posterior secuela jurídica como sería la impugnación de la paternidad iría en claro detrimento de la posesión de estado que presumiblemente se hubiese consolidado en el tiempo a favor del hijo.

En el mismo sentido recogemos la opinión de FRACHE. (45)

"La práctica médico legal en este campo demuestra que el problema de la licitud jurídica de la investigación de la paternidad a petición privada presenta reflejos deontológicos que no pueden ser ignorados por quien intenta aceptar similares encargos".

el exa
del hi
a aquél
(que il
tra él
presun
puede

Sección 4ª

LA CONVICCIÓN JUDICIAL ANTE LA PROBLEMÁTICA DE
LA ABSOLUTIVIDAD O RELATIVIDAD
DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS. INFLUENCIA DE LA SANA
CRÍTICA JUDICIAL EN LOS DICTAMENES
PERICIALES BIOLÓGICOS

Respecto a la convicción del juez deducida de la negativa de la parte a sustraerse a la prueba pericial biológica, recogemos un breve extracto de una sentencia de la jurisprudencia belga que de seguro nos ilustrará en nuestra temática. (46)

"La no paternidad puede ser probada por el examen comparativo de sangres del hombre, mujer y del hijo. Este procedimiento no puede ser impuesto a aquél que rehúsa a someterse y a someter al hijo - (que ella tiene bajo su custodia y que se ejerce contra él la impugnación) a la prueba pericial sanguínea, presunción que unida a otros elementos del dossier - puede entrañar la convicción del tribunal".

Resul. Respecto al decisivo papel que van a jugar las pruebas biológicas de la paternidad, interesa que nos hagamos entre otras las siguientes consideraciones en orden a la discrecionalidad judicial.

a la ¿El juez aceptará cualquier dictamen pericial biológico, cuando su convencimiento no resulte suficientemente ilustrado con otros medios de prueba aportados al proceso?.

nocio. Pensamos que moviéndonos en un plano normativo es totalmente viable la potestad del juez para actuar de oficio en esta materia, para ello basta remitirse al art. 630 de la ley de enjuiciamiento civil.

este La ineludible necesidad de colegir una fundamentada convicción, convence al juez en el recurso a las diligencias para mejor proveer, cuando por ej. el primer peritaje biológico resultase insuficiente. Imaginemos que se hubiese admitido en la proposición y práctica de la prueba diez sistemas genéticos, pero que no incluían la prueba tisular (H. L.A.), quizá el oportuno asesoramiento pericial persuadiría al juez para que admitiese la práctica de este peritaje omitido inicialmente, confirmando sus

resultados como concluyentes y con un valor absoluto para formar su convicción.

A este respecto es interesante constatar aquí la opinión de la doctrina española en especial a la de ONECHA SANTAMARIA. (47)

"Tras de un juicio crítico se ha venido a la conclusión de que para una total y segura certidumbre, es necesario una actuación adicional en la que se confíe para desvanecer una duda, ampliar datos, conocer un extremo concreto o asegurar la ya conocido. Las llamadas diligencias para mejor proveer son el ejemplo más claro y único que el proceso civil ofrece para acordar la práctica de pruebas que no han sido propuestas. De ahí que sean interesadas por el juez cuando ya ha sido practicada toda la prueba".

Lo que nos interesa destacar no es sólo este reconocimiento pericial, ni tampoco exclusivamente las consecuencias que ello decantará en la convicción del juez que lo valorará creemos según los criterios de su sana crítica sin tener que verse compelido de iure por ninguno de los dictámenes de los expertos. Sino lo que tendremos que analizar sobre todo, es que si a pesar de la libre admisión de las pruebas biológicas, podrá el juez recurrir a estos dictámenes sólo cuando se encuentre en la imposibilidad de formular de otro modo su convencimiento, como expresa la jurisprudencia italiana?.

¿Cuál es sin embargo la conceptualización de la doctrina procesalista española sobre el término - del convencimiento?. (48)

Lo que resulta evidente, es que en un cabal convencimiento deberá estar conformado más por - criterios de aportación objetiva que por subjetivis- mos infundados. Esto lo vemos claro, cuando la prue- ba pericial en la impugnación de la paternidad es sus- tancialmente en su desarrollo materia ajena al acer- vo cultural del juez (ej. conocimientos biológicos), ¿cómo se operaría la convicción real del mismo?, ¿otor- garía a su subjetividad valor iure et de iure y mini- mizaría las conclusiones periciales biológicas por muy inconcusas y seguras que fuesen?. La única salida - viable a nuestro juicio, será contar con una idónea colaboración interdisciplinaria entre los organismos - judiciales y los organismos científicos.

Continuando con el contravenido tema del convencimiento, resulta interesante aludir a la juris- prudencia italiana reciente en esta materia. (49)

"Frente a los claros resultados alcanza- dos no se considera el deber de dar ingreso a la prue- ba hematológica, tanto más cuanto tal prueba por su delicadeza y por el estado actual de la ciencia bio- lógica, es admitida sólo en el caso en que el juez - no pueda alcanzar su propio convencimiento".

Tenemos que preguntarnos, si realmente la admisión de estas pruebas se considerará como medio ordinario o por el contrario excepcional. La misma sentencia aludida precedentemente en uno de los considerandos dice: (50)

"Como un medio excepcional de prueba para admitirse sólo en los casos en que se presente in dispensable para conocer los hechos de la cause, esto es, cuando el juez se encuentra en la imposibilidad de alcanzar de otro modo su propio convencimiento".

Es sin duda el mismo razonamiento de la jurisprudencia italiana clásica así. (51)

"El examen de los grupos sanguíneos para la investigación de la paternidad no puede considerarse medio ordinario sino excepcional".

Antes comentábamos que en nuestra opinión el valor absoluto o relativo de las pruebas dependerá de los medios materiales de los cuales se disponga. De suerte que si por ej., el padre impugnante en la proposición de la prueba pericial médica, no se conforma con los grupos sanguíneos clásicos y pretende que se acepte por el juez una prueba genética compleja, la cual no se lleva a cabo porque no se dispone de los antisueros necesarios para los antígenos del

sistema genético que se pretende emplear, de modo que todo ello irá en detrimento de la seguridad o de la certeza de sus conclusiones, puesto que al no disponer de estos antisueros el informe arrojaría un margen de error de por ej. un 25%.

¿Qué pasará entonces en este supuesto?. Llegamos a la conclusión que la absolutividad o relatividad de la comprobación dependerá de los resultados y de la cualificada especificación de los laboratorios ad hoc.

Naturalmente no todas las pruebas biológicas tienen el mismo valor, después analizaremos su orden jerárquico y cuales han de utilizarse en primer lugar y por qué, aquí nos basta con presuntar la presunción de veracidad absoluta o relativa de las pruebas biológicas, ¿en el convencimiento del juez todas tendrían valor absoluto?, si es así, ¿significará ello que su presunción sería de las que no admitiesen prueba en contrario iuris et de iure?

Acerca de este valor presuntivo, la doctrina italiana se preguntaba (52). ¿Puede la prueba de sangre constituir una presunción simple?. ¿El juez puede considerar superflua una investigación cuan

do la prueba ya realizada le hubiera provisto de cer
teza o convicción suficiente?.

¿Razonará nuestro juez como los del foro
italiano?. Los cuales como sabemos son del tenor que
el examen hematológico con la finalidad de la inves-
tigación de la paternidad, sólo es admitido en los ca
sos en que se encuentren en la imposibilidad de for-
mar de otro modo su propio convencimiento.

Resulta oportuno a este respecto la opi-
nión de la doctrina clásica española sobre la vincu-
lación del juez al dictamen pericial, en concreto --
FAIREN GUILLEN dice: (53)

"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
suministrará aquél un dictamen científicamente razo-
nando de exclusión absoluta de la paternidad; forzoso
es ligar al juez o por lo menos impedirle que extrai-
ga fundamentos parciales del dictamen combinados con
otras pruebas, consecuencias globalmente distintas -
de aquéllas a que el perito llegó en resumen".

A nuestro juicio según el estadio actual
de los progresos científicos, el juez podrá optar por
dos soluciones que conformarán su raciocinio y su con
vencimiento:

1º) Que para llegar a éste, como el legislador en el art. 127 C.c. admite las pruebas biológicas sin sustantivizar el elenco permisivo de las mismas, "accepte todas", desde la de los grupos sanguíneos simples, la prueba eritrocitaria, el examen de las proteínas del suero de la sangre, la de los grupos enzimáticos, o de los tejidos, o cualquier derivado genético que aunque no esté formalmente reconocido a nivel oficial su valor probatorio sí esté oficiosamente constatado.

2º) O por el contrario entender que sólo serán medios ordinarios de prueba la pericial hematológica, de suerte que cuando se tratase algún grupo específico genético, sólo se recurriría a ella cuando su convencimiento resultase insuficiente, siendo por tanto un medio excepcional; considerando además que los resultados de este peritaje tampoco serían absolutos, puesto que los valoraría el juez según su sana crítica

Otro problema acerca de la absolutividad o no de las pruebas, es que dependerá a nuestro juicio de la ciencia médica y de la calificación científica que los expertos en medicina legal las otorguen; puesto que puede suceder que la prueba de los grupos

sanguíneos y sus complejos derivados hematológicos - tengan un valor absoluto cinetífico, de modo que su comprobación en los peritajes médicos los expertos (peritos biólogos) las han otorgado una seguridad y certeza indubitada; sin embargo a los grupos de enzimas o a los grupos seroestadísticos, no se las considera más que con un valor relativo oficialmente.

Planteemos el supuesto entonces que en una prueba pericial se empleasen exámenes con valor de rango absoluto y otros con una probabilidad más que relativa. Si la prueba reconocida por su absolutividad excluyese la paternidad del presunto padre legal, que no resultaría ser el padre biológico realmente, ¿a la parte pasiva demandada se le admitiría su alegación en contra de la opinión médica general (absoluta y reaccionaria), en pro de la valoración relativa de esas pruebas y en contra de su absolutividad?, ¿cuál será la postura de los jueces ante la proposición de la prueba pericial?, ¿aceptarán por ej., la pretensión de la parte demandante que se acoge a la calificación de estos peritajes como de un valor absoluto?, ¿o por el contrario pesaría más el razonamiento de la parte demandada que no corrobora los criterios de la oficialidad dominante en los medios científicos (conservadores y reticentes), de mo

do que con una actitud más morigerada se pronuncia - en favor de su relatividad probatoria, puesto que los conocimientos científicos avanzan en consonancia con los nuevos descubrimientos genéticos?.

Juez
leal

Imaginemos que el comportamiento de la - parte demandada fuese distinto, de forma que el magistrado juez atendiendo a las sugerencias y comprobaciones de la parte actora quedase auténticamente convencido del valor absoluto de todas las pruebas biológicas propuesta por la parte demandante. ¿Podemos estimar entonces, que la parte demandada sólomente aceptaría someterse al peritaje médico de las pruebas que fuesen reconocidas oficialmente como de un valor absoluto. (pongamos por caso. la prueba de los grupos sangüíneos y derivados hematológicos), pero de forma categórica se negaría a ser examinado a través de las otras pruebas (por ej. una pericial antropobiométrica)? Nosotros pensamos que si podía excepcionar en su defensa, que como en el estado actual de los conocimientos científicos sobre el tema genético, la prueba por ej. antropométrica o la de los grupos de enzimas, no estén todavía reconocidos en el argot científico con un valor absoluto que les pueda conferir una exclusión o una probabilidad confinante en la certeza, no podrá obligársele o forzarle de iure a tales prácticas

¿El juez deducirá de esta desabrida actitud de la parte una conducta temeraria a tenor de las conclusiones que pudiesen llegarse con las mismas?, ¿de manera que este rechazo negativo, coadyuvará al juez a formular su convicción proveyéndose según su leal saber y entender de indicios en contra de la parte que se opusiese a la práctica de los peritajes biológicos?.

Resulta interesante constatar la opinión de la doctrina científica italiana, en concreto COTTI NO concluye en las siguientes afirmaciones: el juez instructor está legitimado a disponer de oficio la investigación; de suerte que el examen de los grupos sanguíneos no es sustancialmente cosa diversa de la inspección corporal, lo cual implica la toma de sangre de cada uno de los tres sujetos (madre, hijo, y padre legal) cuya presencia es necesaria para el examen pericial. (54)

Supongamos que quien impugna la paternidad es el hijo que una vez llegado a la mayoría de edad ejercita su derecho procesal para impugnar su status matrimonial. Naturalmente, el juez para admitir las pruebas biológicas se le tiene que presentar un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde la demanda de paternidad.

Imaginemos que (A) y (B) estuviesen separados legalmente, (A) mantenía relaciones con (C), - no obstante antes de que se admitiese la demanda de separación legal nació (D), de modo que jugaba con toda su fuerza la presunción pater is, es decir, el marido de la mujer es el padre de los hijos nacidos constante matrimonio.

Evidentemente aquí subsistirá un conflicto de paternidad. Si (A) no había impugnado su filiación matrimonial, sino que por el contrario había sido inscrito el hijo como matrimonial, llegado ésta a la mayoría de edad si desease que le reconociese (C), lo que procedería lógica y consecuentemente es rebatir la filiación contradictoria, en este caso la que (D) viniese ostentando legalmente, que sería la de la filiación matrimonial, de manera que la forma de hacerlo no es otra que la de incoar una acción de impugnación de la paternidad marital formalmente establecida como verdad legal, pero que no se ajusta a la verdad psicológica real, puesto que la misma es la filiación extramatrimonial.

Ello es corolario de la misma letra de la ley, y para ello nos remitimos a nuestro derecho positivo. (55) "No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria."

valía Además, al juez como sabemos para admitir la demanda se le tendrá que presentar un principio de prueba suficiente. Este principio de los hechos en que presumiblemente podría fundar su pretensión procesal el hijo podía venir razonado por las siguientes motivaciones.

1º) Para impugnar su status matrimonial alegase que su madre había mantenido relaciones sexuales con otro hombre (su padre real), que no era el esposo de aquélla antes de la fecha de la demanda de separación legal, de modo que no podía haber sido su padre legal (A) puesto que existía entre los cónyuges en aquel tiempo una imposibilidad física y psíquica de cohabitar ...

2º) Todo esto estaría avalado o corroborado científicamente, puesto que el hijo siendo mayor de edad había requerido extrajudicialmente en petición privada a un Centro de investigación de medicina legal la realización de un examen biológico completo; de suerte que se llevaron a cabo peritajes inmunohematológicos, de grupos enzimáticos, serológicos de tejidos (HLA) etc. Consecuentemente, se sometió a las mismas el hijo mayor de edad consintiendo libremente en tales prácticas, de modo que entonces nada

valía ya la oposición del padre legal al haber dejado de estar sometido a su patria potestad. Al referido examen biológico también se sometieron voluntariamente la madre y el tercero (presunto padre real).

Las conclusiones a las que llegaron los expertos después de utilizar por lo menos veinticinco sistemas genéticos (Pac, MNSs, Rhe sus, Hp, Est, D, Kidd, Cl/3 - Tf, PGM₁, ABO, SGPT, Gm, ADA, Duffy, Inv, Gc, Ak, Kell, Cellano, G, PGD, P, Lutheran) fue la de una exclusión de la presunta paternidad del en causado en el peritaje (presunto padre fisiológico - real). Asimismo, se pudo concluir después de utilizar la prueba seroestadística que existía una probabilidad de un 99% de que efectivamente el presunto padre fuese ciertamente el padre fisiológico.

Pensamos que para el juez, todas estas conclusiones extrajudiciales podrían facilitar extraordinariamente su convicción, de manera que bastará por ej. someter al padre legal a una comparación de los sistemas genéticos, grupos eritrocitarios o la prueba de tejidos, pudiendo llegar a resultados tan contundentes como los siguientes: en el empleo del sistema genético Kidd, un antígeno determinado se presentaba en el presunto padre real y en el hijo, mientras que estaba ausente en la madre

¿Cómo se decantará la sana crítica del juez?, ¿dictará sin más el fallo a favor de la parte demandante (el hijo)?, o por el contrario, ¿cómo los caracteres hereditarios encontrados diferenciadores lo eran en sistemas genéticos cuya aceptación oficial no había sido constatada, el juez no los tendría en cuenta en su convicción?. Ahora bien, si ha sucedido que los antisueros y reactivos especiales exigidos - para cada sistema genético al no disponerse en el laboratorio ad hoc tuvieron que ser importados del extranjero, ¿el juez qué postura adoptará?, ¿decidirá quizá no otorgar a estas conclusiones periciales valor absoluto?.

Es interesante traer a colación aquí las conclusiones a que llegó muy recientemente una sentencia del Tribunal de Perugia. (56)

"A los fines del acogimiento de la demanda de "desconocimiento" de paternidad, el criterio de exclusión provisto por uno sólo de entre los varios sistemas de investigación inmunohematológica siendo los resultados de los otros sistemas compatibles con la impugnada paternidad, puede ser considerado prueba suficiente cuando concorra con características somáticas significativas (en el caso el peritaje había conjuntamente dado en el examen la compatibilidad de los resultados de la investigación inmunohematológica y la congruencia de las características somáticas con la paternidad natural deducida por el hijo que -

había propuesto demanda de impugnación de la paternidad y de la declaración judicial de la paternidad natural; la sentencia fundada sobre una tal pericia ha decidido sólo sobre la primera demanda, remitiendo - la causa al instructor en orden a la segunda".

Nuestro legislador, como hemos comentado en otro apartado, se ha reservado pensamos que con - acierto el definir qué tipo de pruebas biológicas son las que él considera que tienen un valor absoluto y cuáles un valor relativo; en vez de describir casuísticamente el elenco de las mismas omite cualquier referencia descriptiva, puesto que el art. 127 C.c. se refiere a una expresión genérica que abarca a todas ellas. "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

Pensamos que es acertada esta redacción del precepto, pues más vale pecar por exceso que por defecto cuando como en el caso se beneficia la verdad real y no la formal. Además se distancia de sistemas como el italiano que en su art. 235 C.c. sólo admite que el hijo presente las características genéticas o del grupo sanguíneo incompatibles con aquéllas del - presunto padre.

Se corre el riesgo sin embargo, de que la prueba genética sea considerada por el juez como en un estadio aún de reconocimiento relativo respecto a su certeza y seguridad en los procesos de paternidad.

Resulta interesante para corroborar lo dicho traer a colación una reciente sentencia de la jurisprudencia italiana: (57)

"La prueba genética fundada sobre la semejanza de rasgos o connotaciones morfológicas entre los sujetos que tienen un patrimonio genético común por la ley de la herencia, por la cual los genes localizados en los cromosomas de la célula germinal condicionan la aparición y pues la presencia de los mismos rasgos morfológicos a diferencia de la hematología, debe todavía ser utilizada con extrema cautela ya que existen características genéticas que pueden considerarse como exclusivamente propias de los pertenecientes a la misma raza o dentro de límites más restringidos a los del mismo grupo hereditario, no siendo condicionados por una singular unidad hereditaria y llegándose a una transmisión poligénica en el caso de que en su aparición concurren diversas disposiciones hereditarias son de muy dudosa relevancia probatoria".

Deberemos entender según el supuesto planteado, ¿qué cualquier derivado específico de la Genética que posibilitase una investigación de la paternidad con una seguridad, por ej. del 99%, podría considerarlo el juez sin embargo que científicamente to

davía no es más que presumible su absolutividad?, o por el contrario, ¿descartaría la aplicación de una prueba genética en concreto, rechazando de hecho su valor probatorio, y admitiendo sólo aquéllas que fue sen de reconocida solvencia y aceptadas nemine dis - crepante por el foro científico?.

Reparemos en el siguiente supuesto de im pugnación de la paternidad:

(A) padre legal demanda a la hija menor de edad y a su madre.

La prueba pericial médica de los grupos hematológicos, eritrocitarios, etc. no ha dado unos resultados terminantemente concluyentes. Debido a ello la parte actora tiene mucho interés en que se lleve a cabo una prueba caracterológica o antropobio métrica, y la de un sistema genético que resulta com plejo. Sin embargo en el requerimiento al Centro es pecializado (Departamento de medicina legal) le ase soraron de la imposibilidad de llevar a cabo esta úl tima prueba genética, debido a la inexistencia de un antisuero específico para aquel sistema, o por la no tenencia de un reactivo de costoso procedimiento. - Por todo lo cual el juez a requerimiento de la parte actora puede pedir creemos un informe a un Centro de

medicina legal, admisible ello desde un punto de vis
ta procesal: (58)

"A instancia de cualquiera de las partes, el juez podrá pedir informe a la academia, Colegio o Corporación oficial que corresponde cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales".

Pues bien, deducimos del tenor del precep
to que claramente el citado informe dependerá de la discrecionalidad y potestabilidad del juez magistrado.

Si como hemos aludido con anterioridad al citado informe pericial hematológico, serológico, o enzimático, no ha dado un margen de probabilidad con
finante en la certeza, y por otra parte los peritos expertos (catedráticos de medicina legal) no han con
sensuado sus dictámenes; es lógico deducir, que por las desavenencias en sus conclusiones, y evidentemen
te al estar en discordia se verán precisados a expre
sar sus declaraciones periciales separadamente, con lo cual el peritaje biológico se complicará.

Como consecuencia de todo ello y debido a las discrepancias operantes, la parte actora pue
de que haya instado al juez a que solicite el preci
tado informe, por ej., "de un derivado específico ge
nético" al centro especializado ad hoc.

No obstante puede producirse la siguiente conclusión: asesorado pericialmente el juez por el (médico forense) se le ha razonado a aquél que los resultados que se obtuviesen con dicha prueba no lograrían deducir una incompatibilidad o exclusión absoluta de la paternidad; debido a que todavía la estructura médico-legal de esos centros no están dotados con un equipamiento idóneo para tales certezas biológicas, de modo que el margen de probabilidad de error es todavía acusable.

Si el juez lo denegase amparándose en la discrecionalidad del art. 631 C.c.; nada obsta a pensar que la parte actora oficiosamente hubiere podido recurrir al examen de dicha prueba, dando un resultado del 99,9% de que (A) no podía ser el padre debido a que después de exhaustivos exámenes se ha evidenciado la presencia de un antígeno en el hijo que no es de la procedencia del presunto padre legal, - ni de la madre.

Estimamos que si se le presenta al juez dicho informe con el aval solvente de por lo menos cuatro catedráticos de Medicina Legal que fueron -- unánimes en el mismo resultado, ¿la convicción de - aquél (el juez) devendría a unos criterios inconcusos de veracidad en la absolutividad de las pruebas?.

A nuestro modo de ver, el juez perfectamente podrá hacer uso de la facultad que le concede la Ley de Enjuiciamiento Civil: (59)

"Incluso después de la vista o de la citación para sentencia pero antes de pronunciar el fallo, que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario o que se amplien los que ya se hubiesen hecho".

De tal forma, observamos nosotros que sería una vía válida para reconocer valor oficial al informe oficioso presentado por la parte actora.

Las principales dificultades o dudas que pueden presentarse son los siguientes:

¿Qué valor tendrá esta prueba ante el juez aun a pesar de los resultados satisfactorios que la misma proveyese?, ¿sería apreciada según la regla de la sana crítica sin tener que estar obligado aquél (el juez) a sujetarse al dictamen ofrecido por los peritos?, ¿dónde quedaría entonces la verdad y la justicia real que se pretende con la aportación de las pruebas biológicas al proceso?.

Continuando con el problema de la convicción o libérrima discrecionalidad judicial, ¿qué pa-

sará cuando el impugnante no dispusiese de medios -
económicos suficientes para costearse unas determina
das pruebas biológicas?.

Por otra parte el problema se puede pre
sentar a nuestro juicio, también cuando en un deter
minado peritaje se requiere la utilización de sueros,
test especiales o reactivos enzimáticos de elevado
coste, ¿su dispendio exagerado supondrá imposibili-
dad de recurrir a estas pruebas?; no cabe duda que
se impone la ineludible necesidad de recurrir a la-
boratorios especializados, es decir, en primer lugar
saber con que laboratorios se dispone y en que con-
diciones o dotación de medios se encuentran, cuantos
sistemas genéticos trabajan habitualmente, cual es
el equipo de expertos, por ej. hematólogos, genetis-
tas, heredobiológicos, especialistas en estadística,
etc. Una vez constatados estos extremos, es cuando
se puede empezar a hablar de fórmulas económicas en
la disponibilidad de las pruebas biológicas.

Ahora bien, creemos que el juez no tiene
que tener la menor duda sobre la competencia y espe-
cialización de los laboratorios, pues su convicción
ha de ir en relación directa a la calidad científica
de los centros dedicados a la investigación de la pa-

ternidad. En este sentido, conviene asimismo que - los peritajes médicos aludidos sean llevados a cabo en dos laboratorios. De suerte que como dice la -- doctrina suiza, en concreto FLATTET así las posibilidades de veracidad en los resultados serán mayores. (60)

Para avalar científicamente nuestras - ideas recurrimos al interesante trabajo de la doctrina SALMON D. y SALMON Ch., que apostillando lo que aquí hemos aducido concluyen en las siguientes consideraciones: (61)

"La búsqueda de la exclusión de la paternidad si ella utiliza gran número de sistemas los - más poliformes (20 por lo menos) permite muestras - notables bajo cuatro condiciones:

1º) Un laboratorio de grupos sanguíneos altamente competente y provisto de "phenotipages", - además de fenotipos de grupos sanguíneos utilizados corrientemente en transfusiones sanguíneas.

2º) Un laboratorio de Inmuno química y de Bioquímica de proteínas, capaz de determinar los grupos de enzimas, los grupos séricos de manera moderna y sabiéndolos interpretar.

3º) Un laboratorio H.L.A. de alta competencia, es preciso admitir definitivamente el interés del sistema H.L.A. en las búsquedas de paternidad, - en particular cuando el magistrado pide la medida de la probabilidad de la paternidad.

4ª) Una estadística o una probabilidad conociendo las reglas de la herencia mendeliana".

Imaginemos el supuesto de que se estuviera actuando de oficio, ¿se llevaría a cabo por parte de los peritos designados para la prueba pericial - biológica un examen pormenorizado de la investigación de paternidad?, ¿se contentarán aquéllos exclusivamente con el análisis de determinados sistemas genéticos, los más corrientes, eludiéndose por ej. el examen tisular (H.L.A.) más complejo y sobre todo más caro, - pero al mismo tiempo apodíctico en sus conclusiones?.

Hemos hablado reiteradamente sobre el valor absoluto o relativo de las pruebas biológicas, - en este caso de actuación de oficio, ¿el juez las otorgará valor de simple presunción iuris tantum? Estimamos que el magistrado que se le ofreciese un informe pericial en estas circunstancias tendrá que rechazarlo por insuficiente e inidóneo.

Antes aludíamos a las posibles fórmulas económicas en el uso y empleo de las pruebas. En este sentido la doctrina científica especialmente - los Dres. VILLANUEVA y CASTELLANO concluyen en lo siguiente. (62)

"Estudiar una secuencia de grupos de mayor a menor probabilidad de exclusión y detenernos cuando hayamos encontrado dos exclusiones.

Estudiar algunos sistemas incompletos en función del precio de los reactivos, así por ej. estudiar el Rhesus sin el anti - e, o el MNS sin el s.

Comenzar por testar al niño y a la madre y si ambos son portadores de un determinado grupo, investigar dicho grupo en el presunto padre ya que cualquiera que fuese el resultado en él no modificarían las conclusiones.

Otra posibilidad consiste en abandonar aquellos sistemas que son menos eficaces como el P, Kell, Duffy, Inv, Ag, Ak, y ADA. Su falta de eficacía se debe a que uno de sus polimorfismos alcanza una gran frecuencia en la población y prácticamente casi todas las personas de esa población presentan el mismo grupo".

Continuando con la explicación del problema de la actuación de oficio y el problema del - costo de las pruebas biológicas, centremos nuestra atención en el siguiente apartado, cual es la defensa o justicia gratuita o defensa por pobre la cual es definida por la doctrina procesalista española, en concreto FONT SERRA: (63)

"El beneficio consistente en actuar como demandante o como demandado en un proceso sin satisfacer tasas, derechos ni honorarios, es concedido a las personas físicas, entidades y personas jurídicas que no se quiere que subvengan a las costas y gastos que ocasiona la presunción o la defensa del derecho".

Si examinamos el art. 14 de la Ley de - Enjuiciamiento Civil, vemos que de los beneficios - que disfrutaban los declarados pobres, no se establece la exención del pago de los honorarios de los peritos. Estamos con FONT SERRA cuando dice: (64)

"Omisión que ha debido salvar la interpretación amplia de los términos auxiliares y subalternos, incluyendo en estos vocablos a los peritos".

Consecuentemente, como regla general el litigante que ha obtenido la declaración de pobreza, si nos atenemos al tenor literal del art. 14 de la L.E.C. los rigores del concurso pericial no le van a ser administrados gratuitamente, pues del elenco de favores que se explicitan en el art. 14, no queda tipificado la exención de pago a los peritos. - Pero si consideramos como algún sector de la doctrina que quedan incluidos en el apartado tercero dentro del término auxiliares y subalternos, ¿ello supondrá que el declarado pobre no deberá devengar al perito (especialista biólogo) ningún honorario, debiendo realizar éste prima facie sus trabajos a título gratuito?, ¿si en la prueba pericial fuese necesario examinar los grupos sanguíneos, los grupos protéicos, el sistema tisular (H.L.A.), podrá rehusarse el perito especialista a llevarlo a cabo?, --

¿o por el contrario se limitará a los grupos sanguíneos más elementales, sin entrar en antropobiometrías ni prueba de tejidos, o utilización de técnicas electroforéticas?.

Naturalmente somos de la opinión que los peritos nada les obstaculizará el reclamar sus honorarios médicos por cada peritaje practicado. En este sentido la Ley de Enjuiciamiento Civil es tajante al respecto: (65)

"Los honorarios de los letrados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a arancel, se regularán por los mismos interesados en minuta de tallada, y firmada, que presentarán en la escribanía por sí mismos, sin necesidad de escrito o por medio del procurador de la parte a quien hayan defendido, luego que sea firme la sentencia o auto en que se hubiese impuesto la condena. El actuario incluirá en la tasación la cantidad que resulte de la minuta".

Evidentemente lo que resulta una elemental deducción, es que para reducir el costo dependerá o irá en función de la profesionalización del laboratorio, que excluirá los sistemas genéticos que no den un alto índice de exclusión o de probabilidad en la investigación de la paternidad; reduciendo la utilización de reactivos o antisueros que en el caso concreto resulten inidóneos. Es decir, antes de practicar

ticar un examen genético determinado debería computarse su eficacia en pro de la exclusión o no de la paternidad, evitando así el dispendio superfluo de medios.

Lo que también es cierto es que si se es cogen unos sistemas genéticos determinados, corremos el peligro de que si no se examinan adecuadamente - pueden pasar desapercibidos quizá determinados ale los silenciosos, lo que unido presumiblemente a pre muras de tiempo debido a la ingente cantidad de peri tajes biológicos a realizar, podría ir ello en detri mento de un cumplido y fiel diagnóstico de la pater nidad encausada.

Traducido esto a términos jurídicos, se producirían ejemplos tan inicuos como el siguiente:

(A) está casado con (B). (A) ha impugnado la paternidad de (C) pues está convencido de - que su auténtico padre es (D). Al mismo tiempo (A) y (B) están incurso en un procedimiento de divorcio y por supuesto (B) estará interesada en que la deman da de divorcio no se retrase, pues de esta forma po drá después casarse con (D); de manera que el hijo como consecuencia de la impugnación de su status ma

trimonial, ostentaría el status de hijo no matrimonial reconocido por su madre pero una vez consumado el segundo matrimonio de (B) con (D) se le legitimaría por subsiguiente matrimonio a (C).

¿Pero que pasaría si en el examen pericial se hubiese omitido la presencia de un alelo silencioso?.

Así por ej. como dice la doctrina competente en este campo SALMON. (66)

"El alelo Mg del sistema MN se expresa afectivamente sobre la membrana del glóbulo rojo, - pero es preciso disponer de un antisuero anti - Mg" (ver apéndice, referencia explicativa sobre el concepto biológico de alelos silenciosos).

Pensamos nosotros que quizá en el informe pericial podía haberse omitido esta circunstancia, de modo que si no es así, se le puede presentar al juez unas conclusiones erróneas por pura negligencia pericial; y lo que es peor, si se hubieran examinado otros sistemas genéticos y sus resultados coincidiesen con los del sistema genético MN, (sin la utilización en este sistema del antisuero anti - Mg) podría reforzar aún más un juicio pericial erróneo a posteriori en la convicción judicial.

Las consecuencias podrían ser lamentables, ya que el juez confiado en la lege artis de los peritos otorgaría valor absoluto a estas pericias fundando su convicción erróneamente.

Supongamos que en el caso no se ha podido excluir la paternidad de (A) ...

En este sentido, tenemos que concluir que la absolutividad de las pruebas dependerá de las intrínsecas limitaciones del peritaje empleado. Por todo lo cual es procedente remitirse a la opinión de SALMON. (67)

"La prueba pericial comporte límites por ej. en razón de la inmadurez de ciertos antígenos. - En el nacimiento cientos de exámenes pueden ser imposibles en los primeros meses, incluso el estudio de la saliva es en lo que les concierne limitado. En todo estado de la causa se debe desconfiar cuando la exclusión no hubiera sido de todas las maneras demostrable más que por un sólo sistema".

Una parte esencial en el informe pericial de la investigación de paternidad que influirá en la discrecionalidad del juez, es la exégesis interpretativa de los resultados.

Habrá que atender en un primer lugar a la exclusión de la paternidad y después a la probabilidad de la paternidad.

va pr

 Qu  pasa si por ej. la exclusión de la paternidad viene dada por un solo sistema genético, pongamos por caso el HLA? (remitirse al apéndice en lo concerniente a la nota explicativa sobre los alelos silenciosos y sistema tisular).

A nuestro modo de ver, si la aplicación de los restantes peritajes biológicos no han dado resultados satisfactorios podrá el juez entonces ordenar a través de una diligencia para mejor proveer, como ya hemos analizado con anterioridad, la aplicación de una prueba más aunque no haya sido solicitada por las partes; ello viene justificado por el hecho de que nos movemos dentro de una materia que no es sustancialmente dispositiva, sino de orden público, puesto que se halla pendiente o en liza la solución del status de una persona, de modo que no puede ser reconducida a una actuación privatista donde la autonomía de la voluntad se erige en suprema norma decantando unos efectos inter partes y no erga omnes.

se el

médicos

tesis

Por todo ello creemos, que el juez aconsejado pericialmente (catedráticos de medicina legal) podrá de oficio instar que se ejercite una nueva prueba biológica, cualquiera que esta sea.

Si esto es así, suponemos que sólo será viable su aportación definitiva al proceso siempre y cuando el laboratorio médico legal cuente con reactivos, antisueros, e instrumental adecuado.

Además, creemos que nunca podrá el perito avalar un resultado de exclusión de la paternidad con un alto índice de probabilidad, si en el laboratorio ad hoc no se contase más que con 10 ó 15 sistemas genéticos.

