

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

EL VÍNCULO FAMILIAR DEL CÓNYUGE O PAREJA COMO FUNDAMENTO DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR COMO TESTIGO

Enrique Marí Farinós

-Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción
n.º 1 de Castellón.

-Doctor en Derecho

VALORACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE LA NEGATIVA DEL DEMANDADO A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

Manuel Ángel Gómez Valenzuela

■ **Foro Debate:**
¿Cuándo podríamos
interponer un
procedimiento de
ejecución en aras al
cumplimiento de las
nuevas medidas?

■ **Reproducción
asistida y unión de
hecho (parte II)**

■ **El cónyuge
divorciado como
heredero en un
testamento que
nunca se revocó una
sentencia del supremo**

■ **Abogados S.XXI Tres
Ideas para el descanso
del abogado**

“LEX ARTIS” VERSUS “FERIAE AESTATE”

Sin duda, Agosto es el mes más anhelado para toda nuestra Familia ICAV..., hasta que, sin más, los temidos art. 184.2 de la LOPJ, y 131 de la LEC, aparecen en escena, y acaban de golpe con la idílica imagen de nuestras merecidas vacaciones.

La “sombra” de la habilitación de días, y horas inhábiles, efectuada de oficio por los Tribunales, bajo la alegación de “causa urgente que lo exija”, y el señalamiento de vista para actuaciones urgentes, nubla tus expectativas de “un verano en paz”...

La “lex artis” nos exige que realicemos nuestras funciones con una diligencia óptima, y actuemos atendiendo a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto (art. 42 del Estatuto General de la Abogacía Española), mientras que el tiempo de descanso, se convierte en “obligado”, para enervar uno de los principales problemas de los abogados en ejercicio: el estrés y la ansiedad, algo que preocupa, y que sufren, muchos abogados.

Y es que en general, la vida profesional en un despacho de abogados es muy exigente, y con poco margen para la conciliación con la vida personal.

Tenemos una “profesión estresante”, porque el trabajo que se dedica al conflicto humano, devenido en jurídico, * atiende al sufrimiento de personas (clientes) que se sienten agraviadas, - lo estén o no -, * atiende a seres humanos en conflicto que además, exigen una solución rápida para que se restablezca ese derecho que ellos sienten que les ha producido una lesión jurídica, y que viven con gran angustia psicológica.

Organización y manejo del tiempo, plazos, vistas, reuniones, competencia

y dificultad en la captación de clientes, estudio y preparación, tensiones con los clientes, “malas” sentencias..., tienen un costo individual muy alto para el abogado, que a veces no sabe canalizar, y activa una cadena de estrés que se manifiesta incluso con síntomas físicos (¿quién no ha acabado su día con dolor de cabeza, de músculos, con preocupación, incluso miedo o culpa?)

Y con todo, amamos esta profesión, en la que creo que **tenemos mucho que aprender de nuestros jóvenes abogados**, cuyo cambio de mentalidad, tanto tiene para aportarnos: las nuevas generaciones, los 'millennials' y la generación Z, nos están enseñando que quieren tener una vida personal plena: “trabajar para vivir y no vivir para trabajar”.

Dijo Heráclito: “No conocerían el nombre del bien, si su opuesto no existiera”, de modo que, para todos aquellos a los que la “habilitación de días y horas inhábiles” no os ha visitado este año judicial, **¡os deseamos unas magníficas vacaciones!**



Palmira Trelis Martín
Presidenta Sección de Derecho de Familia ICAV

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 8 Agosto 2019

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Plaza Tetuán 16- 46003 Valencia Tel. 96 3942887 E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín [Colaboradores] José Ramón de Verda y Beamonte, Manuel Ángel González Valenzuela, José Manuel Serrano Yuste, Enrique Marí Farinós, José Manuel Gómez Gabriel, Alicia Serrano santonja, Saturnino Solano, Joaquín Fuertes Lalaguna, María Jesús Romero Bella, Julia Valcárcel Rodríguez, Blanca Salinas Cantó, Vicente Escribano Barberá, Rosario Sevillano Álvarez, Paula Grau Belda, Julia Claudia Utrillas Borrell, Carlos Gimeno Tormos [Imágenes] por Creative Commons

[Diseño y Maquetación] Comunicación Desarrollo www.comunicaciondesarrollo.com

E-mail: hola@comunicaciondesarrollo.com **ISSN 2659-3122**

Las opiniones que figuran en la publicación “FAMILIA y SUCESIONES ICAV” pertenecen exclusivamente a sus autores.

4 El vínculo familiar del cónyuge o pareja como fundamento de la dispensa del deber de declarar como testigo

Enrique Marí Farinós

14 Reproducción asistida y unión de hecho (parte II)

José Ramón de Verda y Beamonte

23 Desayunos ICAV
Problemas de filiación derivados de la reproducción asistida.
Maternidad Subrogada

28 El cónyuge divorciado como heredero en un testamento que nunca se revocó una sentencia en el supremo

José Manuel Serrano Yuste

10 FORO DEBATE:
¿Cuándo podríamos interponer un procedimiento de ejecución en aras al cumplimiento de las nuevas medidas?

20 Abogado del S. XXI
Tres ideas para el descanso del abogado

Saturnino Solano

24 Valoración por los tribunales de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación

Manuel Ángel Gómez Valenzuela

30 Life
Peñíscola, una joya en el Mediterráneo

EL VÍNCULO FAMILIAR DEL CÓNYUGE O PAREJA COMO FUNDAMENTO DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR COMO TESTIGO



Enrique Marí Farinós

- Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Castellón.
- Doctor en Derecho.

En el ámbito del procedimiento penal el testimonio de la pareja puede ser de indudable importancia para conseguir la condena del agresor puesto que en muchas ocasiones será la única prueba o la más importante dado que los actos violentos pueden producirse en la intimidad del hogar familiar y sin la presencia de terceras personas.

Así la importancia del testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado ha sido puesto de relieve en numerosas resoluciones judiciales **(1)**, señalando expresamente el TS que para que el mismo constituya prueba de cargo debe valorarse:

1) La ausencia de incredibilidad subjetiva de las relaciones procesado-víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de su eficacia probatoria.

2) La verosimilitud de la declaración, debiendo estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

Y **3)** persistencia en la incriminación de forma que sea prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones **(2)**.

Sin olvidar que como señala la STS de 13 de diciembre de 2006 la Jurisprudencia del TS “no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demuestra su concurrencia haya de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaran, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe.



Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos”.

En parecidos términos se pronuncia la STS de 23 de septiembre de 2008 que afirma que se trata de “criterios de valoración”, los cuales “ni tienen carácter exhaustivo, ni son reglas de valoración, sino razonamientos que pueden ser útiles en la expresión de una valoración”.

Siendo doctrina jurisprudencial consolidada que la declaración de un solo testigo, aún cuando sea la propia víctima constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado **(3)**.

En este sentido la STS de 30 de enero de 1999 señala que las declaraciones de la víctima tienen valor de prueba testifical y son hábiles

por si solas para desvirtuar la presunción de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos, bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa **(4)**.

