

¿INTERPRETACIÓN JUDICIAL CON PROPÓSITO DE ENMIENDA (DEL LEGISLADOR)? ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ART. 133 DEL CÓDIGO CIVIL.

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

I. Introducción.

La teoría de la interpretación y aplicación del derecho se encuentra en una curiosa situación, fruto posiblemente de ubicarse en un terreno académico y doctrinal intermedio que, en vez de constituirse en referencia ideal para la colaboración y el trabajo interdisciplinar, se torna en tierra de nadie o, lo que quizá es peor, lugar de mero paso para todos. Y digo que es curiosa su situación porque los que desde la filosofía del derecho y la teoría general del derecho nos ocupamos de este tema, ya sea por interés real o por imperativo programático, solemos hacerlo desde supuestas torres especulativas presuntamente tan altas que raramente nos enfrentamos con los ejemplos del día a día del intérprete práctico; y porque, desde la otra orilla, los que se afanan con las disciplinas que tienen como objeto inmediato cualquiera de las ramas del derecho positivo, acostumbran a pasar sobre el tema con unas pinceladas a modo de elemental recetario y rehusando batirse con los auténticos dilemas interpretativos que determinan la práctica jurídica. Y, unos por otros, la casa de todos sin barrer. Poca extrañeza, pues, nos podrá despertar el hecho de que mucha de la producción de nuestros jueces y tribunales sea difícilmente explicable y catalogable desde la perspectiva de una teoría de la interpretación del derecho que se quiera mínimamente comprensible, consistente y completa. De aquí y de allá compartimos la impresión de que, al margen de la indudable buena fe y honestidad profesional de jueces y magistrados, asoma a menudo en la jurisprudencia el caos, la fluctuación del criterio, el larvado decisionismo o, incluso, un cierto determinismo ideológico que haría las delicias críticas de los viejos maestros del realismo jurídico. Lo que sucede es que, los unos por incuria y los otros por falta de recursos teóricos lo bastante afinados, raramente nos paramos a realizar un juicio crítico y suficientemente fundamentado de los problemas que desde el punto de vista de la interpretación y argumentación jurídicas plantea una decisión judicial o una determinada línea decisoria.

Las páginas que siguen quieren caminar en esa senda. Pero antes de entrar en materia será conveniente poner sobre la mesa honradamente ciertas cartas, aunque sea de modo muy apresurado.

Esquemáticamente podemos decir que hay dos maneras principales de entender el derecho, su interpretación y el trabajo del juez. Para unos el derecho es mandato de un legislador que se tiene por o se impone como legítimo, mandato expresado en enunciados lingüísticos cuyo significado, en lo que tenga de oscuro o incierto, se desentraña o se fija mediante la actividad intelectual que llamamos interpretación, de modo que la labor del juez deberá consistir en aplicar los mandatos contenidos en tales enunciados a los casos que caigan bajo su referencia o, en terminología jurídica tradicional, que sean subsumibles bajo ellos, ya sea porque es claro que el caso forma parte de la referencia de los términos con que el enunciado legal define el supuesto de hecho, ya porque mediante la interpretación se haya acotado de un modo u otro dicha referencia *en lo que tuviere de dudoso*. Esta primera concepción, por tanto, ve en las normas jurídicas alguna forma de combinación de voluntad y lenguaje y entiende al juez como atado a la

misma e impedido para enmendar lo preceptuado por el legislador y/o los límites que marca la semántica de los enunciados legales.

Para otros, por contra, la esencia de lo jurídico está en ciertos contenidos axiológicos que residen más allá de voluntades o palabras, por lo que el derecho es visto, en su fondo, como sistema de valores, presidido por la justicia en su cúspide, y con lo que la interpretación de las normas jurídicas, más allá de la disquisición sobre significados lingüísticos o propósitos legislativos, es averiguación de las verdades axiológicas que fundan la auténtica solución justa del caso. Desde tal concepción el juez, más que servidor de la ley, es sacerdote de la justicia y su obligación de respeto al legislador y su vinculación a la dicción legal, incluso en lo que ésta pueda tener de clara, acaba allí donde detecte una discrepancia entre lo que la ley lingüísticamente expresa, y cualquier hablante competente pueda entender de la misma, y lo que sean las verdaderas exigencias de la justicia en esa rama del derecho o en ese caso. Por tanto, al derecho el juez lo sirve aun cuando desatienda el mandato del legislador, con tal que tal contravención de lo que la ley dice se haga en nombre de lo que el derecho, en su verdadera sustancia, pide¹.

¹ Este modo de pensar suele expresarse hoy en día bajo el ropaje del llamado “constitucionalismo”, de manera que se considera justificada la decisión contraria al claro tenor literal de los preceptos legales cuando la misma se fundamenta en la invocación de algún valor o principio constitucional. Con esto se introduce subrepticamente una auténtica revolución en nuestros esquemas constitucionales, pues ante la ley cuyos claros términos (no se entienda que pensamos que los términos legales no sean generalmente vagos; simplemente decimos que en ocasiones son bastante claros; o, mejor dicho aún, que hay casos que claramente son subsumibles bajo los términos de la ley, aun cuando otros casos puedan ser a la luz de la misma ley dudosos) se consideren contrarios a algún valor básico que en la Constitución se contenga mencionado o de ella se induzca, el juez poseería la alternativa de plantear la cuestión de constitucionalidad o de simplemente inaplicar por su cuenta y riesgo aquella ley y decidir en su contra en nombre de aquel principio. Esto último no parece que fuera el propósito de nuestro constituyente, que por algo dio sus competencias también al legislador (entiéndase que tampoco estamos poniendo en duda la eficacia directa de la Constitución ni afirmando que sus preceptos no sean aplicables en ausencia de desarrollo legal de los mismos; sólo decimos que cuando tal desarrollo legal existe y no se ha atacado su constitucionalidad por las vías constitucionales, el juez debe atenerse a la ley y no anteponer a ella su personal interpretación de los valores de la Constitución).

Lo que acabamos de decir se comprueba palmariamente en el que va a ser nuestro tema en este trabajo, el artículo 133 del Código Civil. Mientras que, por un lado, hay planteada ante el Tribunal Constitucional y pendiente de resolución una cuestión de constitucionalidad referida a dicho artículo (cuestión de constitucionalidad nº 1687/1998), por otro, desde hace unos quince años el Tribunal Supremo viene decidiendo en contradicción con lo que en nuestra modesta opinión -y este será el objeto de este estudio- es la única interpretación racionalmente posible de dicho precepto.

Por lo expuesto, estamos más de acuerdo con aquellos autores, como es el caso de Carbajo González (vid. J. Carbajo González, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, Librería Bosch, 1989, pp. 192-193), a los que el rechazo del inciso primero del art. 133 les lleva a cuestionar su constitucionalidad por causa de una posible discriminación, que con quienes se escudan en una interpretación que no merece tal nombre para simplemente propugnar la inaplicación del mandato legislativo en la práctica.

No es momento de abundar en este tipo de consideraciones. Vienen al caso únicamente porque quien suscribe quiere declarar abiertamente y por anticipado que simpatiza con la primera de esas dos concepciones y tiene serias reservas frente a la segunda, siendo esta segunda la que se podría invocar como aval de la línea jurisprudencial que nuestro Tribunal Supremo manifiesta en la cuestión que vamos a examinar. Más concretamente, opino que *en un Estado constitucional y democrático de Derecho* (si nos halláramos en una dictadura, carente de legitimidad democrática por tanto, mantendría la visión de que cualquier valor es bueno para justificar que el juez sabotee el producto de ese legislador ajeno al pueblo) la consiguiente y necesaria mecánica institucional, expresada en cosas tales como soberanía popular, representatividad, separación de poderes, etc., fuerza a que tenga preferencia el legislador democrático² a la hora de concretar los principios y valores constitucionales y a que el juez deba abstenerse de pasar la ley por el tamiz de su particular ideología o de su personal visión de lo que tales valores y principios constitucionales concretamente exigen. Porque para deshacer los entuertos a ese propósito y para aclarar las dudas está el Tribunal Constitucional, al que, como todos sabemos y ya antes señalamos, los jueces pueden acudir por la vía constitucionalmente marcada.

Lo que en cambio nos parece menos lícito es que los jueces retuerzan el significado de la ley haciéndola decir lo opuesto a lo que cualquier hablante normal entendería, llamen luego a ese resultado interpretación correcta y debida y, así, tranquilamente apliquen una ley que no estiman inconstitucional porque la han hecho decir lo que ellos tienen por constitucional y justo. Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional (y

² Preferencia no significa meramente prioridad *prima facie* o en lo que no consideremos desacertado, sino potestad superior frente a la del juez, que vincula a éste y necesariamente se le impone mientras el mandato legislativo no sea derogado o anulado por causa de inconstitucionalidad, declarada por quien para ello es competente. Lo otro, entender la vinculación del juez a la ley como meramente en principio o en lo que ésta no merezca ser enmendada judicialmente, es socavar larvadamente el sistema por obra de la resistencia ante la soberanía popular y en nombre de una razón jurídica que se pretende de mayor alcurnia. Pongamos un ejemplo de ese modo de razonar, que a veces, como en este caso, seguro que es bienintencionado y poco consciente de estar jugando con fuego antidemocrático. En el tema que nos ocupará vamos a ver que, como es muy ampliamente reconocido en la doctrina, el legislador ha establecido un determinado régimen de legitimación activa para la reclamación de la filiación. Ese régimen ha suscitado reproches por considerarlo injusto o reñido con diversos valores y principios. ¿A quién corresponde, empero, la última palabra sobre tal legitimación activa? En ocasiones, los autores y la jurisprudencia parece que no se dan cuenta de la contradicción que supone proclamar que esa competencia es del legislativo y añadir acto seguido que hacen bien los jueces en corregir y enmendar sus resultados, aun hasta el límite de sentar lo contrario. Un ejemplo: dice Rivero Hernández que la competencia en esas materias corresponde “al legislador ordinario, partiendo del texto constitucional, por seguridad jurídica; y en alguna medida lo ha hecho en 1981, con mayor o menor acierto (varían las posiciones de los comentaristas)”. O sea, que mejor o peor, eso se discute, pero el legislador ha decidido claramente y según su entender. Y ahora viene el salto en el vacío, pues añade Rivero que “la jurisprudencia parece haber emprendido una interpretación correctora, útil, que verosímelmente no ha terminado”, corrección, enmienda, que reiteradamente aplaudirá (F. Rivero Hernández, “Comentario a la Sentencia de 23 de febrero de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, abril-agosto 1990, p. 479).

nunca se planteará la cuestión de constitucionalidad) porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que a ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo. Pero este usual proceder desconoce el lugar legítimo que al legislador le pertenece en el entramado de la separación de poderes y no hace cuenta tampoco de que no es el juez ordinario el supremo intérprete de la Constitución ni, por tanto, el llamado a dirimir la constitucionalidad de la ley desde el correspondiente juicio comparativo de ésta con aquélla. Es un caso de auténtica y múltiple usurpación, bajo la mirada cómplice de quienes sueñan con beneficiarse de ella algún día.

