

LIBRO DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

NOVIEMBRE 2017. N° 7

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: ALFONSO ALIAGA CASANOVA



Visítanos en:



www.ajfv.es

INDICE DE CONTENIDOS

1.- PATRIA POTESTAD DIGITAL: “MENORES E INTERNET”

Artículo elaborado por **Natalia Velilla Antón**, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Torrejón de Ardoz.

2.- LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LAS PRUEBAS INDICIARIAS EN LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD

STS del Pleno de la Sala 1^a de 18 de julio de 2017

Nº Sentencia 460/2017

Nº Recurso: 2850/2016

Comentario realizado por **María del Carmen Broceño Plaza**, Doctora Derecho Procesal, Juez Sustituta de los Juzgados de Murcia y Provincia.

1.- PATRIA POTESTAD DIGITAL: MENORES E INTERNET

Natalia Velilla Antolín

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 5

Torrejón de Ardoz (Madrid)

La autora analiza en este artículo la necesidad de conciliar el derecho de los menores al uso de internet con la obligación de los padres de velar por ellos y la posibilidad de fijar reglas de uso adecuadas a la madurez o desarrollo de los menores, superando los problemas que genera la denominada "brecha digital" entre generaciones. Asimismo, reflexiona la autora sobre los problemas que para el adecuado respeto a la intimidad de los menores genera la publicación de datos o imágenes de éstos en las redes sociales, y sobre los criterios que deben ponderarse para resolver los posibles litigios que, al respecto, puedan plantearse ante los Tribunales.

VOCES: patria potestad, brecha digital, internet, derecho a la intimidad, identidad digital.

1.- INTRODUCCIÓN

Se define la patria potestad como un conjunto de obligaciones y derechos bien surgida de la natural progenitura, bien de la adopción plena, según los casos. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1996 establecía que «*La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva).* Más que un poder, actualmente se configura como una **función establecida en beneficio de los hijos menores**, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está **formado más por deberes que por derechos**, como resulta del propio artículo 154 del Código civil. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse **siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad**, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor».

¿Cuál es la naturaleza de la patria potestad?

Como ya he dicho, la patria potestad es el conjunto de derechos y, sobre todo, de obligaciones que regulan la relación entre padres e hijos y se deriva de la filiación, sea esta matrimonial, no matrimonial o adoptiva, si bien, excepcionalmente y en defecto de lo anterior, puede ser ejercitada por instituciones públicas. No obstante, esto no ha sido siempre así. La “patria potestad” debe su nombre al “poder” que el *pater familias* ejercía sobre los hijos, como verdadero derecho de propiedad de los padres (o del padre, mejor dicho) sobre estos. El concepto de patria potestad ha ido evolucionando a medida que la sociedad ha ido cambiando y concibiendo los menores como personas con plenitud de derechos subjetivos frente a los padres, dotando al concepto de un carácter eminentemente tuitivo, de protección y cuidado.

¿Qué normativa regula la patria potestad?

El Código Civil regula la patria potestad en los artículos 154 a 171, si bien el contenido y naturaleza de este haz de facultades se completa con:

- 1.- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- 2.- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- 3.- Convención de los derechos del niño de Nueva York de 20 de noviembre de 1989.

2.- LA PATRIA POTESTAD DIGITAL

¿Cuál es el contenido de la patria potestad?

La patria potestad tiene una doble dimensión de obligaciones de los hijos y deberes de los padres.

A) OBLIGACIONES DE LOS HIJOS

Es erróneo entender que la patria potestad implica sólo derechos para los hijos, porque no cabe confundir que algo se ejerza en beneficio de alguien, con que ese alguien sólo tenga derechos, y no obligaciones. Es por ello que el artículo 155 del Código Civil obliga a los hijos a:

-Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.

-Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

Estas “obligaciones” son el resultado lógico de los deberes (imperativos y de mucha trascendencia jurídica) que se impone a los padres por el mero hecho de la progenitura. Si bien la normativa ha evolucionado, no podemos desconocer que hay un deber de los hijos de obedecer a sus padres, y resulta razonable que dicho deber de obediencia implique acatar las normas que lo padres impongan sobre el uso de internet y redes sociales a los menores. No en vano, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica de Protección del menor establece que *«Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos»*.

Este artículo reconoce un derecho del menor a la utilización de internet, que, en todo caso, deberá ser supervisada por los padres, que son los que tienen la obligación de cuidar a sus hijos y tenerlos en su compañía. Ahora bien, ¿cómo un menor puede ejercer el derecho a recibir, buscar y utilizar información en internet de manera adecuada a su desarrollo en condiciones de seguridad? Ni esta ley ni ninguna ha fijado la forma en la que el derecho a la información digital debe ser ejercitada por los menores de edad. La única “aproximación” legal la encontramos en el artículo 3 de la Ley 1/1982 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ejemplo paradigmático de norma consciente y reiteradamente incumplida por la generalidad de la sociedad. El texto legal establece que *«El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez»*.

