

La prueba del ADN en los procesos de filiación *

MARÍA CORONA QUESADA GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

«Ahora demostramos que otra variante (core)ⁿ de las pruebas puede detectar grupos adicionales de minisatélites hipervariables para producir “huellas” de ADN somáticamente estables que son totalmente específicas para un individuo (o para su idéntico gemelo o gemela) y pueden ser aplicadas directamente a problemas de identificación humana, incluyendo la prueba de la paternidad»¹ (JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L., «Individual-specific “fingerprints” of human DNA», *Nature*, 4 July 1985, vol. 316, p. 76).

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Las pruebas biológicas*. 3. *La prueba del análisis del ADN*: 3.1 Probabilidad de exclusión *a priori* de la paternidad. 3.2 Probabilidad de la paternidad. 4. *Problemática jurídica que plantea el análisis del ADN*. 5. *Proposición y práctica del análisis del ADN*. 6. *Personas que deben consentir la práctica del análisis del ADN*: 6.1 Mayor de edad o emancipado. 6.2 Menor de edad. 6.3 Incapacitado. 6.4 Realización del análisis del ADN *post mortem*. 7. *La negativa a someterse al análisis del ADN*: 7.1 Negativa del actor a someterse al análisis del ADN. 7.2 Negativa del demandado a

* Agradezco a doña Mercedes Caso Señal (Magistrada del Juzgado de familia núm. 19 de Barcelona), a don Juan Antonio Luque (Técnico Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Departamento de Barcelona) y a mi compañero don Lluís Caballol (Profesor Titular de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona) toda la información que me han proporcionado y la ayuda que me han prestado para realizar este trabajo.

¹ Texto original: «We now show that other variant (core)ⁿ probes can detect additional sets of hypervariable minisatellites to produce somatically stable DNA “fingerprints” which are completely specific to an individual (or to his or her identical twin) and can be applied directly to problems of human identification, including parenthood testing». Sobre los términos técnicos *core* y *minisatellites* que utilizan en esta cita Jeffreys y sus colaboradores puede consultarse ROUGER, *Les empreintes génétiques*, Paris, 2000, pp. 34 ss.

someterse al análisis del ADN. 7.3 Negativa de un tercero a someterse al análisis del ADN. 7.4 Negativa del acusado por un delito contra la libertad sexual a someterse al análisis del ADN. 8. *Medidas para hacer efectiva la práctica del análisis del ADN*: 8.1 Imposición de multas. 8.2 Comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. 8.3 Obtención de muestras para analizar el ADN de una persona sin su consentimiento y sin emplear *vis física*. 8.4 Valoración final de la imposición forzosa del análisis del ADN. 9. Bibliografía utilizada. Abreviaturas.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que James D. Watson y Francis Crick descubrieron en 1953 la estructura del ácido desoxirribonucleico (ADN)², una serie de acontecimientos³, relacionados con este elemento esencial de la vida, se han sucedido. De todos ellos, aquí interesa la verificación por Alec Jeffreys y sus colaboradores de la posibilidad de determinar la relación biológica de filiación existente entre dos personas analizando su ADN⁴.

Un caso célebre (*test case*) sobre la determinación de la filiación biológica resuelto por Jeffreys con ayuda del análisis del ADN tuvo como protagonista a una familia de Ghana. Uno de los hijos (X), nacido en Gran Bretaña, se fue a Ghana con su padre.

² James D. WATSON y Francis CRICK dieron a conocer su descubrimiento en 1953 en la prestigiosa revista *Nature* («Molecular Structure of Nucleic Acids-A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid», *Nature*, 25 april 1953, vol. 171, pp. 737 ss.; y «Genetical Implications of the Structure of Deoxyribonucleic Acid», *Nature*, 30 may 1953, vol. 171, pp. 964 ss.).

En 1962 fue concedido el Premio Nobel a Maurice Wilkins, James D. Watson y Francis Crick por su contribución al descubrimiento de la estructura del ADN.

En la obra de James D. WATSON, *The Double Helix*, publicada en 1968 (puede leerse la versión traducida al castellano por M.^a Luisa Rodríguez Tapia, *La doble hélice*, Alianza Editorial, Madrid, 2000), que llegó a ser un *best seller*, se encuentra un ameno relato personal del descubrimiento de la estructura del ADN. También es interesante de este mismo autor *Pasión por el ADN. Genes, genomas y sociedad*, Introducción, Epílogo y notas de WALTER GRATZER, traducción castellana de Joandomènec Ros, Editorial Crítica, Barcelona, 2002; y WATSON with BERRY, *DNA: the secret of life*, New York, 2003.

³ Se hace una acertada síntesis de los más importantes acontecimientos sobre el ADN que han tenido lugar desde 1951 hasta el año 2003, en el artículo de LEMONICK, «The DNA Revolution. A Twist Of Fate», publicado en la revista *Time*, march 3, 2003, pp. 45 ss.

⁴ Véase, JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L., «Individual-specific "fingerprints" of human DNA», *loc. cit.*, pp. 76 ss.; JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; y THEIN, S. L., «Hipervariable minisatellite regions in human DNA», *Nature*, 7 march 1985, vol. 314, pp. 67 ss.; y JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R., «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *Nature*, 31 october 1985, vol. 317, p. 818.

Cuando regresó al Reino Unido para reunirse con su madre (M), su hermano (B) y sus dos hermanas (S1 y S2), las autoridades británicas no le concedieron el permiso de residencia por temor a que una sustitución por otro chico (no pariente o hijo de una hermana de M) tuviera lugar.

El análisis de marcadores genéticos tradicionales mostró que la mujer (M) y el chico X eran parientes, pero no pudo determinar si M era realmente la madre de X o una tía, por eso el abogado de la familia pidió a Jeffreys y sus colaboradores la realización de un análisis de ADN para determinar la filiación materna de X.

Complicó este asunto que ni el padre ni ninguna de las hermanas de M estuvieran disponibles para el análisis. Además, mientras la madre tenía la certeza de que X era su hijo no estaba segura sobre su paternidad.

Del análisis del ADN de los miembros disponibles de la familia (X, M, B, S1 y S2) resultó que X tenía el mismo padre que B, S1 y S2, que M era la madre de X y, por tanto, que X, B, S1 y S2 eran verdaderos hermanos. Esta prueba, junto con los resultados del análisis de los marcadores convencionales, fue proporcionada a las autoridades de inmigración, que abandonaron el caso contra X y le concedieron el permiso de residencia en el Reino Unido para que permaneciera con su familia⁵.

El *test case* recién descrito es un claro exponente de lo importante que puede llegar a ser la práctica de la prueba del ADN en los procesos de filiación⁶.

En la actualidad el principal problema que se plantea en dichos procesos no es, como en otros tiempos no lejanos sucedía, la imposibilidad de probar con una certeza lindante en seguridad la existencia o no del vínculo biológico de filiación discutido, por ser posible ahora demostrar esto con un ínfimo porcentaje de error, sino conseguir que efectivamente se realice el análisis del ADN a los sujetos implicados en el concreto asunto de filiación, pues basta con que alguno no lo consienta o no se preste a ello para que esa prueba no se pueda practicar.

⁵ Vid. JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R., «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *loc. cit.*, p. 818; y WATSON with BERRY, *DNA: the secret of life*, *cit.*, p. 264.

⁶ Como observan Jeffreys y sus colaboradores, refiriéndose al *test case* expuesto en el texto principal, este caso difícil demuestra como el *DNA fingerprints* puede dar una inequívoca prueba positiva de relación (familiar) incluso en algunos casos en los cuales miembros importantes de la familia estaban ausentes (JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R., «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *loc. cit.*, p. 819).

Dice con acierto Seidel que el análisis de ADN es indispensable en casos problemáticos no aclarados por la prueba de grupos sanguíneos o del HLA (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, 4. Auflage, München, 2002, p. 239).

Esta cuestión no es baladí porque en los procesos de filiación no sólo se pretenden satisfacer los intereses meramente privados de las partes, sino también el interés social en que la filiación se determine siempre que sea posible por las importantes consecuencias que de ella derivan (derecho a alimentos, derechos sucesorios, apellidos, etc.).

Por la innegable importancia del análisis de ADN para probar la paternidad o la maternidad sería deseable que en la legislación sobre el uso de los análisis de ADN no sólo se regulara su empleo en el ámbito de la investigación criminal, sino también en los procesos de filiación, con el fin de superar y solucionar los problemas que en la actualidad suscita en este ámbito la necesidad de practicar prueba tan fundamental.

Si bien es cierto que merecía elogios la iniciativa normativa representada por un borrador de anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, con el que se pretendía delimitar el uso del análisis del ADN, no dejaba de ser criticable que en ese borrador se acometiera una regulación tan sólo parcial de los análisis del ADN circunscrita a la investigación criminal, olvidando el ámbito de la investigación de la paternidad y de la maternidad, cuando precisamente en los procesos de filiación el análisis del ADN es la prueba más importante, cuya práctica en la actualidad tropieza con serias dificultades⁷.

⁷ La recomendación R(92) 1 del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros de 10 febrero 1992 «sobre el uso del análisis del ácido desoxirribonucleico, dentro de la estructura del Derecho Penal», recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que adapten su legislación a los principios contenidos en la misma.

El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, tomando en consideración dicha recomendación, presentó primero, el 21 de febrero de 1995, una Proposición de Ley sobre el «uso y práctica de prueba del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro de la estructura del sistema del Derecho penal y en la investigación de la paternidad» (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 3 de marzo de 1995, núm. 112-1, pp. 1-3), que no prosperó. Con posterioridad, el 5 de mayo de 1998, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la siguiente Proposición no de Ley: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que introduzca en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre el uso del análisis del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), dentro de la estructura del Derecho Penal y en la investigación de la paternidad» (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, 19 mayo 1998, núm. 282, p. 4).

Esta Proposición no de Ley se sometió a debate en la sesión de 23 junio 1998, en la que se aprobó con las modificaciones propuestas en la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). La redacción acordada fue la siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que introduzca en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre la admisibilidad, práctica y efectos del análisis del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) en el proceso penal, así como en la investigación de la paternidad en el proceso civil. La Ley deberá garantizar el derecho a la intimidad genética, así como limitar el uso abusivo de la información genética en las relaciones jurídico-privadas y públicas, respetando, en todo caso, las competencias de las Comunidades Autónomas» (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, 30 junio 1998, núm. 302, pp. 4 y 5).

Como se puede comprobar en el Congreso se mantuvo la conveniencia de regular la admisibilidad, práctica y efectos del análisis de ADN en la investigación de la paternidad

Finalmente el legislador ha reducido sus esfuerzos en la disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal) a dar soporte legal a la utilización del análisis del ADN en el proceso penal, limitándose a reformar dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a añadir una nueva disposición adicional tercera a esta misma ley, lo que significa que se ha renunciado por el momento a regular el uso de la prueba del ADN en los procesos de filiación.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se contemplan ahora dos aspectos diferentes sobre el perfil de ADN. Un primer aspecto es la recogida de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado. Se prevé que el Juez ordenará a la policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras (es decir, lo que se conoce como la cadena de custodia) se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad (art. 326.3 LECrim). Para este objetivo se encomienda al Gobierno (a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Interior) la regulación por Real Decreto de la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, a la que se asignan importantes funciones de acreditación y coordinación de laboratorios, de elaboración de protocolos, condiciones de seguridad en la custodia de las muestras, confidencialidad, etc. (d.a. 3.^a LECrim). Un segundo aspecto regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la obtención de muestras biológicas de un sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, cuando sea necesario

en el proceso civil. Sin embargo, en la exposición de motivos del borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión), la regulación se circunscribe a la investigación criminal, aduciendo que «el coste económico, la falta de experiencia y, ante todo, los recelos que previsiblemente despertaría en la opinión pública el hecho de que los datos genéticos de cualquier individuo figuren en bases de datos, han aconsejado comenzar la regulación de la materia por el campo de la investigación criminal» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1536). Como observó ETXEBERRÍA GURIDI: «La falta de experiencia no encuentra sentido en la situación normativa actual, pues es predicable de todas las materias, tanto las que se regulan efectivamente como las excluidas. En cuanto al coste económico y a los recelos que suscita la creación de bases de datos, conviene añadir que los ficheros o bases de datos de ADN sólo tienen sentido (desde la perspectiva del sector público) referidos al ámbito de la investigación penal y no a los que, precisamente, han quedado excluido (salvo los que tienen una finalidad médica, que requerirían una normativa específica de esta naturaleza)» («Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las Bases de ADN», *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 14, p. 61, nota 16).

También se puede consultar sobre estos antecedentes MORA SÁNCHEZ, «La prova de l'ADN en el procés penal», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 235.

como elemento de prueba. El Juez, en resolución motivada, podrá acordar los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad (art. 363.2 LECrim). Es en este punto donde la brevedad de la regulación resulta muy criticable porque no siempre se resolverán fácilmente todos los vacíos legales con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues nada se dice sobre si se podrá acudir a la coerción, incluso física, en el caso de negativa a someterse a las intervenciones corporales, ni qué consecuencias jurídicas podrán derivarse de tal negativa, ni qué destino se dará a los perfiles de ADN y, en su caso, a la muestra biológica utilizada.

El objeto de este trabajo es poner de relieve el gran valor probatorio del análisis del ADN, explicar cómo se puede hacer valer esta prueba en los procesos de filiación, exponer e intentar resolver problemas que plantea la realización del análisis del ADN en dichos procesos y defender que la Ley debería regular y facilitar la práctica de la prueba del ADN con el fin de investigar la filiación por tratarse de la prueba más idónea en ese ámbito, permitiendo incluso su imposición forzosa si el Juez lo considera necesario para decidir el pleito.

2. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

Frente a restricciones pasadas existentes sobre todo en el ámbito del Derecho común (CC) la paternidad y la maternidad, o la inexactitud de su determinación, pueden probarse ahora en los tres ordenamientos jurídicos hispanos que tienen regulación propia sobre la filiación, con toda clase de pruebas, incluso –como se dice expresamente en el artículo 767.2 LEC– mediante las biológicas⁸.

Así las cosas, es posible en la actualidad probar la paternidad no sólo con los medios de prueba que podríamos llamar tradicionales

⁸ En Cataluña no hizo falta introducir una disposición en su Compilación en la que expresamente se admitieran las pruebas biológicas, porque las mismas ya habían sido aceptadas antes de buen grado por la jurisprudencia. Significativas en este sentido son la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1937, de la que fue ponente el insigne jurista Roca Sastre, en la que se afirmaba: «... para probar la paternidad de los hijos nacidos extramatrimonialmente podrán ser empleadas en Cataluña toda clase de pruebas, incluso la indiciaria, y, sin duda, la pericial biológica»; y la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 13 de febrero de 1964, que basaba su fallo en la siguiente consideración: «... ese informe y rumor público se hallan totalmente desvirtuados por la prueba pericial médica (ya que) del examen de los grupos sanguíneos del demandado, la actora y el niño J. L. S., es científicamente imposible que el hijo de la actora lo sea del demandado» (véase, GARCÍA SÁNCHEZ, «La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho Civil catalán», *RJC*, 1982, 1, p. 49).

—entre los que destacan en los procesos de filiación la prueba testifical y la de presunciones—, sino también mediante las pruebas biológicas, hasta hace poco casi ignoradas por nuestro TS en el proceso civil (no así en el penal) al ser aplicable el Código⁹. Quizás, por esto, con el objeto de desvanecer cualquier duda sobre la admisibilidad de las pruebas biológicas en los procesos de filiación, al legislador le pareció oportuno mencionarlas expresamente en el derogado artículo 127 CC, tal como hace ahora el vigente artículo 767.2 LEC.

No me voy a ocupar aquí de los medios de prueba tradicionales porque su uso habitual en todo tipo de procesos y, en consecuencia, el estudio que de los mismos se hace en cualquier obra de carácter general, dispensa de comentarlos en este trabajo. En cambio, por ser hoy el análisis del ADN una prueba biológica fundamental (casi imprescindible, diría yo) en los procesos de filiación, dado su alto valor probatorio en ese ámbito, y por suscitar su puesta en práctica numerosos problemas, la examinaré aquí con cierto detenimiento.

Mi pretensión, como ya he dicho, es poner de relieve la importancia que tiene la prueba del ADN, la problemática jurídica que plantea, y cómo debe ser utilizada en los procesos de filiación, pero sin profundizar en sus aspectos técnicos y científicos, porque el

⁹ Antes de promulgarse el Código había mostrado ya el TS su posición contraria a este medio probatorio. La sentencia de 23 junio 1886 había dicho que «el parecido o semejanza de señales en el cuerpo entre el hijo y el supuesto padre no es signo de paternidad, ni es pertinente una prueba de reconocimiento que tienda a verificar esos puntos». Según RIVERO HERNÁNDEZ: «no tenía nada de extraño esa solución, pues aquella prueba no podía tener gran seguridad ni las garantías de las modernas pruebas biológicas, fundadas en leyes científicas seguras». Sin embargo, para este autor, más grave fue la actitud mostrada por nuestro más Alto Tribunal en su sentencia de 3 marzo 1931 [en la que denegó por impertinentes la práctica de las pruebas de reconocimiento judicial heredobiológico y la de análisis de grupos sanguíneos], época en la que estaba suficientemente acreditado el valor probatorio y solvencia científica de la prueba de grupos sanguíneos y se practicaba ya en varios países (*La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, p. 542). Con posterioridad, la muy importante y decisiva sentencia de 24 de enero de 1947 concluía que las pruebas biológicas eran «contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador». Sobre esta afirmación del TS dijo Rivero en sentido crítico: «más bien pienso yo que en lugar de contrarias al criterio del legislador, son ajenas al mismo. En la época de nuestra Codificación —y habría que pensar más en 1851 que en 1889— esas pruebas (las científicas que hoy se manejan: la de grupos sanguíneos, la heredobiológica...) eran inexistentes, imprevisibles. El legislador no pudo manifestarse ni en pro ni en contra: no pensó siquiera en ellas» (*ibidem*, p. 543).

Como dijo GARCÍA SÁNCHEZ: «esa postura del TS contraria a la utilización de la prueba pericial biológica era incongruente, dados los ejemplos de sentencias penales en las que se había admitido su empleo. Baste recordar la sentencia de 15 de febrero de 1963: "... sin negar la pertinencia de cotejar grupos sanguíneos como posible medio de descartar en procedimiento penal una paternidad en litigio...". Y la sentencia de 9 noviembre 1976: "resulta indudable haberse incurrido en quebrantamiento de forma (...) por ser conveniente cuenten los Tribunales con la mayor cantidad de medios de prueba a fin de evitar posibles errores y llegar a formar conciencia del punto debatido con pleno conocimiento" (por lo que devuelve los autos a la Audiencia para que dicte resolución en orden a la práctica de la prueba pericial de grupos sanguíneos)» (*op. loc. cit.*, p. 50).

estudio de las pruebas biológicas desde esa perspectiva, dada su gran complejidad, corresponde a los especialistas en la materia.

Con todo, me parece indispensable hacer previamente alguna alusión a las posibilidades que ofrece en orden a la exclusión y a la afirmación de la paternidad o de la maternidad el análisis del ADN, por ser ésta la prueba biológica que en la actualidad habitualmente se practica en los centros de más solvencia y prestigio profesional, como el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el fin de demostrar que es la prueba más fiable en los procesos de filiación y que, por tanto, debe admitirse sin reservas ¹⁰.

3. LA PRUEBA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Gracias a los espectaculares progresos biológicos y técnicos que se han producido durante los últimos años en el ámbito de la genética, el análisis del ADN tiene hoy un gran valor probatorio y un indiscutible protagonismo en los procesos de filiación, por lo que se ha convertido en el medio de prueba estándar en dichos procesos.

Para comprender la importancia de esta prueba es esencial saber que cada ser humano tiene su origen en la unión de dos células (gametos), una procede de la madre (óvulo), la otra del padre (espermatozoide). El resultado de esta unión es la formación de una única célula, a partir de la cual se desarrollarán todas las células que componen el organismo humano. Este complejo proceso acontece y los miles de millones de células del cuerpo humano funcionan de manera coordinada siguiendo las instrucciones del ADN. En consecuencia, cada persona hereda biológicamente su configuración genética de sus progenitores (la mitad del ADN procede del padre, la otra mitad de la madre) y toda la información sobre sus características genéticas se encuentra en el ADN o ácido desoxirribonucleico del núcleo de sus células ¹¹, por lo que para obtener tal información habrá que descifrar el código genético trazado a lo largo del ADN ¹²

¹⁰ Pues como observaron Andre y Rigo hace ya más de dos décadas refiriéndose a la prueba serológica o de grupos sanguíneos: «la connaissance que l'on a actuellement de la transmission héréditaire des caractères de groupes sanguins apportent des possibilités insoupçonnées jusqu'ici et permettent d'approcher la réalité biologique dans la relation père-mère-enfant. Il est impensable d'imaginer qu'à notre époque les juristes restent étrangers à ces progrès et à ces possibilités en maintenant des législations qui n'en tiendraient pas compte» («Le Code Napoléon et la réalité biologique en matière de filiation», *Bio-mathematical Evidence of Paternity*, Berlín, 1981, p. 46).

¹¹ El ADN se encuentra en todas las células humanas, excepto en los glóbulos rojos (véase, WALL, *Genetics and DNA technology: legal aspects*, London, 2002, p. 24).

¹² El ADN es una larga molécula compuesta por dos hileras paralelas formadas de cuatro sustancias distintas (llamadas nucleótidos): adenina, citosina, guamina y timina

(específico de cada persona ¹³ y por eso llamado *huella genética* ¹⁴).

De ahí que en la prueba del ADN el procedimiento para determinar, por ejemplo, la paternidad ¹⁵ biológica consiste en analizar el patrimonio genético que un sujeto recibió de su madre y de su padre, y contrastar estos datos con el ADN de la madre y con el ADN del presunto padre. En primer lugar se contrastará con el ADN de la madre, para averiguar la parte de la dotación genética que el hijo ha heredado de aquélla. El resto de la información genética del hijo será contrastada con el ADN del supuesto padre. Si el presunto padre posee características heredadas por el hijo, que éste no ha recibido de su madre, existe una probabilidad de paternidad, en el caso contrario, si el supuesto padre no tiene esas características queda excluido como padre biológico.

(que respectivamente se abrevian con las letras: A, C, G y T). Estas sustancias se aparejan a lo largo de las dos hileras que tienen una forma helicoidal (de espiral), la característica forma de doble hélice del ADN que Watson y Crick descubrieron hace ya más de cincuenta años (sobre esto véase el principio de este trabajo). La regla de apareamiento es simple, A es la pareja de T y C la de G. De esta forma una secuencia del perfil del ADN puede ser, por ejemplo:

ATATCTGATGCATACGTA
TATAGACTACGATGTCATGACATCCGTAGCAGTTGCAT

Con tan simple alfabeto, de la combinación de esas cuatro sustancias (o letras del alfabeto de la vida), que pueden estar dispuestas a lo largo de la molécula del ADN en secuencias cuya variedad es prácticamente infinita, resulta el código genético de cada persona, que los expertos han de descifrar cuando se realiza la prueba del ADN (puede consultarse WALL, *op. cit.*, p. 24; BRINKMANN, *Das neue Vaterschaftsgutachten*, Münster, 1997, p. 11; y BÄR/KRATZER, «Die Leistungsfähigkeit des DNA-Gutachtens in der Vaterschaftsbegutachtung», *AJP*, 1992, p. 358).

Como destaca LORENTE, refiriéndose a los nucleótidos (A, C, G y T): «El orden en que se unen unos a otros, denominado “secuencia”, tiene una gran importancia, pues de la misma depende el tipo de aminoácidos y proteínas que se van a sintetizar o, lo que es lo mismo, el tipo y características de los tejidos y de las diversas estructuras que conforman a una persona» (*Un detective llamado ADN*, Madrid, 2004, p. 25; véase también GOÑI URCELAY, «DNA i herència. El genoma humà», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp. 33 ss.).

El perfil del ADN de cada persona gráficamente se expresa con un «código de barras» parecido al que llevan ciertos productos comerciales para ser identificados. Cada banda presente en el «código de barras» del hijo ha de aparecer en el «código de barras» de la madre o en el del padre (véase sobre esto ROUGER, *op. cit.*, pp. 38 y 39; y OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993, p. 195).

¹³ Como observa Wall el poder discriminatorio del análisis del ADN hace que sea ideal para resolver casos de paternidad, pues sólo los gemelos idénticos comparten el mismo ADN (*op. cit.*, p. 22).

¹⁴ Según WATSON y BERRY (*op. cit.*, p. 263) la elección por Jeffreys —genetista británico que descubrió que podía identificarse a las personas analizando su ADN (véanse las referencias que a él se hacen al principio de este trabajo)— del término *DNA fingerprint* fue deliberada, porque con el ADN es posible identificar individuos como con la tradicional huella dactilar (*fingerprint*). Por eso en la actualidad para referirse al ADN se suele utilizar la expresión «huella genética».

¹⁵ A partir de ahora me referiré sobre todo a la paternidad porque su prueba siempre ha tropezado con más dificultades que la prueba de la maternidad.

El fundamento en la prueba del ADN es el mismo de la prueba hematológica o de grupos sanguíneos hasta hace poco habitualmente practicada, con la diferencia de que en la primera se examina directamente el material biológico portador de la herencia genética de la persona, en vez de los productos sintetizados (encimas, proteínas, ...) según el código de aquel material, que es lo examinado en la segunda¹⁶.

El resultado de la pericia es más fiable y seguro en la prueba del ADN. Además, resulta más fácil obtener muestras para realizar la prueba del ADN que la hematológica, porque la primera se puede practicar no sólo con sangre (como sucede en la hematológica), sino también con restos óseos, saliva, cabellos, etc., lo que ha permitido superar obstáculos hasta hace poco infranqueables, como investigar la paternidad de una persona fallecida¹⁷. A lo que se debe añadir que así se evita la «lesión o agresión» que para algunas personas puede suponer la extracción de sangre mediante un pinchazo¹⁸.

A pesar de la diversidad de muestras sobre las que se puede realizar la prueba del ADN, se suele utilizar sangre, pero sin que sea necesario extraer tanta cantidad como para realizar la prueba hematológica¹⁹. Sorprende que no se utilicen más otras muestras que se pueden obtener empleando técnicas menos invasivas²⁰.

¹⁶ Véase sobre esto VALLEJO DE TORRES/ALONSO ALONSO/GASCO ALBERICH/ITURRALDE PARDO/MONTESINO SEMPER/SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA/SANCHO RUIZ, «Prueba médico-legal en las acciones de filiación», *Act. Civ.*, 1986, núm. 43, p. 3008; SCHNEDL, «Der Polymorphismus des menschlichen Chromosomensatzes-eine Möglichkeit für den Vaterschaftsnachweis», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1974, pp. 17 ss.; y BOLUND, «Recent Research on Human DNA-poly-morphism», *Advances in Forensic Haemogenetics* 1, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio, 1986, p. 195.

¹⁷ Véase, LORENTE/LORENTE, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995, pp. 236 y 237.

¹⁸ Sobre las ventajas que ofrece el análisis del ADN puede consultarse REICHELDT, «Anwendung der ADN-Analyse (genetischer Fingerabdruck) im Vaterschaftsfeststellungsverfahren», *FamRZ*, 1991, 11, p. 1267; BARTEL, «Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung. II. Stellungnahme», *FamRZ*, 1992, 3, p. 276; BÄR/KRATZER, *op. loc. cit.*, pp. 357 ss.; y HOPPE/KRAMER/PAHL/BASSY, «Neue Wege im Abstammungsgutachten», *DAVorm*, 1997, p. 495; .

¹⁹ Observa Romeo Casabona: «La utilización del ADN para realizar análisis en el ámbito de la administración de justicia ha adquirido en escasísimos años una importancia de primera magnitud en algunos procesos civiles (demandas de paternidad) y penales... Ciertamente no es una novedad el recurso a las pruebas biológicas en estos supuestos procesales (sobre todo, partiendo de muestras de sangre y de algunos de sus componentes o de sus características: grupo ABO, HLA), pero las pruebas del ADN, gracias al polimorfismo del ADN no codificante, ofrecen la ventaja de su gran precisión (de ahí que se la haya denominado «huella genética») y, gracias también a una técnica replicante del ADN de la muestra disponible –la reacción en cadena de la polimerasa–, permite que aunque ésta sea mínima, puedan realizarse cuantos análisis sean necesarios, incluso cuando los restos biológicos sean muy antiguos» (*Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, p. 120).

²⁰ Así, WALL, *op. cit.*, p. 26.

Sobre la preferencia en la recogida de muestras decía el artículo 8 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión): «Las

Cuando se habla del ADN normalmente se está haciendo referencia al llamado ADN nuclear situado en el núcleo de las células, que es el que se suele analizar para investigar la paternidad.

Sin embargo, también existe otro tipo de ADN, el llamado ADN mitocondrial (a partir de ahora ADNmt), que se halla fuera del núcleo de las células y es más estable frente a elementos que provocan su degradación²¹. Solo excepcionalmente se investiga la paternidad analizando el ADNmt. Así sucede cuando por tratarse de muestras antiguas el ADN nuclear se halla muy degradado o se encuentra poco. También se puede emplear para hacer una investigación de la filiación siguiendo la línea materna de herencia, porque su característica más significativa es que se transmite de madres a hijos sin combinarse con el del padre, ya que se transmite con el óvulo. De este modo, conociendo nuestro ADNmt sabemos cuál es el de nuestra madre, abuela, bisabuela, tatarabuela, etc.²². Por eso, en un proceso de

muestras biológicas que preferentemente deben tomarse para análisis del ADN consistirán en aquellas que, atendidas las circunstancias, supongan un menor grado de intervención corporal» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1542).

²¹ Véase, WALL, *op. cit.*, pp. 33 y 77.

²² Véase, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 246. Dicen estos autores que se ha estudiado con profundidad el ADNmt dando lugar a la «Teoría de Eva», formulada por Rebecca L. Cann, Mark Stoneking y Alan C. Wilson, científicos de la Universidad de California en Berkeley. Según esta teoría todos descendemos de la misma mujer originaria de África (*ibidem*, p. 246; se puede consultar también LORENTE, *Un detective llamado ADN*, *cit.*, pp. 43 ss.).

La aplicación práctica del análisis del ADNmt en nuestros días ha permitido establecer relaciones familiares en diversos casos cuyas circunstancias hacían imposible o muy difícil la aplicación de las otras técnicas. Concretamente ha tenido un éxito relevante en el caso de las «Abuelas de la Plaza de Mayo» en Argentina (véase, FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999, p. 4, nota 2 y p. 21; y CHERI/ZANNONI, *Prueba del ADN*, Buenos Aires, 2001).

También se examinó el ADNmt para establecer los lazos de filiación entre miembros de la familia imperial rusa Romanov asesinados por los bolcheviques (véase, GILL/IVANOV/KIMPTON/PIERCY/BENSON/TULLY/EVETT/HAGELBERG/SULLIVAN, «Identification of the remains of the Romanov family by DNA analysis», *Nature Genetics*, vol. 6, february 1994, pp. 130 ss.; IVANOV/WADHAMS/ROBY/HOLLAND/WEEDN/PARSONS, «Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II», *Nature Genetics*, vol. 12, april 1996, pp. 417 ss.; QUEVEDO, *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales*, Madrid, 1997, p. 201; ROUGER, *op. cit.*, pp. 114 ss.); LORENTE, *Un detective llamado ADN*, *cit.*, pp. 241 ss.

El ADNmt ha hecho posible resolver un interesante misterio de la historia de Francia, al permitir determinar que Luis XVII no era Karl Wilhelm Naundorff, como éste pretendía, sino un niño de diez años muerto en 1795 en la *prison du Temple*, gracias a la comparación del corazón del niño (conservado en una urna de cristal en la real basílica de Saint-Denis) y cabellos de María Antonieta, madre de Luis XVII y esposa de Luis XVI (véase, ROUGER, *op. cit.*, p. 119; LE GAC-PECH, «De Louis XVII à Z...», *D.*, 2001, núm. 5, chr., p. 404; y varios artículos publicados en el diario *La vanguardia*, como son «ADN para buscar un rey» [de 10 diciembre 1999], «Resuelto el enigma del hijo de Luis XVI» [de 20 abril 2000], «El ADN acaba con una leyenda de dos siglos» [de 22 abril 2000], «Luis Alfonso y el delfín» [de 25 abril 2000], y «El análisis de ADN del hijo de Luis XVI no zanja el pleito dinástico» [de 28 julio 2000]).

reclamación o de impugnación de la maternidad el análisis del ADNmt es el ideal ²³.

Cuando se tiene que investigar la paternidad de un hombre fallecido, se puede practicar la prueba del ADN con muestras procedentes de sus más próximos parientes (padres, hermanos, etcétera). Si se trata de los progenitores, existirá una gran certeza acerca del resultado de la prueba del ADN y si, por ejemplo, se practica con tres hermanos la certeza será mayor que si se practica con uno. Depende del grado de parentesco y del número de parientes examinados que los resultados de la prueba sean más o menos seguros.

Si los resultados de la prueba del ADN con parientes del fallecido son inseguros e insuficientes para considerar demostrada su paternidad y no se puede llegar a conclusiones definitivas, entonces habrá que proceder a la exhumación del cadáver para extraer restos biológicos con el fin de realizar el estudio del ADN del fallecido. En estos casos el buen o mal estado del ADN nuclear, a efectos de investigar la paternidad, depende de varios factores, fundamentalmente, de la humedad y de la temperatura ²⁴. En condiciones normales de degradación, a partir de los dos o tres meses sólo quedan restos óseos como posible material a examinar, suficiente para realizar la prueba del ADN nuclear hasta que transcurran dos años. Después de dos años normalmente sólo es posible averiguar la paternidad analizando el ADNmt.

