



CUADERNO DE FAMILIA



Revista Jurídica de Derecho de Familia
de la Asociación Judicial
Francisco De Vitoria



www.ajfv.es
ajfv@asociación.com

**OCTUBRE
2019**

SUMARIO

01

EL ORDEN DE LOS APELLIDOS TRAS UN PROCEDIMIENTO DE FILIACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Leticia Latorre Luna

Abogada

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO JURÍDICO
3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
4. CONCLUSIÓN

02

EL DERECHO DE VISITAS A FAVOR DEL QUE SE HA COMPORTADO COMO PADRE Y SE DECLARA QUE NO LO ES. COMENTARIO DE LA STS 126/2019, de 1.3.2019 (ROJ 653/2019 - ECLI: ES:TS 2019:653)

Ana Clara Belío

Abogada de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

03

CUESTIONARIO PRÁCTICO SOBRE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

Coordinador:

Alfonso C. Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela

Colaboradores:

Ana Belén Villar Álvarez

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León

María Luz Losada Vime

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz

Gloria Vallejo

Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Madrid

María del Carmen Ramis Alario

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Denia

Rafael Martínez Oliver

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrevieja

ISSN: 2605-2687

DIRECCIÓN:

Gustavo Andrés Martín Martín

COORDINADOR:

Afonso Aliaga Casanova

CONTACTO:

ajfv@asociación.com

01

EL ORDEN DE LOS APELLIDOS TRAS UN PROCEDIMIENTO DE FILIACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Leticia Latorre Luna
Abogada

Resumen: *En los supuestos de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal a efectos de determinar el orden de los apellidos existiendo desacuerdo de los progenitores, ha establecido doctrina concluyendo que en virtud del Principio de interés superior del menor en caso de que no se acredite que sea beneficioso para el mismo el cambio del orden de los apellidos, no existe razón alguna para alterar el primer apellido con el que hasta el momento se ha venido identificando al menor en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar, incluso en aquellos nacimientos producidos anteriormente a la Ley 20/2011 de 21 de julio, de Registro Civil.*

Voces: reconocimiento filiación paterna no patrimonial, fijación orden apellidos, desacuerdo progenitores, reiteración doctrina, interés superior del menor, Registro Civil.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta meridianamente claro que para nuestro ordenamiento jurídico el nombre y apellidos es un elemento esencial de la identidad de una persona derivado del derecho de la personalidad¹. Según señala el jurista CORERA IZU (2016) *“El nombre y los apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Su función es identificadora o individualizadora (art. 12*

1 La jurisprudencia unánime dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los datos referentes al nombre y apellidos ha venido estableciendo desde sus primeras sentencias que nos encontramos ante datos de carácter personal garantes de protección por los diversos Reglamentos y Directivas publicadas sobre el derecho de protección de datos de carácter personal en el marco jurídico europeo. En concreto, a modo de ejemplo, véase al respecto la STJUE (Gran Sala) de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08 (caso Comisión/Bavarian Lager), donde se establece que: “Procede señalar que, en el apartado 104 de la sentencia recurrida, el Tribunal declaró acertadamente, al examinar el artículo 2, letra a), del Reglamento n° 45/2001, es decir, la definición del concepto de «datos personales», que los nombres y apellidos pueden considerarse datos personales.” (§§ 68)

RRC). Históricamente, el nombre y apellidos de la persona física ha venido desempeñando una función de control público de la identidad del individuo.”²

Así pues, en el caso de los apellidos como dato identificativo de la persona, el orden de los mismos resulta relevante puesto que por medio del primer apellido es como comúnmente se viene a identificar a la persona en la mayoría de los ámbitos de su vida social, hasta el extremo de poder convertirse en algunos casos en un determinante crucial de identidad al constituirse junto con el nombre un signo distintivo de la persona, siendo patente la relevancia identificadora e individualizadora de una persona dentro de la sociedad. Al respecto, a efectos de ser apreciada la evidencia de la importancia del primer apellido como signo distintivo de la persona, resulta de interés traer

2 CORERA IZU, M. (2016). El asiento de nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil. La problemática de la filiación. Diario La Ley, N° 8686, Sección Tribuna, 21 de Enero de 2016, Ref. D-30, Editorial LA LEY.

a colación la tradición occidental mantenida en diversos países – aunque cada vez menos – de que una mujer herede el apellido de su padre y lo cambie para que coincida con el de su marido, tal y como sucede actualmente en países como Estados Unidos, donde es tradición que la mujer sustituya su primer apellido propio por el del marido después de contraer matrimonio. Los orígenes de esta costumbre proceden de la Edad Media, cuando la mujer pasaba de vivir en la casa paterna a la conyugal siendo considerada una “cosa perteneciente a” y, no una persona, teniendo en todo el momento - tanto el padre como el marido – absoluto control sobre la misma, provocando en consecuencia que las líneas de descendencia sean masculinas (patrilineal) y, que las mujeres no tengan apellidos por línea materna.

En España, a pesar de que una mujer mantiene su apellido tras el matrimonio, lo cierto es que, es tradición que el primer apellido de un español sea primero del padre y el segundo apellido el primero de los personales de la madre; así constaba recogido en la anterior redacción del artículo 194 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del

Registro Civil. Por ende, en los últimos años, la voluntad del legislador español como la de los juzgadores ha sido adaptar e interpretar la normativa jurídica evolucionando hacia una sociedad integradora fomentando la igualdad de género, siendo obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores³. Un claro ejemplo se aprecia en la Exposición de motivos de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, donde en relación al Artículo VI, relativo a hechos y actos inscribibles, el legislador realiza una mención especial, afirmando que “[...] *El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos.*”

En concreto, en el presente estudio se analizará la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo asentada

³ Al respecto, citar entre otras STS 27 de octubre de 2014; STS 17 de febrero de 2015.

sobre la materia a efectos de determinar el orden de los apellidos en los supuestos donde existe desacuerdo de los progenitores en el caso de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, especialmente justificando jurídicamente la conservación del orden en base al interés superior del menor, aún incluso en aquellos casos en los que es de aplicación la legislación anterior a la Ley 20/2011 de Registro Civil.

II. MARCO JURÍDICO

En el ordenamiento español, el régimen jurídico del nombre propio y apellidos, previamente a la publicación de la Ley 20/2011 de 21 de julio, de Registro Civil, constaba regulado en los artículos 53 a 62 de la Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958. A pesar de que la fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2011 de 21 de julio está prevista para el 20 de junio de 2020, por excepción, tienen vigencia desde el 15 de octubre de 2015 los artículos modificados por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, a saber, los artículos 44 a 47 y 49.1 y 4 relativos a la inscripción de nacimiento y filiación, los artículos 64, 66 y 67.3 sobre la inscripción de fallecimiento y, la disposición

adicional novena sobre la obtención de datos del Instituto Nacional de Estadística, y desde el 30 de junio de 2017 los artículos 49.2 y 53 relativos a la inscripción de nacimiento y filiación.

En síntesis, el marco jurídico actual sobre el nombre propio y apellidos se regula en los artículos 49 y siguientes de la Ley 20/2011 de 21 de julio, teniendo especial consideración en la presente causa objeto de estudio el artículo 49 sobre el contenido de la inscripción de nacimiento y atribución de apellidos, así como el artículo 109 del Código Civil y el artículo 194 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

En este sentido, acerca de los apellidos, de conformidad con lo establecido en el

artículo 49.1 de la Ley 20/2011, al recién nacido se le impondrán los apellidos que le correspondan según filiación. Por un lado, si la filiación consta determinada por ambas líneas, serán ambos progenitores lo que, antes de la inscripción registral, por acuerdo decidan el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, todo ello con la finalidad de avanzar en la igualdad de género, prescindiéndose de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno. Por otro lado, en caso de desacuerdo entre los progenitores o, en caso de que no se haga constar los apellidos en la solicitud de inscripción, se requerirá a los progenitores para que en el plazo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Si trascurrido ese plazo los progenitores no comunican nada, será el Encargado del Registro Civil quien acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor⁴.

