

Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB

Albert Lamarca i Marquès

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El derecho de las acciones de filiación del Código Civil alemán ha sido objeto de una doble reforma legislativa en marzo de 2008. Una primera ley ha concedido legitimación a la Administración para impugnar la paternidad que resulta de un reconocimiento sin base biológica ni sociofamiliar, que sólo tiene por finalidad conseguir derechos de ciudadanía o residencia así como prestaciones sociales. La segunda ley ha establecido, entre padre, madre e hijo, respectivamente, una pretensión dirigida a la clarificación de la paternidad, mediante la realización de pruebas biológicas, y con independencia de la impugnación de la misma. Ambas reformas evidencian la tensión existente entre autonomía privada e intervención pública en el derecho de familia, en este caso concreto, en relación con el derecho de filiación.

Paternity claims in the German Civil Code underwent two legal reforms last March, 2008. The first Act allowed the Administration to challenge paternity inferred from a recognition made without biological or functional grounds, on the mere basis of getting citizenship, residence rights and some social benefits. The second Act enabled a claim among father, mother and son, aimed at clarifying paternity by means of biological tests, regardless it had been challenged or not. Both reforms show the existing tension between family self-determination and public intervention in family law, especially in the context of paternity.

Title: Family Self-Determination and public intervention in paternity claims. The BGB reform.

Keywords: Paternity claims; Paternity; Family; Family Self-Determination; Public intervention.

Palabras clave: acciones de filiación; paternidad; familia; autonomía privada; intervención pública.

Sumario

- 1. Debate y reforma sobre las acciones de filiación en Alemania**
- 2. La Ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad**
- 3. La Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación**
- 4. Epílogo**
- 5. Tabla de sentencias citadas**
- 6. Bibliografía**

1. Debate y reforma sobre las acciones de filiación en Alemania

El derecho de las acciones de filiación presenta diferencias marcadas en los ordenamientos jurídicos que culturalmente nos son más próximos. A pesar de que desde el ámbito del derecho civil catalán pueda parecer que la acomodación de las relaciones legales de parentesco a la verdad biológica y a la libre investigación de la paternidad constituyen principios universales, la realidad es que ello no es así, y menos todavía que estos principios sean mayoritarios en derecho comparado.

No se puede aventurar con certeza una próxima convergencia en la materia, de modo que se generalicen los mencionados principios, pero sí que constituye una tendencia asentada la modificación progresiva de las reglas sobre impugnación de la paternidad en los ordenamientos que contienen una regulación más restrictiva así como la eliminación de las injustificadas diferencias de trato normativas entre los distintos tipos de filiación. Conforme se transforman las relaciones sociales y familiares, y los casos extremos llegan a los tribunales, suele producirse una reacción legislativa. Algo de ello ha sucedido recientemente en España con las SSTC 138/2005, de 26 de mayo; 156/2005, de 9 de junio; 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero, sin que conste todavía iniciativa alguna de reforma legal¹. También así en el derecho alemán, con objeto distinto, y ello se ha concretado en la aprobación de dos leyes sobre acciones de filiación de marzo de 2008.

En el *Bundesgesetzblatt* de 18 de marzo de 2008 se publicó la *Ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad* de 13 de marzo (*Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*), vigente a partir del 1 de junio pasado, mientras que en el *Bundesgesetzblatt* de 31 de marzo de 2008 se publicó la *Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación* (*Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*), con entrada en vigor el 1 de abril de 2008.

Las dos leyes aprobadas siguen la estela de la reforma de 2004 en materia de filiación, que introdujo la posibilidad de impugnación de la paternidad matrimonial por parte del padre biológico, en caso de no existir ni haber existido relación socio-familiar entre el padre legal y el hijo. Esta última ley se superpuso a la gran reforma de la filiación de diciembre de 1997, en vigor desde el 1 de julio de 1998, materia que no había experimentado sustanciales reformas desde 1980. En esta ocasión se introdujo un cambio de gran relevancia en el sistema de reconocimiento de la filiación no matrimonial en derecho alemán. Hasta entonces, el hombre que no estaba casado con la madre del menor que quería reconocer debía contar con el asentimiento de la Oficina de protección de la juventud o *Jugendamt* para su eficacia. Esta intervención era precisa porque a la mencionada oficina le correspondía por ley la curatela del hijo no matrimonial sin padre determinado. Esta intervención suponía un control de los poderes públicos en el establecimiento de una relación de derecho privado, como es la de filiación o paterno-filial, pero

