



Impugnación de filiación y derecho de allegados a relacionarse con menores

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Cuando se plantea el tipo de relación de los menores de edad con sus progenitores o allegados, lo que sí es importante es demostrar si esa comunicación responde al interés del menor, al principio de *favor filii*. Los informes psicosociales proporcionan una cuasi pericia que, si bien no vinculan al juez, sí le obligan, en el caso de apartarse de sus conclusiones, a efectuar una motivación rigurosa.

No se puede entrar a valorar la infracción procesal alegada, o la casación por infracción de ley, porque se han respetado los intereses de los hijos menores y probado que la protección dispensada con la sentencia no es puramente «formalista o estereotipada». Además, la casación no puede ser una nueva instancia y los motivos alegados se consideran hechos nuevos, pues, no obstante existir en primera instancia, no fueron alegados o sometidos a la consideración del tribunal de apelación.

Palabras clave: filiación; impugnación de la filiación; régimen de visitas con menores; allegados.

Fecha de entrada: 09-01-2020 / Fecha de aceptación: 27-01-2020



Enunciado

Ana interpone demanda de modificación de medidas de divorcio contra Juan, instando la expresa modificación del ejercicio exclusivo de la patria potestad, supresión de la pensión de alimentos y de las visitas, porque, con posterioridad a la sentencia de divorcio que regulaba las medidas de mutuo acuerdo entre ellos y la hija, se dicta otra de impugnación de la paternidad por la que se reconoce a Miguel como padre biológico de la menor; por tal motivo, la actora considera que ahora ya no procede ningún tipo de relación entre el «allegado Juan» y su hija. El demandado, Juan, se opone alegando que no ha habido ningún cambio esencial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de dictar la sentencia de divorcio, ni se aportan como argumentos en favor del interés de la hija que la realidad biológica impida el mantenimiento, cuando menos, de unas visitas ante una realidad de relación ya consolidada. En primera instancia, se dicta sentencia estimatoria en su integridad de los pedimentos de la actora. Por tanto, se extinguen la pensión de alimentos y las visitas, y asimismo se acuerda la extinción del ejercicio de la patria potestad del padre sobre su hijo. Apelada la sentencia, en segunda instancia, se acuerda por la audiencia un régimen de visitas a favor del «allegado», manteniéndose el resto de los pronunciamientos, tras la exploración de la menor y práctica de un informe psicosocial con un riguroso dictamen apoyado en consideraciones y conclusiones sólidas. Al fin y al cabo, la hija llevaba ocho años conviviendo con la madre y el presunto padre, relacionándose con él y con la familia extensa de ambos.

Cuestiones planteadas:

1. ¿El reconocimiento de una filiación biológica posterior justifica la supresión de todas las medidas acordadas en la sentencia de divorcio o de toda relación entre la hija y el allegado?
2. ¿Se puede invocar indefensión por la no intervención del padre biológico en el proceso de modificación de medidas y, en consecuencia, sería admisible el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la solicitud de la nulidad del juicio?

Solución

1. ¿El reconocimiento de una filiación biológica posterior justifica la supresión de todas las medidas acordadas en la sentencia de divorcio o de toda relación entre la hija y el allegado?

La primera de las cuestiones nos plantea si debe ser considerada una nueva circunstancia esencial, no tenida en cuenta a la hora de dictar sentencia de divorcio: la declaración de filiación biológica de un padre que, hasta ese momento, no ha ejercido de tal ni ha gozado de posesión de estado. A su vez, nos plantea el correlativo del derecho del padre biológico en contradicción con otro u otros que haya podido consolidar el ahora «allegado», que ha estado tiempo pasando una pensión de alimentos, ejerciendo con naturalidad la patria potestad y pasando una pensión de alimentos a la madre. Como se dice en el supuesto fáctico: «Al fin y al cabo, la hija llevaba ocho años conviviendo con la madre y el presunto padre, relacionándose con él y con la familia extensa de ambos».

En una primera aproximación al problema de relación sin filiación no cabe descartar si la decisión de la audiencia es correcta y con arreglo a qué parámetros. Convengamos, por tanto, que la incidencia en el desarrollo de la menor de esa relación continuada con quien no es el padre biológico ha de ser analizada desde la perspectiva de su interés, o con arreglo al principio de *favor filli*.

