

L'ABSÈNCIA DE VINCLE BIOLÒGIC EN LA PATERNITAT DETERMINADA LEGALMENT: CONSEQÜÈNCIES JURÍDIQUES

Marina Castells i Marquès¹
Doctoranda
Universitat Autònoma de Barcelona

Resum

El descobriment de la no-paternitat biològica pot causar la impugnació de la filiació matrimonial i la reclamació d'una indemnització. A partir de l'estudi de la jurisprudència espanyola i la jurisprudència nord-americana s'examina quan la mare ha de respondre civilment d'aquest fet. A continuació es valora la procedència de promoure una major seguretat jurídica en la relació paternofilial des de la perspectiva de l'interès superior del menor. Es conclou que, en cas d'impugnació de la filiació, és convenient, malgrat la manca de vincle biològic, atorgar més protecció a la relació entre el presumpte pare i el fill sempre que es trobin units per llaços afectius forts.

Paraules clau: atribució incorrecta de la paternitat, dany moral, impugnació de la paternitat, interès superior del menor, prova de paternitat per ADN.

THE ABSENCE OF BIOLOGICAL LINK IN LEGALLY DETERMINED PATERNITY: LEGAL CONSEQUENCES

Abstract

Claims for disestablishing paternity of marital children and compensation can arise when misattributed paternity is discovered. Based on the study of Spanish and US case law, an analysis is made of the situations when civil liability is appropriately attributed to the mother. The suitability of promoting a greater stability in the father-child relationship is then assessed from the perspective of the best interests of the child. It is concluded that it is necessary to provide better protection for the bond between the putative father and child against non-paternity claims, despite the lack of biological link, when the emotional ties are strong.

Keywords: misattributed paternity, emotional distress, contested paternity, best interests of the child, DNA paternity testing.

1. marina.castellsm@e-campus.uab.cat.

1. INTRODUCCIÓ

Malgrat que la discordança entre la paternitat biològica i la paternitat determinada legalment ha existit des de temps immemorial, no ha adquirit visibilitat fins als nostres temps, com a conseqüència de l'increment de la demanda de proves de paternitat per ADN² (anteriorment s'havia utilitzat la prova de l'antigen leucocitari humà i la del grup sanguini), les quals permeten determinar amb un escàs marge d'error (amb una fiabilitat a partir del 99,99 %), per un preu raonable (entre 150 i 400 €) i amb una tècnica poc invasiva, si hi ha vincle biològic entre pare i fill. Abans d'aquests avenços científics, calia confiar en la semblança física per a determinar si efectivament el fill era biològic o no. Per exemple, d'acord amb una tradició de l'època romana, el presumpte pare havia de decidir, després de vorejar la llar familiar amb el nadó acabat de néixer en braços, si el reconeixia com a propi o no a partir dels trets físics.³

El propòsit d'aquest article és l'estudi de les conseqüències legals derivades del descobriment de la manca de paternitat biològica en relació amb la filiació matrimonial. D'una banda, s'examina el rescabament del presumpte pare a partir de les indemnitzacions que les audiències provincials han atorgat des de l'any 2004 per aquest concepte, tot centrant l'estudi en els aspectes més controvertits del dany moral (ap. 2). L'interès de l'estudi rau en el fet que aquesta situació és un dels dos supòsits, juntament amb el de privació indeguda de la companyia dels fills, en què la jurisprudència ha aplicat remeis indemnitzatoris, propis del dret de danys, en l'àmbit de les relacions familiars, malgrat l'exclusió tradicional que havia operat. De l'altra, es valora si l'aplicació del principi general de l'interès superior del menor requereix l'atorgament d'una major seguretat jurídica en l'àmbit de la filiació (ap. 3).

2. Aquest fenomen ha estat recollit en la premsa escrita: «La fiebre de las pruebas de paternidad» (*El Mundo*, 1 de febrer de 2009), «Paternité: le boom des test ADN» (*La Dépêche du Midi*, 30 de maig de 2009) o «Dna, boom dei test de paternità» (*L'Espresso*, 28 de gener de 2013). D'acord amb les xifres publicades en aquests articles, les proves de paternitat que es realitzen cada any se situen entre 2.500 i 4.000 a Espanya i 3.000 i 3.500 a França. Com s'exposarà més endavant, en aquest darrer país les anàlisis extrajudicials de filiació estan prohibides des de l'any 2011.

3. José M. PRIETO, Ricardo BLASCO i Gerardo LÓPEZ MONTALVO, «El discreto encanto de ser masculino», *Papeles del Psicólogo*, vol. 29, núm. 2 (2008), p. 232-333. En el cas de Catalunya, alguns refranys populars posen de manifest la rellevància tradicional del vincle biològic: «allà on no hi ha sang no es fan botifarrons», «on no hi ha sang no es fan sobrassades» o «sense sang no es fan [o no es poden fer] botifarrons». El significat d'aquests refranys és que si no hi ha parentesc, els altres motius d'acció tenen poca força (Josep PONS I LLUCH, *Refranyer popular*, Ciutadella, Institut Menorquí d'Estudis, 1993, p. 335). L'equivalent en castellà seria «cuando no hay sangre no se pueden hacer morcillas».

2. ACCIÓ DE RESPONSABILITAT CIVIL: ESTUDI DE LES INDEMNITZACIONS

El Tribunal Suprem ha denegat fins a quatre vegades la reparació dels danys morals ocasionats per l'ocultació de la paternitat biològica del fill,⁴ tot i que sobre la base d'arguments diferents: en la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 22 de juliol de 1999, en considerar que la demandada no havia actuat de manera dolosa; en la STS de 30 de juliol de 1999, amb un pronunciament més taxatiu, en afirmar que l'única conseqüència jurídica de l'incompliment del deure de fidelitat era la seva consideració legal com a causa de separació matrimonial; en la STS de 14 de juliol de 2010 i en la STS de 18 de juny de 2012, on es va tornar a denegar el rescabament però pel fet que l'acció de responsabilitat civil havia prescrit, sense pronunciar-se sobre si aquest tipus de danys resultaven indemnitzables o no.

Malgrat això, des de l'any 2004 les audiències provincials han dictat diverses sentències en què s'han estimat demandes d'aquest tipus i s'ha indemnitzat pels danys morals derivats de l'ocultació de la paternitat, sempre que han concorregut els pressupòsits necessaris per a l'atribució de responsabilitat civil. A grans trets i sense ànim d'exhaustivitat, es procedeix a l'exposició d'aquests pressupòsits. Primerament, cal que s'hagi causat un dany moral per acció o omissió. És important remarcar que aquest pressupòsit no ha de concórrer necessàriament sempre que s'enganyi sobre la filiació biològica dels fills.⁵ També és necessari que el dany moral sofert tingui com a causa l'ocultació de la verdadera paternitat⁶ i que s'aprecii dol en la conducta de la part demandada, d'acord amb la STS de 22 de juliol de 1999. No obstant això, és necessari indicar que, en algunes sentències, la concepció negligent, unida a l'omissió de mesures dirigides a determinar la verdadera paternitat, ha estat suficient per tal que se'n derivés responsabilitat extracontractual, si concorren la resta de pressupòsits.⁷

4. STS de 22 de juliol de 1999 (Roj 5364/1999; magistrat ponent (MP): Barcala Trillo-Figueroa); STS de 30 de juliol de 1999 (Roj 5489/1999; MP: Barcala Trillo-Figueroa); STS de 14 de juliol de 2010 (Roj 4387/2010; MP: Marín Castán); STS de 18 de juny de 2012 (Roj 4183/2012; MP: Seijas Quintana).