Pues bien, sobre el trasfondo de la anterior declaración se podrá entender nuestro análisis que sigue, y de él, por supuesto, se podrá discrepar. Y discrepará especialmente quien crea que la justicia (bajo cualquiera de sus nombres y ropajes) vale más que cualquier democracia y que los jueces pueden conocerla mejor y más certeramente que ningún legislador, por mucho que a éste lo haya elegido el pueblo soberano.

II. Planteamiento del problema

Pretendemos analizar la jurisprudencia que ha asentado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el tema de la legitimación activa para reclamar la declaración de filiación. A efectos de simplificar la situación, concentraremos nuestro análisis en el caso de si pueden o no los padres extramatrimoniales y sin posesión de estado ejercitar esa acción.

A raíz de la redacción recibida en 1981 por el Título V (“De la paternidad y filiación”) del Libro I del Código Civil, queda regulada en los artículos 131 a 135 la acción para la reclamación de filiación. Una de las cuestiones que se viene planteando desde entonces en la doctrina y la jurisprudencia es en qué casos puede el que se pretende padre solicitar la correspondiente declaración de filiación³. En lo que importa para el análisis de las sentencias que aquí vamos a ver, la situación normativa queda definida en los mencionados artículos del modo siguiente (los subrayados, por supuesto, son nuestros).

- Art. 131: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación **manifestada por la constante posesión de estado**”.

- Art. 132: dice que **en caso de falta de la correspondiente posesión de estado**, la acción de reclamación de la filiación **matrimonial** corresponde al padre, a la madre o al hijo.

- Art. 133: “La acción de reclamación de filiación **no matrimonial**, cuando **falte la respectiva posesión de estado**, corresponde al hijo durante toda su vida”.

- Art. 134: “El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a **los artículos anteriores**, por el hijo **o el progenitor**, permitirá **en todo caso** la impugnación de la filiación contradictoria”.

En particular nos interesa el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el

³ En la materia procesal de reclamación de la filiación regulada en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no ha introducido cambios fundamentales. Y en lo referido a la cuestión que examinaremos, “el tema más espinoso, que es el de la legitimación activa para iniciar estos procesos, ha sido dejado de lado remitiéndose la Ley procesal a «los casos previstos en la legislación civil»” (art. 764.1) (E.Aparicio Auñón, “De los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad”, en A.M.Lorca Navarrete (dir.) V.Guilarte Gutiérrez (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2000, p. 4044).

asunto de si en los supuestos de no posesión de estado⁴ y filiación no matrimonial el padre tiene o no legitimación activa para el ejercicio de la citada acción. La lectura normal de los referidos artículos llevaría rápidamente a contestar que no. Pero veremos que la línea jurisprudencial claramente dominante sienta la opinión contraria⁵. Nuestro objetivo es someter a examen crítico los argumentos y la consistencia de tal opinión desde el punto de vista de la teoría de la interpretación y aplicación del derecho.

Reducido a su dilema más simple, el problema que nos va a interesar puede ser presentado así: o bien la legitimación activa para la reclamación de la filiación se reparte con arreglo a lo especificado en los artículos 131 a 133, combinando los dos pares de criterios (posesión de estado o no; carácter matrimonial o no de la filiación que se reclama) que se manejan a fin de diferenciar las distintas situaciones que definen la presencia o ausencia de legitimación; o bien cualquiera que sea la situación por relación a tales criterios (es decir, vaya la filiación reclamada acompañada o no de posesión de estado y sea matrimonial o no), hay tres sujetos que siempre tienen tal legitimación activa, y que son el hijo, el padre y la madre. Cualquier lector de textos jurídicos

⁴ La posesión o no de estado, por supuesto, se predica de la persona cuya declaración de filiación se pide, es decir y en términos corrientes, del hijo. Una clara definición de esta figura y de sus requisitos tradicionales puede verse en C. Lasarte *Principios de Derecho civil*, tomo sexto, *Derecho de familia*, Madrid, Trivium, 2ª ed., 2000, p 361. Una buena caracterización de esta noción legal de posesión de estado está contenida, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de marzo de 1988, cuando dice que “A la vista de la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puede afirmarse que la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no esté reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame (...); es decir, consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo” (fundamento primero).

⁵ También la opinión doctrinal fluctúa, ya desde la misma manualística. Así, a título de ejemplo, para Díez-Picazo y Gullón en el caso al que atendemos, el del art. 133, el padre carece de legitimación, pues ésta “se le concede exclusivamente al hijo” (L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 1997 -reimpr. 1998-, p. 278); en cambio, Albaladejo entiende que en este caso la acción de reclamación corresponde al padre, a la madre y al hijo, si bien puntualiza que el art. 133 la atribuye expresamente tan sólo al hijo y es la jurisprudencia la que ha aceptado la ampliación de los legitimados (M. Albaladejo, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 8ª ed., 1997, pp. 256-257. Es a partir de la quinta edición de esta obra, de 1991, cuando Albaladejo introduce dicha interpretación del art. 133 basándose en la jurisprudencia al respecto). Otros, como Lasarte, no entran en el problema y, como contenido del apartado que titula “La acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado”, se limitan a reproducir, sin comentario ni matiz de ningún género, el mencionado artículo 133 (C. Lasarte, *op.cit.*, p. 362).

mínimamente avezado respondería en el primer sentido; la jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende con celo la segunda opción. Si damos la razón a nuestros supremos jueces, tendríamos que concluir que si esto era lo que el legislador efectivamente quería expresar no tuvo un día muy acertado al pararse a diferenciar supuestos (posesión de estado, no posesión de estado, filiación matrimonial, filiación no matrimonial, y la combinación de estas variables) que no llevan aparejada una diferencia en sus consecuencias. Y ya será escarnio mantener, como hace alguna de las sentencias que veremos, que esta interpretación es fruto de un método interpretativo sistemático. Por contra, si no queremos rebajar al legislador de esa forma y pensamos que quiso decir lo mismo que sus palabras expresan para cualquier entendedor, entonces difícilmente nos podremos sustraer al contundente veredicto de que la jurisprudencia no quiere sujetarse al dictado legal y abiertamente lo enmienda, con lo que nos damos de bruces con el problema de legitimidad en toda su más dramática intensidad. Porque, desengañémonos de una vez por todas, en cuestiones de teoría y praxis de la interpretación y decisión jurídicas no hay neutralidad jurídico-política posible y cada concreta doctrina o práctica es tributaria de un determinado modelo social y político, aunque pueda variar el grado de consciencia y el tipo de conciencia de los protagonistas. Y puestos a reducir el espectro a los dos modelos básicos, tales serían el democrático, respetuoso con el principio representativo, y el elitista y/o mesiánico, que ve en los jueces (particularmente en los de más alta escala) los únicos depositarios seguros de la verdad del derecho o los llamados a salvar la sustancia axiológica de lo jurídico y a liberar el ordenamiento de las abominaciones a que puede conducir el régimen mayoritario como soporte de las decisiones legislativas. Que cada cual se ubique donde le plazca, pero llámenos a las cosas por su nombre.

Nuestra mirada atenderá prioritariamente a los argumentos con que desde 1987 la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene defendiendo un planteamiento que, so pretexto de constituir una interpretación abierta, flexible, correctora, antiformalista, etc. (que de estas y otras maneras se ha denominado) configura lo que estimamos una política de decisión *contra legem*. Nuestra objeción será doble. Por un lado, criticamos esa actitud en términos de legitimidad, como ya hemos apuntado. Por otro, nos interesa especialmente mostrar en detalle lo que consideramos deficiencias, incoherencias y desenfoques de muchos de los argumentos con que esa línea jurisprudencial pretende justificarse. De ahí que este trabajo se plantee como fundamentalmente dirigido al análisis de sentencias, procurando juzgar de la calidad argumentativa de las mismas, por lo que la discusión doctrinal, aun cuando la recogeremos en alguna medida, pasa a un segundo plano.

III. Análisis de la jurisprudencia.

A) Sentencia de 5 de noviembre de 1987⁶.

En este caso la acción la ejercen la madre de una niña y el que se pretende padre biológico de la misma, contra el marido de la demandante, que registralmente estaba inscrito como padre de la menor. La niña y la madre habían convivido desde el nacimiento de aquélla con el demandante reclamante de la declaración de paternidad, no con el marido. El tribunal considera

⁶ Todas las sentencias que veremos son de la Sala Primera del Tribunal Supremo. De los motivos y asuntos que tratan, repararemos únicamente en éste que nos importa, como corresponde a que nuestro interés no es comentar el régimen de las acciones de filiación, sino analizar el problema interpretativo suscitado por la pregunta sobre la legitimación activa del padre.

acreditado que la niña no poseía el estado de hija matrimonial, sino el de hija extramatrimonial. Por consiguiente, y es muy relevante resaltar esto a efectos de ver cuál es el artículo que legitima al padre reclamante para ejercer la acción, partimos de que sí existe posesión de estado de la hija, estado coincidente con el que sería, en su caso, sancionado por la declaración de filiación que se pide.

La Audiencia Territorial de Barcelona, en la sentencia impugnada ante el Tribunal Supremo y que da lugar a la decisión de éste que comentamos, da la razón a los reclamantes. Quien interpone entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo es el marido y padre registral, el cual alega que a tenor de los artículos 133 y 134 el padre no matrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial. A esto el Tribunal va a contestar mostrando cómo la legitimación para la reclamación de filiación viene dada, puesto que hay posesión de estado, por el artículo 131 y cómo a esa legitimación para reclamar la filiación une el artículo 134 la legitimación para la simultánea impugnación de la filiación contradictoria, que en este caso es la filiación matrimonial. Hasta aquí nada problemático, pues, en nuestra opinión. Pero importa recoger el siguiente párrafo de esta Sentencia, párrafo cuyo contexto y razón son los que acabamos de decir, por cuanto que será mencionado a menudo en sentencias posteriores pero en otro contexto, para otros casos y, por tanto, con motivo de la discusión de problema diferente, como es el de la legitimación activa del padre no matrimonial cuando no hay posesión de estado.