En esencia, en los supuestos de determinación del orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en los casos de paternidad

⁴ El artículo 3 del Convenio Internacional de los Derechos de Niño, señala que “el interés superior del menor debe ser considerado primordialmente en todas las decisiones que le afecten.”

reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, se ha de tener presente que en la mayoría de los recursos de casación estimados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia, se citan como vulnerados además de los artículos citados anteriormente⁵, por un lado, el Principio del interés superior del menor recogido en el artículo 39 de la Declaración de Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. En base a la citada vulneración se argumenta que el cambio de identidad al modificarse el apellido del menor supone una alteración a su identidad actual y la posesión de estado existente⁶, así como que el desarrollo del menor con los apellidos maternos ha sido pleno por lo que se trata de extender la protección del mismo para el futuro y, evitar que el cambio pueda ser lesivo a posteriori.⁷ Por otro lado, vulneración del precepto primero del artículo 18 de la Constitución Española en relación al derecho a la propia imagen del menor a la luz de las resoluciones del Tribunal

⁵ Se ha de destacar la infracción del art. 109 del Código Civil, del art. 59.3 de la Ley de Registro Civil derogada y del art. 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio.

⁶ Véase, entre otras, STS 17 de febrero de 2015 (FD 1).

⁷ Véase, entre otras, STS 10 de noviembre de 2016 (FD 1).

Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De igual forma, se alega infracción del artículo 14 de la Constitución Española en relación con relación con la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres e infracción de los artículos 1, 3 y 4 en relación a los principios informadores de la Ley 20/2011. Fundamentalmente, se argumenta que la igualdad de trato y de oportunidades entre hombre y mujeres como principio informador

del ordenamiento jurídico debe ser apreciado de oficio por el órgano juzgador en el momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas, siendo el mismo vulnerado por aquellas sentencias que otorgan un valor preponderante al apellido del padre en menoscabo de los derechos de la madre.⁸

⁸ *Asimismo, como oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, se citan entre otras, las sentencias de fechas 17 de febrero de 2015; 12 de noviembre de 2015; 1 de febrero de 2016 y 10 de noviembre de 2016.*

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

A partir de la sentencia núm. 533/2015 de fecha 17 de febrero de 2015, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (nº de recurso 2923/2013) ha establecido doctrina jurisprudencial acerca de la fijación del orden de los apellidos del menor justificando su conservación tras la determinación de la filiación paterna no matrimonial fundamentalmente en base al principio superior del interés del menor. Así pues, el

Alto Tribunal considera que a pesar de que en defecto de opción prevista en el artículo 109 del Código Civil en relación con el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre, sin embargo, el Alto Tribunal afirma que cuando se trata del interés del menor se permite una interpretación correctora de la norma y no literal.

Por tanto, a efectos de realizar la citada interpretación correctora de la normativa española, en un primer lugar, el Tribunal Supremo fundamenta que el interés del menor es el criterio determinante que debe regir tanto en la normativa internacional, estatal y autonómica a la hora de adoptarse cualquier medida jurídica que le afecte. En segundo lugar, a fin de justificar la configuración y concreción del interés superior del menor en el caso concreto por medio de la Ley, procede a citar la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, a pesar de que en el momento de dictarse la citada sentencia todavía no había entrado en vigor la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, encontrándose la misma en periodo de “*vacatio legis*”, puesto que en el precepto 49 del citado texto legal consta recogido de manera específica y expresa que el interés superior es el principio inspirador del legislador a efectos de resolver el orden de los apellidos en caso de que no exista acuerdo de los progenitores, confiando en que sea el Encargado del Registro Civil el que valore el mismo, asumiendo así su decisión.

A continuación, a fin de justificar la aplicación de la Ley sin estar todavía en

vigor, el Tribunal Supremo reconoce en la propia sentencia que “*evidentemente meritada Ley no ha entrado en vigor; pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos de vigencia constitucional de los principios que la inspiran si se encuentran en vigor.*” – recordando el TS al respecto – que la propia Disposición Final décima de la Ley establece que «*hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia.*» Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas.”

Finalmente, el Alto Tribunal procede a concretar en diversas sentencias⁹ los criterios

⁹ Véanse, entre otras: STS 17 de febrero de 2015; STS 11 de noviembre de 2015; STS 12 de noviembre de 2015; STS 1 de febrero de 2016; STS 10 de noviembre de 2016; STS 16 de mayo de 2017; STS 23 de noviembre de 2017; STS 29 de noviembre de 2017; STS de 1 de diciembre de 2017; STS 17 de enero de 2018; STS 20 de febrero de 2018; STS 7 de marzo de 2018; STS 9 de mayo de 2018; STS 14 de septiembre de 2018.

valorativos que justifican lo que resulta ser más beneficioso para el menor, estableciendo así la doctrina jurisprudencial que resulta de interés y que es detallada a continuación:

En primer lugar, el Tribunal Supremo parte de la *ratio decidendi* de que no se trata tanto en valorar de si usar como primer apellido el del padre perjudica al menor, sino más bien en indagar en qué medida le beneficia al menor el cambio de apellido, por ende, considera que debido a que existe previamente un nacimiento con una sola filiación por el que se terminan los apellidos, procede conservar el primer apellido como el de la madre puesto que el padre ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad alcanzado al menor a una edad donde tanto en la vida social, familiar, como escolar ya es conocido por el primer apellido, por consiguiente un cambio del orden sería una medida en contra del interés del menor. En concreto, el Alto Tribunal tiene en consideración las siguientes circunstancias: (1) en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme ha venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos

de una persona; (2) el menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde el nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre; (3) ser conocido con este primer apellido en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar. A lo anterior se ha de añadir que, para el Alto Tribunal no resulta relevante: ni la voluntad del padre desde el nacimiento del hijo¹⁰ ni la petición tardía de la paternidad, lo que puede ser un elemento a considerar, pero no esencial.¹¹

En definitiva, debido a lo anterior el Tribunal Supremo estima que consta justificado que el interés superior del menor es conservar el orden de los apellidos con el que aparece en el Registro Civil, toda vez que no se ha acreditado que sea beneficioso para el menor el cambio de los apellidos que viene ostentando, no existiendo así razón alguna para procederse a la alteración del primer apellido con el que

¹⁰ Véanse STS 1 de febrero de 2016 (FD 3.4); STS 1 de diciembre de 2017 (FD 1); STS 29 de noviembre de 2017; STS 17 de enero de 2018 y; STS 9 de mayo de 2018 (FD 1).

¹¹ STS 17 de febrero de 2015; STS 10 de noviembre de 2016; STS 1 de diciembre de 2017; STS 20 de febrero de 2018.

viene identificándose al menor. A mayor abundamiento, en caso de que se acreditase que el cambio fuera beneficioso para el menor, se estaría vulnerando el principio de igualdad a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre.