El procedimiento judicial se puede iniciar por denuncia presentada por las propias víctimas en sede policial o judicial, siendo frecuente que posteriormente ellas mismas retiren la denuncia (dado que pudieron en su día no denunciar los hechos conforme al artículo 261 LECRIM), o que no declaren contra su agresor acogiéndose a su derecho constitucional a no declarar (artículo 24 CE), bien en la fase de instrucción al amparo del artículo 416 LECRIM o bien en la fase de Juicio Oral al amparo del artículo 707 LECRIM, con los problemas que ello suscita.



La problemática derivada de los artículos 261 y 416 LECRIM es doble, por un lado introducen excepciones a la genérica obligación de todos los ciudadanos de denunciar la comisión de hechos constitutivos de delito, y por otro, excluyen la obligación de declarar ante el Juez que les ha citado para testificar sobre lo que conozca en relación con el hecho investigado.

En la práctica de los Juzgados, por ejemplo en materia de violencia de género, es usual que la mujer que formuló denuncia (5) ante la Policía, una vez se encuentre ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o, en su caso, ante el Juzgado de Instrucción no declare contra su agresor (artículo 416 LECRIM). También cabe la posibilidad de que no ejercite esta dispensa en fase de instrucción y lo haga posteriormente en el acto del Juicio Oral (artículo 707 LECRIM), con lo que en la práctica ostenta un enorme poder de disposición sobre el resultado final del procedimiento penal, y en la mayoría de las ocasiones tal actitud tiene como consecuencia directa o el sobreseimiento provisional de las actuaciones, si se carece de otros medios de prueba, o la absolución del imputado al no disponer de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del mismo.

De manera que el ejercicio de esta dispensa

legal puede implicar la transformación de un delito público en un delito privado y también se configura como una especie de perdón que debería resultar irrelevante desde el punto de vista del Derecho penal, pero sin duda una de las cuestiones más importantes en esta materia es determinar el momento en que debe exigirse la vigencia del vínculo parental para la aplicación del art. 416.1 LECRIM.

En teoría cabrían dos opciones:

1) Entender que debe concurrir tal vínculo en el momento en que el testigo tiene que declarar (ante la policía, el Juez o el Ministerio Fiscal), con independencia de si existía o no en la fecha de comisión de los hechos punibles.

Fue en principio el criterio mayoritario el que consideraba que sólo era aplicable la dispensa a las personas que en el momento en que se solicitaba su declaración conservaban con el investigado algún de los vínculos enumerados en el art. 416 LECRIM (6)

Pero este planteamiento no explicaría como puede atenderse al tiempo del proceso para determinar la subsistencia de la obligación de declarar, cuando se atiende al tiempo de los hechos para la protección penal de la persona vinculada por esa relación y también en su caso, para eximirla de la

2) Considerar que es suficiente con que concurra en el momento de la comisión del hecho justiciable, aunque no concurra en el momento de prestar declaración.

Los partidarios de esta opción la justifican en base a que el testimonio puede comprometer la intimidad familiar existente al tiempo de los hechos.

La opción por un criterio u otro tiene evidentes consecuencias sobre el resultado final del procedimiento, atendida la importancia de dicha declaración para acreditar la comisión de los hechos delictivos.

Así se ha sostenido que la dispensa sería ejercitable si el vínculo existía en el momento en el que testigo accedió a la información, cuando se produjo el hecho, con independencia de que concurriera o no cuando efectúe su declaración. Aunque dicha opción ya fue cuestionada por la STS de 4 de abril de 2008 que exigía la existencia del vínculo en el momento de la declaración del testigo.

Este criterio vuelve a ser corregido por la STS de 26 de enero de 2010 que afirma “que no procede la dispensa cuando se ha roto la relación de parentesco”.

En cambio la STS de 14 de mayo de 2010

señala que “no puede vincularse dicho derecho con la subsistencia de los lazos de afectividad o incluso con la convivencia”, debiendo estarse al momento de los hechos cuando comprometa a la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los mismos.

La mayoría de los órganos judiciales entendieron que para acogerse al derecho a no declarar debía existir el vínculo exigible en el momento de prestar tal declaración de forma que si el testigo estaba divorciado o ya no tenía la relación sentimental con el imputado en el momento de declarar no podía acogerse a la dispensa, aunque el TS matizó que también podían acogerse al derecho a no declarar quién estaban ligados por matrimonio o relación sentimental análoga al ocurrir los hechos delictivos y se divorciaron o cesaron la relación sentimental posteriormente antes del momento de declarar.

Esta evolución jurisprudencial ha llevado a extender el fundamento de la dispensa del deber de declarar más allá del vínculo de solidaridad y de familiaridad existente entre los sujetos afectados, incluyendo también como ratio de la misma el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar o asimilado con invocación del artículo 18 de la CE.





En este sentido se pronuncia la STS de 26 de marzo de 2009 y la STS de 14 de mayo de 2010 que señalan expresamente que la ruptura del matrimonio o de la afectividad no impide acogerse a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos, lo que suele ser relativamente habitual.

Pero finalmente las dudas prácticas existentes al respecto y los vaivenes jurisprudenciales relatados han sido resueltos en la actualidad por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de unificación de doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013.

Dicho Acuerdo señala que “la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo este personado como acusación en el proceso”.

Y en línea con lo expuesto, posteriormente el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de

unificación de doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018 vuelve a matizar el alcance de la dispensa del art. 416 LECRIM afirmando que:

“1. El acogimiento, en el momento del Juicio Oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECRIM) quién, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”.

Por consiguiente debe entenderse que si la pareja está personada en el procedimiento penal como acusación particular no puede acogerse en el acto del Juicio Oral en el momento de su declaración a su derecho a no declarar al amparo del art. 416.1 LECRIM, a no ser que como cuestión previa con anterioridad al comienzo de la Vista se aparte del procedimiento, estando por tanto obligada a declarar con las consecuencias legales inherentes en caso de incumplir su obligación de declarar (falso testimonio/desobediencia), de las que deberá ser advertida por el Juez correspondiente.

REFERENCIAS DEL ARTÍCULO DE ENRIQUE MARÍ FARINÓS EL VÍNCULO FAMILIAR DEL CÓNYUGE O PAREJA COMO FUNDAMENTO DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR COMO TESTIGO

1. SSTTS 26 de mayo de 1992 y 5 de junio de 1992, y SSTC 30 de noviembre de 1989 y 22 de julio de 1987.
2. SSTTS 31 de octubre de 2011 y 15 de marzo de 2012.
3. SSTTS 7 de octubre de 1998 y 23 de diciembre de 2011, y STC 28 de febrero de 1994.
4. Así la STS de 6 de marzo de 2019 señala una serie de criterios orientativos para valorar la declaración de la víctima como testigo cualificado dada su condición de sujeto pasivo del delito, reproduciendo los criterios señalados en la STS de 13 de junio de 2018.
5. La STS de 2 de abril de 2019 pone de relieve las connotaciones especiales derivadas de la denuncia dirigida contra quién es su pareja y el padre de sus hijos, que además incluso puede ser su sustento económico, señalando “que no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables”.
6. En este sentido se pronuncian la SAP de Tarragona de 12 de enero de 2007, las SSAP de Madrid de 21 de septiembre y 5 de octubre de 2006, de 30 de abril de 2007 y de 3 de marzo de 2008, y la SAP de San Sebastián de 1 de diciembre de 2008.