No obstante, en algunas ocasiones el análisis del ADN de una persona fallecida puede realizarse con muestras (de sangre, semen, tejidos corporales, etc.) obtenidas cuando estaba viva que se hallan en un hospital o centro sanitario, o con muestras que se encuentran en objetos personales del fallecido (cepillos del pelo, pipas de tabaco, sellos pegados con saliva, etc.).

También se está tratando de averiguar con ayuda del análisis del ADN el origen del almirante Cristóbal Colón, en concreto, entre otras posibilidades, si fue hijo del príncipe de Viana (hermano de Fernando el Católico). Sobre esto se puede consultar LORENTE, *Un detective llamado ADN*, cit., pp. 237 ss.

²³ Vid., WALL, *op. cit.*, p. 88.

²⁴ En la sentencia de 1 de abril de 2002 (RJ 2002/2431) el TS consideró que no se podía dar valor al resultado de la prueba del ADN, ni como excluyente ni como parcialmente favorable a la paternidad, porque los restos óseos procedentes de la exhumación del cadáver del presunto padre estaban en mal estado («las impurezas y otras circunstancias debidas a la putrefacción, impidió obtener el suficiente DNA para llegar a resultados fiables», expuso el perito). Con todo, el TS casó y anuló la sentencia de primera instancia y declaró la paternidad con fundamento en otras pruebas.

Advierte LORENTE en su obra *Un detective llamado ADN* (cit., pp. 94 ss.) de las ventajas y los inconvenientes que pueden plantear las exhumaciones realizadas con el fin de obtener muestras para estudiar el ADN.

También es posible realizar la prueba del ADN con anterioridad al nacimiento del hijo mediante una biopsia coriónica o la amniocentesis²⁵.

3.1 PROBABILIDAD DE EXCLUSIÓN A *PRIORI* DE LA PATERNIDAD

En la actualidad, para realizar la prueba del ADN nuclear, se suelen manejar como mínimo unos 16 marcadores de ADN, porque con ellos ya se consigue una probabilidad de exclusión *a priori* de la paternidad del 99,9 por 100, esto significa que de cada 1.000 falsos padres se excluyen directamente 999, y sólo uno no puede ser excluido *a priori* por resultar compatible con el hijo por azar, aun no siendo el padre²⁶.

Cuando se efectúa la prueba del ADN, lo primero que se trata de averiguar es, pues, si el hombre cuya paternidad se cuestiona puede o no ser el progenitor, es decir, si se excluye *a priori* su paternidad o si hay que considerarla posible. Si la paternidad es posible entonces se indaga qué probabilidad hay de que sea realmente el padre, mediante una prueba bioestadística.

Conocido es el principio biológico que ya indiqué, según el cual todo lo que se hereda genéticamente procede del padre y de la madre, de manera que lo que el hijo no haya heredado de ésta tiene que haberlo recibido de aquél. Por esta razón, y me parece oportuno recordar, que en la prueba del ADN una vez conocido el material genético de madre, hijo y supuesto padre se resta al del hijo el que comparte con su madre (indubitada) y se comprueba si el supuesto padre posee el restante material genético del hijo (que éste ha de haber heredado forzosamente de su progenitor biológico)²⁷. De ahí que la paternidad puede ser excluida o resultar posible.

Se puede incurrir en una serie de errores (entendiendo por error cualquier cosa que altere el resultado del análisis del ADN²⁸) que

²⁵ Consúltese sobre esto CHERI/ZANONI, *op. cit.*, pp. 108 ss.

²⁶ Según LORENTE/LORENTE: «Este porcentaje de probabilidad de exclusión *a priori* (99,9 por 100) es el recomendado por la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense como mínimo aceptable por el laboratorio a realizar los análisis para que el informe emitido por él pueda ser utilizado con validez, no obstante es deseable que esta probabilidad sea lo más alta posible» (*op. cit.*, p. 238). Véase también FÁBREGA RUIZ, «Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas», *ADC*, 1998, p. 642.

²⁷ Véanse, HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA, «Estado actual de la investigación de la paternidad en Barcelona», *Mesa redonda en el Colegio de abogados de Barcelona*, Barcelona, 1986, p. 2

²⁸ Así, WALL, *op. cit.*, p. 27.

juegan (casi) siempre a favor de una incorrecta exclusión (o incompatibilidad) de la paternidad²⁹.

Los errores pueden ser deliberados o accidentales. Se ocasionan deliberadamente, por ejemplo, cuando una persona distinta a la que ha de someterse al análisis del ADN proporciona la muestra o cuando hay una sustitución de muestras. Los errores accidentales normalmente se producen por la contaminación de la muestra con un ADN extraño. Además, la mayor parte de los errores suelen ser de tipo técnico (confundir tubos, emplear reactivos en mal estado, etc.). Para evitar estos errores, los expertos adoptan especiales precauciones en cuanto a la toma de muestras y su tratamiento (véase, por ejemplo, la Orden de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología³⁰) y suelen repetir algunos o todos los pasos del proceso al menos dos veces³¹.

Conociendo que se puede cometer cualquiera de estos errores, si se adoptan todo tipo de precauciones tendentes a evitarlos³², se puede afirmar que los resultados de la peritación serán de alta fiabilidad.

3.2 PROBABILIDAD DE LA PATERNIDAD

Si con el análisis del ADN la paternidad no es excluida, entonces se examina si la coincidencia de caracteres genéticos del hijo y del supuesto padre (su compatibilidad) se debe o no al azar. Con tal fin se calcula la probabilidad de paternidad, es decir, la probabilidad que tiene el supuesto padre de serlo en realidad teniendo en cuenta la frecuencia de los caracteres que comparte con el hijo en la población general de referencia, ya que puede suceder que el hecho de que el hijo y el supuesto padre compartan determinados caracteres sea debido al azar al estar presentes no sólo en el verdadero progenitor sino también en otros individuos de la población³³. De ahí que tenga cierta importancia escoger la población de referencia³⁴.

²⁹ Véase, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 243.

³⁰ Publicada en el *BOE* núm. 308, de 23 de diciembre de 1996.

³¹ Véase, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 243, y HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA, *op. loc. cit.*, p. 7.

³² Indica WALL una serie de medidas para evitar errores en *op. cit.*, pp. 28 ss.

³³ Como observan LORENTE/LORENTE: «Evidentemente, cuanto más alta sea la probabilidad de paternidad, nos indicará que en realidad es el padre biológico con una probabilidad más elevada y que, por tanto, la compatibilidad genética tiene menos visos de ser debida a la casualidad» (*op. cit.*, p. 238).

³⁴ Véase, sobre esto CARRACEDO/BARROS, «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, p. 205.

Para calcular la probabilidad de paternidad hay diferentes planteamientos bioestadísticos. En la actualidad, el más extendido en la comunidad científica internacional se basa en el cálculo de la probabilidad positiva de la paternidad, trabajando con el trío madre-hijo-supuesto padre. En concreto, el método más utilizado es el de Essen-Möller, así llamado en honor de Erik Essen-Möller que en el año 1938 fue el primero en aplicar estos cálculos a cuestiones de paternidad. Este método está basado en el teorema de Bayes, conocido a través de una obra póstuma publicada en 1763 que define el cálculo de probabilidades condicionadas ³⁵.

La fórmula de Essen-Möller es conocida y aplicada en la actualidad en los países desarrollados (Alemania, EEUU, Japón, Méjico, Italia...) ³⁶ y también en España ³⁷.

El cálculo de la probabilidad de la paternidad (*w*), según la fórmula de Essen-Möller se obtiene sobre la base de dos variantes (*X, Y*):

$$W = \frac{X}{X + Y} * 100 \text{ }^{38}$$

siendo:

X = la frecuencia con que un determinado marcador genético que posee el hijo se encuentra en el verdadero padre

³⁵ Consultese, LORENTE/LORENTE, *op. cit.*, p. 239; WALL, *op. cit.*, p. 84

³⁶ Vid., HUMMEL, «Mathematisches zur "Vaterschaftswahrscheinlichkeit"», *DAVorm*, 1983, p. 830. Según HUMMEL con el paso del tiempo el procedimiento de Essen-Möller ha ganado tal fuerza de convicción que en 1976 las US-american «Guide-Lines», publicadas por la «American Bar Association» y la «American Medical Association», sólo nombraban al Essen-Möller como método matemático para el cálculo biostático a realizar en casos de filiación discutida («Das Essen-Möller-Prinzip als logische Grundlage serostatistischer Bilanzierung», *MedR*, 1985, 4, p. 154).

³⁷ Véanse, HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA, *op. cit.*, p. 5, y HUGUET/ERCILLA/GENE/PUIG/CASTILLO/CORBELLA, «Rapport de notre expérience dans la recherche de la paternité. Etude de 100 cas», *XXXVIII Congrès Internationale de Langue Française de Médecine Légale et de Médecine Sociale*, Strasbourg, 1986, p. 3.

³⁸ La fórmula:

$$W = \frac{X}{X + Y} * 100 \quad \text{se divide por X, resultando } W = \frac{1}{1 + \frac{Y}{X}}$$

con el fin de poder incluir varios marcadores genéticos en el cálculo biostático

$$W = \frac{I}{1 + \frac{Y_1}{X_1} + \frac{Y_2}{X_2} + \dots + \frac{Y_n}{X_n}}$$

Y = la frecuencia con que ese mismo marcador genético se halla en los restantes hombres (no padres) que forman parte de la población general³⁹.

Es, pues, imprescindible en el procedimiento biostático conocer la frecuencia con que cada marcador genético se encuentra en la específica raza o población a la que pertenece el supuesto padre⁴⁰.

La fracción $\frac{Y}{X}$ es el llamado «Likelihood-Quotient». $W = \frac{1}{1+L} * 100$.

(Consúltese SCHEMUTH, *Über die praktische Bedeutung der Biostatistik und der Erb-biologie im Vaterschaftsprozß*, Berlin, 1983, p. 18; y MUTSCHLER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, Familienrecht, 2. Halbband, München, 1987, p. 130.)

³⁹ Puede resultar ilustrativo y esclarecedor, para comprender la lógica del procedimiento de Essen-Möller, reproducir el ejemplo numérico que él mismo puso en 1938, y que repiten muchos autores (téngase en cuenta, para una mejor comprensión del ejemplo, lo dicho en el texto y en la nota anterior).

Si de 100 verdaderos padres de 100 hijos portadores de un determinado marcador genético, poseen este carácter 17 padres,

$$\text{entonces } X = \frac{17}{100} = 0'17.$$

Si ese marcador genético se encuentra en la población general en tres hombres de cada 100 no verdaderos padres,

$$\text{entonces } Y = \frac{3}{100} = 0,03.$$

Así, de 200 hombres (100 verdaderos padres, 100 falsos padres), son portadores de ese concreto marcador genético $17+3=20$, de donde se sigue que:

$$\text{para los verdaderos padres } W = \frac{17}{20} * 100 = 85 \text{ por } 100$$

y para los no padres

$$W = \frac{3}{20} * 100 = 15 \text{ por } 100.$$

O lo que es lo mismo para los verdaderos padres,

$$W = \frac{0,17}{0,17 + 0,03} * 100 = \frac{1}{1 + \frac{0,03}{0,17}} * 100 = 0,85 * 100 = 85 \text{ por } 100$$

(Véase, SEIDEL, *op. loc. cit.*, p. 244; RAUSCHER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Viertes Buch, Familienrecht, Berlin, 2000, p. 122.; SCHEMUTH, *op. cit.*, p. 17; MUTSCHLER, *op. loc. cit.*, p. 130; BESTETTI/ROSSI, «Essen-Möllers numerisches Beispiel für seine Formel», *Biometrical Evidence of Paternity*, Berlin, 1981, p. 69; ZIMMERMANN, «Positiver Vaterschaftshinweis durch biostatistische Methoden», *NJW*, 1973, 13, p. 546, y *Forensische Blutgruppenkunde*, Berlin, 1975, p. 42.) Pone otros ejemplos BRINKMANN, *op. cit.*, p. 19.

En las nuevas *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002 (*FamRZ*, 2002, Heft 17, p. 1160), se menciona expresamente el método de Essen-Möller.

⁴⁰ En Alemania sostiene parte de la doctrina que, por regla general, una misma frecuencia de marcadores genéticos (la de la población alemana) puede ser utilizada para

El valor obtenido expresado en porcentaje tras multiplicarlo por 100, nos indica la probabilidad de que el varón que se supone es el padre, lo sea realmente ⁴¹.

Hay que tener presente que para calcular la probabilidad de la paternidad se ha de partir de una probabilidad *a priori* de la paternidad, que a falta de datos concretos se suele fijar en 0,5, lo que equivale a considerar que el presunto padre tiene tantas probabilidades de ser el verdadero padre como de no serlo. Cuanto más alta es la probabilidad *a priori* de la paternidad más alta será la probabilidad final de la paternidad ⁴². Además, como la probabilidad de la paternidad se obtiene mediante cálculos bioestadísticos nunca puede ser el 100 por 100, porque para obtener este resultado tendría que ser $Y = 0$, esto es, no tendría que existir en el mundo ninguna persona con marcadores genéticos del padre que coinciden con los del hijo y esto no es posible ⁴³.

A la probabilidad de la paternidad resultante expresada en números (w), se asocian los llamados «predicados verbales» que al

todas las personas pertenecientes a la raza caucásica. Parece que así lo vienen haciendo los Tribunales alemanes, aunque si el presunto padre –extranjero y de raza caucásica– pide que se le aplique la frecuencia adecuada (que le corresponde) suelen acceder a ello (véase HUMMEL, «Abstammungs Begutachtung-Verständigungs-Schwierigkeiten zwischen Juristen und Gutachtern», *Johannsen/Hummel, Vaterschaftsfeststellung bei nichtehelicher Abstammung*, Heidelberg, 1978, p. 47; «Nutzen ausschlußschwacher Systeme, Beweiswert von Ausschlüssen und biostatistische Probleme bei der blutgruppenserologischen Abstammungsbegutachtung», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1975, p. 50; «Nochmals: Biostatistische Vaterschaftswahrscheinlichkeit und Essen-Möller-Verfahren», *NJW*, 1980, 24, p. 1322; y «Das Blutgruppengutachten: seine Bedeutung vor Gericht», *NJW*, 12, 1981, p. 609).

⁴¹ Como explica RAUSCHER, un valor de probabilidad de la paternidad (W) de 99 por 100 no significa que el demandado en un 99 por 100 es con certeza el padre, sino que el Juez, de cada 100 casos similares en que admite la paternidad, en uno declara a un no padre como padre (*op. loc. cit.*, p. 123).

Además de la probabilidad de la paternidad (W) los informes periciales suelen determinar el llamado Índice de Paternidad, ($IP = \frac{X}{Y}$), que es un valor que indica

cuántas veces es mayor la probabilidad de la paternidad del presunto padre con respecto a un hombre tomado al azar.

⁴² Para comprender cómo opera la llamada probabilidad *a priori* de la paternidad en la fórmula de Essen-Möller consúltese CARRACEDO/BARROS, «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *loc. cit.*, pp. 197 a 203; HUGUET/CARRACEDO, «Investigación biológica de la paternidad», Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, 2000, p. 1174; CHIERI/ZANONI, *op. cit.*, pp. 66 ss., y SEIDEL, *op. loc. cit.*, p. 245.

RAUSCHER (*op. loc. cit.*, p. 125) expresa la fórmula de Essen-Möller, incluyendo la probabilidad *a priori* de la paternidad así: $p \times X / (p \times X + q \times Y)$; « p » es la probabilidad *a priori* de la paternidad del supuesto padre y « q » es $1 - p$. Explica este autor que en los procesos de impugnación de la paternidad del marido en realidad sólo aproximadamente el 20 por 100 de los demandantes son verdaderos padres del hijo, la probabilidad de la paternidad *a priori* real es, pues, de 0,2 (*ibidem*, p. 125).

⁴³ Puede consultarse sobre esto CARRACEDO/BARROS, «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *loc. cit.*, p. 199, y FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación*, *cit.*, p. 18.

ser la traducción en palabras de aquellos valores numéricos, revelan la mayor o menor verosimilitud de la paternidad y sirven de ayuda al Juez a la hora de tomar su decisión ⁴⁴. En la actualidad se suele tomar en consideración la siguiente tabla o similar:

| | |
|------------------------|---|
| $W > 99,73$ | por 100 paternidad prácticamente probada |
| $W = 99 \dots < 99,73$ | por 100 elevada probabilidad de la paternidad |
| $W = 95 \dots < 99$ | por 100 paternidad muy probable |
| $W = 90 \dots < 95$ | por 100 paternidad probable |
| $W = 80 \dots < 90$ | por 100 indicios positivos de la paternidad |
| $W = 10 \dots < 80$ | por 100 la paternidad es dudosa |
| $W > 5 \dots 10$ | por 100 paternidad improbable |
| $W > 1 \dots 5$ | por 100 paternidad muy improbable |
| $W > 0,27 \dots 1$ | por 100 elevada improbabilidad de la paternidad |
| $W < 0,27$ | paternidad prácticamente excluida ⁴⁵ . |

La fórmula de Essen-Möller ha sido adecuada para ser correctamente aplicada a casos especiales y particularmente problemáticos, mediante fórmulas y programas de ordenador complementarios.

Entre estos casos especiales cabe destacar los llamados por la doctrina alemana *Fremdstämmigenfälle*, en los cuales el Perito se ve obligado a operar con frecuencias de caracteres genéticos de una determinada raza con las que no está acostumbrado a trabajar ⁴⁶.

Otros supuestos problemáticos que requieren un cálculo de probabilidad de paternidad específico mediante ordenador son, entre otros, los llamados *Brüder-Fälle* (si se duda sobre cuál de dos o más hermanos es el padre) ⁴⁷, *Inzest-Fälle* (casos en que existe parentesco entre el presunto padre y la madre) ⁴⁸, y *Mehr-*

⁴⁴ Como observa ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, no debemos olvidar que la decisión última la debe tomar el Juez, y no el Perito. El informe pericial debe facilitar al Juez un medio objetivo para la adopción de la decisión. El Perito ha de poner en conocimiento del Juez las conclusiones genéticas y estadísticas objetivamente obtenidas, dejando que el Juez valore globalmente con el resto de la prueba y determine la decisión final («Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial», *La Ley*, 1995-2, p. 995).

⁴⁵ Reproducen esta tabla, SEIDEL, *op. loc. cit.*, p. 244, y RAUSCHER, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

En las nuevas *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002 (*FamRZ*, 2002, Heft 17, p. 1160) se dice expresamente que a un valor de probabilidad de 99,9 por 100 corresponde el predicado verbal «paternidad prácticamente probada».

⁴⁶ Vid. HUMMEL, «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht», *loc. cit.*, p. 609, y «Abstammungsbegutachtung...», *loc. cit.*, p. 38.

⁴⁷ Si se trata de gemelos idénticos habrá que recurrir a otras pruebas distintas del análisis del ADN para determinar la paternidad. Así lo entiende HEGNAUER, aunque en el Derecho suizo en general se da preferencia al análisis del ADN respecto de las declaraciones de las partes y de los testigos (*Grundriss des Kindesrechts*, Bern, 1999, pp. 108 y 109).

⁴⁸ HUMMEL, «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht», *loc. cit.*, p. 609.

mannfälle (cuando son varios los hombres cuya paternidad está en liza)⁴⁹.

Especialmente interesante me parece la posibilidad de que en los denominados *Defizienzfälle*, en los que el supuesto progenitor o la madre han muerto o son ilocalizables, pueda calcularse la probabilidad de la paternidad practicando las pruebas biológicas a sus próximos parientes (padres, hijos, hermanos)⁵⁰.

Como ya he dicho, la prueba de la paternidad no se alcanza con un 100 por 100 de seguridad matemática. Sin embargo comparto la opinión de Hummel cuando diferencia la que él llama certeza lógica de la que denomina certeza empírica. Según este autor sería irrazonable exigir que la sentencia judicial proporcionase una certeza lógica, pues se tendría que declarar (o no) la paternidad únicamente cuando se tuviese la completa seguridad de que el presunto padre lo es (o no). Por ello, conforme a principios de experiencia, para considerar probada la paternidad sólo debe exigirse la certeza empírica, apreciable en cada caso particular, que existe cuando la verosimilitud de la paternidad es muy elevada (lindante en seguridad)⁵¹.

En nuestro país estima el TS que la paternidad es prácticamente segura y procede declararla con una $W \geq 99,9$ por 100. También ha considerado, en ocasiones, que es admisible su declaración con un porcentaje de verosimilitud de la paternidad inferior si existen otras pruebas que apuntan en el mismo sentido (véase, por ejemplo, las SSTs de 30 de junio de 1989 [RJ 1989/4798], 20 de diciembre de 1991 [RJ 1991/9473], 7 de febrero de 1996 [RJ 1996/1245] y 26 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6863]).

¿Ante tan altos porcentajes de probabilidad de la paternidad quién se atrevería hoy a seguir poniendo reparos a la prueba biológica positiva? ¿Es acaso cualquier otra prueba (la testifical, la de presunciones...) fiable en un 100 por 100, o siquiera en un 90 por 100?

⁴⁹ Según HUMMEL, la fórmula de Essen-Möller está pensada para los casos en que se cuestiona la paternidad de un solo hombre. En «Zweimannfällen» (casos en que se discute sobre la paternidad de dos varones) se aplica la fórmula de Essen-Möller y Quensel, cuando se sabe que el padre ha de ser uno de dos hombres. En los supuestos de «Drei- und Mehrmannfälle» (al estar en juego la paternidad de tres o más varones) son aplicables las fórmulas de Essen Möller y Quensel, así como la de Schulte-Möntig y Hummel (según los casos) (HUMMEL, «Nochmals: Vaterschaftsfeststellung nach dem neuen Nichtehelichenrecht», *NJW*, 1971, 24, p. 1073; «Mathematisches...», *loc. cit.*, p. 832; «Abstammungsbegutachtung...», *loc. cit.*, p. 38, y «Zur serostatistischen “Vaterschaftswahrscheinlichkeit”», *NJW*, 24, 1979, p. 1240).

⁵⁰ Véase HUMMEL, «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht» *loc. cit.*, p. 609; «Abstammungsbegutachtung...», *loc. cit.*, p. 38; «Vaterschaftsfeststellung nach dem Tode; § 1600 n BGB», *DAVorm*, 1977, p. 5, y «Zur “Beweislagè in Fällen strittiger Abstammung aus der Sicht des Blutgruppengutachters», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1983, pp. 214 y 215, sobre todo.

⁵¹ HUMMEL, «Mathematisches zur...», *loc. cit.*, p. 832.

En cualquier caso, cuando el órgano judicial siga albergando dudas sobre los resultados de la prueba biológica propuesta por las partes y practicada, siempre podrá solicitar una investigación complementaria (véase la STS de 11 de julio de 1991 [RJ 1991/5377]).

4. **PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE PLANTEA EL ANÁLISIS DEL ADN**

Las pruebas biológicas de la paternidad son pruebas periciales pese a su especialidad (STS de 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989/8858]), por lo que les son aplicables las normas que regulan este medio de prueba (sobre nombramiento de peritos, juramento y aceptación del cargo, recusación de los mismos, etc...).

Al ser aplicable a las pruebas biológicas la disciplina de la prueba pericial, el Juez tendrá que valorarlas según las reglas de la sana crítica sin estar obligado a sujetarse al dictamen de los peritos (art. 348 LEC). De donde se sigue que la valoración de la prueba pericial es libre por parte del Juez que tomará en consideración (o no) las máximas técnicas que aporten los peritos según le convenzan (o no) conforme a sus máximas de experiencia jurídica común⁵². En consecuencia, en teoría, la prueba del ADN no gozan de ninguna preeminencia sobre las demás, por lo que puede declararse la paternidad sobre la base de otras pruebas prescindiendo del análisis del ADN, o con fundamento en la apreciación conjunta de unas y otra⁵³ (véanse, SSTS de 12 de noviembre de 1987 [RJ 1987/8396] y 6 de mayo de 1997 [RJ 1997/3676]). Ha dicho, además, el TS que no es absolutamente precisa la prueba biológica (STS de 17 junio 1998 [RJ 1998/4131]) y que no ha de acudir necesariamente en primer lugar a las pruebas biológicas y después, cuando éstas no sean posibles, a las demás (STS de 8 julio 1986 [RJ 1986/4423]). No obstante, en la práctica, lo recomendable es que siempre que sea posible se realice el análisis del ADN y que el Juez lo valore teniendo en cuenta su acreditada eficacia probatoria, superior con mucho al de las restantes pruebas.

⁵² En este sentido, en la Sentencia de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8229) el TS afirma: «Los tribunales no están obligados a someterse a las decisiones de los dictámenes periciales y de concurrir varios pueden atender al que se presente más completo, definidor y más objetivo para resolver la contienda».

⁵³ Como se dice expresamente en la sentencia del TS de 12 noviembre 1987: «puede declararse la paternidad con base en otras pruebas sin necesidad de acudir a las biológicas, o con base en la apreciación conjunta de unas y otras, como permite el citado artículo 127 del CC».

Lo dicho me lleva a tratar la cuestión de si puede prosperar el recurso de casación fundado en error en la apreciación del dictamen pericial.

El TS, bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil sostuvo que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa del Tribunal *a quo*, a cuyo criterio debe estar-se, ya que sujeto su proceso valorativo sólo a las reglas de la sana crítica y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio no puede ser sometido a revisión si el mismo es razonable y lógico, máxime cuando el recurso de casación no es una tercera instancia (SSTS de 17 de marzo de 1988 [RJ 1988/2211]; 5 de mayo de 1989 [RJ 1989/3661]; 17 de junio de 1992 [RJ 1992/5319]; 7 de marzo de 1998 [RJ 1998/1040], 15 de diciembre de 1999 [RJ 1999/8229]; y 11 de diciembre de 2001 [RJ 2001/9995]). Sin embargo, también sostuvo que en casos de error notorio en la valoración de la prueba pericial hay posibilidad de casar dicha valoración cuando el juzgador *a quo* tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales, o falsee de forma arbitraria sus dictados, o extraiga deducciones absurdas o ilógicas (SSTS de 20 de febrero de 1992 [RJ 1992/1329], 13 de octubre de 1994 [RJ 1994/7547] y 5 de octubre de 1998 [RJ 1998/7557])

El TS ha abordado recientemente esta cuestión en sentencia de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4673). En este caso el hueso fémur del supuesto padre fallecido, como resto óseo que presentaba más garantía para obtener ADN de cierta calidad, estaba fuertemente degradado y por eso se consideró que no era útil para un estudio de la filiación. En la sentencia de primera instancia –confirmada luego por la de segunda instancia– se estimó íntegramente la demanda y se declaró con fundamento en otras pruebas que los actores eran hijos extramatrimoniales del varón cuya paternidad se reclamaba. En el recurso de casación interpuesto por los demandados se alegó efectivo error de derecho por haber sido valorada la prueba pericial con irracionalidad manifiesta por el tribunal de instancia, ya que si hubiera sido objeto de análisis y debida valoración probatoria se habría llegado a la conclusión de que el resultado de la misma no determinaba la paternidad reclamada. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. Razonó así su decisión: «la apreciación de la prueba biológica por la Sala *a quo* es del todo correcta, pues básicamente no atendió a la misma por no ser posible para decidir y estimar la paternidad reclamada y tuvo en cuenta fundamentalmente las otras pruebas obrantes en las actuaciones, que sí resultan las determinantes, por lo que no procede la infracción denunciada del artículo 1.253 del Código Civil, ya que de este

modo se ataca el *factum* que se sienta probado, es decir, básicamente la convivencia efectiva de los padres en el momento de la concepción de los demandantes, convivencia que fue prolongada en el tiempo, lo que resultó hecho público en la localidad donde tenían su residencia. Esta Sala en casos parecidos de reclamación de paternidad no matrimonial atribuida a padre fallecido (Sentencias de 23 de septiembre de 1996 y 15 de diciembre de 1999) declaró que ha de tenerse muy en cuenta las pruebas suministradas influyentes, aparte de las biológicas, cuando se presentan contundentes, como sucede en el caso que nos ocupa».

En la actualidad, aunque las reglas de la sana crítica tampoco se regulan en precepto alguno de la Ley Rituaria, su infracción debería admitirse como fundamento del recurso de casación *ex* artículo 477.1 –en el que se establece como único motivo de tal recurso: «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»– en los casos extremos en que la apreciación de la prueba del ADN por la sentencia contraría la más elemental lógica humana. En consecuencia, si la valoración de dicha prueba incurre en error notorio, porque el juzgador *a quo* tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales o extrae de la pericia deducciones absurdas o ilógicas, dicha valoración debe ser susceptible de ser revisada en casación⁵⁴.

La prueba del ADN, como prueba pericial, posee ciertas peculiaridades o características propias que la diferencian de las otras pruebas de esa clase, debido fundamentalmente a que el objeto sobre el que recae la pericia es la persona humana, o lo que es (casi) lo mismo, ciertas cualidades físicas suyas. Esto hace que la normativa que regula la prueba pericial, no pensada para este tipo de pericia, resulte insuficiente, e incluso a veces inadecuada para solventar muchas de las dificultades que se plantean.

Así, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil da primacía a la pericia de parte y un tratamiento secundario a la tradicional pericia judicial, en los procedimientos de filiación lo usual es que no se aporte ningún dictamen pericial con los escritos iniciales de demanda y contestación a la demanda⁵⁵, porque para realizarlo

⁵⁴ En sentido parecido, pero, refiriéndose a la prueba pericial en general, se pronuncian SERRA DOMÍNGUEZ, «La prueba pericial», *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Coordinador Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, vol. II, Barcelona, 2000, pp. 325 y 326, y MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II (arts. 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 2258.

⁵⁵ Sobre la práctica extrajudicial de pruebas biológicas, véase MANDOFIA BERNEY, «L'expertise en paternité sur demande privée», *ZfW*, 1998, p. 137, y REICHELTL/SCHMIDT/SCHMIDTKE, «Zulässigkeit und gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlaßter Abstammungsgutachten», *FamRZ*, 1995, 13, pp. 777 ss.

deberían cooperar los directamente implicados, lo que difícilmente se conseguirá cuando entre las partes existe contienda sobre la filiación⁵⁶.

No obstante, como la vida es rica en acontecimientos y situaciones, no hay que descartar la posibilidad de que a pesar de haberse practicado extrajudicialmente, con el consentimiento de ambas partes, una prueba de ADN que demuestra la paternidad, los presuntos padre e hijo prefieran acudir a un procedimiento contencioso para que se determine la filiación paterna con más seguridad y firmeza que mediante un reconocimiento. En este caso, una o ambas partes podrán aportar el dictamen pericial con los escritos iniciales.

Si se medita un poco se llega a la conclusión de que la posibilidad de que el supuesto padre y el hijo se pongan de acuerdo para determinar su relación paterno-filial judicialmente no debe ser ignorada o rechazada sin más, porque solo así la filiación deviene inamovible (dejando al margen el llamado recurso de revisión). A lo que se debe añadir que un centro de reconocido prestigio, como el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, no atiende las peticiones extrajudiciales de práctica de pruebas biológicas provenientes de sujetos privados.

En el supuesto resuelto por la sentencia del TS de 13 de mayo de 2000 (RJ 2000/3411) el pleito fue suspendido a petición de los litigantes. Cuando la actora solicitó la reanudación del proceso presentó pruebas biológicas extraprocesales acreditativas de la paternidad reclamada. El demandado aportó expediente gubernativo de reconocimiento de paternidad tramitado en el Registro Civil. El Magistrado que debía resolver el asunto dictó Auto –que fue confirmado por la Audiencia Provincial– decretando el archivo de las actuaciones por considerar que el objeto litigioso desapareció y era innecesario dictar sentencia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo por entender que «no resulta satisfactoria y de recibo la conclusión decisoria alcanzada por los juzgadores de instancia de que el pleito quedó desprovisto por completo de objeto litigioso y la sentencia que cerraría el mismo resultaba innecesaria, al tratarse de decisión desprovista de todo apoyo legal como queda ya dicho, pues la resolución judicial ostenta condición de título de determinación

⁵⁶ Además, la pericia judicial siempre será preferible por sus mayores ventajas (superior credibilidad del perito judicial, al haber sido designado imparcialmente, sin haber sido elegido por una sola parte; mayor posibilidad de contradicción en trámite de aclaraciones; inclusión en la tasación de costas de las devengadas por el perito judicial). Así, SERRA DOMÍNGUEZ, «La prueba pericial», *loc. cit.*, pp. 283, 307 y 310.

legal de la filiación reclamada, dando así protección y cobertura a los intereses del menor directamente interesado y no lo obstaculiza las pruebas biológicas extraprocesales que se aportaron, que actuarían, en todo caso, como pruebas anticipadas, sin perjuicio del derecho de las partes a pedir su ratificación o práctica en lo que estimasen conveniente».

En la hipótesis de práctica extrajudicial de la prueba del ADN que se aporta con alguno de los escritos iniciales, si alguno de los sujetos implicados no consintió su realización, tanto cuando se practique con muestras suyas obtenidas sin su colaboración (por ejemplo, un cabello, saliva impregnada en un chicle, etc.), como con muestras tomadas de parientes próximos que han prestado su consentimiento, la cuestión de su ilicitud por violación del derecho a la intimidad y del derecho a la libertad personal del afectado (ya que la obtención de determinadas muestras aptas para el análisis del ADN, como las descritas, no atenta propiamente contra la integridad corporal) puede suscitarse de oficio por el propio tribunal o por la otra parte planteando un incidente, con el fin de determinar si dicha prueba es lícita o no, conforme al artículo 287 LEC⁵⁷.