De igual modo, debe destacarse también algunos de los fundamentos jurídicos más relevantes señalados por las Audiencias Provinciales y por el Ministerio Fiscal a fin de estimar pertinente y conforme a Derecho el cambio del orden de los apellidos del menor a favor del padre. Así por ejemplo, en la STS de fecha 17 de febrero de 2015, la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección Primera) argumenta que los hijos pueden volver a cambiar el orden de los apellidos una vez emancipados o alcancen la mayoría de edad, añadiendo que un cambio no puede redundar en su perjuicio puesto que el hecho que el niño sea conocido con el primer apellido maternal tanto en la sociedad como en la administración pública son meras formulas de carácter general y abstractas sin que conste acreditado un perjuicio concreto. Igualmente, rechaza el argumento de la discriminación al tratarse de una cuestión de legalidad. De igual forma, la

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) en sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2016, revoca la sentencia de primera instancia argumentando que el menor no ha mantenido los apellidos en un cierto de tiempo notorio y de suficiente permanencia que genere un perjuicio social el cambio del orden de los mismos. Por otro lado, alega que no consta acreditada conducta maliciosa de sus deberes por parte del padre durante el embarazo, nacimiento y periodo inmediatamente posterior.¹² Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2016, estima el cambio de los apellidos del menor al considerar que el padre ha cumplido con sus deberes y actos tendentes a que se le reconociera como hijo suyo, no desatendiendo al menor desde su nacimiento.¹³

Por último, en la STS de 1 de febrero de 2016, se ha de destacar que sorpresivamente, el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de casación contra la sentencia 4 de diciembre de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) que revoca la sentencia de 25 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado

¹² STS 1 de diciembre de 2017 (FD 1)

¹³ STS 9 de mayo de 2018 (FD 1)

de Primera Instancia e Instrucción N.º 3 de Catarroja y, que acuerda que el menor llevara el primer lugar el apellido materno y en segundo lugar el paterno fundamentando tal decisión en la protección del interés del menor puesto que había venido utilizando el apellido materno desde el nacimiento. En este caso, el Ministerio Fiscal defiende que el primer apellido sea el del padre, alegando que no nos encontramos ante un supuesto idéntico al recogido en la STS de 17 de febrero de 2015, “ya que el menor ha nacido en el año 2010 y desde el principio el padre ha querido que constase su filiación.”¹⁴ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en la mayoría de las sentencias dictadas sobre la presente materia, se aprecia una clara defensa

¹⁴ Véase STS 1 de febrero de 2016 (FD 1, apartado 7).

del Principio del interés superior del menor por parte del Ministerio Fiscal, un claro ejemplo es la STS de 10 de noviembre de 2019, donde en sus conclusiones el Ministerio Fiscal expone de manera excelentemente resumida la relevancia tanto del citado principio, como del Principio de igualdad de género, al estimar que la sentencia recurrida no ha profundizado suficientemente en el interés del menor y que “[...] *sin una causa justificada, sino solo por aplicación literal de la ley, se trata de modificar (los apellidos) mediante resolución judicial, omitiendo que con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno.*”¹⁵

¹⁵ STS 10 de noviembre de 2016, (FD 1; apartado 6).

CONCLUSIÓN

En definitiva, en aplicación de una interpretación correctora de la legalidad vigente atendiendo al interés

del menor y a la vigencia de los principios constitucionales que inspiraron la reforma de la Ley de Registro Civil 20/2011, por la que se

garantiza de una manera más eficaz los valores de la Constitución de 1987 y la realidad actual de la sociedad española, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en los casos de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial a efectos de determinar el orden de los apellidos existiendo desacuerdo de los progenitores, a partir de la Sentencia de 17 de febrero de 2015 (Rec. 2923/2013) establece como doctrina de manera acertada que el interés del menor impone que se conserve como primer apellido el de la madre al ser conocido con el “*nomen*” primigenio tanto en el ámbito familiar, como en el escolar y social, a no ser que se acredite de contrario

que sea beneficioso para el mismo el cambio del orden de los apellidos.

Al fin y al cabo, no cabe duda de que el nombre y apellidos es un elemento esencial de la identidad de una persona derivado del derecho de la personalidad, pero no hemos de obviar – como decía José Saramago – que “*dentro de nosotros existe algo que no tiene nombre y eso es lo que realmente somos*”, aunque, evidentemente ese “algo” tiene *más connotaciones éticas que jurídicas, como pueden ser los valores y principios morales que definen a una persona.*

BIBLIOGRAFÍA

1. CORERA IZU, M. (2016). El asiento de nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil. La problemática de la filiación. *Diario La Ley*, N° 8686, Sección Tribuna, Ed. La Ley, 21 de Enero de 2016.
2. GIL NOGUERAS, L.A.. (2017). El derecho a conocer tu origen biológico. Evolución. Situación actual desde una perspectiva civil. *El derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental. El derecho “a saber”*. Cuadernos Digitales de Formación, n° 2, Consejo General del Poder Judicial, 2017.

3. JIMÉNEZ BAUTISTA, S. (2016). Novedades sustantivas en materia de estado civil. *Plan Estatal de Formación Continua 2016. Miscelánea. Cuadernos Digitales de Formación, N° 55*, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

4. PLAZA PENADÉS, J. (2015). Algunas consideraciones sobre las novedades legislativas en materia de Registro Civil. *Plan Estatal de Formación Continua 2015. Miscelánea civil, penal y contencioso-administrativo. Cuadernos Digitales de Formación, n° 50*, Consejo General del Poder Judicial, 2015.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia Tribunal Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08 (caso Comisión/Bavarian Lager).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015 (Roj: STS 544/2015 - ECLI:ES:TS:2015:544).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4598/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4598).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4597/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4597).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016 (Roj: STS 338/2016 - ECLI:ES:TS:2016:338).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2016 (Roj: STS 4839/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4839).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 2010/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2017 (Roj: STS 4165/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4165).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 (Roj: STS 4258/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4258).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2017 (Roj: STS 4266/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4266).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018 (Roj: STS 47/2018 - ECLI:ES:TS:2018:47).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018 (Roj: STS 568/2018 - ECLI:ES:TS:2018:568)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018 (Roj: STS 813/2018 - ECLI:ES:TS:2018:813).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018 (Roj: STS 1625/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1625)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2018 (Roj: STS 3155/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3155).

NORMATIVA JURÍDICA

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil, BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

02

EL DERECHO DE VISITAS A FAVOR DEL QUE SE HA COMPORTADO COMO PADRE Y SE DECLARA QUE NO LO ES. COMENTARIO DE LA STS 126/2019, de 1.3.2019 (ROJ 653/2019 - ECLI: ES:TS 2019:653)

Ana Clara Belío

Abogada de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Resumen: *La STS de 1 de marzo de 2019 analiza el derecho de visitas que debe establecerse entre una menor y quien venía ejerciendo sus funciones parentales como progenitor paterno hasta que, una vez determinada la filiación, se declara que no es su padre biológico*

Voces: *filiación, derecho de visitas, progenitor, padre biológico*

I. RESUMEN

Con posterioridad al divorcio de las partes, se estima la acción de impugnación de la paternidad frente al que fuera hasta entonces el padre de la menor, y por parte de la madre se interpone demanda de modificación de medidas en la que solicita: 1.- la extinción del ejercicio de la patria potestad, 2.- la extinción de la pensión de alimentos, y 3.- la extinción del régimen de visitas y de comunicación establecido.

La demanda es estimada íntegramente en primera instancia. Pero la AP de Cáceres revoca la Sentencia y restituye a favor del apelante el régimen de visitas que venía ejerciendo con ligeras modificaciones. El TS confirma dicho pronunciamiento y desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la madre contra la SAP de Cáceres de 19.1.2018 (SAP CC 109/2018).