Las modificaciones de medidas tienen su origen en causas nuevas sobrevenidas, y es lo cierto que la determinación de la filiación biológica con posterioridad es suficiente y sustancial. No plantea ningún problema llegar a esta conclusión porque la dicción del artículo 775 de la LEC no ofrece dudas: «Siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas». Y porque la jurisprudencia más consolidada interpreta este precepto de la siguiente manera:

Las medidas acordadas en procesos matrimoniales pueden modificarse si se acredita que se alteraron sustancialmente las circunstancias. De lo que se deduce:

1. que haya existido y se acredite debidamente una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción,
2. que sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que de haber existido entonces, se hubieran adoptado otras distintas, al menos en la cuantía,
3. que no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia,
4. que la alteración o modificación no haya sido provocada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituir-

las por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2011, sentencia núm. 508/2011, rec. núm. 599/2009 [NCJ055556]).

Pero es más importante resolver la segunda parte, una vez aceptada la nueva circunstancia de reconocimiento biológico de la paternidad, que justificaría, cuando menos, la estimación total de la demanda, o, en su caso, parcial después con la apelación. Por ello nos hacemos la siguiente pregunta: ¿El reconocimiento de una filiación biológica posterior justifica la supresión de todas las medidas acordadas en la sentencia de divorcio o de toda relación entre la hija y el allegado?

Para resolver estas cuestiones deviene imprescindible recurrir al contenido del artículo 160 del CC:

1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad [...].
2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

Como se puede observar, el primer apartado se refiere a las relaciones entre los hijos y sus progenitores (Miguel), aunque estos no ejerzan la patria potestad. Podemos pensar que Miguel no ha ejercido nunca de padre hasta el reconocimiento de la filiación, bien porque no sabía que era el padre o bien porque, aun sabiéndolo, no quiso ejercer como tal, sin más. Veámoslo así. En la segunda parte del precepto se introduce el «allegado», además de los hermanos, abuelos, etc. Por consiguiente, como dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se plantea el tipo de relación de los menores de edad, no solo se está dilucidando acerca de una custodia en casos de custodia monoparental para con el otro padre biológico que ostenta igualmente la patria potestad, sino que el elenco de esa relación tiene un espectro más amplio y, como sucede en nuestro caso, afecta a los «allegados».

Pero lo que sí es importante, para decidir si procede o no la relación que se solicita, es convenir si esa comunicación responde al interés del menor, al principio de *favor filii*. Por ello, aun cuando el caso cita expresamente el informe técnico, este, como prueba importante, además de otras, nos sirve para valorar la conveniencia de mantener un sistema de comunicaciones entre el allegado y la hija, habida cuenta el tipo de contacto y de ejercicio *de facto* de la patria potestad con ella por quien ahora es el «allegado». Y ese interés, como viene reconociendo la doctrina del Supremo, tiene que ver con un conjunto de factores personales, materiales, familiares, sociales, culturales, etc.

En definitiva, el mero hecho del reconocimiento de una filiación biológica posterior no justifica la supresión de toda relación entre la hija y el allegado si ello no obedece a su interés, valorado según los amplios criterios expuestos de todo tipo (cultural, social, material,

etc.) deducidos de la prueba y del informe técnico, como elemento trascendental. No es que el informe sea, aisladamente considerado, la prueba única y determinante, pero sí es una cuasi pericia cualificada que debe ser tenida en cuenta para valorar ese interés, que es el más digno de protección; de hecho, como declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de junio de 2018, no es que el juez no pueda apartarse de sus conclusiones o consideraciones, pero, de hacerlo, tiene que ser de manera motivada. Porque «la valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 348 de la LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica, podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente (S de 13 de febrero de 2015, núm. 47/2015, rec. núm. 2339/2013 [NCJ059319]). Y se prima, una vez más, el interés de la hija en la decisión (art. 92 del Código Civil, 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), buscando que, en este tipo de situaciones de ruptura, se resuelvan en un marco de adecuada normalidad familiar.

Si se razona adecuadamente en el informe la conveniencia de la relación, la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 23 de julio de 2018, núm. 482/2018, rec. núm. 5231/2017, nos recuerda que «cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos», y en este caso hay motivación en sentido contrario y existe una metodología que permite sostener y aceptar el auxilio que proporciona ese informe.

2. ¿Se puede invocar indefensión por la no intervención del padre biológico en el proceso de modificación de medidas y, en consecuencia, sería admisible el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la solicitud de la nulidad del juicio?

Tal y como puede deducirse de la narración de hechos, es evidente que la sentencia, tanto en instancia como en apelación, no ha tenido en cuenta al padre biológico, no ha podido intervenir. Cabe preguntarnos al respecto si se han vulnerado garantías procesales básicas: indefensión por no haber podido ejercitar su derecho de defensa (art. 13 LEC); porque «mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos». Nos podemos preguntar asimismo si se ha vulnerado el artículo 10 de la LEC al no ser parte quien debió ser parte legítima: «Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». O el artículo 753.1 de la LEC: «El Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando pro-

ceda, 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 en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley».

