

DR 24 42

El presente guión corresponde a la carrera de Derecho, asignatura Derecho Civil 4, tiene por título La reforma del Código Civil en materia de filiación, tercera parte, es autor Antonio Hernández Gil, se graba con fecha 14 de enero de 1982 y se emitirá el día 27 de enero de 1982. En el guión precedente de esta asignatura, sobre la reforma del Código Civil en materia de filiación, tratábamos de las líneas generales de esta reforma introducida por la ley de 13 de mayo de 1981. Hablábamos de la desaparición de las categorías jurídicas que designaban distintos estatus de hijos en función de la filiación, reducidas ahora a las categorías generales de la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

Hablábamos también de la equiparación entre quienes son hijos por naturaleza, cualquiera que sea su filiación, y dentro de este apartado nos quedamos ocupándonos del significado de la desaparición en el Senado, desaparición que se ha hecho luego definitiva, del artículo 160 del Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil. El artículo 160 proponía que el hijo extramatrimonial del casado pudiera integrarse en el hogar conyugal del progenitor con el consentimiento de la mujer y de los hijos mayores de 14 años. Como hemos dicho, el precepto puro y llanamente ha desaparecido a no encontrarse una fórmula satisfactoria para todos.

¿Cuál es ahora entonces la situación del hijo extramatrimonial respecto a la familia del progenitor casado? El artículo 110 del Código Civil es tajante. El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Se refiere este precepto a toda clase de hijos.

Luego, ese deber asistencial de velar por los hijos y prestarles alimentos es común para todos. Si comparamos el contenido de este precepto con las obligaciones personales que el artículo 154 establece como inherentes de la patria potestad, comprobaremos que en este caso, en el de la patria potestad, se añaden a la obligación de alimentos y de velar por los hijos dos más, procurarles una formación integral y tenerlos, el progenitor, en su compañía. Luego, no ostentando el progenitor la patria potestad, por ejemplo, porque la afiliación haya sido judicialmente determinada con su oposición, según lo dispuesto por el artículo 111, el Código no contempla expresamente el deber del padre de tener el hijo en su compañía.

Ahora bien, cabe preguntarse si el deber de velar por los hijos no puede implicar en ciertas circunstancias, por ejemplo, en caso de que el otro progenitor se inhiba, el deber de tenerlo junto a sí. Es muy posible que sea así. Cuando el deber de tener el hijo en su compañía sí corresponde expresamente al progenitor, es en el caso, usual, de que ostente la patria potestad compartiéndola o no con el otro.

Si los padres, como sucederá de ordinario, viven separados, puesto que uno tiene su propio hogar conyugal, el deber de tener el hijo consigo sólo lo soportará efectivamente uno de ellos. Según el artículo 156, como regla general, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, con lo que respecto de este problema se hace

supuesto de la cuestión. Tendrá el deber de tener el hijo consigo aquel que conviva con el hijo, y el precepto no nos aporta un criterio eficaz de solución del problema.

En cambio, según el artículo 159, que parece más aplicable a este supuesto, y cuya delimitación del 156 no vemos que sea siempre fácil, si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de 7 años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyera de otro modo. Lo que parece que resulta claro de la lectura de estos preceptos, es que también en el caso de que ambos progenitores sostenten de forma compartida la patria potestad, y uno de ellos esté casado, es posible que éste deba integrar al hijo extramatrimonial en el hogar familiar, bien porque se trate de la madre y el hijo tenga menos de 7 años, bien porque el progenitor no casado haga dejación del ejercicio de sus deberes, o porque no reconozca la filiación, o porque fallezca, o simplemente porque sean ambos progenitores los que estén casados y tengan sus respectivos hogares conyugales. La equiparación en este aspecto de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales es absoluta.

Las diferencias de régimen se producirán más que por el hecho de que sean casados uno o los dos progenitores del hijo extramatrimonial, por el hecho de que ellos, los padres, vivan separados. El último vestigio de discriminación ha desaparecido con el artículo 160 del proyecto, aunque haya sido a costa de la desaparición física de este precepto. Y el tercero de los rasgos generales de la reforma de la filiación que nos interesaba destacar era la admisión de la investigación de la paternidad.