I. HECHOS ENJUICIADOS

Efectivamente, con posterioridad al divorcio de mutuo acuerdo de las partes, se determina que el padre biológico de una de las dos hijas del extinto matrimonio es una tercera persona. Si bien, existe otra menor, fruto de la misma unidad familiar, que sí es hija biológica del demandado. La madre interpone

un procedimiento de modificación de medidas definitivas de divorcio, a fin de dejar sin efecto todos los pronunciamientos relativos a la patria potestad, alimentos y régimen de visitas frente a la menor cuya paternidad ha sido declarada a favor de otro progenitor.

El que ha sido declarado progenitor biológico de esta menor, y sobre cuyo régimen de visitas se decide, no es parte en este procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción da la razón íntegramente a la madre, apartándose del informe del Ministerio Fiscal y del gabinete psicosocial, que entienden que *“lo más beneficioso para la menor es que continúe el régimen de visitas, comunicación y estancias establecido, a lo que se viene negando la actora”*. Régimen que había sido interrumpido abruptamente por la madre tras la determinación de la paternidad.

La Sentencia de la AP revoca la resolución judicial anterior que otorgaba la razón a la madre, partiendo de las siguientes consideraciones: 1.- que *“existen vínculos*

preexistentes y consolidados” entre la menor y el apelante, vínculos que son beneficiosos para ésta en los términos que recoge el informe de la perito judicial, 2.- la existencia de una hija común entre las partes sobre la que sí se mantiene el régimen de visitas, que es hermana de la menor objeto del litigio, y que no debe ser separada de su hermana. Y 3.- que el hecho de tener conocimiento de la existencia de un padre biológico no debe impedir la relación con el apelante, *“considerando ambas relaciones compatibles”*.

Partiendo del anterior razonamiento, la Sentencia de la AP establece a favor del apelante un régimen ordinario de visitas consistente en el fin de semana alterno y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

El TS ratifica la fundamentación de la AP de Cáceres y establece que cuando se plantea como cuestión a decidir el

régimen de visitas y comunicación de menores de edad en el caso de custodia monoparental, no sólo se plantea la relación con el progenitor no

custodio, sino también *“respecto de los abuelos, entre hermanos y otros parientes allegados, siendo estos últimos los que ocupan el centro del debate del presente recurso”*.

Así lo recoge el Artículo 160 CC tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que incorpora el concepto de allegado, de acuerdo con la definición del diccionario de la RAE: *“dicho de una persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad trato o confianza.”*

Para el TS, el principio *favor filii* es la suma de varios factores que tienen que ver, no solo con

las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con *“otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo en la estabilidad del menor.”*

Por tanto, las medidas que se adopten en relación al menor y a sus allegados deben adecuarse a las circunstancias concurrentes en cada momento, con independencia de que existan o no lazos biológicos.

I. COMENTARIOS DEL AUTOR

Dos circunstancias resultan relevantes en la resolución de esta litis. Por un lado, la existencia de otra hija, que sí es hija biológica del allegado, existiendo una relación muy estrecha entre las dos hermanas desde su nacimiento que debe mantenerse.

Y por otro lado, el amplio régimen de visitas que las partes pactaron de mutuo acuerdo en el convenio regulador de divorcio -régimen

que se mantuvo sin apenas modificación hasta que se dictó la Sentencia en el procedimiento de paternidad-, que indudablemente ha contribuido al mantenimiento de la estrecha relación ya mencionada, y que jamás había sido cuestionada por la madre.

De manera que, para las partes, los vínculos entre el allegado y la menor no biológica eran los propios de una relación

paterno filial, al igual que venía sucediendo con la hija biológica.

El TS mantiene el régimen de visitas y comunicación fijado por la Sentencia de la AP, con apoyo legal en la figura del allegado. Como ya había determinado anteriormente (STS 12.5.2011): *“el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos”*. De donde cabe concluir que para ser considerado miembro de una familia no es necesaria la existencia de un *“lazo biológico”*. Esto es particularmente relevante, ya que el concepto de familia o de unidad familiar se ha ido modificando a lo largo del tiempo, dando paso a familias extensas, o a las denominadas familias *“ensambladas”*, no necesariamente unidas por lazos biológicos, pero que generan derechos y obligaciones entre sus miembros, tanto de índole afectivo como económico.

En la Sentencia analizada, la cuestión que cabe plantar es si el régimen de visitas y comunicación fijado para el allegado -en síntesis, fin de semana alterno y mitad de todos los periodos vacacionales- podrá entrar eventualmente en colisión con los derechos del

progenitor biológico que no ha sido llamado al proceso, y al cual, sin duda, afecta la determinación de su nueva paternidad, ya que se ha convertido en titular de unos derechos que podrían entrar en colisión con los conferidos al allegado.

En efecto, podría darse una colisión entre los derechos ya existentes de la madre, los derechos del allegado establecidos en esta Sentencia, y los eventuales derechos del progenitor biológico en caso de ser ejercitados. Triple colisión cuya solución podría resultar laboriosamente compatible, y que a falta de acuerdo deberá ser resuelta en un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

03

**CUESTIONARIO PRÁCTICO SOBRE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS
PROCESO DE FILIACIÓN****Coordinador:**

Alfonso C. Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela

Colaboradores:

Ana Belén Villar Álvarez

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León

María Luz Losada Vime

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz

Gloria Vallejo

*Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y
Ciencias Forenses, Madrid*

María del Carmen Ramis Alario

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Denia

Rafael Martínez Oliver

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrevieja

Resumen: *El objeto de este estudio es afrontar de forma práctica las cuestiones más frecuentes que se plantean, en los procesos de filiación, a la hora de analizar o practicar la prueba biológica de ADN a fin de determinar o descartar la paternidad. Las preguntas formuladas se han distribuido entre los colaboradores para su contestación*

Voces: *Prueba biológica, procesos de filiación, paternidad, ADN, índice de paternidad combinado, prueba ilícita.*

CUESTIONARIO PRÁCTICO

1.- Es frecuente que con la demanda se acompañen pruebas biológicas realizadas sin el consentimiento de uno de los interesados; por ejemplo, se han recogido restos de saliva de un vaso o de un cepillo de dientes sin consentimiento de la persona en cuestión y se analizan en un laboratorio privado. ¿Es dicha prueba ilícita por vulnerar el derecho a la intimidad?

Respondida por Ana Belén Villar Álvarez

En los procesos sobre filiación, la Ley de Enjuiciamiento Civil admite la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El “*principio de veracidad*”, en materia de filiación, persigue la adecuación de la filiación jurídica a la biológica, permitiendo en estos procesos el uso de mecanismos legales de investigación sin restricción ni preferencia alguna, con la única sujeción a las normas que regulan su práctica y valor probatorio.

Los más altos tribunales no solamente no excluyen la posibilidad de la práctica de pruebas biológicas, sino que las consideran fundamentales en este campo litigioso. La **STC 95/1999 del 31 de mayo, ECLI:ES:TC:1999:95**, señala: “*Este tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial, que en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico (prueba biológica) pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de las personas encuentran su cobertura legal en el art. 127 del Código Civil que autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas. Por ello cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarla, y su práctica resulte proporcionada atendida la finalidad perseguida con su realización,*

no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE.) y a la intimidad (art. 18 CE.) del afectado (STC 7/1994, fundamento jurídico 3º)”.

Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito. En estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. De no entenderse así, bastaría con negarse a la realización de la prueba biológica para colocar al otro litigante en una posición de indefensión contraria al art. 24.1 de la Constitución, por no poder justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 del texto constitucional.

No obstante, y en contraposición a ese amplio reconocimiento de pruebas biológicas

de las que se puede hacer uso, surgen serias dudas acerca de su validez y licitud cuando se practican con oposición de alguna de las partes del litigio, más concretamente cuando en la obtención de la prueba biológica pueda vulnerarse el derecho a la intimidad de la persona de la que se han recogido esas muestras (saliva, pelos, etc.) sin su consentimiento.

El **Tribunal Supremo**, en su **sentencia nº 734/2014, de 11 de noviembre, ROJ: STS 4722/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4722**, concluye: *“En efecto, pues, a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que este, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno de máxima protección.”* Acceder a esos datos sin consentimiento del interesado o sin autorización judicial, supondría, además de una clara intromisión del derecho a la intimidad descrito en el art. 18 de la Constitución, la declaración de la prueba como ilícita.

2.-¿Se puede admitir una prueba biológica obtenida sin el consentimiento de uno de los interesados como principio

de prueba a los efectos de la admisión de la demanda 767.1 LEC?

Respondida por Ana Belén Villar Álvarez

Según la reciente **SAP Murcia, Secc. 5ª nº 155/2019 de 18 de junio, Roj: SAP MU 1379/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:1379**, *“la propia sentencia apelada, recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, auto de 4/02/2015, en el sentido de que, dicho requisito de procedibilidad del art. 767.1 de la Lec, ha de ser objeto de interpretación flexible, ya que el mismo lo que pretende es evitar procesos sin fundamento, pero nunca puede constituir un obstáculo a la investigación de la paternidad amparada en el artículo 39 de la Constitución Española .*

Hay que considerar que, en el presente caso, la prueba biológica de paternidad que se acompañó con la demanda, ha sido declarada ilícita por la propia sentencia, y por lo tanto no la ha tenido en cuenta el juzgador para el dictado de la misma. Declaración de prueba ilícita que solo se ha podido conocer después de practicadas diversas diligencias y comprobar la falta autorización del demandado para su práctica, de tal forma que es imposible inadmitir

ad initio las pruebas ilícitamente obtenidas cuando la circunstancia de su ilicitud no puede ser conocida por el órgano jurisdiccional al tiempo de su introducción en el proceso. Así el artículo 283.3 de la Lec, prohíbe la admisión de pruebas con vulneración de una norma de procedimiento, pero nada dice sobre pruebas ilícitas, de las que se desconoce en el momento de su admisión que para su obtención se haya podido vulnerar un derecho fundamental, sin perjuicio, de que una vez conocido dicho extremo no se tenga en cuenta conforme al artículo 287 de la LEC, como ocurre en el presente caso.

Ya hemos señalado, que en la interpretación del citado artículo 767.1 de la Lec, se ha de hacer de forma espiritualizada, como la denomina la STS de 2/02/2006, por así exigirlo la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. y el derecho a la investigación de la paternidad del artículo 39.2 de la CE., siendo que el citado artículo lo que trata de evitar es la promoción de demandas absolutamente infundadas o temerarias, y que el principio de prueba no tiene porque plasmarse en un documento que se acompaña a la demanda, sino que basta incluso que, en la demanda, se contenga la oferta de práctica de

determinadas pruebas en el momento adecuado (STS3/02/2006) cuando existe un relato coherente, en la demanda y la existencia de testigos dispuestos a declarar.”

Por lo tanto, si las pruebas biológicas se han realizado sin el consentimiento de uno de los interesados, y la declaración de prueba ilícita solo se ha podido conocer después de realizadas diversas diligencias, una vez iniciado el proceso, su aportación con la demanda no supone una infracción del art. 767 Lec.

3.- ¿ En un caso de progenitores casados en el momento del nacimiento del hijo/a, donde tras una ruptura el progenitor paterno impugna la filiación y siendo el hijo/a aún es menor de edad,el demandante solicita la prueba biológica del hijo/a y la madre se niega a que el hijo/a se someta a dicha prueba, se puede obligar a la madre a que lleve al hijo/a a practicar dicha prueba?

Respondida por María Luz Losada Vime

Entiendo que en principio no cabe obligar a la madre a someter al hijo o hija a la prueba biológica. En este caso, existe un claro conflicto de intereses y lo más adecuado sería

proceder a nombrar a un defensor judicial al menor para que vele por sus intereses.

El defensor judicial podría actuar como mediador e intentar explicar a la madre la necesidad de tal prueba. Habría que valorar si la madre alega motivos justificados para negarse a la práctica de la prueba o se trata de una negativa sin más y sin justificación o con una justificación no razonable.

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22 de 6 de marzo del 2018, en un supuesto similar, en el que la madre se negó a la práctica de la prueba biológica de su hijo alegando cuestiones médicas viene a señalar:

“Debe tenerse en consideración que por razón del preponderante interés concedido a la filiación, con potenciación de los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales, y observando no solamente lo dispuesto en los artículos 15 y 18 de la Constitución Española, sino también el artículo 39.3 de dicho Texto Legal, no es posible amparar conductas de negativa a todo tipo de colaboración, pues ello implica un ejercicio

antisocial del derecho de defensa, no obstante lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución , por cuanto que tal derecho no es ilimitado, siendo así que se ha de tender a favorecer el descubrimiento de la verdad.

Por ello, en modo alguno dicha prueba biológica constituye un acto degradante o contrario a la dignidad de la persona, cuando a la postre, acaba por consistir en la simple toma de una muestra de saliva, que en nada perjudica a la salud, cualquiera que sea la edad, estado de salud o peso de la persona, ni entraña una injerencia prohibida, ni puede integrar tampoco una violación del pudor o recato de una persona, en términos que reseña el Tribunal Constitucional, auto 221/1990 , referido a muestras sanguíneas.

Dicho lo anterior, cabe afirmar que el sistema que rige en nuestro país después de la Ley 11/1981, concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas, las directas (heredo biológicas, biológicas y reconocimiento, principalmente) y las indirectas, entrando en este último grupo, la negativa a someterse a práctica de la prueba biológica, lo que constituye un indicio de peso a la hora de determinar la

filiación o la impugnación de la misma, junto con el resto de pruebas aportadas”.

En definitiva, entiendo que en todo caso se debería nombra un defensor judicial al menor para que vele de manera independiente de sus intereses y en caso de que tanto la madre como el defensor judicial se nieguen a la práctica de la prueba biológica, habría que valorar los demás elementos probatorios y los motivos de oposición de la madre para negar la práctica de la prueba y teniendo en cuenta todo ello, se podría en su caso conceder a esa negativa ese valor indiciario indicado.

4.- ¿En el caso anterior, afecta dicha decisión al ejercicio de la patria potestad y al haber un desacuerdo decide el juez?

Respondida por María Luz Losada Vime

Entiendo que si esa negativa se produce en el marco de un procedimiento de filiación, la vía de acudir a un procedimiento del artículo 156 del Código Civil para resolver la controversia no es la adecuada. Como ya he indicado anteriormente, si la madre, o en su caso el defensor judicial de menor se niegan a la práctica de la prueba, se deben valorar los

motivos de esa negativa, ver si se encuentran justificados o no y valorar el resto de pruebas o indicios a fin de proceder a determinar en su caso la filiación, pero no creo que sea necesario acudir a otro procedimiento para obligar a la madre a que someta al menor a la práctica de la prueba biológica. Es cierto que el demandante tiene derecho a saber si efectivamente el menor es su hijo o no, pero también es cierto que existen otra serie de elementos para poder valorar y determinar si efectivamente la impugnación de la filiación debe ser estimada.