5. Aquest és el cas, per exemple, de la SAP de Barcelona de 28 de novembre de 2008 (Roj 10566/2008; MP: Ferrer Barriendos), en què la demanda fou desestimada perquè es va considerar que «lo máximo que se sabe es que el demandante “estaba disgustado” y por supuesto reconoce no haber tenido afectación su trabajo, ni tener ansiedad» (FJ 5).

6. De fet, en la jurisprudència s'han desestimats demandes de reclamacions indemnitzatòries per aquest precís motiu. En la SAP de la Corunya de 8 de novembre de 2010 (Roj 3022/2010; MP: Rodríguez Cardama) es va denegar perquè es va considerar que el trencament de tota relació entre el pare i la filla no tenia res a veure amb la pèrdua del vincle biològic, atès que «ese estado de cosas se habría producido cualquiera que fuese la filiación de Nuria, que no jugó un papel importante en la génesis de los mismos» (FJ 6). Un altre cas, per exemple, el trobem en la SAP de Lleó de 23 de novembre de 2012 (Roj 1557/2012; MP: Álvarez Rodríguez), en el qual la pretensió no va prosperar perquè es va considerar que la depressió tenia una altra causa.

7. Per exemple, en aquest sentit trobem la SAP d'Alacant de 10 de desembre de 2012 (Roj 5206/2012; MP: Rives Seva), que va argumentar que «no es menos cierto que la demanda ocultó negligentemente

Prenent com a punt de partida les indemnitzacions reconegudes per les audiències provincials en supòsits d'ocultació de la paternitat biològica del fill, es procedeix seguidament a examinar els dos aspectes més controvertits: d'una banda, la identificació del dany moral amb una entitat suficient perquè resulti indemnitzable, ja que constitueix la base de la indemnització (ap. 2.1); de l'altra, els criteris aplicables a l'hora de valorar i quantificar el dany moral causat (ap. 2.2).

2.1. IDENTIFICACIÓ DEL DANY MORAL INDEMNITZABLE

La primera de les dificultats és la determinació del dany moral que resulta indemnitzable, com a conseqüència de la confusió existent entorn de la seva definició i de la manca de paràmetres clars. De fet, alguns autors han qualificat la seva aplicació com a «concepto comodín» (Díez-Picazo) o «pieza móvil» (Vicente Domingo).⁸ A continuació i en consideració a l'objecte d'estudi, es pretén identificar quins danys morals ocasionats per l'ocultació de la verdadera paternitat resulten indemnitzables; se n'exclouen els greuges sense entitat o rellevància suficient. Abans de centrar l'estudi en el dret espanyol (ap. 2.1.2), s'estudia quina tècnica ha estat utilitzada pels tribunals nord-americans per a la identificació d'aquests danys (ap. 2.1.1).

2.1.1. *Estats Units: «extreme and outrageous conduct»*

Com a resultat de la supressió de la immunitat conjugal als anys vuitanta, alguns presumptes pares van interposar «claims of intentional infliction of emotional distress» per a reclamar la reparació dels danys ocasionats per l'ocultació de la verdadera paternitat biològica a la mare.⁹ Malgrat que alguns tribunals varen considerar que

desde 1981 a 2010 la posibilidad de la no paternidad del actor, manteniendo una situación de convivencia matrimonial y de relaciones personales permanentes» (FJ 3). El pressupòsit de la imputació subjectiva ha estat objecte d'estudi a: Javier BARCELÓ DOMÉNECH, «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», a Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 86-108; Esther FARNÓS AMORÓS, «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25 (2011), p. 17-28.

8. Luis Díez-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 13-14; Elena VICENTE DOMINGO, «El daño», a Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, p. 346. Vegeu també: M. Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», *Revista de Derecho Privado*, vol. 90, núm. 4 (2006), p. 28; María LINACERO DE LA FUENTE, «Concepto y límites del daño moral: el retorno al *pretium doloris*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 720 (2010), p. 1574.

9. En algun cas s'han dirigit també contra el pare biològic: C. M. *versus* J. M. *versus* W. P., del 1999, Superior Court of New Jersey (320 N. J. Super. 119, 726 A.2d 998, 1002); Heiner *versus* Simpson,

aquesta interposició resultava contrària a l'ordre públic, altres varen negar que es produís tal oposició.¹⁰ Així es va posicionar l'Appellate Court of Illinois en la sentència del cas *Koelle versus Zwiren* (1996): «[...] we find that public policy does not serve to protect people engaging in behavior such as that with which plaintiff's complaint charges defendant, and we will not allow defendant to use her daughter to avoid responsibility for the consequences of her alleged deception». La raó és que la mare havia al·legat que l'ordre públic impedia tal pretensió, atès que la «intra familiar warfare» podia resultar perjudicial per al fill. En aquest mateix sentit es va posicionar també la Court of Appeals of Minnesota en el cas *G. A. W. III versus D. M. W.* (1999).¹¹

D'acord amb la secció 46 del Restatement (Second) of Torts, per tal que la pretensió prosperi és necessari acreditar una conducta extrema i ultratjant, així com la causació de danys emocionals greus. A més, cal provar una intencionalitat o culpa molt greu, juntament amb una relació de causalitat entre el comportament del demandat i els danys soferts per l'actor.¹² Convé indicar que el requisit que resulta més controvertit en les sentències examinades és si l'engany sobre la paternitat pot ser considerat una conducta extrema i ultratjant. D'acord amb el Restatement (Second) of Torts, això implica que «the case is one in which the recitation of the facts to an average member of the community would arouse his resentment against the actor, and lead him to exclaim "Outrageous!"».

En aquest sentit, resulta il·lustrativa la pregunta que es formula la Court of Appeals of Ohio en la sentència del cas *Bailey versus Searles-Bailey* (2000):¹³ «[...] was her concealment of her uncertainty during pregnancy and through the first year of the child's life beyond all possible bounds of decency and utterly intolerable in a civilized society?». La resposta en aquest cas fou negativa, ja que es va considerar que tal gravetat no havia quedat suficientment acreditada a través de les proves aportades. En canvi, en la Sentència del cas *Miller versus Miller*, la Supreme Court of Oklahoma va determinar que l'atribució d'indemnització al que fins aleshores havia estat consi-

del 2001, Supreme Court of Utah (23 P.3d 1041); DiMichele *versus* Perrella, del 2011, Superior Court of Connecticut (2011 WL 1026184). Aquestes demandes freqüentment van acompanyades per «claims based on intentional misrepresentation». Per exemple, aquest fou el cas de *Miller versus Miller*, del 1998, de la Supreme Court of Oklahoma (1998 OK 24, 956 P.2d 887), en què també es reclamava sobre la base d'aquest falsejament el pagament d'una quantitat igual a les pensions alimentàries pagades fins aleshores al fill no biològic, així com la indemnització dels danys punitius. No obstant això, en consideració a l'objecte d'estudi, centrarem l'estudi en les primeres demandes.