En primer lugar, ¿quién decide que el menor tiene condiciones de madurez suficiente? Podríamos contestar que sus padres, si bien la teoría no se corresponde, en muchas ocasiones, con la realidad, como consecuencia de la *«brecha digital»*, a la que me referiré más adelante, y que, en este caso, tiene como consecuencia directa que los padres son desconocedores del universo digital. Al menos en menor medida que sus hijos. En segundo lugar, la solución legal de solicitar consentimiento previo al Ministerio Fiscal es absolutamente descabellada:

es inimaginable lo que supondría llamar al Ministerio fiscal cada vez que un menor quisiera hacer una publicación en Twitter o Facebook, o cada vez que un padre o madre quisiera subir fotos del menor a las redes sociales. Sin embargo, esta norma, dictada al margen de la realidad social y de la operativa judicial, lejos de ser modificada y adaptada a la realidad, ha dado lugar a la reciente regulación de un bizarro expediente de Jurisdicción Voluntaria, regulado en los artículos 59 y 60 de la Ley 15/2015 de 12 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, según el cual, en caso de “oposición” del fiscal a que la fotografía en cuestión sea publicada en un medio público, sea el Juez el que decida.

Ante la ausencia total de regulación, la práctica ha buscado sus propios sistemas informáticos, creando dispositivos de control parental (que por otra parte no todos los padres usan, y muchos hijos saben manipular). Es indudable que haría falta una normativa uniforme e internacional que regulase los dispositivos de control parental, de obligado cumplimiento para los desarrolladores web y los propietarios de sitios en internet. Pero, sobre todo, y aunque esta ponencia sea eminentemente jurídica, lo que verdaderamente hace falta es una concienciación de los padres. Muchos progenitores se niegan a conocer el funcionamiento de internet en general y de las redes sociales en particular. Su nivel de conocimiento de internet es muy básico, limitándose normalmente a la utilización del correo electrónico y navegación por páginas concretas, sin llegar a entrar en plataformas interactivas o redes sociales. Paradójicamente, la generación de padres más protectora de la historia (según coinciden en apreciar muchos pedagogos y psicólogos familiares) mientras que, por un lado, no deja deambular libremente a los hijos sin control parental fuera del hogar, impidiéndoles salir solos a la calle, jugar solos en el parque o hacer uso de medios de transporte público, deja a sus hijos libremente en una calle virtual llena de peligros más graves que cruzar solos una calle de seis carriles con tráfico de hora punta.

B) OBLIGACIONES DE LOS PADRES

Efectivamente el código civil, al regular la patria potestad, lo que hace es fijar las obligaciones de los padres respecto a los hijos, e impone las siguientes obligaciones a los padres (art 154):

-Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

-Representarlos y administrar sus bienes.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad debe realizarse en interés de los hijos *«de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental»* y *«si los hijos tuvieran suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten»*. La dificultad radica en algunos casos en la dicotomía entre “educar” y “respetar sus derechos”, puesto

que, para “velar por los menores”, o para “educarlos” en ocasiones es preciso conculcar algún derecho fundamental de los hijos, si entendemos que la restricción a los mismos es una verdadera vulneración cuando esta es realizada por quienes ejercen la patria potestad y, por tanto, la representación legal. No podemos ignorar que los menores no son “capaces” desde el punto de vista de la capacidad de obrar y que son los padres los que, en nombre de los menores, actúan en el ámbito jurídico. Por ello, la vulneración del derecho a la intimidad de los hijos estaría justificada siempre que fuera imprescindible y proporcionada. Por un lado, porque el ejercicio de determinados actos jurídicos debe ser complementado por la autorización paterna y su ausencia debe ser corregida, lo que únicamente puede ser en ocasiones realizado a través de un acto de vulneración del derecho a la intimidad del menor (ej: actuación del menor en redes sociales, cuya supervisión puede ser examinada por los progenitores cuando, siendo menor de edad, no ha contado con el consentimiento paterno). Por otro lado, y como argumento de mayor importancia, porque, en la ponderación entre el ejercicio particular de un derecho por parte de su titular menor de edad y la obligación de velar por la integridad física y moral del hijo que tienen los titulares de la patria potestad, debe prevalecer lo segundo, sobre todo cuando, además, los padres son responsables civiles directos de los actos de los hijos menores de edad. ¿Cómo responder de actos realizados en redes sociales por los menores si no pueden intervenir para su evitación o control?

Es, por tanto, ejercicio incorrecto de la patria potestad por parte de los progenitores no hacer todo lo posible por conocer los riesgos que implica el mundo digital en el que se desenvuelven los menores. La patria potestad obliga a velar por los hijos en todo caso, bien en el mundo físico o “analógico”, bien en el mundo digital. Como apuntaba anteriormente, de la misma manera que los progenitores no permiten a un menor permanecer solo sin vigilancia paterna en un parque, no deberían permitir que el menor se encuentre igualmente solo en el ciberespacio cuando no tiene las herramientas formativas y la madurez suficiente para estarlo. Al igual que vamos permitiendo a los hijos pequeñas parcelas de independencia y desvinculación al control paterno a medida que van creciendo, ganando autonomía y responsabilidad, en el mundo digital también se debe actuar de la misma forma. Para poder confiar en la actuación de los menores en redes sociales y el ciberespacio en general, hay que dotarles de recursos y estrategias hábiles para su protección, como sucede en el mundo físico. El problema radica en la escasa formación de los padres en el terreno informático derivado de la “brecha digital”. Por tanto, sería un deber de los padres adquirir conocimientos técnicos básicos sobre el ámbito digital en el que se desenvuelven sus hijos.