Dice el Tribunal (fundamento cuarto):

“El tercer motivo estima infringidos el artículo ciento treinta y tres y ciento treinta y cuatro del Código Civil, en cuanto entiende que el padre no matrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial. Si partimos de la reconocida doctrina que entiende la legitimación, no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción, en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución en la madre y en el padre biológico, como personas afectadas, lo que encuentra su apoyo en el artículo ciento treinta y uno-primero, que debe relacionarse, en este caso, al existir posesión de estado no matrimonial, con el artículo ciento treinta y cuatro por la llamada legitimación extraordinaria que resulta de la doble acción ejercitada y acumulada que persigue la impugnación de una filiación aparente, no real y la reclamación de filiación auténtica siendo, en todo caso, indudable, que la filiación-paternidad afecte a padres e hijos con el interés superior que corresponde a las cuestiones de estado civil, que son cuestiones de orden público. Por estas razones debe decaer el motivo examinado”

Es frecuente que a la natural dificultad de interpretar las normas legales se añada en nuestro medio la dificultad mucho mayor de adivinar el sentido de las sentencias que supuestamente realizan aquella interpretación. Pero si, en medio de la oscuridad, damos el sentido más obvio, y el único posible en realidad, a las frases que acabamos de ver, tenemos que vienen a decirnos cosas bastante simples y poco discutibles, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

i) Si hay posesión de estado, como hay en el caso, tiene legitimación activa para reclamar la filiación, por obra del art. 131, quien posea un interés legítimo.

ii) Es claro que el que se pretende padre está entre quienes tienen un interés legítimo, lo que viene avalado, por si fuera necesario argumentarlo, hasta por la Constitución misma.

iii) En razón del art. 134, una vez que admitimos que hay legitimación para la reclamación tenemos que admitir que la hay también para la impugnación de la filiación contradictoria.

Así pues, la única manera de que el párrafo que analizamos tenga un sentido en el

contexto de la sentencia y no sea un puro *obiter dicta* de problemática justificación ahí⁷, es en cuanto argumentación de la existencia, en quien se reclama padre, del interés legítimo que el artículo 131 exige al que quiera reclamar la filiación dándose la correspondiente posesión de estado. Y si nos importa tanto recalcar esto, que, si no, no merecería apenas comentario, es porque vamos a ver de qué modo y con qué fin utilizará la jurisprudencia posterior este precedente. Mientras que en esta Sentencia lo que se está diciendo es que hay buenas razones para sostener que en el padre se da el interés legítimo que el art. 131 pide de quien haya de poder ejercer la acción de reclamación en caso de posesión de estado, el razonamiento posterior seguirá los pasos siguientes: i) la Sentencia que estamos comentando dijo que el padre poseía un interés legítimo y constitucionalmente avalado para reclamar la filiación y por eso se lo admitió en el caso; ii) por tanto, la razón de tal admisión es la existencia de tal interés, y de ahí se sigue que siempre que el padre reclame, en ese interés está la base de su legitimación, *haya o no posesión de estado y sea la filiación matrimonial o no matrimonial*. O sea, un precedente se trae a colación contra el tenor de la ley. Y con el agravante de que en dicho precedente no se vulnera la ley sino que se aplica en sus términos al caso que se decide, que es un caso de posesión de estado.

Pero no adelantemos acontecimientos.

B) Sentencia de 10 de marzo de 1988

Ante el caso ahora de reclamación por el sedicente padre biológico de la filiación extramatrimonial, sin posesión de estado, y la consiguiente impugnación de la filiación matrimonial inscrita, el Tribunal hace en esta ocasión un alarde de avaricia argumentativa, pues sólo invoca la supuesta claridad del tenor literal de los artículos 133 y 134, dando por obvio lo que, según estamos viendo, es tan oscuro; o tan claro, pero en el sentido contrario. Dice simplemente el Tribunal:

“Fuera de los supuestos de reclamación de filiación por la posesión de estado, la nueva normativa permite la impugnación de la filiación no matrimonial cuando falte ese estado, legitimando para ello tanto al hijo como al progenitor, como se desprende *de la simple lectura* de los artículos 133 y 134 en la redacción dada a los mismos por la Ley 11/1981, de 13 de mayo”.

Nos hallamos ante un buen ejemplo de un uso inidóneo y argumentativamente deficiente de un argumento interpretativo, pues la decisión interpretativa se escuda en el tenor literal, en la mera interpretación literal, fingiendo que la semántica determina dicha decisión, cuando o no hay tal determinación por ser el caso oscuro o, como nosotros más bien pensamos, nos dice justamente lo opuesto a lo que el tribunal nos quiere vender como tan claro⁸.

⁷ Rivero Hernández, al comentar esta Sentencia, admite que “hubiera bastado invocar... el artículo 131.1 CC y la posesión de estado de hijo”, pero se muestra muy de acuerdo con la doctrina que, yendo mucho más allá de lo que en el caso se plantea, sienta el Tribunal, doctrina que habrá de servir, en opinión de aquel autor, para facilitar “la posibilidad de una interpretación amplia, abierta, de ciertas normas estrechas, a veces demasiado estrechas para la amplitud de los principios constitucionales” (F. Rivero Hernández, “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, septiembre-diciembre 1987, p. 5134-5135).

⁸ Entre los tratadistas que defienden la solución contraria, afín a la que aquí propugnamos, se puede citar por ejemplo a F. Lledo Yagüe, *Acciones de filiación*, Madrid, La

C) Sentencia de 19 de enero de 1990.

Podría pensarse que esta Sentencia no es relevante para el problema que nos ocupa. Y no sería relevante porque el asunto que se ventila es el de la reclamación por cinco hijos de declaración de filiación no matrimonial, cuestión que para la que, a tenor del art. 133, indiscutiblemente poseen legitimación activa. No estamos, por tanto, ante el caso al que atendemos, que es aquel en que la pretensión de que se declare la filiación no matrimonial, no habiendo posesión de estado, la ejerce el que se quiere padre.

Ahora bien, contiene la Sentencia dos afirmaciones generales que darán pie a la problemática invocación posterior como precedente. Es necesario citarlas por entero.

Se dice en el fundamento tercero que⁹

“El interés legalmente protegido justifica la legitimación y de ahí que tanto activa como pasivamente, lo puedan representar, como titulares, aquéllos a quienes afecte, bien para hacerlos valer ante determinada o determinadas personas o erga omnes, como para oponerse”.

Y continúa en el párrafo siguiente:

“De este modo en los procesos de filiación, la legitimación viene reconocida activamente, a todos aquellos que pretenden una sentencia constitutiva mediante la declaración de la misma (artículos 131, 132, 133 del Código Civil), estando legitimados pasivamente, todos aquellos que tengan o pudieran tener interés en oponerse (artículo 140 del Código Civil)”.

¿Por qué resultará ese texto útil para los designios de la jurisprudencia posterior en nuestro tema? Porque se interpretará (y tal vez no sin razón, pues la hermeneusis de esta sentencia se torna nuevamente dificultosa) que aquí se afirma que la regla general y única que preside la regulación contenida en el Código a efectos de legitimación activa y pasiva en estos asuntos es la de la existencia de un interés legítimo, de modo que quien lo posea está por definición legitimado, al margen de cualquier otra consideración o de la variedad de situaciones en las que los artículos reparan. Se da así una nueva vuelta de tuerca a la orientación marcada en la sentencia que acabamos de comentar antes de ésta y va camino de perpetuarse un curioso razonamiento que sólo forzando la expresión podemos llamar interpretativo.

D) Sentencia de 23 de febrero de 1990.

Con esta sentencia el Tribunal avanza un trecho más en su propósito de desactivar el significado del art. 133, aun cuando tampoco aquí estemos ante un supuesto al que sea éste el precepto aplicable. Sigue esa línea que va sentando hacia el futuro como precedente una doctrina que, sin embargo, no se forja ante casos que sean precedentes del que se quiere que más adelante con dicha doctrina se decida.

El caso es el siguiente. Reclama la declaración de filiación quien había tenido con la madre del pretendido hijo una relación que culminó en embarazo y nacimiento de dicho hijo. La relación prosiguió tras el nacimiento y el niño se inscribió con el nombre del padre y los apellidos

Ley, 1987, p. 131.

⁹ En la cita entrecorrida de estos y otros textos jurisprudenciales hemos renunciado a colocar el *sic* que sería pertinente en tantas ocasiones en que la pulcritud expresiva y la consideración a la regla gramatical lo exigiría.

únicamente de la madre. Durante años compartieron la crianza del hijo y socialmente eran considerados sin excepción como padre y madre del mismo. Posteriormente la madre decide casarse con otro hombre y quiere que el niño se inscriba como hijo de éste y así se hace, a lo que el padre biológico se opone impugnando dicha filiación y solicitando que se declare judicialmente su paternidad. El Tribunal Supremo dará la razón al demandante y declarará la filiación que pretendía. ¿Con qué argumentación? Es ineludible citar por entero el fundamento segundo y último de esta Sentencia:

“1. La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134, permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de veracidad biológica o en el de posesión del estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica.

2. Esta tesis de legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución.

3. Conforme a estos postulados resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia, más aún cuando se da por supuesta la posesión de estado del hijo, procediendo, en consecuencia, la estimación de los dos últimos motivos del recurso, en que se denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil en relación con el 134, y de la Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1987, casando la sentencia de la Audiencia y restableciendo el imperio de la de primera instancia”.

Ahora desmenuemos el tema y los argumentos.

Parece, aunque en la breve Sentencia del Supremo no queda totalmente acreditado de modo expreso, que estamos ante un supuesto claro de posesión de estado, en este caso de posesión por el hijo del estado de hijo extramatrimonial del reclamante (al menos esto se antoja indiscutible si, como parece traslucirse, el reclamante presentó su demanda de modo inmediato a la cesación de la convivencia con la madre y el hijo). Si esto es así y una vez que parece que nunca se ha discutido que el padre es titular prácticamente por definición del interés legítimo a que alude el art. 131, la legitimación activa del padre reclamante es incuestionable en virtud de este mismo artículo y con total independencia de que se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial.

Pero es indiscutible así la legitimación activa para reclamar la filiación; mas ¿y para impugnar la filiación legal preexistente, ya que hay una inscripción registral opuesta? Ahí la clave está en la relación que se establezca entre el párrafo segundo del art. 131 y el art. 134.

Creo que la relación de dichos artículos es fácil de explicar, por encima de las oscuridades expresivas que al respecto ha cultivado la jurisprudencia. Veámoslo.

El art. 131 determina que en caso de posesión de estado puede reclamar la posesión

cualquier persona con un interés legítimo. Y añade que tal reclamación no se admite cuando ello supone necesariamente la impugnación, por opuesta e incompatible, de una filiación legalmente determinada. Y el 134 dice que siempre que, conforme a los artículos anteriores, el hijo o un progenitor estén legitimados para la reclamación de la filiación lo estarán también para la impugnación de la filiación contradictoria. La integración de ambas normas es sencilla y su lectura conjunta daría la siguiente regla en lo que se refiere a la legitimación en los casos de posesión de estado: cuando exista posesión de estado cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la correspondiente filiación, salvo que ello suponga contradecir otra filiación legalmente determinada, en cuyo caso sólo estarán legitimados, y lo estarán para ambas cosas -la reclamación y la impugnación-, el hijo o el progenitor (padre o madre).