Dictada sentencia en un procedimiento de modificación de medidas,

-¿Cuándo podríamos interponer un procedimiento de ejecución en aras al cumplimiento de las nuevas medidas?

-¿Tenemos un plazo para ello?



Alicia Serrano Santonja

ABOGADA Y MEDIADORA

Las resoluciones obtenidas en los procesos de familia son ejecutables y exigibles de manera inmediata desde el momento en que se adopten, con independencia de si se recurren o no.

Nos encontramos con procesos en los que se establecen medidas que afectan a los hijos habidos en común, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las garantías a establecer entre los cónyuges en situación de crisis matrimonial, no siendo procedente quedar a la espera a la firmeza de la sentencia para poder iniciar la correspondiente ejecución de la resolución, pudiendo ello conllevar una gran demora a su cumplimiento, atendiendo al volumen de trabajo de las Instancias superiores, al tratarse de cuestiones de orden público.

La Ley de Enjuiciamiento Civil ampara la ejecutividad inmediata de las resoluciones en procesos de familia a través de lo dispuesto en el artículo 774.5, siendo una norma especial ubicada en el Capítulo IV De los

Procesos Matrimoniales y de Menores, estableciendo que: “Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que hubieren acordado en ésta...” , y permitiendo la eficacia del contenido de las mismas desde el momento en el que se dicten.

Precepto contrapuesto a lo establecido en la norma general artículo 525.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el mismo se refiere a la ejecución provisional de toda clase de sentencias con independencia de la materia de que se trate, y al ser genérico, su aplicación es secundaria a la norma específica citada anteriormente.

Por tanto, toda resolución decretada en procesos matrimoniales es ejecutable y exigible desde el momento en se dicta sin esperar la firmeza de la misma, al disponer una norma específica contemplada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo de efectividad inmediata las medidas acordadas.



José Manuel Gómez Gabriel

ABOGADO
Col. 17.998 ICAV

Un rápido destello de nuestro activo cerebro, nos remite, sin lugar a duda, al Libro III, Título III, Capítulo III, Artículo 548 de nuestra Ley Rituaria, en el que literalmente, establece;

“ Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales. No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales, dentro de los 20 días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado.”

Si bien es cierto, que el mentado artículo 548 de la LEC, establece el plazo de 20 días para despachar ejecución, debemos tener en cuenta, y no obviar, que el artículo 774.5 (Medidas Definitivas) del mismo cuerpo legal, establece que;

“ Los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en esta. (...)”.

Siendo así, la Jurisprudencia de los Tribunales es reiterada al establecer que las medidas definitivas adoptadas en las sentencias de familia tienen

ejecutividad inmediata desde el día de la notificación de la misma, aunque no sean firmes y sean susceptibles de recurso, y aunque exista, una regulación previa.

Ahora bien, es necesario precisar, que existen dos corrientes o vertientes entre los Tribunales a la hora de interpretar si en los procesos de familia hay que guardar “ ese ” plazo de espera.

En esta línea, “ Nuestra ” Sección Decima de la Ilustre A. Provincial de Valencia, en sentencia 19/09/2018, en su único fundamento de derecho, establece que:

“ Dispone el art 548 LEC (EDL 2000/77463):” No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.”

Ahora bien, existen dos corrientes distintas entre los tribunales a la hora de interpretar si en los procesos de familia hay que guardar ese plazo de espera . Este Tribunal se adscribe

-como la Audiencia Provincial de Cádiz, Auto 11.10.2010 o Barcelona, Auto 22.02.2006 o A Valladolid, Auto 4.09.2008) - a la opción de considerar que no existe plazo de espera para la ejecución de resoluciones en procesos de familia cuando se trata de ejecutar cuestiones de orden público porque además chocaría frontalmente con lo dispuesto en el art. 774 LEC (EDL 2000/77463) referido a las medidas definitivas: “ Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en ésta”.

Amén de lo anterior, y de nuevo, la Sección Decima de la Ilustre A. Provincial de Valencia, en sentencia de 13/02/2012 en su fundamento de derecho segundo, establece;

“ (...)”

Del art. 774.5 LEC EDL 2000/77463 resulta con claridad que la sentencia es ejecutiva desde que se dicta, puesto que, incluso recurrida, habrá de procederse a ejecutar lo dispuesto sin referencia alguna al requisito de notificación.

En este mismo sentido se ha pronunciado el AAP Gijón sec 7ª de 22.12.2011, num. recurso 121/11, en el que se dice “.....el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 permite la ejecutividad inmediata de las medidas definitivas fijadas en Sentencia no firme, al establecer que «los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en ésta», lo que viene corroborado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2008, en la que se afirma con claridad en interpretación de dicho precepto, en relación con el artículo 106 del Código Civil EDL 1889/1, que en esta clase de procedimientos, «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte.....”.

En atención a lo expuesto, y sin “ningunear” al artículo 548 de la LEC, deberemos atender al Criterio del Tribunal Supremo para dirimir dicha cuestión, y dicho criterio, tal y como recoge la sentencia reseñada de fecha 13/02/2012, establece que “cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte”.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y UNIÓN DE HECHO (PARTE II)



José Ramón de Verda y Beamonte,
Catedrático de Derecho civil,
Universidad de Valencia.

Este análisis es una continuación del artículo:

"FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN FAVOR DE DOS MUJERES CASADAS. JURISPRUDENCIA RECIENTE".

Publicado en el número anterior. Por lo tanto este artículo corresponde a la parte II

Resumen: Ley 14/2006, de 26 de mayo, prevé que el conviviente more uxorio varón preste su consentimiento a que la mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida, suscitándose la cuestión del valor jurídico de dicho consentimiento, en orden a la determinación de la filiación y a la posibilidad de impugnación de la misma. No contempla, en cambio, dicha posibilidad, cuando el conviviente sea otra mujer, laguna que la jurisprudencia ha colmado a través de una discutible aplicación de la posesión de estado.

1. A tenor del art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa". No obstante, por aplicación del art. 3.1 de la Ley, podrá negarse el uso de estas técnicas, cuando dadas las circunstancias, p. ej., la avanzada edad de la solicitante o su precario estado de salud, "no haya posibilidades razonables de éxito" o exista "un riesgo grave para la salud,

física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia".

"La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual" (art. 6.1.II). Ahora bien, "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente", consentimiento que deberá prestarse de manera "libre, consciente y formal" (art. 6.3). La razón de esta exigencia es clara: hay que ponerla en relación con la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos, constante el matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC).