Recabemos de nuevo nuestra atención en este punto (cuando se empleasen en el laboratorio - mínimos sistemas genéticos). Creemos que la convicción del juez resultaría viciada si se pretendiese concluir con su utilización en los peritajes biológicos en una probabilidad de un 0,9998%. Hay que decir asimismo, que a nuestro juicio esta valoración pericial entraría de lleno en el campo de la negligencia profesional; pues de impericia puede traducirse el supuesto de que se acerten informes periciales médicos en laboratorios que no dispongan de suficientes sistemas genéticos.

En la misma dirección interpretativa puede estimarse la opinión de SALMON cuando dice: de ignorancia o de negligencia, puede traducirse la actitud del biólogo que aceptase practicar pruebas biológicas sin el imprescindible soporte técnico, lo cual redundaría perjudicialmente en los peritajes de paternidad. (68)

Lógica relación interdisciplinar que debe existir entre los centros médicos legales y los Juzgados de Primera Instancia, hace necesario preveer por parte del Ministerio de Sanidad una lista de laboratorios ad hoc especializados en peritajes de la paternidad. De tal forma que para evitar respuestas dudosas a informes solicitados, el juez rechazaría de plano no admitiendo la competencia de un laboratorio de medicina legal, si no cumplierse éste objetivamente una serie de requisitos exigibles para su funcionamiento y positiva operatividad, es decir, como minimum contar con veinticinco sistemas genéticos, disponer también con la ineludible aportación del sistema tisular (HLA), y además que al mismo tiempo se dispusiese de los antisueros o reactivos que le fuesen necesarios a estos grupos leucocitarios.

De suerte que imaginamos que así ahorraríamos exámenes periciales inútiles, de modo que para las partes litigantes su economía no quedaría mal

trecha. Esto sería posible siempre y cuando el juez contase con estas listas oficiales de laboratorios instrumentalizados ex profeso para estos fines.

Es obvio que entonces resultará fácil recusar a un laboratorio que no contase con un mínimo de sistemas genéticos, por ej., el presunto laboratorio recusado contase sólo con 5 ó 10 grupos específicos genéticos, de manera que sólo con ellos - se pretende avalar una convincente exclusión de la paternidad.

Creemos que la negativa del juez a aceptar como válido aquellos criterios evitará que se ejecutasen con toda seguridad dos veces los distintos exámenes periciales. En primer lugar, en el laboratorio no cualificado técnicamente y recusado en sus valoraciones periciales, y en segundo lugar en el laboratorio oficialmente apto por su capacitación instrumental.

Llegamos a la conclusión que la discrecionalidad o la convicción del juez debería quedar mediatizada en una doble escala de valores, desde - un punto de vista objetivo, cuando el laboratorio - contase con medios, como técnicas electroforésicas,

antisueros para cada antígeno por muy extraño y peculiar que éste sea, etc.; pero también subjetivamente debería venir avalado por un equipo humano -- compuesto por hereditólogos, hematólogos, inmunólogos, genetistas, etc. De tal suerte que si no se constatasen estas condiciones instrumentales y humanas, el juez no tendría que aceptar en la práctica de la prueba propuesta por las partes ningún peritaje biológico, pues no concluirá científicamente éste en ningún resultado convincente y certero en la impugnación o afirmación de la paternidad encausada.

Por otro lado a sensu contrario si se contase para su convicción con los materiales objetivos y medios personales idóneos, creemos que al juez esta doble valoración le ayudará en buena medida a conformar su sana crítica, fallando entonces el supuesto impugnatorio con una discrecionalidad mucho más ecuánime.

Recabemos sino el supuesto de que el juez sentenciase a favor de una exclusión de la paternidad y diese la razón al impugnante padre legal, porque así se deducía del examen pericial biológico presentado por el laboratorio; sin embargo resulta que el padre era portador de un alelo silencioso, el cual no ha sido detectado pericialmente en el examen genético ad hoc.

garde
Imaginemos que el padre fuera en tal sentido portador de un alelo silencioso por ej. (tipo Bombay) que sólo pudiera detectarse en un laboratorio equipado al respecto con técnicas modernas de reactivos y antisueros capaces de poder descubrir dicho alelo en el sistema genético que lo produce. De modo que si no se recurre a estos centros, puede ocurrir que se diese por fiable la exclusión de una paternidad por pura negligencia pericial, por lo que si el juez diere por bueno el informe su convicción no podría ser cabalmente correcta.

ligac
Nuestro
Naturalmente, las consecuencias serán injustas pues puede redundar en claro detrimento del status del hijo matrimonial, decantándole ahora inicuamente a la situación de hijo no matrimonial. No nosotros llegamos a la conclusión que se podía haber obviado la equivocación o el fallo, si se hubiese examinado convenientemente las condiciones técnicas necesarias del laboratorio, todo lo cual nos hubiera llevado a una mayor certeza y seguridad en la -- ejecución de los peritajes de paternidad, y en orden a una futura convicción judicial mucho más asesorada.

criterio
Conviene una vez llegado al análisis de este concepto judicial de la sana crítica, que extraí

gamos ciertas consideraciones en relación a la aportación de las pruebas biológicas en los procesos de paternidad, en orden a la correcta intelección de aquella en relación a estos peritajes científicos.

¿La sana crítica tiene que estar valorada según estandars de evaluación estadísticos, es decir, sometida al parámetro de la diligencia intelectiva media de la población?: ¿De suerte que si este examen socioestadístico manifiesta que se aceptan con unanimidad las pruebas biológicas en la investigación de la paternidad; la conclusión de esta primera exégesis de la sana crítica sería, que el juez inclinaría la balanza de su discrecional convencimiento a su favor?. Según esta intelección, la crítica de la población consiste en aceptar aquellas pruebas de modo mayoritario. Lógico pues será inferir de ello que el juez representante judicial de estos sentimientos, no actuará en contra de estas máximas de experiencia convencionalizadas.

O bien a sensu contrario, tendremos que entender, "¿que la sana crítica es algo referido a criterios de convicción personal, a un entendimiento

intelectivo innato e intrínseco del mismo juez que viene dictado por los imperativos de su propia conciencia, desoyendo por ende cualquier pericia científica aceptada unánimemente con un valor absoluto, aceptando aquél por contra la verdad formal o legal por encima de la verdad biológica?.

Pensamos que sería conveniente traer a colación el Título Preliminar del Código civil. (69)

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en atención con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu finalidad de aquéllas".

Es pues éste un criterio hermeneútico de exégesis evolutiva de la norma jurídica. Luego si la sana crítica es atender a la ratio scienciae, y ésta impone la remisión obligatoria a las conclusiones de la biología, expresadas sincréticamente en estudios serios y congruentes que permiten avalar unos pareceres objetivos admitidos por la generalidad de los hombres de ciencia; no cabe la menor duda que son estos los cánones o reglas a los cuales el juez deberá enfocar su leal saber y entender. Por todo lo cual, nunca debe subjetivizar excesiva-

mente su convicción personal, sino por el contrario mantener un juicio objetivo deducido de las reglas críticas de la competencia médica (lege artis).

Las reglas de la sana crítica las define la doctrina procesalista española de la siguiente - manera FONT SERRA: (70)

"Criterios lógicos, normas de pensar y máximas de experiencia que sirven para que el juez pueda emitir juicios de valor en torno a la prueba y en nuestro caso en torno al dictamen pericial".

Lógicamente el complicado silogismo deductivo que el magistrado juez debe llevar a cabo - contiene como cualquier otro, una premisa mayor, una premisa menor, y la oportuna conclusión de las proposiciones del mismo.

En nuestra opinión: la premisa mayor -- vendrá dada por el exacto y cabal conocimiento de la prueba pericial empleada. Esta cognoscencia no se puede unilateralizar subjetivamente en su apreciación volitiva y personal por el juez, sino que tendrá que contar de modo imprescindible con la colaboración y debido asesoramiento técnico de los expertos científicos que ilustren aquél en su bisonñez acerca de los conocimientos biológicos.

La premisa menor vendría conformada en nuestra opinión, por la valoración de ese juicio cognoscitivo realizado por los especialistas o peritos, de suerte que el informe pericial a valorar puede redundar en tres conclusiones: DUDA, PROBABILIDAD y - CERTEZA.

La doctrina procesalista, específicamente FONT SERRA, es de la opinión que el informe pericial gradúa o desnivela la discrecionalidad del juez en tres dimensiones: (71)

"Según la fuerza probatoria que el juez aprecie en la pericial una vez llevadas a cabo sus operaciones mentales para la adecuada valoración, será la convicción producida en él por el dictamen, tal convicción puede admitir una cierta graduación. ESTOS GRADOS SERAN CERTEZA, PROBABILIDAD y DUDA".

La conclusión del silogismo resultará - sin lugar a dudas, la indubitada convicción del juez que vendrá decantada por las interpretaciones que - los especialistas médico legales o expertos más cualificados hubiesen proveído en su informe al juzgador.

Otra cuestión en la que inexcusablemente tenemos que incidir es la siguiente: ¿la apreciación

de la prueba debe ser conjunta?.

Centremos nuestra atención en la circuns-
tancia de que por ej. todas las restantes pruebas -
practicadas, confesión, testifical, etc. conformen
unos determinados criterios, y en cambio la prueba pe-
ricial biológica manifieste otro resultado totalmen-
te contradictorio, pero de una certeza del 0,9998%,
de suerte que el dictamen pericial biológico le ha
otorgado valor absoluto. Ahora bien, ¿puede suceder
que el juez no se sienta vinculado de forma unilate-
ral a las pruebas biológicas por muy concluyentes -
que éstas sean?.

Lógicamente el perito al no tener que -
estar sometido a la máxima del non liquet, como por
el contrario sí se ve compelido el juez, puede cata-
logar aquél sus demostraciones porcentualmente en -
términos de rigurosa probabilidad, certeza o duda,
no así el juez que ha de fallar eludiendo esas hipó-
tesis en pro de criterios de inequívoca firmeza.

El problema es que nuestro Tribunal Su-
premo exige la valoración conjunta de todos los me-
dios de prueba. De lo cual puede deducirse que nun-
ca esa prueba concluyente y firme de la negación de

la paternidad será suficiente en la convicción del juez, sino que éste aun a pesar de estas cabales y certeras aseveraciones periciales deberá valorar la prueba en su conjunto; de manera que ello puede derivar en una graduación negativa en su convicción - consecuencia de la no vinculación del dictamen pericial biológico en su discrecionalidad judicial.

Un problema interesante, será el que se va a presentar cuando se apele a un Tribunal superior, ¿valorará éste la prueba pericial biológica de distinto modo que el tribunal a quo. La jurisprudencia española se manifiesta del siguiente tenor: (72)

"De que dado el alcance que la segunda instancia tiene en nuestra ley procesal es lícito en ella al Tribunal valorar el material probatorio de distinto modo que el juez de primer grado.

La apelación somete al tribunal al total conocimiento del litigio en términos que lo facultan para valorar los elementos probatorios y apreciar - las cuestiones debatidas según su propio criterio".

Lo cual viene a confirmarnos que siendo la prueba de peritos de aportación libre y no ceñida a moldes exclusivos de prueba tasada, la virtualidad juzgadora puede evidenciar crasos errores y la justicia material sufriría en detrimento de la seguridad jurídica.

En el mismo sentido FONT SERRA: (73)

"Pueden darse casos de error manifestado en la apreciación de la prueba y entonces esa nueva valoración representa un control eficaz de la realizada por el juez de primer grado y una garantía para los litigantes".

Respecto a la posibilidad de recurso de revisión del análisis del art. 1.796 de la L.E.C.;- deducimos que su propia literalidad excluye cualquier interpretación extensiva, pues su tenor es cercenativo y taxativo, de suerte que mal podrá formalizarse un recurso de revisión en tales circunstancias aludiendo a la sobrevenida aportación de pruebas decisivas de ignorado conocimiento por las partes que - pudieran fundamentar la convicción del juez, no ya en presunciones o posibilismos jurídicos sino en - criterios de seguridad y certeza.

Estimamos que es mucho más razonable la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (74), que permite la interposición del recurso siempre que después de la sentencia. "Sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencian la inocencia del - condenado".

Imaginemos el supuesto planteado del informe médico sobre las discordancias antigénicas entre el padre legal y el hijo, llegándose a la exclusión firme de la negación de la paternidad; sin embargo la convicción discrecional del juez rehuyó estos resultados biológicos en su ratio decidendi.

Pues bien, si para mayor certeza y probabilidad a través de nuevas técnicas científicas - lograse corroborarse aquellos resultados con una seguridad del 0,9998% y se evidenciase con ello el - craso error del juzgador a quo; el recurso de revisión resultará de obligada aportación.

Respecto al recurso de Revisión tenemos que matizar la siguiente consideración, remitiéndonos a la disposición transitoria sexta de la reforma sobre filiación: (75)

"Las sentencias firmes sobre filiación, no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos solo previstos por la legislación nueva".

Nuestra concepción es que con semejante transcripción se ha llegado a un Recurso de Revisión informal, algo parecido u homologable al procedimiento de amnistía en el Derecho laboral.

A nuestro parecer aquí están en juego - dos principios antinómicos, cuales son: el quebrantamiento de la cosa juzgada, y la seguridad jurídica.

Supongamos que ya hubo una sentencia - firme rechazando la impugnación de la paternidad, - de modo que según el anterior art. 108-2º del C.c. no se probó la imposibilidad física de acceso en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento. Esto supuesto la sucinta redacción de la disposición transitoria sexta de la reciente Reforma de filiación literaliza que se puede ejercitar - de nuevo la acción, fundándose para ello en la admisión de las pruebas biológicas que ahora el nuevo - art. 127 del C.c. tipifica sin ningún tipo de cortapisas.

A nuestro parecer, las únicas acciones que el juez tendría que admitir son aquéllas en las que quedase patentizado que el hijo no disfrutaba - de una posesión de estado consolidada y estable en las relaciones familiares matrimoniales o extramatrimoniales; de forma que no creemos que fuera justo - recurrir a la aplicación de esta norma transitoria, si el hijo disfrutaba de un status de facto o pose-

si3n constante consolidada firmemente en el tiempo, Criticamos que nuestro legislador no haya tipificado la caducidad tambi3n cuando hubiere en las relaciones familiares matrimoniales posesi3n constante e ininterrumpida de hijo matrimonial, como a sensu contrario se explicita en los supuestos de la filiaci3n extramatrimonial (art. 140 p. II).

(2) Art.

(3) Art.

1.

1.

(4) Art.

1.

1.

1.

1.

1.

1.

1.

1.

1.

1.

1.

(3) NOTAS AL CAPITULO CUARTO

- (1) GARCIA DE ENTERRIA, FERNANDEZ. Curso de Derecho administrativo (I). Ed. Civitas, Madrid 1980, pag. 279.
- (2) Art. 483-3) Ley de Enjuiciamiento civil.
- (3) Art. 254 Código civil suizo, según la Ley Federal del 25 de Junio de 1976, en vigor desde el 1 de Enero de 1978.
- (4) Cortes Diario de Sesiones del Senado. Nº 99, - año 1981. Presidencia del Excmo. Sr. D. Cecilio Valverde Mazuelas. Sesión plenaria nº 99, celebrada el miércoles 1 de Abril de 1981, pag. 5047.

(9) "De entre los medios de prueba establecidos en el art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento civil solamente la prueba documental, los documentos públicos o privados, pueden acompañarse con la demanda; con la demanda no hay posibilidad de acompañar una prueba testifical, no hay posibilidad de un reconocimiento judicial, no hay posibilidad de llevar una prueba de peritos, ni tampoco la confesión judicial puede ser acompañada con la demanda".

- (5) Cortes Diario de Sesiones, op. cit., (1-IV-1981) pag. 5055.

(11)

(12)

"Tampoco el principio de prueba tiene ese sentido de documento de aporte de carta, de referencia, etc. Es mucho más amplio, los autores suelen hacer alusión a una serie de casos: por ej. tratándose de juicios de procesos de impugnación al adulterio constatado en otra causa diferente, a los caracteres raciales; a la cesación de la convivencia; al disimulo del embarazo; a la ocultación del nacimiento, etc.".

- (6) Art. 340-1º) Código civil francés.

- (7) Art. 235 p. 3º Código civil italiano.

- (8) COMPORTI Y MARTINI. Paternita e prova biológica
I. Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale, en "Rivista di diritto civile". II, 1978, pag. 379.

(13)

- (9) TRABUCCHI. Presupposti e prove biologiche dell rapporto di filiazione, en "Rivista di diritto civile". II, 1978, pag. 409.

(17)

- (10) Art. 1839 nº 3 Código civil portugués.
- (11) Art. 256 nº 3 Código civil suizo.
- (12) Proyecto de Recomendación sobre la inseminación artificial. Propuesto por el Congreso de Europa, redactado en Estrasburgo (Consejo de Europa) el 5 de Marzo de 1979, presentado al Symposium internacional sobre inseminación artificial humana y la Conservación del semen París 9-11-Abril-1979.
- (13) DE GRAVE, op. cit., pag. 45 y s.
- (14) BEITZKE. La réforme de la condition juridique de l'enfant naturel, R.F.A., "Revue internationale droit comparé", 1970, 313. Nº 11.
- (15) Art. 136 Código civil español.
- (16) Art. 256 c) Código civil suizo.
- (17) HEGNAUER, op. cit., 1978, pag. 94.

En el mismo sentido, FLATTET, Expertises médico-legales et proces en filiation. - Annales faculté droit du Estambul, 1966, pag. - 71 y ss.

"Y la hipótesis de negativa de dejar se tomar una muestra de sangre entraña no obstante otra cuestión. ¿Puede conllevar una conclusión favorable al demandante, en el caso de negativa de participar en el peritaje?, ¿o de otro modo la carga de la prueba se desplaza en razón de la inejecución del peritaje?. El Tribunal Federal no lo ha admitido. Es al demandante a quien pertenece administrar la prueba lo mismo para probar la paternidad que para impugnar al hijo. En el primer caso, el juez debe adquirir una convicción total. La abstención del adversario no prevee la justificación de esta convicción".

(22)

(23)

(18) RIVERO HERNANDEZ. La presunción de la paternidad legítima. Editorial Tecnos, 1971, pag. 537.

(19) CASTRO PEREZ. La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad. Edit. Reus. Madrid, 1950, pag. 152.

(24)

(20) TRABUCCHI, op. cit., pag. 408.

(21) FAIREN GUILLEN. La investigación biológica de

- (26) la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal. Anuario de derecho civil, 1950, pag. 648.

Para otros autores: GEBLER, Le droit française de la filiation et la verité. K.I. - 002 B. U. T. París 1970, pag. 202. Expresa lo siguiente:

"La negativa del tercero para someterse a una pericial sanguínea dependerá en realidad de los motivos invocados por el litigante (ej. estado de salud deficiente)".

- (27)
(22) Art. 161-5º, 162-5º Ley de Enjuiciamiento civil.

- (28)
(23) Senat de Belgique, op. cit., (session 1977-78) art. 333 d) pag. 41.

Senat de Belgique, op cit., (session extraordinaire 1979) art. 339.

- (29)
(24) Art. 118 Codice di procedura civile, año 1942.

- (30)
(25) FLATTET, op. cit., (Expertises Médico legales), pag. 65.

- (26) Tribunal civil de Liege, 23-VI- 1973. Jurisprudence de Liege.

(32) "Cuando en una acción en impugnación de la paternidad, el perito concluye del examen sanguíneo que ni el marido ni el amante no son el padre del hijo, importa en esta materia de orden público ordenar una nueva prueba pericial.

(33) Concretamente en un considerando de la sentencia dice: "Atendiendo además que esta mos en una materia de orden público en la cual la filiación de un hijo está en juego, hay que ser particularmente prudente, se impone ordenar una pericial sanguínea".

- (27) Art. 6-3º) Código civil español.

- (28) TEDESCHI. La prova del sangue nelle controversie sulla paternita, en jurisprudenza italiana. Unione Tipografico, editrice Torinese, 20 Gennaio 1931, pag. 686.

- (29) Constitución española, art. 15 Leyes Políticas.
(37) Civitas, biblioteca de legislación, pag. 21.

- (30) Constitución española, art. 18.

- (31) Constitución española, art. 39.
- (32) BENCIOLINI Y CORTIVO. Problemi dell'indagine -
ematologica medico-legal in tema di paternita,
en "Zacchia archivio di medicina legale sociale
e criminologica", Ottobre-Dicembre 1972, pag. -
586.
- (33) BENCIOLINI Y CORTIVO, op. cit., pag. 587.
- (41) 2
- (34) BENCIOLINI Y CORTIVO, op. cit., pag. 575 y ss.
- (42) 0
- (35) FRACHE. Sulla liceita giuridica della paterni-
ta a richiesta dei privati en "Archivo Penale -
Juris domus", fascicolo I-II, Gennaio-Febrario, -
1952, Roma.
- (36) FRACHE, op. cit., pag. 150.
- (37) TEDESCHI, op. cit., pag. 690.
- (38) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO,
RIVERO HERNANDEZ, DELGADO ECHEVARRIA, op. cit.,
pag. 151.
- (43)

- (39) Art. 163 Código civil español.
- (40) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 71. I Legislatura. Proyecto de ley. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. 14-IX-1979, pag. 316.
- (41) TEDESCHI, op. cit., pag. 687.
- (42) GEBLER, op. cit., pag. 195.
- En este mismo sentido, CARBONNIER - citado por MASSIP en Le rôle des expertises biologiques dans le procès de filiation. "Recueil Dalloz Sirey", 1977, pag. 140.
- (49) "No bastará que los jueces, convertidos en peritos o capaces de entender a los peritos sean convencidos por la nueva demostración científica, sino que es preciso que sea convencido por ella la opinión pública, pues según la teoría de Henry Levy Bruhl, más que a los tribunales es a su público a quien debe dirigirse la prueba judicial".
- (50)
- (43) MASSIP, op. cit., (Expertises), pag. 139.

- (44) Cour d'appel de Paris, I Ch. 16 Decembre 1976.
"Recueil Dalloz Sirey", 1977, pag. 134.
- (45) FRACHE, op. cit., pag. 150.
- (46) Tribunal civil de Liege, 22-IX-1972. Jurisprudence de Liege, pag. 67.
- (54)
- (47) ONECHA SANTAMARIA. Valoración de la prueba en el proceso civil, en "Pretor", 1971, pag. 36.
- (48) ONECHA SANTAMARIA, op. cit., pag. 36:
- (55)
- "El convencimiento del juez supone un estado de opinión que descansa en la seguridad de un pensamiento, que le lleva a estimar - como indiscutible la verdad o falsedad de un hecho".
- (56)
- (49) Corte di cassazione 2-Marzo-1976, nº 695. Pres. Rossi del Virgilio P.M. Martinelli en "Dir. Fam. pers." (il diritto di famiglia e delle persone), 1976. Giurisprudenza di legittimità, pag. 651.
- (58)
- (59)
- (50) Corte di cassazione 2-Marzo-1976, op. cit.

- (51) Corte di cassazione. I sez. civ. 4 III-1960, n° 1 "Rivista di diritto processuale", pag. 129.
- (52) Corte di cassazione, 4-Marzo-1960, op. cit.
- (53) FAIREN GUILLEN, op. cit., pag. 654.
- (54) COTTINO. Ricerca della paternita. prova contraria del presunto padre ed dei gruppi sanguini. "Foro Padano". Parte prima. Anno IV-N° 12. - 1 Gennaio 1949, pag. 654.
- (55) Art. 113 Código civil español.
- (56) Tribunal di Perugia 7-XI-1977, en "Foro italiano", volume CI, parte I, 149 pag. 2330 y ss.
- (57) Corte di cassazione 2-Marzo-1976, op. cit.
- (58) Art. 631 Ley de Enjuiciamiento civil.
- (59) Art. 340 p. III Ley de Enjuiciamiento civil.

- (60) FLATTET, op. cit., (Expertises), pag. 66.

"Una buena precaución consiste en hacer en realidad dos controles simultáneos por dos laboratorios que ignoren que se hace el análisis sobre dos muestras parecidas, si ellas no excluyen el riesgo de un error cometido por cada una, minimalizan considerablemente la probabilidad de error".

- (61) SALMON Ch., SALMON D. La preuve scientifique - de la paternité, expertises sanguines et calcul de probabilité. "Annales de Droit". Tome XXXIX, 371, V, 1979, pag. 188.

- (62) VILLANUEVA Y CASTELLANO, op. cit., pag. 52 y ss.

- (63) FONT SERRA. La prueba de peritos en el proceso civil español. Editorial Hispano Europea. 1974, pag. 73.

- (64) FONT SERRA, op. cit.

- (65) Art. 423 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

- (66) SALMON BONNEROT. Aide au diagnostic de paternité à partir des marqueurs du polymorphisme génétique

- (75) étude methodologique application à l'analyse d'un échantillon de familles. Thèse pour le doctorat d'état en Biologie humaine. Université Pierre et Marie Curie (Paris VI). Faculté de Medicine Pitie-Salpetrière, 1977, pag. 232.
- (67) MASSIP, op. cit., (Expertises), pag. 139.
- (68) SALMON BONNEROT, op. cit., (thèse), pag. 245.
- (69) Art. 3 Código civil español.
- (70) FONT SERRA, op. cit., pag. 212.
- (71) FONT SERRA, op. cit., pag. 217.
- (72) Sentencia del Tribunal Supremo, 21-Abril-1942.
Sentencia del Tribunal Supremo, 25-Marzo-1944.
- (73) FONT SERRA, op. cit., pag. 221.
- (74) Art. 954 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento crimi
nal.

- (75) Disposición transitoria sexta. Ley 13 Mayo 1981
núm. 11/81 (jefatura del Estado, B.O. 19, R, -
1115). Modificación del Código civil.

A P E N D I C E

bio.

con

def

(con

tan

eluc

va

se

ant

de

tiva

Sección 1ª

CONTENIDO Y ESTRUCTURACION
DEL INFORME PERICIAL BIOLOGICO
DE LOS PROCESOS DE PATERNIDAD

Naturalmente la aportación de las pruebas biológicas a los procesos de la paternidad encontrará con toda seguridad el mayor escollo en una redacción defectuosa del informe pericial, tanto en el fondo - (contenido), como en la forma (terminología).

Resulta evidente, que todo informe o dictamen pericial deberá estar redactado sin ambigüedad eludiendo cualquier maquinación abstracta o elucrativa; queremos expresar con ello que tendría que evitarse a toda costa la profusión de gráficas o fórmulas ante las cuales el juez pudiera mostrarse reticente, de suerte que minusvalorase con una apreciación negativa la labor realizada pericialmente.

Imaginemos que se hubiera propuesto la prueba pericial de los sistemas genéticos, de manera que se hubiese aplicado el sistema genético P en el recién nacido; pero no obstante no se ha expresado en el dictamen pericial que el carácter antigénico de dicho sistema no se manifestará seguramente en el presunto hijo hasta por lo menos transcurriendo un año.

Resaltamos su constatación científica de la fundada opinión de SALMON BONNEROT. (1)

"El recién nacido puede no expresar sobre sus glóbulos rojos un carácter antigénico, cuyo alelo está sin embargo presente en su genotipo, el fenotipo permanece dudoso; en el sistema ABO antes de la edad de tres meses el A_1 no se expresa, y en el sistema P hasta la edad de 18 meses el P_1 tampoco se manifiesta".

De tal forma concluimos, que un correcto informe tendrá que manifestar las probabilidades de error para cada sistema genético.

Asimismo nosotros estimamos que el perito deberá huir de toda dogmatización o cientifismo exagerado, procurando no expresar sus afirmaciones en tono dubitativo, debe intentar persuadir al juez que las conclusiones a las que ha llegado son de una veracidad objetiva, puesto que vienen avaladas por un

concienzudo examen interpretativo y analítico de los sistemas genéticos.

La convicción del juez a veces podrá venir determinada de la misma contraposición de dos peritajes biológicos. Supongamos, que del examen de 20 sistemas genéticos no se hubiese manifestado una convincente exclusión de la paternidad, sin embargo por el contrario el empleo exclusivo de la prueba tisular (HLA) si lo hubiese exteriorizado. ¿Cuál será la convicción del juez ante tales resultados opuestos?, ¿tendría que otorgársele valor absoluto, iuris et de iure, a la exclusión decantada con el (HLA) en el referido informe pericial?, ¿o podrá el juez eludir tangencialmente los resultados del precitado dictamen, porque hubiese sido asesorado a sensu contrario, que en el estado actual de los conocimientos científicos, subsisten aún dudas racionalmente suficientes como para no otorgarlas valor categórico?.

Concluimos manifestando que la redacción de un dictamen pericial biológico, deberá explicitar todas las posibles discordancias antigénicas, como asimismo la presumible formación de alelos silenciosos en cada sistema genético, las posibilidades de recombinación cromosómica, las condiciones de idoneidad de sueros, reactivos, etc.

A nuestro juicio un modelo de redacción pericial en orden a su ulterior remisión al juez, podría ser el que a continuación detallamos. No obstante tenemos que hacer la precisión siguiente: la argumentación científica del mismo pertenece al Dr. FERNANDEZ LOPEZ (2). Nosotros sólo incidimos en unas nimias cuestiones jurídicas, de suerte que su tenor literal con estas salvedades, es el que a continuación explicitamos:

"De los resultados obtenidos de las características antigénicas en las personas examinadas, - ej., madre, hijo y padre legal, se objetiva una discordancia antigénica en el padre legal del hijo, del cual se gestiona su status matrimonial, en los sistemas de grupos sanguíneos MNS s y Duffy y en el sistema de antígenos tisulares HLA.

Así el hijo no tiene el antígeno N del sistema MNS s, antígenos que al poseerlo el padre legal y la madre del hijo debía de haber sido heredado por el hijo, tampoco posee éste el antígeno Fy-a del sistema Duffy que por otra parte se encuentra presente en los cónyuges.

El sistema de antígenos tisulares HLA -- muestra la transmisión genética del fenotipo Ag/B₁₂ de la madre a su hijo, pero éste posee además otro componente antigénico A₁/B₁₇ heredado indudablemente del otro progenitor, la determinación del sistema -- HLA en el padre legal DEMUESTRA LA AUSENCIA DEL REFERIDO COMPONENTE ANTIGENICO A₁/B₁₇. De suerte que estas discordancias antigénicas entre el padre legal y el hijo imposible de explicar a la luz de las leyes

de transmisión genética, permiten emitir un criterio firme de NEGACION DE LA PATERNIDAD DEL PADRE LEGAL - DEL NIÑO".

El transcrito informe médico legal de impugnación de la paternidad se ajusta perfectamente a nuestro juicio a lo que describe el art. 478 de la ley de Enjuiciamiento Criminal. Nosotros pensamos, que la estructuración sistemática del informe tendría que expresar una combinación mixta de criterios subjetivos, objetivos y epilogándolo unas indubitadas conclusiones. Es decir, en primer lugar atender a las personas que deberían someterse, en segundo término, las operaciones o peritajes que se las lleva a cabo, y finalmente las conclusiones.

No cabe duda, que en el dictamen aludido se guarda la forma que materializa el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: (3)

"El informe pericial comprenderá si fuera posible: 1º) Descripción de la persona o cosa que sea objeto de la pericia en el estado o modo en que se halle. 2º) Relación detallada de todas las (cosas) operaciones practicadas por los peritos, y de su resultado extendido y autorizado en la misma forma que el anterior. 3º) Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte".

Sis? Ahora bien, ¿cómo tendrá que expresarse la determinación de los grupos sanguíneos en el informe pericial?. Un modelo ejemplificativo donde se expliciten los derivados hematológicos o genéticos o protéicos lo colegimos del dictamen o informe pericial sobre la investigación de la paternidad que hemos citado con anterioridad. De suerte que la comprobación de los sistemas genéticos de los encausados (padre legal, madre e hijo) podía ser el siguiente:

DETERMINACION DE LOS GRUPOS SANGUINEOS
DEL PADRE LEGAL

Sistema ABO	Antígeno A	Positivo
	Antígeno B	Negativo
	Substancia H	Positivo
	Genotipos posibles sistema ABO: --	
	A O - A A	

Sistema MNS s	Antígeno M	Positivo
	Antígeno N	Positivo
	Antígeno S	Positivo
	Antígeno s	Positivo
	Genotipos posibles sistema MNS s:	
	MS/Ns - MsNS.	

Sistema Rh

Antígeno C Positivo
 Antígeno Cw Negativo
 Antígeno D Positivo
 Antígeno E Positivo
 Antígeno ec Positivo
 Antígeno e Positivo
 Genotipo posible sistema Rh: CDe/
 cDE.

Sistema Kell

Antígeno K Negativo
 Antígeno K Positivo
 Antígeno Kp-A Negativo
 Antígeno Kp-b Positivo
 Genotipo sistema Kell: kk

Sistema Lewis

Antígeno Le-a Negativo
 Antígeno Le-b Negativo
 Fenotipo sistema Lewis: Le (a-b-).

Sistema Duffy

Antígeno Fy-a Positivo
 Antígeno Fy-b Negativo
 Genotipo sistema Duffy: Fya, Fyb.

DETERMINACION DEL SISTEMA PROTEICO G-c

El estudio inmunoelectroforético en acetato de celulosa y gel de agar, frente a antisueros anti-Gc, clasifica al paciente en un genotipo Gc 2-1.

DETERMINACION DEL SISTEMA HLA

Primer locus		A ₂
Segundo locus		B ₈
Fenotipo sistema HLA		A ₂ /B ₈

DETERMINACION DE LOS GRUPOS SANGUINEOS

PROTEICOS Y TISULARES DE LA MADRE.

Sistema ABO	Antígeno A		Positivo
	Antígeno B		Negativo
	Substancia H		Negativo
	Genotipos posibles sistema ABO: -		
	A O - A A		

Sistema MNSs	Antígeno M		Positivo
	Antígeno N		Positivo
	Antígeno S		Negativo
	Antígeno s		Positivo
	Genotipo sistema MNSs: Ms/Ns.		

Sistema Rh

Antígeno C Positivo
 Antígeno Cw Negativo
 Antígeno D Positivo
 Antígeno E Negativo
 Antígeno c Positivo
 Antígeno e Positivo
 Genotipo probable sistema Rh: --
 CDe/cde.

Sistema Kell

Antígeno K Negativo
 Antígeno k Positivo
 Antígeno Kp-a Negativo
 Antígeno Kp-b Positivo
 Genotipo sistema Kell: kk

Sistema Lewis

Antígeno Le-a Negativo
 Antígeno Le-b Positivo
 Fenotipo sistema Lewis: Le (a-, b+)

Sistema Duffy

Antígeno Fy-a Positivo
 Antígeno Fy-b Positivo
 Genotipo sistema Duffy: Fya, Fya.

DETERMINACION DEL SISTEMA PROTEICO G-c

El estudio inmoelectroforético en acetato de celulosa y gel de agar, frente a antisueros anti-Gc, clasifica a la paciente en un genotipo Gc 2-1.

DETERMINACION DEL SISTEMA HLA

Primer locus	 A ₃ -A ₉
Segundo locus	 B ₁₂
Fenotipo sistema HLA	 A ₃ -A ₉ /B ₁₂

Sist

DETERMINACION DE LOS GRUPOS SANGUINEOS PROTEICOS Y TISULARES DEL HIJO AL QUE SE PRETENDE IMPUGNAR SU STATUS MATRIMONIAL

Sistema ABO	Antígeno A	 Positivo
	Antígeno B	 Negativo
	Substancia H	 Negativo
	Genotipos posibles sistema ABO: --	
A O - A A.		