¹ A pesar del debate doctrinal que han generado y las propuestas realizadas, cfr. José Ramón GARCÍA VICENTE, "La previsible reforma del derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 1994, pp. 203-254.

que tiene claras consecuencias para la estructura de una determinada comunidad y, por tanto, en su interés general. Se consideró con la reforma que aquella intervención ya no estaba justificada, de modo que, a partir de 1998, en Alemania el padre que reconoce su paternidad sólo necesita contar con el asentimiento de la madre, si el hijo es menor de catorce años y es su representante legal.

Como consecuencia de este cambio normativo, que ha privatizado la determinación y establecimiento de los lazos de parentesco no matrimoniales, se apunta el motivo de la primera de las reformas mencionadas. Debido a que los poderes públicos ya no ejercen ningún control, por no intervenir en los reconocimientos de filiación, se considera que han aumentado los supuestos de paternidad aparente o *Scheinvaterschaften*, en que un alemán se presta a reconocer la paternidad de un menor extranjero para que éste y su madre obtengan derechos de residencia y de ciudadanía en Alemania, además de prestaciones sociales. La respuesta normativa para atajar estos usos fraudulentos de la filiación viene de la mano de una medida *ex post*. Eliminado el control preventivo o *ex ante* en las declaraciones de reconocimiento de filiación, debe incorporarse al ordenamiento una medida mucho más intervencionista que la primera: se concede legitimación a los poderes públicos para impugnar la paternidad de un menor en caso de reconocimiento sin base biológica ni social y con fines distintos a los propios de la constitución de una relación paterno-filial.

En relación con la segunda ley de reforma de la filiación, el legislador alemán reacciona a los avances técnicos y científicos en materia de pruebas genéticas para determinar la paternidad. En la medida en que es relativamente sencillo realizar estos análisis sin que los implicados tengan conocimiento de ello ni hayan prestado su consentimiento y, además, su fiabilidad es muy alta en términos de verdad biológica, corresponde al ordenamiento dar una respuesta normativa sobre si existe un derecho a reclamar su práctica, así como su admisibilidad a efectos de prueba en los procedimientos de filiación, en caso de faltar el consentimiento del interesado. Se ha resuelto la cuestión creando una pretensión autónoma a la clarificación de la filiación, distinta e independiente de la impugnación de la misma. Con ello el legislador alemán ha abordado, en sentido positivo, la cuestión de si en el seno de la familia existe una pretensión a que los demás miembros se presten a las pruebas genéticas, por tanto, a que les sean tomadas muestras biológicas que permitan realizarlas. Se ha considerado, con todo, que la existencia de tal pretensión y la práctica de las pruebas no deben estar necesariamente vinculadas a un procedimiento judicial de impugnación de la paternidad, de forma que aquélla puede tener carácter autónomo. El derecho a conocer los orígenes biológicos es independiente y no debe conllevar, en todo caso, a la modificación del estatus legal de las relaciones familiares.

Desde su aprobación por el Gobierno, respectivamente, en agosto de 2006 y julio de 2007, ambas leyes han sido objeto de una dilatada tramitación parlamentaria, y han generado un intenso debate institucional y académico. Entre este último destaca el congreso celebrado en Regensburg en octubre de 2006, que ha dado lugar al volumen colectivo *Streit um die Abstammung*, editado por los profesores Spickhoff, Schwab, Henrich y Gottwald, y publicado en 2007 en la colección *Beiträge zum europäischen Familienrecht*.

2. La Ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad

Según las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades de los *Länder* alemanes, existen evidencias que permiten pensar que han aumentado las llamadas paternidades aparentes o *Scheinvaterschaften* por efecto de la supresión de la intervención del *Jugendamt* para dar su asentimiento al reconocimiento de la paternidad. Estos reconocimientos persiguen evitar el efecto de una expulsión del territorio alemán y conseguir el derecho a permanecer en Alemania tanto para la madre como para el hijo. Adicionalmente suponen también la obtención de beneficios sociales a los que de otro modo no podrían acceder estas personas por su situación legal. En algunos casos sucede inversamente, y es el reconocimiento de un menor alemán el que tiene los efectos mencionados para el hombre que presta la declaración de reconocerlo como hijo.