La brecha digital

El Código Civil, sujeta a patria potestad a los hijos menores de edad hasta los dieciocho años. Sin embargo, la “brecha digital” hace que, en estos temas, muchas veces sean los hijos los que son mucho más conscientes de los riesgos y peligros

digitales, que los padres. El problema con el que nos enfrentamos al ejercitar la patria potestad digital es que no podemos basarla en experiencias adquiridas desde la infancia, porque la mayoría de los padres de esta generación no son "nativos digitales".

El origen del término "Nativos Digitales", proviene de la reflexión de Marc Prensky que, en su determinante artículo «*Digital Natives, Digital Immigrants*» de forma concisa define a los nativos digitales como la primera generación que ha crecido con las tecnologías digitales y que son "nativos" del lenguaje de los ordenadores, videojuegos e Internet. Los nativos digitales son los niños y jóvenes nacidos a partir de 1990 que son expertos con las computadoras, tienen destrezas y formas para comunicarse con los otros que los mayores no pueden entender. Son consumidores y productores de casi todo lo que existe en la red y han provocado una nueva brecha, esta vez alfabeto-generacional. En contraposición al término "Nativo Digital", se encuentra la de "Inmigrante Digital", que son las personas mayores entre 35 y 55 años, nacidos antes de los nativos digitales, es decir en la era pre-digital, por lo que están atados a una lengua materna diferente a la que utilizan los nativos digitales. Los "Inmigrantes Digitales" –también llamados "Adoptivos Digitales" - son los que han tenido que aprender a usar los medios digitales proveniendo de un mundo analógico de información. Por tanto, los menores de edad españoles son nativos digitales y cuentan con habilidades tecnológicas de las que carecen sus padres (y carecerán, puesto que estas habilidades funcionan como el bilingüismo: se puede llegar a dominar la técnica, pero nunca al nivel de un nativo si no se comienza en los primeros años de vida su aprendizaje). Los padres, en el mejor de los casos, serán "Inmigrantes Digitales" o "Adoptivos Digitales" y, a veces, ni eso. Obviamente la madurez técnica del menor de edad, no impide que carezca de la formación y desarrollo intelectual suficientes como para enfrentarse al mundo digital.

3.- EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DIGITAL

Sentado lo anterior, ha de examinarse en qué supuestos la patria potestad es ejercitada interviniendo algún instrumento digital. Son dos los supuestos más claros: la patria potestad digital como deber de velar por la integridad física y moral de los hijos mediante control y supervisión de la vida digital de estos, y la patria potestad digital como ejercicio del derecho a la intimidad, imagen y honor de los menores por parte de los progenitores en el ciberespacio.

A) PATRIA POTESTAD DIGITAL COMO DEBER DE VELAR POR LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LOS HIJOS

Para el ejercicio responsable y eficaz de la patria potestad digital, los padres deberían tener, como mínimo, un conocimiento básico de cómo funciona Internet

y saber qué hacen sus hijos cuando envían mensajes instantáneos, navegan o participan en otras actividades en línea. Para la protección de los menores de edad –sobre todo si estos son pequeños aún y tienen menos tendencia a burlar el control parental, aún muy apagados a la disciplina paterna, los padres pueden valerse de filtros de contenido que bloquean contenidos inapropiados y acceso a páginas perniciosas. Algunos programas reducen la posibilidad de que los niños divulguen información personal, como su nombre o dirección. No obstante, hay que tener en cuenta que tales filtros no son infalibles y los menores aprenden con facilidad a eludirlos.

Otra de las recomendaciones para el ejercicio adecuado de la patria potestad digital en su vertiente de protección, es en colocar el ordenador personal en un lugar común del hogar, el salón o piezas análogas de la casa, en lugar visible, no en el dormitorio de los menores. Este simple gesto permite saber a los padres qué hacen sus hijos y contribuirá a que estos eviten páginas inadecuadas. En el caso de las tablets o Smartphone, el control es más difícil puesto que se puede utilizar en cualquier lugar. Por ello, no es aconsejable dotar de dispositivos móviles a los niños pequeños. El Cuerpo Nacional de Policía ha emitido una recomendación según la cual con menos de 12 años no se debe dar un móvil a un menor, y menos con conexión a Internet. Según la Policía Nacional, Whatsapp no se debería tener hasta los 16 años. Difícil de cumplir, sobre todo en los hijos menores de padres divorciados, a los que se les suele dar el dispositivo móvil a muy temprana edad. Tampoco es raro asistir a Comuniones de menores (9-10 años, en 3º o 4º de Educación Primaria) en las que se les regala su primer Smartphone. Cuando el dispositivo móvil o Tablet ya está en poder del menor, al menos hay que controlar su utilización. Se les debería restringir el uso de datos móviles para evitar que utilicen el teléfono fuera del hogar y, en todo caso, impedir su utilización en la habitación a solas. En realidad, lo verdaderamente aconsejable es fijar reglas de uso: cuándo conectarse, cuánto tiempo y los tipos de páginas que pueden o no visitar. Lo más importante, sin embargo, es que inculcar a los niños los valores necesarios para que tomen buenas decisiones en ausencia de sus padres. La mejor defensa frente a peligros en las Redes Sociales es una buena comunicación y educar a los hijos en lo digital como se educa en el resto de ámbitos de la vida de estos.