Siste

Sistema MNS s	Antígeno M	 Positivo
	Antígeno N	 Negativo

	Antígeno S	Positivo
	Antígeno s	Positivo
	Genotipo sistema MNS s: MS/Ms	
Sistema Rh	Antígeno C	Positivo
	Antígeno Cw	Negativo
	Antígeno D	Positivo
	Antígeno E	Negativo
	Antígeno c	Positivo
	Antígeno e	Positivo
	Genotipo probable sistema Rh: CDe/cde.	
Sistema Kell	Antígeno K	Negativo
	Antígeno k	Positivo
	Antígeno Kp-a	Negativo
	Antígeno Kp-b	Positivo
	Genotipo sistema Kell: kk	
Sistema Lewis	Antígeno Le-a	Negativo
	Antígeno Le-b	Positivo
	Fenotipo sistema Lewis: Le (a-, b+)	
Sistema Duffy	Antígeno Fya	Negativo
	Antígeno Fyb	Positivo
	Genotipo sistema Duffy: Fyb, Fyb.	

DETERMINACION DEL SISTEMA PROTEICO G-c

El estudio inmoelectroforético en acetato de celulosa y gel de agar, frente a antisueros anti-Gc, clasifica al paciente en un genotipo Gc 2-1.

DETERMINACION DEL SISTEMA HLA

Primer locus		A ₁ -A ₉
Segundo locus		B ₁₂ -B ₁₇
Fenotipo sistema HLA		A ₁ -A ₉ /B ₁₂ -B ₁₇

Sección 2ª

SISTEMATIZACION METODOLOGICA DE LAS DISTINTAS
PRUEBAS BIOLOGICAS EN LOS PROCESOS
DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Respecto a la sistematización de las distintas pruebas biológicas en los procesos de paternidad, creemos que conviene distinguir cuatro métodos que vamos a ir analizando no desde un punto de vista biogenético, pues el objeto de esta tesis no permite adentrarse científicamente en esas confrontaciones, campo por otra parte reservado dignamente a los investigadores médico legales. Lo que aquí interesa es su razonamiento y exégesis jurídica en los juicios en que se refute o impugne la paternidad.

Siguiendo el esquema metodológico de los doctores VILLANUEVA Y CASTELLANO, sucintamos a continuación los cuatro métodos biológicos para la inves-

tigación de la paternidad que después vamos a analizar detalladamente. (1)

"Métodos para demostrar en que momentos se realizó la fecundación.

Métodos para evidenciar la imposibilidad de procreación por parte del supuesto padre en base a la impotencia coeundi o generandi del mismo.

Métodos genéticos que permiten excluir al hijo frente al supuesto padre dando como segura la maternidad.

Métodos que basados en la distribución de la frecuencia de los distintos marcadores genéticos nos permiten establecer el padre más verosímil, cuando no sea posible la exclusión de más de un presunto padre (exceptio plurium) la llamada por los autores germánicos prueba positiva de la paternidad".

Si bien antes de entrar en el estudio de la primera prueba biológica, cual es la maduración fetal, lo primero que hay que demostrar en nuestra opinión es la imposibilidad de la procreación en base a la impotencia bien coeundi (ineptitud para el coito), bien generandi (esterilidad del varón).

Pensamos que un examen testicular o de los otros conductos deferentes se impondrá de forma obligada a cualquier examen posterior, pues si por ej., el marido tuviese una deformidad congénita que

le imposibilite la erección, y consecuentemente no -
pudiese copular, resultaría incuestionable que ten -
dremos que concluir en su no paternidad, y ahorrarnos
otras pericias médico legales totalmente inidóneas.

valor

lugo

La

blea

to,

fec

de

sur

cel

de

de

rio

con

PRUEBA DE MADURACION PETAL

Este la co terio monia cele 195; ta de Estimamos que es la primera que por su - valor y prioridad sobre las demás ocupará el primer lugar en los procesos de impugnación de la paternidad. La anterior redacción del C.c. español venía a establecer unos parámetros fijos en la gestación del feto, y así se hablaba de 180 y 300 días, hoy está perfectamente demostrado que la viabilidad del feto puede ser anterior a 180 ó superior a los 300 días.

de la reba El actual art. 116 C.c. dice que se presumen matrimoniales los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días - de su disolución o de la separación legal o de hecho de los cónyuges; observamos pues que con mejor criterio se elude los períodos o parámetros fijos en la - concepción por insuficientes.

Imaginemos el siguiente supuesto:

(A) casado con (B) tienen un hijo (C), - este hijo ha nacido por ej., el día 195 después de la celebración del matrimonio, según el tenor del anterior art. 108 del C.c., este hijo resultaría matrimonial pues ha nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio, concretamente en el día 195; sin embargo con la dicción creemos mucho más justa del 116 actualizado, se omite el período de fecundación fijo, el omni meliore momento de la gestación permite ahora una refutación probatoria mayor que la exigua del anterior art. 108-2º), que sólo permitía la excepción de la imposibilidad física de acceso dentro de los 120 días de la concepción.

Con la nueva reglamentación, la filosofía de la filiación es mucho más aperturista, y permite rebatir la presunción matrimonial con cualquier tipo de pruebas (no limitando el objeto de prueba como antes) incluidas las biológicas.

Pues bien, ahora si (C) nació después de la celebración del matrimonio, ej. en el día 195, el marido que impugna la paternidad puede en primer lu-

gar presentar entre otras pruebas concluyentes fue-
raparte del adulterio de su mujer, la prueba de la -
madurez fetal, constituyendo por ende el principio de
prueba suficiente que exige como prius imperativo el
art. 127 C.c.

Expresamos a continuación el parecer cien-
tífico de los Dres. VILLANUEVA Y CASTELLANO. (2)

"La aplicación de los ultrasonidos al diag-
nóstico de la maduración fetal ha sido empleada como
prueba de exclusión de la paternidad. En estos casos
se mide el diámetro biparietal del feto que está es-
trechamente correlacionado con la edad de gestación.
La ventaja de este método estriba en que se puede es-
tablecer desde el 2º mes de la gestación. Nacido el
feto todos los parámetros que indican la madurez fe-
tal, peso, talla, perímetros, diámetros, podrán fijar
con precisión el tiempo que ha durado la gestación y
en consecuencia la fecha más probable de fecundación".

Lo primero que tenemos que preguntarnos
es, ¿qué ventajas tiene este método?, si se evidencia
con esta pericial biológica la exclusión de la pater-
nidad, huelga incidir en otros peritajes médicos más
complicados, como la de examinar especificidades de
los grupos eritrocitarios, tisulares, enzimáticos, -
protéicos, de los grupos de las gamma globulina etc.
Todas ellas aunque viniesen a corroborar una vez más

la exclusión de la paternidad encarecerían de forma exagerada el peritaje. Para ser más completos en este juicio, constataciones médicas nos han avalado que los honorarios médicos de investigación de la paternidad empleándose el sistema antigénico tisular HLA, viene a costar como mínimo 100.000 ptas.

Por ello pensamos, que debería de practicarse en primer lugar esta prueba de maduración fe-tal en todos los procesos de impugnación de la paternidad, de manera que como sus resultados son de un valor probatorio absolutos del 100%, resulta obvio que la convicción y discrecionalidad del juez debería correr pareja a estos dictámenes.

La conclusión será, que el juez en su sana crítica deberá ponderar equitativamente estos resultados, y admitir la conveniencia o no de proceder a otras pericias biológicas, de suerte que las requerirá sólo cuando subsistiesen dudas fundadas en contra de las conclusiones deducidas de la maduración y viabilidad fetal.

Al menos nuestro parecer es que se ha avanzado en la redacción del actual art. 116 C.c., de suerte que es más justa que la del anterior art. 108 C.c. que provocaba en la práctica injustas legalidades.

Recogemos sucintamente un caso presentado al Departamento de Medicina legal de los Dres. VILLANUEVA Y CASTELLANO: (3)

"Caso de un matrimonio en el que el marido presenta una demanda por adulterio. El marido estaba en Alemania desde hacía años y regresó avisado por sus familiares de que su mujer le era infiel. A los pocos días de la denuncia y por tanto a los pocos días de su llegada a Granada reconocíamos a la mujer con ultrasonidos y estaba embarazada de casi tres meses, el posible acceso del marido con ella databa de días.

A efectos del adulterio esta prueba era insuficiente, a efectos de la presunción hubo que esperar a que el feto naciese. Nació con un embarazo de 283 días. De haber sido del marido tendría que haber sido un hijo prematuro de 190 días que son los que habían transcurrido desde su llegada hasta el nacimiento. Se cumplía la presunción de legitimidad, nacer después de los 180 días de la unión. En este caso aunque existe una prueba jerárquicamente superior a cualquier otra, nuestra legislación no la admite, el hijo es legítimo y tiene por padre al marido de la madre. Aquí si algo falla no es la prueba sino la posibilidad de que el marido clandestinamente se desplazase de Alemania a Granada o se viesen en otro lugar, justamente a esta prueba es a la que la ley le confiere valor".

Ello es congruente pensamos nosotros, con el razonamiento del legislador anterior que oponía como única y válida excepción la imposibilidad física de acceso; como en este caso no la hubo y además na-

ció el hijo en un período en que jugaba con toda su fuerza la presunción matrimonial, este hijo se le reputa como procreado en tiempo hábil por el marido de la madre.

No obstante ahora con la nueva reglamentación, el objeto de la prueba no es tasado sino libre, con lo cual el legitimado activo para impugnar su paternidad no se le limitará en su empeño de acudir a cualquier tipo de prueba, todo lo cual responde a la filosofía de la reforma de la filiación, que pretende ahondar en la verdad biológica en detrimento de la verdad legal.

No podemos por menos que llevar a cabo ciertas consideraciones sobre este peritaje.

¿Qué prueba se debe practicar inicialmente, la de maduración fetal, o la de los grupos específicos sanguíneos?.

Para un grupo de autores la prueba pericial prioritaria es la de la maduración fetal, de modo que se la considera a ésta con prioridad desde un punto de vista jerárquico. Para otros no deja de ser este peritaje un elemento orientativo inicial, pero nunca valorativamente podríamos conceptuarla como -

prueba así LOPEZ GOMEZ - GISPert CALABUIG: (4)

"Los grados de probabilidad determinados por cualquiera de estos métodos no pasan de ser elementos de orientación sin alcanzar nunca la categoría de prueba. No obstante pueden rendir útiles servicios sobre todo cuando se trata de discriminar entre dos presuntos padres, cuyas relaciones sexuales con la madre hayan tenido lugar en épocas distintas. En todo caso además pueden adicionarse a otras eventualidades inverosimilitudes derivadas de diferentes métodos de examen".

Nos parece un razonamiento con el cual no podemos estar de acuerdo, entre otras razones porque esta prueba estrecha (beneficiosamente a nuestro juicio) el círculo de los presuntos inculpad^{os}, facilitándonos en gran manera la exclusión de la paternidad del encausado.

Continuando con el problema de la prioridad jerárquica de las distintas pruebas biológicas, ¿qué prueba habría que presentar antes, la del tiempo de embarazo, o la de los grupos sanguíneos?. La doctrina alemana en concreto BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, - SCHADE, opinan que por razones prácticas los tribunales casi de forma unánime exigen en primer lugar un testimonio pericial de grupos sanguíneos. (5)

"Este procedimiento tiene su justificación, ya que hoy gracias a los sistemas de numerosos grupos sanguíneos reconocidos y apropiados para el enjuiciamiento, resulta posible estrechar el círculo de los progenitores presuntos de manera tan rápida y segura que hacen superfluas otras medidas".

¿Qué pasará si se diese una posible contradicción entre el peritaje del tiempo de embarazo y el peritaje de grupos eritrocitarios, leucocitarios, y séricos o los grupos de gamma globulina, o el grupo de haptoglobulina, o de las transferrinas?.

Supongamos que la prueba sanguínea ha concluido que (A) es más que probable que haya engendrado a (C), pero en cambio la prueba del tiempo de maduración fetal da un resultado totalmente contrario, ¿cuál de las dos pruebas deberá tener prioridad? Creemos que la prueba hematológica, eritrocitaria, leucocitaria o la prueba tisular del HLA es más conduyente que la del tipo de embarazo, por todo lo cual deberá subordinarse aquí cualquier conclusión obstréctica en favor de los resultados sanguíneos obtenidos.

No obstante claro está, que si el peritaje de tiempo de embarazo llegase a obtener una prueba concluyente de exclusión cierta, y no sólo probable de los presuntos inculcados, resultaría un error

y por ende totalmente innecesario ejercitar nuevas - pruebas de otro cariz, es decir, recurrir a la de los sistemas genéticos que proporcionarían sin lugar a - dudas los mismos resultados de exclusión, pero con la diferencia de encarecer enormemente las costas procesales dada la utilización de recursos periciales biológicos.

A nuestro modo de ver, sólo cuando subsistiesen dudas racionales acerca de la viabilidad fetal y las conclusiones no fuesen seguras, es decir sólo hubiese un margen del 60% de probabilidad de exclusión, tendría que ser entonces cuando el mismo perito aconsejase en el mismo informe pericial la insuficiencia de los resultados y la conveniencia de proceder al examen biológico de otras pruebas; de suerte que así se aumentase esta endeble probabilidad hasta un grado de certeza del 99,9% de seguridad confinante en la certeza (como se expresa la doctrina alemana).

Otro de los problemas que imaginamos que con más frecuencia se le va a presentar al juez, --- cuando le sobrevengan dudas serias sobre la paternidad del demandante que impugna su paternidad, será la dificultad probatoria por parte del actor que pretenda demostrar que la madre durante el período legal de -

la concepción ha mantenido relaciones sexuales con - un tercero.

De igual modo, no podemos dejar de anotar la siguiente cuestión, ¿la prueba de la maduración y viabilidad fetal, puede considerarse como un principio de prueba suficiente, o principio de prueba de los hechos en que pueda fundarse la demanda de paternidad?.

Creemos que el padre puede presentar como principio de prueba suficiente la falsificación de los partes de embarazo o para ser más correctos la - "cartilla de embarazada", pudiendo refutar con ello la controvertida duración del embarazo.

A sensu contrario, podría suceder que la madre alegase que al hijo al que se le pretende rebatir su status de hijo matrimonial ha sido fruto de una gestación sietemesina y no de un embarazo de nueve meses. La solución vendrá dada por la certificación médica del nacimiento del hijo en la cual constará el peso de éste al nacer, de manera que si aquél fue por ej., de 4 kl., lógicamente el hijo sería fruto de una gestación normal y nunca con dicho peso podía haberlo sido sietemesino.

Consecuentemente, la presentación de este dictamen médico aparte de ser un válido principio - de prueba suficiente para aceptar la demanda de impugnación, puede servir para que en la admisión y práctica de la prueba se lleva a cabo en primer lugar la prueba de la maduración fetal con el oportuno diagnóstico de ultrasonidos.

Recurramos una vez más al planteamiento práctico del asunto, por ej., que el marido se hallaba cumpliendo condena en presidio, siendo puesto en libertad el 1 de Mayo de 1981, naciendo el hijo el 31 de Diciembre de 1981 pesando 4 kgs. De suerte que la mujer había hecho creer a aquél que el hijo nació prematuramente resultando sietemesino, cuando la realidad es que había sido fruto de una gestación de nueve meses. Naturalmente, el marido no podía ser el procreador, pues antes de Mayo permanecía recluso en prisión.

Con lo cual llegamos a la conclusión, que de todas las pruebas restantes e indicios presentados junto con la prueba de maduración fetal podrá demostrarse de forma pausable sin recurrir a las pruebas hematológicas, serológicas, eritrocitarias, tisulares, etc., la más que probable exclusión de la paternidad

de (A). Quizá además entre otros indicios a valorar después discrecionalmente por el juez, se había logrado demostrar por testimonios y testificales, que durante el período de concepción de la mujer salía ésta frecuentemente con (D), presunto padre real, resultando que éste se había negado a someterse a ningún peritaje biológico, por todo lo cual podía presumirse que ambos mantuvieron relaciones sexuales, ¿podrá entenderlo el juez como una tácita confesión de una cohabitación presunta?.

En todo caso pensamos, que dentro de los peritajes biológicos bastaría con la aplicación de la prueba de tejidos (HLA) sin tener que recurrir a otros peritajes de sistemas genéticos, de suerte que sólo nos remitiríamos a ellos cuando los resultados de la prueba tisular fuesen contradictorios con los de la prueba de maduración fetal, por ej., porque quizá no se hubiese usado los reactivos o antisueros necesarios

Es interesante aportar algunas resoluciones de la jurisprudencia suiza: (6)

"A pesar de las imprecisiones de las declaraciones de la madre en cuanto a sus últimas reglas no permite traer ninguna conclusión del método fundado sobre el ciclo de fecundidad (Knaus Ogino).

Desde el momento de la instrucción no había establecido ningún indicio de relaciones íntimas de la madre con un tercero, la jurisdicción cantonal había concluido sin violar las reglas del Derecho Federal en materia de pruebas, que el embarazo había durado más tiempo que de costumbre, permaneciendo dentro de los límites que los hombres de ciencia cualifican de posibles, y por tanto que el demandado había engendrado el hijo".

Deducimos obviamente que es importante - para la aplicación de la prueba de maduración fetal, el certero conocimiento de las fechas de menstruación.

A este respecto resulta interesante los criterios alegados por otra sentencia helvética: (7)

"En primer lugar las fechas aducidas por la madre son aproximativas. En segundo lugar no se conocen las menstruaciones anteriores y por consiguiente la duración de los ciclos menstruales; éste es necesario para la aplicación del método. Pero aún habiéndose dispuesto de datos personales suficientes, el método no provee una certeza en el caso litigioso".

La transcendencia de la prueba de duración del embarazo es importante para configurar criterios seguros sobre la posible exclusión de la paternidad del marido impugnante de la filiación matrimonial del hijo, cuando la mujer cohabitó en un período

do no muy distante, es decir, dentro de los 120 días de la concepción por ej. entre el 45 y el 60 (días - fecundantes) con el marido y un tercero; de modo que si éste se presentase voluntariamente al peritaje biológico se vería cual de los dos su paternidad es más verosímil, de tal forma que quizá así podrá desecharse la paternidad del padre legal reforzándose la del tercero, lo que unido a un análisis de sistemas genéticos contribuiría a una convicción judicial del -- 0,999%.

En este sentido viene a opinar HEGNAUER.

(8).

"Si la madre ha cohabitado con dos hombres diferentes en el espacio de más de cuatro semanas, el dictamen pericial permite comparar la probabilidad respectiva de la concepción por cada uno de estos hombres, es decir por la prueba de la menor verosimilitud de la paternidad del demandado, es más probable que la cohabitación entre la madre y el tercero sea la causa de la concepción".

Si el tercero no se presentase a esta - prueba de grado de madurez del recién nacido sin causa justificada, el juez puede presumir que ello supone un indicio que sumado a las restantes pruebas excluirán la paternidad del padre legal impugnante de su paternidad.

Respecto a la duración del embarazo, la mayoría de los países en sus ordenamientos o leyes - civiles especifican numéricamente los plazos a los - que ha de ajustarse la gestación.

Entre los 181 a 302 días queda legislado en Alemania del Este y Alemania Federal, y entre 180 y 300 días Francia, Polonia, Checoslovaquia, España.
(9)

de

la

se

mis

lóg

her

circ

carac

cido

suce

cont

pelig

vismo

PRUEBA ANTROPOLOGICA Y HEREDOBIOLOGICA

Nos interesa a continuación analizar des de una panorámica judicial los distintos aspectos de la prueba antropológica.

Si partimos de la base de que con ella - se trata de conjugar criterios decantados de la transmisión de caracteres morfológicos, es una prueba que lógicamente depende de muchos factores de transmisión hereditaria, de suerte que tenemos que reparar en la circunstancia de que puede haber muchos factorés o caracteres que no se presenten en el hijo recién nacido hasta pasado un cierto tiempo.

Ahora bien, también es cierto que puede suceder que los peritos expresasen informes periciales contradictorios, no olvidemos que uno de los mayores peligros de esta prueba puede radicar en el subjetivismo pericial. En este sentido conviene remitirse

a la jurisprudencia germánica, en concreto la Corte de apelación de Colonia, la cual encargó a cuatro profesores de realizar una prueba antropológica y heredobiológica en la misma causa, uno de ellos decía que el demandado podía ser el padre con verosimilitud confinante en la certeza, otro de los peritos concluía en una fuerte probabilidad, mientras que los otros dos declararon la paternidad altamente improbable". (10)

La doctrina española también se ha manifestado, en este aspecto destaca la afirmación respetable de RIVERO HERNANDEZ: (11)

"El subjetivismo que se alega contra la prueba heredobiológica por la valoración personal del perito no es superior al que hay en toda prueba pericial o testifical declaración de un hombre teñida de subjetivismo por muy objetiva que se crea".

Esto nos viene a recordar que nuestro magistrado se puede encontrar a buen seguro con que si la prueba serológica o hematológica no ha excluido - la paternidad con una verosimilitud suficiente para confirmar su convicción; sin embargo la prueba antropobiológica concluye con los caracteres morfológicos en una certeza considerable para excluir en el caso planteado la paternidad, entonces, ¿qué prueba biológica tendrá más valor ante el juez que tiene que fallar?.

Creemos que el juez subjetivamente no es tá en condiciones de emitir un juicio al respecto, por el contrario desde un punto de vista objetivo deberá atender a la opinión pericial que puede asesorarle - acerca de las condiciones de una u otra prueba biológica.

Nosotros pensamos, que no siempre habrá que otorgarle este valor preferencial, ¿por qué?, - opinamos que todo irá en función de cómo, quién y en qué condiciones se ha llevado a cabo el análisis de los sistemas genéticos.

De manera que si el laboratotio donde se habían realizado los peritajes sobre la paternidad - no contaban más que con 5 ó 10 marcadores genéticos, que con toda certeza sólo podían evidenciar una exclusión de la paternidad en un 65%, cuando lo requerible mínimamente son por lo menos 25 marcadores genéticos; o sucede que por ej., disponiéndose de los sistemas genéticos exigibles, no se había expresado en el informe pericial con un clarividencia meridiana las limitaciones con que contaba el laboratorio, por ej., a nivel de reactivos, antisueros específicos, etc, de modo que con lo que se tenía o se disponía no se podía materializar la presencia de cualquier alelo si-

lencioso; resultará por ende insuficiente el dictamen pericial y errónea la discrecionalidad a posteriori del juez.

En conclusión, la regla apriorística de la superioridad de la prueba sero-hematológica, creemos que su valoración conceptual no resulta tan absoluta. Aplicando una terminología jurídica, podíamos traer a colación aquí el concepto de la presunción iuris tantum y iuris et de iure, por lo que podemos llegar a afirmar que la prueba serológica o en general todos los sistemas genéticos se les otorga una presunción iuris tantum de veracidad por encima del peritaje de carácter antropológico o heredo-biológico.

Naturalmente, hemos comentado con anterioridad que se correrá el peligro de que el juez rechazase la prueba antropológica por innecesaria cuando se hubiese llevado a cabo la prueba pericial sanguínea confiriéndola a ésta un valor absoluto de veracidad en sus conclusiones. A nuestro entender es imprescindible que el juez se asesorase de que el laboratorio en el cual se va a llevar a cabo el peritaje sobre la paternidad es un laboratorio especializado y cuenta con un equipamiento técnico adecuado, pues de lo contrario el peligro que evidenciamos quedará

patentizado cuando el perito hubiese omitido en el examen genético la presencia de alelos silenciosos, por ej., en el sistema ABO el fenotipo BOMBAY. En tales circunstancias rechazar una pericial antropológica resultará injusto para la segura y certera exclusión o confirmación de la paternidad.

Resulta obvio constatar que este peritaje antropológico tiene por objeto examinar los más diversos y peculiares caracteres morfológicos.

Esta prueba caracterológica ha ido avanzando progresivamente en su aceptación en los procesos de paternidad, basta repasar estudios de sólo hace 20 años por ej. LOPEZ GOMEZ, GIBERT CALABUIG. - (12)

"Se lleva a cabo un elenco de los principales caracteres hereditarios, herencia de caracteres físicos o antropológicos (cabeza, tronco, miembros) herencia de caracteres psicológicos y sensoriales, herencia de caracteres patológicos".

Pensamos que como en la mayoría de los casos los caracteres quedan conformados cuando el hijo tiene como mínimo 3 años. esto desde el punto de vista jurídico procesal implica una presunta paralización del juicio entablado. Por ello es muy probable

que cuando en lo sucesivo nuestros jueces se vean obligados a dictaminar sobre la procedencia de este peritaje quede relevado prima facie a un segundo término.

Resulta sumamente interesante, que centre mos nuestra atención en este punto aludido sobre el momento procesal de la práctica de la prueba en orden a la problemática de la prueba heredobiológica, de suerte que al respecto GARCIA SANCHEZ concluye: (13)

"Pero aunque el dictamen se llegue a practicar en forma, en múltiples ocasiones nos encontraremos con el problema del corto espacio de tiempo que la ley establece para ello, que siendo de treinta días improrrogables, puede suponer la inviabilidad de esta prueba. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la prueba heredomorfológica, que obliga a esperar a que el niño tenga tres años de edad. La solución puede pasar por la pericia colegiada, ya que, en este caso:

"..... se unirá a los autos y producirá sus efectos el informe, aunque se dé o reciba después de transcurrido el término de prueba".

Un problema que con toda seguridad se le presentará al juez, será el siguiente: si los legitimados pasivamente han solicitado o requerido esta prueba y el juez no la consiente, ¿se puede pensar que ello provocará indefensión de la parte demandada?.

Si hemos analizado que uno de los peligros de esta prueba caracterológica radica en el sub

jetivismo judicial, ¿cómo y que condiciones tiene - que cumplir aquélla para confirmar la verosimilitud de la paternidad?, ¿qué criterios habrá de seguir el perito antropológico para el convencimiento del juez?.

En este sentido es interesante analizar la jurisprudencia suiza. (14)

"De una parte los hombres de ciencia admiten hoy mayoritariamente el valor probatorio en principio de la pericial ordenada. De otra parte ha sido ejecutada lege artis y ha conducido al perito a la conclusión de que la verosimilitud de la paternidad confina en la certeza, la probabilidad alcanza - siguiendo el número de elementos tomados en consideración 99,68% y 99,89% y 99,993%".

Una cuestión que parece indudable es que cuando hubiese solamente un presunto padre encausado, la relatividad de esta prueba antropológica es débil y bastante falible, puesto que la formación de estos caracteres podrán presentar muchas incompatibilidades. A nuestro juicio esta prueba cobraría toda su virtualidad operativa, cuando pudiesen ser cotejados o comparados los caracteres morfológicos del hijo con los del padre legal impugnante de su paternidad y con los del presunto padre biológico.

¿Es ésta una solución disponible de lege data? La respuesta sería negativa si reparamos en que los únicos que pueden impugnar su paternidad y ser parte legitimada activa, son el marido y el hijo en interés propio, pero la madre sólo cuando ella de tente la patria potestad y actuando en interés del hijo, y como legitimados pasivos la madre y el hijo, pero en ningún caso el tercero presunto padre biológico podrá ser parte legitimada procesalmente hablan do en la impugnación de la paternidad matrimonial, aunque tuviese un interés legítimo digno de protec ción.

¿Acaso el juez de oficio podría someter a una comparecencia forzosa al tercero, cuando de -- los autos se dedujese que es más que probable que la mujer hubiese cohabitado con aquél?. Ya hemos anali zado que según nuestra Ley de Enjuiciamiento civil no hay ninguna disposición imperativa al respecto para conminar al tercero al proceso, ni incluso argumen -- tándose que el vínculo de la filiación está sometido a una acción constitutiva que tiene eficacia erga om nes.

No obstante nada impediría a que este -- mismo (presunto padre real) compareciese por su propia voluntad, pensemos en el supuesto de que estuviere

se interesado en reconocer al hijo como suyo, si la mujer se divorciase de su marido padre impugnante de su paternidad, el tercero (presunto padre fisiológico) podrá casarse con ella y otorgar al hijo el status matrimonial como consecuencia de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Es interesante que nos remitamos de nuevo a la jurisprudencia germánica. (15)

"Esta prueba pericial permite sobre todo aportar indicaciones en favor de la paternidad de un hombre, mientras que ella no puede proveer más que - excepcionalmente exclusiones que tengan fuerza probatoria, porque este método a diferencia del examen sanguíneo se ignora cuantos genes dominan la formación de estos caracteres y de qué manera ellos marcan su impronta".

¿Tendremos que pensar acaso que la prueba antropológica sólo va a ser incoada, cuando de las restantes pruebas angüneas por ej. sistemas genéticos o pruebas tisulares, no diesen un resultado satisfactorio?, ¿es qué nuestros jueces van a relegar a esta prueba a un papel subsidiario?.

Imaginemos el siguiente supuesto:

La parte legitimada activamente ha solicitado en el período probatorio pericial, la prueba de

los sistemas genéticos, MNS Duffy, Kell, etc., la de los grupos proteicos, enzimáticos, etc.; la parte oponente ha admitido dichas pruebas y además ha añadido la prueba antropobiológica no solicitada por la parte demandante.

¿En el ulterior "auto" del juez, qué postura adoptará éste?, puede considerar que la prueba pericial antropobiológica propuesta demoraría excesivamente el status de filiación impugnado en este proceso, ello es consecuencia de que la viable operatividad de esta pericial caracterológica desarrolla toda su efectividad y verosimilitud para confirmar la convicción jurídica, sólo cuando el hijo objeto de la impugnación de su paternidad cuente por lo menos con tres años de edad (que es la edad imprescindible para los científicos). Por todo lo cual, es obvio que sólo aceptándose la prueba de los distintos sistemas genéticos, tisulares, etc., llevados a cabo por los peritos designados en un laboratorio especializado y competente en el cual se disponga de los reactivos y antisueros específicos para cada antígeno determinado por cada marcador genético, es como únicamente podrá llegarse a una exclusión fundamentada de la paternidad encausada.

Pensamos que sólo así las conclusiones - a que se llegasen serán las necesarias para lograr - una verosimilitud suficiente para completar de forma satisfactoria la convicción del juez, si no se logra se una certeza convincente, se puede entonces llevar a cabo la prueba caracterológica en aras del cometido teleológico del proceso de paternidad, cual es la verdad biológica y real.

El juez ante la dicotomía de admitir o - rechazar la prueba antropológica frente a la prueba hematológica amplia, puede conferir en primer lugar a ésta efectos prioritarios sobre aquélla.

De tal forma que si el resultado del peritaje demuestra una clara exclusión de la paternidad del encausado, no hará falta ya instar una supercomprobación antropobiológica. Si no sucede así, puede entonces devenir admisible y operante en toda su extensión la prueba caracterológica

Una vez más, la jurisprudencia suiza es fiel exponente de estas aseveraciones. (16)

"Cuando el peritaje sanguíneo ha excluido de forma cierta la paternidad, el recurso a una pericial antropoheredobiológico es excluido. Esta pericial no puede ser exigida más que si las otras prue-

bas y particularmente el examen seroestadístico no conduce a ningún resultado concluyente".

Lo que si creemos que va a ser una práctica judicial constante, y en esto si que resulta necesario un previo asesoramiento a los jueces, será la idoneidad jerárquica de las pruebas biológicas, sobre todo reparando en su criterio de política económica, pues estimamos que no se excluye mejor la paternidad cuantas más pruebas biológicas se empleen, sino operando con criterios de necesidad y oportunidad dependerá cualitativamente de cómo se empleen las mismas.

Supongamos que se ha admitido la prueba tisular (HLA), la cual ha concluido en una exclusión clara de la paternidad del encausado, además se ha tenido en cuenta todo tipo de antisueros capaces de detectar todo margen de error posible por ej., emisión de alelos silenciosos, y recombinaciones cromosómicas capaces de formar nuevos haplotipos; de modo que el dictamen pericial ha sido concluyente: de los sistemas genéticos empleados junto a las pruebas tisulares (HLA) ha dado como resultado la exclusión de la paternidad del legitimado activamente (padre legal) impugnante de su paternidad; pues bien, creemos que entonces resultaría ya innecesario que la parte

demandada requiriese la aplicación de la prueba antropobiológica.

En tal sentido la jurisprudencia suiza - opina que es dudoso que se pueda conceder al demandado su requisitoria sobre la admisión de la prueba antropobiológica que tuviese como finalidad no excluir su propia paternidad, sino a fin de establecer la de un tercero. Si la parte demandada tiene la facultad de solicitar la determinación previa de los grupos sanguíneos, y si ésta permitiese excluir la paternidad de un tercero, devendría supérfluo el peritaje antropobiológico, el cual no debe de ser ordenado más que en último lugar. (17)

Naturalmente el ejemplo transcrito en la jurisprudencia suiza no será en su integridad aplicable a los procesos de paternidad españoles, y no creemos que puedan suscitarse tales polémicas, ello por la razón diferenciadora de que el juez suizo cuenta con un amplio poder de oficio para encausar a un tercero (presunto padre real) en el juicio de impugna-ción de la paternidad; en cambio nuestro juez no cuenta con estas prerrogativas, y nunca podrá encausar -forzosamente al tercero en el mismo proceso en el -cual se está impugnando la paternidad del padre le-gal, por muy presumible que resultase la paternidad

de aquél. Entre otras razones pensamos que se podría tildar la sentencia de nuestro juez, (si aceptase la presencia del presunto padre biológico) de incongruente, en relación a las pretensiones aducidas por las "partes" activa y pasiva en el proceso.

A este respecto conviene recordar la Ley de Enjuiciamiento civil sobre este punto: (18)

"Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones aducidas (por las partes) oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate".

El tercero en todo caso puede en un juicio aparte plantear una acción declarativa de la paternidad, o a sensu contrario ser objeto de una acción de investigación de la paternidad para ser condenado y consecuentemente obligado al pago de una pensión alimenticia.

Por su parte la doctrina belga en concreto COMPERNOLLE J.: (19)

"En el derecho belga será posible integrarles en el proceso de paternidad entablado de ofi

cio y condenarle por ej., si la madre tuvo en el período de la concepción relaciones con terceros solidariamente al pago de una pensión".

Pero en el derecho español no se produce esta circunstancia acumulativa de oficio; de suerte que el proceso en el que por ej. (A) impugna su paternidad, aunque se haya demostrado que la mujer ha mantenido relaciones sexuales con terceros, el juez en este mismo proceso no va a condenarles al pago de una pensión, queda reservada esta actitud por ej. para el hijo que investigue su paternidad si con esta acción lograrse demostrar que por ej. (D) fué su padre con una probabilidad y verosimilitud suficiente. Todo ello porque la paternidad lleva ínsita la obligación de prestar a sus hijos alimentos aunque no ejercitasen la patria potestad. Sólo planteándose así las cosas el padre real podrá ser condenado al pago de una pensión, pero no en el mismo juicio en el que se discute la filiación matrimonial del hijo.

Nuestro juez no podrá actuar como por ej. su homónimo belga, que puede incluir en el proceso al tercero (presunto padre biológico) y proceder a una condena conjunta en el pago de la pensión.