La respuesta normativa para evitar esta utilización fraudulenta de las relaciones de filiación y el aumento de las paternidades aparentes que, con anterioridad a la reforma de 1998, se operaba por la intervención del *Jugendamt*, parece que sólo puede pasar por la intervención pública con posterioridad al reconocimiento y la concesión de legitimación para impugnar judicialmente la paternidad cuando no concurren los requisitos que la justifican. La concesión de esta legitimación activa para impugnar, no meramente preventiva o de supervisión, supone algo excepcional en una relación netamente de familia como es la de filiación. Sin embargo, para el legislador alemán, el interés general subyacente en estas relaciones para toda comunidad organizada, y el uso fraudulento de esta relación para conseguir una finalidad ajena al ámbito familiar, justifican la intervención pública para destruir una relación de derecho privado.

Con el reconocimiento de la paternidad, el hombre manifiesta su disposición a asumir la responsabilidad y cuidado del hijo que resultan de la misma. Para los casos en que la ley pretende actuar, sucede que la filiación no da lugar a esta relación de responsabilidad por parte de quien declara el reconocimiento, de forma que uno de sus efectos básicos no se produciría. Es obvio que aquí la filiación no responde ni a la realidad biológica ni tampoco a la asunción de los roles a que da lugar la relación paterno-filial, a los que en algunas ocasiones el padre reconociente no está en disposición personal ni económica de asumir. En términos de política jurídica, se considera que este tipo de reconocimientos no quedan bajo el ámbito de protección de la reforma del derecho de la filiación de 1998, que suprimió el asentimiento del *Jugendamt*, y suponen un efecto indeseado de la misma.

De acuerdo con las estadísticas suministradas por los gobiernos de los *Länder*, entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004 se concedió el permiso de residencia a 1.694 madres extranjeras y solteras que, en el momento del reconocimiento de la paternidad de su hijo, debían abandonar el país. Estos datos no permiten afirmar que en todos estos supuestos se trate de un reconocimiento fraudulento, por no existir una relación biológica o sociofamiliar entre el hombre y el hijo reconocido. Con todo, evidencian que puede estarse utilizando fraudulentamente el carácter privado del reconocimiento de la paternidad, de forma que las medidas para evitarlo son necesarias y se ejercitarán en los casos en que se dé tal fraude.

Como consecuencia de la anterior decisión de política jurídica, se ha introducido en el BGB una legitimación para impugnar la paternidad resultante de reconocimientos aparentes a las autoridades administrativas competentes de los *Länder*, siempre que entre el hijo y el padre reconociente no exista una relación sociofamiliar o bien no haya existido ésta en el momento del reconocimiento y con éste se consigan los requisitos jurídicos para la obtención del permiso de entrada o la residencia legal del hijo o de un progenitor. Conforme a la ley, se considera que existe una relación socio-familiar si hay asunción de responsabilidad material del padre por el hijo.

La intervención de la administración en relación con el establecimiento de la filiación está sometida a límites temporales. La acción de impugnación de la paternidad sólo es admisible durante el año posterior al momento en que la administración ha tenido conocimiento de los hechos que justifican la creencia de que concurren los requisitos para su derecho a la impugnación. En todo caso, el ejercicio de esta acción está sometido a un plazo máximo de cinco años, a contar desde el reconocimiento de la paternidad, si el hijo ha nacido en territorio federal, o bien desde la entrada del hijo en éste. Una vez transcurrido el plazo máximo, la impugnación por las autoridades competentes ya no es posible.

Los párrafos afectados del BGB por la Ley de 13 de marzo de 2008, que modifica también otras disposiciones legales concordantes, son los §§ 1600, 1600b y 1600e, que quedan redactados del siguiente modo²:

§ 1600 Legitimados para impugnar

(1) Están legitimados para impugnar la paternidad:

1. el hombre cuya paternidad consta según el § 1592, números 1 y 2, y el § 1593,
2. el hombre que asegura bajo juramento que ha cohabitado con la madre del hijo durante el período de concepción,
3. la madre,
4. el hijo, y
5. la autoridad competente (autoridad legitimada para la impugnación) en los supuestos del § 1592, número 2.