Es decir, ¿la vulneración de esos preceptos nos llevaría a la nulidad del juicio? La no intervención del padre biológico le priva a él del derecho a personarse y le puede generar indefensión, pues se está decidiendo un derecho de visitas que él no ha pedido (sino la madre), con vulneración de las garantías propias de un proceso de esta naturaleza y teniendo en cuenta la singularidad de este tipo de procedimientos de familia, donde la flexibilidad viene dada por ese principio tantas veces aludido del interés del menor.

Una primera aproximación a estas varias cuestiones encubiertas tras la formulación de la pregunta nos lleva a creer que sí. El artículo 13 de la LEC es claro cuando prevé la intervención de los sujetos no inicialmente demandantes ni demandados. El proceso estaba pendiente en primera instancia, pendiente de apelación, y ya se sabía que existía un padre biológico (Miguel). La demanda de la madre de modificación de medidas no tuvo en cuenta al padre biológico. No hubo solicitud alguna por nadie. De otro lado, el artículo 10 de la LEC parece conceder la posición de parte al padre biológico cuando nos da a entender que puede ser titular de la relación jurídica, en la medida en que las cuestiones que se discuten (las medidas) en el procedimiento de modificación, si bien vienen referidas en principio al allegado y a la madre, también afectan a la hija en su legítimo derecho a relacionarse con el allegado y el padre biológico, y a este para que no se acuerde una relación con un tercero en la que él no ha podido ser escuchado.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo el debate se plantea en el plano de no sobrepasar los límites para la revisión de las sentencias; es decir, si se ha respetado en interés del menor. Porque sucede que la casación no puede convertirse en una tercera instancia. No son relevantes las cuestiones indicadas que parecían relevantes en una primera aproximación. La indefensión, la posible nulidad por la de garantías, la no intervención de terceros sujetos de la relación jurídica o titulares de la misma, en este trámite no son trascendentes, aunque pareciera que sí deberían serlo. Resulta que el caso se apoya en una prueba sólida que valora el principio de *favor filii* y del interés del menor: la prueba pericial.

Cuando decíamos en la narración del supuesto fáctico: «tras la exploración de la hija y un informe psicosocial con un riguroso dictamen apoyado en consideraciones y conclusiones sólidas», estábamos apuntando un estudio «fáctico y jurídico» de la problemática en beneficio de la hija. Si el Tribunal Supremo nos recuerda frecuentemente que la revisión en casación de la sentencia en instancia solo cabe cuando no se respeten los intereses de los hijos menores, o no se pruebe que la protección dispensada con la sentencia es puramente «formalista o estereotipada», es para convenir la desestimación de la casación porque no se han superado esos límites, haciendo abstracción de todo argumentario concomitante, en nuestro caso, alusivo a la nulidad por indefensión y por inaplicación de los preceptos referidos de la Ley Procesal Civil. Si se llega a la conclusión de que la sentencia de la

audiencia es adecuada para los intereses de la hija, convenientemente analizados desde la perspectiva de una prueba importante (la exploración, según la edad que tenga y el informe psicosocial, según su contenido, su motivación y su rigor), no cabe estimar la casación y no se entra en los motivos expuestos, simplemente se desestima el recurso por infracción procesal o el de casación por infracción de ley que se hayan interpuesto y admitido, porque además –como es de advertir en el caso– en la demanda inicial se hizo referencia a la existencia de un padre biológico como causa para solicitar la modificación de las medidas adoptadas en origen, y en la apelación tan solo se pidió un régimen de visitas para el «allegado», sin referencia alguna al padre biológico, excepto en que este hecho, a juicio del apelante, no era determinante.

Por tanto, en la apelación se dilucida el derecho a relacionarse del allegado con la menor, y pretender en casación, o por infracción procesal, debatir sobre el resto de cuestiones, cuando el interés de la hija ha quedado probado, significa la introducción de un debate no solicitado en la apelación, lo cual es como permitir que el tribunal de casación sea una nueva instancia que revisa elementos nuevos no tenidos en cuenta por la audiencia al resolver la apelación.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 160.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 10, 13, 753.1 y 775.
- STC 163/2009, de 29 de junio (NCJ049944).
- SSTS 508/2011, de 27 de junio, rec. núm. 599/2009; 27 de junio de 2012; 10 de febrero de 2014; 2 de junio de 2015; 25 de noviembre de 2016; 11 de enero de 2017; 8 de marzo de 2017; 20 de septiembre de 2017; 19 de octubre de 2017; 25 de octubre de 2017; 18/2018, de 15 de enero; 20 de febrero de 2019; 5 de abril de 2019, y 16 de octubre de 2019.