Sobre la trascendencia de un informe pericial realizado a petición de parte que se limita a hacer una valoración crítica del dictamen emitido en autos, ha dicho el TS, en Sentencia de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1040): «lo único que hacen los suscriptores del mismo es una crítica o valoración de la prueba pericial biológica practicada en el proceso, con plena y total ignorancia de que la valoración de toda prueba pericial es de la única y exclusiva competencia del órgano judicial correspondiente». En otro caso más reciente resuelto por la sentencia del TS de 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5453) no se valoró la prueba biológica practicada sólo a instancia del demandado como éste pretendía por considerar que en esta prueba se incumplieron los requisitos procesales fundamentales que garantizan su correcta obtención, de intervención judicial, contradicción y publicidad entre las partes. Por esto apreció el TS que los juzgadores de instancia entendieron correctamente que no era válida dicha prueba e insistieron con acierto en que se practicase en la forma procesal debida, a lo que el deman-

⁵⁷ Sobre la ilicitud de las pruebas obtenidas, dice OCAÑA RODRÍGUEZ, que se alega y juzga al comienzo de la vista de los juicios verbales (art. 287) y siempre antes de comenzar la prueba como cuestión previa (art. 433.1 para el juicio ordinario). Contra las resoluciones del Juez sobre inadmisión o admisión de pruebas ilícitas sólo cabe la protesta inmediata y la posterior apelación (art. 446) («El juicio verbal y de estado civil en la nueva LEC. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados», *La Ley*, 2001-4, D-136, pp. 1620 ss.).

dado se negó, siendo valorada su negativa como correspondía (esto es, como indicio a favor de la paternidad).

En el supuesto de que la investigación de la filiación recaiga sobre una persona fallecida, como ya expuse, puede practicarse el análisis del ADN a partir de muestras de tejidos y sustancias corporales (por ejemplo biopsias fijadas que pudieran existir en algún centro hospitalario, restos de saliva en sobres y sellos de cartas enviadas por el fallecido...), a partir de restos óseos y piezas dentales procedentes de la exhumación del cadáver del presunto progenitor biológico, o analizando el material genético de parientes próximos del mismo.

La fiabilidad de los resultados de las pruebas biológicas depende mucho del Centro donde se practique la pericia, pues dichas pruebas tienen que realizarse en laboratorios bien equipados, con personal muy acreditado y con técnicas rigurosas. Son pruebas de larga elaboración y carestía en su realización. De ahí que el TS haya apreciado que el hecho de que el informe lo emita un centro distinto del inicialmente designado no puede producir indefensión a la parte que no ha pedido la práctica de pruebas biológicas, cuando la razón del cambio es la sustitución en favor de un organismo de plena solvencia, si además esa sustitución fue oportunamente notificada a las partes, recurrida y resuelta ya en segunda instancia (STS de 5 de abril de 1990 [RJ 1990/2701]).

En atención a la gran complejidad de la prueba del ADN está plenamente justificado solicitar el dictamen pericial a instituciones o centros de alto nivel científico y tecnológico conforme al artículo 340.2 LEC, porque disponen de importantes medios y cualificados profesionales. En estos casos se exigirá juramento o promesa de decir verdad y actuar con la mayor objetividad posible a la persona que se encargará de realizarlo (art. 340.3 LEC)⁵⁸.

En España se cuenta con centros especializados y con competentes profesionales (en algunas sentencias del TS como en las de 20 de mayo de 1991 [RJ 1991/3717]; 6 de junio de 1991 [RJ 1991/4423]; 27 de enero de 1993 [RJ 1993/506]; y 29 de septiembre de 1998 [RJ 1998/7320], se menciona como centro de indudable garantía a estos efectos al Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia, aunque existen también muchos otros de reconocida solvencia profesional⁵⁹), por lo que no cabe objetar que

⁵⁸ Consúltense, RIFÁ SOLER, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II (arts. 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 1603.

⁵⁹ Véase, FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación*, cit., p. 25.

la infraestructura de nuestro país no permite la práctica de la prueba del ADN⁶⁰.

Ha dicho el TS que «no resulta procedente efectuar descalificaciones de organismos o personas cuando sus razonadas opiniones no son todo lo favorables que uno desearía; ni cabe hablar de indefensión, aduciendo la problemática posibilidad de que otro informe pericial pudiera ser más beneficioso para los intereses que se defienden» (cfr. SSTs de 18 de febrero de 1992 [RJ 1992/1316] y de 4 de mayo de 1999 [RJ 1999/2881]).

No obstante sería recomendable que se establecieran unos requisitos mínimos de calidad de trabajo de los laboratorios y de cualificación profesional de los peritos que realizan el análisis del ADN, además de otras medidas sobre la toma y custodia de las muestras necesarias para dicho análisis, de modo similar a como se hace en Alemania en las *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002⁶¹. En la actualidad contamos con la Orden de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología⁶², que está desfasada y cuya modificación o sustitución por otra es inminente.

Aunque es muy elogiable que en la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevea literalmente: «El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del

⁶⁰ Según FÁBREGA RUIZ, un indicador importante de la solvencia científica del equipo que ha realizado la prueba y de la metodología usada para la misma es que el laboratorio cumpla las normas elaboradas por la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense –ISFH en siglas inglesas– y que los especialistas que practiquen las pruebas formen parte de esta asociación y posean la formación científica, teórica y práctica en Biología Forense –al menos tres años de formación– suficiente (*Biología y filiación, cit.*, pp. 24 y 25).

Según CARRACEDO/BARROS, «La prueba de paternidad exige hoy un alto nivel de especialización y sólo los laboratorios que cumplen las recomendaciones de la ISFH y sus grupos de trabajo están en disposición de realizar la prueba con las garantías y el nivel de eficacia exigible en la actualidad» («El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *loc. cit.*, p. 195).

Se ha creado por la ISFH una Comisión con el fin de que se establezcan unos criterios uniformes a nivel internacional sobre el análisis del ADN para resolver problemas de paternidad.

⁶¹ *FamRZ*, 2002, 17, pp. 1159 ss. Véanse, también, las complementarias *Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002 (*FamRZ*, 2003, 2, pp. 81 y 82).

Comentan las *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* del año 2002: *ORGIS*, «*Neue Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten und die Konsequenzen für den Kindschaftsprozeß*», *FamRZ*, 2002, 17, pp. 1157 ss.; y MARTÍN/MUCHE/ZANG, «*Kritische Stellungnahme zu den neuen Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten*», *FamRZ*, 2003, 2, pp. 76 ss.

⁶² *BOE* núm. 308, de 23 diciembre 1996.

ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las Leyes»; lo que me parece criticable es que todo eso sólo se refiera a los procedimientos de investigación criminal.

Al reparo que puede hacerse sobre el elevado coste de dichas pruebas⁶³, cabe oponer que no es de ningún modo comparable con el que habrá de soportar un hombre declarado padre por error al tener que pagar alimentos al que legalmente figure como su hijo. A lo que se debe añadir que en atención al elevado valor probatorio de las pruebas biológicas, su coste no puede considerarse desproporcionado respecto de los resultados (altamente fiables) obtenidos con las mismas.

Además de las cuestiones problemáticas recién apuntadas que suscita la realización del análisis del ADN y su articulación en el proceso merecen ser abordadas en particular por su importancia y trascendencia las siguientes: proposición y práctica de dicha prueba; quienes deben consentir su realización, y cómo solventar la espionosa situación que se origina cuando alguno de los sujetos que debe someterse al análisis del ADN se niega a ello.

5. PROPOSICION Y PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DEL ADN

En los procesos de filiación, el análisis del ADN se puede practicar a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes (*cf.* art. 752.1.2.º pfo.).

Por sustanciarse los procesos de filiación por los trámites del juicio verbal, con demanda y contestación a la demanda por escrito (arts. 753 y 405 LEC), las partes han de solicitar la práctica de

⁶³ El coste actual de las pruebas biológicas ha de considerarse módico, en atención a los precios que se establecen en la Orden de 24 de febrero de 1999 por la que se fija la cuantía de los precios públicos de los servicios prestados por el Instituto de Toxicología (*BOE* núm. 77, del miércoles 31 de marzo de 1999). De esta Orden resulta que los estudios de ADN para determinar la paternidad cuestan, por individuo, 50.000 pesetas, precio que hay que convertir a euros conforme a la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro (*cf.* arts. 2, 7 y 11). Observa, no obstante, don Juan Antonio Luque, Técnico Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Departamento de Barcelona, que este precio no cubre el gasto real.

pruebas biológicas y la designación judicial de perito en esos escritos iniciales en los que deberá justificarse la pertinencia y utilidad del dictamen pericial solicitado (art. 339.2 y 3 LEC)⁶⁴.

Si ninguna de las partes solicita la práctica del análisis del ADN dicha prueba normalmente se realizará a petición del Fiscal⁶⁵.

En el acto de la vista podrá cualquiera de las partes solicitar la práctica de alguna prueba biológica y la designación judicial de perito cuando las alegaciones o pretensiones complementarias o aclaratorias que se hubieran formulado en la vista suscitasen a las partes la necesidad de pedir un dictamen pericial⁶⁶ (por ejemplo, a otro perito de distinto centro para contrastar resultados, o al mismo perito un estudio más exhaustivo mediante el análisis de más marcadores de ADN o con la inclusión de más parientes del supuesto padre fallecido). La consecuencia derivada de la admisión de esta petición será la interrupción de la vista (cfr. art. 193.1.2.º LEC)⁶⁷.

La designación judicial de perito no se produce de forma automática una vez solicitada. El tribunal debe valorar la petición y sólo accederá a designar perito si considera que la prueba biológica solicitada es útil y pertinente (art. 339.2 LEC). La solicitud de designación judicial de perito por el tribunal podrá ser denegada por éste cuando entienda que la prueba biológica solicitada es

⁶⁴ Sobre lo inusual que resulta la aportación de pruebas biológicas con los escritos iniciales de demanda y contestación a la demanda consúltese el apartado anterior.

⁶⁵ En la circular núm. 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, se afirma sobre la proposición de prueba biológica por el Ministerio Fiscal en los procesos de filiación: «el propio artículo 767.4 parece abonar la idea de la improcedencia de la prueba biológica cuando la determinación de la paternidad o maternidad se logra por otros medios probatorios. No obstante, al no ser posible conocer, en el trámite de proposición de prueba, si los medios distintos de la prueba biológica tendrán éxito, la misma deberá ser, en todo caso, admitida. En particular, en aquellos casos en los que concurra el reconocimiento expreso de ambas partes, en la medida en que ello puede equivaler a una transacción, prohibida en este tipo de procesos, el Fiscal habrá de promover la práctica de la misma. Es, por ello, que el Fiscal propondrá la práctica de la prueba biológica, con carácter general, cuando, en atención a los criterios expuestos, la considere necesaria para acreditar la paternidad o maternidad discutidas» (*BIMJ*, suplemento al núm. 1912, de 1 de marzo de 2002, p. 947).

⁶⁶ En este caso, para que se acuerde la designación judicial de perito se exige en el artículo 339.3 LEC: 1.º) que el dictamen se considere pertinente y útil; 2.º) que ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia, y 3.º) que ambas partes estén conformes en aceptar el dictamen del Perito que el Tribunal nombre. Véase el comentario que sobre estos requisitos hace RIFÁ SOLER, *op. loc. cit.*, pp. 1599 y 1600. En particular interesa destacar que cuando concurren dichos requisitos, el Tribunal parece obligado a acordar la prueba biológica solicitada, en cambio, cuando solicite la designación judicial de Perito en la vista una sola de las partes, el Tribunal puede decidir libremente sobre su admisión o no teniendo en cuenta su utilidad y pertinencia.

⁶⁷ Seguramente se ajusta más a la realidad en la mayor parte de los casos la posibilidad de celebrar nueva vista (cfr. art. 193.1.2.º LEC), haciendo el señalamiento para la fecha más inmediata posible, porque resultará realmente difícil, por no decir imposible, proceder a la designación del Perito y a la realización de la prueba biológica antes de los veinte días que establece como plazo máximo de interrupción el artículo 193.3 LEC.

impertinente por no guardar relación con el objeto del proceso, o bien inútil por no contribuir al esclarecimiento de los hechos controvertidos (art. 283 LEC). No obstante, pienso que difícilmente puede ser declarada impertinente o inútil una prueba de ADN cuando se solicita por primera vez en un proceso de filiación, al ser necesaria, decisiva y la más idónea para resolver de modo concluyente la mayoría de los litigios sobre filiación⁶⁸. En este sentido se afirma en la STS de 16 de julio de 2004 (RJ 2004/5178): «la realización de esa prueba pericial no sólo adquiere la condición de pertinente, sino también de necesaria, hasta tal punto que la nueva legislación procesal la desvincula del principios de aportación de parte (art. 752.1, párrafo segundo LECiv)». En otras sentencias el TS considera a las pruebas biológicas como un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación (*sic*, entre otras, la STS de 16 junio 2004 [RJ 2004/3855]). En la sentencia de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/1718) el TS afirmó que en los supuestos que pudiéramos calificar de intermedios (es decir, en aquellos en que existen indicios a favor de la filiación pero insuficientes para que se declare la paternidad con fundamento sólo en ellos) resulta esencial la prueba biológica, cuya fiabilidad roza el 100 por 100.

Tras analizar la solicitud de práctica del análisis del ADN y de designación judicial de perito hecha por una parte o por ambas, el tribunal dictará auto, pronunciándose sobre la admisión o no de la prueba biológica propuesta⁶⁹ y, si ha lugar a ello, designará al perito (arts. 285, 206.2.2.^a y 339.2.pfo. 3.^o).

Dicho Auto deberá dictarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda⁷⁰, con independencia

⁶⁸ Como observa OCAÑA RODRÍGUEZ, «La prueba biológica desde luego casi nunca será impertinente (pues se refiere a los hechos alegados y controvertidos: no es aquella *quae ad obiectum non pertineat*). Tampoco puede ser inútil por definición pues es apta *per se* para lograr el resultado apetecido. Todo lo más puede ser superflua o *ad abundantiam*, motivo nunca suficiente para excluirla» («La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *PJ*, diciembre 1994, núm. 36, p. 129).

⁶⁹ Si el Juez no acuerda la prueba del ADN, su resolución puede ser objeto de recurso de reposición (art. 285 LEC).

⁷⁰ Parece que la voluntad del legislador es conseguir el acuerdo de las partes sobre la designación judicial de Perito. Como observa SERRA, la nueva LEC ha olvidado pronunciarse en torno al procedimiento necesario para obtener dicho acuerdo. Entiende este autor que cuando la petición de designación judicial de Perito se haya efectuado en los escritos de demanda o contestación será indispensable una citación de las partes dentro de los cinco días previstos para la designación judicial de perito (art. 339.2.3). Cuando se disfrute del derecho de asistencia jurídica gratuita, la designación de Perito recaerá en el personal técnico adscrito al órgano jurisdiccional o, en su defecto, en funcionarios técnicos dependientes de la Administración pública, y en defecto de ellos serán designados por insaculación (art. 339.1, en relación con el art. 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita). En los restantes supuestos, cuando no se haya conseguido el acuerdo de las partes, el procedimiento normal de designación judicial será a través del sistema llamado de «listas corridas» regulado en el

de quien haya solicitado la designación judicial de perito (art. 339.2, pfo. 3.º LEC)⁷¹. Contra este Auto cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto. Si se desestimare este recurso la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285 LEC). Parece que si se pide la práctica de nuevas pruebas biológicas y la designación judicial de perito en la propia vista, el Auto que admita o rechace tal petición deberá dictarse oralmente en la propia vista y documentarse en el acta (*cf.* arts. 285 y 210 LEC)⁷².

Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictado el Auto designando al perito judicial, deberá comunicarse la designación al perito en el plazo de cinco días. Se le otorgará, a su vez, a éste un plazo de otros cinco días para que manifieste si acepta el cargo. Si el perito acepta el cargo se efectuará su nombramiento (art. 342.1 LEC)⁷³ y, en teoría, se le señalará un plazo dentro del cual hará llegar su dictamen (que ha de emitir por escrito) al tribunal⁷⁴, con el fin de poder disponer del informe pericial antes de la vista⁷⁵. Del

artículo 341 LEC, partiendo de unas listas remitidas en el mes enero cada año por los Colegios Profesionales, Academias e Instituciones culturales y científicas, efectuándose la primera designación por sorteo en presencia del Secretario Judicial, y las siguientes por orden correlativo (consúltese SERRA DOMÍNGUEZ, «La prueba pericial», *loc. cit.*, p. 300).

⁷¹ En cuanto a las costas es suficiente decir aquí que cada parte debe abonar el dictamen que haya solicitado. Cuando se haya solicitado de mutuo acuerdo se abonarán los honorarios a partes iguales, sin perjuicio en ambos supuestos de lo que pudiera acordarse en materia de costas (art. 339.2 LEC).

De la asistencia pericial gratuita se ocupan el artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y los artículos 45 y 46 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁷² *Vid.*, FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II (artículos 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 1324.

⁷³ Conforme al artículo 342.1 LEC: «En el plazo de cinco días desde la designación, se comunicará ésta al Perito titular, requiriéndole para que, dentro de otros cinco días, manifieste si acepta el cargo. En caso afirmativo, se efectuará el nombramiento y el Perito hará, en la forma en que se disponga, la manifestación bajo juramento o promesa que ordena el apartado 2 del artículo 335». Según el artículo 335.2 LEC: «Al emitir el dictamen, todo Perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como Perito».

⁷⁴ Cuando utilizo el término «tribunal» lo hago en sentido amplio, refiriéndome indistintamente tanto a los órganos judiciales unipersonales como a los colegiados, tal como hace la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en cuya Exposición de Motivos se indica que «se opta por referirse al órgano jurisdiccional con el término “tribunal”, que, propiamente hablando, nada dice del carácter unipersonal o colegiado del órgano. Con esta opción, además de evitar una constante reiteración, en no pocos artículos, de la expresión “Juzgados y Tribunales”, se tiene en cuenta que, según la legislación orgánica, cabe que se siga ante tribunales colegiados la primera instancia de ciertos procesos civiles».

⁷⁵ En sentido diferente se pronuncia GARCÍA POVEDA en cuanto dice: «la prueba pericial biológica en los procesos de filiación no se regirá por los principios de toda prueba pericial habida cuenta de que el Juez únicamente tendrá conocimiento sobre la admisión o no de la prueba una vez celebrada la vista prevista en este tipo de procedimientos, ya que a

dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346 LEC).

Como no es posible llevar a cabo la prueba del ADN en la vista, ha de ser objeto del oportuno señalamiento (día y hora, que el centro donde haya de practicarse la pericia habrá fijado previamente), con el fin de que se practique antes de la vista. La Ley ordena efectuar el señalamiento «mediante providencia, con al menos cinco días de antelación» (art. 290 LEC)⁷⁶.

Efectuado el señalamiento, será en todo caso precisa la citación de las partes, con al menos cuarenta y ocho horas de antelación, para la práctica de las pruebas biológicas, ya que son pruebas que han de practicarse fuera de la vista (art. 291).

En cuanto al lugar, como la toma de muestras para el análisis del ADN no se suele verificar en la sede del tribunal, conforme al artículo 290 LEC, con el señalamiento del día y hora en que ha de realizarse, el tribunal determinará y notificará el lugar de que se trate (*v. gr.* el centro donde el perito realizará la extracción de sangre o de otras muestras).

Sobre la intervención de las partes y de sus Abogados en las actuaciones de prueba hay que destacar que las partes pueden acudir al lugar señalado para la extracción de sangre o de otras muestras a analizar con su respectivo Letrado (*cf.* art. 345 LEC)⁷⁷. Y si el tribunal accede a la intervención del perito en la vista, las partes a través de su Abogado pueden formularle preguntas y objeciones, pedirle explicaciones y aclaraciones, solicitar la ampliación del dictamen a puntos conexos, criticar el dictamen de que se trate a través del perito propio y formular las tachas que pudieran afectar al perito (art. 347 LEC).

la vista de la prueba practicada en la misma será el momento en que el Juez tendrá elementos de juicio para decidir sobre la admisión o no de las mismas. Así lo había manifestado entre otras la Sentencia de casación de 24 de mayo de 1989. Por lo que debemos deducir que estas pruebas serán admitidas, en su caso, una vez se hayan practicado la totalidad de las pruebas propuestas por las partes en el acto del juicio» («Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN», *NJBosch*, octubre-noviembre 2003, p. 2).

⁷⁶ Según FERNÁNDEZ URZAINQUI, este lapso de tiempo de cinco días se computa desde la fecha de la providencia de señalamiento, no desde su notificación, que ha de producirse preceptivamente en el plazo máximo de tres días desde su fecha o publicación (art. 151.1) (*op. loc. cit.*, p. 1361).

⁷⁷ La toma de muestras es una de las varias operaciones que se llevan a cabo al practicar pruebas biológicas. Otras, como el análisis de las muestras, valoración de los resultados, conclusiones y redacción del dictamen, debe realizarlas el Perito de forma individual sin que haya lugar a la intervención de las partes ni del Tribunal.

Con todo, el perito no suele acudir a la vista por la habitual claridad del resultado del informe pericial. Solo en contadas ocasiones se estima pertinente que asista, por ejemplo, cuando el presunto padre falleció y la prueba del ADN se practica con muestras tomadas de familiares. Por otra parte cuando se requiera la presencia del perito en la vista no hay que descartar la posibilidad de que intervenga por videoconferencia, porque así se evitan los gastos de desplazamiento del perito y que éste pierda tiempo innecesariamente⁷⁸.

Sin perjuicio de las pruebas biológicas que se practiquen a instancia de las partes y/o del Ministerio Fiscal, el Juez podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes, de acuerdo con lo que disponen los artículos 282, 339.5 y 752.1.2.º, pfo. LEC. Sobre este aspecto destaca el TS en sentencia de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9007): «tal planteamiento desconoce el importante componente de orden público presente en los procesos de filiación que debilita correlativamente los principios dispositivo y de aportación de parte, según resultaba del hoy derogado artículo 127 del Código Civil en relación con el artículo 39.2 de la Constitución y con la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 7/94 y 95/99 en cuanto imponen al juzgador una especial atención para el logro de la prueba biológica; según resulta ahora, con más claridad si cabe, de los artículos 751 y 752 LECiv/2000, y, en fin, según ha declarado esta Sala, específicamente sobre la obligación de los tribunales de procurar la práctica de la prueba biológica y sobre pruebas de esta clase no practicadas dentro del período probatorio y acordadas para mejor proveer, en sus sentencias de 6 de octubre de 1993, 1 de julio de 1996, 20 de febrero y 26 de septiembre de 1997, 18 de febrero y 7 marzo de 1998 y 27 de noviembre de 2001».

En concreto, pensando sin duda en la prueba pericial biológica, el artículo 339.5 expresamente prevé: «El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad...».

⁷⁸ En este sentido, en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2002, de 1 de marzo, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, se dice: «Podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o Perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial. De esta manera, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio» (*BIMJ*, suplemento al núm. 1935, de 15 febrero 2003, pp. 667 y 668).

Para acordar de oficio la práctica de pruebas biológicas no tendrá que esperar el tribunal a las diligencias finales pues éstas se prevén para el juicio ordinario, no para el juicio verbal⁷⁹. Por eso, en cualquier momento del procedimiento podrá decretar el tribunal la prueba biológica que estime necesaria⁸⁰.

En los casos en que la paternidad tenga que ser declarada en un proceso penal –por ser la filiación consecuencia de un delito contra la libertad sexual (art. 193 CP)– en virtud del principio inquisitivo propio del mismo, el Juez penal podrá pedir que se realicen todas las pruebas biológicas que estime necesarias sin más.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 290.1 y 440.1, pfo. 2.º) se establece la concentración de la prueba en el acto de la vista, su práctica en «unidad de acto», como regla general. Como excepción, la Ley permite la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, el acto probatorio de que se trate no pueda realizarse en el momento procesal generalmente previsto (art. 293.1). Si el tribunal considera fundada la petición, que puede formularse antes de iniciarse o una vez iniciado el proceso, dispondrá, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración de la vista (art. 294.2). Con fundamento en esta regulación legal entiendo que puede solicitarse la toma de muestras para el análisis de ADN antes de iniciar el procedimiento de filiación cuando exista el temor fundado de que con posterioridad ello ya no va a ser posible o resultará muy complicado (por ejemplo, por el reciente o inminente fallecimiento del presunto padre, que además puede desear ser incinerado en vez de inhumado tras su muerte)⁸¹.

Fuera de los supuestos en que sea urgente e inaplazable la toma de muestras para realizar el análisis del ADN yo no creo necesario solicitar

⁷⁹ Aunque para algunos autores caben las diligencias finales en los juicios verbales (véanse ORTIZ AGUIRRE/RUBIO GARCÍA/RUIZ MARTÍN/SERRETA PESQUERA, en *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy [coordinadores], Barcelona, 2003, pp. 121 ss., en especial la p. 134, y HOYA COROMINA, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II [artículos 281 al 555], coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 1935), creo que son innecesarias en los procesos de filiación porque las partes tienen su momento procesal para proponer pruebas y, como ya he dicho en el texto principal, el artículo 339.5 LEC expresamente prevé que el Tribunal podrá, de oficio, designar Perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación.

⁸⁰ Véase SANCHO GARGALLO/ORTUÑO MUÑOZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III (artículos 556 al 827), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 3414.

⁸¹ En este sentido se pronuncian, refiriéndose al Derecho francés, BELLIVIER/BRUNET/LABRUSSE-RIOU, «La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi?», *RTDC*, 1999, pp. 530 ss., p. 536.

en general su práctica anticipada *ex* artículo 293 LEC, pues simplemente basta con esperar a que se realice el análisis del ADN para señalar la fecha para la celebración de la vista⁸². En la práctica no se suele señalar la vista hasta que se ha practicado la prueba biológica⁸³.

Hay que plantear la posibilidad de que las pruebas biológicas se realicen en segunda instancia si no tuvieron lugar en la primera. Entiendo, con fundamento en el artículo 460.2 LEC, que en el escrito de interposición del recurso de apelación se puede pedir la práctica en la segunda instancia del análisis del ADN: 1. Cuando hubiere sido indebidamente denegado en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria y se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista; 2. Cuando se hubiere propuesto y admitido en la primera instancia y, por cualquier causa no imputable al que lo solicitó, no hubiere podido practicarse (art. 460.2.1.º y 2.º LEC).

Además, según el artículo 460.3 LEC: «El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido

⁸² Por lo dicho en el texto principal, no me acaba de convencer la solución propuesta (creo que con cierto escepticismo) en la Circular núm. 1/2001, de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, en los siguientes términos: «si bien la LEC prevé que la proposición y práctica de la prueba admitida se efectúe durante el desarrollo de la vista (art. 443.4), resulta obvio que, por la propia singularidad de la prueba biológica, su práctica, de ser admitida, no podrá llevarse a cabo en dicho acto, originando, con ello, la interrupción de la vista en los términos del artículo 193 LEC. Dicho precepto dispone, además, que la misma se reanuda una vez desaparecida la causa que motivó su interrupción y si ello no ocurre dentro de los veinte días siguientes, se procederá a la celebración de una nueva vista. A fin de evitar, en lo posible, la sistemática interrupción de las vistas y su inevitable duplicidad que terminarían por desvirtuar su desarrollo ante su más que certera interrupción, resulta aconsejable que el Fiscal solicite la práctica anticipada de la prueba biológica de forma que su resultado pueda ser incorporado a la vista. Para ello se hará uso de la previsión contenida en el artículo 293 LEC que permite solicitar del Tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. Aunque no se desconoce el esfuerzo interpretativo que conlleva la aplicación, a estos supuestos, del citado precepto, tal solución se erige en la más coherente con el espíritu de simplificación procedimental que inspira a la LEC, aun a costa de extender hasta límites impropios el concepto de prueba anticipada. En consecuencia, el Fiscal demandante propondrá la prueba biológica y solicitará su práctica anticipada en el escrito de demanda y, cuando no actúe como promotor del proceso, lo hará en el escrito de contestación. De no ser admitida anticipadamente, los señores Fiscales la propondrán en el acto de la vista» (*loc. cit.*, p. 947).

⁸³ Dice OCAÑA RODRÍGUEZ: «en los juicios de estado civil o matrimoniales, las normas existentes permiten que la prueba pericial con designación de perito judicial, a proponer en los escritos iniciales (art. 339), se lleve a cabo antes de la vista, suspendiéndola si es preciso o más bien no señalándola hasta que no se haya dado el dictamen por escrito; aunque podría también procederse a la celebración de la vista en orden a las restantes pruebas personales sin que la prueba, la tardanza de los trámites en torno a la prueba pericial determinara la nulidad de la vista, cuando se sobrepasaran los veinte días de rigor...» («El juicio verbal...», *loc. cit.*, pp. 1624 y 1628).

para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho»⁸⁴.

Sea como fuere, las pruebas biológicas han de practicarse en primera o en segunda instancia, sin que ello sea procesalmente posible en casación, dado el carácter extraordinario de este recurso. Excepcionalmente, en el asunto resuelto por la sentencia de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6400) los litigantes, en forma extra-procesal, llevaron a cabo la prueba biológica, que aportaron a la casación y fue admitida con el fin de procurar justicia efectiva y evitar dilaciones injustificadas, pues dio como resultado una probabilidad de paternidad del demandante de 99,996 por 100, lo que equivale a paternidad prácticamente probada, y fue aceptada íntegramente por las partes, con todas sus consecuencias, derechos y deberes para ambos progenitores.

Por lo demás, el TS ha apreciado en alguna ocasión, al conocer de un asunto en el que se reclamaba la filiación extramatrimonial y se impugnaba la ya determinada, que no hay ninguna necesidad de solicitar otra vez el recibimiento a prueba en la segunda instancia si los demandados anunciaron en la primera de forma rotunda y clara la conducta obstruccionista que pensaban seguir, negándose a colaborar en la práctica de las pruebas propuestas por el actor, pues semejante actitud «excusaba por inútil una nueva petición, dado que el proceso no es un juego (mucho menos los que tienen un objeto como el presente) que permita a las partes a su arbitrio y con olvido del principio de buena fe (artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) actuaciones contradictorias, en pugna con el más elemental respeto al principio de los actos propios. La repetición de las pruebas tiene sentido cuando, por causas justificadas o dificultades surgidas para su práctica, no pudieron efectuarse, pero no cuando se ha manifestado una voluntad renuente a prestar la colaboración requerida. Si esto último ocurre —como en el caso que examinamos acontece—, la prueba debe tenerse por celebrada, aunque haya entonces que valorar consecuentemente la conducta procesal de la parte» (*vide*, SSTS de 28 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8364] y de 7 de julio

⁸⁴ Observan ILLESCAS RUZ/PÉREZ LÓPEZ, refiriéndose a la decisión de admisión o no de la práctica de prueba en segunda instancia: «Aunque la Ley no prevé expresamente las facultades impugnativas que asisten a las partes respecto de la decisión que se adopte sobre la prueba, por aplicación de la regla general enunciada en el artículo 451, el Auto total o parcialmente estimatorio o denegatorio podrá ser recurrido en reposición por la parte disconforme, al objeto de poder reproducir la cuestión, en su caso, en el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 454)» (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II [artículos 281 al 555], coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000, p. 2178).

de 2004 [RJ 2005/5000] ; resulta también interesante el ATC de 2 de octubre de 1996 en el que se inadmite el recurso de amparo interpuesto contra la recién citada sentencia del TS de 28 de noviembre de 1995 por los demandados [RTC 1996/97]). Pienso que esta doctrina sigue siendo válida en la actualidad bajo la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando no se realiza el análisis del ADN ni en primera ni en segunda instancia por causas ajenas a la parte que las propuso, creo que ésta puede interponer el recurso extraordinario por infracción procesal alegando vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que es uno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE (*ex art.* 469.1.4.º LEC), siempre que el recurrente haya denunciado en la instancia la vulneración del artículo 24 CE, y cuando, de haberse producido en la primera, haya reproducido la denuncia en la segunda instancia. La Ley de Enjuiciamiento Civil también exige que si la violación del artículo 24 de la CE produjo falta o defecto subsanable, se haya pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas (art. 469.2 LEC). Cuando concurren estos presupuestos hay que tener por cumplido el requisito del artículo 44.1.e) de la LOTC, que, a efectos de admisibilidad del amparo constitucional, impone que en el proceso se haya invocado formalmente la vulneración del derecho fundamental «tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello»⁸⁵.

Si la sentencia que resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal aprecia que existió la vulneración alegada del derecho a utilizar las pruebas biológicas en un proceso de filiación, en cuanto son medios de prueba pertinentes para la defensa de la parte que las propuso en un proceso de esa índole, la Sala ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la vulneración (art 476. 2. pfo 4 LEC)⁸⁶. Por razones de economía procesal creo que es suficiente que se retrotraigan las actuaciones al periodo probatorio de la segunda instancia, porque lo que se persi-

⁸⁵ Sobre esto, véase MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. loc. cit.*, p. 2226

⁸⁶ En el caso resuelto por la conocida Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) –cuando, por lo tanto, todavía no estaba vigente la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil–, el TS acordó reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, ordenando como diligencias para mejor proveer, la práctica de la prueba biológica, por considerar que no haber practicado la prueba biológica ni en primera ni en segunda instancia causó indefensión a la parte que promovió tal prueba.