5.- ¿En el caso de que no se practique la prueba al hijo/a, la negativa de la madre se puede considerar como presunción en contra de la paternidad, al amparo de lo establecido en el artículo 767.4 de la LEC?

Respondida por María Luz Losada Vime

Pues bien, el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala 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.

Una de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la que se interpreta cuándo es posible tener en cuenta la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad es la dictada en fecha 18 de julio de 2017 (ROJ: STS 2815/2017) y en ella se indica que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, citada reiteradamente por esta sala, puede quedar resumida -en lo que ahora interesa- por la sentencia 7/1994, de 17 enero, que dice lo siguiente al referirse a la prueba biológica: «donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que

la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. Como se dice en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991 , fundamento jurídico

3.º)» En la misma sentencia se hace la siguiente declaración: «En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. No cabe primar la actuación de quien obstaculiza, sin razón justificada, la averiguación de la verdad teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar a la otra parte y al tribunal la solución del problema litigioso, confiando por su parte en que la falta de certeza de la prueba aportada por la demandante le permita obviar la declaración de paternidad y el cumplimiento de su función y obligaciones paternofiliales. Resulta contrario a elementales principios de justicia propiciar que estas conductas de negación puedan generalizarse privando al hijo de la posibilidad de obtener certeza sobre su filiación, dando efectividad a la negativa únicamente en aquellos casos en que la prueba resulta menos necesaria al existir elementos probatorios suficientes para deducir la paternidad del demandado. No cabe, en ningún caso, dar mayor protección a la opción

obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración como los ya expresados que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación paterna.

Esta doctrina efectivamente está pensado básicamente para los supuestos en los que es el hijo el que reclama la filiación paterna, no como en nuestro caso donde ya hay una presunción de paternidad del demandante y lo que se pretende es destruir esa presunción legal. Pero entiendo que es plenamente aplicable y que es igualmente contraria a derecho y perjudicial para los intereses del demandante la actitud obstruccionista de la madre, de modo que la negativa si bien no puede ser considerada como una ficta confesio, si debe ser valorada a la hora de determinar la posible destrucción de la presunción de filiación matrimonial. Habrá que valorar el resto de elementos probatorios, y como ya hemos indicado, los motivos que justifican la negativa de la madre, teniendo en cuenta además que actualmente la práctica de estas pruebas biológicas no es invasiva, sin necesidad de tomar muestras de sangre, sino por procedimientos médicos sencillos y no invasivos.

En definitiva, creo que esa negativa injustificada de la madre si debe ser valorada

y tenida en cuenta como un indicio a favor de destruir la presunción de paternidad matrimonial, si bien esta valoración se debe llevar a cabo conjuntamente con el resto de pruebas aportadas por las partes.

6.- ¿Qué centros están debidamente acreditados para la práctica de la prueba de ADN en España ?

Respondida por Gloria Vallejo

La regulación normativa científico-técnica específica de los análisis genéticos forenses tienen por objeto establecer unas recomendaciones generales para asegurar la calidad y la fiabilidad de los estudios de identificación genética, garantizando que los análisis cumplan estrictos criterios de calidad, eficacia y fiabilidad con arreglo a la normativa vigente en el ámbito nacional y de la Unión Europea.

En concreto, la decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de la Unión Europea ¹, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades

1 La decisión marco 2009/905/JAI del Consejo de Europa sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio. (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:322:0014:0016:ES:PDF>)

de laboratorio, exige el sometimiento a un proceso de evaluación de su competencia técnica por parte de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para alcanzar y renovar periódicamente la acreditación bajo la Norma EN ISO/IEC 17025, referente a requisitos generales relativos a la competencia técnica de los laboratorios de ensayo y calibración. En España, la acreditación de laboratorios forenses corresponde a la Comisión Nacional de uso forense del ADN (CNUFADN) que tiene como función primogénita, prevista en el artículo 5 de la LO 10/2007², la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres. En consonancia con lo establecido por la CNUFADN en materia de acreditación y control de calidad de los laboratorios genéticos forenses, se constituye la Comisión Técnica Permanente, que examina las solicitudes que anualmente dirigen los laboratorios de genética forenses que prestan servicios en el Estado español, con el fin de validar su acreditación. La lista de los laboratorios acreditados se publica

2 .Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

anualmente en la página web de la CNUFADN. En España hay 19 laboratorios acreditados (16 públicos y tres privados) por la CNUFADN para la realización de pruebas de ADN en el ámbito forense

7.- ¿Qué parámetros debo tener en cuenta para valorar el grado de fiabilidad del resultado de la prueba ADN, especialmente si se ha practicado en un laboratorio privado?

Respondida por Gloria Vallejo

La admisibilidad de la prueba en los Tribunales de Justicia depende, en gran medida, de cómo se haya realizado el proceso de la toma de muestras, del cumplimiento de la cadena de custodia y en general de la gestión de la muestra durante su estudio en el laboratorio. El inicio de la prueba pericial comienza durante el proceso de la toma de muestra biológica.

Los laboratorios periciales tanto públicos como privados que realicen pruebas de filiación, como laboratorios de ensayo que son, deben cumplir una serie de requisitos de calidad, respetando los estándares técnicos y de procedimiento, sin los cuales la prueba podría carecer de valor ante los tribunales, bien por defecto de forma o por posibles errores

científico-técnicos que la invalidarían. Los laboratorios Españoles deberán adaptarse a las recomendaciones de la International Society of Forensic Genetics (ISFG) sobre la Norma UNE EN ISO 17025, propuestas recogidas en el 2002 por Paternity Testing Commission (PTC)³ **4**(3, 4), donde se recomiendan protocolos y procedimientos de trabajo en áreas tan diversas como son: La organización del laboratorio, la gestión de la muestra, los procedimientos analíticos, las validaciones de las técnicas analíticas utilizadas en las investigaciones genético forenses, calibración y mantenimientos de equipos analíticos, pruebas de suficiencia y programas de formación del personal de laboratorio, acciones correctivas, auditorias, e informes y registros.

3 Morling N., Allen RW., Carracedo A., Geada H., Guidet F., Hallenberg C., Martin W., Mayr WR., Olaisen B., Pascali VL., Schneider PM. (2002), *Paternity Testing Commission of the International Society of Forensic Genetics: recommendations on genetic investigations in paternity cases. Forensic Sci. Int.* 129(3), 148-157.

4 David W. Gjerston, Charles H. Brenner, Max P. Baur, Angel Carracedo, Francois Guidet, Juan A. Luque, Ru'diger Lessig, Wolfgang R. Mayr, Vince L. Pascali, Mechthild Prinz, Peter M. Schneider, Niels Morling. 2007. *ISFG: Recommendations on biostatistics in paternity testing. Forensic Sci. Int. Genetics*, 1: 223-231.

8.- ¿ Qué es el índice de paternidad combinado?

Respondida por Gloria Vallejo

Cuando en el contexto de un proceso judicial se requiera llevar a cabo una investigación sobre la compatibilidad de paternidad/parentesco el laboratorio debe expresar en el informe pericial la evaluación bioestadística de la paternidad/parentesco, tal y como se recoge en las recomendaciones emitidas por parte de la *Paternity Testing Commission* de la ISFG en esta materia, el índice de paternidad (IP) es el estadístico recomendado para evaluar dicha compatibilidad de paternidad que se basa en el enfrentamiento de hipótesis mutuamente excluyentes, en este IP o coeficiente de verosimilitud (LR) también llamado así, se valora de forma conjunta las hipótesis planteadas por las partes implicadas en el proceso judicial (acusación y defensa). Es decir, se indica cuantas veces es más probable que el presunto padre sea el padre biológico con respecto a un hombre tomado al azar.