Continuaremos la problemática de esta pericia caracterológica reseñando que en nuestra opi -

nión la convicción judicial no se pondrá de acuerdo ni subsistirán siempre criterios unánimes (nemine discrepante) en torno a la prueba antropológica.

Reparemos en la postura del juez ante una evidente contradicción con otras pruebas biológicas; supongamos que se ha aceptado una vez abierto el período probatorio por el juez la prueba hematológica, tisular, la de duración del embarazo, y la prueba hereditaria biológica. El juez deberá aceptar como válido un informe pericial como el aludido, cuando se haya cotejado y expresado claramente en el informe que por su puesto la contradicción presumiblemente existente entre ellas no responde a cualquier supuesto de impericia o negligencia, de suerte que muy bien podría suceder que la contradicción proviniese de un fallo técnico, por ej., el alelo Mg del sistema MN se expresa en la membrana del glóbulo rojo, pero para observarlo es preciso como hemos visto en páginas anteriores disponer de un antisuero Mg, y naturalmente si el laboratorio especializado no cuenta con el antisuero capaz de detectarlo, es más que pausable el error y a la postre la contradicción cuando se compare con otras pruebas; o puede ocurrir también, que el fallo sea debido a que un determinado sistema genético su antígeno quede conformado definitivamente en el hijo

pasado un tiempo prudencial por lo menos un año y me
dio. Todo lo cual puede fácilmente conducir a que -
se llegase a producir contradicciones incomprensibles,
por ello creemos que el juez antes de decantarse prio
ritariamente por una u otra prueba deberá requerir -
del perito en su informe las condiciones y elementos
que dispone el laboratorio, como asimismo qué proba-
bilidad puede existir para que probabilísticamente -
la contradicción se pueda deber a un fallo técnico.
Sólo así creemos, que podrá el juez valorar con pre-
cisión la verosimilitud de su convicción en orden a
una idónea exclusión o probabilidad de la paternidad.

Un problema el cual ya lo hemos analizado
con anterioridad, es el atinente al subjetivismo peri
cial, cuando se dictaminase en el peritaje las pecu-
liares características antropológicas de los encausa-
dos. Resulta un criterio evidente, que así como en
las pruebas hematológicas, tisulares, etc., la exclu-
sión puede resultar mucho más factible parametrada -
con criterios estadísticos y matemáticos, sin embar-
go creemos que su homologación a esta pericia carac-
terológica su valoración nunca será decantada por pun
tos de vista tan objetivos.

Opinamos que un buen informe antropológi-
co tendría para el juez una verosimilitud suficiente

para completar su convicción, cuando el peritaje antropológico aunase las opiniones uniformes y homogéneas de por lo menos tres especialistas (antropoheredobiólogos), pues si resultase que los dictámenes de los peritos se contradijesen, sería esta circunstancia más que suficiente para que el juez tuviese dudas serias sobre la paternidad, de modo que rechazaría su conveniencia y el valor probatorio del peritaje presentado.

Creemos también que no podrá recurrirse en primera instancia a esta prueba heredobiológica, si antes no se ha operado la prueba hematológica y tisular, o bien se han llevado a cabo éstas sin éxito. Ello es así insistimos, a pesar de que el art. 127 C.c. admite todo tipo de prueba biológica. Estimamos que ello no es óbice para que rija un criterio de racionalidad científica eficaz y segura, y una política jerárquica de pruebas biológicas que opere con criterios funcionales pensando en su aspecto crematístico.

Una vez más volviendo la mirada a la legislación federal suiza: (20)

"El demandado que intenta probar que él no es el padre del hijo puede exigir en virtud del -

Derecho Federal la ejecución de un peritaje antropológico, cuando se ha consumido todos los otros medios de los que dispone para invalidar la presunción de paternidad, incluso si él no ha logrado establecer indicios que permitan pensar que la madre ha cohabitado con otros amantes durante el período crítico".

Para estudiar las características antropobiológicas, los científicos acuden a parámetros entre la madre y el hijo, estas mediciones antropobiométricas han de ser extensas y variadas. VILLANUEVA y CASTELLANO manifiestan lo siguiente: es preciso estudiar al menos 100 parámetros examinados en la madre y el hijo, cada uno de estos módulos tiene unas probabilidades de paternidad o no paternidad, de manera que a partir de las mismas, el perito puede establecer su probabilidad en los siguientes grados; imposible, muy probable, improbable, posible, cierta. (21)

La principal dificultad con que nos encontramos, es que el hijo al cual pretendemos impugnar su paternidad para la viable operatividad de este peritaje antropobiométrico debe de contar por lo menos con tres años de edad.

SALMON BONNEROT D., declara: (22)

"El peritaje antropobiométrico no puede ser hecho más que sobre un hijo de tres años y medio,

nos parece grave sobre el plano afectivo esperar tan to tiempo antes de determinar la filiación".

Ya hemos examinado como la jurisprudencia suiza admite la prueba heredobiológica sólo cuando se haya consumido los restantes medios probatorios, es decir, que habrá que recurrir en primer lugar a la prueba de los grupos específicos genéticos. Queremos expresar con ello, que nunca debe procederse a la ad misión de la prueba heredobiológica si no se hubiese llevado a cabo el peritaje de los sistemas genéticos o cuando estos no hubiesen sido suficientes por ej. (10 ó 12), puesto que ha de haberse analizado en el laboratorio por lo menos 25 sistemas genéticos; además ineludiblemente también ha de procederse al exa men del sistema tisular, protéico o enzimático, de suerte que sólo en último lugar utilizaremos el peri taje heredobiológico para resolver las contradicciones.

Imaginemos el siguiente supuesto:

(A) está interesado en impugnar el status matrimonial de (C), al mismo tiempo (D) y (E) están interesados en un futuro reconocimiento de (C). Evi dentemente, el examen pericial eritrocitario, inmuno

lógico o leucocitario, puede desechar inconcusamente a (E) del círculo de las paternidades encausadas, y dejar a (A) y (D) como únicos posibles padres de (C).

Somos de la opinión que una vez llevado a cabo los análisis de los sistemas genéticos, tisulares, enzimáticos, etc. sin que se llegase a una probabilidad altamente suficiente, es cuando resultaría procedente llevar a cabo la prueba heredobiológica.

En este mismo sentido BEITZKE, HOSEMAN, DAHR, SCHADE, (23)

"No sería conveniente colocar o situar el atestado heredobiológico en el comienzo de las investigaciones, otro obstáculo accesorio en este punto es el hecho de que el niño sometido a la prueba pericial ha de tener cuando menos 3 años. Por tanto efectivamente y por regla general el atestado heredobiológico no se puede exigir, sino una vez que se tiene ya delante otras pruebas como son de grupos sanguíneos o de embarazo, no habiendo conducido éstas a un establecimiento definitivo de la paternidad".

Imaginemos que las contradicciones existen debido a unas anomalías cromosómicas, o por ej., como consecuencia de un estudio de las hemoglobinas y mediante métodos electroforésicos se demostrase que existen unas contradicciones complejas, de modo que realmente no resulta tan evidente excluir la paterni

dad de (A). Ante semejante perspectiva, si las partes no propusieron en el período de prueba el peritaje heredobiológico, el juez asesorado pericialmente puede considerar oportuno que se lleve a cabo un nuevo reconocimiento, de manera que puede acordar a través de las diligencias para mejor proveer que se efectúe el peritaje heredobiológico.

El asesoramiento pericial que se le ha provisto al juez, ha podido venir por contuctos oficiales, por un informe del Colegio de médicos. Reparemos en lo que literaliza el art. 631 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el juez a instancia de cualquiera de las partes (luego, nunca él de oficio) podrá solicitar o recabar el informe a la corporación oficial (por ej. especializados en heredobiología).

La doctrina alemana se manifiesta de la siguiente manera, especialmente BEITZKE, ROSEMAN, - SCHADE: (24)

"Si pese a una renovada comprobación ulterior permanecen en pie resultados contradictorios, entonces sólo es posible un esclarecimiento a través de un peritaje omnicomprensivo de conjunto de todas las pruebas. La decisión corresponde a un superperitaje, por otra parte con un peritaje heredobiológico se ésta en condiciones de descubrir una falsa determinación serológica".

Recogemos a continuación unas breves consideraciones sobre el derecho comparado, que con toda la seguridad ilustrarán a nuestro juez cuando tenga que dilucidar su aplicabilidad o no al proceso; - las preguntas más importantes sobre las pruebas heredobiológicas, opinamos que puedan ser las siguientes: ¿cuál es el momento más oportuno de traerlas al proceso?, ¿cuántos encausados son necesarios para qué - la probabilidad de la paternidad sea más fiable?, - ¿cuáles son los rasgos morfológicos hereditarios más peculiares o relevantes, o en cuáles el perito debe recabar su atención para una certera convicción del juez sobre la paternidad?, ¿cuándo se le da más grado de probabilidad a esta prueba?, ¿cuándo resulte - única en el proceso o cuando por el contrario quede complementado por la prueba de los sistemas genéticos?.

Haciendo un acopio de la regulación en el derecho comparado en estas cuestiones, podemos con-cluir en el siguiente comentario que recoge KRAUSE - HARRY. (25)

"Alemania del Este permite el uso de la evidencia antropológica como último recurso, y pri-mordialmente cuando en la evaluación de probabilidad de paternidad hay más que un candidato.

En Polonia se hace uso de una técnica antropológica. De otro lado investigadores daneses

emplean este tipo de investigaciones como complemento a pruebas de sangre inconclusas o no demasiado clarificadoras. Las peculiaridades usadas en esta clase de pruebas, incluyen huellas digitales, así como la palma de la mano, estructura del iris, y algunos otros rasgos fisonómicos. Los investigadores daneses advierten que este tipo de investigaciones no resultan muy esclarecedores es tando solas, pero puede ser de un gran valor acompañadas del resultado de la prueba de sangre. -- Ellos estiman que una investigación antropológica eleva el nivel de información en una probabilidad de un 95%; aproximadamente en más del 80% de los casos en los cuales se ha llevado a cabo dicha investigación".

PRUEBA HEMATOLOGICA-SEROLOGICA

A nuestro parecer es transcendental que reparemos en una cuestión, que si bien a primera vista puede parecer como un formulismo gramatical, tiene por el contrario un interesante basamento - jurídico que es lo que a nosotros nos interesa:

¿Cuál será la fórmula que empleen los jueces magistrados para solicitar los informes periciales biológicos sobre la paternidad?. Pues bien tendremos que diferenciar si lo que buscamos evidentemente es una prueba de exclusión, es decir, si (A) puede o no ser el padre del hijo (C), y -- segundo estudiar la probabilidad que (A) sea el padre de (C).

En este punto es interesante la opinión de Ch. SALMON y D. SALMON: (26)

"Para el primer caso esta demanda de la búsqueda de la exclusión de la paternidad es perfectamente justificada por las reglas de la herencia de los grupos sanguíneos, permitiendo decir si un individuo dado puede ser el padre del hijo, en el segundo lugar es extremadamente justificada en razón del gran número de sistemas genéticos de ahora en adelante disponibles para definir la individualidad biológica".

Antes de pasar a analizar toda la problemática jurídica que puede suscitar estas pruebas hematológicas, conviene reseñar sucintamente como paso previo a ulteriores enjuiciamientos jurídicos, las reglas siguientes:

Para ello desglosamos el criterio biológico de la doctrina científica más representativa como es SALMON BONNEROT: (27)

"Hay exclusión de la paternidad cuando aparece en el hijo determinado por una reacción positiva un alelo ausente a la vez en su madre y en su padre presunto, por ej. si en el sistema ABO los dos padres son O, es decir, de genotipo OO, si el hijo es A; el alelo A no puede provenir ni de la madre ni del padre presunto, y este último es excluido de la paternidad".

Existirá exclusión de la paternidad cuando falte en un hijo un alelo que el padre presunto

debería haberle transmitido, por ej., en el sistema ABO el padre es AB, la madre O, el hijo O, el hijo debería haber recibido sea el alelo A sea el alelo B del padre presunto que es pues el excluído.

En el mismo sentido ratifican VILLANUEVA, CASTELLANO: (28)

"El hijo no puede poseer un carácter que no posea su padre o madre. Un individuo homocigote para un gen dado no puede engendrar ni puede haber sido engendrado por un individuo homocigote para otro gen diferente del mismo locus, esta regla tiene rarísimas excepciones".

De manera que si hemos centrado el análisis del examen pericial y llegado a su objetivo, cual es la exclusión de la paternidad, las reglas mencionadas no deben a nuestro parecer ser valoradas iuris et de iure, sino que por el contrario - una conclusión tan delicada podría venir contrariada por errores técnicos o científicos.

Estimamos que la probabilidad más elevada de exclusión de la paternidad irá en proporción a los medios técnicos aplicados, pues resulta claro que la exclusión efectuada simplemente a través

de pocos sistemas genéticos, restará eficacia a la certeza y a la seguridad en la pretendida exclusión.

La ciencia biológica ha detectado la existencia de un denominado alelo silencioso, así por ej. el tipo BOMBAY del sistema ABO, es un tipo especial pues es negativo para el A, para el B y para el O.

Imaginemos el siguiente supuesto:

(A) impugna su paternidad, (B) ha iniciado un procedimiento de divorcio para posteriormente casarse con (D) que es el padre fisiológico. - Pensemos que dentro del sistema ABO los dos padres son O, cuyo genotipo OO y el hijo resulta A_1 ; como hemos visto con anterioridad, no puede provenir ni de la madre ni del padre presunto, de modo que este último es excluido de su paternidad.

Opinamos que soluciones tan apresuradas no favorecerán la verdad biológica, ni la verdad legal.

Del planteamiento teórico, tenemos que examinar sobre todo las secuelas prácticas, y no

olvidar lo que tantas veces se ha reiterado; la -
certera exclusión de la paternidad dependerá cua-
litativamente de la solvente tecnificación del la
boratorio ad hoc, es decir, del instrumental dis-
ponible y de la especialización de los científicos
que trabajan en aquél (inmuno hematólogos, heredo-
biólogos genetistas, etc.).

En el supuesto aludido concluíamos que la
paternidad del padre legal era altamente probable
por lo cual no excluíamos su paternidad, ¿pero y
si uno de los padres poseía excepcionalmente el fe
notipo BOMBAY de genotipo hh (frecuencia 10, 10^{-6})?.
El sujeto en este caso el padre legal (A) no puede
expresar en su fenotipo el gen A_1 , que existe por
tanto en su genotipo y que ha transmitido al hijo
(C).

Deducimos dos conclusiones: la primera es
que si se actúa de oficio, mucho nos tememos que
por falta no de los peritos idóneos y entendidos,
sino por falta del material de antisueros especí-
ficos que lógicamente encarecerán el coste de las
pruebas biológicas empleadas, no podrá detectarse
la presencia del antígeno en concreto ...

La segunda conclusión es que será necesario que el juez no sólo apruebe la procedencia de tales peritajes médicos, sino que para un convencimiento real deberá asesorarse previamente, por ej. a través del médico forense si las pruebas - que han solicitado las partes tienen o no viabilidad operativa, es decir, puede suceder que no se disponga de un especialista en inmunogenética o - de un equipamiento técnico en el laboratorio que avalase unas conclusiones del 99% ...

Así en el mencionado caso de que el padre fuese portador de un alelo silencioso, contando con los medios idóneos se podrá perfectamente detectar el supuesto de que el padre fuese heterocigote, de modo que sus alelos no apareciesen en el hijo.

Un somero y simplista examen, creemos que podría precipitarse en concluir en el informe pericial la exclusión de la paternidad de (A); en cambio un estudio a fondo con un equipo humano y material científico selecto podría extenderse en examinar a fondo todos los genotipos posibles.

En este sentido Ch. SALMON, D. SALMON - opinan que: (29)

"Un hijo M (homocigote MM) no puede tener por padre un sujeto N (homocigote NN), esta regla no es estricta más que con la condición de haber explorado todas las posibilidades de antisueros raros o de haplotipos raros, así la presencia de un gen raro M podría explicar la anomalía observada aquí, el padre podría ser en efecto NM y el hijo MM y la sola utilización de un reactivo excepcional anti Mg puede detectar este genotipo.

Gracias a los progresos recientes de técnicos de estudio de grupos protéicos, como electroforesis, ponen en evidencia un polimorfismo más refinado, y pueden ser utilizadas en las búsquedas de la paternidad, observándose cifras mucho más importantes.

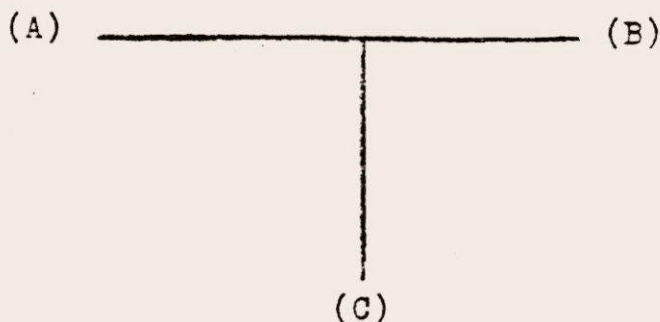
La calidad del examen depende del número de sistemas utilizadas, y entre los que deben ser empleados preferentemente han de contarse los sistemas más poliformes".

¿Cuáles son los errores, y qué consecuencias pueden originar en los peritajes sobre la paternidad?.

La doctrina científica española más representativa, a nuestro juicio, VILLANUEVA, CASTELLANO nos confirman lo más sobresaliente: (30)

"Errores de naturaleza técnica y de naturaleza científica, entre los primeros, el cambio de sangre, cambio de identidades, alteración de reactivos".

¿Cuál debería ser la postura del juez en el siguiente supuesto?.



(A) es portador de un gen silencioso por ej. tipo BOMBAY del sistema ABO. Imaginemos que la madre (B) se le han venido realizando diversas transfusiones sanguíneas llevadas a cabo antes del nacimiento del hijo en el mismo período en que resultó embarazada, y cuando nació (C) a los pocos días también se le efectuaron más transfusiones, es decir, se le inyectaron a la madre proteínas por ej. de gammaglobulina. estas tienen según los expertos un período de existencia en la sangre de corta duración.

En este sentido VILLANUEVA y CASTELLANO
nos aportan el siguiente comentario: (31)

"Las gammaglobulinas presentes en el recién nacido pueden aun proceder de la madre, a lo largo de los primeros meses van desapareciendo estas gammaglobulinas. Por otra parte refiriéndonos a otro -

problema, es el de la edad, si bien es cierto que la mayoría de los grupos sanguíneos se desarrollan completamente durante el período fetal, existen otras - que necesitan un período más largo, por ej. el sistema Lewis se muestra cambiante así un recién nacido - cuyo grupo es Le (a-b-) puede pasar a Le (a+b-) para llegar finalmente a Le (a+b+), no se debe hacer en él una exclusión cuando se ha examinado a un niño menor de dos años".

Pues bien supongamos que el hijo recién - nacido tiene el grupo Le (a-b-), si como hemos constatado científicamente la exclusión debe ser realizada cuando el niño cuente por lo menos con dos años - de edad, si además se hubiese descubierto que el hijo sufría leucemia ello afectará gravemente al sistema Lewis, pues puede éste llegar fácilmente a extinguirse.

Tenemos que llegar a la conclusión, que este peritaje de paternidad tan complicado no es puramente un vulgar producto de laboratorio, pues es racionalmente posible. Encontrará no cabe duda dificultades prácticas en su apreciación judicial, puesto que pericialmente necesitará el concurso de inmunólogos, genetistas, hereditólogos, etc.

Resumamos brevemente los problemas planteados en el supuesto.

En primer lugar, la existencia de genes o alelos silenciosos por parte del marido (presunto padre legal).

En segundo lugar, las transfusiones sanguíneas operadas en la madre, y la inyección de proteínas.

En tercer lugar, el hijo es portador del sistema Lewis complicado con un problema de leucemia.

En cuarto lugar, la madre necesitaba sangre del grupo (B), de suerte que siempre le ha sido proporcionada por un mismo donante (D), si bien es cierto, el marido también era un donante válido para su mujer.

Imaginemos que se diese la casualidad de que los grupos GM proceden de las inyecciones de gammaglobulina del donante (D) y del padre (A) que presentan las mismas características. Si después el padre impugna su paternidad alegando la causa de que su voluntad o consentimiento estaba viciado, y por supuesto lograrse demostrarlo; entonces la actitud procedente será a nuestro modo de ver la siguiente: si del informe pericial subsisten dudas racionales acerca de los errores técnicos o científicos en los peri

tajes sobre la paternidad, son las partes quienes a instancia de los mismos peritos que se encargaron del examen en concreto, y puesto que éstos carecían de los dispositivos técnicos y reactivos necesarios que fundamentasen una alta exclusión o probabilidad de la paternidad (por ej. debido a la falta de un antisuero específico particularísimo para un antígeno determinado, costoso y de rara procedencia que no se dispone en su laboratorio), aconsejasen a las partes que instasen del juez que solicitara un informe pericial, bien al Colegio médico, Corporación oficial, entidad científica privada, o incluso si como en el caso, el antisuero es tan específico y raro, se requiriese la colaboración de algún centro científico europeo especializado en Inmunohematología que disponga de estos materiales ad hoc. Todo ello siguiendo el tenor literal del art. 631 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que posibilita este informe, cuando el dictamen pericial "exige operaciones o conocimientos científicos especiales".

En este sentido conviene que nos remitamos al Consejo de Europa en lo concerniente al intercambio de reactivos para la determinación de grupos tisulares; de manera que el laboratorio productor deberá consignar por escrito todas las operaciones re-

lativas a la producción y al control de los reactivos del grupo sanguíneo. (32)

Además llegamos a la convicción, que cuando como en el supuesto planteado, la complejidad del problema supera los exiguos medios técnicos con que cuentan los servicios forenses que coadyuvan en el asesoramiento pericial del juez supliéndole sus conocimientos biológicos y hematológicos; debería ser el mismo médico forense quien recomendase a aquél el contacto con inmunobiólogos o genetistas que posibilitasen al magistrado de un informe pericial exhaustivo y completo; de tal forma que si las partes solamente hubiesen aportado en el ramo de la prueba pericial los sistemas genéticos, o por ej., del informe pericial con que el juez cuenta se le ha constatado la certeza de la existencia de un excepcional alelo silencioso; la deducción es lógica, nunca podrá evidenciarse una exclusión de la paternidad más que contando con un - especializado y competente departamento de Medicina legal que lleve a cabo los peritajes biológicos con el mismo riesgo de error; de suerte que estos centros obviarán con solvencia los problemas técnicos, por ej. que las muestras de sangre se conserven en buen estado y no expuestas a cualquier contaminación bacteriológica, o que los reactivos utilizables no resulten

vetustos, y que disponga el laboratorio de un muestreo de sistemas genéticos completos y correctos en sus diagnósticos etc.

Es nuestro parecer que si se plantease este supuesto en la realidad, son los peritos de las partes los que en su informe pericial deben concluir en la necesidad de estas técnicas, cuando el peritaje no diese una verosimilitud o alta probabilidad de exclusión de la paternidad; de suerte que el juez haciendo uso de la facultad que le concede el art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil acordase a través de una diligencia para mejor proveer, que se ampliara el peritaje médico en un departamento especializado de Medicina legal altamente cualificado o reconocido científicamente.

En este punto es interesante el comentario de uno de los últimos estudios de la Dra. SALMON, que concluye en la necesidad de que un laboratorio bien equipado cuente como mínimo de 20 a 25 sistemas genéticos, eritrocitarios, leucocitarios (HLA), de proteínas Hp, inmunoglobulinas (Gm) et. Procediendo en primer lugar a los sistemas más eficaces en el diagnóstico de la paternidad, como por ej., el sistema tisular (HLA). (33)

ALELOS SILENCIOSOS Y AMORFOS

Sin intentar examinarlo desde un punto - de vista científico para lo cual recurrimos sucintamente a la definición que da la doctrina biológica competente como SALMON BONNEROT. (34)

"Alelo silencioso es aquél que escapa al examen del inmunogenético, y cuya existencia se descubre inopinadamente cuando el análisis de una familia resiste a las leyes de Mendel. Un alelo amorfo es - aquél que no produce ningún antígeno por ej., O, en el sistema ABO".

A nosotros lo que nos interesa de forma exclusiva es como va a reaccionar nuestro juez que - tiene que fallar un proceso de impugnación de paternidad, cuando del informe pericial quede transcrito la existencia de alelos silenciosos o amorfos ...

Pensamos como solución alternativa, que sería conveniente que vayan anexos a todos los sistemas genéticos utilizados en el diagnóstico de la paternidad, una lista de todos los alelos silenciosos que puedan presentarse en ellos.

Hoy está más que comprobado científicamente que los sistemas genéticos Kell, Duffy, Lutheran,

Kidd, S, Gc, Pac, PGM₁, C₃, H_p, los poseen (es decir, que para la doctrina científica es ya "ley biológica"). A nuestro juicio esto no quiere decir que la lista sea numerus clausus, pues la caracterología genética progresa continuamente, y si todavía no conocemos todos los sistemas genéticos al ser sus descubrimientos incesantes, tampoco resultaría lógico que un informe pericial se le presentase al juez con los sistemas aludidos como los únicos posibles de generar alelos silenciosos, sino que por el contrario su vis atractiva nunca debe ser literalmente tan restrictiva. - Tenemos que concluir afirmando que el desconocimiento genético debe aportar a la discrecional convicción del juez una presunción iuris tantum sobre la existencia de genes silenciosos, y nunca debe cerrarse el cupo de los existentes a los aludidos en el informe pericial.

Un problema que agravará considerablemente las costas procesales podría darse cuando no se dispusiese del reactivo requerido y su adquisición se demorase considerablemente. Reparemos sólo en el supuesto de que debido a los ingentes progresos científicos se ha logrado descubrir un nuevo "marcador genético", pero se ha evidenciado la presencia de un alelo silencioso para este sistema genético, y además tr

davía este descubrimiento no se ha oficializado ...

Si en el sujeto que impugna la paternidad su examen pericial biológico ha manifestado este nuevo sistema genético, de modo que para conocer certeramente su alelo silencioso se necesita un antisuero - que sólo se encuentra en dos o tres laboratorios del mundo, la conclusión que decantamos es que su acceptabilidad judicial sería más que dudosa, puesto que puede pasar que el juez rechace la iniciativa de su adquisición o de su importación del laboratorio extranjero, porque todavía la ciencia oficial no se ha manifestado al respecto sobre este nuevo sistema genético sometido a rigurosa observación, quedando no obstante aquél satisfecho con los informes periciales obtenidos, de suerte que no considere viable encarecer el coste de las periciales con la adquisición del antisuero para exteriorizar el alelo de este sistema genético, estimándolo personalmente superfluo e innecesario para su convicción.

Será razonable pensar que si en la futura práctica judicial se planteasen estos supuestos, creemos que será posible tipificarlo como causa de un recurso extraordinario de la sentencia firme que se hubiese fallado erróneamente, cuando se omite este trans

cendental sistema genético que hubiese biológicamente excluido la paternidad del encausado en su momento, de modo que no se hubiese perjudicado como ahora la firme y consolidada posesión de estado del hijo en las relaciones familiares matrimoniales.

Ar

te

ni

me

ci

de

zo

el

h-

te

es

je

ca

dr

re

cor

tor

per

SISTEMA TISULAR (HLA)

Una prueba definitiva en los peritajes biológicos es la prueba del sistema tisular (HLA). - Ahora bien, confesándonos profanos en la materia no tenemos más remedio que recurrir a la definición que nos dan los expertos científicos, de manera que nada mejor que empezar su estudio reproduciendo su definición que recogemos de uno de los artículos publicados recientemente por DE LORENZO ANTONIO y DE LORENZO JAIME. (35)

"El nuevo test o prueba HLA se centra en el examen o identificación de las marcas genéticas heredadas, situadas en las células blancas, y permite a los investigadores y técnicos de los laboratorios establecer la eventual relación o "lincage" de un hijo con su padre biológico en virtualmente todos los casos. La exclusión de la paternidad en aquellos padres acusados falsamente de serlo por una parte interesada".

La utilización del HLA, su polimorfismo complejo, su detectación por antisueros específicos, todo ello queda reservado a laboratorios de alta competencia y por ende especializados en esas técnicas.

¿Cuándo es conveniente la utilización del HLA?, ya hemos aludido con anterioridad, que su ele-

vado coste y problemas técnicos obligan al perito a llevar a cabo su utilización cuando del examen de los sistemas genéticos no se llegase a una exclusión concluyente, o cuando el juez solicita calcular la probabilidad de paternidad.

Aludamos también, que un informe pericial completo debe ahondar en todas las limitaciones que comporta la práctica del HLA, lo que sin duda coadyuvará en algún grado a plantear reservas críticas en el magistrado.

En este sentido conviene traer a colación el más reciente estudio biológico sobre la investigación de la paternidad publicado últimamente, en concreto el oportuno comentario científico de DEROBERT.
(36)

"En razón de la inmadurez de ciertos antígenos en el nacimiento, el desarrollo del antígeno P₁ puede no madurar hasta los 18 meses y la reactividad del antígeno A₁ puede ser incierta en los tres primeros meses. El estudio de la saliva es a veces limitado en los jovencitos en razón de dificultades de toma".

Lo que a nosotros nos interesa no es la profundización biológica de estos supuestos, sino su valoración y problemática judicial.

El juez no olvidemos su psicología, no está sometido a pruebas tasadas en lo que al reconocimiento pericial se refiere, su máxima de experiencia, la conclusión a las premisas de su valoración silogística en el informe pericial que se le posibilita, es eminentemente discrecional, funciona más con su intuición que con criterios cientifistas.

Puede suceder, y creemos que en la práctica judicial se producirá con frecuencia, la posible contradicción de resultados, es decir, que por ej., la utilización de los sistemas genéticos (15 grupos específicos) provoquen la exclusión, en cambio el empleo del sistema tisular por contra no la excluya.

¿El juez a la hora de su comprensión conviccional, valorará los resultados cuantificada o cualitativamente?, en el ejemplo aludido más arriba de la posible contradicción (hematológica y serológica), ¿cuál será la postura del juez?.

Supongamos, que del análisis del sistema HLA, se hubiese detectado que el hijo ha recibido del padre presunto un determinado antígeno, puesto en evidencia con la utilización de un antisuero importado de un laboratorio extranjero.

Pensamos que sería conveniente para la conclusión o negación de la paternidad, que el perito en su informe expresase con claridad huyendo de toda prolijidad científica, las condiciones en que se ha llevado a cabo el diagnóstico pericial.

No intentamos lo más mínimo entrometernos en un campo del cual no somos especialistas, sólo pretendemos que la convicción del juez sea sopesada en conciencia con todos los elementos de juicio, de forma que así llegue a fundamentar su discrecionalidad con mayor base, para lo cual a nuestro juicio el informe pericial tendrá que recabar la tipicidad de los siguientes extremos.

Cuáles han sido los reactivos y los antisueros utilizados.

Qué peligro puede haber en el caso de que se produzca en los sistemas genéticos un entrecruzamiento o crossingover creando un nuevo haplotipo en el sujeto, ¿cómo puede perjudicar en la conclusión pericial y con qué medios se cuanta para detectarlo?.

¿Cuál es el grado de madurez de los antígenos que se manifiestan en el hijo y su fiabilidad

real en su examen genético?.

¿Qué problemas se pueden presentar cuando los antisueros o reactivos sean raros, complejos, o no sean utilizados corrientemente, qué material o instrumental idóneo se dispone en el laboratorio?, - ¿sobre todo cuando el antisuero específico se halle en un período de investigación, de modo que todavía no se hubiese oficializado su eficacia?, ¿podrá el juez a la hora de dictaminar su fallo excluir una paternidad en estas circunstancias con un valor absoluto?.

¿Cómo se toman las muestras, y qué problemática puede suscitar?.

En este sentido, conviene recoger la opinión de la doctrina científica, para ello concentramos nuestra atención en el comentario de DEROBERT. - (37)

"La utilización del HLA posee un número de problemas propios, la toma debe ser efectuada sobre ACD, la determinación de los fenotipos debe ser efectuada inmediatamente (congelación en nitrógeno líquido), es difícil utilizar el sistema HLA cuando las tomas son efectuadas a distancia".

Creemos que cuando se haya operado un examen biológico con HLA deben abordarse todas estas cuestiones en el informe y darlas cumplida respuesta. Con ello estimamos que el citado peritaje ganaría en verosimilitud y no podría ser tildado de insuficiente, de suerte que sólo así la convicción del juez se vería avalada en un convencimiento objetivo, real, y factible.

Naturalmente el problema tan debatido de si el juez podrá o no actuar de oficio trayendo al proceso cualquier prueba biológica no propuesta por las partes, encuentra en lo comentado más arriba, un claro y definitivo exponente de su aplicación.

Reparemos con brevedad en el ejemplo siguiente: no cabe duda que cuando se opere con el HLA puede darse un problema de recombinación cromosómica, de manera que bien pudiera suceder que un determinado sistema genético no excluyera la paternidad porque se dé el aludido crossing-over.

El problema que examinamos es el siguiente: qué posibilidad puede existir para que de oficio se obligara al padre presunto y a sus ascendientes a someterse a un estudio genético amplio. ¿Puede rehusar el padre legal impugnante de su paternidad a tal

requerimiento?, ¿o los ascendientes de éste a ser parte legitimada pasivamente en el juicio sobre la paternidad?.

Creemos que una negativa ante tal requisito, podrá influir o decantar un juicio a priori en el magistrado en detrimento del padre legal.

A nuestro modo de ver, pensamos que se podrá alegar que razones de orden público están en litigio, y como se trata de acciones constitutivas que tienen por finalidad destruir un status, al tener efectos erga omnes están por encima de cualquier principio dispositivo, de suerte que no puede quedar supeditado totalmente a la autonomía de la voluntad de las partes.

Además una interpretación exegética de la Constitución, puede resultar de imperativa aplicación. Acudamos sino al tenor literal de la primera ley fundamental de nuestro país. (38)

"Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos".

Pues bien, si la protección integral de los hijos, exige el conocimiento exacto de su filiación (matrimonial o extramatrimonial), y si en el supuesto planteado es condición sine qua non el llevar a cabo un examen genotípico no sólo en el padre sino también en el ascendiente de éste, ¿no va a poder ser llamado a la causa éste último como parte en el proceso?, ¿acaso no tiene también un interés legítimo, cuando la aplicación de las pruebas biológicas lleva sen a la ineludible necesidad de tener que efectuar un examen genético amplio, no sólo en el padre sino también de sus ascendientes?.

Estimamos, que no habría grandes problemas, si el padre es quien impugna su paternidad y el heredero por ej., su ascendiente paterno quien se somete de forma voluntaria al peritaje biológico. ¿Pe ro y si es la madre que ejerce la patria potestad - quien en interés del hijo impugna su paternidad?; tal como está redactado el art. 137 C.c., sólo sería demandado el marido de ésta, como parte pasiva principal, pero de ningún modo también el ascendiente de aquél formando un litis consorcio pasivo necesario entre ellos.

¿Entonces, si como en el caso, es necesario un examen del sistema genético en la ascendencia

consanguínea del presunto padre, pero éstos se negasen, cuál será la solución ad hoc?; desde luego desde un punto de vista procesal no se puede conminar al tercero a comparecer forzosamente.