Por tanto, cuando hay posesión de estado el padre estará legitimado siempre para la reclamación e impugnación, haya o no una filiación contradictoria legalmente declarada.

Pese a que, a tenor de lo que llevamos dicho, no hay nada que cuestionar al fallo de esta Sentencia en cuanto al respeto a las previsiones legales, supone un paso más en el deslizamiento jurisprudencial hacia la vulneración del contenido patente del art. 133, debido al modo sumamente indeterminado y ambivalente en que se expresa. Esa indefinición se nota especialmente en las siguientes partes de aquel su texto que antes recogimos.

i) Comienza a insinuar que el art. 134 funda que el progenitor no matrimonial puede en todo caso impugnar la filiación contradictoria, lo que sólo tiene sentido si en todo caso también puede ejercer la correlativa acción de reclamación de la filiación¹⁰.

ii) Abre la puerta a la idea de que la legitimación del padre no matrimonial puede tener dos fundamentos: el que le otorga el art. 131, es decir, la posesión de estado, y el “principio de veracidad biológica”, que podría entrar en juego a tal fin cuando no se dé la anterior condición marcada por el 131¹¹.

¹⁰ Crítico con ese razonamiento de la Sentencia se muestra Rivero Hernández, si bien simpatiza con la ampliación al padre no matrimonial sin posesión de estado de la legitimación para reclamar (vid. F. Rivero Hernández, “Comentario a la Sentencia de 23 de febrero de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, abril-agosto 1990, p.480-481).

¹¹ Claramente parece que la pretensión es la de mantener que afirmar o negar la posesión de estado es irrelevante para la legitimación activa del padre reclamante y por encima de que estamos hablando de filiación no matrimonial, pues en defecto de posesión de estado surtiría el mismo efecto legitimador el principio de veracidad biológica. La posesión de estado es criterio legitimador sentado por el art. 131, pero del fundamento del principio de veracidad biológica como apto para sobreponerse a la dicción del 133 nada se dice en esta Sentencia.

Puestos a defender a fondo tal principio y con dicha virtualidad, habría sido lo más sencillo echar mano del art. 39.2 *in fine* de la Constitución (“La ley posibilitará la investigación de la paternidad”) y decir que su *ratio* es precisamente hacer que predomine la verdad biológica sobre cualquier otra consideración. Pero tal argumentación se toparía con dos problemas. Uno, que chocaría de modo demasiado abrupto con el tenor de las disposiciones del Código Civil que estamos viendo, pues si lo que importa, por imperativo constitucional, es el establecimiento de la verdad biológica por encima de cualquier otra cosa, a qué tantas distinciones en los arts. 131 y siguientes. Y dos, que el mismo art. 39.2 de la Constitución nombra otras cosas, otros principios (particularmente el de protección de los hijos) que pueden contrapesar el de veracidad biológica y justificar precisamente el diferente trato legislativo de las distintas situaciones, tal como el Código hace (al respecto,

iii) Se cita la Sentencia antes reseñada de 5 de noviembre de 1987 en lo que se refiere a la idea de que es la existencia de un interés legítimo del padre, matrimonial o no, interés en sintonía con el principio de autenticidad biológica de la filiación, el que fundamenta el criterio de la legitimación del padre en cualquier caso, con matrimonio o sin él y con o sin posesión de estado¹².

Que tal es la orientación de la sentencia y que a tal efecto parece querer sentar dicho criterio yendo más allá de lo que la solución del caso requería, ya que había quedado acreditada la posesión de estado y, por tanto, la legitimación tiene ahí su asidero, lo muestra a las claras el modo de expresarse: “Conforme a estos postulados resulta evidente la legitimación del padre biológico... más aún cuando se da por supuesta la posesión de estado del hijo”. O sea, que la posesión de estado no sería *el* fundamento de la legitimación, sino una razón más que se suma a la otra, que es la principal.

E) Sentencia de 8 de julio de 1991.

En esta ocasión el caso es sencillo en cuanto a la conceptualización de los hechos: un pretendido padre extramatrimonial reclama tal filiación, no existe posesión de estado y la reclamación supone la simultánea impugnación de la paternidad legal, estando el hijo inscrito como del padre matrimonial.

El Juzgado de primera instancia desestima la pretensión por falta de legitimación activa del demandante, ya que no se da la posesión de estado que con arreglo al art. 131 le habilitaría, único supuesto en que cabría la legitimación del padre extramatrimonial, pues para una situación tal el art. 133 sólo legitima al hijo. Con ello quedaría impedida también la impugnación de la paternidad contradictoria, de conformidad con el art. 134. Es muy interesante la narración que se hace de esta sentencia del Juzgado de primera instancia, porque muestra cómo en la sentencia del mismo se justifica dicha regulación legal y su respeto acudiendo a valores y principios que son

recientemente, Bercovitz Rodríguez Cano, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2000”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, octubre-diciembre 2000 p. 1367).

Por eso, porque semejante defensa abierta del puro predominio de ese principio parece atrevimiento excesivo y cuestionable con facilidad, incurre el Tribunal en el tan manido uso de insinuar, amagar y disimular. Y el disimulo aquí consiste en tratar de hacer ver que su conclusión se sigue también de los propios artículos del Código, eso sí, rectamente interpretados y razonados.

Sobre la tendencia jurisprudencial a erigir la verdad biológica por encima de los requisitos procesales establecidos por los arts. 131 y siguientes se pronuncia en términos claros Quicios Molina, cuando dice que “da la impresión ... de que la acreditación de la verdad biológica al final triunfa sobre la comprobación de una formalidad que debería ser previa como es la comprobación de la legitimación para accionar” (S. Quicios Molina, “Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)”, en *Derecho Privado y Constitución*, 11, 1997, p. 420).

¹² Pero recordemos (vid. *supra*) que en dicha Sentencia de 1987 lo que se fundamenta es que en el padre concurre el interés que exige el art. 131 cuando hay posesión de estado; no esto otro.

también del máximo rango: la intimidad de la persona, la estabilidad familiar, en conformidad con el mandato constitucional de protección social y jurídica de la familia, razones por las que, se dice en la sentencia de instancia, se debe ser estrictos al conceder la legitimación activa.

La Audiencia de Zaragoza desestimó la apelación presentada por el reclamante, aduciendo el mismo fundamento legal y abundando en los principios que sostienen la reglamentación del Código Civil. En particular se acentúa que la regulación legal está informada por principios en tensión, pues si por un lado se consagra el de veracidad biológica, por otro se quiere proteger al hijo defendiendo la estabilidad de las relaciones de estado en que éste conviva y no dejando su cuestionamiento a voluntad de cualquier interesado. En suma, que el interés del padre no es el único interés cuya protección tiene justificación constitucional, legal y moral.

En la Sentencia que ahora glosamos el Tribunal Supremo pone en juego esa llamativa táctica retórica, tan común en la jurisprudencia actual, de rechazar la solución claramente sentada por la ley alegando que dicha solución es fruto de una lectura excesivamente literalista, para luego pasar a fundar la opción opuesta con base en... el significado, generalmente descontextualizado, de una determinada palabra o partícula de una norma, con lo que el vicio de literalismo es aún mayor, sólo que, para más *inri*, como herramienta para esquivar el mandato del legislador y la más obvia *ratio* de la ley. Y la expresión que aquí permitirá tal juego es el “en todo caso” que se contiene en el art. 134. Merece la pena detenerse en desperezar esta argumentación interpretativa que criticamos, para comprobar con qué sutiles desplazamientos y tenues maniobras se consigue desvirtuar el mandato legal.

Comenta la Sentencia uno por uno los artículos 131 y siguientes. Del 133, que dispone que en caso de filiación no matrimonial y falta de posesión de estado la legitimación activa corresponde al hijo durante toda su vida, se dice que

“**inicialmente**, cabe entender, que tal y como ocurre en el caso del litigio, cuando no existe esa posesión de estado, que es de donde parte la sentencia de la Sala, la acción habrá de asignarse, exclusivamente, al hijo por el momento, sin posibilidad de extenderla a persona alguna distinta” (fundamento cuarto).

Con ese “inicialmente”, la puerta queda abierta a soluciones distintas de la que, hasta ahí, parece evidente. Y sigue:

“en el art. 134 se prescribe que el ejercicio de la acción de reclamación **conforme** a los artículos anteriores (y **por lo tanto** abarcando también la filiación no matrimonial) que corresponde al hijo o al progenitor, permitirá **en todo caso** la impugnación de la filiación contradictoria, lo cual, puesto en relación con el art. 113-2º, ha de concluir a que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria, cuyas sanciones en relación con el litigio, conducen a entender que el ejercicio de esta acción de reclamación provocará el simultáneo ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que ostenta el hijo del matrimonio demandado”.

A veces se está tentado de pensar que la oscuridad es también una deliberada estrategia para ocultar interpretaciones que más que determinaciones de significado son embates decisionistas.

Hagamos cuenta de los argumentos que se contienen en el citado párrafo y del modo como se afirman o se deslizan las tesis que el Tribunal quiere.

i) Una simple coma puede ser determinante, como es obvio. Y, por lo mismo, la omisión de una coma puede tener más de retórico intento que de involuntaria errata. Repárese en el inicio de la frase con que comienza el segundo trozo del párrafo citado y compárese con el tenor exactamente literal del art. 134. Este artículo dice: “El ejercicio de la acción de reclamación,

conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor...”. El Tribunal dice:

“en el art. 134 se prescribe que el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores (y por lo tanto abarcando también la filiación no matrimonial) que corresponde al hijo o al progenitor...”.

Si en este texto ponemos las comas en el mismo lugar en que las sitúa el artículo de referencia, el “por lo tanto” no sale tan fácil. Las referidas comas del artículo 134 sostienen como interpretación más normal y menos forzada la que entiende que el “conforme a los artículos anteriores” quiere decir, “según lo regulado en los artículos anteriores”, “de conformidad con lo establecido en los artículos anteriores”, “respetando lo dispuesto en los artículos anteriores”... En cambio, la versión sin comas que hace la Sentencia pretende que la expresión del artículo 134 es traducible a “los tipos de reclamación de que hablan los artículos anteriores”, que serían, entonces sí, la matrimonial y la extramatrimonial. Mientras el art. 134, en la interpretación más evidente y que mejor deja a salvo la coherencia sistemática y valorativa del legislador, anuda una consecuencia al régimen sentado por los artículos anteriores, abarcando así un nuevo y más complejo supuesto fáctico, lo que la Sentencia pretende es que dicho artículo deja sin efecto lo que transparentemente afirma el art. 133. En suma, una cosa es el intento de huir del literalismo excesivo y otra, bien distinta, tergiversar la literalidad.

ii) El siguiente dato a tomar en consideración es el ya mencionado “en todo caso”. Aquí, por contra, se trata de aferrarse a una expresión literal para invalidar la literalidad del conjunto normativo de los artículos 131 y siguientes.