2. Si la usuaria no está casada, sino unida de hecho con un varón, no necesita el consentimiento de este para ser fecundada con los gametos de un tercero o para que se le implante un embrión no creado a partir de su material reproductor, sin perjuicio de que, no obstante, pueda darlo con carácter voluntario. >>



El art. 8.2 de la Ley 14/2006 considera que el documento en el que se recoja dicho consentimiento, si es prestado con anterioridad a la utilización de las técnicas de reproducción asistida ante el centro en las que se realicen, será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo del art. 44.7º, II de la Ley del Registro Civil de 2011, para la inscripción de la filiación no matrimonial respecto del conviviente.

En mi opinión, el consentimiento del varón conviviente no es un título de determinación de la filiación no matrimonial (no parece que formalmente pueda ser calificado como un reconocimiento de un hijo que ni siquiera ha sido todavía concebido), como tampoco lo es el del marido respecto de la filiación matrimonial, por lo que la inscripción de la filiación paterna del conviviente solo será posible en virtud de expediente gubernativo o de reconocimiento, así como en virtud del nuevo modo de determinación previsto por el art. 120.1º CC, que tras la reforma llevada a cabo por la disposición final 2ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, se refiere a la "declaración conforme realizada por el padre en el

correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil".

A mi parecer, el consentimiento para la fecundación homóloga o heteróloga de la usuaria (o para que le sea implantado un embrión de un tercero) dado en las condiciones previstas en el art. 8.2 de la Ley 14/2006, impedirá la impugnación de la filiación determinada, que no podrá ser atacada con el argumento de que no se corresponde con la verdad biológica (vid. a propósito de un supuesto de fecundación heteróloga con gametos de donante anónimo, SAP Zaragoza 27 octubre 2015, JUR, 2015, 259702; y, respecto de otro, de implantación de un embrión de tercero, SAP Sevilla 22 diciembre 2014, Aranzadi Civil, 2015, 272).

Es cierto que en este caso no existe una previsión semejante a la establecida el art. 8.1 de la Ley respecto de la filiación matrimonial, pero entiendo que se puede pensar en una aplicación analógica del precepto, basándose en la buena fe y en la doctrina de los actos propios.

No creo que esta tesis sea incoherente con la posición actual de la jurisprudencia, que, como es sabido, admite la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimientos de complacencia, cuando la filiación reconocida no se corresponda con la verdad biológica (vid. STS, Pleno, 15 julio 2016, RAJ 2016, 3196, y STS 28 noviembre 2016, RAJ 2016, 5636), pues el consentimiento para la fecundación no es un reconocimiento, el cual tiene lugar (en la forma establecida en el art. 120.2º CC) respecto de un hijo ya nacido (o al menos concebido), sino una manifestación de voluntad del varón no casado (plasmado en un documento privado firmado en la clínica), que implícitamente comporta un acto de responsabilidad, consistente en asumir como propio el posible hijo que se conciba (aunque biológicamente no lo sea) en el marco de una decisión compartida respecto a la consecución de un proyecto familiar común.

En este caso, la usuaria no quiere acudir, sin más, a las técnicas de reproducción asistida, sino que quiere hacerlo para concebir un hijo que legalmente sea considerado como de su conviviente: de ahí que, ni uno, ni otro, puedan impugnar la filiación paterna, una vez establecida.

Me parece que es en esto, en lo que está pensando la norma, aunque, ciertamente, no lo diga expresamente. Es cierto que

pueden existir convivientes falsos, que simulen convivir more uxorio con la usuaria para que esta pueda ser fecundada con su semen, en vez de con el de un tercero desconocido, eludiendo, así, la prohibición de selección de gametos establecida por el art. 6.4 de la Ley 14/2016.

En estos casos, podría teóricamente plantarse si el hecho de que la convivencia fuera fingida sería un motivo para permitir la impugnación de la paternidad; y, digo que el problema es teórico, porque, en estos supuestos, el varón que hubiera prestado el consentimiento sería el padre biológico del hijo, razón por la cual se impondría su paternidad.

Lo que en la práctica se han planteado son supuestos en los que, ejercitada una acción de reclamación de paternidad por parte del varón (padre biológico) o de la madre (en representación del hijo), la demandada argumentaba que no había existido convivencia de hecho al tiempo de prestarse el consentimiento para la fecundación homóloga, argumento que no ha impedido prosperar la acción (vid. en este sentido SAP La Coruña 15 febrero 2006, JUR, 2006, 84103, y SAP Alicante 23 diciembre 2014, Aranzadi Civil, 2015, 275). >>



Más dudoso es el alcance del inciso final del 8.2 de la Ley 14/2006, que añade:

“Quedará a salvo la acción de reclamación de paternidad”. La interpretación de la norma es discutible, pero una cosa es clara: en el caso de que la fecundación haya sido heteróloga, el donante no podrá en ningún caso, ejercitar esta acción, pues ello iría en contra del carácter anónimo de la donación de gametos.

Parece razonable entender que el hijo (o la madre, representándolo) pueda ejercitar la acción, cuando el demandado no lo hubiese reconocido y se hubiese opuesto a la inscripción en el expediente gubernativo, con el argumento de que su consentimiento previo a la fecundación de la usuaria con gametos de un tercero constituye un acto de responsabilidad, que debe asimilarse al de la generación por vía natural; y, que, por la misma razón, también el varón puede ejercitar la acción, cuando quien se hubiera opuesto a la inscripción hubiese sido la madre (sin cuya previa aquiescencia aquel no hubiera podido consentir).

En contra de esta posición podría replicarse que, si el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida no es un título de determinación de la filiación, es difícil de explicar que, por sí mismo, pueda fundamentar una acción de reclamación de

paternidad; por lo que quizás fuese más seguro entender que la acción no puede basarse en dicho consentimiento, sino que habría de fundamentarse, exclusivamente, en la verdad biológica, esto es, en el hecho de que el conviviente fuese el padre biológico del hijo, cosa que, claro está, sólo podría tener lugar en la fecundación homóloga. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en virtud del art. 767.3 LEC, puede declararse la filiación que resulte, no sólo de un título de determinación de la misma, sino también de “otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo”, hechos éstos, entre los que cabría, quizás, incluir el consentimiento del art. 8.1 de la Ley 14/2016.

La SAP Alicante 23 diciembre 2014, Aranzadi Civil, 2015, 275, estimó la acción de reclamación de paternidad no matrimonial ejercitada por la madre de un hijo concebido con el semen del varón con el que convivía.

Parece que la estimación del fallo, se basa en la existencia del previo consentimiento del varón a que su conviviente se sometiera a las técnicas de reproducción asistida.

Ahora bien, lo cierto es que el demandado era el padre biológico del hijo, al tratarse de una fecundación homóloga.





4. La Ley 14/2006 no contempla el supuesto de que la mujer que conviva de hecho con la usuaria hubiera consentido previamente que ésta se sometiera a las técnicas de reproducción asistida: no contiene una previsión semejante a la recogida en el art. 8.2 respecto del conviviente varón, lo que parece ser una opción consciente del legislador.

