

EDJ 2009/201767

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, S 31-3-2009, nº 192/2009, rec. 585/2008

Pte: Viñas Maestre, María Dolores

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.287 , art.336 , art.394

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACCIÓN CIVIL

CLASES DE ACCIONES

De filiación

Investigación de la paternidad o maternidad

Prueba biológica

En general

Acción de impugnación

De filiación no matrimonial

NULIDAD DE ACTUACIONES

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica art.287, art.336, art.394 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC Cita art.39.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: ""FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Claudio, representada por la procuradora de los Tribunales Dª Virginia Capllonch Lujosa y asistido por el Letrado D. Fernando Solà Calvo, contra Dª Pilar, representada por la procuradora Dª Susana manzanares Coromina y asistido por el letrado D. Fernando Zamora Enciso, no siendo procedente declarar la no paternidad del actor respecto de la menor Tarsila al no haberse probado de forma concluyente, válida y lícita que el actor no es progenitor de la persona cuya filiación se impugna.""

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante, mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal que presentaron escrito de oposición; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo de 2009.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente la Magistrada Ilma. Sra. Mª DOLORS VIÑAS MAESTRE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante solicita en primer término la nulidad de la sentencia por infracción de lo que dispone el artículo 287 de la LEC EDL 2000/77463 . La sentencia apelada ha declarado la ilicitud de la prueba biológica aportada por la parte actora en su escrito de demanda, lo que ha determinado principalmente la desestimación de la impugnación de la paternidad no matrimonial. Alega el apelante que si la Juez a quo entendía que la prueba era ilícita por haberse obtenido con vulneración de los derechos fundamentales, debía haber resuelto sobre este extremo en el acto de la vista y no posteriormente en sentencia, pues ello ha privado a la parte actora de la posibilidad

de ser oída y del correspondiente recurso de reposición previsto en el citado precepto. Si bien es cierto que la cuestión planteada por el demandado al calificar de ilícita la prueba biológica aportada de contrario, debía haber sido resuelta en el acto de la vista tal y como prevé el artículo 287 de la LEC EDL 2000/77463 , y no en sentencia, no procede declarar la nulidad de actuaciones, por considerar que la infracción procesal cometida, puede ser subsanada en esta alzada, en la que el apelante ha tenido oportunidad de hacer valer sus argumentos para atacar la calificación ilícita de la prueba. Por otro lado, resultaría contrario al principio de economía procesal decretar la nulidad, en un caso como el de autos, en el que el propio apelante ha cumplimentado la prueba calificada de ilícita, como se verá.

La sentencia ha considerado que la toma de muestras físicas sobre la propia persona y cuerpo de la menor, realizada sin el consentimiento de ésta, o por quien no puede considerarse su representante legal, por concurrir un conflicto de intereses, constituye una intromisión ilegítima que viola el derecho fundamental a la intimidad personal de la menor, que invalida la prueba. La Sala no puede coincidir con dicha argumentación. La prueba presentada conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la LEC EDL 2000/77463 y ratificada conforme al artículo 347 de la misma Ley, ha sido realizada, a instancia del actor, persona que aparece como padre de la menor en un laboratorio de genética, tras recoger de la menor y del padre una muestra consistente en "hisopos con células de epitelio bucal". Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, el interés del menor se encuentra recogido en el artículo 39,2 de la Constitución española EDL 1978/3879 , y en dicho precepto se destaca como primacía, el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica (sentencia de 17 de enero de 1994), señalando asimismo que, ello es así hasta el extremo de que se hace prevalecer el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, frente a los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física, cuando se trata de realizar una prueba que, como la biológica, se encuentra prevista por la Ley (sentencia de 24 de abril de 2006). Por otro lado, hay que tener presente que en el caso de autos, la prueba realizada no ha supuesto agravio alguno a la integridad física de la menor, ni ingerencia o intromisión de su intimidad, razón por la cual, no podía calificarse como una prueba ilícita, al no constar, en aquel momento, que había sido realizada con el consentimiento de la madre. Además, en esta alzada, se ha aportado acta notarial de protocolización de un documento firmado por ambos litigantes, en el que la demandada, madre de la menor, manifiesta tener pleno conocimiento de la realización de la prueba biológica a la menor, y que consintió plenamente la realización de dicha prueba, por lo que, en cualquier caso, debe otorgarse a la misma plena eficacia probatoria, considerando además, que dichas pruebas, por su objetividad y alto grado de veracidad, son precisamente las que ofrecen menos dudas en cuanto a lo concluyente de su resultado, de tal manera que si el resultado es excluyente respecto a la paternidad del demandante, debe estimarse la acción de impugnación de la filiación no matrimonial, y declarar que D. Claudio, no es el padre de la menor Tarsila, nacida el 16 de enero de 2006, lo que conduce a la estimación del recurso y revocación e la sentencia.

SEGUNDO.- No se hace pronunciamiento en costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC EDL 2000/77463 al haberse estimado el recurso.

FALLO

Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de D. Claudio contra la sentencia dictada en fecha 4 de febrero de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hospitalet de Llobregat en los autos de Filiación núm. 623/2007, de los que dimana el presente rollo, SE REVOCA la expresada resolución que se deja sin efecto, acordando que, con estimación de la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial, se declara que D. Claudio, no es el padre de la menor Tarsila, nacida el 16 de enero de 2006, procediendo a la inscripción correspondiente en el Registro Civil, y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de la presente apelación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Esta sentencia ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha por el magistrado ponente, y se ha celebrado audiencia pública. DOY FE.

Número CENDOJ: 08019370182009100158