Como resumen, decir que los padres, como titulares de la patria potestad, pueden y deben intervenir en la vida digital de sus hijos, controlando sus amistades, su entorno, con el fin de evitar males mayores y siempre con el máximo respeto a su intimidad, de acuerdo con la madurez del menor y en su beneficio, tal y como establece nuestra regulación del código civil.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de fecha 10 de diciembre de 2015 (nº de recurso 912/2015), ya tuvo en cuenta esta cuestión. La Sentencia

tenía un contenido estrictamente penal, resolviendo un recurso planteado en un asunto de acoso sexual a menores por internet (grooming) si bien, abordó, aunque de manera muy incidental y somera, el tema del derecho a la intimidad de los menores y el alcance de las facultades que los padres tienen sobre sus hijos menores en el ejercicio de la patria potestad en aquellos casos en que los hijos estén utilizando las redes sociales (concretamente en este caso fue facebook la red utilizada para contactar el acusado con la menor). La sentencia concluyó que la madre pudo conocer la contraseña bien a raíz de una comunicación voluntaria de la propia menor titular, bien directamente; bien a través de su hermana. La madre era la titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accedió a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. La resolución de la Sala Segunda, si bien tangencial, al no tratar de cuestiones estrictamente civiles, es lógica y coherente con nuestro sistema legal: sería absurdo que el ordenamiento jurídico hiciera descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar lo que les sucede, sobre todo cuando las pruebas apuntaban a que la menor estaba siendo víctima de un delito.

Pero no sólo en este caso: el artículo 1903 CC, en sus párrafos segundo y tercero, establece que «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». En el mismo sentido, el artículo 61.3 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece que «Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos». Por tanto, si los progenitores o tutores son responsables civilmente de los actos dañosos o de los delitos cometidos por sus hijos, cuando los actos ilícitos que estos cometan se realicen a través de medios cibernéticos, ¿cómo no permitir a quien debe responder civilmente de estos actos tener la oportunidad de conocer por sí mismos cuáles son las acciones que el menor sometido a patria potestad está realizando?

En resumen: los padres no solo pueden, sino que deben, controlar la actuación de sus hijos en internet, siempre que sirva al fin último de la patria potestad de velar por los hijos atendiendo a su madurez y con respeto a sus derechos fundamentales. Es decir, el control de la actividad de los hijos en internet y redes sociales no puede servir de excusa para que los padres actúen de manera arbitraria y con desprecio absoluto hacia la intimidad de sus hijos.

B) PATRIA POTESTAD COMO RESPETO A LA IDENTIDAD DIGITAL DE LOS HIJOS

Voy a centrarme en la práctica tan extendida en nuestra sociedad de compartir datos y fotos de los propios hijos en las redes sociales y a través de servicio de mensajería instantánea como WhatsApp, incluso poniendo como foto de perfil la de los hijos menores. La escritora Nancy Jo Sales, autora del libro «*American Girls: Social Media and the Secret Life of Teenagers*» concluye que, en EEUU, el 92% de los menores de edad tiene ya una “identidad digital” en los primeros dos años de vida. Este dato es bastante alarmante y puede ser perfectamente extrapolado a nuestro país, donde los progenitores no son conscientes de la nula privacidad que tienen los niños hoy en día, al compartirse fotos desde los primeros días de vida e, incluso, desde el vientre materno. Según apunta esta autora, la mayoría de los niños, antes de haber cumplido los cinco años, tendrían una media de 1.000 fotografías de ellos mismos en las redes sociales.

El auge de las redes sociales lleva a un deseo compulsivo de compartir pensamientos, experiencias, fotos, vídeos, no sólo como forma de acortar distancias con los parientes y amigos más alejados, sino también con los desconocidos, con el objetivo o necesidad de lograr un reconocimiento social. Es tal la afición a compartir fotografías de cumpleaños, vacaciones, actividades extraescolares, etc. que, para los expertos, en el futuro casi ni haría falta que el niño se abriera un perfil en las redes sociales porque ya lo tendría hecho directamente. Fotos o vídeos que en cuanto son subidas a la red, además de compartirlas, el autor pierde todo derecho sobre ellas, haciéndolas accesibles a una gran mayoría y que por supuesto pueden ser usadas para cualquier fin, bueno o malo. A esta conducta, cuando es compulsiva, se la denomina *shareting* - combinación de share (compartir) y parenting (crianza)- que hace referencia a la sobreexposición a la que se ven sometidos los hijos en las redes sociales de sus padres.

Con independencia de la utilización por terceros con fines delictivos de las fotografías colgadas por nosotros mismos en las redes sociales, hay que preguntarse por la manera en la que nuestro hijo se tomará en el futuro el hecho de haber compartido todo tipo de experiencias, datos y fotografías en internet cuando eran niños. Es decir, aun cuando las fotografías compartidas no hayan servido para ser utilizadas con fines delictivos, participando sus vivencias y fotos estamos condicionando su identidad digital, porque no sabemos qué profesión ejercerá de mayor, si tendrá una proyección pública y, sin embargo, lo que colguemos ahora podría llegar a perjudicarle en el futuro. No en balde, el propio ex CEO de Google, Eric Schmidt, ha afirmado en algunas entrevistas que "*a medida que pase el tiempo todos tendremos online información embarazosa y fotos de nuestra adolescencia de las que nos avergonzaremos*".