(2) La impugnación conforme al apartado 1, número 2, presupone que entre el hijo y su padre no existe ninguna relación socio-familiar en el sentido del apartado 1, número 1, o no ha existido en el momento de su muerte y que quien impugna es el padre biológico del hijo.

(3) La impugnación conforme al apartado 1, número 5, presupone que entre el hijo y el reconociente no existe ninguna relación socio-familiar o que no ha existido en el momento del reconocimiento o de su muerte y mediante el reconocimiento se consiguen requisitos jurídicos para el permiso de entrada o la residencia legal del hijo o de un progenitor.

² Traducción de Susana NAVAS NAVARRO revisada por Albert LAMARCA MARQUÈS y Nadja VIETZ, en Albert LAMARCA MARQUÈS (dir.), *Código Civil alemán - Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, 2008.

(4) Existe una relación socio-familiar según los apartados 2 y 3, si el padre, en el sentido del apartado 1, número 1, en el momento determinante asume responsabilidad material por el hijo o la ha asumido. Concurre una asunción de responsabilidad material si el padre, en el sentido del apartado 1, número 1, está casado con la madre del hijo o si ha convivido con el hijo durante un largo período de tiempo en una comunidad doméstica.

(5) Si el hijo ha sido engendrado mediante inseminación artificial del semen de un tercero, consentida por el hombre y la madre, éstos no están legitimados para impugnar la paternidad.

(6) Los gobiernos de los Länder están autorizados para determinar por decreto las autoridades según el apartado 1, número 5. Los gobiernos de los Länder pueden ceder por decreto esta autorización a las más altas autoridades competentes del Land. Si no está fundada una competencia territorial de la autoridad conforme a estas disposiciones, la competencia se determina según la sede del juzgado que es competente para la acción.

§ 1600b Plazos para impugnar

(1) La paternidad puede ser impugnada judicialmente en el plazo de dos años. El plazo comienza desde el momento en que el legitimado tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad; la existencia de una relación socio-familiar, en el sentido del § 1600, apartado 2, primera alternativa, no impide el transcurso del plazo.

(1a) En el supuesto del § 1600, apartado 1, número 5, la paternidad puede ser impugnada judicialmente en el plazo de un año. El plazo comienza cuando la autoridad legitimada para la impugnación tiene conocimiento de los hechos justificantes de la creencia que concurren los requisitos para su derecho a la impugnación. La impugnación está excluida, a más tardar, una vez transcurridos cinco años desde la eficacia del reconocimiento de la paternidad para un hijo nacido en territorio federal; en otros casos, a más tardar, en cinco años tras la entrada del hijo.

(2) El plazo no comienza hasta el nacimiento del hijo, ni hasta que el reconocimiento ha devenido eficaz. En los supuestos del § 1593, inciso 4, el plazo no comienza hasta la firmeza de la decisión, mediante la cual se determina que el nuevo marido de la madre no es el padre del hijo.

(3) Si el representante legal de un menor no ha impugnado la paternidad en tiempo oportuno, el menor puede, una vez ha alcanzado la mayoría de edad, impugnarla por sí mismo. En este supuesto, el plazo no comienza hasta que el menor llega a la mayoría de edad y puede tener conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad.

(4) Si el representante legal de un incapaz de obrar no ha impugnado la paternidad en tiempo oportuno, el legitimado para la impugnación puede, una vez desaparecida la incapacidad de obrar, impugnarla por sí mismo. El apartado 3, inciso 2, rige por analogía.

(5) El plazo se suspende mediante el inicio de un proceso conforme al § 1598a, apartado 2; el § 204, apartado 2, rige por analogía. El plazo también se suspende mientras el legitimado está impedido para impugnar mediante intimidación de forma contraria a derecho. En lo demás se aplican por analogía los §§ 206 y 210.

(6) Si el hijo toma conocimiento de unas circunstancias debido a las cuales las consecuencias de la paternidad no le son exigibles, comienza de nuevo para el hijo, en ese momento, el plazo de impugnación del apartado 1, inciso 1.

§ 1600e Competencia del juzgado de familia; legitimación activa y pasiva

(1) El juzgado de familia decide sobre la determinación o la impugnación de la paternidad

1. por acción del hombre contra el hijo,
2. por acción de la madre o del hijo contra el hombre,
3. en el caso de la impugnación según el § 1600, apartado 1, número 2, por acción contra el hijo y el padre en el sentido del § 1600, apartado 1, número 1, o
4. en el caso de la impugnación según el § 1600, apartado 1, número 5, por acción contra el hijo y el padre en el sentido del § 1592, número 2.

