

TEMAS

La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio

Coordinadoras

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Carmen Callejo Rodríguez

■ LA LEY



La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio

Coordinadoras

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Carmen Callejo Rodríguez

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

Primera edición: Noviembre 2017

Edición electrónica: <http://www.wolterskluwer.es>

Depósito Legal: M-31928-2017

ISBN Impreso: 978-84-9020-669-0

ISBN Electrónico: 978-84-9020-670-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

«Los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiera sido establecida también por sentencia firme».

IV. LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN

Nuestro Código civil contempla las acciones de reclamación de la filiación en sus artículos 131 a 134, cuyo régimen jurídico descansa en dos pilares fundamentales: la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial y la existencia o no de posesión de estado.

Respecto al primer pilar, en relación a las acciones de filiación resulta básica la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, es decir, si los progenitores están casados entre sí o no lo están⁽⁶⁾, ya que —como señala QUICIOS MOLINA— aunque de la filiación no matrimonial determinada legalmente se derivan los mismos derechos y obligaciones que de la filiación matrimonial también determinada, «la posición jurídica de la persona, para conseguir esa determinación o la posterior impugnación, es distinta dependiendo de la matrimonialidad o no matrimonialidad de la filiación que se pretende determinar o impugnar». Y en ningún caso esta distinción en la regulación constituye una discriminación —como ha manifestado el Tribunal Constitucional en SSTC de 26 de mayo y de 27 de octubre de 2005 (SSTC n.º 138/2005, de 26 de mayo, y n.º 273/2005, de 27 de octubre)—, sino un reconocimiento de las diferencias de hecho que hay entre una y otra modalidad, por lo que esta diferencia normativa no puede «ser tachada de arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento».

Y, en cuanto a la existencia o no de posesión de estado⁽⁷⁾, este hecho también afectará a las acciones de filiación de forma trascendental⁽⁸⁾, debiendo entenderse por posesión de estado el ser considerado socialmente, en la

(6) QUICIOS MOLINA, S. (1997), *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, Bosch, pág. 26.

(7) La posesión de estado se basa en los clásicos caracteres de *nomen, tractatus* y *reputatio*, esto es, nombre, continuidad en el trato dispensado y publicidad, si bien es cierto que la jurisprudencia otorga mayor importancia a los caracteres de *tractatus* y *reputatio*, sin exigir la concurrencia del *nomen*.

(8) Como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de julio de 1991 (ROJ 3948/1991) «la posesión de estado en las acciones de filiación, tanto matrimonial como no, tanto opere en los procesos de reclamación o de impugnación, para el nuevo legislador tiene una trascendencia capital».

opinión pública o entorno social próximo, como hijo, al existir un comportamiento propio de la relación de filiación⁽⁹⁾.

En función de la concurrencia o no de estas circunstancias variará la regulación de las diversas acciones de filiación en cuanto a la legitimación activa y los plazos para su ejercicio. Y en cuanto a la legitimación pasiva ante el silencio del Código civil⁽¹⁰⁾, debe acudirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 766 recoge esta legitimación tanto para las acciones de reclamación como de impugnación y dice:

«En los procesos a que se refiere este capítulo serán parte demandada, si no hubieran interpuesto la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijos, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos».

1. Acción de reclamación de la filiación, matrimonial o no matrimonial, con posesión de estado (art. 131 cc)

Cuando existe posesión de estado⁽¹¹⁾, el Código no diferencia si la filiación que se pretende reclamar a través de la correspondiente acción es matrimonial o no matrimonial, y el artículo 131 CC —el cual no ha sido objeto de reforma en el año 2015— se limita a señalar que basta con tener interés legítimo para entablar, en estos casos, una acción de reclamación de filia-

(9) La STS de 17 de marzo de 1988 (ROJ 1935/1988) define la posesión de estado como «concepto público en que es tenido un hijo con relación de su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, iniciado por actos voluntarios y directos del mismo padre».

(10) CARBAJO GONZÁLEZ intenta justificar el silencio del Código respecto a la legitimación pasiva afirmando que la razón puede residir en que mientras para promover las acciones de reclamación se precisa estar específicamente facultado para ello, quizás «para ser blanco de las mismas no haga falta, sin embargo, más requisito que el de formar parte, de forma cierta o presunta, de una determinada relación paterno filial». CARBAJO GONZÁLEZ, J. (1989), *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, Bosch, pág. 199.

(11) Para VERDERA SERVER «en la posesión de estado de filiación matrimonial los protagonistas son inexorablemente tres: el padre y la madre (casados entre sí) y el hijo. En cambio, en la filiación no matrimonial, este carácter triple es posible, pero no necesario: la posesión de estado puede existir sólo en relación a uno de los padres, aunque el hijo puede ser tratado como tal a la vez por su padre y su madre (no casados)». VERDERA SERVER, R. (1993), *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosch, pág. 89.

ción, sin especificación alguna respecto al carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación reclamada.

