

DAÑO MORAL POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: HACIA LA PUESTA EN VALOR DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL

Celia Martínez Escribano

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Letrada del Tribunal Constitucional

TITLE: *Moral damages for hiding paternity: towards the enhancement of the parent-child relationship*

RESUMEN: En las dos últimas décadas ha comenzado a plantearse la posibilidad de indemnizar el daño moral causado en casos de ocultación de la paternidad. Aunque este planteamiento ha recibido cierta acogida en un sector de la doctrina y la jurisprudencia menor, el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de resarcir este daño al amparo del art. 1902 del Código Civil. Se pueden suscitar, sin embargo, situaciones que escapan de los planteamientos del alto tribunal en su sentencia de 2018, lo que lleva a reconsiderar sus razonamientos en el presente trabajo, sin perjuicio de que el art. 1902 del Código Civil no sea, posiblemente, la vía adecuada para encauzar el resarcimiento.

ABSTRACT: *During the last two decades, the possibility of indemnifying moral damages caused for hiding paternity started to take force. While this idea has been welcomed by part of the authors and minor case law, the Supreme Court has refused the possibility of indemnifying such damages under article 1902 Civil Code. However, situations different from the one considered by the Supreme Court in its judgement of 2018 may arise, getting away from the reasoning of the high court. This fact justifies reconsidering the judicial arguments in this paper, even accepting that article 1902 Civil Code may not be the right way to recognise indemnity.*

PALABRAS CLAVE: daño moral, relación paterno-filial, falsa paternidad.

KEY WORDS: moral damages, child-parent relationship, false paternity.

SUMARIO: 1. ENFOQUE DEL TEMA. 2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DAÑO MORAL POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL PASADO RECIENTE. 2.1. *Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo.* 2.2. *La jurisprudencia menor posterior.* 2.3. *La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018.* 2.4. *Lo que viene después. El caso de la SAP de Madrid (8ª) de 24 de mayo de 2019.* 3. NUEVO ENFOQUE DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA NUEVA REALIDAD SOCIAL Y FAMILIAR. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. ENFOQUE DEL TEMA

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la posible indemnización en los casos de lo que se viene denominando como daño moral por ocultación de la paternidad fueron las sentencias de 22 y 30 de julio de 1999. A partir de ahí, y aunque tales sentencias no reconocieron en los supuestos planteados el derecho a una

indemnización, se ha ido creando un cuerpo de jurisprudencia menor que paulatinamente, aunque con diversos matices, ha ido reconociendo la posibilidad de establecer una indemnización a favor de quien creyó ser padre biológico y resultó no serlo. Sin embargo, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre cerró esta posibilidad. Con tal pronunciamiento parecía que la cuestión había quedado zanjada, si bien con un cierto sabor a insatisfacción por parte de algunos sectores. Más recientemente, la SAP Madrid (8ª) 24 mayo 2019¹ volvió a reconocer una indemnización en este ámbito con argumentos que hacen pensar que, quizá, el debate jurídico no ha concluido.

Del análisis de las diversas sentencias, los supuestos reales que se han ido planteando y las respuestas jurídicas que se han ofrecido, unidos a la evolución social y jurídica de la familia, se adivina la necesidad de clarificar, ordenar y replantear esta materia, teniendo siempre presente, como punto de partida, que no es deseable que el derecho de daños irrumpa de forma generalizada en las relaciones familiares.

De acuerdo con todo ello, el propósito de este trabajo consiste en tratar de ofrecer una nueva forma de mirar el problema, un enfoque distinto de la cuestión que abandone la vinculación entre este daño moral y el deber de fidelidad de los cónyuges, a pesar de lo que sostiene nuestro Tribunal Supremo, y camine hacia una visión que ponga en valor la relación paterno-filial considerada en sí misma, teniendo en cuenta la realidad social y jurídica actual.