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 30 de junio de 2015, al respecto de la imagen de los menores, ha establecido que «*La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en*

consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión y que en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre 2013; 27 de enero 2014, entre otras). Es, en definitiva, la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención.» Por ello, el ejercicio responsable de la patria potestad debe llevar a poder brindar a los menores la capacidad de crear su propia identidad digital y ser dueños, al alcanzar la mayoría de edad, de sus datos, su imagen, su pasado y su futuro. Por otra parte, compartir algún dato o fotografía de los menores en redes sociales, forma parte de la patria potestad. Si los progenitores están de acuerdo, en principio no debería haber mayor problema. La cuestión radica en determinar qué hacer cuando los padres no están de acuerdo, y, sobre todo, cuando esa disconformidad se da entre progenitores separados o divorciados. Cada vez se ven más casos en los juzgados en los que uno de los cónyuges exige la retirada de imágenes ya subidas y que se prohíba a la otra parte colgar fotos de los hijos.

Ahora bien, esta controversia parental existirá mientras el menor no cumpla los 14 años, porque el artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece que: «*1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.*». En consecuencia, una vez que el menor cumple los 14 años, es este y no sus padres el que debe dar su consentimiento a la hora de publicar fotos de él en las redes sociales –salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela–, al tratarse la imagen de un dato de carácter personal.

¿Qué hacer, como jueces, en estos casos?

Cuando la conducta ya se haya producido, es decir, cuando uno de los progenitores (normalmente separado o divorciado del otro) acude al juzgado presentando una demanda de Jurisdicción Voluntaria bien derivada del artículo 156 CC –discrepancias en el ejercicio de la patria potestad–, bien del artículo 158 CC en casos de riesgo –demanda de protección del menor–, solicitando la retirada de las fotografías del menor en cuestión de la red social o página web y/o reclamando la atribución en exclusiva del ejercicio de la patria potestad para esta cuestión concreta (artículos 86 y ss LJV), el juez deberá, previa audiencia de ambos progenitores y del menor, si fuera mayor de 12 años o tuviera madurez suficiente, con informe del Ministerio Fiscal y demás prueba que se considere

necesaria, decidir si acceder o no a lo solicitado. Para ello deberá examinarse la transcendencia del acto, así como la privacidad de la acción. Si se trata de imágenes de un acontecimiento familiar (como una Comunión) compartidas en Facebook solo para amigos y familiares, no sería lo mismo que compartir otras imágenes en público y eso ha de ser tenido en cuenta. Por otra parte, la protección de la futura identidad digital del menor no puede llevar al extremo de impedir que el menor, por ejemplo, sea fotografiado con toda su clase o realizando alguna actividad escolar que luego sea compartida en la web escolar, puesto que la pretendida protección puede estar menos aconsejada que la flexibilidad de que el hijo se integre en la vida escolar sin sufrir pretericiones ni exclusiones. Por tanto, estamos ante un juicio de ponderación de derechos: el derecho a la imagen de los menores y el derecho a comunicar información libre, la libertad de expresión, unido al genérico derecho de los menores a defender sus intereses que, en ocasiones, pasan por difundir o permitir difundir su imagen en común con el resto de compañeros.

Un ejemplo de este conflicto lo encontramos en la Sentencia, dictada el día 4 de junio de 2015, por la Sección 1.^a de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra que, precisamente, entre otras cuestiones, trata sobre el desacuerdo entre ambos progenitores a la hora de publicar una foto del hijo común en la red social Facebook. En su fundamento cuarto, la Audiencia establece que «*CUARTO.- Finalmente, por lo que se refiere a la problemática de la publicación por el padre de fotografías del menor en la red social Facebook, interesa destacar: 1) que el derecho a la propia imagen (art. 18-1 CE), en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (SSTC26/3/2001 , 16/4/2007 y 29/6/2009); y 2) que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal (art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).*

»*De modo que la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización (arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).*

»*En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal (arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo , y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre).*

»*La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 CC). Señalando el*

art. 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad, y, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

»Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad.

»Con lo cual, de pretender el Sr. Adrian la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización. Del modo que dispone el art. 156 CC. Teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. En consecuencia, en la cuestión que nos ocupa procede acoger el recurso de apelación, en el sentido de que en el caso de que don Adrián pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización.»

Para decidir en este tipo de conflictos, por tanto, habrá de estarse al interés y alcance de la publicación y, sobre todo, si con esa publicación se está perjudicando el interés superior del menor o se le está sometiendo a una sobreexposición.

Lo que se pueden evitar son conflictos futuros mediante la inclusión en los convenios reguladores o en las sentencias de separación, divorcio o nulidad del matrimonio o en los juicios verbales de familia de cláusulas o condiciones reguladoras de la difusión de la imagen o intimidad de los menores. Dicha cláusula deberá ser atemporal y general, incluyendo cualquier vulneración de los derechos del menor, que podrá reputarse injusta bien porque no se cuenta con el consentimiento del otro progenitor o del propio menor de catorce años, bien porque ni siquiera se cuenta con la opinión del otro. Dicha cláusula podrá ser del siguiente tenor –u otro semejante– *«Los progenitores deberán preservar la imagen del menor en Redes Sociales, páginas web, aplicaciones de mensajería instantánea y demás Tecnologías de la Información y la Comunicación salvo que exista consentimiento recíproco previo. Los padres, en el ejercicio compartido de la patria*

potestad, deberán comunicar al otro progenitor su deseo de compartir públicamente en estas plataformas imágenes del hijo, recabando el consentimiento expreso del otro progenitor. Dicho consentimiento se solicitará mediante cualquier medio fehaciente. El otro progenitor deberá dar su consentimiento u oponerse a la difusión en el plazo de una semana. Si no contesta, se entenderá válidamente prestado el consentimiento. Cualquier difusión de las imágenes del menor en Redes Sociales, páginas web, aplicaciones de mensajería instantánea y demás Tecnologías de la Información y la Comunicación, deberá efectuarse con estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen así como el artículo 18 de la Constitución, el artículo 4 de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y el artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, si el menor tiene más de catorce años». De esta manera se regula de manera más segura la relación entre los progenitores y de estos con sus hijos y se evitan injerencias innecesarias en el derecho a la imagen de los menores.