En la Sentencia 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005/3), que se cita después en el texto, el TC anuló todas las resoluciones frente a las que se demandaba amparo, incluida la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la misma, para que se pronunciase una nueva sentencia en la que se respetase el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en concreto, a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

que es que se practique el análisis del ADN para garantizar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y con esa mínima retroacción ese fin ya se logra.

Sobre esta cuestión es muy ilustrativa la STC 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005/3), en la que se considera vulnerado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa –tras señalar los rasgos esenciales de este derecho fundamental– por denegación injustificada y directamente imputable a los órganos judiciales de una prueba de ADN que suponía la exhumación del cadáver para la extracción de muestras.

Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 el TS entendió que no puede alegar indefensión por no practicarse la prueba biológica la parte que no la propuso ni se adhirió a ella (STS de 18 de octubre de 1988 [RJ 1988/7585]). Pienso que esta doctrina debe seguir siendo válida en la actualidad.

En un supuesto en que la prueba biológica de paternidad no pudo practicarse por la actitud obstruccionista de los demandados, el TS afirmó que éstos no podían alegar indefensión por no haber admitido la Audiencia Provincial la práctica de determinadas pruebas propuestas por ellos cuando precisamente los demandados habían impedido la práctica de una de las pruebas principales del proceso (STS de 17 de junio de 2004 [RJ 2003/3618]).

6. PERSONAS QUE DEBEN CONSENTIR LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Hay que distinguir varios supuestos, en función de la capacidad del sujeto que debe someterse al análisis del ADN, en concreto, según se trate de un mayor de edad o un emancipado, de un menor de edad o de un incapacitado. Como en la actualidad el fallecimiento de la persona que debía someterse a las pruebas biológicas no impide su práctica, también examinaré el supuesto del análisis del ADN *post mortem*.

6.1 MAYOR DE EDAD O EMANCIPADO

Dar el consentimiento para la realización de un análisis de ADN entraña el ejercicio de un derecho estrictamente personal. Por eso todo sujeto mayor de edad no incapacitado, en cuanto tiene la plena capacidad de obrar general, puede consentirlo por sí mismo,

ya se trate de cualquiera de los padres o del hijo⁸⁷. Al mayor de edad se equipara, a estos efectos, el emancipado y quien ha obtenido el beneficio de la mayor edad, conforme al artículo 323 CC.

6.2 MENOR DE EDAD

Más delicado es decidir quién ha de consentir la práctica de un análisis del ADN si la persona que ha de someterse a esa prueba es un menor de edad.

Cuando se trata de menores que tienen suficiente discernimiento para darse cuenta de las consecuencias que puede tener su aceptación o su negativa a someterse al análisis del ADN, corresponde a ellos tomar la decisión de consentir o no su práctica⁸⁸. La apreciación de la capacidad debe hacerse en este supuesto caso por caso. Es defendible esta posición con fundamento en el artículo 162.2.1.º CC y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Si los menores no tienen suficiente capacidad, debe consentir su sometimiento al análisis de ADN su representante legal, ya se trate del progenitor no privado de la patria potestad en el momento de prestar el consentimiento o del tutor.

Cuestión de gran importancia práctica se plantea cuando el representante legal del menor se niega a consentir que éste se someta al análisis de ADN si esta decisión es contraria al interés del menor. Así suele suceder cuando el presunto padre reclama la paternidad y la madre se niega a que a su hijo le sean extraídas muestras para el análisis de ADN. En principio, esta actitud obstruccionista de la madre a la práctica de esta prueba es contraria al interés del hijo, por lo que se debe intentar hallar una solución que respetando los derechos fundamentales de las personas implicadas no vulnere el derecho del hijo a que su filiación se averigüe y determine.

En Inglaterra, la *Family Law Reform Act 1969* (s. 21 [3]) preveía que cuando la persona que se ha de someter a pruebas hematólogicas es un niño menor de dieciséis años la muestra de sangre sólo podía ser tomada con el consentimiento de la persona que tuviera la guarda y custodia del mismo.

⁸⁷ Así, MANDOFIA BERNEY, *op. loc. cit.*, p. 137, y OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España, cit.*, p. 203.

⁸⁸ Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentario a la Sentencia del TS de 14 de octubre de 1985», *CCJC*, 1985, núm. 9, 240, p. 2999, y QUICIOS MOLINA, «Comentario a la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2002», *CCJC*, 2003, núm. 62, 1667, pp. 502 ss.

Los tribunales, sobre todo durante la década de los años noventa, vacilaron sobre si aplicar o ignorar el principio de que la persona que tiene la guarda y custodia del hijo puede negarse a consentir que a éste le sean tomadas muestras de sangre para realizar pruebas biológicas.

En algún caso, el Juez que conoció del asunto consideró que en interés del niño debía llevarse a cabo una prueba hematológica y con ese fin mandó que fuera puesto (temporalmente) bajo la guarda y custodia de un *Official Solicitor* para que éste consintiera la práctica de dicha prueba al menor. Así lo decidió el Juez Hale en *Re R. (blood test: Constraint)* [1998]⁸⁹.

Sin embargo, en *Re O and J (Paternity: Blood Tests)* [2000]⁹⁰, el Juez Wall estimó que tal solución era una estrategia ilícita en cuanto eludía la ley, ya que ni la *Family Law Reform Act 1969*, ni la *inherent jurisdiction* del tribunal, la permitían. Por ello hizo un llamamiento al Parlamento para que se reformara la ley –ya que además de no proteger el mejor interés del niño, no se atenia a la *Human Rights Act 1998*– y se confiriera directamente poder al tribunal para ordenar la práctica de pruebas biológicas al menor, de considerarlas procedentes en su interés, prescindiendo de la negativa de la persona que tenga la guarda y custodia⁹¹.

La *Child Support, Pensions and Social Security Act 2000*, clause 82 (3) reformó la *section 21 (3)* de la *Family Law Reform Act 1969* al disponer que en caso de que la persona con la guarda y custodia de un niño menor de dieciséis años no consienta la toma de muestras de sangre, las muestras pueden ser tomadas si el tribunal considera que es lo que más interesa al niño⁹².

En nuestro ordenamiento jurídico a falta de regulación expresa sobre este aspecto parece que la solución más atinada es nombrar un defensor judicial que preste el consentimiento que se niega a dar el representante legal del menor, ya que ni se concede expresamente al representante la facultad de negarse a autorizar la toma de muestras al niño (como se establecía antes en la inglesa *Family Law Reform Act 1969*), ni se prevé de forma expresa que el Juez puede ordenar directamente la toma de muestras del menor⁹³ como en el vigente Derecho inglés.

⁸⁹ Véase STANDLEY, *Family Law*, London, 2001, p. 210.

⁹⁰ Puede encontrarse este asunto en www.lawreports.co.uk/fam-jan0.1.htm

⁹¹ Véase CRETNEY, *Family Law*, London, 2000, p. 196, y STANDLEY, *op. cit.*, p. 210.

⁹² Consúltese: www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/00019-m.htm, y OLDHAM, *Blackstone's Statutes on Family Law 2003-2004*, Oxford, 2003.

⁹³ QUICIOS MOLINA parece que considera admisible en la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico, el sometimiento del menor a las pruebas biológicas por decisión del Juez (*op. loc. cit.*, pp. 501 y 502).

En ciertos procesos de filiación ha apreciado el TS la existencia de intereses opuestos entre un progenitor y el hijo, por lo que ha considerado necesario el nombramiento de un defensor judicial.

En la Sentencia de 5 de junio de 1997 (RJ 1997/4605), el TS decretó la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas a la presentación de la demanda, para que por la instancia se procediera a nombrar un defensor judicial al menor demandado en el litigio de impugnación de la paternidad en el que fue representado por su madre, todo ello por considerar que la madre codemandada al aspirar con su oposición a que se mantuviera la filiación matrimonial no defendía el interés del menor en que se averiguase su filiación biológica⁹⁴.

En la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484)⁹⁵ la Sala de oficio decretó la nulidad de las actuaciones a partir del momento procesal inmediatamente anterior al de dictar sentencia en el recurso de apelación por la Audiencia Provincial, para permitir la actuación en el proceso del defensor judicial que nombrase el Tribunal de instancia y la práctica de la prueba pericial biológica (en sentido parecido véase las SSTs de 4 de marzo de 2003 [RJ 2003/2538] y 8 de julio de 2004 [RJ 2004/5239]).

En un supuesto similar a los anteriores recién mencionados, en concreto, en un proceso de reclamación de la filiación paterna en el que el supuesto padre sólo demandó a la madre, el TS, en sentencia de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/433), decretó la absolución en la instancia para permitir, si así lo estimaba oportuno el demandante, dirigir la demanda contra la demandada, el Ministerio Fiscal y el menor de edad representado por defensor judicial (véase también STS de 5 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8026]).

En la sentencia de 9 de julio de 2004 (RJ 2004/5246), tras desestimar la demanda sin entrar en el fondo del asunto –por apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandado el hijo respecto del cual el supuesto progenitor reclamaba la paternidad– el TS añadió el siguiente razonamiento complementario sobre la necesidad de que se hubiera nombrado defensor judicial al hijo: «indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la

⁹⁴ Es interesante el comentario crítico de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997 que hace OCAÑA RODRÍGUEZ, en: «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *La Ley*, 1998-2, D-115, pp. 2030 ss.

⁹⁵ Comenta esta sentencia, QUICIOS MOLINA, *op. loc. cit.* pp. 489 ss.

realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses. En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses»

Cierto es que en la actualidad, al ser siempre parte el Ministerio Fiscal en los procesos de filiación (*ex art. 749 LEC*), bajo cuya protección se encuentran los intereses del menor, puede parecer innecesario nombrar un defensor judicial⁹⁶, sin embargo, el propósito de intentar evitar causar hasta los más mínimos perjuicios al menor puede justificar tal nombramiento, ya que creo que no es lo mismo que el menor acuda al centro donde se le han de tomar muestras para el análisis de ADN acompañado de un miembro del Ministerio Fiscal desconocido para él, que de alguien próximo que haya asumido el cargo de defensor judicial (*v. gr.* un hermano, un abuelo), nombrado para ese concreto asunto (*art. 163 CC*)⁹⁷. Con todo, en función de las circunstancias concurrentes, en algún caso podría resultar suficiente la intervención del Ministerio Fiscal e innecesario nombrar un defensor judicial (piénsese en la posibilidad, admisible en mi opinión, de que se tomen muestras al menor [*v. gr.*, cabellos, saliva...]) por personal cualificado en el propio Juzgado dando fe de ello el Secretario Judicial). En cualquier caso

⁹⁶ Así, OCAÑA RODRÍGUEZ, «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *loc. cit.*, pp. 2030 ss., y QUICIOS MOLINA, *op. loc. cit.*, pp. 496 ss.

⁹⁷ Parece que consideran procedente el nombramiento de un defensor judicial al menor en los procesos de filiación cuando los intereses de éste no coinciden con los de su representante legal, MAYOR DEL HOYO, «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio), *ADC*, 1998, pp. 924 ss.; MORENO MARTÍNEZ, «Comentario a la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *CCJC*, 1997, núm. 45, 1222, pp. 1098 ss., y CARBAJO GONZÁLEZ, «Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997)», *Act. Civ.*, 2000-1, doctrina VIII, pp. 175 ss.

se debería otorgar expresamente al Juez la facultad de decidir si el menor ha de someterse o no al análisis del ADN.

Cuando se pretende impugnar la paternidad determinada legalmente con el fin de reclamar otra, en principio, si quien figura formalmente como padre ostenta la patria potestad, en teoría deberá consentir el sometimiento del menor al análisis del ADN junto con la madre. A no ser que exista un conflicto de intereses entre el hijo y el padre formal, en cuanto, por ejemplo, el primero puede tener interés en que se determine su verdadera filiación y el segundo en que no salga a la luz su no paternidad. En tal supuesto creo que es suficiente el consentimiento de la madre para que se practiquen pruebas biológicas al menor, porque cuando existe un conflicto de intereses entre el hijo y el padre o la madre corresponde al otro por ley representar al menor (*cf.* art. 163 CC). Si ambos, padre y madre, tienen un interés opuesto al del hijo, deberá que actuar en nombre de éste, consintiendo la realización del análisis del ADN, conforme a la jurisprudencia del TS, un defensor judicial⁹⁸.

Además, el Juez podrá adoptar las medidas cautelares de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor *ex* artículo 768 LEC (por ejemplo, suspender el ejercicio de la patria potestad).

Si durante el proceso de filiación los hijos alcanzan la mayoría de edad (o se emancipan) no habrá lugar a nombrarles defensor judicial –por ser sus intereses contrarios a los de su padre y/o madre inscritos como tales en el Registro civil– sino a ordenar su audiencia para que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, para que soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas, como la del ADN (STS de 30 de junio de 2004 [RJ 2004/4282]).

6.3 INCAPACITADO

Dependerá del grado de incapacidad determinado en la sentencia de incapacitación que el incapaz pueda consentir por sí solo someterse al análisis del ADN.

Si la incapacidad es total o grave huelga decir que deberá prestar el consentimiento el representante legal del incapaz. En caso de que exista conflicto de intereses entre ellos, la solución ha de ser la

⁹⁸ Es interesante, sobre este tema, el trabajo de MANDOFIA BERNEY, «L'expertise en paternité sur demande privée» (*loc. cit.*, pp. 138 ss.), aunque se refiere al Derecho suizo y piensa en la hipótesis en que las pruebas biológicas se practican extraprocionalmente.

misma que en el supuesto del menor de edad que carece de capacidad para consentir por sí solo someterse al análisis del ADN.

6.4 REALIZACIÓN DEL ANÁLISIS DEL ADN *POST MORTEM*

La Ley de Enjuiciamiento civil y el Código civil contemplan la posibilidad de que los herederos tanto del actor como del demandado en un proceso de filiación intervengan en el mismo en caso de fallecer su causante, por lo que deben tener la oportunidad de valerse del análisis del ADN *post mortem*, pues resultaría paradójico privarles del principal y más fiable medio de prueba.

La posible realización del análisis del ADN *post mortem* plantea el problema de determinar cuándo, siendo útil y pertinente, es exigible su práctica si para ello es necesario exhumar el cadáver.

Parece que tal problema debería resolverse teniendo en cuenta dos criterios: 1.º la voluntad *ante mortem* que el fallecido pudo manifestar; y 2.º la actitud de los herederos del difunto.

En atención a la voluntad *ante mortem* que el fallecido pudo manifestar es posible distinguir las siguientes hipótesis: *a)* el fallecido no se pronunció ni de forma afirmativa ni de forma negativa; *b)* consintió la práctica del análisis del ADN pero su fallecimiento impidió que se llevara a cabo; *c)* se opuso a la realización de pruebas biológicas. Examinémoslas detenidamente:

a) Como en nuestro ordenamiento jurídico se exige el consentimiento del sujeto que ha de someterse al análisis del ADN para que se realice, si en vida no se pronunció sobre la posibilidad de que se practicaran pruebas biológicas, en teoría deberían consentir sus herederos su realización, pues es a éstos (no a los descendientes) a quienes la Ley encomienda defender la posición procesal de su causante en los procesos de filiación, a lo que se debe añadir que el resultado del pleito muy probablemente les perjudicará o beneficiará directamente.

En caso de no existir acuerdo entre todos los herederos debería bastar con que uno sólo consienta la práctica del análisis del ADN para que el Juez pueda ordenar su realización, si los intereses en juego lo aconsejan (*v. gr.*, el interés del hijo en que su verdadera filiación sea determinada).

No obstante creo que en la hipótesis ahora estudiada lo mejor sería dejar que el Juez decidiera si ha lugar o no a practicar el análisis del ADN del presunto padre fallecido, prescindiendo de lo que opinen sus herederos, pues lo más probable es que éstos obren egoístamente como más les conviene, sin tener presente el interés

del supuesto hijo, que es sin duda el más digno de protección en los procesos de filiación. De hecho, parece que en la práctica suele decidir el Juez, sin contar con los herederos, si procede o no realizar el análisis del ADN *post mortem*

En el supuesto de hecho que dio lugar al Auto del Tribunal Constitucional 149/1999, de 14 de junio (RTC 1999/149 Auto), los actores en su demanda de amparo alegaron la vulneración de los derechos a la vida e integridad física, al honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la dignidad de la persona, producida por la decisión judicial de admitir como prueba la toma de muestras del cadáver de su tío con el objeto de acreditar, mediante un análisis de ADN, la paternidad de éste respecto del demandante, sin existir un principio de prueba que amparase esa pretendida paternidad.

El Tribunal Constitucional en el Auto 149/1999, de 14 de junio, apreció: 1.º que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social»; 2.º que titular del derecho a la vida y a la integridad física sólo puede serlo la persona humana viva, pues aunque sin duda la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica, esa protección nunca podrá tener respaldo constitucional en los derechos fundamentales del artículo 15 CE; 3.º la toma de muestras orgánicas de un cadáver para practicar una prueba de ADN, acordada en el seno de un proceso judicial en el que se ejercita una acción de investigación de la paternidad, en modo alguno puede suponer una conculcación del derecho al honor, pues la constitución de la relación paterno-filial, con los consiguientes efectos jurídicos, no es susceptible de ser jurídicamente examinada en términos de honor o deshonor; 4.º únicamente el derecho a la intimidad familiar podría haberse vulnerado por la resolución del Juzgado, en cuanto que garantiza la posibilidad de contar con un ámbito de conocimiento exclusivamente reservado a los integrantes de la familia y, por tanto, jurídicamente protegido frente a la injerencia ajena, que no se identifica necesariamente con el que individualmente corresponde a cada uno de sus miembros.

En ese caso concreto no se apreció la lesión del derecho a la intimidad familiar porque el demandante cumplió con su obligación inicial de aportar un principio de prueba de la paternidad del fallecido que justificaba la práctica de la prueba pericial biológica.

En otro asunto similar resuelto por la STS de 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5452) se opuso la esposa del supuesto padre fallecido a la práctica de las pruebas biológicas con los restos exhumados de su

difunto marido. Es interesante destacar que el TS entendió que la prueba del ADN fue correctamente admitida y practicada con fundamento en los siguientes argumentos: «I. De los derechos de exclusión sobre bienes de la personalidad (excluido, por razones obvias, el que tiene por objeto la integridad física del ser humano) la cuestión se plantea respecto de la intimidad, en el sentido de ámbito propio y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás, que resulta necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese derecho fundamental está regulado en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución Española (art. 18.1), lo que constituye razón para que sigamos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre él, en cuanto intérprete supremo de la norma que lo regula (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre). II. Fácilmente se advierte que no es adecuada la equiparación que efectúa la recurrente entre su posición y la que tendría su marido en la hipótesis de vivir y, por repercusión, entre la necesidad de consentimiento de uno y otra y las consecuencias de su falta. Aunque los artículos 4 y 5 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, legitiman a la persona designada en el testamento o a determinados parientes para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, es lo cierto que la personalidad se extingue con la muerte (art. 32 del Código Civil). Ni siquiera el heredero es en nuestro sistema un continuador de la personalidad del difunto. Por ello, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, muerta la persona y extinguida su personalidad, desaparece el mismo objeto de la protección constitucional. III. Lo dicho, sin embargo, no impide que la demandante, como cónyuge viudo, sea titular del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 de la Constitución Española y Sentencia 231/1988, antes mencionada) referido o proyectado sobre el cadáver de su marido. Esta es la perspectiva desde la que debe ser examinada la cuestión suscitada con el motivo. IV. El enjuiciamiento de la misma ha de partir de una afirmación reiterada por el Tribunal Constitucional en la interpretación de aquella norma: las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por el órgano judicial competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, ya que no podrá justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes (Sentencia 95/1999, de 31 de mayo). Realmente, se produce en estos casos una colisión entre derechos fundamentales de las partes

implicadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero). Colisión que, en el supuesto litigioso, se da entre el derecho a la intimidad familiar de la viuda recurrente y el derecho de la demandante a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación. Y ese conflicto debe resolverse tomando en consideración que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo). V. En conclusión, no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen limitaciones al mismo del tipo de las que han llevado a la demandante a formular el motivo. La negativa de la recurrente a la práctica de la prueba no estaba justificada, pues había indicios serios de la conducta atribuida al difunto y la prueba había sido admitida como pertinente (al respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 245/2000, de 26 de octubre). De ahí que se deba entender que la prueba fue correctamente admitida y practicada».

En el caso resuelto por la STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5105) la prueba biológica se practicó mediante objetos o piezas de convicción del presunto padre (fallecido) y con muestras de saliva de las presuntas hijas no matrimoniales y madre de éstas, sin la intervención ni cooperación de la parte demandada. En el recurso de casación ésta pretendió que se acordase la nulidad de todo lo actuado en la primera instancia a partir del auto en el que se admitió la práctica de la prueba pericial biológica por violación de derechos fundamentales. El TS consideró improcedente la nulidad de actuaciones solicitada (no alegada en la primera instancia) y subrayó: «que la materia de filiación y paternidad es de orden público por el interés general de que la realidad de las relaciones paterno filiales corresponda a la inscripción registral y a la consideración social».

b) Cuando el fallecido manifestó de algún modo su voluntad a favor de que se practicaran las pruebas biológicas, la voluntad contraria de sus herederos no ha de impedir la práctica del análisis del ADN, ya que sin duda el interés particular de éstos en que no se realice debe posponerse al deseo de su causante y al interés del supuesto hijo en que se esclarezca la filiación.

Un caso peculiar puede plantearse si el padre manifestó su deseo de reconocer al hijo y no hizo realidad tal deseo por sobrevenirle la muerte. En su voluntad favorable a la determinación de la filiación del hijo hay que considerar implícito el consentimiento a

someterse a la pruebas biológicas, en cuanto éstas tienden al cumplimiento de ese deseo⁹⁹. De no entenderlo así pienso que se actuaría injustificadamente en contra de la voluntad del difunto.

Asimismo, si antes de fallecer el presunto padre envió una muestra de su sangre o de cualquier otro fluido o tejido corporal a un laboratorio para asegurarse extrajudicialmente de la realidad de su paternidad, hay que interpretar que su voluntad era favorable a la práctica del análisis del ADN en un procedimiento judicial.

c) Si el fallecido se negó en vida a someterse a las pruebas biológicas pero tras su muerte consienten su práctica sus herederos, parece que lo más oportuno y correcto es hacer una ponderación de todos los intereses en conflicto, porque también hay que tomar en consideración los intereses de los herederos en la medida en que puedan resultar perjudicados o beneficiados directamente por la decisión del pleito, pues además hay que suponer que el causante no deseaba su perjuicio.

Sobre esta cuestión ha tenido gran resonancia en Francia el *affaire Yves Montand*, por tratarse de una de las personas más célebres de la vida parisina de los años cincuenta a los noventa, por sus facetas de artista y defensor de las libertades.

El supuesto de hecho fue el siguiente: Aurore Drossart nació el 6 de octubre de 1975 y fue reconocida sólo por su madre Gilbert Drossart, quien en 1989 intentó una acción de reclamación de la paternidad y, subsidiariamente, una *action à fins de subsidies* contra Yves Montand. El *Tribunal de grande instance de Paris*, el 3 de abril de 1990 rechazó la primera acción pero ordenó una prueba biológica antes de pronunciarse sobre la segunda. Yves Montand realizó diversas maniobras dilatorias para retrasar la extracción de sangre. Murió el 9 de octubre de 1991. Tras su emancipación Aurore intentó una acción de reclamación de la paternidad que el *Tribunal de grande instance de Paris* acogió el 6 de septiembre de 1994 con fundamento en la Ley núm. 93-22 de 8 de enero de 1993, declarando la paternidad de Yves Montand sobre la base de indicios graves y de sus maniobras dilatorias interpretadas como negativa a someterse a las pruebas biológicas. En apelación, la *Cour d'appel de Paris* el 4 de julio de 1996 ordenó una prueba biológica sobre los miembros de la familia del difunto y, posteriormente, previa exhumación del cadáver, por no oponerse a ello sus

⁹⁹ Véase BEIGNIER, «Quasi fur. Mort brutale et expertise génétique», *D., jurisprudence*, 2000, p. 620.

herederos, una prueba biológica *post mortem* sobre el propio difunto, de la que resultó no ser Yves Montand el padre de Aurora ¹⁰⁰.

Algunos autores han criticado duramente la práctica de la prueba biológica *post mortem* en el *affaire Yves Montand* por considerar que atenta contra el respeto debido a los muertos ¹⁰¹. Hay autores que invocan la legalidad francesa sobre bioética alegando que el artículo 16.11 *Code civil* exige el consentimiento previo y expreso del interesado para la práctica de las pruebas biológicas que no puede prestar quien ha fallecido.

Sin embargo, también se ha dicho que desde un punto de vista práctico hay que elegir entre el respeto debido a la voluntad del fallecido y los derechos del hijo que no deben sufrir ninguna restricción, y que al no poder conseguir el consentimiento para la práctica de las pruebas biológicas por tratarse de una persona fallecida debe apreciar y decidir el Juez si los intereses en juego exigen la realización de la prueba biológica *post mortem* ¹⁰².

En un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que no es admisible la práctica forzosa de pruebas biológicas, en principio debería respetarse la voluntad del fallecido de no someterse a las pruebas biológicas si fue manifestada claramente.

No obstante, hay que tener presente que tras el fallecimiento de la persona sobre la que recaía la carga de someterse a las pruebas biológicas no se debe desdeñar el interés de la otra parte litigante en que se averigüe la paternidad real ni los intereses de los herederos del fallecido cuando éstos están de acuerdo en la práctica de las pruebas biológicas *post mortem*, porque de no realizarse les puede afectar negativamente el resultado del pleito en el que son parte a causa del difunto.

Así, en el *affaire Yves Montand* seguramente de no haberse practicado una prueba biológica *post mortem*, se hubiera confirmado la paternidad del artista por su reticente actitud en vida a someterse a las pruebas biológicas apreciada junto con otros indicios, en perjuicio de sus herederos, mientras al ser practicado el análisis del ADN

¹⁰⁰ Consúltase NEVEJANS, note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, p. 296; BELLIVIER/BRUNET/LABRUSSE-RIOU, *op. loc. cit.*, p. 540; GAUMONT-PRAT, note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, pp. 161 ss.; y MALAURIE, note, *D.*, 1998, *jurisprudence*, pp. 122 ss.

¹⁰¹ En este sentido, MALAURIE, *op. loc. cit.*, p. 124; GAUMONT-PRAT, *op. loc. cit.*, 1998, *cit.*, p. 161; MIRABAIL, «Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation: discordances et anachronismes», *D.*, 2000, *chr.*, p. 147, y GALIZIA DANOVİ, «Il caso Yves Montand, ovvero quando il defunto ha bisogno di un avvocato», *Dir. fam.*, 2000, 1, pp. 122 ss.

¹⁰² Así, NEVEJANS, *op. loc. cit.*, p. 296. Se pregunta, además, esta autora: ¿O es que el Derecho de familia no está para proteger al hijo contra las vicisitudes sentimentales de adultos irresponsables? Concluye esta autora diciendo que al no haber contemplado el legislador (francés) el supuesto del fallecimiento, el Juez puede ordenar una prueba biológica *post mortem* (*ibidem*, p. 296).

tras ponderar todos los intereses en conflicto se llegó al fondo del asunto y se averiguó que Yves Montand no era el padre biológico de la demandante.

En cualquier caso, incluso si en vida hubo oposición a la práctica de un análisis del ADN y tras el fallecimiento se niegan los herederos a su realización, debería poder decidir el Juez si ha lugar a analizar el ADN pues esta prueba biológica es en la actualidad la prueba más fiable y adecuada para eliminar las dudas sobre la filiación de una persona¹⁰³.

7. LA NEGATIVA A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

El análisis del ADN debería practicarse siempre que sea indispensable para decidir correctamente los pleitos sobre reclamación o impugnación de la paternidad o de la maternidad.

No obstante, aun propuesto y siendo necesario para la adecuada resolución del pleito el análisis del ADN no siempre podrá llevarse a cabo si se niega a cooperar alguno de los sujetos cuyo ADN interesa examinar.

De lamentar es que la expresa admisión de las pruebas biológicas en nuestro ordenamiento jurídico (primero en el art. 127 CC, ya derogado, y luego en el art. 767.2 LEC, vigente) no viniese acompañada de medidas para hacer efectiva su puesta en práctica. Medidas que sería recomendable prever con nitidez en la legislación reguladora del uso de la prueba del ADN. Por ahora el artículo 363.2 LECrim más que resolver dudas sobre la práctica del análisis del ADN las plantea, ya que literalmente establece: «Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad». Tal como está redactado este precepto no queda claro, como ya adelante, si es posible recurrir a la coerción, incluso física, cuando el sospechoso se niegue a someterse a las intervenciones corporales necesarias para obtener las muestras que permitan determinar su perfil de ADN, ni se especi-

¹⁰³ Reflexiona con detenimiento sobre esta cuestión GALLOUX y llega a parecida conclusión («L'identification de l'individu», *Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Paris, 1999, pp. 146 a 149).

ca qué consecuencias jurídicas derivarán de su negativa, ni se dice nada sobre si el perfil de ADN puede utilizarse para otros fines (*v. gr.* para la investigación de la paternidad o de la maternidad). Todos estos interrogantes, por su trascendencia práctica debería haberlos resuelto el legislador cuando modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de evitar la perniciosa inseguridad jurídica.

En los procesos de filiación resulta evidente que la valoración de la negativa a someterse al análisis del ADN ha de ser distinta según proceda del actor, del demandado o de un tercero, y según tenga lugar en un proceso de reclamación o de impugnación de la paternidad (o de la maternidad)¹⁰⁴.

Sin embargo, a efectos de valorar la negativa a someterse al análisis del ADN es indiferente que quien adopta esa actitud haya propuesto dicha prueba, como resulta de la sentencia de 22 de marzo de 2001 (RJ 2001/4754) en la que el TS afirma: «si bien es cierto que esa postura tan contradictoria, de proposición y de negativa, no constituye una “ficta confessio” –sentencias de 6 de junio de 1991, 5 de octubre de 1992, 27 de enero, 4 de febrero de y 8 y 30 de octubre de 1993 y 28 de marzo de 1994– sí supone un valioso indicio en relación con los demás medios de prueba practicados, de entre los cuales destaca la injustificada negativa del recurrente a su práctica convirtiendo reiteradamente sólo en mero alarde aquella proposición que, por ello, no puede menos de tildarse de insincera, de nada seria, integrando una conjunción de elementos que llevó en la instancia a estimar probada la paternidad demandada sin que el recurrente –cuando tan fácil le era al ser acordada para mejor proveer ante su insinuada aceptación– desvirtuara aquella conceptualización practicando esa prueba tan alardeada por él, de ser cierta su tesis, teniendo que ser desestimado el motivo tan inconsistentemente sostenido».

A continuación distinguiré la situación en que quien se niega a someterse al análisis del ADN es el actor, de aquella otra en que es el demandado quien no consiente su práctica. Después examinaré el caso en que es un tercero o un acusado por la comisión de un delito contra la libertad sexual quien se niega a someterse a dicho análisis.

7.1 NEGATIVA DEL ACTOR A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

Parece que si no alega el demandante alguna causa grave que justifique su negativa, la acción, ya sea de reclamación o de impug-

¹⁰⁴ Véase POMARES GARCÍA, «Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación», *La Ley*, 1993, 1, p. 1093.

nación de la filiación, debe ser desestimada, por obstaculizar aquél, principal interesado en que la acción prospere, la consecución del fin perseguido con la misma: la investigación, declaración y determinación de la verdadera filiación, si la acción es de reclamación¹⁰⁵; o la averiguación y declaración de no hallarse correctamente establecida la filiación, si la acción es de impugnación¹⁰⁶.

En la sentencia de 15 de julio de 2004 (RJ 2004/4378) el TS valoró la negativa del actor a someterse a la prueba biológica en sentido contrario a la declaración de la filiación extramatrimonial reclamada. Se consideró injustificada tal negativa aunque el demandante alegó su inutilidad y falta de garantías por la mezcla de los restos del presunto padre fallecido con los de otras personas debido a una inhumación conjunta. Razonó así el TS su decisión, refiriéndose al actor: «el planteamiento del recurrente no puede aceptarse porque supone tanto como arrogarse la facultad, sustrayéndola indebidamente al juzgador, de decidir sobre la pertinencia de una prueba biológica que por ende no fue propuesta por dicha parte sino acordada por el Juez de Primera Instancia. Ciertamente es que el hoy recurrente desplegó la actividad que consideró oportuna al enterarse de la proyectada exhumación de los restos del presunto padre biológico para trasladarlos de lugar e inhumarlos junto con los de otras personas, interponiendo denuncias y dirigiendo escritos al Juzgado y a otras autoridades y organismos; pero no menos cierto es que aquél estaba dirigido técnicamente por Letrado y que por tanto no es justificable su cerrada negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica aduciendo una inutilidad o falta de garantías, por la mezcla de los restos, que carecía de fundamento científico, carencia de fundamento que a su vez comporta la falta de justificación del errático proceder de la misma parte al no proponer la prueba biológica, negarse a colaborar en la acordada para mejor proveer en primera instancia, pedir luego el recibimiento a prueba en la segunda proponiendo su práctica sin amparo legal posible, volver a pedir su práctica como diligencia para mejor proveer en el acto de la vista del recurso de apelación y, finalmente, dedicar un motivo de casación a justificar su negativa en primera instancia pero sin poder aducir quebrantamiento de forma alguno en busca de una retroacción de actuaciones para que por fin se practique la referida prueba».