Otra cuestión importante es en qué condiciones el perito puede aconsejar la utilización del sistema tisular. A nuestro juicio dependerá de lo que interese en el caso concreto, pues puede suceder que el juez se manifieste en dos sentidos: bien en el de exclusión de la paternidad, o por el contrario en el de la probabilidad que tiene en el caso concreto el padre legal de ser realmente el padre.

Los especialistas médico legales sólo emplearán este sistema cuando ha fallado la exclusión, o sea porcentualmente inferior al 90%.

En este sentido la doctrina científica - europea; SALMON Ch., SALMON D.: (39)

"Utilizan el HLA en las circunstancias siguientes:

1º Cuando no hay exclusión por los sistemas estudiados.

2º Cuando no hay exclusión más que por un sólo sistema.

3º Cuando la probabilidad de paternidad es inferior a 0,99 o/y la exclusión (su proporción) es inferior a 90.

4º Cuando el magistrado ha pedido medir la probabilidad de paternidad".

Evidentemente uno de los principales impedimentos lo constituye la rigurosa utilización del HLA, puesto que los laboratorios deben ser especializados debiendo contar con una serie de reactivos especiales de elevado coste.

En relación a esta cuestión crematística acerca del precio de la prueba tisular, SALMON BONNE ROT concluye:

"El sistema HLA es costoso, alrededor de 750 F. (franceses) por un trío (padre presunto, madre, hijo)". (40)

Viene a confirmar nuestra afirmación DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME cuando ratifican - que: (41)

"La técnica es compleja, los antisueros se utilizan por duplicado o triplicado, su número es cada vez mayor y algunos son de difícil obtención; - por otra parte, el proceso es largo, ya que necesita muchas horas, y personal especializado".

En otro apartado de su comentario confirman el aspecto de lo elevado del coste del sistema tisular cuando dicen:

"Su puesta en práctica ofrece el inconveniente de necesitar reactivos y sustancias que por su habilidad y debilidad de reacción hacen realmente difícil en determinadas ocasiones la puesta en claro de resultados positivos o negativos; otra por el obstáculo de no poder contar con los grupos existentes y su excasa especificidad, unido a lo costoso de la prueba".

Deducimos pues que la convicción irá en progresión gradual con la probabilidad de la paternidad.

Opinamos que si los sistemas o marcadores genéticos utilizados su resultado fuese sólo del 0,70 ó 0,80%, no sería suficiente, o como explica la doctrina germánica, su verosimilitud no confinaría en la certeza. Nosotros añadiríamos, "suficiente para conformar la convicción judicial"; de suerte que si se ha utilizado el sistema tisular (HLA) pero su probabilidad no supera el 90%, tampoco resultará verosímil a posteriori en la discrecionalidad del juez al fallar la impugnación de la paternidad.

Para un estudio genotípico en la investigación de la paternidad resulta interesante el comen

tario de Ch. SALMON. D. SALMON. (42)

"En la búsqueda de paternidad sería deseable conocer los genotipos HLA de la madre, del hijo, y del padre presunto. Conociendo los antígenos recibidos de su madre por el hijo se puede conocer el haplotipo que él ha recibido de su madre, y de este hecho el otro haplotipo constituido por los otros antígenos debe provenir del padre presunto, por ej., sea un padre presunto A1, 2 B7, 8, una madre A 3 9; B 12, 14, y un hijo de fenotipo A2, 9; b), 14, este hijo - ha recibido de su madre el haplotipo A9, B14 y él debe haber recibido de su padre real el haplotipo A2 - B7".

¿Qué pasaría por ej. si del primer examen pericial ha resultado una exclusión de la paternidad, pero subsisten dudas fundadas por parte de los peritos acerca de la relatividad de estas conclusiones, sugiriéndose la conveniencia de que el magistrado solicite la utilización del peritaje de los grupos tisulares?.

Puede suceder, que el juez manifieste un convencimiento suficiente con las pruebas periciales llevadas a cabo en el proceso, de modo que deseche la pericia del antígeno de histocompatibilidad o prueba tisular HLA, no sólo por móviles de convicción, sino también económicos, pues puede considerar que el examen de esta prueba ocasionará un dispendio superfluo

o quizá según la opinión de sus asesores periciales esta prueba pericial no tiene una seguridad confinante en la certeza o una verosimilitud del 99,9%, sino que en el estadio actual de los conocimientos científicos la transmisión genética de los haplotipos de los padres a los hijos pueden sufrir combinaciones erróneas y formación de desconocidos haplotipos que redundan en detrimento de una veraz exclusión de la paternidad.

En este sentido para huir de toda posible elucubración, recogemos fielmente la opinión de la doctrina científica solvente en este campo, como es la de SALMON Ch., SALMON D. (43)

"Los haplotipos son casi siempre transmitidos tal cual de los padres a los hijos, pero en un pequeño número de casos se puede observar una recombinación que termina en la creación de un nuevo haplotipo, la frecuencia de esta eventualidad es del orden del 1% entre los locus HLA-A y E. El perito debería pues tener en cuenta esta eventualidad, e igualmente la existencia de caracteres blancos todavía no identificados, cuyo conocimiento no constituye ningún obstáculo al análisis genético, sino un factor limitante de las conclusiones, no poniendo en causa su rigor científico".

Otro de los problemas que se pueden presentar es cuál será la reacción que tendría el juez

ante dos informes periciales contradictorios, como - por ej. en el caso hipotético de que en dos laboratorios se hubiese llegado a resultados antagónicos. - Supongamos que en uno se ha utilizado un polimorfismo genético avalado con 20 sistemas de marcadores, - pero se ha omitido el sistema tisular del (HLA) porque se ha detectado un margen de error que podría - provocar falsas recombinaciones en los sistemas genéticos, de suerte que la conclusión de este laboratorio fué la de no dar por excluída la paternidad. En cambio en un segundo laboratorio sólo se detectó la exclusión con el examen (HLA) minimizando la previsibilidad del error de por ej. un 1%, alegándose que - nada influye la presencia de un antígeno determinado en el hijo, cuando se ha demostrado que no es de procedencia paterna ni materna.

Resulta notorio que el juez ante esta discrepancia de peritajes contradictorios podrá adoptar cualquiera de estas tres soluciones:

1º) Rechazar uno y otro informe pericial biológico, y solicitar de nuevo en un laboratorio altamente competente especializado en peritajes de paternidad la realización de un nuevo informe pericial, una vez que se hubiese asesorado que las condiciones

del "utillaje instrumental" del laboratorio (reactivos, antisueros para cada sistema genético, etc.) - fuesen las idóneas. Esto supuesto reiteramos que una vez más deberá utilizarse como mínimo 25 sistemas genéticos, la prueba tisular (HLA), la de los grupos - protéicos, enzimáticos, la prueba heredobiológica, y todo ello cotejado además con un informe seroestadístico.

2º) Aceptar como válido el criterio del primer laboratorio, pues coincidía perfectamente con el acervo restante de todas las pruebas presentadas.

3º) No aceptar como suficiente para su convicción la exclusión operada con el sólo sistema del (HLA), porque el tanto por ciento de los varones excluidos, como el cómputo de probabilidad de paternidad en este caso concreto resulta más bien bajo, - es decir, por debajo de 0,90%, lo que para el juez - constituirá quizá una muestra más que plausible para conformar su convicción en el sentido de no excluir la paternidad del encausado.

En este sentido según la opinión que se dedujo en un Congreso sobre el (HLA): (44)

"En el caso de que en el informe pericial no se incluyese el HLA, la probabilidad de la pater-

nidad no incluyendo el HLA es solamente del 0,83 y la proporción de varones excluidos 0,82, de acuerdo a nuestra experiencia nosotros no consideramos estos valores como altamente suficientes".

Si anteriormente al analizar la prueba antropológica, veíamos que quedaba subordinada a las conclusiones de la prueba hematológica y serológica; ahora tendremos que añadir que si con la prueba hematológica, serológica o tisular se concluyese en una exclusión de la paternidad en un grado del 0,9998, ¿el magistrado deberá rechazar la prueba antropológica por innecesaria?, ¿cuándo será viable la oportunidad de practicar esta prueba?. Pensamos que siempre que el laboratorio no esté especializado o no sea competente para los cometidos periciales que se le encarguen, la pregunta es obvia, ¿cómo puede conocer el juez la competencia y especialización de estos laboratorios ad hoc?

Creemos y esto lo hemos estado analizando durante toda nuestra exposición, y ahora insistimos sobre ello una vez más, que sólo deberán admitirse peritajes sobre la paternidad en laboratorios que por lo menos cuenten como mínimo con 25 marcadores de sistemas genéticos, no sólo eso, sino que además para cada sistema genético deberá contarse con los

antisueros específicos y determinados para cada antígeno, de suerte que cualquier alteración cromosómica o alteración de los alelos silenciosos sean detectados inso iure con un 100% de veracidad, contando claro está con la especialización de inmunogenetistas, inmunohematólogos, bioquímicos especializados en enzimas, especialistas en bioestadística, y disponiendo de la utilización de las más actuales técnicas de electrofocalización y electroforesis. Sólo así entendemos nosotros que si los distintos exámenes genéticos y grupos tisulares excluyesen la paternidad, resultaría absurdo recabar a posteriori una comprobación antropobiológica.

En este sentido la jurisprudencia suiza comenta lo siguiente: (45)

"Cuando una pericial serológica o seroestadística concluye en un grado de probabilidad del 99,8%, a favor o en contra de la paternidad otros medios de prueba particularmente la pericial antropobiológica y heredobiológica resultan superfluas".

Cuando la doctrina, en especial la alemana habla en la ejecución de las pruebas biológicas de una operatividad lege artis, interpretamos que se referirá a cuando la prueba, ej. serológica o tisular

hubiesen sido llevadas a cabo bajo detenido y profundo control de los sistemas genéticos, y además cuando de la confrontación de los resultados de dos o más - laboratorios especializados se hubieren decantado - resultados homónimos.

¿Qué deducimos de todo ello?, primero desde un punto de vista científico , y después desde - nuestra óptica jurídica.

Pues bien, desde el primer enfoque, "la certeza de un resultado" ej. de análisis de cualquier sistema genético, Rheus, Kidd, Duffy, Auberger, MNSS, vendrá dado cuando exista una unanimidad de pareceres de por lo menos tres peritos de laboratorios diferentes (catedráticos de medicina legal) que hubiesen - llegado a las mismas conclusiones. Por supuesto partimos de la base que los distintos laboratorios están equipados con el instrumental técnico capaz de examinar concienzudamente cualquier pericia hematológica, serológica, eritrocitaria o leucocitaria, asimismo - porque se dispone de antisueros y reactivos para ca-da sistema genético de calidad científica comproba-da.

Por otro lado desde una óptica legal, naturalmente esta seguridad en la exclusión o en la al

ta probabilidad de paternidad computada matemáticamente en un 0,99% posibilitará la verosimilitud suficiente para que el juez pueda conformar su ratio decidendi, de suerte que su discreción vendrá avalada por la inconcusidad de los argumentos periciales.

Una vez más las resoluciones de la jurisprudencia helvética nos ilustran al respecto: (46)

"Las propiedades Hp^1 y Hp^2 de las haptoglobulinas son transmitidas con la certeza por dominancia de padres e hijos, según las leyes mendelianas de la herencia. Un peritaje sobre estas propiedades, si ella es ejecutada lege artis, y confirmada por un segundo perito, tiene el valor de un análisis de grupos sanguíneos y por consiguiente se puede excluir la propiedad sobre esta base con una verosimilitud confinante en la certeza".

Lo que estamos analizando es de tal punto interesante, que solventará de seguro cualquier duda seria sobre la paternidad que tenga el juez.

Queremos referirnos a lo siguiente:

Imaginemos el supuesto que la parte demandante propone en la práctica de la prueba la prueba tisular (HLA), y la parte demandada rechaza esta prueba biológica aludiendo que esta pericia basada en un polimorfismo genético es tan compleja, que en el es-

tado actual de los conocimientos científicos no existe unanimidad sobre los resultados probatorios de la misma. Si el juez admite sin embargo la práctica de dicho peritaje, las dudas serias sobre la paternidad podrán venir por lo siguiente: debido a la presumible desavenencia de pareceres en el informe pericial, como existe discordia, siguiendo el tenor literal de la Ley de Enjuiciamiento civil: (47)

"Se pondrán por separado tantas declaraciones o dictámenes o escritos cuantos sean los pareceres".

Supongamos que los peritos (catedráticos de Medicina legal) son tres, dos de ellos han aseverado y concluido que no han excluido la paternidad - porque no se han podido contar con los reactivos capaces de desarrollar un antígeno determinado, reparemos por ej., que la reactividad del antígeno A₁, puede ser incierta en los tres primeros meses; en conclusión no pueden excluir la paternidad del impugnante, porque no han podido profundizar en todas las presuntas limitaciones y contradicciones de los sistemas genéticos y en concreto del HLA, o bien porque en su informe los dos peritos aludidos que están adscritos al Centro Hospitalario y a la Cátedra de Medicina legal, no han observado estas deficiencias, así por ej.,

un presumible alelo silencioso ej. tipo BOMBAY en el sistema genético ABO ...

Por otra parte en cambio el tercer perito (también catedrático de Medicina legal), ha concluido en un resultado totalmente contrario, asegurando con una probabilidad estadística del 0,998 la exclusión de la paternidad del encausado.

Supongamos que dos de los tres peritos - que forman parte de la cátedra de Medicina legal de la Universidad han llevado a cabo sus exámenes en el laboratorio ad hoc de dicho centro universitario; mientras que los resultados contradictorios del tercer perito, han sido obtenidos en un centro clínico particular especializado en inmunohematología e inmunogénica.

Lógicamente el juez se encontrará en la contradicción de no saber hacia que verdad decantarse, o bien a la verdad oficializada del centro hospitalario dependiente de la Universidad, (más concretamente del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social), o por otra parte a la verdad oficiosa llevada a cabo en un Centro privado, contradictorio en sus resultados a aquélla.

Creemos que el magistrado se hallará en la paradógica situación de no poder actuar de oficio para requerir un informe al Colegio de Médicos, cuando como en el caso la pericia biológica exige conocimientos científicos especiales, puesto que esta vía le queda vedada según la literalidad del art. 631 Ley de Enjuiciamiento civil, del cual se colige que el juez no puede actuar discrecionalmente ...

La única salida que le quedará al magistrado, será quizá recurrir a la diligencia para mejor proveer para que se lleve a cabo otro examen, con otros peritos de su elección, que o bien pueden ser los mismos, o por el contrario otros especialistas de reconocida solvencia en el campo de la impugnación; de esta forma podrá perfectamente suceder que los resultados obtenidos por estos nuevos peritos resultasen coincidentes por ej. con los del tercero de los peritos anteriores, supuesto este juicio. quizá el mismo proveerá al juez de una seguridad suficiente como para conformar su convicción o discrecionalidad judicial.

Ahora bien no tendremos que olvidar que actuar de esta manera encarecerá el coste de las pruebas biológicas de forma desmesurada (alrededor de -

unas 200.000 ptas.). Puesto que un presupuesto de honorarios médicos de investigación de la paternidad en sistemas de grupos sanguíneos eritrocitarios, de proteínas G-c, del sistema antigénico HLA con doble determinación y en cada una de las tres personas implicadas (hijo, madre, presunto padre), cuesta o supera mejor dicho las 100.000 ptas.; si esto lo multiplicamos por dos, si hubiera tenido que repetirse por otros nuevos peritos, y seguramente fuera del distrito judicial con todos los problemas que la distancia pueda originar, como por ej., en el sistema tisular (HLA) donde las muestras de sangre tienen que ser de forma obligada recientes, la conclusión será el encarecimiento del peritaje biológico.

Queda claro que la comparación producida en dos laboratorios especializados de reconocida solvencia y competencia será más que suficiente para - que el juez decante su convicción certeramente cuando tenga que fallar el supuesto impugnatorio.

De nuevo las sentencias suizas nos sirven de fiel soporte a nuestra explicación. (48)

"En el caso, el análisis ha sido ejecutado por una persona especializada y según las reglas del arte, su conclusión ha sido confirmada por un es

pecialista que ha utilizado un suero de otra prove - niencia".

Realmente algo que nos parece del todo - punto transcendental en orden al grado de verosimili - tud que el perito debe aportar para una convicción - judicial; será que si las conclusiones de su diagnós - tico de paternidad concluyen en una "no exclusión" de la misma, o su probabilidad es más bien baja, deberá expresar aquél en el citado peritaje, si sus dudas - provienen de conclusiones técnicas, por ej., (insufi - ciencia de marcadores genéticos, antisueros, etc.), o por el contrario sus dudas son de orden científico.

Naturalmente no cabe duda que si bien en los dos supuestos se ha llegado a una misma conclusión, cual es la no exclusión del impugnante de la paternidad, el grado de verosimilitud o de certeza que el - juez tendrá no será el mismo en uno u otro caso; de manera que de ello se infiere la importancia de un - correcto informe pericial, desglosando necesariamen - te el error técnico del error científico.

De modo que si se elude en el informe que la no exclusión se debe más que nada a la insuficien - cia técnica incapaz de detectar en un examen genéti - co determinado los alelos silenciosos, los cuales no

se manifiestan en el hijo más que si aplicamos correctamente el antisuero exigido para ese antígeno, y además se ha omitido en el dictamen pericial la existencia de este haplotipo silencioso; si el perito negligentemente ha desoido en su peritaje estas circunstancias dándose por convencido con los resultados obtenidos que excluyen la paternidad, entonces irremisiblemente el juez fallará con iniquidad al tener viciada su convicción fundada en unas conclusiones periciales erróneas.

A sensu contrario la descripción minuciosa en el informe de todas las posibles limitaciones o defectos, y el sistema de correctivos empleados para subsanarlo, permitirá al juez valorar justa y verazmente su ratio decidendi.

Cerrando el capítulo de remisiones a la jurisprudencia helvética, en otra de sus sentencias concluye. (49)

"En el caso, el perito con pleno conocimiento de la causa y fundándose sobre el examen del factor Duffy, se ha limitado a constatar que el demandado no era con toda verosimilitud el padre, su conclusión reposa más sobre las dificultades técnicas de la determinación del factor, que en un incumplimiento de las reglas de la herencia. El examen del factor Duffy no ha provisto pues en el caso una prueba idónea".

Una visión comparada en las distintas legislaciones europeas sobre la prueba pericial sanguínea, serológica y seroestadística, nos lleva a la siguiente conclusión: en los países anglosajones la importancia del informe pericial es más relevante en la convicción del juez, de suerte que a pesar de la infundada negativa en el examen biológico, aquél puede deducir "prueba en contrario". Los países escandinavos manifiestan en nuestra opinión el punto más álgido de la evolución, dada la necesaria e ineludible interconexión que llevan a cabo los centros hospitalarios o laboratorios altamente especializados y los tribunales, todo ello en pro de una cada vez más creciente aceptación de los peritajes biológicos en los procesos de paternidad, lo cual será posible gracias a la óptima cualificación científica de estos laboratorios centralizados en las grandes ciudades.

(50)

PRUEBA POSITIVA DE LA PATERNIDAD
(PRUEBA SEROESTADISTICA)

La combinación de los fenotipos de la madre y del hijo, viene a manifestarnos cuántos hombres de la población pueden ser excluidos de la paternidad, cuando ellos son acusados de ser el padre del hijo al que se impugna su status matrimonial.

En este sentido la metodología utilizada por SALMON BONNEROT, es la siguiente: (51)

"Dos métodos se muestran eficaces:

1º) La proporción de sujetos de la población excluidos de la paternidad por los fenotipos de la madre y del hijo.

2º) La probabilidad a posteriori de paternidad, calculada según un proceso bayesiano partiendo de una probabilidad a priori de 0,50"

Lo que nos interesa a nosotros, es el valor que como prueba positiva de la paternidad aportará en la convicción judicial.

¿Cuándo, como dice la doctrina germánica, tendrá esta prueba una probabilidad confinante en la certeza?. Porcentualmente hablando estimamos que un 99,80% sería el que decantaría su exclusión o su probanza absoluta con visos de una suficiencia más que concluyente. Sin embargo el perito debe de haber evidenciado esta conclusión también a través de otros - sistemas sanguíneos (serológicos o eritrocitarios, - etc.) con resultados homólogos; de suerte que los mismos viniesen reforzados finalmente por un estudio estadístico que confirmase la proporción de exclusión.

Un reciente artículo publicado sobre esta temática por los Dres. SALMON D., SEGER J. y SALMON Ch., son de la opinión que: (52)

"La proporción de exclusión para un par dado -madre, hijo- es la proporción de varones excluídos de la paternidad de este hijo de una madre conocida, y puede ser calculada comparando los fenotipos del hijo y de la madre y las frecuencias de los genes de la población; su valor esperado en la población es igual a la probabilidad de exclusión que expresa una capacitabilidad del laboratorio para la exclusión de la paternidad de padres no biológicos".

¿Pero esto significa que le quedará vedada a la parte demandada la oposición de pruebas, por ej., heredobiológicas u antropológicas?, ¿qué pasará si los resultados de éstas fuesen contradictorios a los métodos estadísticos?, ¿cuál de dichas pruebas tendrá un valor probatorio superior?.

En este sentido la jurisprudencia germánica, una vez más es fiel exponente en este tipo de dudas jurídico-biológicas. (53)

"Es preciso, pues, reconocer a la prueba pericial seroestadística que concluye en la exclusión de la paternidad del demandado, una fuerza probatoria superior a la de una pericial antropológica y heredobiológica que termina en conclusiones onuestas, incluso se dará preferencia a una pericial seroestadística que afirme la paternidad del demandado con un grado de probabilidad del 99,8%, o más sobre una pericial antropológica y heredobiológica que termine en una conclusión contraria con el mismo grado de probabilidad".

Naturalmente para llegar a estos resultados se necesitará la colaboración interdisciplinar de especialistas genéticos, inmunohematólogos, y expertos estadísticos. ¿Pero qué ocurrirá, si se confirmase una contradicción entre la prueba de grupos sanguíneos (ej. grupos eritrocitarios), vis a vis, otros sistemas genéticos, y frente a la prueba heredobiológica?.

Es decir puede suceder que en un primer estadio, al realizarse las primeras pruebas biológicas no se hubiesen tomado en cuenta determinados grupos específicos modernos, ya que aunque estaban descubiertos necesitaban de un reconocimiento ad hoc, - lo cual les otorgaba sólo de hecho un valor oficioso; de modo que había que esperar un significativo y prudencial tiempo de confirmación oficial. En cambio - imaginemos que en un segundo peritaje sanguíneo se - hubiese tenido en cuenta aquéllos, de manera que ello indicara inexorablemente una contradicción entre ambos peritajes. Si el juez admitiese para dilucidar este problema pericial contradictorio una prueba heredobiológica, y ésta llegase a la exclusión serológica o hematológica de la paternidad, pero a sensu contrario una prueba seroestadística llevada a cabo por genetistas y expertos estadísticos concluyese en una probabilidad no muy alta, ¿cuál de las dos pruebas, la heredobiológica o la seroestadística influirá en la convicción del juez más decisivamente?.

A nuestro juicio estimamos, que se deberá ponderar en buena medida el rigor metodológico empleado por los peritos encargados del estudio biostatístico. Resultaría interesante formar una comisión de investigación médico legal, con la finalidad de detectar las posibles malformaciones en los reacti

vos, quizá provocados por una deficiente inmunidad, evaluándose asimismo el acervo de conocimientos especializados en los responsables encargados de los estudios genéticos o bioestadísticos.

La conclusión es obvia, una rigurosa dotación de los equipos médico legales y de los laboratorios técnica y humanamente especializados, favorecerá a posteriori la investigación de la paternidad con un alto grado de probabilidad o de exclusión, todo lo cual coadyuvará de modo imperativo a que la convicción del juez se viese orientada por dichas conclusiones periciales.

Interesante resulta la explicación que - BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, manifiestan de estas pruebas: (54)

"Igual que la demostración antropológica, heredobiológica, también la prueba seroestadística es polisintomática, puede reforzar el argumento negativo de paternidad o por lo menos fundamentar serias dudas, pero inversamente puede dar indicios positivos esenciales de paternidad y hacerlos probables en evidente medida".

Resulta evidente que la credibilidad de la exclusión y de la probabilidad dependerá de la calidad técnica y humana del laboratorio ad hoc, pues

no se le puede conferir el mismo grado de verosimilitud excluyente de paternidad a un centro médico legal que disponga de mínimos sistemas genéticos, que a otro que pueda duplicarle en medios instrumentales - e incluso hasta medios cibernéticos, dispositivos informáticos, ordenadores, etc.

Queda fuera de toda duda, y no es un criterio de demagogia fácil sino un hecho avalado y constatado fehacientemente, que el uso del ordenador para la correcta lectura sobre las conclusiones de los sistemas genéticos llevados a cabo en los laboratorios especializados ex profeso, contribuirá con su tecnicismo a dar mayor seguridad (con un margen de error inapreciable), concluyendo con unos resultados sobre la exclusión de la paternidad, de un 99% de seguridad y certeza.

Naturalmente en el estadio actual de los conocimientos científicos, un laboratorio competente y altamente especializado en la investigación de la paternidad deberá contar imprescindiblemente con la ayuda de la informática, de suerte que será una prueba a la cual habría que darle valor de medio ordinario en la convicción judicial.

Ratifica estas líneas el razonamiento -
análogo de SALMON BONNEROT. (55)

"El uso del ordenador es habitual para -
realizar programas específicos destinados a resolver
problemas bien determinados. La conjunción de estos
dos hechos entrañará naturalmente para los bancos de
sangre y los genetistas la escritura de programas des-
tinados a describir y administrar los grupos sangui-
neos de ciertos centros de datos. Poco a poco se aña-
de al programa ABO, los programas describen y adminis-
tran el sistema Rh, MN, a todo el conjunto de siste-
mas de marcadores conocidos poliformes".

Naturalmente las limitaciones y proble-
mas en la valoración de las pruebas seroestadísticas
pueden originar también errores que el perito (exper-
to estadístico) deberá considerar en su lectura de -
programas de sistemas genéticos; de manera que es lo
mismo que ocurriría cuando hablábamos de la exclusión
de la paternidad, y más concretamente de los problemas
de los alelos silenciosos, o del problema del "cross
ing over" ...

Esto supuesto, si como dicen los expertos,
la curva de P' deberá de ir por encima de la curva -
Pex cuando se confirma la no exclusión de la paterni-
dad, podrá ocurrir que una falsa exclusión devenga a
posteriori en una probabilidad muy alta de paternidad
(56). (Ver gráfica explicativa en la cita). Es ob-

vio que si se ha omitido un examen a fondo de estas divergencias o anomalías, ello conducirá irremisiblemente a un informe pericial erróneo ...

¿Cómo podrán solventarse estos errores?. Pensamos que en primer lugar habrá de examinarse a fondo como mínimo 25 sistemas genéticos, (grupos eritrocitarios, tisulares, etc.), y conocer con seguridad técnica las posibilidades de presumible formación de alelos silenciosos para cada sistema genético determinado, como asimismo, concediendo mucha más relevancia en el informe pericial a la probabilidad o exclusión de la paternidad operada con el (HLA), que a las conclusiones decantadas con cualquier otro sistema genético

Reparemos en la circunstancia que del examen de 20 sistemas genéticos no se hubiese llegado a una conclusión de la paternidad con un 0,9993%, y tampoco a una probabilidad alta, puesto que en este peritaje no se tuvo en cuenta el sistema tisular (HLA); sin embargo considerándole incluído manifiesta una alta exclusión de la paternidad, y una probabilidad de paternidad muy baja del padre presunto en relación con los fenotipos de la madre y del hijo, o para seguir

el organigrama gráfico, la curva de probabilidad está por debajo de la exclusión de la paternidad

Creemos por todo ello que le va a resultar complicado al juez que falle el supuesto, decantar cabalmente su convicción si del informe pericial no ha quedado perfectamente estereotipado en qué condiciones y con qué elementos se ha llevado a cabo la exclusión o probabilidad de la paternidad.

La problemática puede devenir tan complicada, que reparemos sólo en el supuesto de que en un sistema genético de los examinados no se hubiese detectado la posibilidad de un gen o alelo silencioso, lo cual se traduciría en una falsa exclusión, y paradójicamente en una probabilidad muy alta de paternidad del encausado. A estos hechos comprobados, podía añadirse que al examinar el sistema tisular HLA se hubiese omitido la presencia de una recombinación cromosómica que forma un haplotipo diferente del que tendría que recibir el hijo. La consecuencia jurídica es que el diagnóstico biológico de la paternidad reflejará una falsa exclusión de la paternidad, lo que conformará en el juez una convicción errónea en su valoración discrecional de la paternidad. Es más, - creemos que quizá podrá rechazar cualquier otro peritaje por innecesario (ej. el heredobiológico), puesto

que puede considerar que queda suficientemente conven
cido con los resultados de aquellas pruebas hematoló
gicas y tisulares, porque le han asesorado que dichas
pruebas específicas genéticas tienen una prioridad -
y jerarquía superior a la heredobiológica

También puede ocurrir que los resultados
comparativos de la prueba de los sistemas genéticos
y la prueba heredobiológica solicitada por la parte
demandada hubiesen coincidido en sus conclusiones; pe
ro sin embargo cotejando la prueba tisular (HLA) con
la prueba antropológica se constatase que la prueba
tisular diese unos resultados nada similares con aqué
lla. Quizá fuera debido esta discordancia a que se
hubiese omitido la presencia en los grupos tisulares
de cualquier deformación cromosómica o algún gen si-
lencioso, consecuencia hipotética de que no se conta
ba con los antisueros específicos, o porque el perito
en su informe había prescindido de esta contingencia
genética, de suerte que en el epílogo del informe ma
nifestase al juez que en el estado actual de los co-
nocimientos científicos por encima de cualquier otra
prueba de los sistemas genéticos o prueba heredobio-
lógica, la prueba tisular tendrá que dársele una prio
ridad relevante y superior a cualquier otra ...

La respuesta legal, será que el juez avalará su discrecionalidad y su sana crítica confiando en los razonamientos del perito.

Como corolario concluyente de lo dicho, para evitar en lo posible el error en el cálculo y - en el análisis genético, se hace necesario la utilización de un amplio polimorfismo genético en el laboratorio ad hoc, contando asimismo con la participación de especialistas en seroestadística, como asimismo la obligación de disponer de un sistema de ordenadores para la correcta lectura de programas en cada sistema genético ...

En este sentido conviene resaltar la opinión de la doctrina científica: (57)

"Sería prácticamente insuficiente realizar simplemente el examen del sistema ABO, del sistema Rh, del sistema MNSs y decir que no hay exclusión. A condición de utilizar un gran número de sistemas - polimórficos y confrontar la probabilidad de paternidad así obtenida en la proporción de exclusión, la medida de probabilidad es perfectamente fiable y la experiencia nos muestra que aquélla es generalmente superior a 0,99% (92% de los casos) y superior a 0,999% (83% de los casos)".

Lo que resulta claro en la prueba positiva de la paternidad, es que a través de los fenotipos

de la madre y del hijo, se puede calcular la proporción de hombres que puedan excluirse de ser los padres fisiológicos o reales del hijo.

En este sentido SALMON - BROCTEUR opinan:

(58)

"En la diagnosis de la paternidad por marcadores significativos polimórficos, la proporción de hombres excluidos sobre la base de los fenotipos de la madre y del hijo es el mejor índice para una información controlada".

Imaginemos el siguiente supuesto:

El hijo (C) impugna la paternidad, el demandado legitimado pasivamente es el padre legal que en un primer examen serológico no ha excluido su paternidad, pero posteriormente la aplicación de las pruebas seroestadísticas probabiliza su paternidad hasta un 97%.

Pues bien, si consideramos que nuestros magistrados van a computar bajo parámetros o baremos homologables a los de sus homónimos los magistrados germánicos la probabilidad de paternidad, conviene traer a colación entonces lo que ha dispuesto la jurisprudencia germánica: (59)

"Por encima del límite del 99% las indicaciones en favor de la paternidad de un hombre son tan abundantes que la pericial heredobiológica no puede aportar prueba en contrario. Entre 97 y 99% se debería como regla general dejar al juez apreciar la necesidad de una pericial heredobiológica, por debajo del límite del 97% la pericial heredobiológica es necesario para dilucidar de una forma segura la cuestión de la paternidad".

¿Tenemos que entender que el peritaje heredobiológico dependerá del grado de probabilidad alcanzado por la prueba positiva de paternidad, o por el contrario dependerá del grado de certeza de las otras pruebas aportadas al proceso?.

En este sentido conviene que recojamos la opinión de GLEBER: (60)

"Una parte de la doctrina recomienda evaluar más o menos estrictamente el grado de seguridad del peritaje, según los otros hechos ya establecidos por las partes, así, cuando las relaciones sexuales son ciertas, es preciso exigir el más alto grado de probabilidad para excluir la paternidad. Inversamente los tribunales pueden mostrarse menos exigentes - cuando todos los amantes de la madre son conocidos y pueden ser examinados".

No resulta una pura elucubración teórica, todos los informes periciales deberían contener expresamente en su diagnóstico de la paternidad, el tanto

por ciento requerible bien sea para la probabilidad de la paternidad, bien para la exclusión de la misma.

Somos de la opinión que una labor constructiva en aras de la discrecionalidad judicial, tendría que exigir que todos los laboratorios especializados unificasen sus criterios a la hora de las cifras estadísticas exigidas. Esto supondría una importancia capital en el momento que la contradicción de valoraciones estadísticas provocase confusiones; es decir, supongamos que el laboratorio (z) considerase como valor alto de probabilidad a partir del 0,95%, y en su secuencia general del examen genético para la exclusión de la paternidad también 0,95, en cambio el laboratorio (x) exige un valor más alto para la probabilidad y exclusión de la paternidad

En nuestro juicio estas irregularidades sólo provocarán desconfianza y reticencia judicial, al observarse que la opinión científica no es unánime. Imaginemos que se hubiese tenido que recurrir a dos laboratorios para la clarificación del peritaje solicitado, ¿no podría concluir el juez que como existía una dispersión y desavenencia en los criterios, no otorgará a dichas pruebas valor absoluto ni tampoco autenticidad suficiente como para conformar de plano su convencimiento?.

Todo lo contrario sucederá si la unificación fuese real, y cualquier laboratorio especializado contase con la homogeneización estadística a la hora de parametrar las posibilidades y exclusión de la paternidad.

En este sentido, SONDERDRUK: (61)

"De toda nuestra experiencia, nosotros de finimos el criterio siguiente en favor de la paternidad de un padre presunto.

Valor alto de probabilidad P' (probabilidad posterior de paternidad del padre presunto o supuesto 0,983 en nuestro protocolo de examen).

Valor alto del Pex (proporción de varones excluidos 0,98 en nuestro protocolo de examen). A sen- su contrario no son criterios en favor de la paternidad del padre presunto $P' < 0,99$, $Pex < 0,95$ ".

Según estas consideraciones si el departamento de Medicina legal encargado del examen de la investigación de la paternidad hubiese utilizado por ejemplo 25 sistemas genéticos, y al mismo tiempo lle- vado a cabo la prueba seroestadística para confrontar los resultados obtenidos con ésta dando una probabilidad del 97% en la presunción de paternidad del encau- sado. La conclusión será: que la confirmación de la prueba positiva devendrá como factor concluyente ante el arbitrio judicial.