Si ha fallecido una persona contra la cual debía dirigirse la acción en el caso de la impugnación conforme al § 1600, apartado 1, números 2 o 5, la acción debe dirigirse sólo contra la otra persona.

(2) Si han fallecido las personas contra las cuales debería dirigirse la acción, el juzgado de familia decide a petición de la persona o la autoridad que, a tenor del apartado 1, estaría legitimada para interponer la acción.

3. La Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación

La segunda de las reformas responde a un mandato del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemán al legislador en su [sentencia de 13 de febrero de 2007](#), para acomodar el derecho vigente a las cuestiones que plantea la aportación a un procedimiento de impugnación de la paternidad de una prueba genética realizada clandestinamente sin el conocimiento ni el consentimiento de los interesados.

Al resolver en sede constitucional sobre la [sentencia de 12 de febrero de 2005](#) del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), el Tribunal Constitucional consideró que la toma de muestras biológicas sin el conocimiento ni consentimiento del hijo, o de su representante legal, vulneraba su derecho a la autodeterminación informativa (*informationelle Selbsbestimmung*). Este derecho constituye una manifestación del derecho general de la personalidad y garantiza una facultad del individuo a decidir por sí mismo y dentro de qué límites pueden hacerse públicos datos personales. Una intromisión en este derecho sólo es admisible si la persona interesada consiente o bien una ley permite tal intromisión sin la voluntad o en contra de la voluntad del interesado. Por consiguiente, no resultaba admisible que el padre legal aportara estas pruebas en un procedimiento de impugnación de su paternidad y debía considerarse conforme a la Constitución su inadmisión por los tribunales.

A su vez, el Tribunal Constitucional reconoció como digno de protección constitucional el interés del padre legal en la clarificación de los vínculos biológicos con su hijo, de forma que instó al legislador a tomar medidas y establecer un procedimiento adecuado con la única finalidad de determinar la filiación biológica. El plazo dado al legislador para acomodar el derecho vigente finalizaba el 31 de marzo, y para cumplir con este mandato constitucional se aprobó la Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación de 26 de

marzo de 2008 (*Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*), que entró en vigor el pasado 1 de abril.

El legislador parte de la realidad, puesta de manifiesto por las resoluciones judiciales mencionadas, de que las pruebas genéticas privadas ofrecen la posibilidad de clarificar de forma rápida y segura la filiación de un menor, además de que se pueden realizar de forma clandestina, sin conocimiento ni consentimiento de éste. Según los datos existentes, se estima que anualmente se realizan cerca de 20.000 tests de filiación en Alemania y que éstos son utilizados por los padres que tienen dudas sobre su paternidad. Desde un punto de vista de política jurídica, se considera que la verdad biológica tiene mucha importancia en el seno de las relaciones familiares, pero que ésta no necesariamente debe conducir a un procedimiento de impugnación de la paternidad, que conlleva la destrucción de los vínculos legales existentes.

Para la realización de las pruebas de paternidad es suficiente una parte insignificante de una sustancia corporal, como puede ser un cabello o saliva -en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional se trataba de un chicle usado- y éstas pueden conseguirse de forma sencilla y que puede pasar inadvertida al interesado, que no presta su consentimiento. En atención al derecho anteriormente vigente, en la medida en que el hijo o la madre, como representante legal suyo, no consienten extrajudicialmente al test de ADN (que suelen confirmar un 80% de las paternidades), al padre que tiene dudas sobre su paternidad sólo le queda la opción de impugnar su paternidad mediante un procedimiento judicial, lo que no necesariamente cumple con sus intereses y tiene un coste muy alto, económico y personal. Además, es requisito para que el mismo prospere la acreditación de dudas objetivas sobre la filiación. Con estos antecedentes, el legislador constata que el derecho de las acciones de la filiación no toma suficientemente en consideración las posibilidades que ofrecen las modernas técnicas de diagnóstico genético, puesto que, en la impugnación de la paternidad, el padre no manifiesta sus dudas, sino que combate la realidad legal.