Esta cuestión pudiera parecer baladí pero no lo es. Cuando te registras en Facebook, aceptas sus normas. Y una de ellas dice que «*Con relación al contenido protegido por derechos de propiedad intelectual, como fotografías y vídeos (en lo sucesivo, “contenido de PI”), nos concedes específicamente el siguiente permiso, de acuerdo con la configuración de la privacidad y las aplicaciones: nos concedes una licencia no exclusiva, transferible, con derechos de sublicencia, libre de derechos de autor, aplicable globalmente, para utilizar cualquier contenido de PI que pubiques en Facebook o en conexión con Facebook (en adelante, “licencia de PI”). Esta licencia de PI finaliza cuando eliminas tu contenido de PI o tu cuenta, salvo si el contenido se ha compartido con terceros y estos no lo han eliminado*

Es decir, que las fotos siguen siendo tuyas pero has concedido a la red social el derecho a utilizarlas mientras no las elimines de la red. Pero incluso si tú las eliminas pero las has compartido con otra persona en Facebook, y ésta no lo hace, pueden seguir usándolas. Por lo tanto, hay que tener siempre en cuenta las consecuencias de publicar fotos de menores en Facebook (y en otras redes sociales que tienen condiciones similares).

Sea cual fuere la solución que se adopte, lo cierto es que, sin una educación y concienciación general acerca de lo que implica el uso de internet y las redes sociales, cualquier regulación será siempre insuficiente. La clave está en desechar la idea de que “internet” es “otro mundo” o “un mundo irreal”, reputando sólo existente el mundo tangible de las relaciones personales. Las redes sociales son tan reales como las relaciones interpersonales sin dispositivos digitales en medio. Las redes sociales son nuestra realidad digital, superpuesta y paralela al mundo analógico y debemos asumir que, las mismas reglas que empleamos para el mundo analógico, son de aplicación, con adaptaciones, al mundo digital.

BIBLIOGRAFÍA

-«*¿Se pueden publicar fotos de hijos menores de edad en las redes sociales?*» blog Mateo Bueno Abogado.

<http://www.mateobuenoabogado.com/blog/publicacion-de-fotos-de-menores-en-las-redes-sociales/>

-«*Es mi hijo y hago lo que quiero*», blog de Rafael Hormigos Cajal.

<https://es.linkedin.com/pulse/es-mi-hijo-y-hago-lo-que-quiero-patria-potestad-rafael-hormigos-cajal>

-«*¿Qué dice la legislación de la imagen de menores en Internet?*», Menoresenred.com

<http://www.menoresenred.com/legislacion-imagen-menores-internet/>

-«*Patria potestad digital*», blog de Francisco Rosales

<https://www.notariofranciscorosales.com/patria-potestad-digital/>

-«*Patria potestad digital*», blog de Jacob Peregrina

<http://www.abogacia.es/2015/01/26/patria-potestad-digital/>

-«*¡Mamá, papá, dejad de contar mi vida en las redes sociales!*», Isabel F. Lantigua. Artículo de El Mundo de 20 de mayo de 2017.

<http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/20/59159abc468aeb4c678b462c.html>

-«*¡Qué guapo sale mi niño en la foto! Voy a subirla a Face*», blog “Toda historia tiene dos versiones” de Natalia Velilla Antolín.

<https://todahistoriatenedosversiones.wordpress.com/2016/10/11/que-guapo-sale-mi-nino-en-la-fotovoy-a-subirla-a-face/>

2.- LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LAS PRUEBAS INDICIARIAS EN LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD

STS del Pleno de la Sala 1^a de 18 de julio de 2017

Nº Sentencia 460/2017

Nº Recurso: 2850/2016

María del Carmen Broceño Plaza

Doctora Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de Murcia

Juez Sustituta de los Juzgados de Murcia y Provincia

La determinación de la filiación paterna no matrimonial de un menor debe basarse en los principios constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24.1 CE, a la igualdad sin discriminación de los hijos no matrimoniales frente a los matrimoniales ex art. 14 CE, y de protección integral de los hijos en relación con la posibilidad de investigación de la paternidad recogido en el art. 39 CE, así como en el principio contenido en el art. 118 CE que afirma el deber general de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso de un proceso en pro de la realización de la Justicia como valor; y como principio procesal, en el de disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio de conformidad con lo previsto en el art. 217.7º LEC.

VOCES: Filiación extramatrimonial, reclamación paternidad, negativa a someterse a pruebas biológicas, facilidad probatoria.