Comencemos jugando con un ejemplo en que esa expresión aparezca de modo análogo a como está presente en el art. 134. Supongamos que en un sistema jurídico imaginario hay una regla (regla 1) que estipula que los hombres no podrán besar a las mujeres salvo que o bien estén casados con ellas o bien las mujeres sean mayores de cuarenta años. Y supongamos que hay también otra regla (regla 2) sobre el mismo tema que dice que siempre que, conforme a la regla 1, un hombre pueda besar a una mujer, podrá *en todo caso* disponer de los bienes de ésta, si los tuviere.

¿Qué diríamos de la interpretación de estas reglas que sostuviera que conforme a la regla 2 todo hombre puede besar a cualquier mujer, esté casado con ella o no o sea mayor o menor de cuarenta años, siempre que la mujer tenga bienes? Pues creo que es fácil convenir en que sería una pura invención del intérprete, una regla de nuevo cuño con la que el hermeneuta suplanta las reglas 1 y 2 y consigue una situación normativa bien distinta de la que trazaban aquellas reglas con poco margen de duda. Pues, en mi opinión, la analogía es clara con el asunto que comentamos, y el veredicto el mismo: la jurisprudencia está inventando una nueva regla para dejar sin efecto el mandato del art. 133.

El “en todo caso” del art. 134 (como el “en todo caso” de nuestro ejemplo ficticio) sólo puede tener el significado de “en todo caso en que quepa”, “en todo caso en que esté permitido”. En concreto, “en todo caso” en que conforme, es decir, de acuerdo con los artículos anteriores el progenitor o el hijo pueden reclamar la filiación, pueden también impugnar la filiación contradictoria.¹³ Lo que resulta profundamente absurdo es pretender que el “en todo caso” signifique ahí “en todo caso” a secas, es decir, siempre y sin límite ninguno¹⁴.

¹³ Y en nuestro ejemplo imaginario: en todo caso en que el al hombre le está permitido, conforme a la regla 1, besar a una mujer, le está permitido disponer de sus bienes.

¹⁴ En nuestro ejemplo, “en todo caso” a secas, significando “siempre y sin límite ninguno”, equivaldría a entender que siempre que una mujer tiene bienes un hombre puede

Pues bien, en el párrafo que más arriba citábamos, se ve en acción ese modo de razonar. El “en todo caso” del 134 se interpreta como “siempre” y al artículo se le da el sentido de que siempre el progenitor o el hijo pueden impugnar la filiación contradictoria, y como la impugnación de una filiación va estrechamente unida a la determinación de otra, pues se concluye que por esa razón siempre pueden el progenitor o el hijo reclamar la filiación, al margen de cualquier otra consideración del tipo de la que se contiene en el art. 133. Y se remacha con un nuevo ataque a la alternativa supuestamente literalista:

“mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del art. 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, **si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria**, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al art. 133” (fundamento cuarto).

Son espectaculares los regates que este razonamiento hace al lenguaje y a la mismísima lógica, y más cuando acto seguido se concluye que

“de consiguiente, si por el juego de este art. 134 en relación con el 113-2º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación, implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto¹⁵, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del art. 134”.

O sea, que mientras que el Código dice que en ciertos casos de legitimación de hijo y progenitor para reclamar, casos de legitimación que el mismo Código establece, se está legitimado también para impugnar, lo que la Sentencia nos explica ahora es que para impugnar se está legitimado en todo caso tratándose de hijo o progenitor, de lo que se sigue que también se estará en todo caso para reclamar¹⁶. Estamos en las antípodas de lo que tradicionalmente se llama la

besarla y, además, disponer de sus bienes.

¹⁵ Un ejemplo, de los tan frecuentes, en que el “por lo tanto” no expresa el paso a la una conclusión inferencialmente válida, sino un salto lógico retóricamente camuflado de conclusión.

¹⁶ Hay otro curioso desajuste sistemático en ese planteamiento, desajuste que tiene que ver con otra cuestión procesal, como es la de los plazos que, por obra del artículo 137, rigen para la impugnación de la filiación y su relación con los que operan para la reclamación de la filiación, y en particular, en lo que nos interesa, con lo establecido para el caso de la reclamación no matrimonial y sin posesión de estado en el art. 133, al decir que la correspondiente acción “corresponde al hijo durante toda su vida”. ¿Cómo se combina ese plazo de toda la vida con lo que dice el art. 137? En el primer párrafo se lee que “La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la

filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal”. Para añadir el párrafo siguiente del mismo artículo que “El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal”. En caso de reclamación por el hijo de filiación extramatrimonial, no existiendo posesión de estado de esa filiación, y existiendo legalmente una filiación matrimonial con su consiguiente posesión de estado, y puesto que según el art. 113-2º reclamar una filiación fuerza a impugnar la existente contradictoria, ¿nos encontramos con que el plazo de toda la vida que da al hijo el art. 133 para la reclamación se convierte en un plazo de un año desde la inscripción registral de la filiación matrimonial (o desde que el hijo cumpla la mayoría de edad o la plena capacidad legal), puesto que éste sólo deja dicho plazo a la acción de impugnación de la filiación inscrita y puesto que, como se ha dicho, esas dos acciones no pueden ejercerse sino unidas en un caso así? La respuesta correcta la viene dando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero a base de resaltar lo obvio: que cuando hay reclamación de la filiación la acción de impugnación de la opuesta a que se refiere el art. 134 es accesoria de aquélla. Así lo dice por ejemplo la Sentencia de 28 de noviembre de 1992, la cual, en un caso como el que comentamos, sostiene que “en cuanto ahora interesa (...) la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el art. 137 CC para la de impugnación”. Y así se había declarado ya, con idénticos términos, en la Sentencia de 3 de junio de 1988 o la 20 de diciembre de 1991 y otras anteriores.

De acuerdo. Pero si en estas sentencias se admite con toda naturalidad y buen fundamento que la acción de impugnación a que se refiere el art. 134 es accesoria de la de reclamación y opera cuando esta última quepa, ¿por qué en las sentencias que venimos observando dicha accesoriadad se convierte en protagonismo principal y a efectos de legitimación activa se da la vuelta a la situación y se convierte la legitimación general que *supuestamente* otorga este artículo para impugnar en determinante de la igualmente general legitimación para reclamar? En otras palabras, si en cuanto a la legitimación se quiere hacer del 134 no lo accesorio y referido sólo a la impugnación, sino lo general y referido tanto a impugnación como a reclamación, ¿por qué no ocurre igual con los plazos? O, aún formulado el interrogante de otra manera, ¿por qué la acción del 134 es accesoria de las acciones de reclamación de los artículos anteriores en cuanto a los plazos pero no es accesoria de lo mismo en cuanto a la legitimación activa?

Sí se ha mostrado consecuente a este respecto, en cambio, la doctrina más autorizada. Así, Rivero Hernández, para quien “en el art. 134 se contempla y regula una acumulación especial, en la que una pretensión -la impugnatoria- es accesoria de otra que se erige en principal -la reclamatoria-. Y ello porque el triunfo de la primera es un requisito previo para lograr el éxito de la segunda, que es la verdaderamente fundamentadora de esta acumulación, ya que es el ejercicio de la acción de reclamación el que «permitirá en todo caso» la impugnación de la filiación contradictoria. Razón por la cual el régimen jurídico -legitimación activa, plazo de caducidad- a que se hallará sometida dicha acumulación será el de la acción de reclamación (lo que también se deduce de la remisión que el propio art. 134-2 C.c. hace a los artículos anteriores en los que se regula esa acción), y no el de la acción de impugnación, dato del que deriva toda su especialidad” (F. Rivero Hernández, en J.Rams Albesa, R.M.Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2º, Libro Primero (Títulos V a XII),

interpretación lógica y que vela porque se elija aquella interpretación que no haga nacer una antinomia con otra norma del sistema; aquí es precisamente la antinomia lo que se provoca forzando al art. 134 a decir lo contrario que el 133 o dejando a éste apenas en nada.

F) Sentencia de 29 de abril de 1994.

Es ahora una madre la que reclama frente al demandado la declaración de la filiación no matrimonial, no existiendo posesión de estado. Encontramos aquí un buen ejemplo del empleo de expresiones de refuerzo retórico (“es indudable”, “no es dudoso”) a la hora de sostener una interpretación que, como mínimo, es discutible. En efecto, cuestionada la legitimación activa de la madre con base en el art. 133, la Sentencia dice que

“La desestimación de este motivo es indudable ya que la legitimación activa y el evidente interés jurídico de la recurrida para reclamar la paternidad a favor de su hijo menor de edad deriva no sólo de una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino del Derecho positivo vigente y de la jurisprudencia de esta Sala. Así las Sentencias de 5 de noviembre 1987, 10 de marzo 1988 y otras sientan claramente la legitimación «ad causam» basada en los artículos 133 y 134 del Código Civil para reclamar la filiación extramatrimonial por partir del supuesto de paternidad biológica, declarándose expresamente la legitimación de la madre, de acuerdo con el artículo 134 del Código Civil, del que deriva o se reconoce el interés legítimo protegido por la Constitución (artículo 39). No es dudoso que el precepto legal civil sustantivo mencionado incluye la acción de reclamación tanto a favor del hijo como del progenitor, en este supuesto la madre¹⁷, sin hacer distinción ni exclusión alguna en caso como el ahora debatido, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 133 para que durante toda su vida pueda el hijo reclamar su filiación no matrimonial¹⁸” (fundamento segundo).

Esta argumentación merece un análisis en detalle, tanto de cada una de sus piezas o partes como del modo en que se presentan y articulan.

La legitimación activa de la recurrente (y su interés jurídico, si bien este concepto no es en este caso relevante a tenor de las normas aplicables) es fundamentada en tres consideraciones,

Barcelona, Bosch, 2000, p. 1345). El mismo autor había señalado la práctica unanimidad doctrinal sobre esa accesoriadad de la acción de impugnación respecto de la de reclamación (F. Rivero Hernández, “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, septiembre-diciembre 1987, p. 396).

¹⁷ Resulta curiosísimo que la panoplia de posturas no se limite a mantener que sólo el hijo tiene legitimación activa en el supuesto problemático que analizamos o que la tienen el hijo, el padre y la madre. Hay quien sostiene también que en el proceso de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado los legitimados activamente son sólo el hijo y el padre (E. Aparicio Auñón, *op.cit.*, p. 4048). Nos escapa por completo cómo se puede sustentar esa opción que no se apoya ni en la dicción del art. 133 ni en la “alternativa” del 134, salvo que se interprete que en éste la expresión “el progenitor” se refiera sólo al progenitor masculino, lo cual no parece muy de recibo desde ningún punto de vista que pueda contemplarse ni, desde luego y como estamos viendo, ha sido mantenido por la jurisprudencia.