2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DAÑO MORAL POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL PASADO RECIENTE

En la evolución jurisprudencial de esta cuestión podemos distinguir varias fases: en primer lugar, las SSTS (1ª) 22 y 30 julio 1999², seguidas de un cuerpo de jurisprudencia menor dictada a lo largo de este siglo y hasta la STS, (1ª) del Pleno de 13 noviembre 2018³, que marca, o pretende marcar, un punto de inflexión. Finalmente, la SAP Madrid (8ª) 24 mayo de 2019⁴ parece reabrir el debate. Veamos con detalle toda esta jurisprudencia.

2.1. *Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo*

¹ Roj: SAP M 5879/2019.

² Respectivamente, Roj: STS 5364/1999 y Roj: STS 5489/1999.

³ Roj: STS 3700/2018.

⁴ Roj: SAP M 5879/2019.

Puede y suele considerarse que el germen de la cuestión que nos ocupa se encuentra en las archiconocidas sentencias del TS (1ª) 22 y 30 julio 1999⁵. Sin embargo, hay que decir que, en realidad, estas sentencias no se pronuncian en sí mismas sobre la posible indemnización del daño moral que padece quien creía tener un hijo biológico y descubre posteriormente que tal vínculo no existe, es decir, el daño por la pérdida de la relación paterno-filial.

La STS (1ª) 22 julio 1999 se pronuncia sobre un supuesto de un matrimonio celebrado en 1956 del que nacieron siete hijos. En 1968 los cónyuges acordaron su separación y que los tres hijos mayores vivieran con el padre y los cuatro menores con la madre, acuerdo que se mantiene en sede judicial, con fijación de alimentos a favor de la esposa y los hijos que viven con ella. El 17 de enero de 1990, el esposo realiza una prueba biológica de paternidad resultando no ser el padre de uno de los hijos, y ejercita una acción de reclamación por los alimentos prestados al hijo y por daño moral. Alega haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad. El TS concluye que no es posible calificar la conducta de la esposa como dolosa en relación a ocultar la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio, y en base a tal afirmación desestima la pretensión indemnizatoria. El contexto de esta sentencia y el enfoque de la cuestión litigiosa, en realidad, son muy distintos al problema que nos encontramos hoy en día, porque el daño moral que aquí se reclamaba se fundaba en una pretendida lesión al honor y dignidad del actor por lo que supone de cara a su consideración social el hecho de que quien aparentemente nació dentro del matrimonio resultó no ser hijo suyo, sino fruto de una infidelidad de su esposa.

Posteriormente, la STS (1ª) 30 julio 1999 desestimó la pretensión indemnizatoria del esposo que resultó no ser el padre desde un enfoque directamente vinculado al deber conyugal de fidelidad. El esposo solicitaba una indemnización al amparo de los arts. 67 y 68 del Código Civil en relación con el art. 1101 del Código Civil, al considerar que la infracción del deber de fidelidad conyugal no solo da lugar a la separación y el divorcio, sino que también se origina un daño moral que se debe indemnizar. El TS reconoce en este caso que el incumplimiento de los deberes conyugales comporta un innegable reproche ético-social, pero la única consecuencia jurídica es —era, según la normativa entonces vigente— que su ruptura es causa de separación matrimonial en el art. 82 del Código Civil (en la redacción anterior a la reforma de 2005), sin asignar en contra del infractor efectos económicos al amparo del art. 1101 del Código Civil, por más que se consideren deberes contractuales atendida la naturaleza del matrimonio, «pues lo

⁵ Con anterioridad a estas sentencias ha habido algún pronunciamiento de tribunales inferiores con menor trascendencia, como la SAP Madrid (19ª) 9 marzo 1992 (Roj: SAP M 3/1992).

contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar».