El artículo 108, párrafo 1.º, CC define la filiación matrimonial como la que tiene lugar «*cuando el padre y la madre están casados entre sí*», por lo que el hijo será matrimonial tanto cuando nace tras el matrimonio de sus padres, como cuando éstos contraen matrimonio entre sí después del nacimiento de aquél. Por tanto, la filiación matrimonial se basa en tres requisitos que son, en primer lugar, la maternidad de la mujer (se demostrará con el parte médico correspondiente); en segundo lugar, el matrimonio (ha de tratarse de un matrimonio válido o, en su caso, putativo), y, en última instancia, la paternidad del marido, que es el requisito de más difícil prueba, evidentemente. Una vez que se reúnan estos tres requisitos podrá procederse a la determinación de la filiación matrimonial que, según el artículo 115 del Código civil, podrá llevarse a cabo por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, o por sentencia firme.

En la mayoría de los casos la filiación matrimonial va a quedar determinada de la primera forma, esto es, por inscripción del recién nacido en el Registro Civil. En este supuesto, dado lo difícil que resulta probar la paternidad del marido y la importancia que ésta tiene para determinar la filiación matrimonial, se funciona con presunciones, estando recogida la presunción de paternidad en el artículo 116 CC según el cual «*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*» (presunción *iuris tantum*, en tanto puede ser impugnada)⁽¹²⁾.

(12) Pero esta presunción de paternidad marital del artículo 116 C.c. no abarca los siguientes supuestos:

1.º. Filiación del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurren los requisitos del artículo 117 C.c.: «*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo*».

2.º. También quedan fuera de la presunción de paternidad del marido los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges. El hijo nacido dentro de este plazo no está protegido por la presunción de paternidad del artículo 116 C.c.

Pero van a existir otros casos en que resultará preciso entablar una acción judicial de reclamación de la filiación matrimonial, mediante la cual se persigue conseguir por vía judicial la determinación de una filiación que coincida con la verdadera y que por cualquier circunstancia no se ostenta.

Y lo mismo ocurre en cuanto a la reclamación de la filiación no matrimonial —aquella filiación que surge por naturaleza cuando los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción, ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad al alumbramiento—, en la cual las acciones de reclamación persiguen el establecimiento judicial de una filiación extramatrimonial no declarada formalmente.

Por consiguiente, ambas filiaciones podrán ser determinadas por sentencia firme recaída en un proceso civil consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de filiación matrimonial o *extra* matrimonial⁽¹³⁾ de acuerdo con el artículo 131 CC, según el cual:

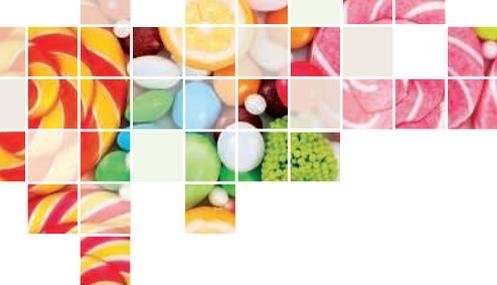
«Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada».

Por lo tanto, en aquellos casos en que existe posesión de estado⁽¹⁴⁾ la acción de reclamación de filiación matrimonial o *extra* matrimonial la podrá

(13) O bien en un proceso penal seguido por un delito contra la libertad sexual. En este último caso, la sentencia contendrá, junto a la condena penal, los pronunciamientos correspondientes a la filiación (art. 193 CP).

(14) GARCÍA VICENTE, J. R. (2006) al analizar las acciones de reclamación e impugnación de la filiación en «La previsible reforma del derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas», *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2006, págs. 233 y 237 propugna la derogación de la posesión de estado «como directriz de política legislativa para ordenar los distintos regímenes» y entiende que «lo más razonable es prescindir de la presencia o ausencia de la posesión de estado al ordenar las acciones de filiación», ya que «la tutela de la apariencia —que supone la posesión de estado— no debe incurrir en el exceso de proteger más allá de la ficción que supone la equiparación entre la apariencia y la realidad, es decir, en ningún caso la apariencia suprime o sustituye a la verdad biológica». En el mismo sentido se pronuncia BAEZA PASTOR, A. (1991), «Las acciones de reclamación de la filiación. Estudio en particular de la legitimación del padre biológico en las reclamaciones de paternidad extramatrimoniales», *Revista General de Derecho*, n.º 564, septiembre, pág. 7.104. Para este autor es «desmesurada la importancia que nuestro Código Civil otorga a la posesión de estado» haciendo depender de su existencia «nada menos que la legitimación para reclamar una filiación».



En el año 2015 se lleva a cabo una importante reforma en el ámbito de la protección a la infancia y adolescencia a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Entre otras normas, se modifican la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el Código Civil, en referencia a instituciones como el acogimiento, la adopción nacional e internacional y las acciones de filiación. También se adaptan los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades de la infancia y adolescencia en España en relación con los menores extranjeros y víctimas de violencia de género, y se afronta la regulación de determinados derechos y deberes de menores, en línea con diversas normas internacionales y autonómicas; finalmente, se introduce, entre otras importantes novedades, el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección.

El análisis de estas materias y modificaciones normativas es el objeto sobre el que se centran los contenidos de la presente obra.