No obstante, la jurisprudencia ha admitido que dicho consentimiento pueda ser considerado como un indicio de posesión de estado, en orden a la reclamación de la maternidad, ex art. 131 CC.

Concretamente, la STS 5 diciembre 2013, RAJ 2013, 7566, ha confirmado una sentencia que había admitido la reclamación de filiación por posesión de estado presentada por la excónyuge de la madre (contra la oposición de Esta), entendiéndose que el consentimiento prestado a la inseminación artificial por las entonces convivientes (antes de casarse) era “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque

la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”.

En cualquier caso, la sentencia recurrida había afirmado que la posesión de estado se deducía también de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la demandante para mantener contacto con las menores (había pedido el establecimiento de un régimen de vistas a su favor y había iniciado un procedimiento de adopción).

Había valorado también declaraciones testificales en las que se afirmaba que durante un año la demandante había compartido su vida con las menores “en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas”.

Posteriormente, la STS, Pleno, 15 enero 2014, RAJ 2014, 1265, ha confirmado la posibilidad de que pueda prosperar la acción de reclamación de la maternidad del hijo concebido con el consentimiento de la conviviente de la usuaria, basada en la posesión de estado.



Dice, así, que “los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”.

Más adelante, añade: “En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada”.

No comparto esta posición jurisprudencial que, a mi parecer, desnaturaliza la figura de la posesión de estado, que es una situación de hecho, dada la cual es posible presumir que quien es tratado como hijo realmente lo es; y, de ahí que el art. 113 CC le atribuya

el carácter de título de determinación subsidiario de una filiación que se considera probable. Por ello, por definición, no existe posesión de estado (en el sentido del art. 113 CC), cuando, como sucede en el caso de uniones del mismo sexo, la filiación que se reclama es claramente contradicha por la verdad biológica, la cual permite establecer, con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es.

Cabe hacer una reflexión final: como la Ley 14/2006, al menos, en su redacción originaria, parte de la idea de que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es una especie sui generis de filiación por naturaleza, pero lo cierto es que esta premisa (ya rota por el art. 7.3 de la misma) nos lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a ella para dar solución a problemas que sólo se plantean cuando la generación tiene lugar de modo artificial. Me pregunto si no sería más práctico reconocer un nuevo tipo de filiación, distinta de la natural, cuyo título constitutivo fuese la mera voluntad de procrear, expresada en la forma legalmente prevista.



TRES IDEAS PARA EL DESCANSO DEL ABOGADO

Una vez instalados en el reposo, solo falta poder desenchufar la cabeza. Apagar esa voz permanente que no te deja descansar y te atormenta con agobios y recuerdos de lo que falta por hacer, de lo mal hecho, del pleito que se perdió... etc.

Déjame que comparta contigo algunas ideas que utilizo para desconectar y disfrutar de mis vacaciones.

Tu trabajo te exige que descanses.

Si no logras desconectar por tu familia, por ti mismo o por tener paz durante tus vacaciones, piensa que es el mismo trabajo, el que te impone y te exige que desconectes que te olvides de todo, para que vuelvas al cien por cien a trabajar.

No hay excusa para no desconectar.

Es triste que no logremos hacerlo por nosotros mismos, por estar felices con los nuestros, pero a toda costa debes desconectar y, si nada de todo esto te da la fuerza necesaria para lograrlo, piensa que al igual que el trabajo te exige más

horas, más esfuerzo y dedicación, ahora te impone el descanso, que te olvides de todo, que cierres la persiana mental de tu cabeza y te dediques a disfrutar.

Aprende a desconectar el ruido del pensamiento.

Han sido muchas las horas gastadas, la rutina de cada mañana, el esfuerzo empleado.

De repente todo se para, haces cosas diferentes. No hay que correr para llegar al autobús, ni a la parada del colegio de tus hijos, ni juicios, ni olvidos de cosas importantes.

Teóricamente no hay prisa, pero... sigues viviendo agobiado: si tus hijos se retrasan, si te quitan el ascensor, si no hay forma de aparcar. Siempre hay alguien o algo que te irrita.

Recuerda: tantas horas de estrés, tantos días de trabajo, te han dejado un montón de hormonas en tu sangre que siguen generándote estrés y el ego alterado. La máquina que te sirve para tener la razón sigue encendida, haciendo ruido. Es como una emisora de radio, emitiendo siempre en frecuencia emocional alterada. Es lo que yo llamo "Radio onda preocupaciones: la emisora cerebral... que te llena de ansiedad y... te toca lo cojones".

Debes saber que el ego alterado provoca un flujo constante de pensamiento. Que esa voz permanente de tus pensamientos, no eres tú y que puedes aprender a apagarlos. ¿Cómo?

Aprende a observar tus pensamientos.

Trata de no identificarte con ellos. Simplemente déjalos pasar. Al principio se hace complicado, tal vez, por la mañana, antes de levantarte, puedes practicar. Centra la atención en tu respiración. Trata de inspirar sintiendo pasar el aire por la nariz, profundamente. Observa como el aire llena primero tu estómago, luego tu pecho y luego los hombros. Después suéltalo lentamente por la boca, hasta vaciar todo el aire de tus pulmones. Hazlo varias veces y después, simplemente juega a controlar tu atención. Sé consciente de donde diriges la atención. Piensa que es como iluminar con una linterna en un cuarto oscuro los diferentes objetos que hay en él. Donde enfocas la atención es donde iluminas con la linterna, y tú eres quien mueves la linterna. Tú decides lo que quieres y no quieres atender. Tomas conciencia de que tú no eres esa voz de tus pensamientos.

Poner distancia entre tú y los pensamientos, es lo que se llama la conciencia observada. Déjalos pasar, observándolos simplemente. No dejes que te atrapen en su elucubración, simplemente déjalos pasar. Te darás cuenta de que se desvanecen y cada vez serás más capaz de eliminarlos de este modo. Siendo consciente de que es un ruido de la cabeza.



SATURNINO SOLANO
ABOGADO
Saturninosolano.com



Si alguno te engancha, no te culpes por ello, es normal y vuelve a intentarlo. A lo largo del día, procura repetir la experiencia, simplemente respira profundamente y observa: en la playa, paseando, en la siesta.

Tal vez te ayude hacer ejercicio y escuchar alguna relajación de YouTube. Enfoca tu atención en algo nuevo: Crea una ilusión.

La mejor idea para descansar no es luchar contra lo malo, sino crear algo nuevo y diferente. Algo que te llene de ilusión y de alegría. Un proyecto capaz de motivarte enteramente, es la mejor forma de descansar.

Puede ser un proyecto profesional: compartir despacho, crear una página web, preparar una conferencia, aprender en internet cosas de Marketing para abogados.

Mi consejo es que al principio de tus vacaciones organices algún evento, viaje, excursión que te ayude a desconectar profundamente.