En respuesta a este estado de cosas, la Ley de 26 de marzo de 2008 crea una pretensión autónoma a "la clarificación de la paternidad", esto es, a la realización de las pruebas biológicas, que está desvinculada o es independiente de un procedimiento de impugnación de la paternidad. La nueva regulación supone reconocer, tanto al padre como a la madre y al hijo, una pretensión correspondiente a la clarificación, de forma que los implicados deben consentir a la investigación genética de la filiación y tolerar la toma de las muestras que sean necesarias para ello. Cuando el hijo sea menor, deberá consentir en su nombre el otro progenitor y, si éste no coopera en la clarificación, entonces se deberá proceder a la sustitución judicial del consentimiento ante los juzgados de familia. En la justificación del proyecto de ley, el Gobierno manifestó que esta pretensión constituía la concreción legalmente más sencilla del derecho constitucionalmente protegido al conocimiento de la filiación. La existencia de la pretensión, a su vez, justifica la admisibilidad en un procedimiento de impugnación de las pruebas realizadas con el consentimiento del representante legal del menor, que de otro modo podrían no tener validez.

La pretensión a la clarificación de la filiación en favor del padre no es absoluta, y se prevé un control judicial sobre su oportunidad. La sustitución judicial del consentimiento no se concede en todo caso. El juez puede desestimar la pretensión si el interés del menor lo exige, en supuestos especiales en función de las condiciones de convivencia o de desarrollo personal del menor. Con ello se pretende asegurar que el ejercicio de la pretensión no lleve a resultados indeseados sin tomar en consideración al menor. Estos serían los de situaciones emocionales complejas, donde los resultados de una clarificación de la filiación pudieran llevar a consecuencias en este orden muy graves, como sería el peligro de suicidio del menor.

Adicionalmente a esta disposición, el proyecto del Gobierno contenía un nuevo apartado 5 del § 1600 BGB, que también permitía excluir la impugnación de la paternidad si, como consecuencia de la misma, se creaba un perjuicio considerable al bienestar del hijo menor que, tomando en consideración la situación del legitimado para la impugnación, era inexigible para el hijo. La desestimación de la demanda por este motivo no impediría que se planteara otra vez en el futuro, contándose de nuevo el plazo desde la firmeza de la sentencia. La prevención parecía necesaria al Gobierno Federal en la medida en que con la nueva ley se podría contar más fácilmente con un medio de prueba determinante para la impugnación de la paternidad, como es el test biológico. Con todo, en sede parlamentaria se consideró que este nuevo precepto, la llamada *Kinderschutzklausel*, no debía incorporarse al BGB por ser excesiva, al existir ya una toma en consideración del interés del menor en el apartado 3 del proyectado § 1598a. El legislador, por contra, entendió que, debido a que este proceso de clarificación será en la mayoría de ocasiones previo al de impugnación, aquí ya se podrá tener en cuenta si procede o no la pretensión a la clarificación en atención al interés del menor. A su vez, para rechazar tal reforma, se alegó que la jurisprudencia ha desarrollado el criterio del deber de justificar suficientemente la demanda o *Substantierungspflicht* para admitir una impugnación de la paternidad.

Por contra, y a diferencia de lo que sucede entre nosotros, el § 1600a BGB tiene también en cuenta el interés del menor cuando éste es parte actora en la impugnación de la paternidad y la acción se interpone mediante su representante legal. Por cuanto es efectivamente el representante legal quien decide interponer la acción de impugnación contra el padre, y quien decide libremente lo que conviene al interés del menor, el § 1600a BGB prevé, en su apartado 4, que esta impugnación está también sometida a control judicial en cuanto a su finalidad, de forma que "La impugnación mediante representante legal sólo es admisible si sirve al bienestar del representado", principio que no está reconocido expresamente en los ordenamientos españoles, que aluden sólo al "interés del menor" en un sentido procesal de representación de éste por su madre. Esta última disposición plantea la oportunidad de considerar su implementación entre nosotros, de forma que la búsqueda de la verdad biológica no constituya, si se cumplen los requisitos para que prospere la acción, un resultado inevitable de un pleito de filiación en el cual intervienen menores.