Ahora bien, dependerá en última instancia del arbitrio judicial el que el magistrado juez ordene o no la pericial heredobiológica, no obstante - podría suceder que aun siendo la probabilidad obtenida de un valor inferior al 97% (ej. 93%) la considerase suficiente, o por el contrario la rechazase en uno o tro caso, porque hubiese sido asesorado pericialmente sobre su complejidad genética, de suerte que en el estadio actual de los conocimientos genéticos no resultase aún valor de prueba absoluta.

Lo que si es cierto, es que si fuese examinada aisladamente la prueba seroestadística sin ninguna confrontación con las pruebas de los sistemas - genéticos empleados resultará aquélla insuficiente.

También se nos podrá objetar que el juez es un profano, un neófito en bioestadística ...

Por ello somos de la opinión que nunca la prueba positiva podrá llegar a ser una presunción iuris et de iure de veracidad y certeza, sino por el contrario en todo caso presunción iuris tantum, ¿por qué?, por una sencilla razón que al juez no tendrá que escapársele nunca, y es que la convicción siempre deberá ir ineluctablemente unida a la cualificación de los medios técnicos empleados.

Imaginemos el siguiente supuesto:

Se da por muy probable la paternidad de (A) con un 0,98%, pero sólo se han empleado determinados grupos específicos de sistemas genéticos. Es obvio, que el juez lo primero que deberá hacer es cerciorarse y preguntar al perito médico legal dónde se ha llevado a cabo el peritaje bioestadístico, bajo qué condiciones, y cómo se han examinado los fenotipos de la madre y del hijo

En este sentido SALMON - SEGER concluyen en la siguiente afirmación: (62)

"En el presente, la paternidad puede ser excluida cuando hay una clara incompatibilidad entre los fenotipos sanguíneos del presunto padre y aqué-llos del hijo y de su madre. La importancia de estos estudios de determinación de la paternidad es doble: 1º) algunas ciudades europeas requieren testimonios de paternidad para propuestas forenses. 2º) los estudios genéticos requieren una determinación definida de la paternidad".

También es necesario asesorarse de si se trabaja en el laboratorio con suficientes sistemas genéticos, tiene que haber como mínimo 25, de tal suerte que si se utilizasen menos, el juez nunca tendría que dar por válidos esos índices de paternidad, de modo que el informe pericial carecería en nuestra opi

nión de una convicción persuasiva en el arbitrio judicial.

La problemática surge pues, en la configuración porcentual del índice válido de paternidad y de los sistemas empleados en el laboratorio.

En este sentido (de una muestra de 48 tríos padre presunto, madre e hijo), la doctrina científica europea en concreto SALMON PONNEROT sugiere lo siguiente: (63)

"Nosotros proponemos que el juicio dado sobre el valor de la probabilidad a posteriori de la paternidad según una sentencia de exámenes practicados sea válido por la proporción de sujetos excluidos, una probabilidad de paternidad no es un índice válido más que si el 85 o 90% de los sujetos de la población son excluidos de la paternidad por el doble fenotipo madre e hijo".

Es un problema sometido al libre arbitrio y discrecional convencimiento judicial, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto que el magistrado deberá ponderar equitativamente; de manera que no existen criterios químicamente puros, sino que su cabal ratio decidendi decantará individualmente en cada supuesto de hecho las consideraciones periciales que deban de llevarse a cabo. Así por ejemplo, si la

mujer había cohabitado en el período de la concepción con otros hombres, o el marido estaba declarado ausente, o existía comprobación fehaciente de la falsificación de documentos (ej., cartilla de embarazo, etc.).

Pensamos que el problema de la prueba seroestadística se complicará cuando las frecuencias génicas de los grupos sanguíneos que se tomasen de la población, registrasen un alto índice de cosmopolitismo étnico que pudiese enturbiar las conclusiones seroestadísticas efectuadas, de modo que no será lo mismo llevarlo a cabo en el País Vasco que en el Principado de Asturias, o en Andalucía ...

Por lo tanto, la aplicación bioestadística de la prueba positiva de paternidad necesitará para su operatividad real de un alto grado de homogeneidad geofísica en la etnia de la población.

Según explica BENCIOLINI y CORTIVO. (64)

"El recurso a las fórmulas bioestadísticas puede ser considerado sólo válido en países donde existe una cierta homogeneidad étnica, opinando - que no era consentida para un país como Italia, en el que existe una notable heterogeneidad étnica".

Somos del parecer siguiente: si ya las pruebas serológicas excluyeron la paternidad, una con

tradición seroestadística nunca podrá ir en detrimento de la primera, pues siempre le cabe al juez la posibilidad de solicitar desde un examen eritrocitario y tisular, o protéico, hasta terminar para decantar fielmente su convicción con toda seguridad en un peritaje hereditológico (a través de las diligencias para mejor proveer).

Quizá la reticencia de los jueces a las estadísticas, a las probabilidades matemáticas le pudiera provocar una cierta desconfianza, si pensase - que las acciones constitutivas de estado, como resulta ser la acción de impugnación de la paternidad, no puede verse sometida de forma unilateral al peso concluyente de los parámetros estadísticos, que no son nunca prueba en el sentido literal de la palabra, en todo caso "probabilidad muy alta en la presunción de veracidad", puesto que sino sucumbiríamos en el craso error de endosar paternidades presuntas a cualquier ciudadano sometido al organigrama de la prueba positiva de la paternidad.

En este sentido, apoyamos la afirmación de SALMON Ch., SALMON D. (65)

"La prueba positiva de paternidad no puede ser realmente una prueba sino una probabilidad muy elevada de esta paternidad, por razones de orden teórico esta probabilidad no puede llegar a la certeza, esto implicaría de hecho que el padre presunto sea el único hombre de la población examinada".

No queremos decir con esto, que el juez hubiese de sustraerse de plano a la aplicación de estas pruebas bioestadísticas, a pesar de que nunca resultarán por si solas pruebas excluyentes y concluyentes per se, no obstante siempre serán de una utilidad ineludible para conformar un criterio judicial endeble, de forma que con su apoyo se podrá exigir una revisión pericial más completa.

A nuestro juicio, si un primer examen hematológico realizado por un laboratorio que contaba sólo con una viabilidad operativa de 12 sistemas genéticos ha dado como respuesta la exclusión de la paternidad; una excelente medida para considerar la insuficiencia cualificativa de estas conclusiones periciales suscitando la "duda racional" en el juzgador, bien podría ser, pensamos nosotros, la de la prueba seroestadística practicada por otro laboratorio especializado en ordenadores y material "ex profeso" para la lectura de programas de sistemas genéticos, pudiendo resultar que esas computaciones bioestadísticas

avalasen por el contrario una probabilidad muy alta de paternidad.

En nuestra opinión, si el padre que impugna su paternidad no hubiese sido excluído inmunológicamente, y a sensu contrario su probabilidad fuese alta, el juez para un convencimiento real no podrá inhibirse y dar por buenos los resultados positivos de la probabilidad, si antes no se hubiese agotado el empleo de las pruebas eritrocitarias, leucocitarias, protéicas o enzimáticas, de suerte que quizá presumiblemente se confirmase con ellas la exclusión del padre legal con una baja probabilidad de paternidad en este sujeto, ratificando estos criterios la prueba seroestadística o prueba positiva de la paternidad.

De tal manera que, cuando el padre presunto diese un alto índice de probabilidad de ser el padre real; lo que concluirá a dar el espaldarazo definitivo a las conclusiones deducidas de los sistemas genéticos empleados, será precisamente las conclusiones estadísticas.

Contundente resulta SALMON BONNEROT cuando afirma: (66)

"Cuando el padre presunto es muy probablemente el padre, se emplea estas fórmulas para comprensión del magistrado:

1º) 99,49% de los hombres de la población son excluidos de la paternidad vis a vis frente al hijo T.M. CIX, no es excluido de la paternidad, él pertenece al 0,51% de hombres no excluidos.

2º) Admitiendo antes de todo examen que MCIX tiene una suerte sobre dos, probabilidad a priori de paternidad = 0,50% de ser el padre del hijo, el examen de los fenotipos sanguíneos de la madre del hijo y del MCIX muestra que él tiene un 99,95 sobre 100 de ser el padre".

Hemos analizado el supuesto de la convicción siempre libérrima y no sometida a cauces tasados para el juez, incluso cuando hubiese admitido la prueba seroestadística. Asimismo, se ha examinado la inexcusable relación que tiene que existir entre el departamento de Medicina legal (órgano encargado del peritaje biológico estadístico) y el organismo judicial. Pero en todo ello existe un trasfondo que no podemos ignorar, y es que la fiabilidad de la prueba influirá en la discrecionalidad del juez, de modo que ésta ha de ir unida inexorablemente a la calidad de los medios instrumentales disponibles en el laboratorio, adminículos imprescindibles para decantar soluciones inconcusas en los peritajes sobre paternidad.

Otro aspecto que tenemos que examinar es el relativo a su coste, de modo que creemos que se puede obviar el aspecto crematístico en la operatividad de estas pruebas, exigiendo de la administración estatal que asigne de los presuntos generales un fondo económico destinado a equipamiento, tecnificación e instrumentalización de los departamentos de Medicina legal encargados de los diagnósticos de la pater- nidad.

Es oportuno el comentario de BARREDA GARCIA, homologable al inciso aludido por nosotros más arriba. (67)

"Lo costoso de su fabricación y la preparación de personal especializado para su control, em- pleo y conservación, deparará una serie de problemas prácticos de no fácil solución, aunque, la consigna- ción presupuestaria obvia esta dificultad, hay apara- tos que sin ser exclusivamente médicos influyen indi- rectamente en toda pericia, como son todos los elec- trónicos de cálculo y ordenación, y en general todos aquéllos que nos permitan hacer acopio de datos y cir- cunstancias y antecedentes para hacer un estudio com- pleto del caso que se pretende analizar".

A nuestro parecer no cabe duda que cuando este autor se refiere a "aparatos que sin ser exclu- sivamente médicos, influyen indirectamente en toda - pericia", y cita por ej., los electrónicos, de cálcu- lo y ordenación; creemos que se pueden perfectamente homologar a cualquier pericial biológica, y en concre

to a las que son objeto de este trabajo, entre ellas, la prueba positiva de la paternidad, denominada en el argot científico seroestadística.

Estimamos que los medios cibernéticos contribuirán a la más correcta exclusión de sujetos de la población cuando se les compare con los fenotipos de la madre y del hijo. Ahora bien, no tenemos que olvidar que el juez puede obviar estas pruebas, entre otras razones por criterios de política administrativa.

Puede suceder también que a pesar de que la prueba seroestadística reflejase un alto índice de probabilidad, sin embargo contradijese las restantes pruebas efectuadas, puesto que manifestasen resultados antagónicos con la prueba positiva de la paternidad.

El juez ante esta panorámica, tendría dos salidas: o bien mostrarse reticente y desconfiado a la probabilidad estadística, de suerte que diese por conformado su juicio con una valoración en conjunto de las pruebas rechazando una prueba final esencialmente heredobiológica, o por el contrario confiase - en las conclusiones de un superperitaje antropológi-

co, teniendo en cuenta como requisito sine qua non, que el hijo al cual se impugna su status matrimonial contaba con tres años de edad cuando se solicitó dicha prueba heredobiológica.

Concluiremos este apartado o sección del Apéndice dedicado a la prueba positiva de la paternidad, con una sucinta remisión al empleo de este peritaje biológico en el derecho comparado. De suerte que, el empleo de estos métodos de la prueba seroestadística contribuirán al debilitamiento de la poco fiable exceptio plurium concubentium; siendo concluyente esta prueba cuando existen varios encausados a los que por una u otra razón la paternidad les sea atribuida, resultando que aquélla proporciona una verosimilitud de indubitada veracidad, constituyendo una necesidad probatoria fundamental el empleo de estos métodos estadísticos en los peritajes de investigación de la paternidad.

Asimismo, viene a confirmarse en los países germánicos la necesidad de que las frecuencias génicas de los grupos sanguíneos para confirmar un cálculo seroestadístico correcto, tendría que llevarse a cabo en poblaciones que no manifiesten una clara heterogeneidad étnica que pudiera distorsionar clara

mente unos resultados estadísticos en la comparación de las probabilidades de paternidad. (68)

PRUEBA PERICIAL SOBRE LOS TEST
DETECTORES DE MENTIRAS

Lógico será pensar que de lege data, nuestros tribunales tendrán que pronunciarse sobre la amplia posibilidad probatoria que nuestro art. 127 C.c. ofrece ad literam a los posibles encausados, puesto que como sabemos ahora en los juicios sobre la filiación, será admisible para la investigación de la paternidad todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas.

Queda por exponer la explicación de una prueba, que por su conceptualización categoricista, es - más afín a la fenomenología de la ciencia ficción que a la ciencia jurídica, cual es la prueba pericial de los tests detectores de mentiras. Recurrimos para su estudio y posible utilización, a los países anglosajones, los cuales han previsto y explicitado la mendonada y curiosa prueba.

Naturalmente no eludimos su más que relativa eficacia, pues pensamos, que para la seguridad y certeza de la convicción judicial resultará extremedamente falible y débil, si en el proceso no se contase más que con un encausado (por ej., el padre legal impugnante de su paternidad).

Por otra parte, es más que presumible que si en el período de prueba la parte demandada solicitase la admisión de dicha pericial, el juez podría rechazarla de plano sopesando su negativa en argumentos cientifistas y jurídicos.

De manera que desde una panorámica científica su argumentación vendría avalada, creemos nosotros por el siguiente hecho: si el padre legal impugnante de su paternidad y la madre codemandada passivamente fuesen sometidos a dicha prueba, la fuerza de este peritaje recaerá inexcusablemente en la madre.

Pero, ¿quién asegura que la presunta confesión de la madre de haber cohabitado con el tercero (presunto padre biológico) en el período de gestación es veraz?. Si confiamos en la exactitud y sinceridad de esta confesión, como el juez por otra parte no

va a poder compeler de oficio a la comparecencia forzosa del tercero en el proceso, ¿la eficacia de esta prueba resultará no obstante concluyente?.

Desde una óptica jurídica, la verosimilitud de esta prueba tendrá su máxima eficacia a nivel de presunción o indicio, que adicionado al restante acopio probatorio que disponga el juez, en buena medida le posibilitará un juicio crítico mucho más veraz y completo sobre la paternidad encausada.

Otro de los problemas que se presentará seguramente con esta curiosa prueba es el siguiente: ¿bastará como principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda, que exige el art. 127-2º C.c.?, de modo que si no se admitiese, el juez no daría curso a aquélla. ¿Cuál será la disposición del juez, cuando se le presentase en aplicación de la prueba examinada la confesión de la madre confirmando la paternidad de un tercero y no del marido?.

KRAUSE HARRY, nos hace una sucinta recapitulación de la utilización de esta prueba en el derecho comparado. (69)

"Los resultados de los test detectores de mentiras, son generalmente admitidos con evidencia, si las partes así lo estipulan. El hecho de que el

40% de las madres interrogadas confesaron haber mantenido relaciones sexuales con otros durante el período de la gestación, es suficiente para garantizar el uso más extenso del detector de mentiras en los procesos de paternidad. En lo concerniente a la exactitud de los resultados de los tests detectores de mentiras, los autores de este estudio afirman que las últimas estimaciones concernientes a la técnica de los detectores de mentiras cuando son usados correctamente obtienen una exactitud del 95% con un 1% como máximo de error".

LA PRUEBA DE LA SECRECION SALIVAR

Una ayuda importante e interesante en las pruebas biológicas, es el sistema de secreción salivar.

Se puede perfectamente llevar a cabo un estudio genético por medio de la saliva, aunque los problemas de la toma de la misma resultan bastante dificultosos.

Según explica DEROBERT. (70)

"La toma de saliva es extremadamente difícil en el jovencito, además el desarrollo de las secreciones no son siempre inmediatamente detectables bajo fórmulas definitivas".

Naturalmente los problemas que examinamos con los restantes sistemas genéticos, como por ej.,

el de los genes o alelos silenciosos, podrán perfectamente presentarse en los sistemas genéticos de la secreción salivar, de manera que no serán descubiertos más que con un sistema de reactivos y antisueros específicos, en un laboratorio donde los inmunogenetistas, los bioquímicos especializados en el polimorfismo enzimático, los heredobiólogos, y los especialistas en técnicas como la electrofocalización, trabajen de forma interdisciplinar en pro de la más certa exclusión de la paternidad o en su probabilidad más alta de confirmación.

De tal suerte que podemos llegar a refutar el viejo adagio canonista pater is quem nuptiae demonstrant, por el nuevo aforismo más respetuoso con la verdad biológica, del pater is quem sanguis demonstrat.

Nuestra reciente reforma legislativa sobre la filiación consagra la verdad real en su principio rector, con lo cual ha tenido que proveer la admisión generalizada de las pruebas biológicas para que hagan factible aquélla en la práctica. La deducción ineluctable de lo dicho será la inversión semántica del viejo apotegma canonista por una expresión más biológica que matrimonial (sanguis demonstrat); de

modo que sólo entonces, la verdad real soslayará de plano a la convencional o formal, ganándose en verdad y en una más correcta expresión de la presunción de la proceación causal, en detrimento de la exigua e insuficiente presunción de cohabitación matrimonial.

Pues como bien dice RIVERO HERNANDEZ. -

(71)

"Lo que se presume ciertamente es que, el hijo ha nacido por obra de la cohabitación del marido; es el carácter fecundo, generante, de esas relaciones lo que excluye que el hijo pueda ser de otro".

NOTAS AL APENDICESección 1ª

- (1) SALMON PONNEROT, op. cit., (thèse) pag. 45.
- (2) FERNANDEZ LOPEZ. Hospital Civil de Basurto-Bilbao.
- (3) Art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Sección 2ª

- (1) VILLANUEVA y CASTELLANO, op. cit., pag. 30.
- (2) VILLANUEVA y CASTELLANO, op. cit., pag. 31.
- (3) VILLANUEVA y CASTELLANO, op. cit., pag. 14.

- (4) LOPEZ GOMEZ y GISBERT CALABUIG. Tratado de Medicina Legal. Editorial Saber Hospital 16 Valencia España, pag. 243 y ss. 1962.
- (5) BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, op. cit., pag. 203.
- (6) GAUTHIER. La recherche de la paternité et le desaveu II. Cour civile - W c z, 21 Octobre - 1965. R.O. (Recueil officiel des lois fédérales) 91, II, 257 pag. 141 y ss.
- (7) SCYBOZ. La recherche de la paternité et le desaveu. M c W 23 Mai 1962. R.O. (Recueil officiel des lois fédérales) 88, II, 65 pag. 264.
- (8) HEGNAUER, op. cit., pag. 37.
- (9) Art. 54 p. 3º Alemania del Este F.C.
 Art. 1592 p. 1º Alemania del Oeste B.G.B.
 Art. 311 Francia C.c.
 Art. 85 Polonia F.C.
 Art. 54 Checoslovaquia F.C.

- (10) GAUTHIER, op. cit., II cour civile-McQ, 17 De -
cembre 1970 R.O. (Recueil officiel des lois féd-
érales) 96, II, 314 pag. 548.

- (11) RIVERO HERNANDEZ, op. cit., (La presunción de pa-
ternidad legítima), pag. 503.

- (12) LOPEZ GOMEZ, GISBERT CALABUIG, op. cit., pag. -
263 y ss.

- (13) GARCIA SANCHEZ. La jurisprudencia ante los medios
de prueba en la investigación de la paternidad en
el derecho civil catalán en "Revista jurídica de
Cataluña núm. I, Enero-Marzo 1982, pag. 55.

- (14) SCYBOZ, op. cit., A.T.F. (Recueil officiel des
arrêts du Tribunal fédéral) 87, II, 65-74 pag.
523 y ss., también en J.T. (journal des tribu -
naux) 1961 I 522.

- (15) GAUTHIER, op. cit., II Cour civile-W.c.S. 7 Oc-
tobre 1971. R.O., 97, II, 193 pag. 561 y ss.

- (16) GAUTHIER, op. cit., R.O., 97, II, 297 pag. 357, también en J.T. (journal des Tribunaux), 1972, I 562.
- (17) GAUTHIER, op. cit., II cour civile 25 Juin 1966 R.O., 92, II, 77, pag. 263.
- (18) Art. 359 Ley de Enjuiciamiento civil.
- (19) VAN COMPERNOLLE. Les actions relatives à la -
filiation aspects de droit judiciaire. "Ann. -
Dr." (annuaire du droit), 1979, pag. 236.
- (20) GAUTHIER, op. cit., II cour civile 13 Mai 1965, R.O., II, 159, pag. 139.
- (21) VILLANUEVA y CASTELLANO, op. cit., pag. 35.
- (22) SALMON BONNEROT, op. cit., (thèse) pag. 229.
- (23) BEIZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, op. cit., pag. 203.

- (24) BEITZKE, HOSEMAN, DAHR, SCHADE, op. cit., pag. 205.

En cuanto a la crítica sobre este peritaje, conviene recoger la opinión de la doctrina científica, en concreto SALMON BONNEROT, op. cit., (thèse) pag. 228.

"La antropobiometría es distinta de la genética y no tiene en cuenta más que morfologías observadas, su propósito es atribuir un hijo al hombre que se le parece más".

- (25) KRAUSE HARRY, op. cit., pag. 6-98, 54.
- (26) SALMON Ch., SALMON D. La preuve scientifique de la paternité. Expertises sanguines et calcul de probabilité. "Extrait des annales de droit". - Tome XXXIX, 3-4 1979, pag. 178.
- (27) SALMON BONNEROT. Exclusion de Paternité. "La revue du Practicien", tome XXVIII, nº 50, 5-XI-1978, pag. 3932.
- (28) VILLANUEVA, CASTELLANO, op. cit., pag. 39.

- (29) SALMON Ch., SALMON D., op. cit., (preuve scientifique) pag. 179 y ss.
- (30) VILLANUEVA, CASTELLANO, op. cit., pag. 40.
- (31) VILLANUEVA, CASTELLANO, op. cit., pag. 42 y ss.
- (32) Council of Europe Nº 84 European agreement on the exchange of tissue-typing reagents accord européen. Sur l'échange de réactifs pour la détermination des groupes tissulaires. Strasbourg - 17-IX-1974.
- En el mismo sentido, Council of Europe Nº 89. Additional protocol to the european agreement on the exchange of tissue-typing reagents. Protocole additionnel a l'accord européen sur l'échange de réactifs pour la détermination des groupes tissulaires. Strasbourg, 24-VI-1976.
- (33) SALMON BONNEROT, op. cit., (exclusion de paternité), pag. 3932 y ss.

"Procediendo en primer lugar al examen de los sistemas más eficaces en el diagnóstico de la paternidad, es decir en 1977 en Fran -

cia (pues la eficacia está en función de las frecuencias genéticas de la población) por orden decreciente, HLA, MNSs, Rh, con los antisueros anti C, C^w, c, D, E, e; fosfatasa ácida Gm, -transaminas glutámico, pirúvico; Kidd (con enanti JK^a y en anti₃JK^b, haptoglobina ABO, Gc fosfo-glucomucosa I C³ esterasa D el 9%, el HLA elimina 92,8% de los falsos padres".

- (34) SALMON BONNEROT, op. cit., (thèse) pag. 231.
- (35) DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. El HLA. Prueba decisiva en la determinación de la paternidad. "Tribuna Médica", nº 928 año XIX 15-Enero-1982, pag. 10.
- (36) DEROBERT, avec la collaboration de HADENGUE-CAMPANA y otros Medecine legale. Collection médico chirurgicale a revision periodique Flammarion Medicine Sciences, mise à jour 1980 París, pag. 778.
- (37) DEROBERT, avec collaboration op. cit., pag. 779.
- (38) Art. 39 Constitución española.
- (39) SALMON Ch., SALMON D., op. cit., (preuve scientifique) pag. 185.

- (40) SALMON, op. cit., (thèse) pag. 247.
- (41) DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. Innovaciones jurídicas y técnicas en la investigación biológica de la paternidad (III), en "Tribuna Médica", nº 930, año XIX, 29-I-1982, pag. 41.
- (42) SALMON Ch., SALMON D., op. cit., (preuve scientifique), pag. 184.
- (43) SALMON Ch., SALMON D., op. cit., (preuve scientifique), pag. 185.
- (44) SALMON Ch., SEGER J., SALMON D., MULLER J.Y. -- Blood groups, protein markers and HLA groups in paternity testing. Centre National de Transfusion sanguine, 53. París s. d.
- (45) R.O. 96, II, 314, II cour civile M.c.Q. 17 De - cembre 1970, pag. 551.
- (46) R.O. 88, II, 393, II cour civile, Sch. c. V. -- 7 Decembre 1962, pag. 260.

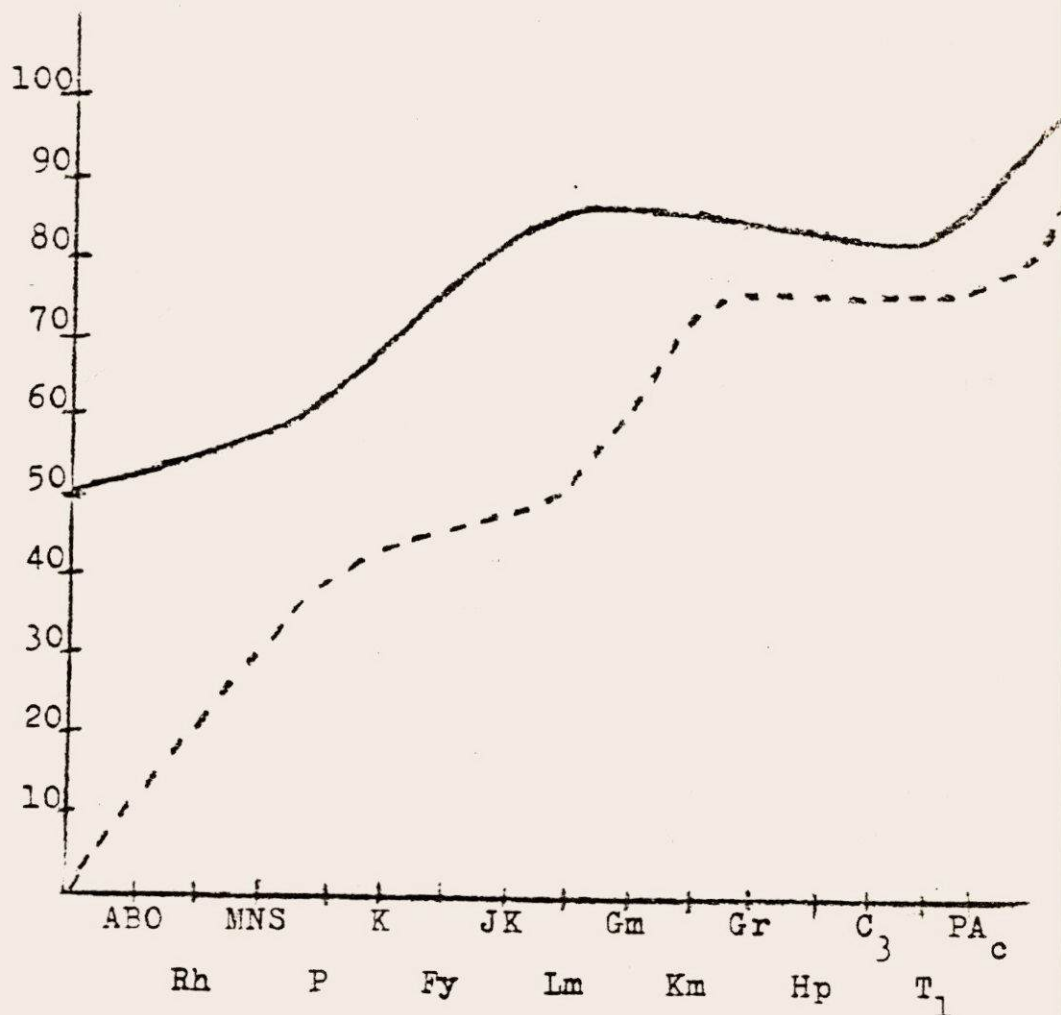
- (47) Art. 629 Ley de Enjuiciamiento civil, párrafo -segundo.
- (48) R.O. 87, II, 281, II cour civile, Probst c Probst 7 Decembre 1961.
- (49) A.T.F. (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral), 86, II, 316 y ss., 27 Octobre 1960.
- (50) KRAUSE HARRY, op. cit., 6-95, 96; 51, 52.
- (51) SALMON BONNEROT. Indice de paternité application à un échantillon de 48 trios père présume mère-enfant. Etude de la relation entre probabilité de paternité et pourcentage d'exclus, "Revue française de transfusion et d'immuno hematologie", tome XXI-nº 1 1978, pag. 239.

En el mismo sentido HEGNAUER, op. cit.
pag. 93.

"Esta verosimilitud de exclusión - permite, inversamente, formular una conclusión en cuanto a la tabla de verosimilitud positiva de la paternidad de un hombre que es excluído serológicamente. Actualmente el cálculo de probase

bilidad seroestadístico es hecho según el método desarrollado por Essen-Møller en 1938. Si el peritaje fija en 99,8% la tabla de probabilidad que el hombre en cuestión es el padre, la paternidad es considerada como probada, y la -- contra-prueba es excluida".

- (52) SALMON D., SEGER J., SALMOS Ch. Expected and - observed proportion of subjects excluded from - paternity by blood phenotypes of a child its mother in a sample of 171 families. "Am J Hum Genet", 1980, pag. 432.
- (53) R.O. 96, II, 314, II cour civile, M.c.Q. 17 - Decembre 1970.
- (54) BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, op. cit., pag. 204.
- (55) SALMON BONNEROT, op. cit., (thèse), pag. 90.
- (56) DEROBERT, avec collaboration; op. cit., pag. 788.



En trazo pleno: probabilidad de paternidad P'

En trazo punteado: proporción de sujetos excluí
dos P_{ex} .

Las dos curvas responden a los criterios de confirmación de la paternidad. "Se ha podido demostrar que, en el caso cuando se ha -

hecho la elección de una probabilidad a priori de 0,50, la probabilidad a posteriori de paternidad calculada sobre los tres fenotipos del trío es siempre superior o igual a la proporción de sujetos excluidos a partir de los fenotipos de la madre y del hijo, lo que viene a decir que la curva de probabilidad de paternidad debe siempre permanecer por arriba de la curva de proporción de sujetos excluidos".

- (57) DEROBERT, avec collaboration op. cit., pag. 791.
- (58) BROCTEUR Y SALMON. Probabilily of paternity, exclusion when relatives are involved, en "Am J. Hum Genet 30: 1978 pag. 73.
- (59) R.O. 97, II, 193, II cour civile W.c.S. 7 Octobre 1971.
- (60) GEBLER, op. cit., pag. 188.
- (61) SALMON BONNEROT. Decision rules for paternity diagnosis. Centre national de transfusion sanguine. París, s.d.

- (62) SALMON D., SEGER J., SALMON Ch., op. cit., --
(expected and observed proportion of subjects)
 pag. 433.

- (63) SALMON BONNEROT, op. cit., (indice de paternité)
 pag. 240 y ss.

- (64) BENCIOLINI Y CORTIVO. L'indagine biológica nella ricerca della paternita prospettive di applicazione nel nuovo diritto di famiglia, en "Rivista di diritto civile" (II), 1978, pag. 399.

- (65) SALMON Ch., SALMON D., op. cit., (prevue scientifique), pag. 195.

- (66) SALMON BONNEROT, op. cit., (thèse), pag. 121.

- (67) BARREDA GARCIA. La técnica de la pericia médico legal, en "Pretor", 1972, pag. 74 y ss.

- (68) KRAUSE HARRY, op. cit., pags. 6, 96, 97, 52 y -
 53.

"Respecto a las pruebas serológicas
 y seroestadísticas (computación de probabilidad

de paternidad) esta figura es realmente impresionante. En suma, se trata de que los casos que no producen una exclusión son llevados en base a un índice de paternidad de grupos sanguíneos, por medio del cual la probabilidad de la llamada paternidad del hombre puede ser estimada. Este índice compara la frecuencia existente en la constelación de sangre de un hijo con padre y madre dados, a través de una muestra de padres verdaderos relacionados con la constelación de sangre de una muestra de no padres, y está relacionado con la constelación obtenida en el caso en cuestión.

Si el parecido excede del 95% el resultado es llevado a los tribunales. En casos extremos en los que por ejemplo la carga legal sea alta, esta aproximación produce de facto inclusiones o exclusiones. En casos menos extremos produce interesantes testimonios circunstanciales. Es de particular valor cuando el relativo parecido de paternidad entre varios posibles padres está siendo comparado.

Es de hacer notar que todos estos métodos han surgido para evitar cuando haga falta la excentio plurium. El uso de métodos estadísticos para estimar probabilidades de paternidad no está limitado en los países escandinavos.

Un caso de Alemania Federal estableció en un 99,55% las probabilidades de paternidad provenientes de un detallado informe pericial sanguíneo y en un caso revisado en 1964 el Tribunal Supremo de Alemania Federal decidió que un test de sangre hecho hacía 9 años que falló al excluir la defensa como posible padre, no estaba conclusa en vista de los recientes métodos desarrollados más sofisticadamente en la materia de informes periciales sanguíneos, y que por lo

tanto ahora se podía dar el resultado de excluir al acusado como posible padre.

En Alemania Federal la posibilidad de formular un método uniforme de usar cálculos estadísticos en casos de paternidad ha estado bajo revisión del Ministerio federal de Salud. Normas oficiales pueden ser formuladas eventualmente, mientras los laboratorios centralizados, siguiendo el modelo escandinavo, organizan un detallado grupo de regulaciones que gobiernan las normas del laboratorio, la identificación de sujetos, la toma y envío de muestras de sangre, la eficacia y mantenimiento de la serie de informes periciales sanguíneos, los procedimientos de otros laboratorios, el sistema de clasificar la sangre cara a obtener supuestos científicamente realizables, así como las necesarias cualificaciones de los peritos en clasificar sangre y la propia evaluación de los resultados.

Alemania del Este sostiene que si el nivel de probabilidades de paternidad y no paternidad llega al 99,8% ó 0,2% la paternidad debe ser prácticamente establecida o excluida respectivamente. De acuerdo con sus cálculos, este nivel de probabilidades puede ahora llegar al 90% en todos los casos en que el acusado no es el padre del hijo.

La Alemania del Este, permite una no exclusión para hablar de una evidencia circunstancial de paternidad o no paternidad, si la probabilidad de paternidad excede del 90% o es menos del 10%. Esto es, sin embargo más expuesto que el 95% y 5% de tests de pertinencia empleados en los laboratorios escandinavos.

Los doctores Henningsen y Görtler del laboratorio de Copenhague ponen de relieve que -

el conocimiento de frecuencias representativas de genes, es un resultado o requisito previo de probabilidades de cálculo. Más aún, la población debiera ser homogénea. En los países escandinavos la condición está casi completa, a pesar de que variaciones geográficas son tomadas en cuenta, por otra parte parece estar incompleto el acuerdo en la fórmula que debiera ser usada".