Lo cierto es que estos pronunciamientos continuarían siendo válidos hoy, desde mi punto de vista, atendido el contenido de las reclamaciones. Así, salvo que imaginemos algún supuesto extremadamente llamativo y doloso, parece muy difícil apreciar en estos casos una lesión en el derecho al honor del esposo cuando fruto de una relación extramatrimonial, la mujer queda embarazada y permite el juego de la presunción de paternidad del Código Civil. Y si lo que se pretende es una indemnización por incumplimiento de un deber conyugal, el deber de fidelidad, la respuesta ha de ser, también hoy, rotundamente negativa. Los deberes conyugales son y han de ser incoercibles.

Respecto de los deberes conyugales, hay que recordar que se trata de meras pautas de comportamiento dentro del matrimonio, pero que no implican una obligación en sentido jurídico, sino que tienen un mero valor moral y simbólico. El respeto a la libertad de los individuos dentro del matrimonio, que se acentúa tras la reforma de la separación y el divorcio de 2005 en aras del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los cónyuges –como indica la exposición de motivos de la Ley 15/2005–, pasa por la incoercibilidad de estos deberes. Lo contrario, es decir, imponer una sanción para el caso de incumplimiento, como si de auténticos deberes jurídicos se tratara, casa mal con la idea de libertad que debe presidir las relaciones personales y de pareja y excedería de la función propia del derecho de daños. En este sentido, hay que recordar que cuando se considera que un daño es jurídicamente indemnizable, al mismo tiempo se está poniendo coto a la libertad de la persona obligada a resarcir⁶. La imposición de un deber indemnizatorio significa la existencia de una prohibición de realizar un comportamiento, y por tanto, un límite a la libertad, y es el incumplimiento de esta prohibición lo que fundamenta el derecho a la indemnización. Por tanto, admitir un daño moral por el incumplimiento de deberes conyugales equivaldría a configurar tales deberes como auténticos deberes jurídicos en el sentido de que una actuación contraria a los mismos sería también contraria a derecho, estaría proscrita, pese a que se trata de deberes que recaen sobre las relaciones personales. La injerencia del derecho no parece que deba llegar tan lejos, hasta el punto de inmiscuirse en los aspectos personales de la relación conyugal, por el alto precio que comporta para la libertad individual. Hay frustraciones y desengaños que forman parte de la vida, de las relaciones personales, y hay que soportarlas sin que puedan dar derecho a una

⁶ En este sentido, MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV (2011) p.540.

indemnización. Además, abrir la puerta a las indemnizaciones en este ámbito plantea el problema de trazar la línea entre las conductas que son indemnizables y las que no lo son⁷. Por otra parte, la Ley 15/2005 introdujo la separación y el divorcio sin causa, por lo que admitir un resarcimiento por incumplimiento de los deberes conyugales contradiría el espíritu de la norma, conforme al cual los comportamientos de los cónyuges en el matrimonio son jurídicamente irrelevantes –salvo violencia de género, pero esto excede del derecho de daños, entrando en el ámbito del derecho penal–.

2.2. La jurisprudencia menor posterior

A raíz de las dos sentencias del TS antes citadas se concluyó que, ante una reclamación de daño moral por ocultación de la paternidad, la indemnización no podía ser de carácter contractual con apoyo en la STS (1ª) 30 julio 1999, y tampoco procedería si, siendo extracontractual, no se acreditaba el dolo de la esposa, con apoyo en la STS (1ª) 22 julio 1999⁸. Y algunas audiencias provinciales comenzaron a deducir entonces, por una interpretación *contrario sensu* que, quedando acreditado el dolo, sí que debía indemnizarse. Y de este modo, comenzaron a dictarse sentencias en las que se condenaba a la indemnización de daño moral por ocultación dolosa, negando en otro caso el deber de resarcimiento por parte de la mujer⁹.