¹⁰⁵ Además, cuando el actor que se niega a someterse al análisis del ADN es el hijo en un procedimiento de reclamación de la paternidad, tal actitud puede llevar a pensar que más que a su verdadero padre lo que busca es un hombre que lo sustente (el demandado), aun a sabiendas, o con sospechas, de que no es su progenitor biológico.

¹⁰⁶ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. loc. cit.*, p. 2997.

7.2 NEGATIVA DEL DEMANDADO A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

La negativa a someterse al análisis del ADN es un indicio que genera una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte renuente. En consecuencia, si en un proceso de impugnación de la paternidad se niega el demandado, padre formal, a someterse al análisis del ADN, se sospechará que no es el padre biológico, mientras si en un proceso de reclamación de la paternidad se niega el demandado, supuesto padre, se presumirá que es el progenitor biológico. Como este último caso es muy frecuente, lo estudiaré después con más detenimiento

Es interesante sobre la valoración de la negativa de los demandados a someterse a las pruebas biológicas en un proceso de reclamación y de impugnación de la filiación, el asunto decidido por la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8364). En este caso el actor reclamó la paternidad extramatrimonial e impugnó la filiación matrimonial. El matrimonio demandado, partiendo de la inexistencia de posesión de estado entre el menor y el demandante, consideraron que este último carecía de legitimación activa para entablar la demanda y, por ello, ni propusieron prueba alguna ni prestaron su colaboración para practicar las propuestas de contrario (prueba biológica, reconocimiento de documentos, etc.). Tanto en la primera como en la segunda instancia se desestimó la demanda. El demandante interpuso recurso de casación. El TS declaró haber lugar al recurso, anuló la sentencia recurrida y estimó la demanda, declarando la paternidad extramatrimonial reclamada, por considerar que la postura mantenida de consuno por los demandados era claramente obstruccionista y suponía un ejercicio abusivo y antisocial del derecho de defensa.

La negativa de la madre a someterse (ella misma y su hijo/a menor de edad) a un análisis del ADN, cuando reclama la paternidad el presunto padre, ha de valorarse también como un indicio que, junto con otros, permitirá al tribunal declarar la paternidad ¹⁰⁷,

¹⁰⁷ Así se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95). En este asunto la madre alegó que como no resultó probada la relación sexual entre ambos litigantes, eso la exoneraba de someterse a la práctica de la prueba biológica que se acordó en el proceso, por lo que su incomparecencia para la práctica de dicha prueba hematológica no debió ser utilizada como argumento para declarar la paternidad extramatrimonial reclamada por el actor respecto de su hija. El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por la demandada por considerar que la sentencia de primera instancia –que valoró la negativa de la madre a someterse a la prueba biológica como un indicio de la paternidad del actor– ratificada por la sentencia de apelación y por el posterior Auto del TS –que inadmitió el recurso de casación por entender que carecía manifiestamente de fundamento– no vulneró derechos fundamentales de la actora.

mientras si esa misma actitud la adopta la madre en un procedimiento de impugnación de la paternidad, en el que es actor el padre formal, la negativa a someterse al análisis del ADN la propia madre y su hija menor de edad constituirá un indicio que, junto con otros, permitirá al tribunal declarar la no paternidad de quien jurídicamente consta como padre ¹⁰⁸.

En la gran mayoría de los casos que conocen nuestros Tribunales la negativa proviene del demandado (presunto progenitor) en un proceso de reclamación de la paternidad, por esto la jurisprudencia se refiere básicamente a este supuesto, lo que justifica que le dedique más tiempo y espacio.

Es interesante el Auto de 5 octubre de 1999 (RJ 1999/6812), en el que el TS afirma: «la jurisprudencia acerca de la negativa a la prueba biológica no distingue entre si el que se niega es el presunto padre o la representante del menor, pues la razón de que la negativa constituya un indicio que debe tomarse en consideración con el resto de pruebas consiste en que el demandado, sea quien sea éste, no desea colaborar en la investigación de la paternidad».

Véase además la STS de 20 junio de 2000 (RJ 2000/4427).

¹⁰⁸ Ello sin perjuicio de que el Juez opte por nombrar un defensor judicial a la hija que consienta que ésta se someta al análisis del ADN.

Es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 17 octubre 2001 (AC 2001/2484), porque en ella se valora la negativa de la madre a que su hija se someta a la prueba pericial biológica y se admite como prueba válida la realizada unilateral y extrajudicialmente por el demandante, que aprovechando el cumplimiento del derecho de visitas llevó a la menor a un centro adecuado para que se le extrajeran unos centímetros cúbicos de sangre con el fin de que se practicara la prueba biológica. Razonó así su decisión la Audiencia Provincial: «la negativa injustificada de la demandada a someter a su hija a la prueba pericial de paternidad, pese a ser citada para ello apercibiéndole de las consecuencias que podría depararle, comporta, según reiterada jurisprudencia del TS, un indicio vehemente de veracidad del hecho que se pretendía acreditar, que ha de ponderarse con el resto de la prueba practicada, entre ellas la misma prueba científica consumada unilateral y extrajudicialmente por el demandante, luego ratificada y sometida a amplia contradicción en la fase probatoria. Este último medio descartado de forma rotunda la participación de don Jesús F. B. en la concepción de María José F. H., instrumento probatorio que ha de cobrar plena eficacia ante la imposibilidad de articular otra contradictoria por la actitud obstruccionista de doña Rosa María H. M. A tal solución no obsta el peregrino alegato de que la elaborada unilateralmente por el padre se ha obtenido ilícitamente y, por ende, carece de eficacia alguna. Dicha afirmación se sustenta en que aquél, contra la voluntad de la madre y de la menor, sometió a esta última aprovechándose del cumplimiento del sistema de visitas establecido en el proceso matrimonial, forzándola a ello, conociendo la negativa de la menor. Disentimos del argumento por tres elementales razones. Primero, porque la simple decisión para extraer a una niña unos centímetros cúbicos de sangre en un centro adecuado constituye una facultad que queda comprendida dentro de los poderes que otorga la patria potestad a los progenitores y no requiere del asentimiento del otro, dada su absoluta inocuidad para la salud física y mental de la menor, pudiendo haber ordenado directamente su realización el Juez «a quo» en el período probatorio prescindiendo y aun ignorando la infundada oposición materna, cuya opinión no ha de prevalecer sobre la del otro –hasta ese momento presunto– progenitor. Segundo, porque, según reiterada jurisprudencia constitucional, no comporta vulneración de derecho fundamental alguno, ni a la intimidad ni a la integridad física. Y tercero, porque no es de recibo, dada la edad de la menor (cinco años), que ésta pudiera resistirse cuando ni tan siquiera goza de juicio suficiente para captar el alcance y la trascendencia del acto, por ello si alguna consecuencia tuvo dicha extracción para la niña, ello sólo es posible merced a una denostable manipulación por parte de la madre, dado que con el padre ya no se relaciona».

Según reiterada doctrina del TS toda negativa no justificada, obstruccionista, irrazonable, que comporte un fraude a la ley, constituya un ejercicio antisocial del derecho o suponga una falta de solidaridad y de colaboración con la justicia, puede, junto con otros indicios (de los que se derive la posibilidad de la fecundación), fundamentar la declaración de la paternidad. Así, entre otras, las sentencias de 27 de junio de 1987 (RJ 1987/4825), 11 de marzo de 1988 (RJ 1988/1959), 3 de junio de 1988 (RJ 1988/4736), 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5690), 23 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6855), 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9295), 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9299), 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2054), 24 de mayo de 1989 (RJ 1989/3886), 20 de julio de 1989 (RJ 1989/5764), 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7870), 30 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7925), 18 de mayo de 1990 (RJ 1990/3740), 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4093), 20 de julio de 1990 (RJ 1990/6121), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8039), 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9048), 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/1147), 25 de abril de 1991 (RJ 1991/3030), 6 de junio de 1991 (RJ 1991/4423), 8 de julio de 1991 (RJ 1991/5569), 11 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6053), 30 de enero de 1992 (RJ 1992/531), 5 de octubre de 1992 (RJ 1992/7525), 27 de enero de 1993 (RJ 1993/506), 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/828), 29 de marzo de 1993 (RJ 1993/2535), 8 de octubre de 1993 (RJ 1993/7317), 30 de octubre de 1993 (RJ 1993/7672), 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9430), 6 de marzo de 1995 (RJ 1995/2144), 8 marzo 1995 (RJ 1995/2153), 8 de mayo de 1995 (RJ 1995/3939), 28 de julio (RJ 1995/6598), 7 de octubre (RJ 1995/7180), 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8364), 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5553), 4 de julio de 1996 (RJ 1996/5559), 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6499), 10 de octubre de 1996 (RJ 1996/7556), 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7746), 24 diciembre 1996 (RJ 1996/9506), 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/1392), 19 de marzo de 1997 (RJ 1997/1983), 19 de mayo de 1997 (RJ 1997/4113), 23 de junio de 1997 (RJ 1997/6148), 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5763), 3 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7922), 13 de marzo de 1998 (RJ 1998/1288), 22 de junio de 1998 (RJ 1998/4910), 26 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6403), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/6805), 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/3345), 28 de mayo de 1999 (RJ 1999/4585), 26 de junio de 1999 (RJ 1999/4564), 26 de julio de 1999 (RJ 1999/6099), 2 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6932), 11 de octubre de 1999 (RJ 1999/7247), 18 de marzo de 2000 (RJ 2000/1492), 28 de marzo de 2000 (RJ 2000/2500), 29 de marzo de 2000 (RJ 2000/2502), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000/3492), 30 de mayo de 2000

(RJ 2000/5087), 20 de junio de 2000 (RJ 2000/4427), 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7030), 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/7038), 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9299), 24 de enero de 2001 (RJ 2001/7), 22 de marzo de 2001 (RJ 2001/4754), 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/3375), 20 de julio de 2001 (RJ 2001/7062), 26 de julio de 2001 (RJ 2001/7063), 3 de noviembre de 2001 (RJ 2002/230), 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1039), 17 de julio de 2002 (RJ 2002/6247), 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8461), 27 de diciembre de 2002 (RJ 2002/1039), 7 de julio de 2003 (RJ 2003/4330), 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6068), 1 de octubre de 2003 (RJ 2003/6449), 25 junio 2004 (RJ 2004/4008), 15 de julio de 2004 (RJ 2004/4567) y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7561).

El TS también considera que no debe apreciarse la negativa a someterse a las pruebas biológicas como una *ficta confessio* –que más bien sería una *ficta pericia* según sentencias del TS de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994/8122), 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/1392) y 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/3375)– sino como un indicio valioso que junto con otros puede llevar a la declaración de la paternidad, como he indicado ya. Este razonamiento parece correcto porque toda confesión, para poder ser considerada como propiamente tal, ha de referirse a hechos personales de su autor que, por tanto, éste conoce con certeza, mientras que cuando se trata de pronunciarse sobre la paternidad el único hecho personal susceptible de confesión es haber tenido relaciones sexuales con la madre en tiempo apto para la concepción, pero no el hecho mismo de la paternidad, porque éste escapa al conocimiento del propio interesado, que sólo puede estar seguro de la posibilidad de ser el padre pero no de la realidad de serlo. Entender lo contrario (esto es, no dar relevancia a tal negativa) supondría dejar indefensa a la parte que propuso las pruebas biológicas (expresamente permitidas en el art. 767.2 LEC) y conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, porque se saldría con la suya el litigante de mala fe (SSTS de 14 de julio de 1988 [RJ 1988/5690] y 15 de marzo de 1989 [RJ 1989/2054]). El TS también ha considerado que de apreciarse la negativa a someterse a las pruebas biológicas como una *ficta confessio* se sancionaría esta conducta, pues por sí sola tal negativa no es un hecho revelador de la paternidad (SSTS de 28 de abril de 1994 [RJ 1994/2977] y 22 de marzo de 1996 [RJ 1996/2585]).

Esta doctrina del TS sobre la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas iniciada bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se recoge en la actualidad en el artículo 767.4 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en los

siguientes términos: «La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios»¹⁰⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional; en la sentencia 7/1994, de 17 de enero, se mostró severo al valorar la negativa infundada del demandado a someterse a las pruebas biológicas, como se desprende de las siguientes palabras: «En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º), colocándola en una situación de indefensión».

En el Auto 276/1996, de 2 de octubre (RTC 1996/276 Auto) el Tribunal Constitucional acordó la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por el matrimonio demandado por carecer de contenido constitucional. No obstante, es de interés destacar que en este Auto se considera aplicable la doctrina sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), aunque el supuesto de hecho enjuiciado en el Auto de 2 de octubre de 1996 no es similar al de la sentencia de 17 de enero de 1994, porque en este último caso se desplazaba completamente la carga de la prueba sobre quien no oponía ningún obstáculo para la práctica de la prueba biológica (la parte actora en un procedimiento de reclamación de la paternidad extramatrimonial),

¹⁰⁹ Como observan MÉNDEZ/VILALTA, refiriéndose al artículo 767.4: «Este precepto es sin duda reflejo de la rica, abundante y uniforme Doctrina jurisprudencial dictada al efecto, de la que se ha recogido principalmente el valor como indicio que debe darse a la resistencia del presunto progenitor a someterse a la prueba biológica» (*Acciones judiciales de determinación e impugnación de la filiación*, Barcelona, 2001, p. 23).

mientras en el supuesto del Auto de 2 de octubre de 1996 quienes alegaban indefensión eran precisamente quienes obstaculizaban la práctica de dicha prueba (los demandados en un procedimiento de reclamación de la paternidad extramatrimonial y de impugnación de la paternidad matrimonial).

Sobre la doctrina constitucional también hay que tener presentes los autos 103/1990, de 9 de marzo (RTC 1990/103 Auto) y 221/1990, de 31 de mayo (RTC 1990/221 Auto)¹¹⁰, anteriores a la sentencia de 7 de enero de 1994, y las sentencias 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95), 55/2001, de 26 de febrero (RTC 2001/55), y 29/2005, de 14 de febrero (RTC 2005/29), en las que el TC reitera lo manifestado en la sentencia de 7 de enero de 1994.

En la práctica, partiendo de la jurisprudencia del TS, de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la regulación legal contenida en el artículo 767.4 LEC¹¹¹, para que la negativa a someterse a las pruebas biológicas (ahora al análisis del ADN) permita al tribunal declarar la filiación reclamada, entiendo que deberán concurrir los siguientes requisitos:

1.º El demandado que se niegue a someterse al análisis del ADN puede ser el presunto progenitor, la madre, el hijo o incluso los herederos de cualquiera de ellos.

Si se niega el hijo a someterse al análisis del ADN cuando ha sido demandado, pienso que, sin perjuicio de valorar su negativa como un indicio en contra de la posición que asuma en el proceso, la relevancia o trascendencia de esta negativa no puede ser exactamente la misma –ha de ser inferior– que la de la madre o del padre, pues son éstos quienes están en mejores condiciones para conocer la verdad oculta sobre la paternidad o la maternidad discutida¹¹². El hijo no conoce directamente los hechos que dieron lugar a su

¹¹⁰ No me detengo a hablar de los autos del Tribunal Constitucional de 9 de marzo y de 31 mayo 1990 porque ya los comenté en mi trabajo «Las pruebas biológicas a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo», *RJC*, 1993, núm. 1, pp. 107 ss.

¹¹¹ En la circular núm. 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, se dice, pensando en el artículo 767.4 LEC: «De ahí que el análisis de dicho precepto tenga que tomar como punto de referencia inexcusable los distintos pronunciamientos recaídos, tanto del TS como del Tribunal Constitucional, que forman un cuerpo de doctrina constante y uniforme, y que deberán ser tenidos en cuenta por los señores Fiscales a la hora de pronunciarse, tanto acerca de la proposición y procedencia de la práctica de la prueba biológica como de la valoración que merezca la negativa a someterse a la misma». A continuación, a esos efectos, en dicha circular se indican unos criterios que habrán de tomar en consideración los Fiscales, que yo también he tenido presentes al explicar los requisitos que a mi modo de ver han de concurrir para que la negativa a someterse al análisis del ADN permita al tribunal declarar la filiación reclamada (*BIMJ*, suplemento al núm. 1912, de 1 marzo de 2002, p. 946).

¹¹² Tampoco se puede dar igual valor a la negativa a someterse a las pruebas biológicas de los sobrinos del presunto padre fallecido, como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de enero de 2003 (AC 2003/158).

nacimiento. No sabe realmente si su madre cohabitó con el presunto padre, sólo puede saber lo que su madre u otras personas le contaron ¹¹³.

En el motivo tercero del recurso de casación resuelto por la sentencia de 16 de julio de 2004 (RJ 2004/6789) los demandados discrepaban del alcance atribuido a su negativa a someterse a las pruebas biológicas, porque, afirmaban: «las SS. existentes y citadas siempre contemplan la proyección de tal módulo de certeza científica en la misma persona del procreante, lo que no ocurre en el caso de autos, en el que, por haber fallecido no es posible su práctica, al tener por ello que proyectarse citada prueba en personas distintas, como son los hijos demandados». Mas, en dicha sentencia, el TS, tras destacar la fiabilidad de la prueba del ADN, en el fundamento de derecho séptimo razonó: «Finalmente, cabe añadir los siguientes argumentos para la compulsión de la prueba biológica sobre los causahabientes del progenitor premuerto y su relevancia jurídica en caso de negativa: 1º) Que en el plano de la formalidad decisoria, la práctica de esa prueba, responde a un principio de proporcionalidad en pos del objetivo acreditativo de progenie, sobre todo, cuando existen, en plenitud, otros elementos probatorios –primer sumando–. 2º) Que el cientifismo del ADN y su inmisión corporal, permite la obtención de los citados Predicados de Hummel. 3º) Que no es defendible una negativa de los deudos –en su bastardía de irrelevancia– porque haya premuerto el progenitor demandado, porque: a) su cualidad sucesoria, no les atribuye, en puridad, defensas de la intimidad/integridad del premuerto. b) porque, en buena lid, impeditiva de conductas elusivas o de fraude, han de colaborar con la Justicia en pos del repetido objetivo (STC 7/1994, de 17 de enero y Auto 103/1990, de 9 de marzo). 4º) Y, sobre todo, que esa negativa –si es que se sostiene su irrelevancia en el *onus* probatorio– determinaría consecuencias tan absurdas como las siguiente: a) Que su voluntarismo de rechazo, equivaldría a un cierre del principal instrumento probatorio, con lo que quedaría indefenso el actor. b) Provocar una peor situación en estos litigios, porque, si vive el progenitor su negativa equivaldría, junto con las demás pruebas, a la imposición de la paternidad y, si fallece el mismo, la negativa de sus deudos, produciría el citado cierre o imposibilidad de averiguar la verdad biológica, y con ello la elusión del artículo 39 CE» (el TS ya reprodujo estos mismos argumentos en la sentencia de 2 julio 2004 [RJ 2004/5097]).

¹¹³ Véase, MASSIP, «Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation», *D.*, 1999, núm. 41, *jurisprudence commentaires*, p. 651.

2.º La negativa a someterse al análisis del ADN ha de ser clara e indubitada, reveladora del deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse al análisis del ADN ¹¹⁴.

Este requisito presupone que el sujeto al que hay que tomar las muestras para el análisis del ADN se ha enterado de la carga que pesa sobre él. Por ello es imprescindible que la citación para la práctica del análisis del ADN se haga correctamente, lo que implica que no puede inferirse la paternidad de una «supuesta negativa» cuando la citación para su práctica se hizo de forma defectuosa por verificarse con premura y no personalmente, sino por medio de cédula entregada a un pariente próximo (SSTS de 11 de septiembre de 1991 [RJ 1991/6053] ¹¹⁵ y de 29 de marzo de 1993 [RJ 1993/2535]).

En la actualidad, de los artículos 28 ¹¹⁶ y 153 LEC resulta claramente que la citación para la práctica de las pruebas biológicas podrá llevarse a cabo a través del Procurador ¹¹⁷. En concreto, el segundo de los artículos citados dice expresamente que el Procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, *incluso las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante* (la cursiva es mía) ¹¹⁸. No ha lugar a duda alguna sobre esta posibilidad si en el poder se conceden expresamente al Procurador facultades para recibir citaciones de su poderdante que puedan afectar a éste (*sic*, STS de 17 de junio de 2004 (RJ 2004/3624)).

No es necesario que el Juez aperciba previamente al afectado de las consecuencias que tendrá su negativa a someterse al análisis del ADN, ni que la negativa sea manifestada personalmente por el

¹¹⁴ En este sentido, ha afirmado el TS en la sentencia de 28 febrero 1998: «para que la falta de práctica de la prueba biológica pueda ser considerada como indicio probatorio, junto con otras pruebas, acerca de la paternidad del demandado, se requiere que esa no práctica de la prueba biológica sea debida a una negativa del demandado a someterse a la misma, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues el demandado don José M. B., que en la fecha de tramitación del proceso tenía ochenta años de edad (nació el 18 de enero de 1913) y se encontraba gravemente enfermo, hasta el extremo de que ni siquiera se le pudo practicar la prueba de confesión judicial, ni fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica, ni mucho menos se negó a someterse a la práctica de la misma».

¹¹⁵ Véase, sobre la sentencia del TS de 11 de septiembre de 1991, QUESADA GONZÁLEZ, «Comentario a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 1991», *CCJC*, 1991, núm. 27, pp. 941 ss.

¹¹⁶ Según el artículo 28.1 LEC: «Mientras se halle vigente el poder, el procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste».

¹¹⁷ Según GARCÍA POVEDA, quien ha de someterse a la prueba biológica incluso podrá ser advertido de las consecuencias de su negativa a través del Procurador (*op. loc. cit.*, p. 15).

¹¹⁸ Así, GARCÍA POVEDA, *op. loc. cit.*, p. 15.

propio sujeto al que se han de tomar muestras para el análisis del ADN.

El TS ha afirmado que advertir de las consecuencias de la negativa a colaborar en la práctica de pruebas biológicas es misión que incumbe exclusivamente al letrado del interesado (SSTS de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998/6805] y de 19 de diciembre de 2003 [RJ 2003/215]).

No obstante, no está de más apereibir previamente al afectado de las consecuencias de su negativa a someterse al análisis del ADN –aunque sólo sea con el fin de presionarlo psicológicamente para que consienta la práctica de dicho análisis– como se suele hacer en la práctica forense¹¹⁹. Cuando se ha solicitado la adopción de medidas cautelares, en la vista que se celebra para decidir si se acuerdan o no suele aprovechar el Juez para informar a las partes de la prueba pericial que se practicará y de las consecuencias derivadas de no someterse a la misma.

Si bien es cierto que el TS en la sentencia de 24 de mayo de 1989 (RJ 1989/3886) exigió, para que la negativa resultase relevante a efectos de declarar la paternidad, que fuese seria y manifestada por la propia persona que ha de someterse a la prueba biológica y no expresada a través del representante procesal que nunca podrá ser portador de un consentimiento tan personalísimo que sólo el otorgamiento de un poder especial podría justificar y suplir, en resoluciones posteriores admite que puede ser manifestada a través del procurador o del letrado por formar parte del derecho de defensa en el proceso que se actúa debidamente representado por el primero y dirigido por el segundo (así, SSTS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992/4128], 6 de octubre de 1993 [RJ 1993/7306], 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10494], 7 de octubre de 1995 [RJ 1995/7180], 19 de marzo de 1997 [RJ 1997/1983], 3 de octubre de 1998 [RJ 1998/6805], 18 de junio de 2001 [RJ 2001/4343], 12 de febrero de 2002 [RJ 2002/3113], y 19 de diciembre de 2002 [RJ 2003/215]).

Sin embargo, en el asunto resuelto por la sentencia de 18 de julio de 2000 (RJ 2000/6808) el TS casó y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la dictada por el Juzgado y las actuaciones de éste en el procedimiento desde el requerimiento y citación del demandado en la persona de su procurador, sólo en orden a la práctica de la prueba biológica de paternidad, a cuyo momento mandó reponer las actuaciones para proseguirlas hasta la definitiva resolución. En este caso el TS apreció que la falta de práctica de la prueba biológica por incomparecencia del deman-

¹¹⁹ Véase, GARCÍA POVEDA, *op. loc. cit.*, p. 15.

dato quizá se debió a la citación inadecuada que para ello se le hizo en la persona de su procurador, no a la negativa de prestarse a la misma, ya que reiterada en segunda instancia la solicitud de práctica de la prueba biológica de paternidad fue rechazada tal petición con fundamento en la negativa supuesta, que no había quedado clara. De ahí, que en general resulte conveniente reiterar la citación para la practica de pruebas biológicas más o menos veces según las circunstancias ¹²⁰, hasta que la negativa a someterse a dichas pruebas sea indubitada.

3.º La negativa a someterse al análisis del ADN, además, ha de ser injustificada. Igual que antes de entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, interpretando *a sensu contrario* su artículo 767.4, es posible deducir que caben negativas justificadas y razonables con fundamento en las cuales el Juez no podrá declarar la paternidad, a no ser que concurran otros indicios reveladores de la filiación que tengan la suficiente entidad en sí mismos considerados (*ex art. 135 CC*) para que el Juez pueda declarar la paternidad en atención solo a ellos.

El TS ha estimado que sólo causas muy cualificadas y debidamente justificadas podrían legitimar la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas, entre estas causas, y sólo a título de ejemplo, cita: el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarlas, el padecimiento de graves enfermedades, la absoluta falta de necesidad de las pruebas biológicas si existen otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir al mismo fin y la inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado (*cf.* SSTS de 14 de mayo de 1991 [RJ 1991/3666], STS 27 de mayo de 1994 [RJ 1994/3754], 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7746) y 28 de febrero de 1998 [RJ 1998/993]. Ha dicho el TS «que nadie está obligado a someterse a las pruebas sin que exista base que justifique esa petición, por puro capricho de otro» (STS 4 de febrero de 1997 [RJ 1997/678]), pues han de constar en Autos mínimamente acreditadas las relaciones sexuales de las que se pueda deducir la fecundación (STS de 24 de mayo de 1989 [RJ 1989/3886]; y 26 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6403]).

Resumiendo se suele apreciar que en realidad son la falta de indicios serios de la conducta que se atribuye al supuesto progeni-

¹²⁰ Si ya de entrada el demandado anuncia que no se someterá al análisis del ADN, parece innecesario citarle de nuevo, porque su negativa es indubitada. Pero si el demandado presenta, por ejemplo, certificados médicos con los que pretende justificar su no comparecencia para la toma de muestras necesarias para analizar su ADN, habrá que citarlo más veces.

tor y la existencia de un grave quebranto para la salud las causas que justifican la negativa a someterse a las pruebas biológicas.

No ha considerado el TS como causas justificadas de la negativa a someterse a las pruebas biológicas la situación de estado depresivo que tiene su origen en una enfermedad crónica laboral (STS de 22 de marzo de 1996 [RJ 1996/2585]), motivos éticos y religiosos (STS de 24 de junio de 1996 [RJ 1996/4848]), profesar las creencias de la secta religiosa denominada «Testigos de Jehová» (STS de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987/3401]), un posible contagio de enfermedades infecciosas, SIDA o hemofilia, la consideración de que la práctica de pruebas biológicas constituye un ataque al recato de una persona (SSTS de 27 de mayo de 1994 [RJ 1994/3754], 23 de septiembre de 1988 [RJ 1988/6855]), causar perjuicios a la esposa del que ha de someterse a las pruebas biológicas por no tener ésta conocimiento de la existencia de la menor o por hallarse embarazada, la pérdida de jornadas laborales (STS de 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10494] y 14 de junio de 1997 [RJ 1997/4653]), la posibilidad de que la madre tuviera relaciones sexuales con otros miembros de la familia del demandado ya fallecidos o con terceros (SSTS de 17 de octubre de 1996 [RJ 1996/7159] y de 24 de octubre de 1998 [RJ 1998/7554]), cuestiones de autoestima y problemas médicos no demostrados (STS de 24 de mayo de 2001 [RJ 2001/3375]), el coste económico de las pruebas biológicas (SSTS de 30 de mayo de 2000 [RJ 2000/5087] y 18 de mayo de 2001 [RJ 2001/6460]), la falta de medios para desplazarse al centro donde ha de practicarse la prueba biológica (STS 25 de julio de 2000 [RJ 2000/5503]), tener una avanzada edad si no se acredita que se está enfermo o perjuicio para la salud (STS 30 de junio de 2004 [RJ 2004/4840]), la ausencia por tener vacaciones estivales (STS 10 de junio de 2004 [RJ 2004/4636]), el miedo a las inyecciones (STS 6 de julio de 2004 [RJ 2004/4335]), o que no se haya accedido a la ampliación de la prueba pericial biológica, sobre todo cuando se solicitó en primera instancia pero nada volvió a alegarse al respecto en tiempo hábil (STS 14 marzo 2003 [RJ 2003/2585]).

El daño moral que pueden causar los resultados de la prueba del ADN a la familia del presunto padre entiendo que no es razón suficiente que justifique la negativa a someterse a dicha prueba, porque en una materia de esta naturaleza es algo consustancial a la misma.

4.º La resolución judicial (auto) que acuerde el análisis del ADN ha de estar motivada. Ha de justificar la necesidad de la práctica de la prueba del ADN, ya que debe ser indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos –la investigación de la paternidad (o de la maternidad), conocer y determinar la propia

filiación (*cf.* arts. 10 y 39 CE)– y debe guardar la adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la libertad, intimidad e integridad física o moral del afectado y la finalidad perseguida. Así lo apreció el Tribunal Constitucional en la sentencia 7/1994, de 17 enero, y en el Auto 149/1999, de 14 de junio (RTC 1999/149 Auto) ¹²¹.

En el asunto decidido por el Auto 149/1999, de 14 de junio, los demandantes de amparo sostenían que el Juzgado acordó la admisión de la demanda de filiación y la práctica de una prueba de ADN que conducía necesariamente a la exhumación del cadáver de su tío, sin que el demandante aportase un mínimo indicio probatorio del que pudiese inferirse cierta sospecha sobre la posible paternidad de aquél. Carencia de todo principio de prueba que debía haber conducido a la inadmisión de la demanda y no, como ocurrió, a la celebración de una prueba que, por su propia naturaleza, ha de considerarse como un medio último o final, en la medida en que su práctica, a partir de muestras tomadas de quien ya ha fallecido, repercute directamente sobre la intimidad de la familia.

El Tribunal Constitucional en el Auto 149/1999, de 14 de junio, inadmitió a trámite la demanda de amparo por carecer manifiestamente de contenido que justificara una decisión sobre el fondo del asunto por su parte [art. 50.1 c) LOTC], en cuanto consideró que la infracción de lo dispuesto en el artículo 127 del CC (derogado y precedente del vigente art. 767.1 LEC): «puede llegar a producir, en algunos casos, una utilización desproporcionada e injustificada de ciertos medios probatorios que, como en la hipótesis aquí analizada, puedan incidir sobre algún derecho fundamental y, muy especialmente, del derecho a la intimidad familiar, que resulte, por tal motivo, indebida o innecesariamente conculcado. No obstante, el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que el presente asunto no es uno de esos posibles supuestos. En efecto, consta en los autos del proceso civil que el demandante cumplió con su obligación inicial de aportar un principio de prueba, acom-

¹²¹ Como observa RIVERO HERNÁNDEZ: «Exígesse tal motivación no sólo para justificar la adecuación a la legalidad de la intromisión acordada, sino para que pueda ser conocida por el afectado la razón que la avala, y se puedan controlar, en su caso, los motivos que justificaron, a juicio del órgano judicial, el sacrificio de un derecho en aras de otro o de un interés público. El control de la justificación de la intromisión y de la proporcionalidad del sacrificio de referencia compete, evidentemente y en instancia suprema, al Tribunal Constitucional, en cada caso concreto y con ocasión del recurso de amparo» («Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación [Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero]», *PJ*, 1994, núm. 33, p. 375). Comparte esta opinión ETXEVERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, 1999, p. 268.

pañando a su escrito de demanda una fotografía y un acta notarial de manifestaciones en la que se hace referencia a la relación existente entre su madre y el titular de la herencia yacente frente a la que se dirige la acción civil. Es claro, pues, que la admisión y práctica de la prueba pericial biológica, que obligaba a la exhumación del cadáver, fue acordada por el Juzgado como remedio último dirigido al esclarecimiento de los hechos y, por tanto, de modo proporcionado y adecuado a los fines perseguidos»¹²².

En la sentencia de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/7038)¹²³ el TS considera que hay una falta de proporcionalidad entre la práctica de

¹²² En un supuesto similar, la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 27 de enero de 2003 (AC 2003/158) decidió: «en cuanto a la prueba biológica del presunto progenitor (fallecido), solicitada mediante la exhumación del cadáver de don Francisco R. E. (presunto padre), si bien se admitió dicha prueba en la instancia, y se reiteró la petición por la actora, pero no llegó a practicarse –ni siquiera se acordó su práctica–, sin que consten las razones por las que no se hizo, ni protesta alguna de la parte recurrente por tal circunstancia. Y aunque dicha prueba fue reproducida por el actor –recurrente– en esta segunda instancia, la misma fue denegada, por Auto de fecha 9 de enero de 2003, dado que aunque, en principio, y sobre todo a partir de la trascendental Sentencia del TC de 17 de enero de 1994, es doctrina Jurisprudencial pacífica la que establece que, dada la alta fiabilidad de las pruebas biológicas, se debe prestar la debida colaboración por los Tribunales (art. 118 de la Constitución Española) en el curso del proceso para posibilitar su práctica, a fin de cumplir con el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores (sean procreados dentro o fuera del matrimonio), artículo 39.3 de la Constitución Española. Pero, por otro lado, también tiene declarado el Tribunal Constitucional “que la medida Judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva a la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989), fundamentos Jurídicos 7.º 3 y 8.º, párrafos 3 a 51, ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial; y habiendo matizado también este TS que a la hora de decidir sobre la realización de pruebas biológicas, al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer, el criterio legal (art. 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), unido a la trascendencia de este tipo de prueba, conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación”. Criterio este que sirvió a esta Sala para denegar la citada prueba biológica en esta segunda instancia ante la ausencia de indicios que pudiera justificar la realización de la prueba de paternidad interesada. En suma, que en autos no existen pruebas suficientemente eficaces para determinar la filiación paterna solicitada por el actor, lo que comporta que haya de desestimarse el motivo del recurso referido al particular expuesto».