La pretensión introducida por el § 1598a BGB es sólo para la clarificación de la paternidad y es independiente de la acción de impugnación. Del mismo modo, esta última no presupone ni tiene como requisito que previamente se haya seguido un procedimiento de clarificación de la paternidad. La acción de impugnación puede basarse en pruebas distintas o bien solicitarse la prueba biológica en el mismo procedimiento o existir ya ésta. La pretensión de clarificación no está sometida a ningún plazo de ejercicio, mientras que la impugnación de la paternidad está sujeta a un plazo de dos años a contar "desde el momento en que el legitimado tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad" (§ 1600b.1 BGB). Se considera éste como un plazo de reflexión suficiente para el legitimado, protege los intereses del menor a

mantener los lazos familiares creados y una vez transcurrido se crea seguridad jurídica con relación a una posterior impugnación. Con la reforma se ha añadido un nuevo apartado 5 al § 1600b BGB que determina la suspensión del plazo con el inicio de un proceso de clarificación de la paternidad.

La solución alemana, realmente innovadora e imaginativa, puede ser criticada por lo que supone de ampliar la autonomía privada en materia de filiación, pues deja que la verdad biológica no coincida con la legal. Por mucho que el test de paternidad sea un acto privado, es decir, que no se incorpore a las actuaciones de un procedimiento, que tiene por finalidad sólo obtener el consentimiento para que se lleve a cabo, supone la existencia de una prueba prácticamente incontestable sobre la verdad biológica, hecha pública entre los interesados, que debería tener alguna repercusión en el ámbito de las relaciones de familia. A la máxima, no del todo exacta, de que el derecho no quiere que nadie sea padre si realmente no lo es, deberá añadirse ahora, si realmente no quiere serlo, por mucho que sepa que no lo es. Con todo, el legislador considera que con el establecimiento de esta pretensión se combinan el derecho a conocer la filiación y el derecho a la autodeterminación informativa, de forma que los interesados disponen de una posibilidad de clarificar la filiación con independencia de un procedimiento de impugnación. Se piensa que con la introducción de un procedimiento tal, se promueve el dialogo en la familia y la sociedad, se protege la familia en su rol social y se evita en lo posible la intervención de los tribunales. Esta reforma coincide en el tiempo con otra que amplía la intervención de los poderes públicos en las relaciones de filiación, dándoles legitimación para impugnarla, pero sólo en la medida en que aquellas afecten también al interés general.

Los párrafos del BGB afectados por la Ley de 26 de marzo de 2008, que también prevé la modificación en otras disposiciones legales concordantes, son el § 1598a, de nueva creación, el § 1600b, ya reproducido, y la introducción de un nuevo apartado 2a al § 1629³:

§ 1598a Pretensión al consentimiento a una investigación genética para la clarificación de la filiación biológica

(1) Para la clarificación de la filiación biológica del hijo pueden

1. el padre tanto de la madre como del hijo,
2. la madre tanto del padre como del hijo, y
3. el hijo tanto de uno como del otro progenitor

reclamar que éstos consientan a una investigación genética de la filiación y toleren la toma de una muestra genética idónea para la investigación. La muestra debe ser tomada conforme a los principios reconocidos de la ciencia.

³ Traducción de Susana NAVAS NAVARRO revisada por Albert LAMARCA MARQUÈS y Nadja VIETZ, en Albert LAMARCA MARQUÈS (dir.), *Código Civil alemán - Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, 2008.

(2) A petición de uno de los legitimados para la clarificación, el juzgado de familia debe sustituir un consentimiento no prestado y ordenar la tolerancia a la toma de una muestra.

(3) El juzgado debe suspender el proceso si y en la medida en que la clarificación de la filiación biológica pudiera causar un perjuicio considerable al bienestar del hijo menor de edad que, también tomando en consideración el interés del legitimado a la clarificación, fuera inexigible para el hijo.

(4) Quien ha consentido a una investigación genética sobre la filiación y ha entregado una muestra genética puede reclamar del legitimado para la clarificación, el cual ha causado una investigación sobre la filiación, la consulta del informe sobre la filiación o entrega de una copia. Sobre los litigios relativos a la pretensión según el inciso 1 decide el juzgado de familia.

§ 1629 Representación del hijo

(1) La patria potestad comprende la representación del hijo. Los padres representan al hijo conjuntamente; si se debe emitir una declaración de voluntad frente al hijo, es suficiente la emisión frente a uno de los padres. Un progenitor sólo representa al hijo en la medida en que ejercita solo la patria potestad o se le ha cedido el derecho a decidir, según el § 1628. En caso de peligro inminente cualquiera de los padres está legitimado para ejercitar todas las acciones legales que sean necesarias para proteger el bienestar del hijo; el otro progenitor debe ser informado sin demora.