10. *Doe versus Doe*, del 2000, Court of Appeal of Maryland (358 Md. 113, 747 A.2d 617); *Day versus Heller*, del 2002, Supreme Court of Nebraska (653 N.W.2d 475).

11. *Koelle versus Zwiren*, Appellate Court of Illinois (284 Ill. Ap. 3d 778, 672 N.E.2d 868); *G. A. W. III versus D. M. W.*, Court of Appeals of Minnesota (596 N.W.2d 284).

12. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law*, vol. 1, *Torts*, Saint Paul, American Law Institute, 1965, p. 71-80.

13. 140 Ohio App.3d 174, 746 N.E.2d 1159.

derat pare esqueia en cas que aconseguís acreditar que: 1) l'engany perpetrat per la mare s'havia anat mantenint fins que havia deixat de ser útil, 2) aquesta havia potenciat que es cultivés una relació paternal i posteriorment havia revelat que no hi havia vincle biològic, 3) l'havia obligat a complir amb les obligacions pròpies d'un pare, tot i saber que no ho era, 4) havia debilitat posteriorment el vincle creat, en confessar l'engany al fill, 5) i 6) no havia revelat la veritat durant el procés judicial de divorci, ni al demandant ni al tribunal, 7) havia causat sofriment al presumpte pare en fer-li saber que havia estat enganyat i utilitzat, i 8) s'havia vanagloriat del seu engany.

A mode de recapitulació, podem afirmar que els tribunals nord-americans recorren al requisit de la conducta extrema i ultratjant a judici d'un jurat, per a determinar els danys que donen dret a una indemnització. La concurrència d'aquest criteri imposa que s'hagi de valorar en cada cas en consideració a les circumstàncies particulars.

2.1.2. Espanya: lesió d'un dret de la personalitat

En el concepte de *dany moral*, d'acord amb Díez-Picazo, cal entendre-hi inclòs «el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona».¹⁴ De tota manera, per tal d'evitar que greuges sense entitat o rellevància suficient resultin indemnitzables, Díez-Picazo defensa que tan sols ho són els ocasionats per la lesió de drets de la personalitat, tesi que recorda a Scognamiglio. Aquesta aproximació s'apropa als pressupòsits de l'article 10:301 (1) dels Principis de dret europeu de la responsabilitat civil (PERC). D'acord amb aquests, la compensació del dany no patrimonial escau quan «the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights».¹⁵

Arribats a aquest punt, cal identificar quins drets de la personalitat podrien haver resultat vulnerats en el supòsit d'ocultació de la paternitat biològica d'un fill. En consideració a les peculiaritats del supòsit estudiat, tant la doctrina com la jurisprudència

14. Aquest greuge és identificat en les sentències, per exemple, com a «sentimiento de humillación» (SAP de Cadis de 16 de maig de 2014 [Roj 822/2014; MP: Marín Fernández]), «sentimiento de profunda frustración» (SAP de Barcelona de 16 de gener de 2007 [Roj 9237/2007; MP: Viñas Maestre]) o «dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio» (SAP de València de 2 de novembre de 2004 [Roj 4688/2004; MP: Escrig Orenga]).

15. Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 324-329. Convé indicar que la jurisprudència, com, per exemple, la STS de 19 d'octubre de 1996 (Roj 5684/1996; MP: Fernández-Cid de Temes), parteix sovint d'un concepte ampli de *dany moral*, ja que considera que comprèn «hoy día no solo al ataque a los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales». En aquest mateix sentit trobem la STS de 2 d'abril de 2004 (Roj 2313/2004; MP: Auger Liñán). Vegeu també: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law: Text and commentary*, Viena, Springer, 2005, p. 171.

dència creuen que es pot haver produït una vulneració del dret a l'honor, així com una vulneració del dret a la integritat física i psíquica.

D'una banda, en el cas de la lesió del dret a l'honor, García Vicente considera que resulten indemnitzables els danys causats en la pròpia estima (sentit subjectiu). En canvi, Farnós Amorós vincula la indemnització al tractament rebut per part dels altres (sentit objectiu).¹⁶ En aquesta línia trobem la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) d'Oviedo de 18 de maig de 2012,¹⁷ en la qual es va considerar que s'havia produït una afectació de la «consideració social» del que fins aleshores es creia que era el pare biològic, atès que les dues parts involucrades treballaven a la mateixa empresa. No obstant això, la SAP de València de 2 de novembre de 2004 prèviament s'havia manifestat taxativament en contra d'aquesta tesi en considerar que aquestes conductes «no son susceptibles de dañar al buen nombre, o a la consideración que las demás personas puedan tener de él» (fonament jurídic [FJ] 10).¹⁸

D'altra banda, una part de la doctrina (Romero Coloma i Rodríguez Guitián) ha apreciat la concurrència d'una vulneració del dret a la integritat física i psíquica de la persona.¹⁹ Si bé és cert que la reclamació d'això primer en les demandes no és comuna, en la SAP de València de 5 de setembre de 2007 es va indemnitzar també per «cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades». En relació amb els danys causats a la integritat psíquica, la SAP de Castelló de la Plana de 12 de juny de 2014 va indemnitzar per una síndrome ansiosa depressiva, mentre que la SAP de Cadis de 3 d'abril de 2008 va fer-ho per un trastorn distímic. No obstant això, cal recordar que en la majoria de casos la prova del dany moral es fonamenta en una presumpció implícita. Com passa, per exemple, en la SAP de Lleó de 30 de gener de 2009, en què es va afirmar que «en cualquier caso, ni las pruebas practicadas ni las que hubieran podido llevarse a cabo en tal sentido son necesarias para llegar a una conclusión que entendemos evidente, y es el dolor o sufrimiento que con total seguridad se le ocasiona» (FJ 3).²⁰

16. José Ramón GARCÍA VICENTE, «La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 (2001), p. 111; Esther FARNÓS AMORÓS, «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», p. 35.

17. Roj 1199/2012 (MP: Casero Alonso). És necessari indicar que aquesta Sentència ha estat l'única que ha reconegut la indemnització per causa de filiació no matrimonial.

18. Roj 4688/2004; MP: Escrig Orensa.

19. Aurelia María ROMERO COLOMA, «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», *Diario La Ley*, núm. 7646 (2011), p. 15; Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, «De nuevo la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *Diario La Ley*, núm. 7582 (2011), p. 14.