No obstante, el dolo como criterio de imputación de la responsabilidad plantea problemas de carácter probatorio que se han puesto de manifiesto en estos casos, y así, ha habido audiencias provinciales tendentes a flexibilizar esta cuestión e imponer la indemnización aunque el dolo no haya sido probado, si se considera acreditado que, al menos, la mujer debió dudar de la paternidad de su esposo y, sin embargo, no hizo nada para evitar que jugara la presunción de paternidad del Código civil¹⁰.

⁷ Argumento defendido por MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, *cit.*, pp. 539-540.

⁸ Si bien, como apunta RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia», *La Ley Derecho de Familia*, nº 8 (2015), p. 2, cabe dudar de que esta sea la postura del TS, toda vez que tras desestimar la pretensión resarcitoria por no apreciar dolo en la sentencia de 22 de julio de 1999, tan solo unos días después, en la sentencia de 30 de julio de 1999 deniega la indemnización pese a la concurrencia de dolo.

⁹ Así, por ejemplo, las sentencias de la AP Valencia (7ª) 2 noviembre 2004 (Roj: SAP V 4688/2004) y de 5 septiembre 2007 (Roj: SAP V 2216/2007), SAP Barcelona (14ª) 31 octubre 2008 (Roj: SAP B 9445/2008), SAP Granada (5ª) 13 junio 2014 (Roj: SAP GR 1148/2014); SAP Jaén (1ª) 9 marzo 2015 (Roj: SAP J 216/2015).

¹⁰ Por ejemplo, la SAP Cádiz (2ª) 3 abril 2008 (Roj: SAP CA 124/2008); la SAP Cantabria (2ª) 3 marzo 2016 (Roj: SAP S 186/2016). Un detallado análisis sobre el dolo y la culpa en la jurisprudencia menor es el realizado por FARNÓS AMORÓS, Esther, «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 25 (2011), pp. 17-26.

La cuestión, ciertamente, no deja de despertar cierto debate jurídico. Por una parte, el requisito del dolo permite poner coto a la indemnización por daño moral en las relaciones familiares, de manera que solo los comportamientos más graves den lugar al resarcimiento. Pero el análisis de los casos que se plantean en la realidad no deja de conducir en ocasiones a situaciones algo sorprendentes, ante las cuales, algunas audiencias provinciales han optado por una flexibilización del criterio de imputación de la responsabilidad. Así, se razona en ocasiones que si una mujer mantiene relaciones simultáneas con hombres diferentes y se queda embarazada, debe al menos dudar de la identidad del padre. Si, a pesar de ello, consiente en que se atribuya la cualidad de progenitor a quien no lo es, generalmente por el juego de la presunción de paternidad del Código civil, su conducta debería ser jurídicamente reprobable y dar lugar a una indemnización por daño moral¹¹. Bajo estos parámetros, condicionar la eventual indemnización al dolo podría conducir a resultados injustos; supondría premiar a quien no se esfuerce por identificar al verdadero padre biológico, al excluirse su responsabilidad, y permitiría la impunidad de la mujer que, actuando dolosamente, sea lo suficientemente astuta para evitar que su dolo quede probado. En cualquier caso, este planteamiento supedita la indemnización al comportamiento de la madre, dotando a su resarcibilidad de un fuerte componente moral, poco o nada deseable.

En otro orden de cosas, se ha abordado también en sede judicial la incidencia que puede tener el deber de fidelidad, dando lugar a resultados variopintos. Es unánime la idea de que el incumplimiento del deber de fidelidad no da lugar en sí mismo a una indemnización, al tratarse de un deber incoercible. Pero a partir de ahí, las interpretaciones se diversifican. Así, en algunos casos se ha negado la indemnización desde el entendimiento de que el deber de fidelidad no es coercible, añadiendo como argumento de refuerzo la falta de acreditación del dolo de la mujer¹². En otros casos, aun reconociendo que el incumplimiento del deber de fidelidad no es resarcible, se ha concedido la indemnización del daño moral por haberse acreditado la conducta dolosa de la madre¹³. Y finalmente, hay también pronunciamientos en los que se parte de la no indemnización del incumplimiento del deber de fidelidad, pero se sostiene que sí da lugar a indemnización la consecuencia de esa infidelidad, concretada en la ocultación

¹¹ Es el caso, por ejemplo, de la SAP Cádiz (2ª) 3 abril 2008 (Roj: SAP CA 124/2008). En sentido parecido, ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «Responsabilidad civil por infidelidad conyugal», *La Ley Derecho de Familia*, nº 8 (2015), p. 2; NEVADO CATALÁN, V., «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad», *Indret*, 4/2018, p. 19.