¹⁸ En términos idénticos se expresa la Sentencia de 22 de marzo de 1999.

por este orden:

i) En “una inequívoca relación de naturaleza moral y física”. Pese a lo supuestamente inequívoco de la tal relación, nos queda la duda de a qué se refiere y, sobre todo, el enigma de su relevancia como argumento en este contexto legal y por relación a qué precepto.

ii) En el derecho positivo vigente. Ahora bien, el veredicto del derecho vigente, presuntamente tan claro, se hace derivar de su interpretación jurisprudencial.

iii) En la jurisprudencia anterior, que ligaría la interpretación que se defiende como indiscutible a la primacía de la paternidad biológica y a ésta con la Constitución y su reconocimiento de un interés legítimo al respecto.

Pero ¿en qué queda esa argumentación si se pone en duda qué signifique esa “inequívoca relación de naturaleza moral y física” o se pide que se pondere con otras consideraciones morales; si se discute, como hacemos aquí, la evidencia y el acierto de dichos precedentes jurisprudenciales (repárese, además, en que una de las dos sentencias invocadas es la de 10 de marzo de 1988, antes vista y que destaca por su nula fundamentación de la posición que adopta) y si la correspondencia pretendida entre los artículos del Código Civil que vienen a cuento, los intereses prioritarios y los valores constitucionales se cuestiona desde otra secuencia que vincule a tales artículos con otros intereses y otros principios constitucionales? Pues pasará, como mínimo, que la tan subrayada evidencia e indiscutibilidad se torna en oscuridad y duda.

Es digna de atención la manera en que esta Sentencia salva el sentido del art. 133 interpretando que éste tiene su razón de ser en señalar que la legitimación del hijo para reclamar la filiación no matrimonial, cuando no hay posesión de estado, es para toda la vida. Con ello no estaría este artículo definiendo quiénes están legitimados activamente en ese supuesto, sino fijando que si es el hijo el reclamante no tiene plazo. Porque lo que es la legitimación activa, según esta interpretación, quedaría establecido por el art. 134, que la otorgaría a hijos y progenitores en cualquier caso. Pero con una interpretación así se da un paso más en el atentado contra la sistemática, la coherencia y la razón de ser de esta sección del Código Civil. Veamos por qué.

Si la regla general que se ve contenida en dicha sección es que la acción no caduca¹⁹ cuando la ejercen por sí el padre, la madre o el hijo, ¿qué sentido tiene que el artículo 133 se dedique nada más que a resaltar esa no caducidad respecto del hijo? Es más, pierde sentido también la diferenciación con el 132, que declara imprescriptible la acción de padre, madre e hijo cuando la filiación que se reclama es matrimonial. Nos encontramos nuevamente ante una perplejidad sistemática: si tanto en el caso de filiación matrimonial como en el de no matrimonial la legitimidad la tienen el padre, la madre y el hijo y en ambas situaciones, además, la acción es imprescriptible, ¿por qué liga el art. 133 la legitimación activa del hijo a la imprescriptibilidad de la acción durante toda su vida? Lo único que salva la coherencia sistemática y la razón de ser del art. 133 es un argumento a sensu contrario referido a uno u otro de sus dos aspectos. Es decir:

i) o está diciendo el art. 133 que sólo el hijo tiene legitimación activa en el supuesto que contempla (filiación no matrimonial), interpretación que la jurisprudencia rechaza²⁰ y nosotros

¹⁹ Así, por ejemplo, V.Cortés Domínguez, V.Gimeno Sendra, V. Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Madrid, Colex, 2ª ed., 2000, p. 182.

²⁰ También la rechaza alguna doctrina. Así, Baeza Pastor, siguiendo a Herrera Campos, dice que el art. 133 no significa que *sólo* el hijo tenga la legitimación activa, sino simplemente afirma que éste la tiene y deja abierto si la tiene alguien más (A.Baeza Pastor, “Las acciones de reclamación de la filiación. Estudio en particular de la legitimación del padre biológico en las reclamaciones de paternidad extramatrimoniales”, en *Revista General de*

defendemos;

ii) o está diciendo que sólo la acción del hijo, cuando se trate de filiación no matrimonial y sin posesión de estado, es imprescriptible, con lo que las de los otros tendrán plazo y quedaremos en la duda de qué plazo será ése y cómo y dónde se determina. Como esto último suena absurdo y no se plantea, queda sólo la opción i) como manera de evitar el otro absurdo: el de tener que presuponer un legislador absolutamente antisistemático, incoherente, caótico, redundante y con serias dificultades expresivas. Casi un legislador chalado.

G) Sentencia de 24 de junio de 1996.

Estamos otra vez ante la reclamación por el pretendido padre biológico de la declaración de filiación no matrimonial, sin que se acredite posesión de estado. En primera y segunda instancia la demanda es rechazada por carencia de legitimación activa del reclamante en virtud del art. 133.

El Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia anterior para afirmar que el art. 134 extiende al progenitor, aun en el caso en que no haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, y dice que en tal acertada jurisprudencia se contraponen “una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada”. Y manifiesta el Tribunal que con ello se está haciendo una “interpretación sistemática” (fundamento segundo). Es citado el mismo párrafo que recogimos de la Sentencia comentada en el apartado anterior. La cita de un extenso trozo de dicha Sentencia y otro de la de 23 de febrero de 1990 permite al Tribunal en esta ocasión dar por suficientemente fundados y establecidos los argumentos que avalan la legitimación activa del padre no matrimonial y sin posesión de estado, sin que se sume ningún nuevo argumento.

Acabamos de ver que la jurisprudencia que reseñamos llega a sugerir que su postura está respaldada por lo que sería una interpretación sistemática de los preceptos en juego. Pero importa mucho tomar nota de que es en la idea de sistema y en la consiguiente de interpretación sistemática donde se obtiene uno de los argumentos más potentes y radicales contra dicha orientación. En efecto, si las cosas son como aquella jurisprudencia pretende, tendríamos que el Código incurriría en el defecto de usar dos normas distintas para diferenciar entre dos situaciones diversas pero a las que se anuda la misma consecuencia, pues *lo que hay de diverso es irrelevante ya que en nada hace cambiar dicha consecuencia jurídica, ligada a lo que es común*. Me explico. El 132, como ya sabemos, regula la legitimación activa en los casos de falta de posesión de estado y filiación matrimonial, y el 133 la legitimación activa en los casos de falta de posesión

Derecho, LXVII, nº 564, 1991, p. 7106). Pero si aceptamos que cuando una norma atribuye legitimación, poder o competencia, por ejemplo, no la atribuye en exclusiva a quien menciona, sino que menciona sólo a ciertos sujetos a título de ejemplo o ratificación, nos encontramos que toda legitimación, poder o competencia puede ser de cualquiera, por ser la enumeración abierta, salvo que la norma diga expresamente que única y solamente pertenece a los que se citan. Todo un desorden jurídico, por tanto. Por ello creo que tales enumeraciones se deben, como regla general, entender como cerradas salvo que con muy buenas razones sistemáticas se acredite lo contrario.

La interpretación en los términos que defendemos puede verse por ejemplo en M. De La Cámara Álvarez, “Comentario a los arts. 108 a 141 del Código Civil”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1984, p. 764, donde mantiene este autor que “el artículo 133 ... reserva la acción exclusivamente al hijo y, excepcionalmente, a sus herederos”.

de estado y filiación no matrimonial. Pues bien, si, como quiere la referida jurisprudencia, en ambas situaciones la legitimación corresponde al hijo, al padre y a la madre, tenemos que preguntarnos, perplejos, por qué introdujo el legislador una diferenciación irrelevante, que no influye en nada sobre la consecuencia jurídica, como es la diferencia entre filiación matrimonial y no matrimonial, cuando lo único que cuenta es la no posesión de estado. Pues cuando no hay posesión de estado, la legitimación activa la tendrían los tres sujetos que hemos dicho -según la doctrina que criticamos- con lo que *el carácter matrimonial o no de la filiación no importaría para nada y su mención es totalmente ociosa*; y más ocioso, en consecuencia, es gastar dos artículos en lo que se podría haber dicho en uno. Porque, entonces, las situaciones posibles con relevancia no serían tres, sino dos: posesión de estado, con la consecuencia de legitimación activa de “cualquier persona con interés legítimo” (art. 131) y falta de posesión de estado, con la consecuencia de legitimación de padre, madre e hijo. Pero hay más en la misma dirección. Si la diferencia entre la filiación matrimonial a que se refiere el art. 132 y la no matrimonial de que habla el art. 133 es totalmente intrascendente para lo que ahí se trata e importa, que es la legitimación activa, ¿por qué incurrió el legislador, entonces, en el absurdo totalmente antisistemático y antieconómico de repetir en ambos preceptos un párrafo segundo que dice exactamente lo mismo? Es decir, ¿por qué establecer dos veces un trato común a lo que ya de por sí es perfectamente común y coincidente, de modo que bastaría decirlo una sola vez?

H) Sentencias de 30 de marzo de 1998 y de 19 de mayo de 1998.

También aquí estamos, en la primera, ante el sedicente padre biológico que pide declaración de filiación extramatrimonial, impugnando al tiempo la filiación paterna contradictoria del padre registral. Una vez más el núcleo del problema que nos interesa es el de si tiene el demandante legitimación activa, no existiendo en el caso posesión de estado. Y de nuevo, tras mencionar que “la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa”, enumera la Sentencia las decisiones anteriores con esa orientación y recoge sus más significativos argumentos, en particular de la que acabamos de ver. Ninguna razón nueva se agrega aquí tampoco y se dan por acreditadas y buenas las que respaldan la respuesta afirmativa a la pregunta por la legitimación.

La seguida trata de idéntico problema y repite sin variación las razones de las anteriores, pero tiene un voto particular absolutamente claro, terminante y acertado, a nuestro modesto juicio.

La Sentencia sólo tiene de particular el intento de dotar de un nuevo argumento a la interpretación llamada antiliteralista, de la que se dice que “dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1” (fundamento segundo). Como si respetar la ley que establece algún límite o restricción a una legitimación procesal supusiera sin más y *per se* un atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Razonamiento fácilmente reducible al absurdo, pues, según eso, habría que anular por inconstitucional (o desobedecer judicialmente, cosa que parece más del gusto de nuestra magistratura y de mucha doctrina que, para colmo, suele tenerse por progresista) toda norma procesal que no diga que todos tienen siempre y sin límite ninguno derecho a toda actuación procesal de cualquier índole. El art. 24 CE pasa así a ser el superderecho fundamental, un absoluto constitucional ante el que palidece cualquier otro derecho, principio o valor.