- (69) KRAUSE HARRY, op. cit., pags. 6, 100, 101, 55.
- (70) DEROBERT, avec collaboration, op. cit., pag. - 765.
- (71) RIVERO HERNANDEZ, op. cit., (La presunción de paternidad legítima), pag. 260.

C O N C L U S I O N E S

- 1ª) Nuestra reciente reforma sobre la filiación ha consagrado como principio rector la verdad biológica o verdad real; de modo que en aras de su efectiva consolidación ha tenido que proveer a la admisión generalizada de todo tipo de pruebas, incluyendo como es obvio las científicas, de forma que ahora el adagio pater is quem nuptiae demonstrant tendrá que ser complementado por el de pater is quem sanguis demonstrat; es decir, que padre será aquél que -- científicamente se compruebe que es el auténtico progenitor.

2ª)

Consideramos trascendental también la importancia que nuestro legislador concede - ahora a la posesión de estado en las relaciones familiares; no obstante, aquél ha sido mucho más benévolo en lo relativo a la filiación extramatrimonial que a la matrimonial, de suerte que - en la filiación no matrimonial la acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente; y sin embargo en lo concerniente a la filiación matrimonial no se - ha expresado con tanta claridad; con lo cual la efectiva consolidación y estabilidad del status del hijo en las relaciones familiares matrimoniales queda expectante del ejercicio de una intempestiva acción en impugnación del estado de hijo matrimonial. Semejante actitud creemos que va en detrimento del interés de éste. La conclusión, a nuestro entender, es que con ello se ha discriminado a la filiación matrimonial al no -

tipificar el legislador la caducidad de la acción, cuando el hijo disfrute de la posesión de estado en las relaciones familiares matrimoniales; en cambio, en la filiación extramatrimonial, si el hijo ostenta dicha posesión se favorece su estabilidad estableciendo expresamente el legislador el plazo de caducidad e imposibilitando con ello el ejercicio tarde de la demanda de impugnación de la paternidad. - Comparadas ambas filiaciones, dichas diferencias resultan inconstitucionales, puesto que se atenta a la igualdad de los hijos, produciéndose una discriminación en relación a los efectos de la filiación por razón de su origen.

3ª)

Otra cuestión que no podemos dejar de mencionar es la siguiente: ¿qué status deben tener los hijos no matrimoniales?; ¿un status filii?; ¿o por el contrario un status familiae?

Es obvio que esta última concepción encontraría sus detractores en aquéllos que consideran excesivo extender las relaciones de filiación también a la familia de los progenitores, puesto que ello supondría desfigurar la institución del matrimonio legalmente celebrado en beneficio del concubinato more uxorio. Ahora bien, por otra parte, y desde un punto de vista contrario se razonaría invocando en su favor la efectiva igualdad de los hijos ante la ley, de manera que bajo una óptica constitucional - su no equiparación real supondría una contradicción vejatoria para aquéllos.

4ª)

Analizando las principales cuestiones que planteará la aplicación de la presunción de la paternidad matrimonial, reparamos en la situación de la ausencia legal. Creemos que el tenor literal del art. 116 C.c. no resuelve es

ta cuestión, por lo cual pensamos que tanto - con la ausencia legal, como con la declaración de fallecimiento, el mayor problema vendrá dado por la correcta fijación de su dies a quo - en relación con el cómputo de los 300 días. - Es decir, ¿tendremos que entender que comenzarán a transcurrir dichos plazos desde la fecha de la declaración de la ausencia legal?, ¿o por el contrario, en base al art. 116 C.c., desde el momento de la disolución del matrimonio...?.

5ª) Otro punto interesante en relación con la presunción de la paternidad es la reconciliación posterior de los esposos en el supuesto de la separación conyugal. Parece que nuestro legislador, en el art. 116 C.c., ha dejado de hacer mención de la reconciliación que se hubiera producido después de los 300 días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho; sin embargo, pensamos que dicha constatación -

es innecesaria, máxime cuando se dispone de un precepto (art. 118 C.c.) que permite que por el consentimiento de ambos consortes renazca la de caída presunción, es decir, que en el caso de la separación, a pesar de que la reconciliación se produzca en época en que no actúe la presunción de la paternidad, bastará una simple circunstancia volitiva, cual es el consentimiento de ambos cónyuges, para beneficiar al hijo al status filii matrimonial.

6^a) Otra importante cuestión es que ahora el omni meliore momento de la concepción no se ha disciplinado con plazos irrefragables, - siendo así que en atención al interés del hijo si nace éste constante matrimonio se presume - del marido; no obstante, esta presunción de paternidad (art. 116) es iuris tantum, lo que consideramos sumamente acertado. Pensemos en el supuesto de disolución del matrimonio por muerte del marido; una estrecha interpretación li-

teral del aludido precepto consideraría no matrimoniales a aquellos hijos nacidos después - de los 300 días de la disolución y fruto de una inseminación artificial homóloga o heteróloga.

7ª) Aspecto asimismo digno de mención es el relativo al amplio elenco de legitimados activamente para impugnar la filiación no matrimonial cuando no exista posesión de estado en las relaciones familiares; y a sensu contrario el limitado ejercicio de este derecho en la filiación matrimonial; es evidente que nosotros no podemos compartir este criterio, pues desigual la los efectos de ambas filiaciones de modo notorio.

8ª) Tampoco podemos estar de acuerdo - en que a la mujer se le supedite su legitimación activa para impugnar la filiación matrimonial

nial al supuesto condicionante de que ella ostente la patria potestad. Entonces, si es privada total o parcialmente de su ejercicio, ¿perderá también la legitimación para impugnar la paternidad?; ¿por qué al marido no se le ha -- condicionado su derecho a impugnar del mismo -- modo?; ¿cómo queda protegida la efectiva igualdad de derechos de los cónyuges?.

Llegamos a la conclusión que los - redactores de la ley de filiación han sopesado por una parte la concepción ético moral del matrimonio, y por otra parte la igualdad jurídica de los cónyuges; de modo que inclinan la balanza hacia aspectos moralistas, sancionando el adulterio de la mujer con la imposibilidad de concederle legitimación activa en interés proprio en la impugnación de la filiación matrimonial de que falsamente disfruta el hijo.

9a)

Otro punto en el cual tenemos que incidir, porque está estrechamente relacionado con la conclusión aducida con anterioridad, es el siguiente: la madre está legitimada activamente para impugnar la paternidad del hijo, -- cuando ejercite la patria potestad y exista po sesión de estado de hijo matrimonial. Ello lo deducimos del tenor literal del artículo comen tado (art. 137 C.c.). Ahora bien, si el hijo no disfruta de hecho en las relaciones familiares de dicha posesión en consideración a la ma dre; ¿podrá ésta, si ostenta la patria potestad, ejercitar del mismo modo su derecho procesal?, o por el contrario, ¿la intención del legislador es condicionar el ejercicio de su acción de impugnación a dos hechos, cuales son que ella detente la patria potestad y que exista posesión de estado de hijo matrimonial?.

10ª) Asimismo, creemos que el legislador no ha sido suficientemente explícito en relación a la forma de demandar a la madre en el proceso de impugnación de la paternidad. Es decir, si impugna el marido es obvio que debe demandar - tanto a su presunto hijo como a su madre, esposa de aquél. Pero el demandar a su mujer, ¿es para completar la legitimación pasiva del hijo?; o por el contrario, ¿es aquélla un obligado de mandado más?. Planteamos esta cuestión porque del art. 137 C.c. se deduce que la madre no ejercita la acción iure proprio, sino en interés del hijo; luego no entendemos que se legitime pasivamente en interés personal a la madre, cuando a sensu contrario en el supuesto de ser demandante ella no puede actuar por sí misma, sino en interés del hijo.

11ª) Una cuestión que enlaza con los comentarios precedentes es la relativa al supues

to de la transmisión de la acción. Es evidente que en tal circunstancia debe acudirse a los herederos, pero el texto legal no es muy claro al respecto, de forma que deja en el aire aspectos como los que a continuación exponemos: ¿a qué tipo de herederos se esta refiriendo?, ¿a los forzosos?; o por el contrario, ¿también a los legítimos?. Otro punto es el siguiente: si dentro de los herederos se incluye al cónyuge, ¿podría ser llamado el consorte en segundas nupcias que no resulta ser la madre del hijo cuya paternidad se impugna?.

12ª)

No podemos por menos que hacer una serie de objeciones a la presunción de paternidad matrimonial que el legislador concede a los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes al matrimonio. No estamos de acuerdo con la - legitimación activa que concede este precepto

de forma exclusiva al marido. ¿Es quizá el único interesado en el desconocimiento de la paternidad del hijo?; ¿por qué no se ha otorgado también en estos supuestos dicha legitimación a la mujer o al hijo, como a sensu contrario establece el legislador para el supuesto de hijo concebido y nacido constante matrimonio, es decir, en el caso del art. 116 en relación con los artículos 136 y 137 C.c.?. Nos parece que el legislador no ha sido muy coherente en relación con la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

- 13ª) Del mismo modo, una cuestión de trascendencia práctica es la relacionada con la correcta comprensión del conocimiento del nacimiento.

Nuestro legislador ha incluido en la redacción escueta del art. 136, que establece

ce el plazo para impugnar la paternidad, los -
distintos momentos a la hora de conocer el na-
cimiento. La conclusión que deducimos es la -
siguiente: si consideramos que hace referencia
al conocimiento objetivo, y no al subjetivo que
tiene el marido en el lugar del nacimiento, en
tonces es obvio que el plazo empezará a trans-
currir desde el preciso instante en que el co-
nocimiento del mismo se diera, hállese o no --
ausente tal marido del lugar donde nació su pre-
sunto hijo. Nos parece que esta solución no -
es justa, porque si el marido se encuentra fue-
ra del lugar de los hechos no puede conseguir
una información veraz y completa. Estimamos -
que el efectivo y real conocimiento del naci -
miento sólo podrá ser valorado por él con cer-
teza a su regreso.

14ª)

Un punto relacionado con lo que - acabamos de exponer consiste en determinar si el nacimiento a que se refiere nuestro legislador es el hecho físico, biológico, del referido evento, o por el contrario el nacimiento a que alude es precisamente su acta de inscripción, puesto que es con la inscripción cuando se adquiere el status de hijo matrimonial o extramatrimonial .

15ª)

Corolario a la conclusión expuesta en relación con el efectivo conocimiento del - nacimiento es el siguiente: nuestro legislador ha expresado dos momentos diferentes en el entendimiento de dicho concepto. Para el marido lo constituye el conocimiento del nacimiento. En cambio para la mujer , como no puede haber duda alguna para ella sobre el veraz conocimiento del embarazo, cuando ostente la patria potestad se computa el plazo de ejercicio de la ac-

ción de impugnación desde el preciso momento - de la inscripción de la filiación del recién - nacido. Del mismo modo, en lo que concierne - al Ministerio Fiscal el legislador le equipara en su posición procesal a la madre con el mismo plazo cuando aquél puede conocer los hechos reveladores de la condición extramatrimonial - del hijo quizá mucho tiempo después de que se cumpla el término de caducidad (es decir, superado el año de la inscripción de la filiación del menor o incapaz).

16ª)

Asimismo tenemos que incidir en el aspecto que exponemos a continuación: si el marido murió habiendo entablado la demanda de impuⁿgación, sus herederos podrán continuar la - acción interpuesta; según se desprende del art. 136 C.c. Sin embargo, lo que no queda muy claro en este precepto es si habiendo muerto el -

marido desconociendo el nacimiento, los herederos podrían ejercitar la impugnación. Parece que sí, si atendemos al párrafo final del art. 136: "Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero". Lo cual parece contradecir el tenor literal del art. 130 C.c. ("A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas"). La conclusión es que si no ha iniciado la acción en vida el titular originario, sus herederos no podrán plantearla. Ello porque esta acción de estado es personalísima y compete exclusivamente al impugnante.

17^a)

Estimamos defectuosa la redacción literal del art. 136 C.c., según el cual el marido podrá ejercitar la acción de impugnación en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro civil. --

Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. No nos convence porque no se expresa con claridad el supuesto del vicio del consentimiento; y no nos vale el argumento según el cual en tales supuestos habrá que remitirse a los arts. 138 y 141 C.c., en cuanto que estos preceptos legales hacen referencia a los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial, - pudiendo los mismos ser impugnados por vicio del consentimiento. A nuestro juicio, se está haciendo referencia en estos artículos al hijo - nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio, supuesto en el cual un reconocimiento expreso o tácito del marido otorgará al hijo los favores del status filii matrimonial. Pero, por el contrario el art. 136 C.c. (hijos nacidos después de los 180 días) no requiere ningún reconocimiento ad hoc, sino que la presunción de paternidad opera ipso iure en

favor del hijo. La conclusión es que el tenor literal del art. 136 C.c. puede dar lugar a una clara injusticia en su aplicación práctica. - Asimismo nos lamentamos de que su redacción no fuese como la que existía en un proyecto anterior a la redacción definitiva del precepto legal, según la cual "el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad por causa distinta a vicio del consentimiento hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil". Redacción ésta que por otra parte hubiera resuelto la problemática resumida por nosotros en esta conclusión.

18a)

Con respecto a la legitimación que se concede al Ministerio Fiscal, tenemos que formular algún comentario. Creemos que hubiera sido más conveniente que, en vez de conceder a aquél una acción que caduca al año siguiente

de la inscripción de la filiación en el Registro civil del hijo menor o incapaz, se le hubiera otorgado una acción que durase hasta que el hijo fuera mayor o recobrase la capacidad. Pues to que si ha transcurrido el año y no ha entablado la oportuna demanda, después no podrá interponerla, ya que habría caducado su derecho a im pugar. Criticamos este planteamiento, que es precisamente el que expresa nuestro legislador en relación al plazo de impugnación de que dis pone el Ministerio Fiscal, puesto que con esta postura no se beneficia el interés real del hi jo. De modo que, según lo referido, si éste - sufre las consecuencias de su origen extramatrimonial en su integración en las relaciones familiares matrimoniales, cuando ya ha transcurrido el año de ejercicio de la acción, es obvio que entonces el Ministerio Fiscal no ostentará ya legitimación activa y habrá que esperar a que el hijo llegue a ser mayor de edad para que en

interés propio ejercite la acción de impugnación. Sin embargo, si el legislador hubiera otorgado al Ministerio Fiscal un plazo más amplio, es decir, hasta que el hijo alcance su mayoría de edad, o si es incapaz recobre totalmente su capacidad legal, es evidente que a pesar de que hubiera transcurrido inicialmente el año de la inscripción de la filiación en el Registro civil, no existiría impedimento para que hasta la llegada de la mayoría de edad o recuperación de la capacidad el Ministerio Fiscal entablara la demanda, si tiene en tal período conocimiento de hechos reveladores del origen extramatrimonial del hijo. ¿No es más justa esta solución que la que ha expresado el legislador en el art. - 137 C.c.?.

19ª)

Otra cuestión en la que el legislador no ha estado, a nuestro modo de --

ver, muy acertado, es la siguiente: cuando el hijo no disfruta de la posesión de estado en la filiación matrimonial no comprendemos por qué se ha concedido en exclusiva la legitimación activa al hijo y a sus herederos, y en cambio no se ha ampliado la legitimación a los progenitores. No vemos justo este tratamiento si se quiere hacer prevalecer la verdad biológica en las relaciones de filiación. Sin embargo, si atendemos a la reclamación de la filiación matrimonial cuando tampoco hay posesión de estado, el legislador se siente más benévolo y amplía la legitimación a los progenitores. La conclusión a la que llegamos es que, siendo la teleología que domina en uno y otro supuesto la constatación de la filiación real, comparadas la impugnación de la filiación matrimonial y la reclamación de la misma, se deduce un trato -- desigual en ambas filiaciones, que nos parece que puede dar motivo a un problema de inconstitucionalidad.

20ª)

Un aspecto que es interesante resaltar es el siguiente: En la legislación comparada puede llamarse al tercero (presunto padre biológico) al proceso en que se está impugnando la paternidad del marido (padre legal), con el objeto de que la exclusiva de la misma pueda ser más fácil, al haberse practicado las pruebas biológicas a todos los interesados en la acción. De suerte que así puede reforzarse el convencimiento del juez. Sin embargo, en nuestra legislación, ésta es una solución inviable. El razonamiento que aducen los legisladores europeos, como el belga en tal supuesto, es que el status filii es una cuestión de orden público que no puede quedar sometida a la autonomía de la voluntad de las partes.

21ª)

Una conclusión que nos parece fundamental es la siguiente: cuando el hijo es -

menor o incapaz, el plazo de ejercicio de la acción se contará desde que alcance la mayoría de edad o recupere la plena capacidad. Creemos que el legislador deja sin resolver problemas prácticos tan importantes como los que hacen referencia a la emancipación del hijo. -- ¿La emancipación dará lugar de modo inexcusable a que el plazo de un año para ejercitar la impugnación deba retrotraerse a la realización de dicho evento?. ¿Tendrá que esperarse a que el hijo cumpla la mayoría de edad para ejercitar su derecho a la impugnación?. ¿O quizá, por último, podría entenderse ampliado de iure el plazo, de suerte que en tales circunstancias - (por ej., emancipación por matrimonio, o concesión judicial si el hijo tiene 16 años, etc.) pueda el hijo impugnar la paternidad matrimonial desde que se emancipó y hasta incluso un año después de haber llegado a la mayoría de edad legal?.

22ª)

Otra observación que nos parece importante señalar en estas conclusiones es que el legislador no ha expresado con claridad cuál será la solución que haya de darse cuando el marido incurra en un estado de incapacidad. ¿Qué soluciones son posibles si durante el transcurso del año siguiente a la inscripción del nacimiento no se hubiese instado la intervención - del Ministerio Fiscal?. A nuestro juicio po--
dían darse dos planteamientos:

1) En primer lugar considerar que ca-
ducaría la acción. Entonces se podría invocar el argumento de la indefensión que sufre el marido incapaz, puesto que si después recobrase el juicio ya no podría formular la impugnación.

2) Entender que no caducaría la acción, sino por analogía a lo que ocurre en el supuesto del hijo incapaz, considerar que la mens le-

gislatoris ha sido la de suspender el ejercicio de la acción hasta que el marido recobre la plena capacidad legal.

23ª)

Un problema que deriva de la impugnación de la paternidad es el status en que va a quedar el hijo, una vez destruida con éxito su condición de hijo matrimonial. ¿Quedará automáticamente relegado a la condición jurídica de extramatrimonial?; ¿necesitará la madre reconocerle formalmente?. ¿Tendría acaso la madre - que reclamar la filiación no matrimonial de -- aquél?. Debemos reparar en la circunstancia - de que con la acción impugnatoria hemos descartado la paternidad pero no la maternidad. Es posible llegar a la conclusión de que el hijo conservará su status de hijo no matrimonial - con respecto a la madre; puesto que de lo que no existe duda es de la maternidad, al reflejarse la misma en la inscripción del nacimiento.

24ª)

Nuestro legislador no ha sido muy explícito en relación a la institucionalización jurídica del fenómeno de la inseminación artificial. Nosotros somos del parecer de que por medio del párrafo final del art. 135 C.c. ("otros hechos de los que se infiere la filiación de modo análogo") se puede encontrar en él su reconocimiento indirecto. Resulta incuestionable, por otra parte, la existencia de la filiación matrimonial como consecuencia de la inseminación artificial homóloga o de una inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido.

25ª)

Es nuestro parecer que el secreto y el anonimato del donante deben constituir las reglas básicas en esta materia de inseminación artificial. De suerte que, a diferencia de la inseminación natural, el donante (progenitor biológico) no puede plantear

a posteriori una demanda de reclamación de la paternidad, ni el hijo, amparándose en su derecho constitucional a la investigación de la paternidad, pretender conseguir de aquél una pensión alimenticia. En la inseminación artificial debe primar la verdad legal por encima de la verdad biológica o real.

26ª)

El status de filiación del hijo inseminado artificialmente será el de matrimonial. Si ambos esposos consintieron libre y conscientemente a la operación inseminatoria no podrán después plantear la demanda de impugnación de la paternidad. El hijo así nacido está amparado ipso iure en la presunción de paternidad pater is. Por todo lo cual este hijo no necesita de ningún reconocimiento formal de su filiación.

27ª)

Hemos tomado postura en pro de la inadmisibilidad de la acción de impugnación de

la paternidad matrimonial cuando el marido con sintió libremente en que su mujer se sometiera a la inseminación artificial heteróloga. Asimismo, creemos que el juez no deberá admitir la aludida demanda, cuando habiendo consentido el marido en dicha inseminación pretendiera sostener sus alegaciones en su propia impotencia para procrear.

28^a) Es nuestro criterio que la institucionalización del fenómeno de la inseminación artificial desplazará en buena medida a la adopción. Estimamos que una de la razones estribará en la aceptación del hijo en su integridad cuando de maternidad biológica y real se trate. Sin embargo en la adopción, la relación del hijo con la madre es únicamente psicoafectiva.

29^a) Hemos llegado a la convicción de - que la inseminación artificial heteróloga sin

consentimiento del marido supone una infracción de los deberes conyugales, y por ende una causa de separación amparada a nuestro juicio en el párrafo primero in fine del art. 82 C.c. -- (cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales).

30ª) En lo que concierne a la interpretación del art. 127 C.c. ("El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde"), parece que se impone la extensiva. De suerte que no ha de limitarse exclusivamente a la prueba documental.

31ª) Asimismo, juzgamos positivo el tenor literal del primer párrafo del citado art. 127 C.c. ("en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y

de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas"). Significa que se admitirá no sólo la prueba de las características genéticas, sino que podrá demostrarse la paternidad aportando cualquier otra pericia biológica. Es decir, incluso el peritaje heredobiológico, antropobiométrico o seroestadístico. Creemos que resulta acertada dicha genérica expresión del párrafo primero del art. 127 C.c. Sin embargo, otros Códigos civiles como el italiano o el portugués emplean una redacción más específica, al referirse a las características genéticas o métodos científicamente comprobados. Otra cuestión que pensamos es trascendental consiste en dilucidar a qué pruebas habrá de dar el juez valor absoluto o simplemente relativo en su discrecional convencimiento. ¿Deberá el juez valorar las pruebas presentadas en conjunto?. O por el contrario, ¿concederá primacía a las conclusiones derivadas de los peritajes biológicos?.

32ª)

Consideramos imprescindible aludir en estas conclusiones al tema concerniente a - la petición privada de investigación de la paternidad sin haber planteado ab initio demanda judicial. Creemos que habrá que examinar atentamente si con las mismas se pretende una constatación biológica de la no paternidad para entablar a posteriori la oportuna demanda de impugnación de la paternidad, o bien lo que se busca por los peticionarios es no perjudicar el status del hijo, por ejemplo, para, si se confirma con mucha verosimilitud la paternidad del presunto progenitor, contraer matrimonio los - que resulten ser progenitores, con los efectos de legitimar al nacido a tenor del artículo - 119 C.c.

33ª)

En esta recapitulación final de las principales conclusiones a las que se ha llegado en la elaboración de este trabajo no podía faltar el comentario referente a un aspecto rele--

vante en los procesos de paternidad, cual es la aportación decisiva a los mismos de las pruebas biológicas.

Comenzamos su análisis crítico atendiendo a los principales problemas que el juez tendrá que resolver ante los resultados de la prueba de la maduración fetal si la misma hubiera evidenciado una alta probabilidad de exclusión de la paternidad. ¿Sería procedente recurrir, no obstante, a cualquier otro peritaje científico más complicado?. A nuestro juicio, la conclusión más certera sería que el juez, en su sana crítica, ponderase con discreción estos resultados, y sólo cuando tuviera dudas fundadas recurriese a las restantes pruebas biológicas. Es decir, si la prueba del grado de madurez del recién nacido no hubiese dado unos resultados concluyentes (ej., su valoración porcentual sólo ha dado un 60%), convendría que

fuera el mismo perito quien en su informe acon
sejara el recurso a las restantes pruebas bioló
gicas.

34ª) Se ha llegado, en la nueva regula
ción sobre la filiación, a un sistema probato
rio no tasado, sino por el contrario libre. Por
lo cual, el legitimado ad hoc podrá alegar en
su defensa la admisibilidad de cualquier método
científico para constatar o excluir con un alto
grado de verosimilitud su paternidad.

35ª) Un problema complicado, al que el
juez deberá dar cumplida respuesta, consiste -
en la prioridad jerárquica de las aludidas prue
bas científicas.

Queremos referirnos a lo siguiente:
¿qué peritaje procederá en primer lugar?; ¿el del
tiempo del embarazo o el de los grupos sanguíneos?.

¿Cómo resolver las posibles contradicciones en tre los resultados de uno y otro?. A nuestro juicio; habrá que recurrir de modo inexcusable a la prueba tisular y confirmar sus resultados con un peritaje heredobiológico y seroestadístico.

36ª) ¿Puede considerarse quizá la prueba de la maduración y viabilidad fetal como un principio suficiente o principio de prueba de los hechos en que pueda fundarse la demanda de paternidad, como en tal sentido exige el párrafo segundo del art. 127 C.c.?. Nosotros pensamos que la interpretación extensiva de su contenido lo admite sin lugar a dudas.

37ª) La prueba antropológica también en contrará graves dificultades en su contemplación en los procesos de paternidad. Como sabemos, de

pende de muchos factores de transmisión hereditaria, por lo que muchos caracteres no se presentan en el recién nacido sino hasta transcurrido un período de tiempo. Pensamos que el juez deberá atender en la valoración de este peritaje al problema del subjetivismo del informe pericial. ¿Qué prueba tendrá más preferencia?. ¿Una prueba de los sistemas genéticos o por el contrario una prueba antropológica?. Nosotros estimamos que todo irá en función de cómo, quién y en qué condiciones se ha llevado a cabo el análisis de dichos peritajes biológicos. Asimismo, no tenemos que olvidar que la mayoría de los caracteres hereditarios quedan desarrollados cuando el hijo llega a la edad de tres años. Por lo cual no es oportuno aplicar inicialmente esta prueba en los procesos de investigación de la paternidad; puesto que desde un punto de vista económico supondrá un encarecimiento de las costas judiciales al tener que

estar paralizado el juicio durante bastante -
tiempo.

38a) Respecto a la eficacia de la prueba caracterológica el juez deberá estar ilustrado sobre los siguientes extremos: ¿Cuál es el momento más oportuno para aportarla al proceso?; ¿cuántos sujetos hebrán de ser examinados para que la exclusión de paternidad resulte más verosímil?; ¿cuáles son los caracteres morfológicos a los que el perito deberá prestar atención en la finalidad de que el convencimiento del juez sea más certero?; ¿cuándo procede aplicarla en exclusividad en el proceso?; ¿cuál es el momento idóneo para que se complemente con la prueba de los sistemas genéticos?.

39a) Es obvio que un aspecto que el juez deberá valorar con sumo cuidado es el relativo

a la fórmula que tiene que emplear para solicitar los dictámenes biológicos en los procesos de paternidad. Es decir, tendrá que diferenciar si lo que busca es precisamente la exclusión de la paternidad, o por el contrario el porcentaje de probabilidad de la misma en el presunto padre real.

40ª)

Por último, creemos que el juez no debe admitir en principio cualquier peritaje biológico, sino que en orden a un convencimiento real será conveniente que se le asesore, bien por el médico forense o bien por cualquier otro especialista idóneo, sobre el grado de seguridad de cada prueba propuesta.

Es indudable que puede suceder que el laboratorio de Medicina legal donde se lleven a cabo los exámenes biológicos no cuente, por ejemplo, con los servicios de un especialis

ta en Inmunogenética o el instrumental utiliza
ble sea insuficiente. Entonces no podrá evidenen
ciarse con seguridad la exclusión de la pater-
nidad; de modo que, para que las conclusiones
periciales sean óptimas, y a posteriori la con-
vicción del juez resulte lo más correcta posi-
ble deben observar los siguientes aspectos:

1º) Que se lleven a cabo los dictáen
menes biológicos con el mínimo riesgo de error,
examinando con sumo cuidado las muestras de sanen
gre para que se conserven en buen estado, y no
expuestas a cualquier contaminación bacteriolóen
gica.

2º) Que los reactivos utilizables
no resulten vetustos. Asimismo, que el mues-
treo de sistemas genéticos sea completo, es deen
cir, que se empleen como mínimo 25 sistemas di-
ferentes, contándose con sus antisueros espe--

cíficos y determinados para cada antígeno; de forma que cualquier alteración cromosómica fue ra detectada con un 100% de veracidad.

Consideramos aspecto digno de ponerse de relieve el de que, cuando las conclusiones del dictamen confirmen una baja exclusión de la paternidad, el perito deberá expresar en su in forme si en los resultados han influido cuestiones técnicas (ej., insuficiencia de marcadores genéticos), o por el contrario, si los aspectos técnicos y los medios científicos utilizados - han sido los que exige un laboratorio altamente especializado, de suerte que la resolución del juez al fallar el supuesto esté bien argumentada.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AGRIMI. Senato della Repubblica. VI. Legislatura, 401 Seduta. Assemblea Resoconto. Stenografico, 19 Febbraio, 1975.

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación. Madrid 28 de Junio de 1978.

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación, ponente Manuel Peña. Madrid 24 de Octubre de 1978.

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación. Madrid, 14 de Noviembre de 1978.

Anteproyecto de ley por el que se modifica el Código civil en materia de filiación. Madrid, Diciembre de 1978.

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación y patria potestad. Madrid 1979.

AUBERT. Les actions de la filiation en droit civil suisse, essai de classification imprimerie. H. Messeiller. Université de Neuchatel, faculté de droit. Neuchatel, 1955.

ARENA. Senato della Repubblica. VI Legislatura, 401 seduta. Assemblea Resoconto. Stenografico, 19 Febbraio 1975.

ARZA. La inseminación artificial heteróloga, aspectos ético morales. I Simposium nacional -

sobre inseminación artificial heteróloga y Bancos -
de semen. Cruces, Baracaldo, Vizcaya, 1979.

ARNAUD. L'importance de l'utopie commu-
nautaire des années 70 pour l'étude du droit familial
contemporain, C.N.R.S. París.

BARREDA GARCIA. La técnica de la pericia
médico legal, en "Pretor", 1972.

BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE. Vater-
schaftsoutachten für die gerichtliche praxis, 3 neu-
bearbeitete Auflage, Verlag Otto Schwartz y Co, Göttin-
gen, 1978.

BEITZKE. Familienrecht. München 1980 -
CH Beck Sche Verlagsbuchandlung, 1980.

BEITZKE. La reforme de la condition ju-

ridique de l'enfant naturel R.F.A., en "Revue international droit comparé", 1970. 313, n° 11.

BENCIOLINI Y CORTIVO. Problemi dell'indagine ematológica médico legal in tema de la paternita, en "Zacchia archivio di medicina legale sociale e criminológica", Ottobre-Dicembre, 1972.

BENCIOLINI Y CORTIVO. L'indagine biologica nella ricerca della paternita prospettive di applicazione nel nuovo diritto di famiglia, en "Rivista di diritto civile", 1978.

BESSONE MARIO. Giurisprudenza del diritto di famiglia, casi e materiali a cura di Mario Bessone, raccolti da Massino Dogliotti e Gilda Ferrando, seconda edizione. Dott. A. Giuffré Editore Milano. 1980.

BESSONE - ROPPO. Il diritto di famiglia. Evoluzione storica Principi costituzionali. Lineamen

ti della Riforma. G. Giappichelli. Editore Torino, 1977.

BETTIOL. Senato della Repubblica. VI -
Legislatura, 401 Seduta Assemblea Resoconto Stenografico, 19 Febraio 1975.

BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
in Zivilsachen) = Decisiones del Tribunal federal alemán
para asuntos civiles.

ZPO && 66.640 e IV Zivilsenat Urt. v. 27
Februar 1980 i. s. M. h. (Beke) und A.K. (Nebenintervenient) W HH (KL) iv Zr. 167/78.

BGB 1594 IV Zivilsenat Urt. v. 2 Juli -
1973. Seg (kl) W. Sdg (Beke) IV Zr. 36/72 I Amtsgericht
Sigmaringen II Oberlandesgericht Stuttgart 32 Ehelich
kissandfechtung Frist.

BGB 1594, 203 Abs 2 IV Zivilsenat. Urt.
v. 17 April 1957 i. S. K. (Bekl) IV ZR 311/56. I Land
gericht Koln. II Oberlandesgericht Koln.

Boletín oficial de las Cortes Generales.
Congreso de los Diputados, I legislatura. Serie A, -
proyectos de ley, 14 de Septiembre de 1979. Modifi-
cación del Código civil en materia de filiación, pa-
tria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.
Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A, -
proyectos de ley, 22 de Mayo de 1980, núm. 71-I. In-
forme de la Ponencia. Modificación del Código civil
en materia de filiación, patria potestad y régimen -
económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.
Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A,

proyectos de ley, 1 de Diciembre de 1980, núm. 71-1. Dictamen de la Comisión y Enmiendas. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A, proyectos de ley, 31 de Diciembre de 1980. Aprobación por el Congreso. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Senado. I legislatura. Serie II. Proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24 de Marzo de 1981, núm. 154 (d). Informe de la Ponencia. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Senado. I legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24 de Febrero de 1981, nº 154 (c). Proyecto de ley de modificación del Código civil en materia - de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Senado. I legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 27 de Marzo de 1981, nº 154 (e). Dictamen de la Comisión. Proyecto de ley de modificación del Có digo civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Senado. I legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 8 de Abril de 1981, nº 154 (f). Proyecto de ley de -

modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 123-1. I Legislatura. Proyecto de ley del 13 de Marzo de 1980. Modificación de la regulación del matrimonio en el - Código civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 123-1. I Legislatura. Informe de la Ponencia. Proyecto de ley del 6 de Diciembre de 1980 por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de - nulidad, separación y divorcio.

Boletín oficial de las Cortes Generales.

Senado. I Legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 14 de Mayo de 1981. Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa)

- Acórdão de 2 de Novembro de 1977, processo nº 66832 (Impugnação de paternidade ilegítima). Supremo Tribunal de Justiça. B.M.J., nº 271.

- Acórdão de 30 de Outubro de 1973, processo nº 64646 (Impugnação de legitimidade). Supremo Tribunal da Justiça. B.M.J., nº 230.

- Acórdão de 29 de Janeiro de 1976, processo nº 166/75, Tribunal da Relação de Évora. B.M.J., nº 255.

- Acórdão relação do Porto de 11 de Fevereiro de 1977, B.M.J., nº 266.

- Acórdão de 3 de Junho de 1980, processo nº 68.579. Supremo Tribunal de Justiça. B.M.J., nº 298.

- Acórdão de 28 de Fevereiro de 1969. - Tribunal de Relação de Lisboa, processo nº 14 370/3ª. B.M.J., nº 184.

BROCTEUR Y SALMON. Probability of paternity, exclusion when relatives are involved, en "Amm. J. Hum. Genet". 30, 1978.

BRANCA. (Relazione storica introduttiva). La riforma del diritto di famiglia. Roma Accademia - nazionale dei Lincei, 1978.

CAILLAVET. Proposition de loi, tendant à faire de l'insemination artificielle un moyen de procreation. Senat, première session ordinaire de 1978-1979. Annexe au proces verbal de la seance du 26 Octobre 1978.