Pero también puede ser algo diferente y familiar, algo que te implique a ti y a los tuyos: organizar una fiesta, planificar un viaje, pintar la casa junto con tus hijos, organizar una gincana. Cualquier idea que te ilusione y sea capaz de ilusionar a los tuyos, será una magnífica idea para descansar. Se es mucho más feliz, cuando haces felices a los otros.

¡Felices Vacaciones!

PROBLEMAS DE FILIACIÓN DERIVADOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA: MATERNIDAD SUBROGADA

Día: Viernes, 27 de septiembre de 2019

Hora: 9:30 a 10.45 horas

Lugar: Aula 2AB ICAV (2 PISO)

PONENTE: D. José Ramón de Verda y Beamonte. Catedrático Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

INSCRIPCIÓN

La inscripción se efectuará a través de la página web del colegio www.icav.es en el apartado de formación Oferta Formativa.

Si al realizar la matriculación, no se recibe el correo electrónico que confirma la inscripción, rogamos se ponga en contacto con el departamento de formación

IMPORTE

15 €: Colegiados y Asociados del ICAV y alumnado del Máster de la abogacía de la UV, CEU-UCH y UCV.

20 €: Otros profesionales.

POR UNA FORMACIÓN DE CALIDAD

- En todas las acciones formativas realizadas por el Colegio es obligatorio acreditarse al inicio de cada sesión y firmar en el listado de asistencia.
- Se acreditará la asistencia.
- La inscripción a los cursos es personal e intransferible, no pudiéndose realizar sustitución total o parcial, en caso de no poder asistir deberá causar baja en la forma prevista.
- Las bajas en los cursos deberán comunicarse por escrito al correo electrónico: formacion2@icav.es antes de las 48 horas antes de su inicio. Transcurrido dicho plazo cualquier anulación no dará derecho a la devolución del importe de la inscripción abonada.

VALORACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE LA NEGATIVA DEL DEMANDADO A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN



MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA

Abogado especializado en Derecho Penal y Derecho de Familia.

Colaborador Experto en Legal Today-Thomson Reuters Aranzadi.

En el presente comentario analizaremos la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 299/2015, de 28 de mayo, y, más concretamente, la valoración que merece la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, sin perjuicio de tratar otros aspectos de interés en los procesos de filiación, como el principio de prueba que debe regir en estos procesos a la hora de interponer la demanda y la amplia interpretación que han venido haciendo nuestros Tribunales de este principio.

I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los hechos tienen su origen en la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial e impugnación de la filiación matrimonial que interpuso la madre de una menor contra la persona que, presuntamente, era su padre. El Juzgado a quo dictó sentencia estimando la demanda, declarando que la menor era hija biológica del demandado, basando su fallo en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica de investigación de la paternidad, amén de la valoración que merecía los indicios aducidos en el cuerpo de la demanda, relativos a la relación carnal que las partes en litigio mantuvieron. Contra dicha resolución, el demandado interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Badajoz, revocando el Tribunal ad quem la resolución impugnada, gravitando su razonamiento en el hecho de que no existía prueba que acreditase la relación carnal entre las partes y, por ende, consideraba que no era posible fundar la acción de reclamación sobre la base exclusiva

de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad.

Frente a dicha resolución, la madre interpuso recurso de casación, con oposición del Ministerio Fiscal, por presentar el asunto interés casacional (artículo 477.2.3º LEC), siendo el recurso estimado. El Alto Tribunal desarrolló la exégesis consistente en que, sin perjuicio de que la negativa a someterse a la prueba biológica no determina una ficta confessio, existían, en el caso examinado, indicios concurrentes de la relación que en el pasado mantuvieron las partes litigantes, siendo de aplicación el artículo 767.4 LEC, que dispone que *“la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”*.

II. EL PRINCIPIO DE PRUEBA Y EL ARTÍCULO 39.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Siguiendo lo expuesto por la doctrina (1), si bien es cierto que a través de la búsqueda de la verdad biológica en los procesos de filiación se incentiva la investigación de la paternidad, de acuerdo con el mandato constitucional previsto en el artículo 39 CE, no es menos cierto que la Ley trata de poner coto a la eventual utilización fraudulenta y mediática de dicho principio a través del artículo 767.1 LEC, que establece que no se admitirá demanda sobre determinación o impugnación de la filiación “si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.



No obstante, este requisito ha sido interpretado de manera más benigna por la jurisprudencia (2) y parte de la doctrina al abrigo de un marcado sesgo “espiritualizado”, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta o anuncio de practicar determinadas pruebas en el momento procesal oportuno (4) para que de este modo pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de la acción, pues el requisito procesal del artículo 767.1 LEC constituye “un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución”.

Es decir, los Tribunales deben examinar con suma prudencia este presupuesto de la demanda ab limine litis, limitándose a comprobar si los documentos acompañados, o los medios de prueba anunciados por el actor, pueden constatar la seriedad de la acción, o incluso, y utilizando la terminología propia de los presupuestos de las medidas cautelares, el *fumus boni iuris* de la pretensión deducida, sin entrar aún en el fondo del asunto (5).

III. VALORACIÓN DE LA NEGATIVA DEL DEMANDADO A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

No obstante, a pesar de la exégesis flexible que mantiene la jurisprudencia respecto al requisito mencionado, el demandado en el caso que analizamos, al socaire de los indicios obrantes en la causa, no podía,

legítimamente, negarse a someterse a la realización de la prueba biológica, y ello en base a las razones que seguidamente se exponen:

En primer lugar porque el demandado, antes de mostrar la negativa a la prueba pericial acordada, podría haber pedido la reposición de la admisión de la demanda, a tenor de los artículos 451 y siguientes LEC, discutiendo en la fase preliminar del proceso la seriedad de la demanda de filiación, al amparo del artículo 767.1 LEC, que dice que “en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

En segundo lugar, y ante la eventualidad de que el recurso de reposición no hubiese sido estimado y el proceso hubiese seguido su curso, podría haberse opuesto, por mor de un nuevo recurso de reposición y posterior protesta, a la realización de la prueba biológica acordada por el Juzgado, en base al artículo 283 LEC, en la medida que la práctica de la pericial quizás no procedía, en tanto en cuanto podría ser “impertinente o inútil”, criterio que conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de la prueba biológica cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes, resultase necesario esclarecer la paternidad que no hubiese sido inventada por quien formuló la acción de filiación.