¹² SAP Barcelona (14ª) 31 octubre 2008 (Roj: SAP B 9445/2008), SAP Granada (5ª) 13 junio 2014 (Roj: SAP GR 1148/2014).

¹³ SAP Jaén (1ª) 9 marzo 2015 (Roj: SAP J 216/2015).

de la paternidad¹⁴. En estas últimas sentencias, en realidad, se mantiene de alguna forma un vínculo entre la indemnización y el deber de fidelidad, pues aquella encuentra su fundamento último en este deber, aun cuando se afirme que el incumplimiento del deber de fidelidad en sí mismo no se indemniza¹⁵. Esta diversidad de planteamientos refleja, quizá, la dificultad de enfocar adecuadamente el problema y el peso que todavía tienen en el tratamiento de esta cuestión los planteamientos tradicionales¹⁶.

Finalmente, existe un tercer elemento a mi juicio revelador de la problemática que subyace en estos casos, y es la relativa a la identificación de los concretos daños que se indemnizan. Son habituales las sentencias que supeditan la prueba del daño a la existencia de daños psicológicos o psiquiátricos debidamente acreditados mediante los correspondientes informes¹⁷ -hasta tal punto es así que en la doctrina se ha llegado a afirmar que en estas reclamaciones de daños morales el bien jurídico protegido es la integridad psíquica del padre no biológico¹⁸-, o también en algún supuesto la prueba de daños físicos causalmente relacionados con el descubrimiento de la verdadera paternidad¹⁹. En algún caso se ha planteado la posible equiparación de estos daños con la pérdida de un hijo por fallecimiento, con alusión incluso al baremo de daños corporales, aunque su reconocimiento como tal daño es más que dudoso en estos casos, porque el hijo, aunque ya no sea tal, sigue viviendo y sería posible algún tipo de

¹⁴ Por ejemplo, la SAP Cádiz (2ª) 3 abril 2008 (Roj: SAP CA 124/2008); SAP Cantabria (2ª) 3 marzo 2016 (Roj: SAP S 186/2016).

¹⁵ En este sentido, apuntan MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, *cit.*, p. 558, que el razonamiento resulta artificioso y se basa en una incoherencia interna, entendiéndose que el fundamento último de la pretensión resarcitoria en estos casos es la infracción del deber conyugal de fidelidad, y en parejas no casadas sería la falta de lealtad o abuso de confianza.

¹⁶ Hasta tal punto es así, que algunos estudios relativamente recientes conectan de algún modo la indemnización con el deber de fidelidad. Es el caso, por ejemplo, de PÉREZ GALLEGU, Roberto, «Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad», *Revista Derecho Civil*, vol. II, nº 3 (2015), p. 172, que anuda indemnización al incumplimiento del deber de fidelidad, aunque rechaza que la indemnización tenga carácter de sanción, por lo que propone enfocarlo hacia la afectación de la dignidad del perjudicado en conexión con derechos fundamentales (derecho a la vida familiar, intimidad privada, personal o familiar). En realidad, a mi juicio, y como posteriormente abordaré, este es un planteamiento poco moderno de la cuestión que debería abandonarse.