9.- ¿Si se acuerda la prueba biológica a instancia del Ministerio Fiscal o de oficio por el juez al amparo del art. 752,1 LEC, se

puede solicitar la colaboración del Médico Forense para la toma de muestras (frotis, etc) y de los Institutos de Medicina Legal para su análisis? ¿Y en el caso, de que el solicitante tenga justicia gratuita?

Respondida por María del Carmen Ramis Alario

Introducción.:

El art. 340.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que *“Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello”*, añadiendo el apartado 3 del mismo precepto que *“En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335”*.

La norma tiene su antecedente el antiguo art. 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, que autorizaba al juez *“a instancia de*

cualquiera de las partes, a pedir informe a la Academia, Colegio o Corporación Oficial que corresponda, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales”.

La previsión expresa de esta modalidad de prueba pericial ha de ponerse en relación con la regulación legal del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, cuyos antecedentes se remontan a los denominados Laboratorios de Medicina Legal, creados por R.D. de 11 de Julio de 1.886, y cuya regulación actual se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en su Reglamento aprobado por R.D. 862/1.998, de 8 de Mayo, modificado por R.D. 63/2.015, de 6 de Febrero.

El art. 479.5 de la LOPJ establece las funciones de citado Organismo:

a) La asistencia técnica a Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, emitiendo informes y dictámenes en el marco del proceso judicial o en las actuaciones de investigación criminal que aquellos soliciten.

b) La asistencia o vigilancia facultativa de los detenidos, lesionados o enfermos, que

se hallaren bajo la jurisdicción de Juzgados, Tribunales y Fiscalías, en los supuestos y en la forma que determinen las leyes.

c) La emisión de informes y dictámenes a solicitud del Registro Civil, en los supuestos y condiciones que determine su legislación específica.

d) La emisión de informes y dictámenes, a solicitud de particulares en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

e) La realización de funciones de docencia, periciales o de investigación, por motivos de interés general, de acuerdo con las instrucciones que establezca el Ministerio de Justicia o la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia, en el marco de posibles acuerdos o convenios.

f) La realización de funciones de investigación y colaboración que deriven de su propia función, en los términos contemplados reglamentariamente.

Y el apartado 6 del citado precepto, dispone que: *“En el curso de las actuaciones procesales o de investigación de cualquier naturaleza incoadas por el Ministerio Fiscal,*

el personal destinado en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses estará a las órdenes de los Jueces y Fiscales, ejerciendo sus funciones con plena independencia y bajo criterios estrictamente científicos.”

Contestación:

La respuesta a esta cuestión viene dada por la regulación que se contiene en el art. 17 del Reglamento del Instituto, aprobado por R.D. nº 862/1.998, rubricado *“Practica de peritajes”*, al establecer que:

*1. Los análisis, trabajos, investigaciones y peritajes que fueran solicitados del Instituto, se practicarán en sus dependencias, salvo que circunstancias excepcionales hicieran aconsejable su realización en otro lugar **requiriendo, en su caso, la colaboración de los Institutos de Medicina Legal.***

*2. En estos casos, así como en aquellos que el servicio lo requiera a juicio del Director del Departamento correspondiente, **éste propondrá el desplazamiento en comisión de servicio de los funcionarios que considere convenientes al lugar que corresponda.***

Por consiguiente, si conforme al apartado 6 del art. 479 de la LOPJ los funcionarios del Instituto de Medicina Legal se encuentran bajo las órdenes del juez y del Ministerio Fiscal, y si el órgano encargado de realizar la pericia puede recabar la colaboración de otros Institutos de Medicina Legal, habrá que concluir que tal toma de muestras por funcionarios dependientes del Instituto, aunque no sean los que hayan de practicar la pericia, siempre será posible, en tanto en cuanto la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal lo autoricen.

La regulación que antecede se completa con otra, más específica, contenida en la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, dictada en desarrollo del art. 18.2 del Reglamento del Instituto, el cual señala que, *“la recogida, preparación y envío de los objetos, sustancias, muestras o piezas que hayan de ser examinados se acomodarán a las instrucciones que establezca el Ministerio de Justicia a propuesta del Instituto de Toxicología.”* Los arts. 29 y 30 de la citada Orden recogen las normas generales y específicas de actuación,

respectivamente, que han de observarse para la toma de muestras.

En los supuestos en los que la prueba se realiza por el Instituto Nacional de Toxicología, se han dado supuestos en los que ante la negativa de las partes de acudir a la toma de muestras señalada por el citado organismo, el juzgado ha enviado al domicilio de los que tenían que someterse a las mismas al médico forense de juzgado, siendo admitido por la Audiencia, pese a la denuncia de contrario. Ejemplo de ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 3ª, nº 114/2.005, de 31 de Mayo.

10.- ¿ Si la prueba es a instancia de parte y se va a analizar en un laboratorio privado(acreditado o no), se puede solicitar la colaboración del médico forense para la toma de muestras con la finalidad de garantizar la cadena de custodia?

Respondida por María del Carmen Ramis Alario

El art. 340.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta aplicable no sólo a Organismos públicos, sino también a entidades o instituciones privadas. El propio precepto

señala que serán las mismas las que señalen “*las personas o personas que se encarguen de prepararlo*”, lo que, en mi opinión, autoriza a la entidad a solicitar que en el “equipo” que va a intervenir en la confección del informe, participe el Médico Forense con la función de proceder a la toma de muestras, si así lo autoriza el juez competente, toda vez que el art. 479.5 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la intervención del Médico Forense en los informes periciales solicitados por particulares, al establecer, entre sus funciones, “*d) La emisión de informes y dictámenes, a solicitud de particulares en las condiciones que se determinen reglamentariamente*”, por lo que no existe inconveniente legal alguno para su participación en una de las fases (la toma de muestras) del mismo.

Tratándose de entidades privadas, en supuestos de tomas de muestras de personas ya fallecidas, se ha admitido la toma de las mismas por el médico forense, incluso asistido de un auxiliar de autopsias, para su posterior remisión al centro privado. Ejemplo de ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sec. 4ª, nº 69/2.013, de 28 de Febrero, en el que las muestras, tomadas por el personal

indicado, se remitieron con posterioridad al Servicio de Genética del Instituto de Ciencias Forense de la Universidad de Santiago de Compostela:

*“La parte demandante propuso a los fines pretendidos la prueba pericial genética. El Juzgado de Primera Instancia admitió la práctica de la misma, previa exhumación y obtención para su posterior análisis de los necesarios restos cadavéricos del fallecido en cuestión, lo que se llevó a cabo constituyéndose en el cementerio parroquial de San Pedro de Ardemil la comisión judicial, con intervención del Sr. secretario, **la Sra. médico forense y un auxiliar de autopsias**, los empleados de la funeraria, la demandante, así como dos parientes del difunto por la parte demandada, al haberse dado la oportunidad a los litigantes de asistir al acto, el cual se desarrolló según el detalle recogido en la diligencia de exhumación y extracción de muestras biológicas para su posterior análisis y contraste levantada al efecto por el fedatario y firmada por los presentes.*

Abierto el nicho, la referida diligencia reseña el procedimiento de extracción del fémur y las varias piezas dentarias, así como

su conservación, identificación y custodia de las muestras, que luego efectivamente fueron remitidas y recibida en el Instituto Forense de Santiago para la obtención y análisis del ADN.”