El voto particular, tan rotundo y contundente como breve en su expresión, pertenece al Magistrado Gullón Ballesteros. Su mera lectura hace ocioso el comentario: “... es clara la letra y espíritu del art. 133 CC en el sentido de negar acción de reclamación de la filiación no matrimonial al progenitor, y así lo ha entendido la doctrina más autorizada. El art. 134 CC no

puede entenderse como contradictorio, o al menos causante de dudas sobre la interpretación del art. anterior, pues se refiere al ejercicio de una acción «conforme a los arts. anteriores», es decir, que comprende el art. 133, en modo alguno otorga una legitimación activa al progenitor a quien se le niega el anterior”. Y prosigue: “El «en todo caso» claramente lo conecta el art. 134 con uno de los efectos de la acción de reclamación; cuando se ejercite ésta, «en todo caso», o sea, siempre, se permite la impugnación de una filiación contradictoria. Si se quiere decir de otra manera, cuando se pueda reclamar la filiación. En consecuencia, no existiendo legitimación activa para ello, huelga buscar toda cobertura en el art. 134 CC”.

I) Sentencia de 20 de junio de 2000.

Nuevamente es quien se pretende padre el que reclama la declaración de filiación no matrimonial, no dándose posesión de estado. Lo que la Sentencia expone sobre nuestro tema es una síntesis de los argumentos ya consolidados, a los que se añade, con un protagonismo secundario, alguno nuevo y ciertamente curioso.

Lo primero se deja ver cuando se afirma que²¹

“La jurisprudencia más reciente de esta Sala consolidó el reajuste interpretativo de los arts. 131, 133 y 134”, reajuste que ya habían iniciado otras sentencias desde 1987, sentencias de antes y ahora “que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del art. 133 CC que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el art. 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación de padre biológico”.

Vale la pena, una vez más, parar mientes con algún detenimiento en la panoplia de argumentos que en este párrafo se aúnan.

i) Reconoce el Tribunal, posiblemente de modo un tanto inadvertido, que “la literalidad” del art. 133 tiene un contenido inequívoco, consistente en atribuir la legitimación en exclusiva al hijo.

ii) Admitido lo anterior, habrá que explicar por qué se considera adecuado decidir contra el tenor literal y su significado inequívoco²². Una tal decisión, que algunos nos atreveríamos a

²¹ Los dos párrafos que vamos a recoger literalmente de esta Sentencia son idénticamente reproducidos, entrecorridos, por la Sentencia de 2 de octubre de 2000, la cual, por tanto, resuelve en ese mismo sentido.

²² Rivero manifiesta su desacuerdo con el contenido del art. 133 que nos ocupa. Que en el caso en ese precepto referido le quede vedada al padre o a la madre la acción de reclamación le parece a este autor “sumamente censurable”, porque de ese modo queda “en muchas ocasiones a capricho del hijo decidir el cómo y el cuándo determinar su verdadera filiación” (en Rams/Moreno, op.cit., p. 1325). Esta es su opinión respecto del contenido del precepto, contenido cuya claridad no discute (ibid., 1324) y del que admite que “es una cuestión de política legislativa, que depende de los principios que informan cada sistema

jurídico de filiación y de la concepción más o menos estrecha o amplia que el legislador tenga de la relación paterno-filial” (ibid. 1324). Hasta ahí nada que objetar: se reconoce que la opción tomada por el legislador es constitucional y legítima, aunque se manifiesta el desacuerdo personal con ella. Lo que ya no parece tan justificado es el paso siguiente, pues de su opinión de que, por la razón apuntada, “debería admitirse la posibilidad de que el progenitor reclame su paternidad o maternidad” aun cuando no haya matrimonio ni posesión de estado, da el salto a la siguiente afirmación, que se nos antoja fuertemente cuestionable: “Por ello debe propugnarse, como hace la doctrina más autorizada, una interpretación correctora e integradora del art. 133 C.c. que admita la legitimación del progenitor no matrimonial para reclamar su propia paternidad o maternidad” (ibid., 1325. Así se manifestaba este autor también en 1991: F. Rivero Hernández, “De la paternidad y filiación”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 133, donde invoca en favor de su propuesta la no discriminación de los progenitores no matrimoniales y el art. 24 I CE). Y la pregunta sólo puede ser, nuevamente, la de quién o qué legitima al intérprete para enmendarle de tal modo la plana al legislador legítimo, para “corregir” sus mandatos. El mismo autor utiliza esta descarnada expresión en otro trabajo, donde admite que el Tribunal Supremo en estos temas viene “enmendando la plana al legislador y saltándose los artículos 131 y sigs. CC”, cosa que, sin embargo, aprueba Rivero de modo entusiasta y sustenta en principios constitucionales (F. Rivero Hernández, “Comentario a la Sentencia de 8 de julio de 1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, septiembre-diciembre 1991, p. 836). Con alabanzas a la jurisprudencia por haber superado las rigideces formales en este tema y haberse inclinado por “lo auténtico” y “el triunfo de la verdad real”, puede verse también F. Rivero, “La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación”, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 13, marzo 1989, pp. 110 ss.

La misma cuestión podríamos plantear ante la postura que manifiesta Quicios Molina. Esta autora se declara contraria tanto a la solución del art. 133, que considera muy clara y transparente en su literalidad (vid. op. cit. p. 432, 434), como a la tesis opuesta, esto es, otorgar legitimación activa en todo caso al progenitor no matrimonial. Opina que el art. 133 contiene un injustificado trato discriminatorio y que la solución debe provenir de sopesar en cada caso los dos principales principios en pugna, el de verdad biológica y el de protección del interés del menor. Su propuesta, por tanto, se encamina a la defensa de la decisión casuística que pueda no ser respetuosa con el dictado legal, y su crítica a la jurisprudencia establecida se basaría precisamente en su carácter generalizador (en el sentido contrario al precepto) y no suficientemente casuístico. Nos hallamos, pues, ante una abierta opción en favor de una jurisprudencia atenta sólo a la justicia del caso concreto, que casuísticamente ponderaría aquellos dos principios y que se despreocuparía de la compatibilidad con la ley de la solución así hallada en sede de equidad. Oigamos los términos más significativos de tal propuesta: “Abortada, creo, cualquier excusa justificativa, aparece el principio de igualdad claramente conculcado en perjuicio de los progenitores no matrimoniales, lo que sirve como argumento para respaldar, siempre que se sopesen adecuadamente los respectivos intereses del hijo y del progenitor porque la restricción de la legitimación para accionar puede estar justificada en algunos casos, y a la espera de un pronunciamiento constitucional o de una reforma legislativa, la jurisprudencia ya citada que, en materia de legitimación activa del progenitor no matrimonial, desborda los límites fijados por el tenor literal, y puede que también el espíritu, de la ley” (op.cit., p. 438).

Una auténtica llamada al casuismo, la equidad, la justicia del caso concreto, aun *contra*

calificar de *contra legem*, y que la Sentencia tilda nuevamente como “interpretación más flexible”²³ va a ser legitimada mediante la idea de que por encima de la semántica de los enunciados legales y con superior jerarquía están otras cosas, tales como principios, valores, fines, etc. En concreto, vemos que la Sentencia recurre a los principios, filosofía y finalidad de la institución de la filiación²⁴. ¿Estaríamos dispuestos a hacer un principio de validez general de ése que dice que sobre la dicción de la ley y sus significados más evidentes prevalece la filosofía de las instituciones, de modo que el juez deba atender antes a ésta que a aquélla? Porque quien en esto cambie su respuesta según el caso, se delata parcial y proclive a hablar de la feria según le vaya en ella.

iii) Pero como lo anterior suena a reconocimiento palmario e indeseado de activismo judicial, viene de inmediato una marcha atrás que contradice lo que se dijo en el punto i), pues se acaba pretendiendo que es la dicción del art. 134 la que claramente respalda la legitimación activa del padre. Curioso ardiz también éste de hacer lo oscuro (el art. 134) claro y lo claro (el art. 133) irrelevante. Además, en los términos de ese razonamiento se estaría forzando una antinomia entre esos dos preceptos, cosa que no parece despertar excesiva inquietud.

iv) En ese ir y venir entre la letra y los principios para quedarse donde más convenga después de aparentar que todo se ha transitado debidamente, se procede luego a traer al caso la noción de interés legítimo de la parte como razón válida para enmendar el juicio legislativo sobre dicho interés. Si el interés es protegible, parece que se nos dice, ese carácter impera sobre la decisión legislativa de no protegerlo. Y el interrogante entonces sería el de qué cosa que no sea la norma positiva hace jurídicamente protegible un interés, hasta el punto de que tal naturaleza

legem, se contiene en un trabajo de C. Prieto Fernández (“El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente”, en *Actualidad Civil*, 1991, marginal 137 ss. Vid. especialmente marginal 142-143) en el que se glosa un caso que, sin embargo, hallaría la misma solución que se propugna mediante el simple respeto al contenido literal claro de los preceptos que nos ocupan. Lo que ocurre es que se prefiere invocar la equidad antes que la claridad para dejar a salvo que en otras ocasiones aquélla se imponga a ésta.

²³ Siempre latirá en el fondo la duda de hasta dónde llega la flexibilidad posible de una interpretación para que siga siendo tal y no mera creación de una norma nueva que suplanta a la norma legalmente establecida; o, expresado de otra forma, cuándo podemos temer que una norma, de tanto doblarla por ser flexible, se ha roto, lo que en derecho significa que ha sido vulnerada.

En nuestro asunto, usa el término adecuado Bercovitz cuando explica que la interpretación “correctora” que el Tribunal Supremo ha impuesto “supone dejar prácticamente sin contenido el artículo 133, párr. 1º CC: equivale a una *derogación* del mismo basada en la primacía de la Constitución” (el subrayado es nuestro), y refuerza tal opinión afirmando que esa jurisprudencia no se puede apoyar en una interpretación literal, ni sistemática, ni finalista, ni histórica (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, op.cit., p. 1364).

²⁴ Como si la de la filiación fuera una institución cuyos fines y filosofía resultaran evidentes para cualquiera y al margen de las ideologías y creencias que cada cual profese. Es más, la labor del legislador al reglamentar cualquier institución, y con mayor razón una sujeta a tanta posible discrepancia ideológica y filosófica como ésta, se explica y se justifica precisamente como medio para sentar una regulación sustraída a los vaivenes ideológicos de las personas, los grupos y, en particular, de los jueces de turno.

pesa más que la legalmente atribuida.

Mas no se para ahí la Sentencia y aún suma algún otro argumento, cuando dice que “La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo y sin perjuicio de que, como dice la S. 18 Dic. 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad, a lo que le autorizan los arts. 137 y 140 CC”.