20. SAP de València de 5 de setembre de 2007 (Roj 2216/2007; MP: Cerdán Villalba); SAP de Castelló de la Plana de 12 de juny de 2014 (Roj 531/2014; MP: De Diego González); SAP de Cadis de 3 d'abril de 2008 (Roj 124/2008; MP: Marín Fernández); SAP de Lleó de 30 de gener de 2009 (Roj 39/2009; MP: Sanz Llorente).

2.2. DETERMINACIÓ DEL *QUANTUM* INDEMNITZATORI

La indemnització per dany moral persegueix, d'acord amb la STS de 4 d'octubre de 2006, «proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado» (FJ 7). La raó és que, tal com posa de manifest Gómez Pomar, el dany moral implica una reducció del nivell d'utilitat que ni el diner ni béns intercanviables no poden compensar.²¹

Com que resulta difícil determinar quines han estat les conseqüències reals del dany moral, ja que normalment no existeix una evidència física del dany causat, el *quantum* indemnitzatori es fixa en consideració a les circumstàncies concurrents en cada cas.²² Per aquest motiu, les indemnitzacions atorgades per ocultació de la paternitat verdadera se situen entre els 3.000 € (SAP d'Oviedo de 18 de maig de 2012) i els 100.000 € (SAP de València de 2 de novembre de 2004), tot i que la quantia que fins a aquest moment ha resultat més freqüent és la de 30.000 € (reconeguda fins en cinc sentències).²³ En aquest sentit, convé fer referència a la SAP de Cadis de 3 d'abril de 2008, en què la quantia de la indemnització es va motivar a partir de la comparació amb les altres sentències dictades per la jurisprudència menor en supòsits similars: «[...] estimamos ajustada la suma de 30.000 euros para indemnizar ambos conceptos, cifra que se mueve entre las que ordinariamente han sido fijadas en las resoluciones de las audiencias repetidamente citadas» (FJ 3).

A partir de l'examen de les sentències dictades per les audiències provincials, identificarem els criteris que amb major freqüència s'han tingut en compte a l'hora de determinar i motivar la quantia de les indemnitzacions atorgades. Com es posarà de manifest a continuació, els criteris aplicats resulten conformes amb els prevists en l'article 10:301 (2) dels PERC, segons els quals «all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim».²⁴

21. Roj 5695/2006 (MP: Seijas Quintana). En la doctrina, vegeu Fernando GÓMEZ POMAR, «Daño moral», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2000), p. 1-2.

22. Encarna ROCA, *Derecho de daños: Textos y materiales*, València, Tirant lo Blanch, 2007, p. 188-189; Fernando GÓMEZ POMAR, «Daño moral», p. 9; Santiago CAVANILLAS MÚGICA, «La motivación judicial de la indemnización por daño moral», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20 (2006), p. 167.

23. Aquest *quantum* indemnitzatori ha estat reconegut en la SAP de Lleó de 2 de gener de 2007, la SAP de Cadis de 3 d'abril de 2008, la SAP de Lleó de 30 de gener de 2009 i la SAP de Tenerife de 16 d'octubre de 2009 (Roj 2888/2009; MP: Padilla Márquez).

24. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, «Principles of European Tort Law: text and commentary», p. 171.

2.2.1. Duració i credibilitat de l'engany

El fet que l'engany sobre la paternitat biològica s'hagi mantingut durant un període de temps breu ha estat utilitzat per a reduir el *quantum* indemnitzatori. En aquest sentit trobem la SAP de Barcelona de 16 de gener de 2007, en la qual es va fixar el *quantum* en 15.000 €, atès que tan sols havien transcorregut quatre anys des del naixement del fill fins al coneixement de la veritat. Així mateix, en la SAP d'Oviedo de 18 de maig de 2012 la indemnització fou de 3.000 €, com a conseqüència que l'engany havia durat un any.

Una altra circumstància presa en consideració per a disminuir la quantia indemnitzatòria ha estat la credibilitat de l'engany. És a dir, el fet que el demandant tingués dubtes de ser el pare biològic, tot i que sense entitat suficient per a entendre caducada l'acció d'impugnació de la filiació matrimonial. Aquest fou el cas de la SAP d'Alacant de 10 de desembre de 2012, en què es va atorgar una indemnització de 5.000 € malgrat que l'engany havia durat vint-i-nou anys. En aquest sentit trobem també la SAP de València de 5 de setembre de 2007, en què la quantia fou de 12.000 € en consideració a la convicció del presumpte pare gairebé des del naixement del fill que aquest no era seu.

2.2.2. Vincle afectiu creat

Per a la valoració del dany moral sofert es pren en consideració la participació del presumpte pare en les tasques de cura del que fins aleshores havia considerat fill seu, així com el vincle afectiu que els uneix.

Els tribunals tendeixen a atorgar indemnitzacions de major quantitat quan la relació paternofamiliar ha estat bona fins al descobriment de la veritable paternitat biològica. En aquest sentit trobem la SAP de Lleó de 2 de gener de 2007 (Roj 2/2007; magistrat ponent [MP]: Álvarez Rodríguez), en la qual es va entendre justificada una indemnització de 30.000 € perquè «la deseó fervientemente como hija durante el embarazo de la madre, la prestó todas las atenciones y la dedicó todos sus cuidados» (FJ 3). Una quantitat indemnitzatòria igual fou reconeguda, sobre la base del mateix argument, en la SAP de Lleó de 30 de gener de 2009 i en la SAP de Castelló de la Plana de 12 de juny de 2014. En canvi, la indemnització és inferior quan la relació paternofamiliar ha estat conflictiva. Així fou, per exemple, en la SAP de Múrcia de 18 de novembre de 2009,²⁵ en la qual la indemnització fou tan sols de 15.000 €, ja que es va prendre en consideració «el hecho de que a raíz de la separación no se cumpliera con el régimen de visitas propio de una buena relación paterno filial» (FJ 4).

25. Roj 2353/2009 (MP: Nicolás Manzanares).

2.2.3. Cessament de tota relació paternofilial

En altres ocasions, els tribunals han fonamentat l'atribució d'indemnitzacions de certa quantia sobre la base del cessament de tota relació del presumpte pare amb el que fins aleshores havia considerat fill. En aquest sentit trobem la SAP de Cadis de 3 d'abril de 2008, que es va posicionar en els termes següents: «[...] la corta edad de la menor y la imposibilidad de haber trabado sentimientos mutuos estables entre padre e hija, amén de convivir en la actualidad con su verdadero padre, fuerzan a entender que la relación que en su día existió está completamente acabada» (FJ 3). Aquest fou el cas també de la SAP de Saragossa de 31 de desembre de 2013,²⁶ en la qual es va valorar el fet que la relació paternofilial havia cessat completament.