COMENTARIO

La secc. 3^a de la AP de Guipúzcoa desestimó el recurso de apelación formulado frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Sebastián y por el cual se desestimaba la demanda presentada por doña Susana, frente a don Gabino para la determinación de la filiación paterna no matrimonial de su hija Delfina, afirmando que el demandado era el padre biológico de la menor; oponiéndose el Sr. Gabino a la demanda contra él formulada negando la existencia de relación sentimental alguna con la

demandante, y negándose asimismo a la realización de la prueba biológica. Interesando el Ministerio Fiscal la desestimación de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia n.^o 4 de San Sebastián dictó sentencia por la cual rechazó la demanda. La demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3.^o) desestimó el recurso por considerar que no existían datos suficientes para tener por cierta una relación sentimental entre las partes fruto de la cual fuera el nacimiento de Delfina, dado que no se aportan pruebas de las que se pudiera inferir la existencia de un mínimo de prueba que pudiera sumarse a la valoración del indicio que supone la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica en los términos pretendidos, pues solo se aporta en apoyo de los hechos de la demanda los comentarios del dueño del gimnasio al que acudían ambos. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación al considerar suficiente para declarar la filiación extramatrimonial, la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica cuando existen otras pruebas indiciarias, tales como una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación en atención a datos como los que concurren en el caso presente, al estar acreditado que la demandante y el demandado se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio -en la época aproximada de la concepción de la hija de la demandante- donde se relacionaban, a lo que hay que añadir que el titular del establecimiento declaró que, según comentarios, estaban «liados»; valorando la facilidad probatoria del demandado y su obligación de colaboración con los tribunales en el curso de un proceso de filiación en el que se están ejercitando derechos de interés social y orden público.

Han sido numerosas las resoluciones de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo¹, como la número 460/2017 de 18 de julio que es aquí objeto de análisis, las que con base en la intensidad probatoria que ha de atribuirse al hecho de la negativa injustificada por parte del demandado a someterse a las pruebas biológicas, cuyo resultado está dotado prácticamente de certeza², han declarado probada la paternidad en base a indicios.

¹ Vid. SSTS Sala de lo Civil secc. 1^a de 17 de enero de 2017, 28 de mayo de 2015, 31 de mayo 2013, 4 de julio de 2011, 27 de febrero de 2007, 2 de febrero 2006, 1 de septiembre de 2004, 11 de marzo y 7 de julio de 2003, 17 de julio de 2002, 24 de mayo, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001, 28 y 29 de marzo, 24 de abril, 24 y 30 de mayo de 2000, y 1 y 11 de octubre de 1999, por citar algunas.

² El TS ha estimado 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 a modo de ejemplo las SSTS de 30 de junio de 1989, 20 de diciembre de 1991, 7 de febrero de 1996 y 26 de septiembre de 1997, o la de 18 de mayo de 2000, por citar algunas).

Ciertamente lo que el Tribunal Supremo trata de conseguir es primar el derecho al hijo a obtener certeza sobre su filiación –art. 39 CE- en igualdad con los hijos matrimoniales –art. 14 CE-, frente a la obstrucción injustificada del padre que se niega a colaborar con el Tribunal –art. 118 CE- en la averiguación de la verdad, teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar la solución del litigio.

No cabe duda que nos enfrentamos aquí ante un problema de prueba y de carga probatoria. La Ley Procesal civil en su artículo 767.1º exige a la parte actora un principio de prueba como requisito *sine qua non* para poder entablar una demanda sobre determinación o impugnación de la filiación; y existiendo tal principio probatorio, por muy insignificante que este sea, con tal de que se acredite una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación en atención a cualquier dato aportado a la causa, sería suficiente para sostener su pretensión, máxime si solicitada por la actora y admitida por el Tribunal la investigación de la paternidad mediante la prueba biológica³, el demandado se negase a ello de manera injustificada, recayendo en tal caso sobre el demandado la carga de probar el hecho impeditivo de su oposición por ser el que tiene la mayor facilidad probatoria siguiendo lo dispuesto en el art. 217.7 LEC, precepto que en este tipo de procesos opera con singular intensidad, en dónde no se puede hacer recaer sobre la parte demandante las consecuencias negativas derivadas de la falta probatoria imputable al demandado y en dónde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, ya que pretender que sea la parte demandante la que pruebe el hecho constitutivo de su pretensión de forma concluyente sería una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 de la CE, tal y como ha venido afirmando el propio Tribunal Constitucional, así en SS. 7/1994, de 17 de enero⁴, 227/1991 y las en ella citadas núm. 227/1991, 98/1987 y 14/1992. Ahora bien no se trata con ello de enfrentar el derecho fundamental de la actora a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, frente

Si bien, claro está y como apunta Quesada González, M.C. en su artículo *La prueba de ADN en los procesos de filiación*, “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)” -en Anuario de Derecho Civil. Núm. LVIII-2, Abril 2005. p.512.

³ Si fuese considerada pertinente por la autoridad judicial, no entraña un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarla, y su práctica resulte proporcionada atendida la finalidad perseguida con su realización vid. SS.TC. 7/1994 y 95/1999. Y así lo recogía la Circular 1/2001 de 5 de abril de la Fiscalía General del Estado.