Se trata, como ya vimos, de una exigencia constitucional. El artículo 39 de la Constitución, en su párrafo segundo, acaba diciendo La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Pues bien, la ley ya posibilita la investigación de la paternidad.

El actual artículo 127 del Código Civil dice En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. Podría caracterizarse esta admisión de la investigación de la paternidad en el artículo 127 del Código con dos notas.

La amplitud y la flexibilidad con las que se concibe. Veamos la primera, la amplitud. Hay amplitud, en primer lugar, porque la investigación de la paternidad no se circunscribe a lo que podría entenderse por paternidad en sentido estricto.

Esto es, la investigación dirigida a la determinación de la filiación paterna. Quizás esta restricción, además de discriminatoria, sería absurda, porque de ordinario es más fácil establecer la filiación materna que la paterna, pero el hecho es que, por si acaso, el artículo 127 del Código expresamente refiere la investigación a la filiación paterna y a la materna. En segundo lugar, la Constitución decía simplemente que la ley posibilitaría la investigación de la paternidad.

Eso cierto que en ciertos casos de filiación legítima, ilimitadamente, ya se emitía antes la

investigación de la paternidad. Lo que quería señalar la Constitución era la generalización de la investigación de la paternidad a todos los supuestos de determinación de la filiación y la comprensión dentro de los medios de investigación de la paternidad de las pruebas biológicas, pues era respecto de ellas donde se producía el mayor desfase en nuestro ordenamiento jurídico tanto en relación a las posibilidades que hoy ofrecen las ciencias médicas y biológicas como en relación a preceptos análogos de derechos extranjeros. Pues bien, en actualidad el artículo 127 del Código responde al espíritu de lo prevenido en el 39 de la Constitución de forma generosamente amplia y explícita.

Se admite la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas biológicas. La admisión de las pruebas biológicas se reconoce expresamente, pero esa admisión hay que integrarla en el marco de otra más general. Se admite la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas, como hemos dicho.

En tercer lugar, la admisión de la investigación de la paternidad no se restringe a la determinación de la filiación extramatrimonial, que es quizá en el ámbito en que más se echaba en falta, sino que se extiende a cualquier clase de filiación, igualmente pues a la filiación matrimonial. No lo dice expresamente el artículo 127 del Código, pero no hacía falta. Sus términos son lo suficientemente genéricos y omnicomprensivos.

Por otra parte, el artículo 127 encabeza la sección primera, en que se contienen las disposiciones generales del capítulo 3 sobre las acciones de filiación. El precepto también, por su emplazamiento sistemático, ha de entenderse referido tanto a la filiación extramatrimonial como a la matrimonial. Esto, sin embargo, no quiere decir que la investigación de la paternidad cumpla exactamente el mismo papel respecto de una y otra filiación, no porque no son idénticos los medios de determinación de la filiación matrimonial y de la extramatrimonial.

En la determinación de la primera, la inscripción del nacimiento en el registro, y el hecho de que se presuman hijos del marido, los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, hacen que la investigación de la paternidad haya de tener un papel más secundario o subsidiario, y que cuando proceda, vaya normalmente dirigida no tanto a afirmar una determinada filiación como a combatir la filiación establecida por el juego de la anterior presunción. Por el contrario, en la determinación de la filiación extramatrimonial, el papel de la investigación de la paternidad será de ordinario más relevante, estando el mayor medida destinada a la afirmación de una cierta filiación. Decíamos que la segunda nota a destacar en este precepto era la flexibilidad con que se admite en la investigación de la paternidad, o dicho de otra forma, la importancia que cobra en este tema el arbitrio judicial, tendencia por otra parte común a toda la reforma que comentamos, y aún diríamos más, común a todas las reformas que desde 1974 hasta ahora ha sufrido el Código Civil.

Hay amplitud de arbitrio judicial, ante todo porque se dice que se admiten las pruebas biológicas, pero no se dice cuáles se pueden admitir y con qué valor cada una de ellas. El tema

es lo suficientemente complejo, ¿acaso por eso no podía resolverse por vía legislativa? Como para que los jueces, en la aplicación del artículo 127, tengan que ir discerniendo, matizando y estableciendo unos criterios de actuación y decisión que serán los que realmente den sentido y doten de contenido a lo que en abstracto dice hoy el artículo 127 del Código Civil.