És necessari indicar que en les primeres sentències en les quals es van indemnitzar els danys morals derivats de l'ocultació de la paternitat biològica, aquests es van equiparar amb la pèrdua definitiva d'un ésser estimat. En aquest sentit trobem la SAP de València de 2 de novembre de 2004, que afirma que la pèrdua de contacte i dels vincles afectius que mantenien els qui es consideraven fins aleshores pare i fill «genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida». Així mateix, la SAP de Barcelona de 16 de gener de 2007 ho va qualificar com a equivalent o molt pròxim. No obstant això, altres sentències examinades s'han posicionat en contra d'aquesta equiparació. Per exemple, la SAP de Pontevedra de 13 de desembre de 2006²⁷ fou taxativa en afirmar que «se entiende distinta, y distante, la pérdida de un hijo por su fallecimiento frente al padecimiento derivado del conocimiento de la inexistencia de un vínculo paterno-filial» (FJ 7). En aquest mateix sentit es va posicionar posteriorment la SAP de Cadis de 3 d'abril de 2008.

3. IMPUGNACIÓ DE LA FILIACIÓ MATRIMONIAL: DEFENSA D'UNA MAJOR SEGURETAT JURÍDICA

Els avenços científics en el camp de la genètica han ocasionat en aquests darrers anys una gran inestabilitat en les relacions paternofilials. La raó és que abans, com que no podia verificar-se amb certesa el vincle biològic, la presumpció legal resultava difícil de desvirtuar. En canvi, actualment la relació entre el fill i el presumpte pare es troba en una situació més delicada, ja que quan s'aconsegueix provar de manera concloent que aquest no és el progenitor (art. 235-28.1 CCCat), es produeix el cessament de drets i responsabilitats parentals.²⁸ Si bé és cert que, sempre que l'interès superior

26. Roj 265/2013 (MP: Martínez Areso).

27. Roj 2918/2006 (MP: Romero Costas).

28. En el cas d'Espanya, del total de vint-i-una sentències examinades en les quals consta en el su-

del menor ho permeti, el presumpte progenitor pot obtenir un règim de relacions personals per ser una persona pròxima (art. 236-4.2 CCCat) o bé pot acabar perdent la guarda, excepte en cas de concórrer circumstàncies excepcionals (art. 233-1.1a i 233-10.4 CCCat).

Com a conseqüència d'aquesta inestabilitat en les relacions paternofiliars, un sector important de la doctrina nord-americana ha plantejat la necessitat d'introduir reformes legals per tal de promoure una major seguretat jurídica en la filiació. Les propostes defensades amb aquest fi es poden agrupar en dos grups, segons si la paternitat es concep com un fet biològic o com una construcció social. Un primer sector doctrinal ha defensat que cal promoure la realització de proves de paternitat en el moment del naixement del fill i que subsidiàriament, en cas de negativa dels presumptes progenitors a fer-les, un cop atribuïda la paternitat no ha de resultar permès que s'impugni posteriorment (Carbone, Cahn i Henry). D'aquesta manera es garanteix que la filiació es mantingui estable després de la ruptura sentimental dels pares i s'eviten conflictes futurs.²⁹ En canvi, un altre sector doctrinal ha defensat un major reconeixement legal de la figura del *social father*, en el supòsit d'impugnació de la filiació. Això és possible atorgant al presumpte pare una protecció equivalent a la que tindria si hagués sigut el pare biològic (Hirczy i Cannold) o admetent la *dual fatherhood*, és a dir, que un fill pugui tenir dos pares, el biològic i el presumpte, ambdós amb drets i responsabilitats (Singer). Altres propostes formulades han estat la de restringir l'accés a les proves de paternitat per part de particulars (Kaebnick) i inclús la de prohibir-les (excepte en cas d'obtenció d'una ordre judicial), amb imposició de sancions civils i penals en cas d'incompliment (Kording).³⁰

pòsit de fet qui va impugnar la filiació, s'observa que fou el pare en catorze, la mare en sis i el fill en una (SAP d'Alacant de 10 de desembre de 2012, en què fou la filla, ja major d'edat i econòmicament independent). D'acord amb un estudi realitzat a Austràlia, al voltant de dos terços de les proves de paternitat es realitzen per iniciativa del presumpte pare (Michael GILDING, «DNA paternity testing without the knowledge or consent of the mother», *Family Matters*, vol. 68 (2004), p. 70-71). En aquest mateix sentit, però en relació amb els Estats Units, vegeu Paula ROBERTS, «Truth and consequences: Part III. Who pays when paternity is disestablished?», Center for Law and Social Policy, en premsa, p. 1-2.

29. June CARBONE i Naomi CAHN, «Which ties bind? Redefining the parent-child relationship in an age of genetic certainty», *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 11, núm. 3 (2003), p. 1066-1070; Ronald K. HENRY, «The innocent third-party: Victims of paternity fraud», *Family Law Quarterly*, vol. 40, núm. 1 (2006), p. 79.

30. Wolfgang HIRCZY, «Protecting the father-child bond against non paternity action: legislative, judicial, and constitutional approaches», *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 2, núm. 3 (1995), p. 21; Leslie CANNOLD, «Who's the father? Rethinking the moral "crime" of "paternity fraud"», *Women's Studies International Forum*, vol. 31, núm. 4 (2008), p. 255; Jana SINGER, «Marriage, biology, and paternity: the case for revitalizing the marital presumption», *Maryland Law Review*, vol. 65, núm. 1 (2006), p. 268-269; Gregory E. KAEBNICK, «The natural father: genetic paternity testing, marriage, and fatherhood», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 13 (2004), p. 57-59; Niccol KORDING, «The day the family dies: The bald eagle, DNA, and money privilege in paternity fraud legislation and common law paternity decisions», *Journal of Law and Social Change*, vol. 7, núm. 4 (2003), p. 134-144.

Si bé és cert que a Espanya la paternitat es concep més com un fet biològic i no tant com una construcció social (amb l'excepció de l'adopció i la filiació resultants de les tècniques de reproducció assistida), la proposta de promoure la realització de proves de paternitat en el moment del naixement del fill resulta una mesura desproporcionada en consideració al nombre de casos en què efectivament no hi ha concordança entre el presumpte pare i el pare biològic. Si bé s'afirma que aquesta divergència es produeix entre un 10 % i un 30 % dels casos (d'acord amb les dades proporcionades pels laboratoris), un estudi realitzat en el camp de la genètica per Sykes i Irvén va reduir la xifra en un 1,3 %. Malgrat que és impossible saber-ho amb seguretat, es considera que la freqüència d'aquest fenomen se situa entre un 1 % i un 3 %.³¹ A més, l'estudi posa un èmfasi excessiu en la importància del vincle biològic, en detriment de la unió familiar, com a conseqüència del risc potencial de provocar una crisi matrimonial o de la convivència estable en parella.³²