(2) Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo si, según el § 1795, está excluido un tutor de la representación del hijo. Si corresponde a los padres la patria potestad conjunta, aquél bajo cuya guarda se encuentra el hijo, puede hacer valer pretensiones por alimentos que corresponden al hijo frente al otro progenitor. El juzgado de familia puede retirar la representación al padre y a la madre a tenor del § 1796; esto no rige para la determinación de la paternidad.

(2a) Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo en un proceso judicial conforme al § 1598a, apartado 2.

(3) Si los padres están casados entre sí, uno de ellos puede hacer valer las pretensiones por alimentos del hijo frente al otro sólo en nombre propio, mientras viven separados o está pendiente entre ellos un pleito matrimonial. Una decisión judicial obtenida por uno de los padres o un acuerdo judicial entre ellos produce también efectos a favor y en contra del hijo.

4. Epílogo

Las dos leyes de reforma del derecho de la filiación del BGB constituyen las únicas modificaciones que este texto legal ha experimentado durante el primer semestre de 2008. Ambas han estado precedidas de otra importante ley en materia de familia, la de reforma del derecho de alimentos de 21 diciembre de 2007 (*Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts*), que de forma altamente simbólica introdujo el principio de autorresponsabilidad de los cónyuges una vez divorciados, del modo que sigue:

§ 1569 Principio de la autorresponsabilidad

Tras el divorcio incumbe a cada cónyuge procurarse por si mismo su sustento. Si no está en disposición de ello, tiene una pretensión de alimentos frente al otro cónyuge, solamente conforme a las disposiciones siguientes.

Con posterioridad a las mencionadas leyes sobre filiación, el BGB ha sido reformado recientemente por la Ley para facilitar las medidas de los juzgados de familia en caso de puesta en peligro del bienestar del menor de 4 de julio de 2008 (*Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls*). Esta ley ha entrado en vigor el pasado 12 de julio y modifica parcialmente los §§ 1631b, 1666, 1696, 1712 y 1908i, y deroga los §§ 1683 y 1845 BGB.

El Gobierno alemán ha aprobado otros proyectos de ley que inciden en preceptos singulares del BGB, y que seguirán influyendo entre nosotros y en la agenda europea del derecho privado. Está ya en el Bundestag el proyecto de ley en materia de modificación del derecho de sucesiones y de la prescripción, que afecta especialmente a la legítima, aprobado en enero de 2008 por el Gobierno Federal (*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*). En fase de estudio y discusión está un *Referentenentwurf* de reforma del régimen económico matrimonial de participación en las ganancias y del derecho de tutela de noviembre de 2007 (*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts*), que ha sido distribuido entre los agentes implicados, cuyas tomas de posición ya están disponibles en la red. En el futuro ya habrá ocasión de dar cumplida cuenta de ellos desde estas páginas.

5. Tabla de sentencias citadas

Tribunal Constitucional

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Ref.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---------------------|-------------|--------------------------------|
| Pleno, 26.5.2005 | 138/2005 | Jorge Rodríguez-Zapata Pérez |
| Pleno, 9.6.2005 | 156/2005 | Roberto García-Calvo y Montiel |
| Pleno, 27.10.2005 | 273/2005 | Elisa Pérez Vera |
| Pleno, 16.2.2006 | 52/2006 | Eugení Gay Montalvo |

Tribunal Constitucional Federal Alemán

| <i>Sala y Fecha</i> |
|-----------------------------------|
| BVerfG, 1 BvR 421/05 de 13.2.2007 |

Tribunal Supremo Federal Alemán

Sala y Fecha

BGH, XII ZR 227/03 de 12.1.2005

6. Bibliografía

José Ramón GARCÍA VICENTE (1994), "La previsible reforma del derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, pp. 203-254.

Albert LAMARCA I MARQUÈS (Dir.) (2008), *Código Civil alemán - Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

Andreas SPICKHOFF, Dieter SCHWAB, Dieter HENRICH y Peter GOTTWALD (2007), *Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich. Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Giesecking, Bielefeld.