¹²³ Razonó así su decisión el TS en la sentencia de 2 de octubre de 2000: «la prueba únicamente posible tras el fallecimiento de estos y del niño, que comportaba la exhumación del cadáver de este último, indudablemente exigía la ponderación de todos los intereses en conflicto y todos los valores y derechos confluyentes en el caso, entre ellos, además de los derechos de quien se decía padre biológico, el dolor que la exhumación podría causar a personas unidas al niño por vínculos tanto familiares como jurídicos, cual la abuela materna, e incluso la evidente ausencia de interés ya para el hijo, cuya protección integral es la que en verdad garantiza el artículo 39.2 CE y en cuyo beneficio principal aparece orientada la regulación de la filiación en el Código Civil. De ahí que no fuera en absoluto desacertado el criterio del Tribunal de apelación, apuntado en el Auto denegatorio de recibimiento a prueba en segunda instancia y más explicitado en la sentencia recorrida al razonar por qué dicha prueba no se acordaba para mejor proveer, de no acceder a lo solicitado por el demandante debido a la nula trascendencia de los principios de

la prueba biológica –que precisa la previa exhumación del cadáver del niño (supuesto hijo)– y la finalidad perseguida –que se declare la paternidad cuando ya no puede beneficiar al hijo cuya protección integral es la que en verdad garantiza el art. 39.2 CE–¹²⁴.

En un asunto de reclamación de la maternidad el TS en sentencia de 24 de junio de 2004 (RJ 2004/4317) apreció que el análisis del ADN fue correctamente denegado porque no era una prueba razonable en atención al resultado de las otras pruebas practicadas y además suponía la exhumación de dos cadáveres.

5.º Aunque el TS últimamente considera que la negativa a someterse a las pruebas biológicas es un indicio especialmente valioso o significativo de la paternidad y reconoce que si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor de esa conducta (*cf.* SSTs de 17 de noviembre de 1997 [RJ 1997/7896], 3 de octubre de 1998 [RJ 1998/6805], 28 de marzo de 2000 [RJ 2000/2500], 24 de mayo de 2001 [RJ 2001/3375] 2003, 20 de septiembre de 2002 [RJ 2002/8461], 19 de diciembre de 2002 [RJ 2003/215], 1 de julio de 2003 [RJ 2003/5799] y 25 de junio de 2004 [RJ 2004/4009]), sigue siendo necesario, porque lo exige la ley (art. 767.4 LEC), que concurren otros indicios de la paternidad (o de la maternidad) para que el Juez pueda declarar la filiación reclamada. Han de existir, pues, indicios serios de la conducta que se atribuye a quien ha de someterse al análisis del ADN, además de la negativa.

prueba aportados con su demanda y a los resultados escasamente favorables a sus pretensiones de las pruebas practicadas en el proceso, todo ello con cita de las SSTC 35/1989 y 7/1994 cuya doctrina, tras la sentencia recurrida, ha sido reiterada por la STC 95/1999. A este respecto conviene recordar cómo estas sentencias asignan a las pruebas biológicas la finalidad constitucional de protección integral de los hijos (no de los padres biológicos) y de garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (aps. 2 y 3 del art. 39 CE); y cómo reconocen al órgano judicial la facultad de decidir si son o no indispensables y si su práctica resulta proporcionada en función de la finalidad perseguida con su realización (STC 95/1999, F. 2.º, sintetizando la doctrina de la STC 7/1994). En definitiva, que la prueba solicitada no fuera ya la biológica tal y como se había propuesto en la primera instancia, sino precisando la exhumación del cadáver del niño; que éste hubiera muerto ya en el momento de proponerse dicha prueba, de modo que su realización no podía considerarse orientada a los mencionados fines constitucionales y, en fin, que las demás pruebas efectivamente practicadas no aportaran indicio alguno de relación del demandante con la madre demandada al tiempo de la concepción, son factores que, valorados conjuntamente, desaconsejaban una prueba de tanta trascendencia como la propuesta por el actor-recurrente, de modo que esta Sala comparte el juicio de falta de proporcionalidad del Tribunal de apelación y los tres motivos, por tanto, han de ser desestimados».

¹²⁴ En la circular núm. 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, se afirma: «La finalidad constitucional de las pruebas biológicas es la protección integral de los hijos, no de los padres biológicos, conforme al artículo 39.2 de la Constitución» (*loc. cit.*, p. 947).

El TS en el Auto de 23 de octubre de 2001 (JUR 2001/293164) y el TC en el Auto de 30 de septiembre de 2002 (RTC 2002/168 Auto) –que inadmite el recurso de amparo interpuesto contra ese Auto del TS– consideran que existiendo una negativa a realizar pruebas biológicas no es indicio suficiente para declarar la paternidad el testimonio impreciso de una amiga de la demandante sobre la relación de pareja entre actora y demandado¹²⁵.

En la sentencia de 25 de junio de 2004 (RJ 2004/4319) el TS tampoco valoró los testimonios sobre la existencia de relaciones sentimentales al tiempo de la concepción, por su escasa o nula credibilidad y fiabilidad, como indicios suficientes, junto con la negativa a someterse a la prueba biológica, a efectos de declarar la paternidad. Además, en este caso el actor (supuesto hijo) reclamó la paternidad transcurridos cincuenta y cuatro años desde su nacimiento.

Sobre este aspecto hay que destacar la reciente STC 29/2005, de 14 febrero (RTC 2005/29), en la que el TC declaró vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la ley, por considerar que el TS le atribuyó la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en su negativa a someterse a la prueba biológica prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquélla y ésta, separándose de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial.

6.º Según la sentencia del TC 7/1994, de 17 enero, la ejecución de las intervenciones corporales destinadas a la investigación de la paternidad ha de efectuarse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

En el caso de la prueba del ADN esta exigencia creo que debe ser matizada porque una cosa es el análisis del ADN propiamente dicho, que ha de ser realizado por personal muy cualificado que cuente con los medios necesarios, y otra muy distinta la toma de

¹²⁵ Dice literalmente el Auto del TC de 30 de septiembre de 2002: «Cumple ante todo advertir que la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial en apelación (confirmada en casación por la Sala de lo Civil del TS) no contradice la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 7/1994, de 17 de enero, sobre la negativa del demandado en un proceso de reclamación de filiación a someterse a las pruebas biológicas, doctrina reiterada por la STC 95/1999, de 29 de junio, y a tenor de la cual el demandado puede legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si concurriese riesgo grave para su salud o si no existen indicios serios de la conducta que se le atribuye. En este sentido, el único indicio aportado por la demandante fue una información testifical prestada por una amiga suya, testimonio al que la Audiencia niega credibilidad por no concretar las circunstancias de momento, lugar o frecuencia en la que la pretendida relación de pareja entre actora y demandado habrían tenido lugar, a lo que añade que dicho testimonio resultó refutado por el testigo que depuso en el juicio a instancias del demandado, sin que exista ningún otro indicio en autos de la pretendida relación».

muestras con las que realizar ese análisis, para lo que no es imprescindible tener unos conocimientos científicos.

De ahí que para evitar molestias a los litigantes e innecesarias dilaciones del procedimiento, a mí no me parecería mal que en ciertos casos se tomaran ciertas muestras en el propio Juzgado por persona preparada a esos efectos ¹²⁶ (v. gr., de saliva, de cabellos con raíz) dando fe de ello el Secretario Judicial. De admitirse esta posibilidad sería fundamental que la cadena de custodia resultase segura ¹²⁷. Lo que se puede conseguir, por ejemplo, si la muestra, una vez tomada, debidamente guardada en un recipiente hermético, sellado y correctamente etiquetado ¹²⁸, se lleva cuanto antes, por alguien de confianza del Juzgado, al centro donde ha de analizarse el ADN, evitando así una eventual contaminación de la muestra, su alteración o sustitución por otra ¹²⁹. Aunque creo que nada impide en la actualidad proceder de este modo ¹³⁰, como puede parecer arriesgado o problemático, lo mejor sería que una norma lo autorizase.

7.3 NEGATIVA DE UN TERCERO A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

Tercero respecto de un proceso de filiación es cualquier persona que no sea parte procesal cuyo ADN debería analizarse con el fin de solucionar la cuestión de filiación discutida en el proceso.

La necesidad de examinar el ADN de un tercero surge normalmente cuando en un proceso de reclamación de la paternidad el demandado opone la *exceptio plurium concubentium*, esto es, que

¹²⁶ En el artículo 7 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión) tan sólo se preveía que la toma de muestras biológicas sería llevada a cabo por el personal cualificado que correspondiera.

¹²⁷ La fácil obtención de muestras para la práctica del análisis del ADN explica que en algunas ciudades de EEUU se encuentren en las carreteras carteles en los que ciertas empresas ofrecen sus servicios para realizar pruebas de paternidad con el nada sutil eslogan publicitario: *Who's the Daddy? DNA Paternity Testing...* Por una cantidad de dinero esas empresas envían un juego de recipientes para recoger muestras que incluye algodón para raspar el interior de la boca. Luego las muestras han de ser enviadas por correo al laboratorio donde se analizará el ADN. Las muestras así recogidas no son admisibles en juicio, porque para ello se han de observar ciertas garantías, como que sean tomadas por personal autorizado y convenientemente custodiadas para evitar fallos o errores que podrían cambiar o alterar el resultado (véase, WATSON, *DNA the secret of life*, cit., p. 285).

¹²⁸ Vide, WALL, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁹ Como observa WALL, la cuestión de la cadena de custodia de las muestras con las que se ha de realizar el análisis del ADN tiene considerable importancia en los litigios sobre paternidad (*op. cit.*, p. 17).

¹³⁰ Vide, *infra*, el epígrafe 8.4.

la madre cohabitó con otros varones durante la época de la concepción y por eso padre podría ser un tercero.

El deber de prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso (*cf.* art. 118 CE), cuando esa colaboración consiste en someterse al análisis del ADN, no tiene el mismo alcance para un tercero que para una parte procesal, ni los derechos de un tercero (*v. gr.*, el derecho a la intimidad) deben posponerse a los del hijo en conocer y determinar su verdadera filiación como los del (supuesto) progenitor demandado¹³¹.

De ahí, que para resolver correctamente los asuntos de filiación en los que se ha opuesto la *exceptio plurium concubentium*, identificando a los concubentes, suele ser preciso convocar a éstos al proceso como parte procesal, pues sólo así pesará sobre ellos la carga de someterse a un análisis del ADN y podrá valorarse su negativa a la práctica de dicho análisis, si ha lugar a ello, conforme al artículo 767.4 LEC.

El principal problema que plantea esta postura es cómo conseguir la presencia en el proceso como parte procesal de los terceros no demandados inicialmente. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no resuelve expresamente este problema, pero su articulado permite reflexionar sobre las siguientes posibles soluciones:

1.^a Traer al tercero al proceso mediante una intervención provocada conforme al artículo 14 LEC. Sería ésta una buena solución si el demandante o el Juez de oficio pudieran provocar la intervención del tercero como parte en el proceso de filiación, mas no es precisamente esta solución la que se regula en los párrafos 1 y 2 del artículo 14 LEC.

Según el primer párrafo del artículo 14 LEC la Ley ha de permitir que el demandante llame al tercero en la demanda (parece que con este requisito se quiere establecer un *numerus clausus* de supuestos), mientras ninguna norma hay que permita al actor en un proceso de reclamación de la paternidad llamar a terceros concubentes. Además, en el artículo 14.1 LEC se prevé la intervención del tercero sin la cualidad de demandado, cuando en un proceso de reclamación de la paternidad interesa que los terceros intervengan como parte procesal con el fin de, en su caso, poder declarar su paternidad.

En el segundo párrafo del artículo 14 LEC se contempla la posibilidad de que, cuando la ley lo permita, el demandado llame a un tercero para que intervenga en el proceso. De ahí que esta solución tampoco es la adecuada porque, como ya he dicho, la ley no

¹³¹ Así RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación...», *loc. cit.*, p. 383.

prevé la posible intervención de los terceros concubentes ¹³² y al demandado en un proceso de reclamación de la paternidad le basta con oponer la *exceptio plurium concubentium* para lograr una posición procesal favorable, sin necesidad de que sean parte los terceros concubentes ¹³³, por lo que difícilmente el demandado provocará su intervención.

2.^a Quizás se pueden salvar las objeciones hechas a la solución anterior, si se admite que en el artículo 150.2 LEC ¹³⁴ se establece un supuesto general de intervención provocada de terceros que están identificados en autos. En este caso, la iniciativa del llamamiento no la toman las partes, sino el Tribunal, aunque nada impide que esta potestad se utilice en supuestos en que las partes debieron instar el llamamiento ¹³⁵.

A esta solución se puede objetar que el artículo 150.2 LEC no regula propiamente un supuesto general de intervención provocada porque no se halla entre las disposiciones relativas a la intervención, sino simplemente un concreto acto procesal de comunicación, que es la notificación de la pendencia del proceso a las personas que puedan verse afectadas por la sentencia.

3.^a Demandar a los terceros y solicitar la acumulación de procesos de acuerdo con el artículo 80 LEC. Esta solución que parecía ser la única posible bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 tiene como principal inconveniente alargar el procedimiento. Inconveniente que hay que intentar evitar sobre todo en interés del hijo ¹³⁶.

¹³² Quizás cabría interpretar que el artículo 101 del Código de familia catalán sí permite provocar la intervención de los terceros concubentes, en cuanto prevé: «1. La prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat durant el període legal de concepció no és motiu suficient per a destruir-ne la presumpció de paternitat. 2. En el supòsit de l'apartat 1, s'ha de declarar pare aquell la paternitat del qual resulti més versemblant en el procés corresponent. Tanmateix, si la probabilitat de paternitat entre els possibles pares és semblant, no se'n pot declarar la paternitat de cap».

¹³³ En sentido parecido, refiriéndose al Derecho catalán, RIVERO HERNÁNDEZ, *Las acciones de filiación en el Código de familia*, Barcelona, 2001, pp. 183 y 184.

¹³⁴ Según el artículo 150 LEC (*Notificación de resoluciones y diligencias de ordenación*): «1. Las resoluciones judiciales y diligencias de ordenación se notificarán a todos los que sean parte en el proceso. 2. Por disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el Tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos».

¹³⁵ Véase, sobre esta posibilidad, ORTELLS RAMOS/ORTELLS RAMOS Y OTROS, *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2000, p. 191.

¹³⁶ Observa RIVERO HERNÁNDEZ (*Las acciones de filiación...*, cit., p. 184) que como en este caso habría que suspender el procedimiento para dar ocasión a la parte demandante de poder demandar también a los designados como nuevos concubentes, acumulando luego todos los procesos, la suspensión puede ser problemática si no hay acuerdo entre las partes (art. 19.4 LEC).

Cuando la madre quiera determinar la filiación paterna de su hijo, pero desconozca cuál de entre los varones que con ella cohabitaron durante el período de la concepción es el padre, puede ejercitar simultánea y alternativamente tantas acciones de reclamación de la paternidad como concubentes haya ¹³⁷.

En este supuesto, como la intervención de varios hombres en el proceso no se deberá a que el demandado ha opuesto la *exceptio plurium concubentium*, los problemas procesales que suscita esta excepción se evitan. Sin embargo, se puede objetar a esta solución que si la madre hace una acumulación subjetiva de acciones alternativas dirigidas contra los varones que con ella cohabitaron en la época de la concepción, como sólo uno de ellos puede ser el padre, se impondrán costas a la madre por rechazarse todas sus pretensiones respecto de los varones que resulten no ser el padre (cfr. art. 394 LEC).

Ahora bien, por tratarse de un supuesto que presenta serias dudas de hecho y por la naturaleza de los intereses en conflicto creo que lo normal será que el Juez aprecie que no procede la expresa imposición de costas a la madre.

4.^a Otra solución podría ser llamar a los terceros al proceso después de la contestación a la demanda a petición de parte o de oficio, con fundamento en el artículo 753 LEC («... de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten...»).

Aunque seguramente el legislador al establecer esta norma más bien pensaba en facilitar la intervención en el proceso de las personas que debieron ser demandadas inicialmente en la demanda y no lo fueron ¹³⁸, nada impide aplicarla en caso de esgrimirse la *exceptio plurium concubentium*, a falta de otra norma específica. Además, se trata de un precepto aplicable a los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores ¹³⁹. Por estas

¹³⁷ No es inusual que una madre en esa situación desee que el análisis del ADN se realice en secreto y que con ese fin tome muestras, como podrían ser cabellos con la raíz, del niño y de alguno o algunos de los varones con los que tuvo relaciones sexuales durante el período de la concepción. Si, por ejemplo, duda sobre si el padre de su hijo es el hombre que con ella convive (del que obtiene muestras) u otro varón, con la prueba del ADN se acabarán sus dudas, porque el resultado será positivo o negativo. En el primer caso, padre será el varón con quien convive, y en el segundo, el otro hombre, al ser excluido como padre el compañero de la madre. Como indica WALL (*op. cit.*, p. 90), este modo de realizar la prueba del ADN puede considerarse poco ético y por ello esa información no podría ser utilizada en los tribunales, pero acabaría con un «fantasma familiar», además la madre podría reclamar con más seguridad la paternidad al probable padre.

¹³⁸ Vid., RIVERO HERNÁNDEZ, *Las acciones de filiación...*, cit., p. 183.

¹³⁹ No ha lugar, en cambio, a aplicar el artículo 420 LEC (dedicado a la posible integración voluntaria de la litis en casos controvertidos de litisconsorcio necesario), en primer lugar, porque este precepto se refiere a casos de litisconsorcio necesario y en mi opinión en el supuesto de la *exceptio plurium concubentium* no lo hay, pues puede consti-

razones, pienso que, en general, ésta será la solución más idónea al problema procesal que plantea la *exceptio plurium concubentium*.

Cuando se ha conseguido la intervención de los terceros como parte en el proceso, si con el análisis del ADN se comprueba la no paternidad de todos los hombres que cohabitaron con la madre menos la de uno que se niega a que le sea practicado dicho análisis, como regla general, debe declararse padre al renuente –siendo así desvirtuada la *exceptio*– si hay otros indicios de su paternidad.

Esta solución entiendo que debe admitirse no por estimar que, por ejemplo, si de tres concubentes es excluida la paternidad de dos, el tercero, sin más, tiene que ser el padre (decisión arbitraria si no se fundamenta, pues siempre pueden haber existido otros ignorados concubentes)¹⁴⁰, sino que procede declarar progenitor a ese tercer concubente –al igual que cuando hay un único demandado al que se reclama la paternidad que se niega a que le sean practicadas pruebas biológicas– por suponer que razones hay, que no revela, que le hacen adoptar una actitud reticente y que incitan a creer que es el padre, siempre que, además, existan otros indicios de la paternidad.

En este contexto, la negativa a someterse al análisis del ADN de quien inicialmente era un tercero considero que debe ser apreciada como un indicio valioso de paternidad que junto con otros ayudará a formar el juicio del Juez.

Cuestión más intrincada es la de cómo solucionar el conflicto de paternidades de hecho que se origina si habiendo sido opuesta la *exceptio plurium concubentium* varios concubentes rehúsan someterse al análisis del ADN. En este caso es obvio que la declaración de la paternidad se dificulta enormemente al no admitirse en nuestro Derecho el empleo de la coerción para lograr el sometimiento a las pruebas biológicas.

En semejante situación únicamente cabe que el Juez declare la paternidad de alguno de los concubentes cuando aprecie que existen indicios (por ejemplo, la convivencia estable con la madre

tuirse correctamente la relación jurídica procesal con sólo un concubente demandado. En segundo lugar, el artículo 420 LEC es una norma que se encuentra entre las que regulan el juicio ordinario, mientras los procesos de filiación son verbales especiales. Y, por último, resulta innecesario aplicar el artículo 420 LEC para solucionar la situación conflictiva que plantea la *exceptio plurium concubentium* existiendo el artículo 753 LEC, en cuanto éste es precepto aplicable a los procesos verbales especiales de filiación.

¹⁴⁰ Queda evidentemente superada la opinión de BARBIER, que sostenía que la *exceptio plurium concubentium* no puede ser rechazada demostrando por prueba biológica que el tercero no es el padre, porque la existencia de otro amante no se considera por la Ley como un motivo de titubeo entre dos paternidades posibles, sino de sospecha de otras relaciones desconocidas («L'examen de sang et rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation», *RTDC*, 1949, p. 354).

durante el período de la concepción, la posesión de estado...) que la hacen suficientemente verosímil. No obstante, en la mayoría de ocasiones, le faltarán al Juez elementos para pronunciarse a favor de la paternidad de algún concubente, lo que generalmente provocará la desestimación de la demanda¹⁴¹. Por esto, se justificaría totalmente la práctica forzosa del análisis del ADN en supuestos problemáticos como el recién descrito.

7.4 NEGATIVA DEL ACUSADO POR UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL A SOMETERSE AL ANÁLISIS DEL ADN

Cuando el supuesto padre es un acusado en un proceso penal por la comisión de un delito contra la libertad sexual (*v. gr.*, agresión sexual), su negativa a someterse al análisis del ADN con el que se pretende averiguar si es o no el padre del hijo de la víctima tiene distinta relevancia en el ámbito penal y en el ámbito civil. Mientras de la negativa del acusado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad no pueden deducirse consecuencias negativas para aquél en la vía penal (así, STS [Sala de lo Penal] de 11 de diciembre de 2001 [RJ 2002/1525]), pues no caben presunciones contra el imputado en ese ámbito, sí puede, en mi opinión, el Juez que *ex* artículo 193 CP tenga que pronunciarse sobre la filiación del hijo de la víctima, valorar dicha negativa como un indicio más que junto con otros permite declarar la paternidad del acusado conforme al artículo 767.4 LEC.

En un futuro próximo será de sumo interés conocer cómo se interpretará el nuevo segundo párrafo del artículo 363 LECrim, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, porque del sentido que se dé a la expresión «podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad», dependerá que sea posible o no recurrir a la coerción, incluso física, cuando el sospechoso de un delito contra la libertad sexual se niegue a someterse a las intervenciones corporales pertinentes para obtener muestras biológicas con el fin de determinar su ADN.

En el caso de que se opte por considerar que la obtención forzosa de muestras es una intervención corporal adecuada a los principios de proporcionalidad y razonabilidad si se cometen delitos

¹⁴¹ Para más detalles sobre mi postura en estos casos puede consultarse mi trabajo *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid, 1993, pp. 129 ss.

contra la libertad sexual, otro interrogante a resolver será si las muestras así obtenidas pueden también destinarse a la investigación de la paternidad del sospechoso, pues para esto es competente el juez penal (*cf.* art 193 CP).

Sin duda, la polémica está servida, porque no cabe esperar que el Gobierno en el Real Decreto que debe elaborar en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resuelva estos problemas.

8. MEDIDAS PARA HACER EFECTIVA LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Nuestro TS sostiene que «la toma de muestras –sangre– para la práctica de la prueba de la paternidad ... no puede imponerse a una persona por la fuerza, ni puede ser físicamente obligada a la toma de tal muestra para la práctica de la referida prueba, ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al de libertad de la persona; todo ello sin perjuicio de las consecuencias lógicas que haya lugar a deducir de tal negativa» (*sic*, STS de 13 de marzo de 1998 [RJ 1998/1288])¹⁴².

Con gran imprecisión se pronunció el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), en la que afirmó la obligación del demandado de someterse a las pruebas biológicas, pero sin manifestarse abierta y claramente sobre las consecuencias de su negativa a tal sometimiento, ya que no llegó a decir con claridad lo que hay que hacer exactamente ante la negativa de quien debería soportar las pruebas biológicas.

La ambigüedad de la sentencia 7/1994, de 17 de enero, provocó que la doctrina la interpretara de diferente manera. Mientras algunos autores entendieron que el TC pretendió justificar o consagrar la imposición forzosa de las pruebas biológicas en los procesos de filiación¹⁴³, otros dedujeron que no pueden practicarse con empleo

¹⁴² Véanse, también, las sentencias del TS de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987/8401], 21 de mayo de 1988 [RJ 1988/6543], 14 de julio de 1988 [RJ 1988/5690], 14 de mayo de 1991 [RJ 1991/3666], y de 18 de mayo de 2001 [RJ 2001/6460], como más significativas, entre muchas.

¹⁴³ Así lo entendieron, RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación...», *loc. cit.*, p. 380; y OCAÑA RODRÍGUEZ, «La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *loc. cit.*, pp. 124 y 130. Yo también lo consideré así, con demasiado optimismo, en mi trabajo «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *RJC*, 1994, núm. 3, p. 116.

de la fuerza física, si no hay una disposición legal que lo permita¹⁴⁴. Fuere cual fuere la intención del TC cuando dictó la sentencia 7/1994, de 17 de enero, lo cierto es que esta sentencia no tuvo ninguna incidencia en la doctrina sostenida hasta entonces por el TS¹⁴⁵.

Con posterioridad el TS también ha afirmado que «el afectado está obligado a posibilitar su práctica; no sólo, como dice la STC de 17 de enero de 1994, por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE); sino, por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)» (STS 28 de febrero de 1997 [RJ 1997/1392]).

Por su parte el Tribunal Constitucional en sentencia 95/1999, de 31 de mayo de acogió la doctrina establecida por el TS antes y después de la controvertida STC 7/1994, de 17 de enero¹⁴⁶, que ha sido consagrada en el vigente artículo 767.4 LEC.

Habida cuenta de que perjudica al hijo que no se pueda averiguar, ni deducir con un gran margen de seguridad quién es su progenitor, resulta evidente que lo deseable sería conseguir que siempre que sea necesario un análisis de ADN para la adecuada resolución del pleito pudiera realizarse.

¹⁴⁴ Véase, CHOCLÁN MONTALVO, «Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional», *AJA*, 1994, núm. 137, p. 4; LLEDÓ YAGÜE, «La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 enero 1994» (*sic*), *Rev. Der. Gen. H.*, 1994, núm. 1, p. 208; VEIGA NICOLE, «La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 40 y 41; y ÁLVAREZ GARCÍA, «Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 145.

¹⁴⁵ Además de los autores citados en las dos notas anteriores, comentaron esta sentencia: RUBIDO DE LA TORRE, «La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa», *RGD*, 1995, p. 4847; BUJOSA VADELL, «El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)», *RGD*, 1996, pp. 179 ss.; MORO ALMARAZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *CCJC*, 1994, núm. 34, pp. 325 ss.; SAINZ DE ROBLES, «La investigación de la paternidad en el proceso civil (En torno a la Sentencia TC 7/1994, de 17 de enero)», *Tapia*, 1994, núm. 75, p. 3; y SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, «La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC», *AJA*, 1994, núm. 143, p. 1.

¹⁴⁶ Como observa ETXEBERRÍA GURIDI, la sentencia del TC 95/1999, de 31 de mayo, consolida el definitivo abandono de cualquier pretensión de atribuir a la negativa del afectado por las pruebas biológicas la naturaleza de obligación procesal con las consecuencias jurídicas que ello pudiera acarrear («La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?», *Act. Civ.*, 2000, 1, p. 485).

El logro de este objetivo parece que sólo es alcanzable haciendo uso de la coerción como en Alemania¹⁴⁷, donde en virtud del principio del *Duldungspflicht*¹⁴⁸—cuya traducción más aproximada es la de deber de sometimiento o deber de soportar¹⁴⁹— existe la obligación para las partes y los terceros¹⁵⁰ de tolerar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la realidad biológica (§ 372 a) ZPO)¹⁵¹. Recurrir a la coerción física entiendo que no es factible hoy en España —como ha sostenido nuestra jurisprudencia— mas no ya por los argumentos (a los que después aludiré) que se suelen invocar en apoyo de esa posición, sino porque, como en Alemania, haría falta una ley que previese el posible uso de la coerción.

¹⁴⁷ También se recurre a la coerción física en caso de negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas en países del norte de Europa y en algunos Estados de EEUU (SIEHR, «Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung und ihre rechtliche Hindernisse im Nichtehelehenrecht der EWG-Staaten», *FamRZ*, 1974, 8/9, p. 409; ROSE-KAAN, «Der Vaterschaftsprozess in Frankreich und in Österreich», *Zs. f. Rechtsvergleichung*, 1980, p. 282; MICHAELIDES-NOVAROS, «La preuve de la paternité et le progrès de la science», *RIDC*, 1957, p. 50; y FRANK, «Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung», *FamRZ*, 1995, 16, p. 981).

¹⁴⁸ Analiza con detenimiento el sistema alemán desde una perspectiva procesal ETXEBERRÍA GURIDI, «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo. ¿una renuncia a postulados anteriores?», *loc. cit.*, pp. 496 ss.

¹⁴⁹ Introducido en Alemania por influencia de las ideas racistas del Nacionalsocialismo por la ley de 12 de abril de 1938. Dicen SCHUMANN y LEIPOLD que su subsistencia se justifica en la actualidad por la especial situación probatoria que tiene lugar a efectos de aclarar la procreación, en muchos casos sólo posible con la práctica de prueba biológica. Y dado que el Derecho material atribuye a la paternidad biológica una importancia decisiva, el Derecho procesal procura asegurar, en consecuencia, su demostrabilidad (*Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Bd. Tübingen, 1972, p. 1563; véase también SAUTTER, «Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO», *AcP*, 1962, 161. Band, pp. 215 ss.).

¹⁵⁰ Sobre la obligación de los terceros de someterse a las pruebas biológicas en Alemania puede verse WEBER, «Körperliche Untersuchung eines Dritten im Abstammungsprozess», *NJW*, 1963, 13, p. 574. Mencionan ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, como terceros que tienen el deber de someterse a una extracción de sangre o a otras intervenciones corporales necesarias para la declaración de la filiación, a quienes intervienen como litisconsortes adhesivos, a testigos y padres, abuelos o hermanos de las partes (*Zivilprozessrecht*, München, 2004, pp. 809 y 825).

¹⁵¹ Del 2.º párrafo del § 372 a) BGB resulta que sólo se puede recurrir a la coerción tras repetidas negativas injustificadas del obligado a someterse a las pruebas biológicas —sobre cuyo fundamento decide el Tribunal mediante «Zwischenurteil» (auto)— previa condena al pago de las costas causadas y multa, por aplicarse analógicamente los §§ 386 a 390 ZPO donde se prevén esas medidas para el caso de la negativa a testificar. Sólo entonces se pueden ordenar apremios directos y la comparecencia forzosa con el fin de efectuar las pruebas biológicas pertinentes pudiendo servirse el Tribunal para ello de los agentes judiciales, o incluso, de ser necesario, de la policía (SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, pp. 1566 y 1567; DAMRAU, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 2. Auflage, München, 2000, pp. 113 ss.; RAUSCHER, *op. loc. cit.*, pp. 99 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 811; y FRANK, *op. loc. cit.*, p. 977).

Los tribunales alemanes han considerado que son razones injustificadas para negarse a someterse a las pruebas biológicas, por ejemplo, el temor a ser perseguido criminalmente por falso testimonio (así, la sentencia de 29.5.1970, del OLG de Nürnberg, *FamRZ*, 1970, 11, pp. 597 ss.; y la de 8.8.1978, del OLG de Frankfurt, *NJW*, 1979, 24, p. 1257) o por resultar ser padre del hijo de la propia hija biológica (sentencia de 19.8.1992, del OLG de Hamm, *FamRZ*, 1993, 1, pp. 76 ss.); o el ser Testigo de Jehová (sentencia de 16.10.1974, del OLG de Düsseldorf, *FamRZ*, 1975, 1, pp. 51 y 52). Véase también sobre esto, SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, p. 1565; y RAUSCHER, *op. loc. cit.*, p. 102.

En nuestro país la breve regulación legal que por ahora existe sobre el análisis del ADN tan sólo se refiere a su uso en la investigación criminal sin que quede claro si es posible el empleo de la coerción para la obtención de muestras, por lo que este margen de incerteza seguramente inclinará interpretación de la ley (art. 363.2 LECrim) a favor de la no imposición forzosa de la prueba del ADN, tal como se venía apreciando antes de que existiera la actual normativa específica sobre la prueba del ADN ^{151 bis}.

Pienso que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional sería admisible una ley (orgánica, por supuesto, por afectar a derechos fundamentales) en la que se permitiera el uso de la coerción (una fuerza razonable) como último recurso para vencer la resistencia de quien se niega a someterse a un análisis de ADN en un proceso de filiación, máxime teniendo en cuenta que la intervención corporal necesaria para realizar tal análisis es mínima e indolora y tan o más grave me parece la violación de algunos derechos fundamentales que la ley permite en ciertos casos ¹⁵².

De la facultad que tienen los Jueces alemanes de emplear la fuerza con el fin de que se practiquen pruebas biológicas, no se hace un uso desmedido, ya que, según la doctrina y la jurisprudencia de su país, invariablemente han de ser respetados dos principios: el de *Erforderlichkeit* (necesidad) y el de *Verhältnismäßigkeit* (proporcionalidad), pues sólo entonces está justificada la limitación del derecho fundamental que tiene toda persona a la integridad corporal recogido en el artículo 2 Abs. 2 de la *Grundgesetz*.