En canvi, la proposta consistent a restringir l'accés de particulars a les proves de paternitat resulta més encertada. La raó és que la falta d'una legislació específica que les reguli a Espanya, a diferència d'altres països europeus, pot conduir que amb una informació qualificable de *sensible* (ja que afecta no només la intimitat personal, sinó també la familiar) es cometin molts abusos, ja sigui perquè es realitzin sense consentiment, sense identificació o sense garanties de fiabilitat.³³ I, si bé és cert que la informació obtinguda tan sols ho és, en principi, a l'efecte informatiu, pot ser causa necessària i suficient per a trencar la pau familiar, així com per a pertorbar l'estabilitat del menor. Per això les proves genètiques només s'haurien de poder realitzar, sempre que resultés possible la impugnació de la filiació, en el marc d'un procés judicial. Com a paradigma d'aquesta proposta es pot considerar la regulació de França, on les anàlisis extrajudicials de filiació estan prohibides des de l'any 2011 (art. 16-11 del *Code civil*), i l'incompliment d'aquesta prohibició està sancionat amb una pena de presó d'un any

31. Sykes i Irvén van comparar mostres d'ADN de quaranta-vuit homes que es deien Sykes de cognom. El resultat fou que la mitjana de falsa paternitat en aquest llinatge en els darrers set-cents anys havia estat d'1,3 % per generació (Bryan SYKES i Catherine IRVÉN, «Surnames and the Y chromosome», *The American Journal of Human Genetics*, vol. 66, núm. 4 (2000), p. 1417-1419). Vegeu també Michael GILDING, «Rampant misattributed paternity: the creation of an urban myth», *People and Place*, vol. 13, núm. 2 (2005), p. 5-6 i 9-10; Mark A. BELLIS, Karen HUGHES, Sara HUGHES i John R. ASHTON, «Measuring paternal discrepancy and its public health consequences», *Journal of Epidemiology & Community Health*, vol. 59, núm. 9 (2005), p. 750.

32. En aquest mateix sentit trobem Jana SINGER, «Marriage, biology, and paternity», p. 266; Gregory E. KAEBNICK, «The natural father», p. 58-59.

33. De moment només s'ha aprovat la Llei orgànica 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 242 [9 octubre 2007]). En la doctrina, vegeu Àngel CARRACEDO, María CASADO i Roser GONZÁLEZ-DUARTE (coord.), *Document sobre proves genètiques de filiació*, Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, 2006, p. 5-10.

o una multa de 15.000 € (art. 226-28 del *Code pénal*).³⁴ A més, només s'admet l'exercici d'accions d'impugnació de la filiació («des actions en contestation de la filiation») durant els cinc anys posteriors al naixement o reconeixement del fill quan la possessió d'estat coincideix amb el títol (art. 333 *Code civil*), excepte que ho estimi procedent el ministeri fiscal, o en un termini de deu anys en cas que no hagi existit possessió d'estat (art. 334 *Code civil*). No obstant això, en el cas del fill, aquests terminis queden en suspens durant la seva minoria d'edat (art. 321 *Code civil*).

A continuació examinarem si aquesta interpretació més restrictiva de les accions d'impugnació de la filiació pot ser considerada conforme al dret del fill a conèixer la pròpia identitat (ap. 3.1) i al dret a la tutela judicial efectiva del presumpte pare (ap. 3.2).

3.1. DRET DEL FILL A CONÈIXER LA PRÒPIA IDENTITAT

La protecció del principi de l'interès superior del menor, el qual opera com a criteri inspirador de totes les decisions que afecten directament el menor (art. 211-6.1 CCCat, 5.3 de la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA) i 2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (LOPJM), requereix que es garanteixi el respecte dels drets del menor, en aquest cas el seu dret a conèixer la seva identitat (Sentència del Tribunal Constitucional [STC] 138/2005, de 26 de maig, FJ 4), però sempre assegurant el seu «benestar material» (art. 41 LDOIA) i preservant el seu «desenvolupament físic, mental, espiritual, moral i social, d'una manera lliure i harmònica» (art. 6 LDOIA). D'acord amb Rivero Hernández, per a la concreció de l'interès del menor no és suficient tenir presents els seus drets, sinó que també s'ha de tenir present el seu benestar psíquic i personal.³⁵ En aquest sentit trobem la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 6 de juliol de 1992, que afirma que l'aplicació d'aquest principi en l'àmbit de la filiació, juntament amb el principi de veracitat material, persegueix evitar que «la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que los inevitables que en ocasiones puede acarrear la mera declaración de

34. La modificació de l'art. 16-11 del *Code civil* va ser introduïda per la *Loi núm. 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*. En canvi, l'art. 226-28 del *Code pénal* ho va ser per la *Loi núm. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*.

35. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés superior del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 275-277. Vegeu també: CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, València, Tirant lo Blanch, 2014, p. 17. Respecte al doble sentit de «benestar del menor» en la legislació catalana, vegeu SUSANA NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 285-286.

paternidad o maternidad».³⁶ A més, s'ha de garantir la participació del menor en la determinació del seu propi interès, com a manifestació de l'obligació de respecte de la seva personalitat, imposada als pares i a l'autoritat judicial.³⁷

Si bé és cert que l'exercici de l'acció d'impugnació permet al menor conèixer el seu propi origen, fet que li aporta beneficis socials i psicològics indiscutibles (p. ex., accés a l'historial mèdic familiar, prevenció de malalties hereditàries, identificació de donants potencials d'òrgans), també «podría lesionar gravemente los legítimos intereses del hijo, situándole en una delicada posición personal y social, con más que probables secuelas psicológicas y morales, que quizá le acarree asimismo graves perjuicios en el plano económico», com deia el magistrat Jiménez Sánchez en el seu vot particular (al qual es va adherir el magistrat Delgado Barrio) en la STC 138/2005, de 26 de maig. La raó és que els canvis en la determinació de la filiació ocasionen greus perjudicis als fills (especialment quan són menors d'edat), atès que perden contacte amb el presumpte pare, el qual acostuma a coincidir amb el *social father* (p. ex., aquell que el fill considera com a figura paterna, ja que s'ha involucrat en la seva criança), s'extingeixen els drets derivats de la filiació (p. ex., aliments, drets successoris) i es produeixen canvis en la seva identitat (en perdre el cognom). A més, cal tenir present que, si prospera l'acció d'impugnació, el menor acostuma a quedar sense paternitat legalment establerta (llevat que s'interposi una acció mixta), i, si bé és cert que pot interposar una acció de reclamació de la filiació contra el pare biològic, aquest pot tenir una identitat desconeguda, trobar-se en parador ignorat, haver traspassat, no disposar de mitjans econòmics suficients o no tenir cap voluntat d'adoptar un rol parental.³⁸ Així mateix, cal prendre en consideració els efectes que els canvis en la determinació de la filiació poden comportar en la relació entre germans (p. ex., si un d'ells continua el règim de visites i l'altre no hi manté cap contacte).³⁹ En aquest sentit, resulten inte-

36. STSJC de 6 de juliol de 1992 (*La Ley* 9847/1992; MP: Díaz Valcárcel). En sentit similar trobem la STS de 27 de desembre de 2013 (Roj 6302/2013; MP: Salas Carceller): «[...] la prevalencia de la verdad material en la determinación de la filiación no constituye un dogma de carácter absoluto». García Vicente defensa que l'interès del menor en l'àmbit de la filiació té tres dimensions —no sempre coincidents entre si—, que són: interès en la seva protecció, interès en el coneixement de la seva identitat i interès en l'estabilitat de la seva situació (José Ramón GARCÍA VICENTE, «La filiación», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA i Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de la familia*, vol. v, Navarra, Thomson Reuters, 2011, p. 75).

37. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor», p. 201-202 i 304-305; Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», p. 292-293.

38. En tot cas, tal com apuntava un estudi realitzat per Carsten, a partir de les reunions entre adults que havien estat adoptats en la infància i els seus pares biològics, la genètica per si mateixa és una base insuficient per a l'establiment d'una relació, ja que resulta imprescindible la formació de vincles afectius (Janet CARSTEN, «“Knowing where you've come from”: ruptures and continuities of time and kinship in narratives of adoption reunions», *Journal of the Royal Anthropological Institute*, vol. 6, núm. 4 (2000), p. 700).

39. La STS de 20 de novembre de 2013 (Roj 5713/2013; MP: Seijas Quintana) va atribuir la guarda de dues germanes menors d'edat al presumpte pare, malgrat que la filiació d'una d'elles havia estat impugnada per la mare i determinada a favor del pare biològic, sobre la base que «el interés superior real, y no

ressants les declaracions dels tres fills en la premsa escrita, arran del mediàtic cas Magill *versus* Magill (2006), resolt per la High Court of Australia: «[t]he loss of their relationship with Liam Magill, the impact of his legal attack on their mother and their ongoing precarious financial position, were far more important in their lives than the results of the paternity test».⁴⁰

Per tant, el dret del fill menor a conèixer la seva identitat es pot restringir sempre que ho requereixi el seu benestar en sentit estricte i el respecte al desenvolupament òptim de la seva personalitat, ja que, si bé és cert que l'ordenament jurídic permet l'exercici d'alguns drets fonamentals durant la minoria d'edat, no és fins que s'asseixeix la majoria d'edat que es té plena disponibilitat d'aquests drets.⁴¹ A més, en cap cas s'impediria el coneixement de la seva identitat, ja que podria impugnar la filiació un cop assolís la majoria d'edat (art. 235-25 i 235-26.2 CCCat).

3.2. DRET A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL PRESUMPT PARE

La restricció del dret a la tutela judicial efectiva del presumpte pare no permetent-li impugnar la filiació matrimonial un cop transcorregut el termini establert legalment per a fer-ho,⁴² resulta possible sempre que resulti adequada, necessària i

simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés» (FJ 3). No obstant això, aquest pronunciament fou possible perquè la mare i el pare biològic es trobaven immersos en un procés penal, fet que va permetre justificar l'atribució excepcional de la guarda a altres persones pròximes, per aplicació de l'art. 103.1 del Codi civil espanyol (així mateix es preveu en l'art. 233-1.1*a* i 233-10.4 CCCat).

40. Liam Magill va demandar la seva exesposa per engany després que les proves de paternitat van revelar que dos dels seus tres fills no eren biològics i va reclamar una indemnització pels danys soferts, la qual fou desestimada. Les declaracions dels fills es poden consultar a Lyn TURNER i Paula WOOD, «“Paternity fraud” and the invisible child», *Australian Journal of Emerging Technologies and Society*, vol. 5, núm. 2 (2007), p. 127-128. En la doctrina, respecte als efectes perjudicials per als fills trobem: Wolfgang HIRCY, «Protecting the father-child bond against non paternity action», p. 4; Leslie CANNOLD, «Who's the father? Rethinking the moral “crime” of “paternity fraud”», p. 255; Heather DRAPER, «Paternity fraud and compensation for misattributed paternity», *Journal of Medical Ethics*, vol. 33, núm. 8 (2007), p. 477.

41. Luis LÓPEZ GUERRA, Eduardo ESPÍN, Joaquín GARCÍA MORILLO, Pablo PÉREZ TREMPs i Miguel SATRÚSTEGUI, *Derecho constitucional: Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 162.

42. El còmput del *dies a quo* s'inicia a partir del descobriment de les proves en què el presumpte pare fonamenta la seva impugnació (art. 235-23.1 CCCat), tot i que s'aprecia caducitat de l'acció en cas de conèixer prèviament que no era el pare biològic o d'haver pogut actuar amb major diligència per a saber-ho. Per exemple, en la STS de 20 febrer 2012 (Roj 1182/2012; MP: Roca Trias) es va considerar que l'inici del còmput era el moment de recepció de diversos missatges SMS enviats per la mare en els quals aquesta comunicava al presumpte pare que no era el pare biològic. En la STS de 2 de desembre de 2013 (Roj 5712/2013; MP: Orduña Moreno) es va considerar confirmat el coneixement de la manca de paternitat perquè els dubtes eren de tal entitat que els va comentar al ginecòleg en els primers mesos d'embaràs. Malgrat que va ser informat que era possible determinar la filiació biològica fent una anàlisi de sang al nadó, el

proporcional per a garantir l'interès superior del menor.⁴³ D'acord amb la STC 116/1999, de 17 de juny,⁴⁴ el mandat constitucional de possibilitar la investigació de la paternitat «no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor» (FJ 15).

Aquest enfocament resulta conforme a la jurisprudència recent del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), d'acord amb la qual, un cop transcorregut el termini per a impugnar la filiació, «it was open to the domestic courts to give greater weight to the interests of the child» (A. L. *versus* Poland, del 2014, par. 78), sense que això impliqui una vulneració del dret al respecte a la vida privada i familiar del presumpte pare (art. 8.1 del Conveni Europeu de Drets Humans). En aquest sentit, en el cas Paulík *versus* Slovakia, del 2006, es va valorar la circumstància que la filla tenia quaranta anys i no s'oposava que s'impugnés la seva filiació, i es va acabar declarant que s'havia produït una vulneració del dret al respecte a la vida privada i familiar del presumpte pare, amb l'argumentació que tal situació no beneficiava a ningú. En el cas Tavlı *versus* Turkey, del 2006, també es va declarar aquesta vulneració, atès que no havia quedat acreditat el motiu pel qual la protecció de l'interès superior del menor requeria impossibilitar la impugnació de la filiació. La raó d'aquest fet és que el TEDH només ha reconegut que aquesta impugnació es produeix quan, malgrat que concorren circumstàncies excepcionals (com ho seria el descobriment sobrevingut de la falta de vincle biològic), no es permet la impugnació per establiment d'un termini inflexible d'un any (Shofman *versus* Russia, del 2005) o perquè només resulta possible en casos de falta de convivència amb la mare o d'adulteri ocultat (Mizzi *versus* Malta, del 2006).⁴⁵

Aquesta interpretació més restrictiva també resulta conforme a *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage* (2006), elaborat pel comitè d'experts en dret de família del Consell d'Europa, ja que el principi

presumpte pare no la va voler realitzar i va adoptar un rol parental fins després d'alguns anys de la crisi matrimonial.