⁴ “No puede exigirse a la demandante, para dar relevancia a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, la presentación de forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues al hacer recaer toda la prueba en la demandante, se vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE (59), colocándola en una situación de indefensión”.

a los derechos fundamentales del demandado⁵ a la dignidad de la persona -art. 10.1 CE-, la integridad física y moral -consagrado en el art. 15 CE- y a la intimidad personal - ex. art. 18.1 CE-, sino de hacer prevalecer la justicia, en este caso, frente al que sin justa causa impide el ejercicio legítimo de un derecho⁶, un derecho que debe prevalecer por su interés social y de orden público, al entrar en juego los derechos de alimentos y sucesorios, de especial protección en el art. 39.2 CE⁷; así, tal y como ya declarase el Tribunal Constitucional⁸ “El derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el curso de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula como es el caso de la investigación de la paternidad (...) mediante pruebas biológicas”. Indudablemente ello no significa que el demandado en un proceso de filiación no matrimonial no tenga derecho legítimo a negarse a someterse a una prueba biológica, so pena de que dicha negativa pueda interpretarse como “indicio muy cualificado”⁹ sobre el que fundamentar una declaración de paternidad, pero tal negativa debe ir perfectamente corroborada con la existencia acreditada de falta de indicios serios de la conducta que se le atribuye o que, en su caso, pudiera existir un grave quebranto para su salud, y así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en sentencia número 37/89¹⁰.

⁵ Pues no debemos olvidar que otorgar el consentimiento para la realización de un análisis de ADN entraña al fin y al cabo el ejercicio de un derecho estrictamente personal.

⁶Cual es la acción de reclamación de filiación no matrimonial -art. 133.1 CC-. Ya la STC 273/2005, de 27 de octubre que trató la constitucionalidad del artículo 133.I CC, tomó en consideración que debe prevalecer el principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio constitucional de protección a la familia y la protección integral de los hijos.

⁷ Tal y como señaló el TC en Sentencia de 22 de marzo de 1996, en su F.J.7º; “...ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (arts. 39 C.E. y 127 C.c.), es patente que la investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, (...) obligando al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizás vulneraría el art. 10.1 C.E., por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público, -la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante es la relación paterno-filial-, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección, sobre todo en su instrumentación jurídica finalista y adecuada...”.

⁸ Vid. STC 7/1994, de 17 de enero.

⁹ En palabras del Tribunal Supremo así en S. núm. 508/2001 de 24 de mayo.

¹⁰ Así como el Tribunal Supremo en la STS 1^a de 27 de mayo de 1994 al afirmar que “solo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrán legitimar la negativa al sometimiento a la prueba biológica; entre otras causas, y solo a título de ejemplo, podríamos citar el grave riesgo o quebranto para la salud del que la ha de soportar; la inexistencia de evidentes indicios serios de la conducta que se le atribuye; la absoluta falta de necesidad de la misma, pues existen otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir al mismo fin justificatorio”. Pudiendo resumir la doctrina del TC diciendo que “las pruebas biológicas han de realizarse en virtud del mandato judicial, siempre que i) no exista un grave riesgo para la salud del demandado; ii) la medida judicial sea proporcionada adecuadamente con la intromisión a los derechos fundamentales que dicha prueba comporta, y iii) que la evidencia de la paternidad no se pueda obtener por otros medios menos lesivos de la dignidad humana”. Vid. STS 17 secc. 1^a de 17 de junio 2011.

A la vista de lo expuesto, no cabe duda que es, y debe ser una exigencia de los órganos judiciales llevar a cabo la realización de la actividad necesaria para llegar a la verdad material, abandonando cualquier rígida interpretación respecto de la carga de la prueba. Es cierto que como recoge la STS de 11 de abril de 2012, es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una *ficta confessio*, sino que tiene la condición de un indicio probatorio "muy cualificado" que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada –vid. STC 14 de febrero de 2005 y STS de 27 de febrero de 2007, entre otras¹¹-, por ello el art. 767.4º LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad "siempre que existan otros indicios". Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba, y así, la sentencia del TC 29/2005, de 14 de febrero, con cita del ATC 371/2003, de 21 de noviembre, ya rechazó que se pueda atribuir a la referida negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica "un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga contra cives que no está autorizada normativamente, ni que pueda interpretarse dicha negativa como una *ficta confessio* del afectado (ATC 221/1990, de 31 de mayo, FJ2, *in extenso*), sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento (STC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 2)".

En definitiva la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo apuntada, haciendo eco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional que en la medida de

¹¹ En este sentido la STS 177/2007, de 27 febrero, citada por la de 17 junio 2011, recoge dos argumentos que sirven de referencia para inferir si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina del TC y a la de esta Sala. La sentencia en cuestión afirma que: "El Tribunal Constitucional (v. gr., STC de 14 de febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una *ficta confessio* [confesión presunta] del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta" y añade que "De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurran los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)".

lo posible resuelve satisfactoriamente los derechos en pugna¹², trata de otorgar un valor probatorio preponderante a la negativa contumaz e injustificada del demandado a someterse a las pruebas de paternidad en favor de quien reclama la tutela de los tribunales para determinar legalmente la filiación no matrimonial de conformidad con lo previsto en el art. 120 del Código Civil, siempre que existan indicios suficientes que indiquen que hubo al menos alguna razón justificada para reclamarla. Por lo que cabe concluir con la doctrina asentada por nuestro Más Alto Tribunal y en palabras de Quesada González¹³ que “toda negativa no justificada, obstrucciónista, 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”

[Referencia CENDOJ: ROJ 2815/2017, ECLI:ES:TS:2017:2815](#)



¹²Afirmado que la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación no lesionaría ningún derecho fundamental, así vid. STC 7/1994 de 17 de enero. Recogiendo no obstante la citada sentencia que negarse a la prueba biológica concuerda el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio que se niega con el único objeto de eludir las responsabilidades de la misma.

¹³ Vid. *La prueba de ADN...* op. cit. p.546.