^{151 bis} Creo que sigue siendo necesaria una Ley Orgánica que de forma clara y expresa prevea la posibilidad de tomar muestras del afectado sin su consentimiento. Parece que se pronuncia en este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 231 y 233. De opinión diferente es MONTERO LA RUBIA, en cuanto llega a la conclusión de que sí cabe la imposición, conforme al nuevo artículo 363.2 de la LECrim, de la práctica de la diligencia de recogida de muestras para la identificación por ADN del sospechoso ante la oposición de éste («Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *BIMJ*, 1 de agosto de 2004, núm. 1979, p. 2971).

¹⁵² Sin ir más lejos, en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, se prevén las siguientes medidas que puede acordar el Juez como efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado: 1.^a La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso. 2.^a El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el Juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario. 3.^a La entrada en el domicilio del deudor y su registro. Esta última medida puede adoptarse incluso cuando las personas afectadas nieguen su consentimiento en caso de concurrir determinadas circunstancias (indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra procedente).

El primero de estos principios implica que sólo cabe efectuar inspecciones médico-biológicas forzosas cuando tengan una importancia decisiva y sean una prueba necesaria para el esclarecimiento de la filiación, lo que exclusivamente puede afirmarse cuando tras haber agotado todos los medios de prueba disponibles la cuestión de la filiación no se haya resuelto y sólo la práctica de pruebas biológicas parece que posibilitaría una aclaración¹⁵³.

Conforme al segundo principio, una persona está obligada a tolerar una prueba biológica siempre que no comporte un perjuicio para su salud física¹⁵⁴ o psíquica. Si es un tercero el que tiene que someterse a las pruebas biológicas porque se sospecha que también cohabitó con la madre además del demandado a quien se reclama la paternidad, debe demostrarse previamente que existe un *Anhaltspunkte für Mehrverkehr* (un punto de partida del que inferir el trato sexual), con la idea de evitar que la persona se convierta en un mero objeto del proceso, lo que sucedería si se dispusiera su sujeción a las pruebas biológicas sobre la base de cualquier desconsiderada declaración¹⁵⁵. A lo dicho sobre este segundo principio hay que añadir que la investigación biológica de la paternidad ha de llevarse a cabo con métodos científicos reconocidos y serios¹⁵⁶ cuya solvencia sea indiscutible, pues la persona afectada no es ningún conejillo de indias, ni puede ser obligada a cooperar en experimentos científicos¹⁵⁷.

Se ha objetado en nuestro país, como en otros en los que el sometimiento forzoso a las pruebas biológicas no se acepta, que el uso de la coerción es inadmisibles por vulnerar ciertos derechos de la personalidad¹⁵⁸, como los derechos a la integridad física y a

¹⁵³ SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, p. 1563; ROTH-STIELOW, *Der Abstammungsprozess. Prozeßrecht- Materielles Recht*, München, 1978, p. 106; y THOMAS-PUTZO, *Zivilprozessordnung*, München, 1981, p. 699.

¹⁵⁴ Lo cual, dicen SCHUMANN y LEIPOLD no es objetivable y ha de determinarse en cada caso concreto en atención a la persona a examinar (*op. loc. cit.*, p. 1566).

¹⁵⁵ Así FURKEL, «La recherche de paternité naturelle en Droit allemand et français», *RIDC*, 1975, p. 341, nota 62; THOMAS PUTZO, *op. cit.*, p. 699; ROTH-STIELOW, *op. cit.*, p. 107; la sentencia del OLG de Stuttgart de 5.10.1972 (*NJW*, 1972, 49, p. 2226); y la del OLG de Karlsruhe de 15.6.1972 (*Die Justiz*, 1972, p. 357).

Sin embargo, no parece ser de esta opinión BEITZKE, por entender que muchas veces la cohabitación debe y puede ser comprobada precisamente mediante una prueba biológica («Rechtsfragender Vaterschaftsbegutachtung», Beitzke/Hosemann/Dahr/Schade, *Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis*, Göttingen, 1978, p. 21).

¹⁵⁶ SCHUMANN/LEIPOLD, *op. loc. cit.*, p. 1564; THOMAS-PUTZO, *op. cit.*, p. 701; y ROTH-STIELOW, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁷ ROTH-STIELOW, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁸ Véase, sobre esto, RIVERO HERNÁNDEZ, «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales (Con ocasión de dos autos del Tribunal Constitucional)», *PJ*, marzo 1992, núm. 25, pp. 53 ss.; y EGUSQUIZA BALMASEDA, «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (y II)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, pp. 56 ss.

la libertad personal, e incluso el derecho a la intimidad (piénsese en que a través del análisis de ADN se pueden poner al descubierto ciertas enfermedades hereditarias congénitas que a lo mejor se desea preservar del conocimiento ajeno)¹⁵⁹.

En mi opinión, estos argumentos resultan insuficientes –sobre todo desde que es posible investigar la paternidad o la maternidad analizando el ADN en muestras de fácil e indolora obtención (como pueden ser un cabello, saliva, etc.), que incluso podrían proporcionarse en el Juzgado dando fe de ello el Secretario Judicial– porque creo que también es un derecho fundamental o esencial de la persona conocer la propia filiación biológica y que ésta se determine, con apoyo en el artículo 10 C.E.¹⁶⁰. Con la consecuencia de que en la ponderación de intereses en juego debe estimarse más valioso el derecho de la persona que anhela conocer y determinar su filiación biológica que el del individuo que rehúsa someterse a un análisis de ADN sin razón alguna que justifique su negativa, en aquellos supuestos en los que la práctica de dicha prueba se considere decisiva o imprescindible para resolver adecuadamente el pleito, pues su actitud entraña un abuso del derecho muy difícilmente defendible, amén de que ello supone, sin duda, una falta de colaboración con la Justicia (*cf.* art. 118 CE y art. 17.1 LOPJ). Los derechos fundamentales no son absolutos y en determinados supuestos pueden ser objeto de limitaciones o restricciones cuando así lo exijan intereses superiores, como el interés del hijo en averiguar y determinar quién es su padre.

Quizás las objeciones más importantes, rebatibles en mi opinión, que se podrían hacer a este razonamiento en la actualidad, son:

1.^a Al no consagrarse expresamente el derecho a conocer el propio origen como un derecho fundamental¹⁶¹, ni en el artículo 14,

¹⁵⁹ En la sentencia de 27 de junio de 1987 el TS afirma: «la investigación de la paternidad por medios biológicos, aun propiciada por el artículo 39.2 de la Constitución y expresamente por el artículo 127 del Código Civil, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien especialmente, cuando se trata de la prueba de análisis de sangre, puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos que a la protección de la intimidad y a la integridad física le conceden los artículos 15 y 18 de la Carta Magna» (RJ 1987/4825).

¹⁶⁰ Véase, RIVERO HERNÁNDEZ, «La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *affaire Odièvre*)», *RJC*, 2004, núm. 1, p. 134; VIDAL PRADO, «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, núm. 22, p. 277; EGUSQUIZA BALMASEDA, «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 2, p. 76; y mi trabajo, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen», *ADC*, 1994, núm. 2, pp. 237 ss.

¹⁶¹ Exponente claro de la posibilidad de reconocer nuevos derechos fundamentales es la incorporación al acervo de derechos fundamentales ya existente del derecho a la protección de datos personales consagrado por el TC, con apoyo en los artículos 18.4 y 10.2 CE, en

ni en la Sección primera, del Capítulo segundo, del Título I, de nuestra Constitución, no es susceptible de tutela mediante el recurso de amparo de acuerdo con los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC ¹⁶², ni queda sometido en otros aspectos al régimen jurídico previsto en la Constitución para los derechos fundamentales ¹⁶³.

Mas pienso que esta objeción no es de recibo porque en la medida en que el ejercicio del derecho a conocer el propio origen comporta conseguir cierta información, si ésta no se facilita o proporciona, o si se dificulta o impide su obtención, cuando procede comunicar esa información al interesado, resulta vulnerado el derecho «a recibir libremente información veraz» contemplado en el artículo 20.1.d) CE cuya tutela sí se puede recabar a través del recurso de amparo ¹⁶⁴. Ciertamente es que el artículo 20.1.d) CE más bien parece referirse al derecho a recibir información de los medios de comunicación social sobre hechos que interesan a la colectividad, sin embargo, entiendo que no se excluye de su ámbito el derecho de cada sujeto particular a recibir información sobre hechos personales que le conciernen y afectan de lleno a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE).

En el asunto decidido por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002/78019), caso *Mikulic v. Croacia* ¹⁶⁵, la demandante, una niña

las sentencias 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre; véase, SEOANE RODRÍGUEZ, «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español ([A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre] [parte I])», *Rev. Der. Gen. H.*, 2002, núm. 16, pp. 73 y 95; y PRIETO GUTIÉRREZ, «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (y II)», *BIMI*, 15 de septiembre de 2004, núm. 1973, pp. 3330 ss.

¹⁶² Así, BASSOLS I PARÉS, «El dret al coneixement de la pròpia filiació biològica», AA VV, *Estudis en homenatge a Robert Vergés*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 35 y 45; y MAGALDI, *Derecho a saber, filiación biológica y Administración pública*, Madrid, 2004, p. 66.

¹⁶³ El hecho de que su fundamento se encuentre en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad no resuelve esta cuestión porque por su ubicación (art. 10 CE) la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad no aparecen configurados como derechos fundamentales sino como principios. En este sentido afirma el TC en su Auto 149/1999, de 14 de junio (RTC 1999/149 Auto): «la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10 CE), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso institucional de amparo».

¹⁶⁴ Considerar que el derecho a recibir determinada información forma parte del contenido del derecho a conocer el propio origen permite defender o tutelar este derecho con todas las garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales: con el recurso de amparo (art. 53.2 CE y art. 41.1 LOTC), con la reserva de ley orgánica (art. 81 CE), con la intervención del Defensor del Pueblo (art. 54 CE), y con el procedimiento agravado de reforma de la Constitución (art. 168 CE).

¹⁶⁵ Véase sobre este asunto, HAUSER, «Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique», *RTDC*, 2002, núm. 4, p. 795; y MARGUENAUD/RAYNARD, «Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée», *RTDC*, 2002, núm. 4, p. 866.

nacida en 1996, representada por su madre, ejercitó una acción de reclamación de la paternidad ante los tribunales croatas. El demandado fue citado seis veces para el examen de ADN, pero no compareció. En la demanda dirigida contra la República de Croacia la demandante se quejaba de que su derecho al respeto de su vida privada y familiar fue violado debido a la excesiva duración del proceso. También se quejaba de que no tuvo un recurso efectivo para acelerar el proceso o asegurar la comparecencia del demandado ante el tribunal. De interés aquí es destacar que, entre otras cosas, el tribunal entendió que «las personas en la situación de la demandante tienen un interés vital, protegido por la Convención, de recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal»¹⁶⁶.

2.^a Con el análisis de ADN es posible acceder a información genética, de carácter íntimo, de la persona que se somete al mismo, por lo que imponer a la fuerza dicho análisis podría suponer un atentado al derecho a la intimidad genética, cuyo fundamento último también se encuentra en la dignidad de la persona, ya que el genoma es lo que diferencia a los seres humanos entre sí y a la especie humana de las demás¹⁶⁷.

No obstante, pienso que la limitación del derecho a la intimidad genética que supondría la práctica forzosa del análisis de ADN con el fin de hacer valer el derecho a conocer el propio origen se justi-

¹⁶⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en su sentencia de 7 de febrero de 2002, caso *Mikulic v. Croacia*, razonó que la falta de medida procesal para obligar al supuesto padre a cumplir las órdenes que le da el órgano judicial para que se someta a la prueba del ADN sólo respeta el principio de proporcionalidad si se provee de medios alternativos para poder determinar la paternidad con cierta rapidez, cosa que no ocurrió con la demandante. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Mikulic v. Croacia* invocó también el principio del interés del menor y concluyó que hubo una incertidumbre prolongada sobre la identidad personal de la demandante y que no se le garantizó el respeto de su vida privada, por lo que hubo violación del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales («Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...»). La sentencia condenó por unanimidad a la demandada Croacia.

En este sentido, aunque con un supuesto de hecho diferente, en el asunto *Gaskin v. Reino Unido*, decidido por la sentencia de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989/16), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que las personas «tienen un interés primordial, protegido por el Convenio [omissis: para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación», por lo que falló que el expediente de los servicios sociales del señor Gaskin estaba indudablemente relacionado con su vida privada y familiar de tal manera que la cuestión del acceso a él debía considerarse incluida en el ámbito del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M. G. contra el Reino Unido*, en sentencia de 24 de septiembre de 2002 (TEDH 2002/50), en un supuesto muy similar al del asunto *Gaskin contra el Reino Unido*, se ha vuelto a pronunciar en el mismo sentido (afirmativo) sobre el derecho del demandante a obtener información de su vida privada y familiar contenida en su expediente de los servicios sociales.

¹⁶⁷ Véase, RUIZ MIGUEL, «La nueva frontera del derecho a la intimidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 14/2001, pp. 153 y 154.

ficaría por el mayor valor y trascendencia de este derecho fundamental en los procesos de filiación, en los que subyace un interés social y no sólo el estrictamente privado de las partes¹⁶⁸. Sobre todo teniendo en cuenta que los centros donde se analiza el ADN para averiguar la paternidad o la maternidad suelen realizar dicho análisis en el denominado ADN «no codificante» extremadamente apto para la identificación de las personas (caracterizado por su gran variabilidad entre individuos sin que revele otros datos que los meramente identificativos¹⁶⁹), con lo que se evita en lo posible una intromisión en la intimidad genética, ya que es el ADN codificante el que pone de manifiesto las características biológicas de la persona¹⁷⁰. Además dichos centros no hacen constar en sus informes más datos sobre el ADN de los que interesan en el proceso concreto de filiación¹⁷¹ (se prevén sanciones penales y civiles por la revelación de secretos¹⁷²), a lo que se debe añadir que esos datos no son fácilmente inteligibles por profanos en la materia.

¹⁶⁸ Según RUIZ MIGUEL, las limitaciones a la intimidad genética deben operarse: «en primer lugar, únicamente mediante ley orgánica, pues toda limitación es un “desarrollo” (restricivo) del derecho. En segundo lugar, la limitación debe ser “necesaria”, lo cual significa que sólo puede procederse a esta limitación si las demás medidas posibles, no lesivas del derecho fundamental, han resultado inoperantes. En tercer lugar, la limitación debe ser “proporcionada” al fin pretendido, lo cual significa que la autorización para invadir el derecho no significa una destrucción total del mismo, sino sólo la ablación de aquella parte del mismo que resulte imprescindible, quedando intacto en lo demás. En cuarto lugar, la limitación sólo puede emprenderse en defensa de bienes o derechos constitucionales, y aun así es de difícil justificación la limitación de un derecho tan importante» (*op. loc. cit.*, p. 157). A mi modo de ver, de todos estos presupuestos el primero podría concurrir y los demás se aprecian en el caso recién expuesto en el texto.

¹⁶⁹ Así se afirmaba en la Exposición de Motivos del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión), donde además se añadía: «La limitación de los análisis a estos marcadores no codificantes elimina toda vulneración del derecho a la intimidad, dado que —como ha venido reiterando la doctrina más autorizada— los datos obtenidos no revelan más información sobre el individuo que la que pueda ofrecer la huella dactilar» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1537).

¹⁷⁰ Sobre la distinción entre ADN codificante y ADN no codificante véase LORENTE, *Un detective llamado ADN*, *cit.*, pp. 30 ss., en especial la p. 35; y SÁNCHEZ/SILVEIRA/NAVARRO, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, 2003, p. 87.

Explican HUGUET y CARRACEDO, que gran parte del ADN no codificante se repite en tándem o de forma dispersa por el genoma. El ADN repetido puede estar en *tándem minisatélite* o *microsatélite* (o *STR*, *short tandem repeats*). Los *minisatélites* y los *microsatélites* son extraordinariamente polimórficos (esto es, variables entre los individuos), por lo que son los que más interesa analizar y los más utilizados («Investigación biológica de la paternidad», *loc. cit.*, p. 1172).

¹⁷¹ Se preveía en el artículo 10.3 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN (segunda versión): «La Agencia determinará las condiciones de seguridad y todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos» (*BIMJ*, 2000, núm. 1867, p. 1543). En la legalidad vigente se prevé algo similar en la d.a. 3.ª LECrim.

¹⁷² En el reglamento del Instituto de Toxicología (Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo) se establece sobre el secreto profesional: «Los facultativos y demás personal del Instituto están obligados a guardar secreto de las actuaciones procesales en que intervengan, o de las que tengan conocimiento» (cfr. art. 199 C.p.). Puede consultarse sobre la violación del secreto profesional OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001, p. 5; y APARICIO SALOM, *Estudio Sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, 2000, p. 207.

Que el derecho a la intimidad no es ilimitado resulta con claridad del artículo 8.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuanto este precepto establece que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley». Por lo tanto, aunque afecte a la intimidad, sería posible la imposición forzosa de un análisis de ADN si una ley orgánica lo autorizara y se acordara en cada caso dicho análisis por el Juez en resolución motivada, respetando no sólo el principio de necesidad, sino también el principio de proporcionalidad, según el cual debe haber una adecuada proporción entre la intromisión en la intimidad y la finalidad perseguida.

Para la persona interesada en que se investigue y se determine su filiación, como ha dicho el TC en su sentencia 197/1991, de 17 de octubre: «no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además – en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 C.E.–...»¹⁷³.

En la sentencia de 29 de junio de 2004 (RJ 2004/4438) el TS apreció que no existía ningún ataque al honor, ni a la intimidad, ni a la propia imagen que la parte recurrente vinculaba a su status social y actual situación familiar estable de persona casada con hijos, porque el derecho a la intimidad no se vulnera cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas, como en el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación, ya que en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público al entrar en juego en ellos los derechos de alimentos y sucesorios.

En la sentencia de 25 de junio de 2004 (RJ 2004/4009) el TS, con cita de otras sentencias, afirma que no puede decirse que resulta atacada la intimidad de las personas a través de las pruebas biológicas, cuando se practican con las garantías legales y la negativa carente de justificación, conjugada con otros elementos probatorios, permiten alcanzar judicialmente la declaración de paternidad pretendida.

A mi modo de ver ha de considerarse que el conocimiento del origen biológico y la determinación de la filiación pertenecen a la

¹⁷³ En este caso la prensa publicó circunstancias sobre el origen biológico de los hijos adoptados que los padres adoptivos no habían revelado –la madre adoptiva era la famosa actriz española Sara Montiel– por eso la sentencia se refiere en particular al supuesto del origen biológico del hijo adoptado.

esfera de lo íntimo desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva negativa, porque la persona tiene derecho a que la información sobre su origen no sea divulgada (STC 134/1999, de 15 de julio), a que se proteja del conocimiento ajeno. Y desde una perspectiva positiva¹⁷⁴, porque la persona tiene derecho a servirse de todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para averiguar su origen, para saber quiénes son sus progenitores y determinar su filiación, por tratarse de algo estrictamente personal que afecta a su identidad individual, incluíble en el ámbito reservado y protegido de su intimidad. De ahí que en mi opinión también podría pedirse la tutela constitucional del derecho a conocer el propio origen mediante el recurso de amparo alegando que no respetar el derecho a conocer el origen biológico entraña una vulneración del derecho a la intimidad.

Por todo ello entiendo que el conflicto de intereses que se plantea entre el derecho a la intimidad de la persona que desea investigar y determinar su filiación y el derecho a la intimidad genética del sujeto que se niega a someterse al análisis del ADN debe resolverse a favor del derecho a la intimidad del primero, por el mayor valor del derecho a conocer el propio origen y lo que comporta.

3.^a La extracción forzosa de muestras con el fin de realizar un análisis de ADN comportaría una restricción a la libertad personal del sujeto y un atentado a su integridad física.

La objeción de la restricción a la libertad personal ni se plantearía si mediante ley orgánica (*cf.* art. 81.1 CE) se permitiera la privación de libertad de una persona por el tiempo imprescindible¹⁷⁵ para tomar muestras con el fin de analizar su ADN¹⁷⁶, ya que según

¹⁷⁴ Sobre la dimensión positiva de la intimidad puede consultarse SÁNCHEZ/SILVEIRA/NAVARRO, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

¹⁷⁵ En la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, se prevé que la adopción de cualquiera de las medidas que puede acordar el Juez que afecte a derechos fundamentales del concursado se acordará estableciendo: «la duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el Juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el Juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese» (art. 1.3 *d*).

Pienso que si una ley orgánica regulara la obligación de soportar un análisis de ADN con el fin de determinar la filiación, debería prever que la duración de la privación de libertad ha de limitarse al tiempo estrictamente necesario para la toma de muestras, estableciendo quizás un límite máximo de tiempo.

¹⁷⁶ Como observa BUJOSA VADELL: «Sería necesaria una nueva norma habilitante, con rango de ley orgánica, que fijara los criterios de proporcionalidad y permitiera la lícita coacción para esta prueba. Creo que esta norma no sería inconstitucional si respetara el principio de proporcionalidad en el caso concreto» (*op. loc. cit.*, p. 192).

el artículo 5.1.b) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950¹⁷⁷, cabe la posibilidad de restringir el derecho a la libertad con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley¹⁷⁸. Obligación que en este caso se justificaría, como he dicho con insistencia, por el gran valor y trascendencia del derecho fundamental a conocer el propio origen y a que la filiación se determine, y por el hecho de que el sacrificio que se exige al sujeto que ha de tolerar la toma de muestras para que se analice su ADN no resulta desproporcionado respecto de la finalidad perseguida, ya que la intervención corporal necesaria para realizar un análisis de ADN, por nimia y banal, no puede considerarse que vulnera la integridad física, ni es inhumana o degradante, ni pone en peligro la vida o salud del intervenido.

La inadmisibilidad de la imposición a la fuerza del análisis de ADN en los procesos civiles de filiación, a falta de una norma en nuestro ordenamiento jurídico que eso autorice, me lleva a meditar sobre la posibilidad de emplear otros medios de presión que estimulen la colaboración a la práctica del análisis de ADN. Pienso, en concreto, en la eventual imposición de multas y en apreciar la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial¹⁷⁹. Además, también he de reflexionar sobre si es admisible o no emplear para el análisis de ADN muestras obtenidas con consentimiento del sujeto pero destinadas a un fin distinto de la determinación de la filiación. Por último haré una valoración final de la solución favorable a la obligatoriedad en el futuro del análisis de ADN en los procesos de filiación, por la que abogo.

¹⁷⁷ Dice así el artículo 5.1 b) CEDH: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:... b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley».

¹⁷⁸ Muestra de tal posibilidad es el artículo 100 (Compulsión sobre las personas) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto en su primer párrafo dispone: «Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución».

¹⁷⁹ En Derecho suizo (art. 254.2 ZGB) las partes y los terceros tienen la obligación de cooperar en las pruebas biológicas necesarias para la aclaración de la filiación y que no comportan riesgos para la salud. El Juez puede valorar libremente la negativa a someterse a las pruebas biológicas, que además puede comportar una multa según el Derecho cantonal o que se aprecie la comisión de un delito de desobediencia según el artículo 292 StGB. Se rechaza la aplicación de la fuerza pública (véase, HEGNAUER, *op. cit.*, p. 108; y SCHWENZER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Zivilgesetzbuch I, art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, 2002, p. 1333).

8.1 IMPOSICIÓN DE MULTAS

En nuestro ordenamiento jurídico soportar la práctica del análisis de ADN se configura como una carga procesal¹⁸⁰ en cuanto la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad tan sólo coloca a quien adopta esa actitud en una situación desventajosa, ya que tal comportamiento, según el artículo 767.4 LEC: «permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios». En consecuencia, como someterse a la toma de muestras para el análisis de ADN no es una obligación no me parece procedente sancionar la negativa injustificada con una multa cuando el sujeto cuyo ADN debería ser analizado desde un principio ha dejado clara su postura, ya que la valoración de la negativa injustificada como un indicio de la paternidad o de la maternidad es lo que se prevé legalmente¹⁸¹.

No obstante, en mi opinión, la imposición de multas es una opción posible y a tener en cuenta cuando quien ha de someterse a la práctica del análisis de ADN, debidamente citado, por causas no justificadas, sin haber expresado su negativa, no comparece en el sitio y a la hora señalados para la toma de muestras necesarias para realizar dicho análisis, debiendo ser convocado de nuevo con tal fin repetidas veces.

En este supuesto, dado que esa actitud conculca las reglas de la buena fe, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 LEC, creo que ha lugar a incoar expediente gubernativo, en primer lugar, contra la parte que no se niega claramente, pero tampoco colabora, a la práctica del análisis de ADN, a los efectos de ponderar la imposición de una multa, y, en segundo lugar, contra su Letrado por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria¹⁸².

¹⁸⁰ Lo afirma el TS en las sentencias de 3 de noviembre de 2001 (RJ 2002/230), 11 de marzo de 2003 (RJ 2003/2569), 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8284), y 24 de junio de 2004 (RJ 2004/4315).

¹⁸¹ Sobre los conceptos de obligación y de carga procesal, véase BUJOSA VADELL, *op. loc. cit.*, p. 186.

¹⁸² Dice así el artículo 247 LEC (Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento): «1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las

Cierto es que la posibilidad de que se imponga una multa puede no producir el efecto desincentivador deseado cuando la persona sancionada goza de una desahogada posición económica. Con todo, pienso que la imposición de una multa no deja de ser por eso una medida que disuadirá en ocasiones de adoptar actitudes obstaculizadoras y de mala fe frente a la decisión judicial de realizar el análisis de ADN.

Si se llega a autorizar en nuestro ordenamiento jurídico la imposición forzosa de las pruebas biológicas con el fin de investigar la filiación creo que sería conveniente, para intentar evitar el empleo de la fuerza física, establecer como medida previa un sistema de multas coercitivas semejante al previsto en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para ejecutar las obligaciones de hacer algo personalísimo (*cf.* arts. 709 y 711)¹⁸³. En cualquier caso, incluso aunque no se llegue a permitir el empleo de la fuerza física para lograr la práctica del análisis del ADN, creo que para estimular su realización sin tener que recurrir a la compulsión directa sería mejor y más eficaz un sistema de multas coercitivas que la multa sancionadora prevista actualmente en el artículo 247 LEC.

8.2 COMISIÓN DE UN DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD JUDICIAL

Para que pudiera apreciarse la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial por negarse una de las partes a colaborar en la práctica del análisis del ADN cuando lo dispone el Juez, pienso que el sometimiento a la intervención corporal necesaria para realizar ese análisis debería estar configurado como una verdadera obligación en vez de como una carga procesal. De ahí que la negativa a someterse a pruebas biológicas no puede ser penalmente perseguida y castigada porque la ley se limita a valorarla como un indicio que junto con otros indicios de la paternidad o de la maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada.

Sin embargo, creo que sí cabe la compulsión psicológica a través de la advertencia de la valoración que se hará –conforme al art. 767.4 LEC– de la negativa del sujeto a someterse a las pruebas biológicas. Por eso, cuando quien ha de consentir el análisis del ADN no se niega abiertamente a su realización pero adopta una

reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria».

¹⁸³ Véase, QUICIOS MOLINA, *op. loc. cit.*, p. 502.

actitud obstruccionista y contraria a la buena fe procesal al no presentarse para que le sean tomadas las muestras necesarias con el fin de que se analice su ADN, habiendo sido citado correctamente reiteradas veces, parece admisible y pertinente convocarlo a la vista, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de no comparecer el día señalado en la vista, para advertirle de que su actitud se interpretará como una negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, con las consecuencias que ello comporta. Piénsese en que para que proceda la aplicación del artículo 767.4 LEC la ley exige una «negativa injustificada», que no queda clara si el sujeto en principio se limita a no comparecer en el lugar y momento indicado para la toma de muestras con las que analizar su ADN. Situación ésta que resultará todavía más ambigua, indefinida y problemática si el sujeto manifestó su intención de someterse a las pruebas biológicas o si justifica de alguna manera (insuficientemente) sus reiteradas incomparecencias. De ahí que presionar como acabo de exponer al sujeto cuyo ADN se ha de analizar, para que claramente manifieste su intención de no someterse a las pruebas biológicas o, en su caso, con el fin de advertirle de las consecuencias de su actitud reticente, me parece pertinente. Y si tras sucesivos apercibimientos de incurrir en delito de desobediencia en caso de no acudir a la vista, el sujeto sigue sin comparecer en la vista, o si habiendo asistido a la vista luego no se presenta para que se le extraigan las muestras necesarias con el fin de examinar su ADN, pienso que se puede considerar que por su parte existe una negativa injustificada a someterse al análisis de ADN a efectos de aplicar el artículo 767.4 LEC, sin perjuicio de la posibilidad de imputarle además, cuando haya lugar a ello, la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, cuyos efectos disuasorios pueden ayudar a vencer la resistencia de otros sujetos a someterse al análisis del ADN.

8.3 OBTENCIÓN DE MUESTRAS PARA ANALIZAR EL ADN DE UNA PERSONA SIN SU CONSENTIMIENTO Y SIN EMPLEAR *VIS FÍSICA*

De lo expuesto se colige que en nuestro ordenamiento jurídico el análisis del ADN realizado con el fin de investigar la paternidad o la maternidad es lícito cuando lo consiente el sujeto que se ha de someter al mismo, porque en ese caso no pueden considerarse vulnerados derechos fundamentales. Por razones que ya he ido indicando tampoco sería ilícito un análisis de ADN impuesto a la fuerza si una ley orgánica lo permitiera. La falta de cobertura legal que

legitime la práctica forzosa de tal análisis en los procesos de filiación me lleva a plantear si sería procedente y admisible realizarlo sin consentimiento o contra la voluntad del sujeto cuyo ADN se ha de examinar, de poder conseguir muestras idóneas para ello sin necesidad de forzarlo, por haber facilitado el afectado sangre u otros fluidos o tejidos corporales para un fin distinto al de la investigación de la paternidad o de la maternidad (por ejemplo, a un centro hospitalario con ocasión de una intervención quirúrgica).

A mi juicio, mientras una ley no autorice ese modo de actuar, en cuanto vulnera el derecho a la protección de datos personales, recientemente consagrado por el Tribunal Constitucional¹⁸⁴ como culminación de la tutela de la esfera íntima y privada de la persona¹⁸⁵, toda prueba así obtenida sería ilícita, procesalmente ineficaz y debería rechazarla el Juez por contravenir el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales»).

En apoyo de esta postura hay que mencionar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de protección de datos de carácter personal¹⁸⁶, en la que se exige el consentimiento del interesado para el tratamiento automatizado de sus datos personales, ya que en el artículo 6.1 dispone: «El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa»; en el artículo 7.3 prevé: «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente»; y en el artículo 11.1

¹⁸⁴ En las sentencias 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre. Puede consultarse sobre esto SEOANE RODRÍGUEZ, *op. loc. cit.*, pp. 71 ss.

¹⁸⁵ Observa SEOANE RODRÍGUEZ que «son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos» (*op. loc. cit.*, p. 98).

¹⁸⁶ Creo que procede la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, porque como observa APARICIO SALOM aunque la muestra biológica sin analizar no puede ser considerada como un dato, puesto que es necesario su análisis para la obtención de la información, la tenencia de una muestra biológica constituye un riesgo de tratamiento de datos, puesto que permite a quien tiene acceso a la misma obtener toda la información contenida en dicha prueba. En el momento en que la muestra se somete a un análisis genético se obtienen datos de carácter personal, ya que el resultado del análisis es una información, que está referida a la persona titular de la muestra (*op. cit.*, p. 52).

establece: «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». No creo que la comunicación de datos personales prescindiendo del consentimiento del interesado cuando tenga por destinatarios a jueces y tribunales, a que se refiere el artículo 11.2.d) ¹⁸⁷, abarque la cesión de muestras de las que deducir el perfil genético con el fin de determinar la filiación, porque en este caso además de tal cesión sería necesario el análisis del ADN de las muestras y para ello es necesario el consentimiento del afectado ¹⁸⁸.

Por su parte, el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone que tendrá la consideración de intromisión ilegítima «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela».

Distinta habría de ser la solución si fuera posible imponer a la fuerza el análisis del ADN, porque en ese caso creo que el Juez podría ordenar a cualquier tercero (laboratorio, centro médico, etc.) que aportara al proceso las muestras necesarias para examinar el ADN con el fin de investigar la paternidad o la maternidad, lo que se justificaría sobre todo por el propósito de evitar emplear la *vis física* para conseguir muestras.

Mientras no se permita por ley orgánica la imposición forzosa del análisis del ADN en los procesos de filiación, tampoco me parece admisible la investigación de la paternidad o de la maternidad analizando el ADN de muestras proporcionadas voluntaria-

¹⁸⁷ Dice literalmente el artículo 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal: «El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: ... d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas».