En relación a lo comentado, el Tribunal Supremo dice, en reiteradas ocasiones (8), que si tenemos en cuenta tanto el alcance ampliamente permisivo del artículo 137 CC (actualmente artículo 767.2 LEC-), según el cual "en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas", como el derecho que el artículo 24.2 CE otorga a todos a "utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa", se llega a la conclusión de que **la investigación de la paternidad a lo que tiende en realidad, más que a atender los intereses del actor y demandado, que se pretenden o niegan progenitores, es a la defensa de los intereses personales del hijo, tanto en el orden material como moral,** mediante una gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, que permite que los Tribunales utilicen cualquier sistema de los previstos por la razón humana en consonancia con la realidad, pudiendo afirmarse que, ante la dicción del artículo 39.2 CE, que prescribe que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", **parece evidente que sólo puede entenderse posibilitada dicha investigación y la búsqueda de la verdadera paternidad biológica si se permite el juego procesal propio de la prueba más eficaz, solvente y segura de las pruebas técnicas y periciales que las ciencias biológicas ponen a disposición de los juristas en el marco procesal de la defensa de estos derechos e intereses.**

Es por ello por lo que la decisión del Alto Tribunal en la resolución referenciada ab initio nos parece acertada, pues valorando los indicios obrantes en la causa, y sin perjuicio de que la negativa del demandado en ningún momento se valoró como una ficta confessio, no se podía, bajo el pretexto de salvaguardar la dignidad personal (artículo 10 CE) y el derecho a la integridad física (artículo 15 CE) del demandado (9), despojar a la madre y a la menor de una

prueba decisiva en el proceso, toda vez que se produciría indefensión, máxime en un contexto en el que la negativa del demandado se antojaba injustificada a la vista de los indicios obrantes en la causa de la relación que mantuvo en el pasado con la demandante.

IV. CONCLUSIÓN

Independientemente de que la negativa del demandado, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no constituye una ficta confessio (10), consideramos que los límites que los artículos 15 y 18.1 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en absoluto, la negativa cerrada del demandado a someterse a la práctica de la prueba autorizada por el Juzgado. Teniendo en cuenta el principio rector del artículo 39 CE y la proscripción de la indefensión del artículo 24 CE, su oposición hubiese sido lícita, y por ende, no podría haber fundado una sentencia condenatoria, si no existiesen otros indicios obrante en la causa.

Así, y atendiendo a que habían otros indicios que corroboraran la relación entre ambas partes en el momento de la concepción, el Tribunal, aun reconociendo tácitamente que la prueba biológica no puede imponerse obligatoriamente, acabo interpretando que la falta de colaboración del demandado con la justicia en la determinación de unos hechos de interés público, como es la filiación, **no debe conllevar hacer recaer en la demandante, y en su hija, todas las consecuencias negativas provocada por la falta de práctica de la prueba biológica, pues de ser así se le impondrían a éstas una exigencia excesiva que, a la postre, acabaría mermando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (11).**

En definitiva, la decisión a la que llegó el Tribunal Supremo en este caso nos parece correcta, compartiendo su razonamiento, pues en caso adverso se hubiese premiado el paroxismo omisivo manifestado por el demandado a la hora de someterse a la prueba biológica, condenado a la demandante y a su hija menor a una suerte de prueba diabólica, otorgando mayor protección a la opción obstruccionista del demandado en detrimento de intereses de tan alta valoración como es el del menor, en cuyo beneficio se ejercitaba la acción de reclamación de filiación.

REFERENCIAS

- (1) Lasarte Álvarez. C. Derecho de familia, Principios de Derecho Civil VI, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 297.
- (2) Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 247/2000, de 18 de marzo.
- (3) Cortés Domínguez, V. Los procesos de paternidad y filiación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 115.
- (4) Díez-Picazo, J.L. y Gullón Ballesteros, A. Sistema de Derecho civil, IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 274.
- (5) La jurisprudencia menor, ad example la Sentencia núm. 159/2004, de 3 mayo, de la Audiencia Provincial de Castellón o la Sentencia núm. 93/2006, de 4 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2006, se refiere, igualmente, a esta doctrina para declarar que "la finalidad del precepto es evitar que sean admitidas demandas infundadas o planteadas con alguna finalidad ajena a la que es propia de esta clase de pretensiones"
- (6) Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989\2054).
- (7) Ocaña Rodríguez, A. en La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal, PJ, diciembre 1994, núm. 36, pág. 129, dice que "la prueba biológica desde luego casi nunca será impertinente (pues se refiere a los hechos alegados y controvertidos: no es aquella quae ad obiectum non pertineat). Tampoco puede ser inútil por definición pues es apta per se para lograr el resultado apetecido. Todo lo más puede ser superflua o ad abundantiam, motivo nunca suficiente para excluirla".
- (8) Véase la Sentencia de 6 de julio de 1991 como de las más ilustrativas.
- (9) El fundamento jurídico primero de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 7/1994, de 17 de enero, dice, en relación con los artículos 10 y 15 de la Constitución y la prueba biológica, lo siguiente: "Es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, per se, una injerencia prohibida [STC 103/1985 fundamento jurídico 3]. Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 noviembre de 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o rescato de una persona".
- (10) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012 (Rec. 535/2011) y de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 1946/2013).
- (11) En apoyo de la valoración vertida, nos debemos remitir, nuevamente, a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 7/1994, de 17 de enero-antes citada-, que considera que cuando la pretensión del reconocimiento de la filiación no resulta probada por una prueba a través de determinados medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En este escenario es cuando la negativa de una persona a que se le extraiga unos centímetros cúbicos de sangre debe considerarse como una prueba indirecta o presuntiva de calado capaz, junto a otros indicios, de declarar la filiación pues de lo contrario dejaría sin una prueba decisiva a quien de buena fe insta el reconocimiento de la filiación.



EL CÓNYUGE DIVORCIADO COMO HEREDERO EN UN TESTAMENTO QUE NUNCA SE REVOCÓ. UNA SENTENCIA DEL SUPREMO



JOSÉ MANUEL SERRANO YUSTE
ABOGADO

A medida que se han ido cumpliendo años desde la ya lejana Ley del Divorcio de 1981, y los cónyuges que se han venido divorciando han ido cumpliendo años y falleciendo, ha ido surgiendo un problema en torno a la sucesión testada, que no era otro, ni más ni menos, que la validez de las cláusulas testamentarias que instituían heredero al cónyuge divorciado.

Era este un problema de no fácil solución, y, además, de tremenda repercusión práctica. El artículo 807 del Código Civil establece que la viuda o el viudo son herederos forzosos, para, posteriormente, en el artículo 834, concederle la legítima viudal, pero siempre que “no se hallase separado de éste legalmente o de hecho”.

En el ámbito de la sucesión legal o intestada, también estaba claro que el cónyuge no separado legalmente o de hecho estaba en la línea de sucesión con preferencia a los colaterales. Así lo establecen los artículos 944 del Código Civil, cuando señala al cónyuge viudo como heredero universal en defecto de descendientes del causante, y el 945 del mismo cuerpo legal, al proscribir este llamamiento al cónyuge viudo cuando estuviera separado legalmente o de hecho.

Parece que el planteamiento estaba bastante claro, restando como objeto del debate, aunque no era una cuestión menor, en qué momento se había

producido la separación de hecho, que podía dar lugar a largos y enconados enfrentamientos sobre la cuestión, pero al menos, los derechos sucesorios estaban claros.