CAILLAVET. Insemination artificielle, adoption d'une proposition de loi. Senat. Seance du 5 Juin 1980. París.

CARBONNIER. Derecho civil. Tomo I. Volumen II. Situaciones familiares y cuasifamiliares. Bosch. Barcelona 1961. Traducido de la primera edición francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel María Zorrilla Ruiz.

CARDENTE. La fecondazione artificiele - (introduzione biologica) en "Iustitia". Organo dell'Unione giuristi cattolici italiani, anno III, Febbraio-Marzo 1950.

CASTAN TOBEÑAS. Derecho Civil español común y foral. Tomo V Derecho de familia. Volumen segundo. Instituto editorial Reus. Madrid, 1966.

CASTELLI. Camera dei Deputati Commissione in sede legislativa, seduta del 7 Ottobre 1971. V Legislatura. Quarta Commissione también seduta del - 27 de Ottobre de 1971 (Camera dei Deputati) asimismo, en la seduta 11 Novembre 1971 (Camera dei Deputati).

CASTRO PEREZ. La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad. Editorial Reus. Madrid 1950.

CATTANEO. La filiazione legittima. Milano, 1961.

CELONA. Matrimonio e patrimonio. Fami-

glia e diritto. Ipsoc Informatica, 1977.

CICU. La filiación, primera edición. Madrid. Revista de derecho privado, 1930.

CIPROTTI. La fecondazione artificiale: Problemi giuridici, en "Iustitia". Organo dell'Unione giuristi cattolici italiani, anno III, Febbraio-Marzo, 1950.

COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABRUSSE RIOU. La filiation legitime et naturelle, étude de la loi du 3 Janvier 1972 et de son interpretation. - Dalloz, 1977.

COMPERNOLLE. Les actions relatives a la filiation, aspects de droit judiciaire, en "Annuaire de droit", 1979.

COMPERNOLLE. Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial, en Bibl. Louvain, famille 36. Bruxelles.

COMPORTI Y MARTINI. Paternita e prova biologica. I. Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale, en "Rivista di diritto civile", II, 1978.

Conseil de l'Europe. Rapport explicatif sur la Convention européenne en matière d'adoption des enfants. Strasbourg, 1969.

Conseil de l'Europe, n° 84. European agreement on the exchange of tissue-typing reagents accord européen. Sur l'échange de réactifs pour la détermination des groupes tissulaires. Strasbourg, 24-IX-1974.

Conseil de l'Europe. Rapport explicatif
concernant la Convention sur le statut juridique des
enfants nés hors mariage. Strasbourg 15-Octobre-1975.

Conseil de l'Europe, n° 89. Additional
protocol to the european agreement on the exchange -
of tissus-tying reagents. Protocole additionnel à
l'accord européen sur l'échange de réactifs pour la
determination des groupes tissulaires. Strasbourg,
24-VI-1976.

Conseil de l'Europe, conférence européen
ne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre
1977. Activités législatives des états membres du -
Conseil de l'Europe en matière de droit de la famille
1971-1976. Strasbourg, 1977.

Conseil de l'Europe, conférence européen
ne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre.

Sujet I. Mesures d'integration des enfants dans une nouvelle famille. Strasbourg, 1977.

Conseil de l'Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Stembre 1977. L'obligation des parents envers leurs enfants et l'autorité parentale. Strasbourg, 1977.

Conseil de l'Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre 1977. Conclussion de la conférence. Strasbourg, 1977.

Conseil de l'Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre 1977. Sommaire des travaux du Conseil de l'Europe - dans le domaine du droit de la famille. Strasbourg, 1977.

Conseil de l'Europe. Harmonisation des legislations des Etats membres relatives aux prélève-

ments, greffes et translatations de substances d'origine humaine. Resolution (78) 29 adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 11 Mai 1978 et Expose des motifs, Strasbourg, 1978.

Conseil de l'Europe. Projet de recommandation sur l'insemination artificielle des etres humains. Dir/jur (79) 2. Strasbourg, 5 Mars 1979.

Conseil de l'Europe. Cour européenne des droits de l'homme. Affaire Marckx, arrêt. Strasbourg, 13 Juin 1979, especialmente páginas 4, 9, 10.

Conseil de l'Europe. Affaires juridiques. Le transport et l'échange internationaux de substances d'origine humaine. Recommandation n° R (79) 5, adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 14 Mars 1979 et expose des motifs. Strasbourg 1979.

Conseil de l'Europe. Bulletin d'information sur les activités juridiques au sein du Conseil de l'Europe et dans les Etats membres, 7 Juin 1980.

Conseil de l'Europe. Bulletin d'information sur les activités juridiques au sein du Conseil de l'Europe et dans les Etats membres, 5 Janvier -- 1980.

Conseil de l'Europe. Rapport explicatif concernant la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. Strasbourg, 1980.

Cortes Diario de sesiones del Senado, año 1981, nº 98. Presidencia del excmo. Sr. D^e Cecilio - Valverde Mazuelas. Sesión plenaria núm. 98, celebrada el martes 31 de Marzo de 1981 (proyecto de ley de filiación).

En el mismo sentido, conviene traer a co-
lación la sesión celebrada el 1 de Abril de 1981.

COTTINO. Ricerce della paternita, prova
contraria del presunto padre ed esame dei gruppi san-
guigni. "Foro Padano". Parte prima. Anno IV-nº 1º,
1 Gennaio 1949.

Cuadernos de derecho Comparado. La refor-
ma del derecho de familia. Departamento de Derecho
Civil II. Universidad de Salamanca, 1977.

DAVID. La inseminación artificial huma-
na. Los Bancos de esperma. Extractado del artículo
(Los corresponsales de Jano en el extranjero). "Ja-
no. Medicina y humanidades", nº 375. 1979.

DE ANGEL YAGUEZ. El consentimiento de -
los cónyuges en el acto médico. Problemas actuales

de derecho médico comparado. Ponencia al XXXVI Congreso internacional en lengua francesa de medicina social. (Mesa redonda del 9 de Septiembre de 1980).

DECRETO LEI. Nº 496/77 introduz alterações ao Código civil. Ministerio da Justiça. Diario da Republica. Sexta feira 25 de Novembro de 1977. - Gabinete do Ministro da Justiça, I serie Nº 273, pag. 2818 (6).

DEIANA. Commentario alla riforma del diritto di famiglia. Tomo primo, parte seconda. Padua Cedam, casa editrice. Dott Antonio Milani, 1977 -- (a cura di Luigi Carraro - Giorgio Oppo, Alberto Trabucchi).

DEGOUMOIS. L'évolution de la jurisprudence en matière de filiation paternelle et la protection de l'enfant né hors mariage, en "Recueil offert

au Tribunal fédéral a l'ocassion de son centenaire".
Bâle, 1975.

DE GRAVE. Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII journées d'études juridiques Jean Dabin. "La - Cronique judiciaire". Bruxelles et E. Bruylan. París Libreria general de droit et le jurisprudence, 1978.

DELITALA. La filiazione legittima nei - progetti di riforma, en "Giurisprudenza italiana". Vol. CXXV 1973, parte IV.

DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. --
El HLA. Prueba decisiva en la determinación de la - paternidad. (I) "Tribuna Médica", nº 928, año XIX, 15 de Enero de 1982.

DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. In-
novaciones jurídicas y técnicas en la investigación
biológica de la paternidad (II), en "Tribuna Médica",
22 de Enero de 1982, año XIX. Nº 929.

DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. In-
novaciones jurídicas y técnicas en la investigación
biológica de la paternidad (III) en "Tribuna Médica",
nº 930 año XIX, 29 de Enero de 1982.

DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. In-
novaciones jurídicas y técnicas en la investigación
biológica de la paternidad (IV), en "Tribuna Médica",
Núm. 931. Madrid, 5 de Febrero de 1982.

DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. In-
novaciones jurídicas y técnicas en la investigación
biológica de la paternidad (V), en "Tribuna Médica",
Núm. 932. Madrid 12 de Febrero de 1982.

DE OLIVEIRA. Estabelecimento da filiação.
Livraria Almedina Coimbra, 1979.

DE OLIVEIRA. Impugnação da paternidade.
Boletim da faculdade de direito da Universidade de -
Coimbra, 1979.

DE OLIVEIRA. O direito da filiação na -
jurisprudência recente. Coimbra 1980. Separata do -
número especial do Boletim de direito de Coimbra. Es-
tudos em homenagem ao professor Jose Joaquim Texeira
Ribeiro, 1980.

DEROBERT. Medicine legale. Collection -
médico chirurgicale a revision periodique; Flamma -
rion Sciencies, mise a jour 1980. París.

DIEZ PICAZO Y GULLON BALLESTEROS. Siste-
ma de derecho civil, vol. IV. Derecho de familia y
derecho de Sucesiones. Edit. Tecnos. Madrid, 1978.

DIEZ PICAZO, GULLON FALLESTEROS. Sistema de derecho civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Negocio jurídico. Editorial Tecnos. Madrid, 1975.

DI SALVO. In nuovo diritto di famiglia e delle suessioni. Quarta edizione. Pirole editore. Milano, 1979.

EBENE CORELLI. Riforme in Francia diritto di famiglia. "Rivista di diritto civile", 1976, parte I.

ESPIN CANOVAS. Manual de derecho civil español. Vol. IV Familia. Tercera edición. Editorial Revista de derecho privado. Madrid 1972.

En el mismo sentido, el mismo autor ESPIN CANOVAS. Manual de derecho civil español, vol. IV. - Familia, editorial de derecho privado, editorial de derecho financiero, 1981.

FAIREN GUILLEN. La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal. Anuario de derecho civil, 1950.

FERNANDES RODRIGUES BASTOS. Direito da familia IV, 1979, imprimido tipografía Guerra. Lisboa.

FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO. Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 Maggio 1975, nº 151, vol. II, tomo I, art. 90-130. Giuffrè editore. Milano 1975.

FILETTI. Senato della Repubblica. VI Legislatura, 401 Seduta. Assembleia Resoconto Stenografico, 19 Febraio 1975.

FONT SERRA. La prueba de peritos en el proceso civil español. Editorial Hispano Europea, 1974.

Foro italiano n° 251, 1978, sentenza 20 Gennaio 1978. Asimismo la sentencia del Tribunal de Perugia 7-XI-1977, volume CI, parte I, 149.

FLATTET. Le nouveau droit suisse de la filiation. "Revue internationale de droit comparé", 1977.

FLATTET. Expertises medico-legales et - proces en filiation. Annales faculté droit du Estambul, 1966.

FRACHE. Sulla liceità giuridica della paternità a richiesta dei privati, en "Archivio penale Juris domus", fascicolo I-II, Gennaio-Febrario, 1952. Roma.

GARCIA DE ENTERRIA - FERNANDEZ. Curso de derecho administrativo (I). Editorial Civitas. Madrid 1980.

GARCIA SANCHEZ. La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el derecho civil catalán, en "Revista jurídica de Cataluña", núm. I, Enero-Marzo, 1982.

GEBLER. Le droit française de la filiation et la verité. K. I. 002 B. U. T. París, 1970.

GAUTHIER. Le recherche de la paternité et le desaveu, note de jurisprudence. Tribunal fédéral suisse. Arrêts cités:

II cour civile, 21 Octobre 1965, RO, 91, II, 257

II cour civile, 17 Decembre 1970, RO, 96, II, 314

II cour civile, 7 Octobre 1971, RO, 97, II, 193

II cour civile, 25 Juin 1966, RO, 92, II, 77

II cour civile, 13 Mai 1965, RO, II, 159

"Giurisprudencia costituzionale e civile", corte di cassazione sezione I civile, sentenza 1 Aprile 1977.

Como asimismo, sentenza 12 de Giugno 1975, corte di cassazione nº 2342.

GUIDI. Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa, V Legislatura. Quarta Commissione. Seduta del 7 Ottobre 1971.

También, Camera dei Deputati. V Legislatura, seduta del 27 Ottobre 1971.

"Giustitia civile", corte di cassazione, sez I, 23 Dicembre 1977, nº 5727, 1978. Del mismo modo recogemos la sentencia del 30 de Settembre 1976, en "Giustitia civile", 1978, parte prima.

GOLDET. Senat seance du 5 Juin 1980. In-

semination artificielle. Adoption d'une proposition de loi. París.

GOMES DA SILVA. O direito da familia no futuro Código civil, no "Boletim do Ministerio da Justiça" (B.M.J.), nº 126.

GRANELLI. La azione di disconoscimento di paternita. Milano. Giuffré, 1966.

GROSLIERE. Chronique le desaveu et le contentieux de la presumption de legitimité. "Recueil Dalloz Sirey, 1976.

HADENGUE y otros. Medecine legale. Flammarion Medecine Sciences, 20, rue de Vaugirard. Paris, 1980.

HEGNAUER. Droit suisse de la filiation.

Precis de droit Staempfli. Adaptation française par Bernard Sheneider. Editione Staempfli Cie. Sa. Berne, 1978.

HERRAIZ - IBÁÑEZ. La inseminación artificial. "Revista Algo" nº 348. Diciembre 1979.

HERRERO DEL COLLADO. La inseminación artificial humana ante el derecho penal. Universidad - de Granada. Facultad de derecho, Departamento de derecho penal, 1969.

HOLLEAUX. Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et - français. "Revue international de droit comparée", 1953.

HORSMANS. L'expertise. Examen de jurisprudence au regard de la réglementation nouvelle du

Code judiciaire, en "Journal des Tribunaux", 30 Mars 1968. Bruxelles.

HUET WEILLER. Reflexions sur l'indisponibilité des actions relatives a la filiation à propos de quelques décisions recentes. Chonique XLII. "Recueil Dalloz Sirey", 1978.

IOTTI LEONILDE. Camera dei Deputati, Commissioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Commissione. Seduta dell 11 novembre 1971.

KRAUSE. International encyclopedia of comparative law. Under the auspices of the international association of legal science. Volume IV. Persons and family. Chapter 6. Creation of Relationships of Kinship. 1976 Mouton, the hague, Paris.

LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA -

SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA, RIVERO HERNANDEZ. El - nuevo régimen de la familia. II Filiación, patria - potestad, economía del matrimonio y herencia familiar. Editorial Civitas, primera edición, 1981.

LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA - SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA, RIVERO HERNANDEZ. La - reforma del derecho de familia del Código civil espa- ñol. Fascículo I, régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad. Secretaría de Estado pa - ra el desarrollo constitucional. Instituto nacional de Prospectiva, 1979.

LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA - SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA, RIVERO HERNANDEZ. El - nuevo régimen de la familia. I Matrimonio y divorcio. Cuadernos Civitas, primera edición, 1982.

LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA. Dere- cho de familia. I Librería Bosch. Barcelona, 1978.

LAURE RASSAT. Propos critiques sur la -
loi du 3 Janvier 1973 portant réforme du droit de la
filiation, en "Revue Trimestielle de droit civil", -
1973.

Loi du Avril 1979 portant réforme du droit
de la filiation. Doc parl N° 2109, sess ord 1977-1978
et 1978-1979. Imprimerie de la Cour Victor Buck, s.
a.r.l., Luxembourg.

LOPEZ GOMEZ Y GISBERT CALABUIG. Trata-
do de Medicina legal. Editorial Saber Hospital 16.
Valencia. 1962.

LOPEZ Y LOPEZ. La posesión de estado fa-
miliar. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho
N° 12. Sevilla 1971.

MAGNANI NOJA. La riforma del diritto di famiglia ad un anno dalla sua applicazione. Convegno nazionale promosso da comune di Bologna, 14-15-16 Gennaio 1977, volume primo. Camera dei Deputati 13 Lug. 1977. Biblioteca R 4906/77 Bologna documenti del comune. Febbraio 1977, n° 2 mansile.

MAJELLO. "Rivista di diritto civile". - (II). 1974. La Riforma del regime della filiazione - nel diritto francese.

MARIANI. Senato della Repubblica. VI Legislatura, 401 Seduta. Assembles Resoconto Stenografico, 19 Febbraio 1975.

MARTINI. Relazione al testo unificato - presentato alla Camera dei Deputati, en II nuovo di-ritto di famiglia, programma dc/7. II progetto di legge approvato dalla Camara dei Deputati per la Riforma del Diritto di Famiglia. L'iniziativa della DC,

le indicazioni per il suo complemento legislativo e per una organica politica della famiglia. Roma, 23 Luglio 1971. Edizioni cinque lune.

MARTINI. Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Commissione. Seduta del 27 Ottobre 1971.

MARTY-RAYNAUD. Droit Civil, 2^a ed., tome 1, vol. 2 Paris Sirey; 1967.

MASSIP, MORIN, AUBERT. La réforme de la filiation. Commentaire de la loi n° 72-3 du 3 Janvier 1972, 3^a edition.

MASSIP. Le rôle des expertises biologiques dans le proces de filiation. "Recueil Dalloz - Sirey", 1977.

MARTINEZ VAL. La eutelegenesia y su tratamiento penal. Publicaciones del Instituto de estudios manchegos. Madrid 1954.

MASSON. Le régime juridique des actions relatives a la filiation. "Annuaire du droit" (Ann. Dr.), 1979.

MEULDERS KLEIN. Le secret de la maternité en "Journal des Tribunaux", 19 Juin 1976. Bruxelles.

MEULDERS KLEIN. Le secret de la maternité, en "Journal des Tribunaux", 26 Juin 1976. Bruxelles.

MEULDERS KLEIN. La réforme du droit de la filiation en Belgique. Le contexte et les lignes de force du projet, n° 305 en "L'annuaire du droit". Lovaina. Namur, 4-X-1979.

MEULDERS KLEIN. La réforme du droit de la filiation en Belgique. Analyse du projet de loi n° 305, "Revue droit famille", 1979.

MESSAGE. Du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (Filiation), du 5 Juin 1974. Tribunal fédéral.

MEZA BARROS. Manual de derecho de familia. Tomo II. Editorial jurídica de Chile 1979, segunda edición actualizada.

MEZARD. Insemination artificielle. Adoption d'une proposition de loi. Senat Seance du 5 Juin 1980.

MEZARD. Proposition de loi tendant à faire de l'insemination artificielle un moyen de procrea-

tion. Senat. Première session ordinaire de 1978-
-1979. Annexe au proces verbal de la séance du 26
Octobre 1978.

MCITINHO DE ALMEIDA. La filiation dans
la réforme du Code civil portugais du 25 Novembre 1977.
Lisboa 1979, separata do Boletim do Ministerio da Jus
tiça, nº 285

MOSCO. Diritto di famiglia. Cacucci, -
editore Bari, 1977.

MULLER, SALMON Ch, SALMON D, SEGER. Pload
groups, protein markers and HLA groups in paternity
testing. Centre National de Transfusion sanguine, -
53. Paris s.d.

New Juristische Worchenschrift (N.J.W.)=
Nueva Revista semanal de derecho. BGB && 823, 826;

echeg && 29, 33, 37. Schadenser des -
 Sheinvaters. BGH, Urt. v. 8-IV-1981. IV b ZR 584/80
 (Hamm). NJW 1981, Heft 27 1445.

NICOLO. La filiazione illegittima nel -
quadro dell art. 30 della Costituzione. Democrazia e
 diritto "Rivista Critica di diritto e Giurisprudenza".
 Anno 1 n° 2, Aprile-Giugno 1960.

ONECHA SANTAMARIA. Valoración de la prue-
ba en el proceso civil, en "Pretor", 1971.

PADULA. Camera dei Deputati. Commissio-
ni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Commis-
 sione. Seduta del 7 Ottobre 1971.

PELLETIER. Insemination artificielle. -
 Senat - Seance du 5 Juin 1980 (adoption d'une propo-
 sition de loi).

PENNACCHINI. Camera dei Deputati. Commis-
sioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Com
missione. Seduta del 7 Ottobre 1971.

PENNACCHINI. Camera dei Deputati. Commis-
sioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Com
missione. Seduta del 27 Ottobre 1971.

PENNACCHINI. Camera dei Deputati. Commis-
sioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Com
missione. Seduta del 11 Novembre 1971.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Necesidad de la
reforma del Código civil español en materia de filia-
ción. Estudios de derecho civil. Editorial Universi
dad Buenos Aires, 1980.

PEREZ ARDA. Artículo 113 del Código ci-
vil, en "Revista de legislación y jurisprudencia". -
1919, segundo semestre.

PORTUONDO Y ECHANOJAUREGUI. Inseminación artificial con semen del donante (I.A.D.). Aspectos Generales. Texto de divulgación concebido para información de la población general y redactado por el Comité organizador del I Simposium nacional sobre Inseminación artificial heteróloga y Bancos de conservación del semen para facilitar la labor de la prensa, radio, T.V., y demás medios informativos. Bilbao 24 de Noviembre de 1979.

PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI, FERNANDEZ LLERAZ. Requisitos previos para la inseminación artificial heteróloga. Trabajo realizado en la unidad de fertilidad y reproducción humana. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Ciudad sanitaria "Enrique Sotomayor" de la Seguridad Social. Universidad autónoma de Bilbao, 1979.

PORTUONDO Y ECHANOJAUREGUI. Organización de un programa de inseminación artificial humana. -

Presentado al Simposium internacional sobre inseminación artificial humana. París 9-11 de Abril de 1979.

PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI, FERNANDEZ LLEBREZ. Inseminación artificial humana con semen fresco de donante. Universidad autónoma de Bilbao, 1979.

PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI. Inseminación artificial con semen de donante. Un programa hospitalario. Universidad autónoma de Bilbao, 1979.

Projet de loi portant réforme du droit de la filiation. Chambre des députés. Session ordinaire 1975-1976. Service Central des Imprimés de l'Etat. Luxembourg.

Projet de loi portant réforme du droit de la filiation. Chambre des députés. N° 2020¹. Session ordinaire 1977-1978. Proposition d'amendement

du gouvernement. Service Central des Imprimés de l'Etat.
Luxembourg.

Projet de loi portant réforme du droit de
la filiation. Chambre des députés N° 2020². Session
ordinaire 1977-1978. Rapport de la Commission juri-
dique. Service Central des Imprimés de l'Etat. Lu-
xembourg.

Projet de loi portant réforme du droit de
la filiation. Chambre des députés. N° 2020³. Session
ordinaire 1978-1979. Avis du Conseil d'Etat. Servi-
ce Central des Imprimés de l'Etat. Luxembourg.

Projet de loi portant réforme du droit de
la filiation. Chambre des députés. N° 2020⁴. Session
ordinaire 1978-1979. Depeche du ministre de la Justi-
ce au ministre d'Etat, president du gouvernement. Ser-
vice Central des Imprimés de l'Etat. Luxembourg.

Projet de loi portant modification de la loi du 13 Avril 1979 portant réforme du droit de la filiation. Chambre des députés N° 2500. Session ordinaire 1980-1981. Luxembourg.

PUIG BRUTAU. Fundamentos de derecho civil. Tomo IV, volumen II, Bosch, casa editorial Urgel 51 bis, Barcelona, 1970.

RAYNAUD. La presomtion de paternité legitime dans la jurisprudence recente, en Melanges Roubier. Paris, Dalloz Sirey, 1961.

"Recueil Dalloz Sirey" 1977, Paris, 16 Decembre 1976.

Cour de cassation, 1 Ch civ 16 Fevrier - 1977. ("Recueil Dalloz Sirey" 1977)

Tribunal de Grande Instance de Paris, 14 Mai 1974, 1 Ch MM Gaschet Montanier 1 subs Massot et

Louvet, en "Recueil Dalloz Sirey" 1977.

Arrêt de la cour d'appel de Paris, 1 Ch
du 5 Mai 1978 en "Recueil Dalloz Sirey" 1978, Chronique
XLII.

Tribunal de Grande Instance de Niza, 30
Juin 1976 en "Recueil Dalloz Sirey" 1977.

"Recueil officiel des arrêts du Tribunal
fédéral" (A.T.F.).

ATF 83, II, 171, 16 Mai 1957

ATF 61, II, 301,

ATF 86, II, 316, 27 Octobre 1960

RO 96, II, 314, II cour civile 17 Decembre 1970

RO 88, II, 393, II cour civile 7 Decembre 1962

RO 87, II, 281, II cour civile 7 Decembre 1961

RICHTER, SGROI. Delle persone e della famiglia (Commentario del Codice civile), 2ª edizione, Torino, 1967.

RIGAUX. Le droit belge de la filiation après l'arrêt Marckx. Rapport de synthèse en "Annales de droit", 1979. Belgique.

RIVERO HERNANDEZ. La presunción de la paternidad legítima. Editorial Tecnos, 1971.

"Rivista di diritto processuale", corte di cassazione I sez. civ. 4 III 1960, Nº 1.

RUIZ VADILLO. Aspectos jurídicos de la inseminación artificial. I Simposium nacional sobre inseminación artificial heteróloga y Bancos de conservación de semen. Cruces (Baracaldo), Vizcaya; Hospital. 24 de Noviembre de 1979.

RUIZ VADILLO. La filiación y la Constitución. Centro de Estudios sociales del Valle de los Caídos. Madrid 1981.

RUSSO, en "Rivista di diritto civile", - 1974, II. La riforma del regime della filiazione nel diritto francese.

SALMON Ch., SALMON D. La preuve scientifique de la paternité, expertises sanguines et calcul de probabilité. "Annales de droit". Tomo XXXIX, 37, IV, 1979.

SALMON BONNEROT. Aide au diagnostic de paternité à partir des marqueurs du polymorphisme génétique, étude méthodologique application à l'analyse d'un échantillon de familles. Thèse pour le doctorat d'état en Biologie humaine. Université Pierre et Marie Curie (Paris VI). Faculté de Médecine. Pitié Salpêtrière, 1977.

SALMON Ch., SALMON D. La preuve scientifique de la paternité, expertises sanguines, et calcul de probabilité. "Extrait des annales de droit". Tome XXXIX, 1979.

SALMON BONNEROT. Indice de paternité, - application à un échantillon de 48 trios, père présumé mère - enfant. Etude de la relation entre probabilité et pourcentage d'exclus. "Revue française de - transfusion et d'immuno hematologie", tome XXI-n° 1, 1978.

SALMON D., SEGER J., SALMON Ch. Expected and observed proportion of subjects excluded from paternity by blood phenotypes of a child and its mother in a sample of 171 families; an "Am J Hum Genet", - 1980.

SALMON BONNEROT. Decision rules for paternity diagnosis. Centre national de transfusion sanguine. Paris, s.d.

SANTORO-PASARELLI. La riforma del diritto di famiglia, I rapporti personali tra coniugi e tra genitori e figli. Roma. Accademia nazionale dei Lincei, 1978.

SAVATIER. Le projet de loi sur la filiation. Mystique ou réalisme?. Filiation naturelle et filiation legítime. Doctrine, 1971. SJ/G-I-20. 2400.

SCYBOZ. La recherche de la paternité et le desaveu.

RO 88, II, 65, 23 Mai 1962.

ATF 87, II, 65, también recogido en "Journal des Tribunaux" (Jt), 1961.

Senat de Belgique. Expose des motifs. -
Session 1977-78, 15 Fevrier 1978. Projet de loi mo-
difiant diverses dispositions legales relatives à la
filiation et à la adoption.

Senat de Belgique. Modifications aux dis
positions du livre I, titre VII du Code civil, du la
paternité et de la filiation (1977-1978).

Senat de Belgique. Proposition de loi -
apportant diverses modifications aux titres II, III,
V, VII, VIII, IX et X du livre premier et aux titres
I et II du livre III du Code civil. Session extra--
ordinaire de 1979.

SPAGNOLI. Camera dei Deputati. Commis-
sioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta -
Commissione. Seduta dell 7 Ottobre 1971.

SPAGNOLI. Camera dei Deputati. Commis-
sioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta -
 Commissione. Seduta dell 27 Ottobre 1971.

SPAGNOLI. Camera dei Deputati Commissio-
ni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Com-
 missione. Seduta dell 11 Novembre 1971.

TAMBURRINO. La riforme relative alla fi-
liazione. Lineamenti del nuovo diritto di famiglia
 italiano, seconda edizione. Unione tipografico, edi-
 trice Torinese, 1978.

TARTAGLIONE. L'azione di disconoscimen-
to di paternità e i suoi limiti. Proposte di riforme
 legislativa, en "Monografia e varieta".

TEDESCHI. La prova del sangue nelle con-
troversie sulla paternità, en Jurisprudenza italiana.

Unione tipografico, editrice Torinese, 20 Gennaio -
1931.

TERESI. Rapporti personali nella fami -
glia. Consiglio superiore della Magistratura. Incon -
tro di studio e documentazione per i magistrati. Ro -
ma. Arti. Grafiche jasillo, 1980.

TRABUCCHI. Presupposti e prove biologi -
che dell rapporto di filiazione, en "Rivista di diri -
tto civile", II, 1978.

TRABUCCHI. Sulla trasmissibilità dell -
azione di disconoscimento della paternità, en "Giu -
risprudenza italiana", I, 1947.

THERET. L'insemination artificielle de
la femme et le droit II, thèse pour le doctorat d'état
en droit, présentés et soutenue publiquement par The -
ret, 28 Octobre 1980. Université de droit d'économie

et de Sciences Sociales de París.

VALDES. La procreación irregular y el derecho. Editorial nacional S^a Agustín. Madrid, - 1972.

VALENZUELA ESTAY. Investigación de la paternidad. Editorial Jurídica de Chile 1966. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Seminario de derecho penal y Medicina legal.

VECIANA. La eutelegenesia ante el Derecho Canónico. Bosch. Barcelona, 1957.

VIDAL MARTINEZ. El hijo legítimo, su concepto y determinación en el Código civil español. Editorial Montercorvo S.A., 1974.

VILLANUEVA - CASTELLANO. La investigación de la paternidad ante la nueva perspectiva constitucional. III Congreso de Medicina legal y Social. Madrid, Diciembre, 1979.

VISMARA. Il diritto di famiglia in Italia dalle riforma ai Codici. Appunti. Milano-Dott A Giuffrè Editore, 1978.

WOLFCARIUS. De l'indisponibilité de l'état et de la filiation, observations a propos de l'arrêt prononcé le 10 Novembre 1977 par la cour de cassation, en "Revue droit de famille", 1978.

ZATTI. Il diritto di famiglia nei progetti di riforma, en "Rivista diritto civile" II, 1970.

I N D I C E

	pag.
INTRODUCCION.-	1
NOTAS A LA INTRODUCCION.-	19
CAPITULO PRIMERO.- LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.	31
<u>Sección 1ª.-</u> Introducción jurídico social.	32
<u>Sección 2ª.-</u> Planteamiento del objeto de la presunción de la paternidad.	37
<u>Sección 3ª.-</u> Iter legislativo en relación con el precepto de la presunción de paternidad matrimonial.	40
<u>Sección 4ª.-</u> Examen del régimen legal de la presunción de paternidad matrimonial.	48
<u>Sección 5ª.-</u> La presunción de la paternidad matrimonial en el Derecho comparado.	59

pag.

Sección 6ª.- Omisión de la ausencia legal en el precepto legal. 63

Sección 7ª.- Imposibilidad psicológica de cohabitar y los efectos legales de la residencia separada de los cónyuges. 70

Sección 8ª.- Posibilidad de inscripción del hijo que tiene la posesión de estado a madre, omitiendo el nombre del marido de ésta. 94

Sección 9ª.- Dies certus en el momento o período crítico de la concepción. 111

Sección 10ª.- La presunción relativa de la paternidad. 123

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO.- 141

CAPITULO SEGUNDO.- LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL. 164

Sección 1ª.- Principios básicos de la acción de impugnación de la paternidad. 165

Sección 2ª.- Iter legislativo de la evolución del articulado sobre impugnación de la paternidad matrimonial. 169

Sección 3ª.- La extensión de la legitimación activa a la madre. 186

Sección 4ª.- Legitimación activa concedida al Ministerio Fiscal en la impugnación de la paternidad matrimonial. 222

Sección 5ª.- La omisión de la legitimación activa a los padres cuando el hijo no tenga la posesión de estado de filiación matrimonial. 246

Sección 6ª.- Legitimación activa concedida al marido y al hijo. 252

Sección 7ª.- Legitimación pasiva en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. 266

Sección 8ª.- La problemática de los plazos en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. 281

Sección 9ª.- Suspensión del plazo en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. 335

Sección 10ª.- Problemática acerca de la transmisibilidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. 350

Sección 11ª.- Efectos de la impugnación de la paternidad matrimonial en el status del hijo. 394

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO.- 404

CAPITULO TERCERO.- LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL. 482

pag.

Sección 1ª.- Problemática general en orden a una impugnación de la paternidad cuando hubiese acontecido una inseminación artificial ad hoc.

483

Sección 2ª.- Polémica suscitada a tenor del presumible consentimiento - exigible a la mujer del donante anónimo en la inseminación artificial heterológica; su relación con el previsible ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

511

Sección 3ª.- Examen del Derecho comparado en torno a la institucionalización del fenómeno de la inseminación artificial. Postura de nuestro Derecho. - Crítica.

523

Sección 4ª.- Estado de las principales cuestiones que puedan presentarse, doctrinal y jurisprudencialmente, - en orden a la relación entre la inseminación artificial y la impugnación de la paternidad.

538

-Principal problemática en la adaptación del fenómeno inseminatorio al principio de la verdad biológica real, ¿la inseminación artificial sustituto a posteriori de la adopción?

539

-Replanteamiento acerca de la polémica sobre la identidad del donante, el anonimato y el secreto. La sucesión hereditaria y la inseminación artificial.

550

pag.

-La inseminación artificial ante la regulación del matrimonio vis a vis la impugnación de la paternidad. 561

-Los vicios del consentimiento en la inseminación artificial y la impugnación de la paternidad. 571

-La influencia entre - instituciones jurídicas como la ausencia y la declaración de fallecimiento y la inseminación artificial. La problemática registral. 578

-La relación existente entre la condición y el término y el fenómeno inseminatorio. 584

NOTAS AL CAPITULO TERCERO.- 593

CAPITULO CUARTO.- LA APORTACION DE LAS PRUEBAS BIOLOGICAS EN LOS PROCESOS DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. 616

Sección 1ª.- La admisión de las pruebas biológicas en los procesos de paternidad. ¿Cualquier peritaje biológico, o sólo los métodos científicamente comprobados?. 617

Sección 2ª.- La negación a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de investigación de la paternidad. 631

Sección 3ª.- Las consecuencias de una libre práctica extrajudicial en el tema de la impugnación de la paternidad.

644

Sección 4ª.- La convicción judicial ante la problemática de la absolutividad o relatividad de las pruebas biológicas. Influencia de la sana crítica judicial en los dictámenes periciales biológicos.

669

NOTAS AL CAPITULO CUARTO.-

715

APENDICE.-

728

Sección 1ª.- Contenido y estructuración del informe pericial biológico de los procesos de paternidad.

729

Sección 2ª.- Sistematización metodológica de las distintas pruebas biológicas en los procesos de impugnación de la paternidad.

741

-Prueba de maduración fetal.

744

-Prueba antropológica y heredobiológica.

759

-Prueba hematológica-serológica.

783

_Alelos silenciosos y amorfos.

796

_Sistema tisular (HLA)

800

	pag.
-Prueba positiva de la paternidad (prueba seroestadística).	826
-La prueba de la secreción salivar.	857
NOTAS AL APENDICE.-	860
CONCLUSIONES.-	876
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.-	916
INDICE.-	971