¹⁸⁸ Sobre este tema dice APARCIO SALOM: «en el caso de que vaya a procederse al análisis de la muestra, será legalmente obligatorio, por imponerlo así los artículos 5 y 6 de la LOPD, que se informe debidamente al interesado (o sus padres o tutores) de dicha intención, de la finalidad del análisis y de la información que pretende obtenerse de ella y que se consienta todo ello por el mismo consentimiento que habrá de ser expreso, puesto que la información a obtener normalmente será relativa a la intimidad especialmente protegida del artículo 7. Otro tanto ocurrirá en el caso de que el resultado del análisis genético ya realizado, que se considera un conjunto de datos, vaya a ser objeto de un estudio específico, del que pretenda obtenerse alguna información concreta. Esto es, cuando pretenda analizarse la información obtenida de algún análisis genético, sin necesidad de analizar nuevamente la muestra biológica. Este supuesto constituye un nuevo tratamiento, con una finalidad específica distinta de la que motivó el anterior análisis o estudio, por lo que será preciso, en todo caso, el previo consentimiento del interesado» (*op. cit.*, p. 54).

mente por parientes próximos (progenitores, hermanos, hijos) del supuesto padre o madre, si éste se niega a aportar muestras, porque también se trataría de una prueba obtenida indirectamente violentando derechos fundamentales, inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico (art. 11.1 LOPJ). En concreto, resultaría sobre todo vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos personales, al no haber dado el afectado su consentimiento para la recogida y uso de datos personales suyos obtenidos a través de sus parientes próximos, con el fin de que se investigue su paternidad (o maternidad).

8.4 VALORACIÓN FINAL DE LA IMPOSICIÓN FORZOSA DEL ANÁLISIS DEL ADN

Sea cual sea el juicio que se haga sobre la (posible) imposición forzosa del análisis del ADN en los procesos de filiación permitida en Alemania –que en mi opinión sólo puede ser favorable, si se lleva a cabo de una forma comedida, cumpliendo determinados requisitos– lo cierto es, que en ese país, gracias al deber de soportar las pruebas biológicas, la filiación es establecida con más frecuencia y mayor seguridad que en otros en los que se rechaza el recurso a la coerción. Por eso, en interés del hijo, estimo que sería conveniente regular la obligación de someterse al análisis del ADN y su posible ejecución forzosa en nuestro ordenamiento jurídico.

Pienso que no serían más persuasivas otras soluciones como la simple imposición de multas o sancionar como delito de desobediencia la negativa a someterse a las pruebas biológicas, porque en ocasiones es posible que no se consiga el efecto deseado, si el presunto padre prefiere pagar la multa o cumplir la pena prevista para el delito de desobediencia, antes que someterse al análisis del ADN por el temor de que se pruebe su paternidad con la consecuencia de que en ese caso con seguridad tendrá que satisfacer al hijo una pensión alimenticia durante años.

Cierto es que de admitirse la práctica obligatoria del análisis de ADN puede resultar muy violento –a mí, desde luego, me lo parece– forzar físicamente a una persona con el objeto de obtener muestras idóneas para analizar su ADN (basta con imaginar a unos fuertes agentes de los cuerpos de seguridad del Estado inmovilizando al sujeto afectado, mientras otra persona toma las muestras necesarias). Sin embargo, hay que pensar en que el responsable de tan lamentable espectáculo sería el propio sujeto afectado que muy bien podría evitarlo accediendo voluntariamente a someterse a un

análisis del ADN, que es el comportamiento que cabe esperar de una persona civilizada y razonable ¹⁸⁹.

Además, seguramente en la mayoría de los casos no sería necesario llegar a la situación extrema de imponer a la fuerza el análisis del ADN porque el posible empleo de la coerción física tendría un efecto disuasorio de la negativa a someterse al análisis de ADN ¹⁹⁰.

A lo anterior se debe añadir que no es excepcional que el cumplimiento de la ley tenga lugar a la fuerza, con la intervención de agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, violentando inevitablemente ciertos derechos fundamentales (la libertad, la intimidad), pues así sucede, por ejemplo, cuando se detiene a una persona contra su voluntad por la comisión de un delito, cuando se embargan bienes oponiéndose el interesado o cuando se ejecuta una sentencia en la que se decreta el desahucio por falta de pago de la renta arrendaticia y hay que proceder al desalojo forzoso de la vivienda arrendada y al lanzamiento del arrendatario.

Ahora bien, para que la imposición forzosa del análisis del ADN en los procesos de filiación fuera procedente y legítima, por las razones ya expuestas, tendría que autorizarla una ley orgánica y en cada caso concreto deberían observarse los principios de necesidad y de proporcionalidad, esto es, debería tratarse de una prueba indispensable para resolver la cuestión de filiación suscitada y la limitación de ciertos derechos debería justificarse por la finalidad perseguida.

Pienso que no se respetaría el principio de proporcionalidad si la imposición forzosa del análisis de ADN supusiera un perjuicio para la salud del sujeto que lo ha de tolerar –lo que difícilmente se apreciará porque es posible realizar dicho análisis con muestras de fácil e indolora obtención– y si no existieran indicios racionales, serios y suficientes de los que inferir bien el trato sexual (si el pleito es de reclamación de la filiación) o bien la falta de vínculo biológico (si el pleito es de impugnación de la filiación).

En garantía de que se respetan esos dos principios, la resolución judicial que acordase la imposición forzosa del análisis de ADN debería estar motivada y la solvencia técnica y científica de los centros donde se realiza la pericia tendría que estar acreditada con arreglo a lo que prevea la ley, sin perjuicio de que con el objeto de facilitar la práctica del análisis de ADN y por razones de economía procesal se permita que determinadas muestras se puedan tomar incluso en el propio Juzgado (cabello, saliva, dada la simpli-

¹⁸⁹ Véase, RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica», *loc. cit.*, p. 382.

¹⁹⁰ Así, BUJOSA VADELL, *op. loc. cit.*, p. 193.

cidad de su obtención), por el personal cualificado que corresponda, siguiendo las instrucciones de los especialistas y dando fe de ello el Secretario Judicial. Como ha dicho el TS en sentencia de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7320): «El que la extracción de sangre se practicara en un lugar y la práctica de la prueba en otro –el Instituto Nacional de Toxicología– no implica irregularidad procesal alguna».

En cualquier caso habría que exigir legalmente la adopción de medidas para conservar las muestras, salvaguardar la cadena de custodia cuando las muestras se trasladen al laboratorio y evitar la contaminación, manipulación o sustitución de las muestras, como está previsto que se haga en el Real Decreto que ha de elaborar el Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De lamentar es que de momento sólo se regule el uso del análisis de ADN en el ámbito de la investigación criminal, cuando tan necesaria es su regulación en el ámbito de los procesos de filiación, en los que actualmente es la prueba principal, casi siempre imprescindible para resolver adecuadamente la cuestión de filiación discutida.

Además, mientras la prueba del ADN es decisiva en los procesos de filiación, en los procesos penales puede no serlo. Así sucede cuando se duda si los vestigios biológicos hallados en la escena del delito pertenecen realmente a quien lo cometió ¹⁹¹.

La regulación legal del uso de la prueba del ADN en los procesos penales, sobre todo si se llega a admitir su posible imposición forzosa, excluyendo la investigación de la paternidad, puede originar algunas incoherencias y problemas.

¹⁹¹ Tras rechazar el empleo de la fuerza física para realizar análisis de ADN con el fin de obtener pruebas que acrediten la culpabilidad del acusado, porque en el proceso penal este tipo de intervenciones no tiene por qué dar lugar necesariamente a pruebas concluyentes, observa HUERTAS MARTÍN: «Otro tipo de planteamiento podría seguirse respecto a las pruebas biológicas en los procedimientos de filiación, en los que sí parece más aconsejable la implantación de su obligatoriedad por cuanto, además de ser, en la mayoría de las ocasiones, el único medio posible de acreditar la realidad o no de la relación paterno o materno-filial, entran en juego importantes derechos del menor como los consagrados en los artículos 24.1, 14 y 39 de la CE» (*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, p. 409, nota 608).

En sentido parecido observa GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: «Tampoco presenta ninguna dificultad, a nuestro parecer, obligar a terceros a someterse a investigaciones dirigidas a determinar la filiación, si ello es de interés para la causa, incluyendo las extracciones coactivas de sangre. Se trata de una medida de escasa importancia que ... no vulnera el derecho a la integridad física y que cabría reclamar no sólo en el ámbito del proceso penal sino también dentro del proceso civil, como medio de investigación de la paternidad en los procesos de filiación, dándose así respuesta adecuada al conflicto de intereses sociales e individuales subyacente y cumpliéndose de este modo el mandato del artículo 39.2 C. *in fine*: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”» (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 293).

Piénsese en que puede determinarse la filiación en un proceso penal, porque el artículo 193 del Código penal (*Pronunciamiento del Juez sobre filiación y alimentos*) dispone: «En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos».

¿Se aplicará la normativa Ley reguladora del uso del ADN no sólo cuando se trate de una investigación criminal, sino también cuando como posible consecuencia derivada de la comisión de un delito contra la libertad sexual haya lugar a una investigación de la paternidad? ¿O en un mismo asunto se aplicará dicha legislación sólo a la investigación criminal pero no a la investigación de la paternidad (si esa disociación es posible en la realidad)?¹⁹².

Puede suceder que en el supuesto de perpetrarse una agresión sexual la prueba incriminatoria principal llegue a ser precisamente la del ADN si acredita la paternidad del presunto agresor respecto del hijo de la víctima¹⁹³. ¿Se aplicará en ese caso la legislación que regula el empleo de la prueba del ADN para averiguar si el supuesto agresor es el padre del hijo de la víctima con el fin de probar que realmente cometió el delito contra la libertad sexual del que se le acusa? ¿No se aplicará, en cambio, esa normativa en los procesos civiles de filiación cuyo objeto sea la investigación de la paternidad?

Si se admitiese la imposición forzosa de la prueba del ADN en la investigación criminal¹⁹⁴, incluyendo la investigación de la filiación a esos efectos en los procesos penales, pero excluyendo la

¹⁹² Dice FÁBREGA RUIZ (*Biología y filiación, cit.*, p. 68, nota 62) que cada vez es más frecuente el uso en materia penal de las pruebas biológicas de paternidad. Cita como ejemplo la sentencia del TS (Sala 2.ª) de 1 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9896). Afirma el TS en el quinto fundamento de derecho de esta sentencia: «Se vuelve a insistir de nuevo en la falta de certeza de la prueba biológica practicada para determinar la paternidad del procesado y que, como ya se ha dicho, arroja un grado de probabilidad que ha sido fijado en el 99,7 por 100 sin que deje resquicio alguno a la duda razonable. Esas tres centésimas que deja abierta la pericia biológica no constituyen una base sólida para introducir la duda del ánimo del juzgador, muy al contrario sirven para proporcionar una certeza sobre el hecho básico que se desprende de su resultado que es muy difícil de conseguir en la generalidad de las pruebas de que se disponen en el proceso penal».

¹⁹³ Consúltase, LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA y VILLANUEVA CAÑADAS, *Identificación por ADN*, www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/huella.htm, p. 13. Véase también sobre las dificultades para probar la comisión de delitos contra la libertad sexual y la utilidad de la prueba del ADN para averiguar quién fue su autor CHOCLÁN MONTALVO, «Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual», *La Ley*, 1994, núm. 3, pp. 815 ss.

¹⁹⁴ Como ha propugnado cierta doctrina penalista. Véase, por ejemplo, GÓMEZ AMIGO, *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Navarra, 2003, pp. 45 ss.; MORA SÁNCHEZ, *op. loc. cit.*, p. 202; y DE LUIS TURÉGANO, «Les proves de l'ADN. La prova penal i la pràctica judicial», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 250.

investigación de la paternidad en los procesos civiles de filiación, se daría un trato discriminatorio injustificado a los hijos por razón de las circunstancias de su nacimiento, ya que paradójicamente estarían en mejor posición para tener certeza sobre su filiación los hijos engendrados a consecuencia de delitos contra la libertad sexual, que los demás. Aquéllos podrían tener una certeza lindante en seguridad sobre su filiación por ser posible su determinación mediante el análisis del ADN (al poder imponerse a la fuerza esta prueba), mientras los otros podrían determinar su filiación, pero con ese grado de certidumbre sólo cuando el presunto progenitor consintiese en someterse a dicho análisis.

Estas son algunas de las cuestiones problemáticas que pienso se podrían plantear en un futuro próximo al haber optado el legislador por regular la utilización del análisis del ADN sólo en la investigación criminal. Comprendo que era urgente dotar de cobertura legal a la prueba del ADN y a las bases de datos con perfiles de ADN de personas que se utilizan como instrumentos para luchar contra la delincuencia¹⁹⁵, mas por la importancia que tiene la realización de dicha prueba en los procesos civiles de filiación debió regular también el legislador el uso del análisis del ADN en este ámbito.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel-Damián: «Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- ANDRE, A./RIGO, G.: «Le Code Napoléon et la réalité biologique en matière de filiation», *Biomathematical Evidence of Paternity*, Berlin, 1981, pp. 35 ss.
- APARICIO SALOM, Javier, *Estudio Sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, 2000.
- BÄR, Walter/KRATZER, Adelgunde: «Die Leistungsfähigkeit des DNA-Gutachtens in der Vaterschaftsbegutachtung», *AJP*, 1992, pp. 357 ss.
- BARBIER, M. P.: «L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs a la filiation», *RTDC*, 1949, pp. 345 ss.
- BARTEL, J.: «Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung. II. Stellungnahme», *FamRZ*, 1992, 3, pp. 276 ss.

¹⁹⁵ Sobre las bases de datos con perfiles de ADN de personas que se utilizan en la investigación criminal se puede consultar LORENTE, *Un detective llamado ADN*, cit., pp. 155 ss.

- BASSOLS I PARÉS, Agustí: «El dret al coneixement de la pròpia filiació biològica», AA VV, *Estudis en homenatge a Robert Vergés*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 29 ss.
- BEIGNIER, Bernard: «Quasi fur. Mort brutale et expertise génétique», *D., jurisprudence*, 2000, p. 620.
- BEITZKE, Günther: «Rechtsfragender Vaterschaftsbegutachtung», Beitzke/Ho-semann/Dahr/Schade, *Vaterschafts gutachten für die gerichtliche Praxis*, Göttingen, 1978.
- BELLIVIER, Florence/BRUNET, Laurence/LABRUSSE-RIOU, Catherine: «La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi ?», *RTDC*, 1999, pp. 530 ss.
- BESTETTI, A./ROSSI, U.: «Essen-Möllers numerisches Beispiel für seine Formel», *Biomathematical Evidence of Paternity*, Berlin, 1981, pp. 69 ss.
- BOLUND, Lars: «Recent Research on Human DNA-poly-morphism», *Advances in Forensic Haemogenetics 1*, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio, 1986.
- BRINKMANN, B.: *Das neue Vaterschaftsgutachten*, Münster, 1997.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: «El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)», *RGD*, 1996, pp. 179 ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (A propósito de la Sentencia del TS de 5 de junio de 1997)», *Act. Civ.*, 2000-1, doctrina VIII, pp. 157 ss.
- CARRACEDO, Angel/BARROS, Francisco: «El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, pp. 193 ss.
- CHIERI, Primarosa/ZANNONI, Eduardo A.: *Prueba del ADN*, Buenos Aires, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual», *La Ley*, 1994, núm. 3, p. 815.
- «Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional», *AJA*, 1994, núm. 137, pp. 4 ss.
- CRETNEY, Stephen M.: *Family Law*, London, 2000.
- DAMRAU, Jürgen: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 2. Auflage, München, 2000.
- DE LUIS TURÉGANO, Juan Vicente: «Les proves de l'ADN. La prova penal i la pràctica judicial», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp. 237 ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 2, pp. 71 ss.
- «El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (y II)», *Rev. Der. Gen. H.*, 1995, núm. 3, pp. 45 ss.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco: «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?», *Act. Civ.*, 2000, 1, pp. 467 ss.
- *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, 1999
- «Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora de las Bases de ADN», *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 14, pp. 55 ss.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999.

- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas», *ADC*, 1998, pp. 633 ss.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- FRANK, Rainer: «Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung», *FamRZ*, 1995, 16, pp. 975 ss.
- FURKEL, Françoise: «La recherche de paternité naturelle en Droit allemand et français», *RIDC*, 1975, pp. 321 ss.
- GALIZIA DANOVI, Anna: «Il caso Yves Montand, ovvero quando il defunto ha bisogno di un avvocato», *Dir. fam*, 2000, 1, pp. 122 ss.
- GALLOUX, Jean Christophe: «L'identification de l'individu», *Les lois «bioéthique» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Paris, 1999, pp. 141 ss.
- GARCÍA POVEDA, Carmen: «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN», *NJBosch*, octubre-noviembre 2003, pp. 1 ss.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Isidoro G.: «La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho civil catalán», *RJC*, 1982, 1, pp. 43 ss.
- GAUMONT-PRAT, Hélène: Note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, pp. 161 ss.
- GILL, Peter/IVANOV, PAVEL L./KIMPTON, Colin/PIERCY, Romelle/BENSON, Nicola/TULLY, Gillian/EVETT, Ian/ HAGELBERG, Erika/SULLIVAN, Kevin: «Identification of the remains of the Romanov family by DNA analysis», *Nature Genetics*, vol. 6, february 1994, pp. 130 ss.
- GÓMEZ AMIGO, Luis: *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Navarra, 2003
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.
- GOÑI URCELAY, Félix: «DNA i herència. El genoma humà», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp 31 ss.
- HAUSER, Jean: «Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique», *RTDC*, 2002, núm. 4. pp. 795 ss.
- HEGNAUER, Cyril: *Grundriss des Kindesrechts*, Bern, 1999.
- HOPPE, H. H./KRAMER, D./PAHL, A./BASSY, M.: «Neue Wege im Abstammungsgutachten», *DAVorm*, 1997, pp. 495 ss.
- HOYA COROMINA, José: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- HUERTAS MARTÍN, M.^a Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999.
- HUGUET RAMIA, E./CARRACEDO ÁLVAREZ, A.: «Investigación biológica de la paternidad», Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, 2000, pp. 1167 ss.
- HUGUET/ERCILLA/GENE/PUIG/CASTILLO/CORBELLA: «Rapport de notre expérience dans la recherche de la paternité. Etude de 100 cas», *XXXVIII Congrès Internationale de Langue Française de Médecine Légale et de Médecine Sociale*, Strasbourg, 1986, pp. 3.
- HUGUET/GENE/ERCILLA/CORBELLA: «Estado actual de la investigación de la paternidad en Barcelona», *Mesa redonda en el Colegio de abogados de Barcelona*, Barcelona, 1986.

- HUMMEL, Konrad: «Abstammungs Begutachtung-Verständigungs-Schwierigkeiten zwischen Juristen und Gutachtern», *Johannsen/Hummel, Vaterschaftsfeststellung bei nichtehelicher Abstammung*, Heidelberg, 1978, pp. 47.
- «Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht», *NJW*, 12, 1981, pp. 605 ss.
- «Das Essen-Möller-Prinzip als logische Grundlage serostatistischer Bilanzierung», *MedR*, 1985, 4, pp. 154 ss.
- «Mathematisches zur “Vaterschaftswahrscheinlichkeit”», *DAVorm*, 1983, pp. 829 ss.
- «Nochmals: Biostatistische Vaterschaftswahrscheinlichkeit und Essen-Möller-Verfahren», *NJW*, 1980, 24, pp. 1320 ss.
- «Nochmals: Vaterschaftsfeststellung nach dem neuen Nichtehelehenrecht», *NJW*, 1971, 24, pp. 1072 ss.
- «Nutzen ausschlußschwacher Systeme, Beweiswert von Ausschlüssen und biostatistische Probleme bei der blutgruppenserologischen Abstammungsbegutachtung», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1975, pp. 49 ss.
- «Vaterschaftsfeststellung nach dem Tode; § 1600 n BGB», *DAVorm*, 1977, p. 5.
- «Zur “Beweislage” in Fällen strittiger Abstammung aus der Sicht des Blutgruppengutachters», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1983, pp. 211 ss.
- «Zur serostatistischen “Vaterschaftswahrscheinlichkeit”», *NJW*, 24, 1979, pp. 1240.
- ILLESCAS RUIZ, Ángel Vicente/PÉREZ LÓPEZ, Eduardo: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II [Artículo 281 al 555], coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000
- IVANOV, Pavel L./WADHAMS, Mark J./ROBY, Rhonda K./HOLLAND, Mitchell M./WEEDN, Victor W./PARSONS, Thomas J.: «Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II», *Nature Genetics*, vol. 12, abril 1996, pp. 417 ss.
- JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y.; SEMEONOFF, R.: «Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints», *Nature*, 31 october 1985, vol. 317, p. 818.
- JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L.: «Hypervariable minisatellite regions in human DNA», *Nature*, 7 march 1985, vol. 314, pp. 67 ss.
- «Individual-specific “fingerprints” of human DNA», *Nature*, 4 july 1985, vol. 316, pp. 76 ss.
- LE GAC-PECH, Sophie: «De Louis XVII à Z...», *D.*, 2001, núm. 5, chr., pp. 404 ss.
- LEMONICK, Michael D.: «The DNA Revolution. A Twist Of Fate», *Time*, march 3, 2003, pp. 41 ss.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La Prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 209 ss.
- LORENTE ACOSTA, José Antonio: *Un detective llamado ADN*, Madrid 2004.
- LORENTE ACOSTA, José Antonio/LORENTE ACOSTA, Miguel: *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995.
- LORENTE ACOSTA, Miguel/LORENTE ACOSTA, José Antonio/VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique: *Identificación por ADN*, www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/huella.htm.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994» (*sic*), *Rev. Der. Gen. H.*, 1994, núm. 1, pp. 208 ss.

- MAGALDI, Nuria: *Derecho a saber, filiación biológica y Administración pública*, Madrid, 2004.
- MALAUURIE, Philippe: Note, *D.*, 1998, *jurisprudence*, pp. 122 ss.
- MANDOFIA BERNEY, Marina: «L'expertise en paternité sur demande privée», *ZVW*, 1998, pp. 137.
- MARGUENAUD/RAYNARD: «Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée», *RTDC*, 2002, núm. 4, pp. 866 ss.
- MARTÍN, Wolfgang/MUCHE, Matthias/ZANG, Klaus D.: «Kritische Stellungnahme zu den neuen Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten», *FamRZ*, 2003, 2, pp. 76 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Comentario a la sentencia del TS de 14 de octubre de 1985», *CCJC*, 1985, núm. 9, 240, pp. 2991 ss.
- MASSIP, Jacques: «Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation», *D.*, 1999, núm. 41, *jurisprudence commentaires*, p. 651.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)», *ADC*, 1998, pp. 917 ss.
- MÉNDEZ, Rosa M./VILALTA, A. Esther: *Acciones judiciales de determinación e impugnación de la filiación*, Barcelona, 2001.
- MICHAELIDES-NOUROS, Georges: «La preuve de la paternité et le progrès de la science», *RIDC*, 1957, pp. 43 ss.
- MIRABAIL, Solange: «Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation: discordances et anachronismes», *D.*, 2000, *chr.*, p. 146.
- MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier: «Las inversiones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *BIMJ*, 1 agosto 2004, núm. 1970, pp. 2957 ss.
- MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel: «La prova de l'ADN en el procés penal», *Bioètica i Dret*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pp. 187 ss.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Comentario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *CCJC*, 1997, núm. 45, 1222, pp. 1093 ss.
- MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *CCJC*, 1994, núm. 34, pp. 325 ss.
- MUÑOZ JIMÉNEZ, Francisco Javier: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- MUTSCHLER, Dietrich: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, Familienrecht, 2. Halbband, München, 1987.
- NEVEJANS, Nathalie: Note, *D.*, 1998, *sommaires commentés*, p. 296.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «El juicio verbal y de estado civil en la nueva LEC. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados», *La Ley*, 2001-4, D-136, pp. 1620 ss.
- *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993.
- «La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *PJ*, de diciembre de 1994, núm. 36, pp. 107 ss.
- «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la sentencia del TS de 5 de junio de 1997», *La Ley*, 1998-2, D-115, pp. 2030 ss.
- OLDHAM, Mika: *Blackstone's Statutes on Family Law 2003-2004*, Oxford, 2003.
- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, Carmelo: «Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial», *La Ley*, 1995-2, pp. 989 ss.

- ORGIS, Christiane: «Neue Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten und die Konsequenzen für den Kindschaftsprozess», *FamRZ*, 2002, 17, pp. 1157 ss.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, Ortells Ramos y otros: *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2000.
- ORTIZ AGUIRRE, José María/RUBIO GARCÍA, Eugenio/RUIZ MARTÍN, Sergio/SE-
RRETA PESQUERA, Rosa María: *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probato-
ria*, Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy (coordinadores), Barcelona, 2003.
- OTERO GONZÁLEZ, M.^a del Pilar: *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001.
- POMARES GARCÍA: «Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad
en los procesos de filiación», *La Ley*, 1993, 1, pp. 1075 ss.
- PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús María: «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fun-
damental a la protección de datos personales (y II)», *BIMJ*, 15 de septiembre
2004, núm. 1973, pp. 3317 ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona: «Comentario a la sentencia del TS de 11 de
septiembre de 1991», *CCJC*, 1991, núm. 27, pp. 941 ss.
- «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal
Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *RJC*, 1994, pp. 657 ss.
- «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen», *ADC*, 1994,
núm. 2, pp. 237 ss.
- «Las pruebas biológicas a propósito del Auto del Tribunal Constitucional
103/1990, de 9 de marzo», *RJC*, 1993, núm. 1, pp. 107 ss.
- *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*,
Madrid, 1993.
- QUEVEDO, Alina: *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de
los laboratorios a los tribunales*, Madrid, 1997.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Comentario a la sentencia del TS de 7 de noviem-
bre de 2002», *CCJC*, 2003, núm. 62, 1667, pp. 489 ss.
- RAUSCHER, Thomas: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbu-
ch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Viertes Buch, Familienrecht,
Berlin, 2000.
- REICHELDT, Andreas: «Anwendung der ADN-Analyse (genetischer Fingerab-
druck) im Vaterschaftsfeststellungsverfahren», *FamRZ*, 1991, 11, pp. 1265 ss.
- REICHELDT, Andreas/SCHMIDT, Angelika/SCHMIDTKE, Jörg: «Zulässigkeit und
gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlaßter Abstammungsgutachten»,
FamRZ, 1995, 13, pp. 777 ss.
- RIFÁ SOLER, José María: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,
Vol. II (Artículo 281 al 555), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá
Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La constitucionalidad del anonimato del
donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen
biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *affaire Odièvre*)», *RJC*,
2004, núm. 1, pp. 105 ss.
- *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971.
- *Las acciones de filiación en el Código de familia*, Barcelona, 2001.
- «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos
derechos fundamentales (Con ocasión de dos autos del Tribunal Constitucio-
nal)», *PJ*, de marzo de 1992, núm. 25, pp. 53 ss.
- «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológi-
ca en los procesos de filiación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Cons-
titucional 7/1994, de 17 de enero)», *PJ*, 1994, núm. 33, pp. 349 ss.

- ROMEO CASABONA, Carlos María: *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996.
- ROSE-KAAN, Christine: «Der Vaterschaftsprozeß in Frankreich und in Österreich», *Zs. f. Rechtsvergleichung*, 1980, pp. 264 ss.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: *Zivilprozessrecht*, München, 2004.
- ROTH-STIELOW, Klaus: *Der Abstammungsprozeß. Prozeßrecht- Materielles Recht*, München, 1978.
- ROUGER, Philippe: *Les empreintes génétiques*, Paris, 2000.
- RUBIDO DE LA TORRE, José Luis: «La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa», *RGD*, 1995, p. 4837.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: «La nueva frontera del derecho a la intimidad», *Rev. Der. Gen. H.*, 14/2001, pp. 147 ss.
- SAINZ DE ROBLES, Federico C.: «La investigación de la paternidad en el proceso civil (En torno a la Sentencia TC 7/1994, de 17 de enero)», *Tapia*, 1994, núm. 75, pp. 3 ss.
- SÁNCHEZ, Ana/SILVEIRA, Héctor/NAVARRO, Mónica: *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, 2003.
- SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: «La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC», *AJA*, 1994, núm. 143, p. 1.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio/ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. III (Artículo 556 al 827), coordinados por Fernández-Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau, Barcelona, 2000.
- SAUTTER, Bruno: «Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO», *AcP*, 1962, 161. Band, pp. 215 ss.
- SCHEMUTH, Beate: *Über die praktische Bedeutung der Biostatistik und der Erb-biologie im Vaterschaftsprozeß*, Berlin, 1983.
- SCHNEIDL, W.: «Der Polymorphismus des menschlichen Chromosomensatzes-eine Möglichkeit für den Vaterschaftsnachweis», *Zs. f. Rechtsmedizin*, 1974, pp. 17 ss.
- SCHUMANN/LEIPOLD, *Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 2. Bd, Tübingen, 1972.
- SCHWENZER, Ingeborg: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, 2002.
- SEIDEL, Klaus: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, 4. Auflage, München, 2002.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (parte I)», *Rev. Der. Gen. H.*, 2002, núm. 16, pp. 71 ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «La prueba pericial», *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Coordinador Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, vol. II, Barcelona, 2000.
- SIEHR, Kurt: «Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung und ihre rechtliche Hindernisse im Nichtehelichenrecht der EWG-Staaten», *FamRZ*, 1974, 8/9, pp. 401 ss.
- STANDLEY, Kate: *Family Law*, London, 2001, p. 210.
- THOMAS-PUTZO: *Zivilprozeßordnung*, München, 1981.
- VALLEJO DE TORRES/ALONSO ALONSO/GASCO ALBERICH/ITURRALDE PARDO/MONTESINO SEMPER/SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA/SANCHO RUIZ:

- «Prueba médico-legal en las acciones de filiación», *Act. Civ.*, 1986, núm. 43 (pp. 2989-3010), núm. 44 (pp. 3061-3078).
- VEIGA NICOLE, Elisa: «La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad», *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- VIDAL PRADO, Carlos: «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, núm. 22, pp. 265 ss.
- WALL, Wilson: *Genetics and DNA technology: legal aspects*, London, 2002.
- WATSON, James D.: *Pasión por el ADN. Genes, genomas y sociedad*, Introducción, Epílogo y notas de Walter Gratzer, traducción castellana de Joandomènec Ros, Editorial Crítica, Barcelona, 2002
- *The Double Helix* (publicada en 1968), versión traducida al castellano por M.^a Luisa Rodríguez Tapia, *La doble hélice*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- WATSON, James D./BERRY, Andrew: *DNA: the secret of life*, New York, 2003.
- WATSON, James D./CRICK, Francis: «Genetical Implications of the Structure of Deoxyribonucleic Acid», *Nature*, 30 may 1953, vol. 171, pp. 964 ss.
- «Molecular Structure of Nucleic Acids – A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid», *Nature*, 25 april 1953, vol. 171, pp. 737 ss.
- WEBER, Alfons: «Körperliche Untersuchung eines Dritten im Abstammungsprozeß», *NJW*, 1963, 13, pp. 574 ss.
- ZIMMERMANN, Wilhelm: *Forensische Blutgruppenkunde*, Berlin, 1975.
- «Positiver Vaterschaftshinweis durch biostatistische Methoden», *NJW*, 1973, 13, pp. 546 ss.

ABREVIATURAS

| | |
|--------------|---|
| AA VV | Autores varios |
| AC | Aranzadi Civil |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| Act. Civ. | Actualidad Civil |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| ADN | ácido desoxirribonucleico |
| ADNmt | ácido desoxirribonucleico mitocondrial |
| AJA | Actualidad Jurídica Aranzadi |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis |
| art. (arts.) | artículo (s) |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| Bd. | Band |
| BIMJ | Boletín de Información del Ministerio de Justicia |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| C.c. | Código Civil |
| CCJC | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convenio Europeo de los Derechos Humanos |
| CF | Ley 9/1998, de 15 de julio, Código de familia catalán |
| cfr. | confer (véase, compruébese) |
| chr. | chronique |

| | |
|---------------------------|---|
| C.p. | Código penal |
| D. | Recueil Dalloz & Sirey |
| d.a. | disposición adicional |
| DAVorm | Der Amtsvormund |
| Dir. Fam | Il Diritto di famiglia e delle persone |
| ex | según |
| FamRZ | <i>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</i> |
| ibidem | en el mismo lugar (publicación) |
| JUR | Jurisprudencia Aranzadi |
| La Ley | Revista jurídica española La Ley |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| LECRim. | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LO | Ley Orgánica |
| loc. cit. | lugar citado |
| LOPD | Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LOTIC | Ley Orgánica del Tribunal Constitucional |
| MedR | <i>Medizinrecht</i> |
| n.º/núm. | número |
| NJBosch | Revista electrónica Noticias Jurídicas Bosch |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrifts |
| OLG | Oberlandesgericht |
| omissis | se omite (por razones de brevedad) |
| op. cit. | obra citada |
| op. loc. cit. | obra y lugar citados |
| p. (pp.) | página (s) |
| pfo. | párrafo |
| PJ | Revista Poder Judicial |
| Rev. Der. Gen. H. | Revista de Derecho y Genoma Humano |
| RGD | Revista General del Derecho |
| RIDC | <i>Revue Internationale de Droit Comparé</i> |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi |
| RJC | Revista Jurídica de Cataluña |
| RTC | Repertorio del Tribunal Constitucional Aranzadi |
| RTDC | Revue Trimestrielle de Droit Civil |
| sic | así |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS/SSTS | Sentencia del TS/sentencias del TS |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| t. | tomo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |
| v. gr. | <i>verbi gratia</i> (por ejemplo) |
| vide, infra | véase, abajo |
| vol. | volumen |
| ZGB | Schweizerische Zivilgesetzbuch |
| Zs. f. Rechtsmedizin | <i>Zeitschrift für Rechtsmedizin</i> |
| Zs. f. Rechtsvergleichung | <i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i> |
| ZVW | <i>Zeitschrift für Zivilstandswesen</i> |