Pero, caso aparte es el tema de la validez de las cláusulas testamentarias cuando el instituido es el cónyuge divorciado, ya que, a pesar de que los artículos citados dejan claro que ya no era heredero forzoso, es muy común que entre los cónyuges se instituyan herederos o se leguen el tercio de libre disposición, es decir aquella parte de la herencia no sujeta al dictado de las legítimas. **¿Qué había que hacer en estos casos? ¿Era válida esa cláusula testamentaria, o no?**

El Tribunal Supremo ha venido a poner luz a esta cuestión con la Sentencia de la Sala Civil de 28 de septiembre de 2018, siendo ponente la Excm. Sra. Dña. Angeles Parra Luján.

En el caso objeto de la Resolución, los cónyuges contrajeron matrimonio en 1967 y en el año 1972, la esposa otorgó testamento instituyendo heredero único a su “esposo, D. Esteban”. En 1994, el matrimonio quedó disuelto por divorcio, falleciendo la esposa en 2011 sin haber revocado el anterior testamento. Los herederos, que eran los hijos de la esposa, interpusieron demanda de juicio ordinario solicitando la declaración de ineficacia de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada de la fallecida.

La prueba de que este no era una cuestión pacífica en la jurisprudencia lo muestra el hecho de que la demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, y posteriormente estimada por el Alto Tribunal con la Sentencia y las consecuencias siguientes.

Sucintamente, las causas de la desestimación tanto por el Juzgado de Instancia como por el posterior Tribunal, fueron que, la condición en los testamentos nunca se presume y que hay que dar prevalencia al artículo 675 del Código Civil, que ordena interpretar las cláusulas del testamento literalmente, a no ser que claramente parezca ser otra la voluntad del testador; y, por otro lado, para la aplicación de la causa falsa del artículo 767 del Código Civil invocado por los demandantes, se requiere acreditar el error invalidante, y en este caso, no hubo error, porque cuando se otorgó el testamento, el instituido era el marido de la testadora y del divorcio no podía deducirse una revocación tácita del testamento.

Frente a estas conclusiones de la Audiencia de Valencia, el Tribunal Supremo llegó a la posición contraria, y ha clarificado la cuestión.

A través de un razonamiento distinto de las de los Tribunales precedentes, señaló que, ante la ausencia de una norma que contemple los casos de imprevisión en el testador, debe aplicarse el artículo 767-1º CC dada la identidad de razón existente entre los supuestos de imprevisión y los del caso en cuestión, que podrían equipararse.

Dice el Supremo, “Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la

voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767-I CC, que se refiere a la «expresión» del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador”

Concluye el Alto Tribunal que en el caso en cuestión, al redactar la cláusula instituyendo heredero a “su esposo, D. Esteban”, efectivamente, fue la cualidad de esposo del instituido lo que motivó su nombramiento, y que, por lo tanto, “...producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión”

Así pues, y a la espera de nuevos pronunciamientos sobre la materia, el cónyuge divorciado deja de ser heredero testamentario aunque no se haya revocado el testamento, lo que sin duda redundará en la tranquilidad de muchos cónyuges divorciados y poco previsores.

Esto no obstante, quedan algunas dudas en el aire: ¿Qué pasará si se evita el término “esposo” al nombrar al cónyuge en el testamento? ¿será necesario impugnar el testamento, o será la cláusula ineficaz desde la sentencia de divorcio sin necesidad de impugnación? Ya se verá, tenemos demandas a presentar. En todo caso, el Tribunal Supremo ya nos ha mostrado el camino.



*PEÑÍSCOLA, UNA JOYA
EN EL MEDITERRÁNEO*





Los vecinos de esta famosa localidad de Castellón llevan años acostumbrándose a los focos. Y es que su recinto amurallado, de la época de Felipe II, ha sido elegido como escenario para superproducciones de Hollywood como "El Cid". Y más recientemente como "plató" para series exitosas como "El chiringuito de Pepe" o Juego de Tronos donde podemos ver a nuestra ciudad del mar convertida en Meereen, la más grande las ciudades de la Bahía de los Esclavos. Si eres amante de esta serie, no te pierdas rincones como la plaza de Santa María, el Portal Fosco o el patio de armas del Castillo del Papa Luna, principal atractivo de la localidad y, como no podía ser de otra manera, otra buena razón para visitar Peñíscola.

Castillo del Papa Luna

La fortaleza, que fue construida por la Orden del Temple sobre los antiguos cimientos de una alcazaba musulmana, fue residencia de Benedicto XIII, más conocido como Papa Luna. Una leyenda cuenta que hay una cueva desde el castillo hasta el Puerto, utilizada para esconder a la población en época de guerras. Si te animas a realizar la visita, paradas obligatorias son las mazmorras, el Salón del Cónclave, la iglesia o el Salón Gótico, donde se celebran conciertos de música clásica. ¿Y la fotografía más buscada? Los acantilados que se descuelgan hacia el mar vistos de las murallas que se descubren desde el patio de armas.



El puerto

Es uno de los lugares con más encanto de la ciudad. Y es que la llegada de las barcas de pesca al recinto portuario, situado justo a los pies de las murallas medievales, resulta una estampa de lo más atractiva. Partiendo del puerto puedes realizar un bonito recorrido marítimo con el que podrás disfrutar de las azules aguas mediterráneas. Hay empresas que lo ofrecen, además de rutas marineras que te permiten vivir un día con los pescadores de Peñíscola y así conocer la pesca de arrastre o visitar la lonja, entre otras experiencias.



Los pescados y mariscos que, al atardecer llegan al puerto procedentes de la mar, son la base de la rica y variada gastronomía de Peñíscola: langostinos, galeras, lubinas, lenguados o especies tan variopintas como los dátiles de mar o les caixetes (una variedad que se consigue sólo entre Peñíscola y Vinarós). Algunos de ellos, auténticos protagonistas de los arroces más ricos que puedas imaginar y también de jornadas gastronómicas como las del Arroz y la Galera.

Y a partir de ahora, además, la localidad se vuelca también en la gastronomía ligada al mundo audiovisual con platos de cine. Platos inspirados en Juego de Tronos, el Chiringuito de Pepe; la superproducción de Hollywood que protagonizó Charlton Heston, El Cid; o las películas que Berlanga rodó en la localidad, Calabuch y París Tumbuctú que harán las delicias de los paladares más exigentes y que se podrán degustar en algunos de los restaurantes de la ciudad.



Pero si de algo presume Peñíscola, es de sus magníficas playas. La playa del Norte, que se extiende a lo largo de 5 km es la más recomendada por contar con todas las prestaciones para el ocio de los usuarios. Su ubicación, próxima al casco antiguo y con el Castillo del Papa Luna como telón de fondo, la convierten en la más visitada por los turistas.



FAMILIA y SUCESIONES ICAV

▷ Sigue la jurisprudencia de familia actualizada a través de este enlace:
<http://www.icav.es/comunidad#/muro/2>

¿Te gustaría colaborar con un artículo?

¿Tienes sugerencias, ideas, opiniones para aportar?

¡Nos encantaría escucharte, por favor haz click aquí y mándanos tu mensaje!



o escribe directamente a ptrelis@icav.es