Es evidente, pues, que la colaboración del médico forense en la práctica de pruebas periciales genéticas practicadas por entidades privadas resulta perfectamente admisible en Derecho, con la única salvedad de que en la extracción y remisión de las muestras por el médico forense habrá de ajustarse a la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, anteriormente citada, y no a las normas o protocolo de actuación de la entidad privada de que se trate.

11.- ¿Si el progenitor está ya fallecido y la demanda de filiación se formula contra los herederos de éste, la negativa de los hijos o hermanos del fallecido a someterse a la prueba biológica se puede tener en cuenta a los efectos de presumir la paternidad del fallecido conforme el art. 767.4 LEC?

Respondida por Rafel Martínez Oliver

La cuestión planteada sugiere una

interpretación del artículo 767.4 de la ley de enjuiciamiento civil.

Así este precepto establece en su apartado segundo que:

En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

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

La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declara la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenido por otros medios.

Precisamente a este respecto nos podemos referir al caso planteado y resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona de

fecha de 21 de marzo de 2017 , sección 18ª, ROJ:SAP B 2469/17 ECLI: ES APB:2017:2469 en una resolución procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona resuelve la cuestión ahora planteada.

En el recurso de apelación se planteó precisamente la errónea interpretación del artículo 767. 4 de la Ley de enjuiciamiento civil realizado por la recurrente en el sentido de que sólo era aplicable este, en caso de negativa del progenitor, no cuando la negativa fuera de otros familiares. Rechazaba la Audiencia Provincial dicha interpretación en virtud de la jurisprudencia establecida por la sala civil del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de abril de 2012 cuando ya estableció el alto tribunal que se exige que se demande a quienes aparezcan como progenitores o como hijos si cualquiera de ellos hubiese fallecido, considerándose parte demandada sus herederos como ha ocurrido en el caso al haber sido incinerado el presunto padre.

Igualmente respecto a la negativa de la práctica de la pericial biológica por parte de los descendientes o familiares del fallecido por entender que el material genético afecta

a la esfera íntima determina el tribunal en Sentencia de 7 de julio de 2015 que la prueba biológica vino caracterizada por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 15 de diciembre 2003 como un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2015 señala con cita de otra de 11 de abril de 2012 en su fundamento de derecho tercero que es doctrina consolidada, que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamado.

Asimismo el Tribunal Constitucional en otra sentencia de 14 de febrero de 2005 afirma que la negativa a someterse a las pruebas biológicas para determinación de la paternidad no es básico para integrar una ficta confessio aunque representa o puede representar un indicio valioso o muy cualificado que, puestos relación por conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que estas en sí mismas y por sí solas no fueron suficientes para estimar probar a una paternidad que por si está imposible prueba absoluta.

El Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006 establece que la vinculación que afecta a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino como ya se ha dicho en anteriores ocasiones es una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina, que en caso de ser injustificada la negativa, recaiga sobre las personas renuentes las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil.

En definitiva de conformidad con la doctrina expuesta la negativa de los familiares del heredero a someterse a las pruebas biológicas debe interpretarse y está sometida a la misma interpretación del artículo 767 del interesado se tratara debiendo por tanto determinar el tribunal si junto con las demás pruebas practicadas, dicha negativa puede alcanzar el resultado pretendido.

12.- ¿Hasta qué grado de parentesco puedo acudir para la prueba biológica con garantía de éxito?

Respondida por Rafel Martínez Oliver

La respuesta tiene más carácter médico que jurídico, encontrado la respuesta en algo que parecería obvio, y es que el éxito dependerá, primero, de lo lejana que sea la relación que se quiere investigar, menor probabilidad y en segundo lugar de la información genética adicional que se tenga, es decir cuantos más familiares se analicen, mayor probabilidad así como por último de los marcadores genéticos realizamos es decir cuanto más marcadores, mayor probabilidad.

Es fundamental para el éxito de la prueba, el sustrato biológico(diente o hueso del presunto o madre fallecidos) que ofrezca mayor fiabilidad, siendo relevante que para el éxito de la exhumación la línea de investigación no pertenezca a familiares indirectos.

13.- ¿ Es proporcional en un procedimiento civil, en caso de negativa de los parientes a someterse a dicha prueba biológica, acordar la exhumación del cadáver para la práctica de dicha prueba con tomas de muestras del cadáver?

Respondida por Rafel Martínez Oliver

La respuesta es afirmativa en cumplimiento de la necesidad de que se practiquen todos los medios de prueba para determinar en su caso la filiación solicitada y así cumplir con el artículo 767.1 de la LEC.

No es nueva esta práctica de los juzgados y tribunales para complementar la insuficiencia de otros medios probatorios y determinar así la filiación reclamada.

El procedimiento para esta solicitud y

aunque no es objeto exacto en el tratamiento de la cuestión planteada, pero de modo ilustrativo citaremos un auto de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de abril de 2018. ROJ:SAP A 281/18 ECLI: ES APA :2018:281 que resolvía la negativa de un de un juzgado de Primera Instancia de Purchena en el que se solicitó la exhumación de un cadáver a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y que el Juzgado de instancia no admitió la misma, ya que dicha solicitud no encontraba encaje en la ley de jurisdicción voluntaria .

La Audiencia Provincial de Almería con citas del preámbulo de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la ley de Jurisdicción Voluntaria, dispone en su Título Preliminar que ; Bajo la rúbrica de disposiciones generales se contienen normas sobre su ámbito de aplicación, competencia objetiva, legitimación y postulación, intervención del Ministerio fiscal, y el criterio general sobre práctica de la prueba, entre otros relevantes previsiones.

En dicha resolución con mención del artículo 3, que regula la legitimación activa, establece que podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos

quienes sean titulares de derechos e intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituye su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente puede iniciarse de oficio o a instancia del ministerio fiscal.

Es patente que en este caso afirma la Audiencia Provincial de Almería que concurre interés legítimo,, siendo necesaria la autorización judicial según las normas reglamentarias, como son los Decretos 2263/74, de 20 de julio Reglamentos de Policía Sanitaria Mortuoria, Decreto 95/2001, de 3 de abril Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

Además para inadmitir la demanda cita dicha resolución que aunque se trate de un procedimiento de jurisdicción voluntaria es aplicable lo dispuesto en el artículo 403 de la ley de enjuiciamiento civil para el juicio ordinario, según el cual tan solo se inadmitirán a trámite las demandas de los casos y por las causas expresamente previstas en la ley.

14.- ¿ Debe colaborar el médico forense para dicha toma de muestras de un cadáver, en el caso de que sea acordada?

La intervención del médico forense se presenta adecuada en la exhumación del cadáver con intervención de la autoridad judicial y los Letrados de la Administración de justicia, según se establece en el artículo 479.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando refiere que son funciones del médico forense entre otras , la asistencia técnica a juzgados tribunales y Fiscalías en las materias de la disciplina profesional, emitiendo informes y dictámenes en el marco de un proceso judicial o en las actuaciones de investigación criminal.

Sin embargo, aunque su intervención es práctica habitual, depende del órgano judicial que debe practicar la exhumación decidir finalmente el facultativo que realizará la recogida de muestras si lo estima oportuno.

Será necesario que no se rompa la cadena de custodia de la muestra recogida y su posterior remisión al instituto nacional de Toxicología y ciencias forenses

Respondida por Rafel Martínez Oliver