Sigamos con el análisis.

v) La invocación del derecho natural posiblemente no merece más consideración que la de ser una no muy meditada floritura. Aunque, como cuestión teórica para consumir entretenidamente algún tiempo, es tentador preguntarse qué diría el derecho natural de la reclamación de declaración de filiación por parte del padre no matrimonial que, como a menudo ocurre, simultáneamente implica impugnar la filiación matrimonial legalmente establecida. Si resulta que lo que la Sentencia mantiene es lo que demanda el derecho natural hoy en día, tenemos que, o bien mucho cambia el derecho natural, lo cual resulta autodestructivo para el valor del mismo, o bien habremos de reconocer que la inatacable presunción de filiación matrimonial que se contenía en el Código Civil²⁵ antes de las reformas postconstitucionales era contraria a derecho natural. Perplejos se quedarán con esto los civilistas del tiempo de Franco, por ejemplo, y si es que alguno hubiere. En cualquier caso, nos complace comprobar que el derecho natural ha comenzado a sintonizar con la biología, después de tantos siglos de desencuentro. Convendría seguir explorando esa vía; seguro que tendríamos sorpresas.

vi) Parece que la verdad biológica se ha tornado en supraprincipio en esta materia y fundamento del interés y del correspondiente derecho que en todo momento asiste al hijo para conocer quién sea su verdadero padre. No discutimos la gran relevancia de este principio, sino su prevalencia absoluta, capaz de eximirle de ser ponderado con otros principios que puedan venir al caso²⁶, y capaz de operar como justificación de la enmienda del juez al legislador. Además, si

²⁵ En el art. 108, que disponía que se presumían hijos del marido, sin admitirse prueba en contrario, los nacidos de su mujer después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de su disolución o separación conyugal, salvo que se demostrara la imposibilidad física del acceso carnal de los esposos en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento del hijo. Ni siquiera la demostración con pruebas biológicas podía atacar esa asignación legal de paternidad marital.

²⁶ En palabras de Quicios Molina, “que la investigación de la paternidad, si el sujeto activo es el progenitor, no sea un principio absoluto, implica que puedan estar justificadas restricciones a la misma, como la limitación de la legitimación para accionar en determinados supuestos en los que deban salvaguardarse, por ser más dignos de protección, los intereses del

es tal la importancia y primacía de aquel principio, habrá que concluir que acabará viéndose reñido con otras restricciones, como la presente en el art. 127-2º, donde se dice que “El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”. Se nos dirá, y estaremos de acuerdo, que detrás de ese precepto²⁷ está la necesaria consideración de

hijo” (op.cit., p. 434). Menciona esta autora su opinión de que es la protección del interés del hijo “el principio que verdaderamente debe ser ... el contrapeso del principio de verdad biológica” (ibid., 434). Igualmente Carbajo González hace ver que el principio de verdad biológica no tiene estatuto de “imperativo, absoluto ni unívoco”, lo que explica limitaciones contenidas en el Código Civil, como las procesales, o que se consagre a veces como verdadera e incontestable una filiación no biológica, como es la adoptiva, etc. (vid. J. Carbajo González, op.cit., p. 92). Y Díez-Picazo y Gullón señalan que “Las ideas cardinales que inspiran la regulación de esta materia oscilan entre dos polos, que son: el derecho a la averiguación y al establecimiento de la verdad biológica, que tiene que llevar a una ampliación del ámbito de las personas facultadas para ejercitar las acciones, y el deseo de preservar la paz de las familias, reduciendo para ello las posibilidades de modificación del *statu quo* y poniendo coto a la proliferación de este tipo de demandas, especialmente en aquellos casos en que para ponerlas en pie es necesario hurgar en los secretos de las familias y revelar conductas desconocidas u olvidadas” (op.cit., p. 275).

²⁷ Resulta llamativo y merece ser resaltado que la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en alguna ocasión reciente ha relativizado su propia línea decisoria y sostenido el carácter no absoluto del principio de verdad biológica, pero lo ha hecho en un caso que no resolvía por la vía del art. 133, sino del 131, por existir posesión de estado, con lo que no se sienta un precedente contrario a la orientación decisoria que venimos viendo y las afirmaciones del Tribunal no tienen más valor que el de un comentario incidental o un curioso *obiter dicta*. Pero véase de qué modo las razones así expresadas, en la Sentencia de 28 de mayo de 1997, desmontan y atacan los argumentos sostenedores de la jurisprudencia sobre el 133: “las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el Código establece limitaciones en orden a la legitimación para interponer acción de filiación (vid. artículos 127, 131, 133, etc.), exige acompañar a la demanda principio de prueba de los hechos (artículo 129 del Código Civil), establece plazos de caducidad para su ejercicio (artículos 132, 133, 136 y 137 del Código Civil) que no existirían si fuere la verdad material el bien jurídico protegido” (fundamento 1º). Añade que “no es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna” y recalca expresamente que “la reclamación de filiación extramatrimonial sólo la puede instar el padre cuando goce de la posesión constante de estado”. No se le escapa al redactor que de esa forma se desautoriza la jurisprudencia establecida, por lo que intenta salvar la justificación de ésta aduciendo, muy poco convincentemente, que en los respectivos casos el Tribunal “tuvo en cuenta determinadas y estrictas situaciones concretas y así valoró en algún supuesto que frente a la petición de paternidad, la madre mostraba su conformidad ..., o nada oponían ni la madre demandada ni su esposo, en otros identificó con el bien material y moral del menor la declaración de paternidad ..., o el bienestar del orden familiar de hecho o legal creado por las personas interesadas, o en la posesión de estado”. O sea, que, en la interpretación más favorable que podamos hacer, se nos está diciendo que la regla general es la sentada

la seguridad jurídica en varias de sus manifestaciones. Pues ciertamente, pero entonces tenemos un primer ejemplo de lo que estamos afirmando, esto es, de que el principio de verdad biológica no es absoluto, sino que el legislador lo ha ponderado y matizado con y desde la consideración de otros principios y valores. E insisto, así lo ha hecho *el legislador*²⁸, y no consta que se haya declarado la inconstitucionalidad de los preceptos que estamos viendo.

vii) Se alude como justificación última de la posición que la Sentencia adopta al bien del hijo y a la evitación de su daño. Y es bien cierto que en muchos casos sólo bienes se desprenderán para él de que la filiación biológica se declare. Por eso tiene tan buena justificación el hecho de que el Código Civil le dé legitimación activa para reclamarla en cualquiera de las situaciones

expresamente en el art. 133, pero que la decisión casuística también es admisible, en detrimento de esa regla general.

²⁸ Un muy potente argumento interpretativo de tipo histórico o subjetivo avala lo que estamos sosteniendo, y no es casual que en esta materia el Alto Tribunal se venga absteniendo de mencionar la *voluntas legislatoris* como criterio de interpretación. En efecto, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se decía que “Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, *la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados*. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la *verdad biológica* para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz en una determinada relación de parentesco. En la redacción de las nuevas normas se ha procurado conjugar equilibradamente, según las circunstancias, estos criterios, declarando admisibles toda clase de pruebas, y en particular las biológicas; confiriendo especial relevancia a la posesión de estado, tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen” (los subrayados son nuestros).

Por otro lado, aun cuando esté pendiente la respuesta del Tribunal Constitucional a la cuestión de constitucionalidad planteada a propósito del art. 133, tal Tribunal ya ha insinuado que el legislador actúa dentro de su normal competencia y legitimidad cuando extiende o restringe derechos como el que aquí se discute. Así, en su Sentencia de 16 de octubre de 2000, al resolver un recurso de amparo interpuesto por el padre extramatrimonial que en la Comunidad Foral de Navarra vio rechazada su legitimación activa por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el Tribunal señala que no hay la discriminación que en el recurso se alega, y dice, refiriéndose al art. 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral, coincidente en lo que nos interesa con el 133 C.Civ., lo siguiente (f.d. 4º): “Pues bien, el legislador, en este caso el foral de Navarra, ha ejercido su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida a la hora de proceder a la elección de quién está legitimado y de la designación de las personas que, en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra, ostentan poder para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial”.

Muy recientemente Bercovitz Rodríguez-Cano se ha expresado con razones de peso a favor de la constitucionalidad del art. 133, alegando sobre todo lo infundado de su pretendida incompatibilidad con los arts. 14 y 39 de la Constitución (op.cit., p. 1367-1368).

posibles, con o sin posesión de estado y siendo la filiación reclamada matrimonial o extramatrimonial. Pero da la casualidad de que en el caso que esta Sentencia resuelve no es el hijo el que reclama, sino que lo hace el que se pretende padre biológico de él. Y ninguna garantía existe de que una tal reclamación en todo caso vaya a reportar beneficios al hijo si la pretensión triunfa. Por supuesto que en ocasiones acarreará ventajas “no sólo en el plano efectivo de los sentimientos, sino también en el económico y en el de su posición de miembro integrante de la sociedad”, como prosaicamente añade la Sentencia. Tal sucederá verosímilmente si la pretensión de marras la ejercita Bill Gates, pongamos por caso. Pero es más que creíble que los efectos sean apabullantemente los opuestos si Bill Gates es el padre legal, cuyo estatuto de tal se impugna, y el que reclama la paternidad es un preso pobre y romántico que trató con la madre en un permiso de fin de semana²⁹. Dicho sea el ejemplo con todo respeto para el preso. ¿Habría que concluir, para ser plenamente fiel a los principios y fines, que la legitimación activa la tiene el padre extramatrimonial sin posesión de estado solamente cuando es rico y de buena posición?

Ya mencionamos antes que cabe pensar en otros principios que haya que sopesar con el de verdad biológica, comenzando por el de protección del hijo, especialmente cuando es menor, cuyo bien no siempre coincidirá con hacerle ver que su verdadero padre no es el que él tenía por tal y quería como tal³⁰. Ante la patente variedad de situaciones imaginables y no queriendo dejar el problema al albur del casuismo, cabe presumir razonablemente que el legislador ha tomado una de las opciones posibles y ha preferido restringir la legitimación del padre por el daño que en ocasiones pueda producir, antes que extenderla pensando en los beneficios que suscite en otras oportunidades, máxime cuando, allí donde estos beneficios son previsibles, se está reconociendo al hijo durante toda su vida la posibilidad de reivindicar esa filiación. Y parece lógico suponer que será el hijo mismo quien mejor pueda sopesar su interés propio. Triste sería que se le pudiera imponer un padre que tal vez le perjudica (y que quizá quiere beneficiarse de él) con el argumento de que su verdadero interés es la verdad biológica. Porque si hablamos de intereses, siempre hay mucho que hablar.

²⁹ No se olvide, además, que beneficio económico (y hasta social en ciertos casos) también puede seguirse para el declarado padre, que no en vano pasa a ser posible heredero.

³⁰ De acuerdo, pues, con la apreciación de Quicios Molina cuando señala que “si se conjuga la interpretación que se da al principio de prueba exigido y a la prueba de filiación, con la extensión de la legitimación activa a supuestos no expresamente previstos, puede llegarse a soluciones que, si bien son consecuentes con la jurisprudencia mantenida, resultan muy discutibles y, como hemos adelantado, injustas”, y especialmente, añade, por la no consideración del interés del menor en determinadas situaciones de convivencia (S. Quicios Molina, *op.cit.*, p. 428).