43. Respecte a l'aplicació del principi de proporcionalitat per a resoldre el conflicte entre els drets del menor i els dels progenitors, consulteu: Susana NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Jorge CAFFARENA LAPORTA, José María MIQUEL GONZÁLEZ, Vicente L. MONTÉS PENADÉS, Antonio Manuel MORALES MORENO i Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tom I, Madrid, Civitas, 2003, p. 695-699. En la jurisprudència, vegeu la STSJC de 30 de maig de 2013 (Roj 5339/2013; MP: Abril Campoy, FJ 3), conforme a la qual la ponderació dels interessos en joc ha d'estar subordinada a la protecció jurídica de la persona i dels drets de personalitat dels menors afectats (Interlocutòria del Tribunal Constitucional 336/2007, de 18 de juliol, FJ 1).

44. BOE, núm. 162 (8 juliol 1999), p. 67-80.

45. A. L. *versus* Poland (ap. núm. 28609/08, 4th section); Paulík *versus* Slovakia (ap. núm. 10699/05, 4th section); Tavlı *versus* Turkey (ap. núm. 11449/02, 3rd section); Shofman *versus* Russia (ap. núm. 74826/01, 1st section); Mizzi *versus* Malta (ap. núm. 26111/02, 1st section).

11.4 admet que la llei pot prohibir a una persona impugnar la filiació en aplicació de l'interès superior del menor. Per aquest motiu, no només reconeix que els estats poden preveure prohibicions en els casos de fecundació assistida o quan el presumpte pare ha desenvolupat funcions parentals tot i ser coneixedor que no és el pare biològic, sinó també per a promoure l'estabilitat en les relacions familiars i la seguretat jurídica.⁴⁶

Així, doncs, la impossibilitat d'impugnar la filiació un cop transcorregut el termini establert legalment i malgrat el desconeixement de la falta de paternitat biològica, no implica una vulneració del dret a la tutela judicial efectiva del presumpte pare, sempre que quedi acreditat degudament que la protecció de l'interès superior del menor ho requereix en consideració a les circumstàncies particulars.⁴⁷ Això va passar, per exemple, en el cas *A. L. versus Poland*, del 2014, en què el TEDH va confirmar que no esqueia impugnar la paternitat perquè seria una experiència massa traumàtica per al menor, atès que aquest tenia dotze anys, considerava el demandant com a pare i quedaria sense filiació determinada, ja que no era possible identificar el pare biològic o que el nou marit de la mare l'adoptés.⁴⁸

4. CONSIDERACIONS FINALS

La prohibició de les anàlisis extrajudicials de la paternitat i una interpretació més restrictiva dels supòsits en què escau la impugnació de la filiació matrimonial per aplicació de l'interès superior del menor, són proposades en aquest article com a mecanisme per a promoure una major seguretat jurídica en la filiació, però també per a prevenir comportaments oportunistes. Si bé és cert que tant el presumpte pare com la mare disposen de dos anys per a exercir l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial a partir de la data del descobriment de les proves en què es fonamenta la impugnació (art. 235-23 i 235-24 CCCat), això no impedeix que en el marc d'un procés

46. COMMITTEE OF EXPERTS ON FAMILY LAW (COUNCIL OF EUROPE), *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage («The white paper»)* as adopted by the CDCJ at its 79th plenary meeting on 11-14 May 2004, Estrasburg, CJ-FA Secretariat, 2006, p. 17-18. El principi 11.4 ha estat recollit posteriorment a: COUNCIL OF EUROPE, *Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities and Draft explanatory memorandum*, Estrasburg, CJ-FA Secretariat, 2011.

47. D'acord amb la proposta doctrinal formulada per Kording, la impugnació de la filiació només s'hauria d'admetre quan el vincle afectiu amb el presumpte pare no és gaire fort (i quan ho sol·liciti el fill quan ja sigui major d'edat o quan sigui necessària la identificació del pare biològic per qüestions mèdiques) en consideració a l'edat del fill, el període de temps en què ha estat figura paterna i la seva participació en el desenvolupament d'aquest rol (Niccol KORDING, «The day the family dies», p. 135-139).

48. Tot i que en aquest cas també va ser determinant que el presumpte pare l'hagués reconegut voluntàriament com a fill, malgrat els indicis que apuntaven que podia no ser el pare biològic, ja que era coneixedor que la mare mantenia relacions amb altres homes.

de separació o divorci decideixin realitzar una prova de paternitat, encara que prèviament no hagin tingut mai dubtes o sospites, tal com succeeix en altres països,⁴⁹ com a via per a obtenir el cessament de drets i responsabilitats parentals.

L'enfocament defensat en aquest article permet, d'una banda, l'atorgament d'una major protecció jurídica al presumpte pare, sempre que ho requereixi l'interès superior del menor, en cas que la mare impugni la filiació amb l'únic propòsit d'aconseguir la guarda dels fills (p. ex., SAP de Lleó de 2 de gener de 2007). D'aquesta manera podria mantenir-la en lloc de ser-li reconeguda una indemnització pel dany moral causat, ateses les limitacions d'aquesta, ja que tan sols permet compensar el patiment sofert. De l'altra, promou la prevalença de la protecció de l'interès superior del menor per sobre del dret a la tutela judicial efectiva del presumpte pare (especialment si hi ha el risc que impugni la filiació tan sols amb la voluntat d'eludir el pagament d'aliments o altres responsabilitats parentals).⁵⁰

A mode de reflexió final, convé assenyalar que el risc de donar una rellevància excessiva al vincle biològic per a la identificació de la figura paterna és que pot conduir que, tal com reflexionava Roberts, «all a man is, in terms of a father to a child, a sperm donor».⁵¹ Per aquest motiu, tot i que el vincle genètic entre pare i fill ha estat tradicionalment d'una gran importància, també han de resultar rellevants els vincles afectius creats entre ells.

49. Els advocats recomanen als seus clients la realització d'una prova de paternitat en el marc d'un procés judicial iniciat com a conseqüència de la crisi matrimonial. Vegeu: Lyn TURNEY, «The denial of paternity: pregnancy as a risk to the “pure relationship”», *Sociology*, vol. 45, núm. 6 (2011), p. 1115; Michael GILDING, «DNA paternity testing without the knowledge or consent of the mother», p. 70-71; Gregory E. KAEBNICK, «The natural father», p. 49.

50. Com s'ha defensat en diversos estudis sociològics: Leslie CANNOLD, «Who's the father?», p. 253; Gregory E. KAEBNICK, «The natural father», p. 50-51; Paula ROBERTS, «Truth and consequences», p. 1-2.

51. Declaracions efectuades per Paula Roberts (Center of Law and Social Policy) a Nicholas RICCARDI, «DNA shakes up Child Support Law. Rights: system is challenged by men forced to pay for children who are not theirs», *Los Angeles Times* (15 abril 2002). Es poden consultar a: Niccol KORDING, «The day the family dies», p. 131. En un sentit similar trobem Heather DRAPER, «Paternity fraud and compensation for misattributed paternity», p. 479, que defensa que «paternity testing might be an effective test of genetic relatedness and infidelity, but it is an ineffective test of fatherhood».