¹⁷ SAP Cádiz (2ª) 3 abril 2008 (Roj: SAP CA 124/2008) considera acreditado el daño sobre la base de los informes psicológicos; o la SAP Cádiz (8ª) 16 mayo 2014 (Roj: SAP CA 822/2014), que afirma que los daños psicológicos y los daños morales son en estos casos lo mismo; mientras que la SAP Valencia (6ª) 16 octubre 2017 (Roj: SAP V 6299/2017) no reconoce el derecho a la indemnización porque, no aportando un tratamiento médico o un trastorno adaptativo, bajas laborales, informes psicológicos, etc., no se puede considerar acreditado el daño moral.

¹⁸ ESPÍN ALBA, I., *RCDI*, p. 3476 y 3477.

¹⁹ Así, en la SAP Jaén (1ª) 9 marzo 2015 (Roj: SAP J 216/2015), el daño se concretó en un agravamiento de la enfermedad de Crohn que padecía el esposo, al saber que la niña no era hija biológica suya.

contacto con él si las circunstancias lo permiten o aconsejan²⁰. Pero no se suele reconocer como daño el hecho en sí mismo considerado de la pérdida de la relación paterno-filial y todo lo que ello conlleva en el plano jurídico y en la esfera personal, si no va a acompañada de este tipo de consecuencias sobre la salud²¹.

Todo este cuerpo jurisprudencial desarrollado en las dos últimas décadas ha merecido la atención de la doctrina. Desde una postura más tradicional se rechaza que el derecho de daños deba interferir en las relaciones familiares²²; sin embargo, existe también una postura más moderna desde la que algunos autores apuntan una incipiente conexión entre ambas disciplinas, al menos en los casos que revistan más gravedad, entre los que se apuntan normalmente la ocultación de la paternidad y la obstaculización de las relaciones personales entre un progenitor y su hijo, con apoyo en ciertas resoluciones judiciales que han reconocido el derecho a la indemnización del daño moral en tales supuestos. En apoyo de esta tesis se invoca en ocasiones la progresiva individualización en el derecho de familia²³. No obstante, incluso esta doctrina más aperturista tiende a considerar que la responsabilidad civil en las relaciones familiares no debe generalizarse²⁴.

2.3. *La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018*

En este estado de cosas se dicta la sentencia del Pleno del TS (1ª) 13 noviembre 2018, que rectifica los planteamientos de la jurisprudencia menor en el sentido de considerar que el daño causado por ocultación de la verdadera paternidad no es un daño indemnizable. Reconoce que este tipo de conductas causan un daño, pero tal daño carece de relevancia jurídica, es decir, no da derecho a obtener un resarcimiento ni al amparo de las normas de responsabilidad contractual ni extracontractual. Vincula esta

²⁰ En este sentido lo apunta ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, *cit.*, p. 5.

²¹ Sin embargo, sí se ha apuntado esta posibilidad en la doctrina. Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *cit.*, p. 15 admite la posibilidad de que el daño derivado de la ocultación de la paternidad tenga carácter autónomo respecto del deber de fidelidad, conectándolo además con los casos de parejas de hecho.

²² MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, *cit.*, pp. 524 y ss.; MONTERROSO CASADO, Esther, «Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 773, p.1564-1565. En consecuencia, esta última autora discrepa de los pronunciamientos de audiencias provinciales que han reconocido la indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad, p. 1572.

²³ Entre otros, NEVADO CATALÁN, Verónica, *cit.*, p.12.

²⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *cit.*, p. 6 y ss., tras exponer en páginas anteriores las razones por las que tradicionalmente el derecho de daño no ha tenido cabida en el ámbito de las relaciones familiares; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad», *La Ley Derecho de Familia*, nº 8 (2015), p. 8; ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, *cit.*, p. 5; NEVADO CATALÁN, Verónica, *cit.*, pp. 6 y ss.

pretensión indemnizatoria con un juicio de moralidad que califica como indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Es decir, el Tribunal Supremo opta por considerar que este tipo de conductas quedan relegadas al ámbito privado de las relaciones familiares, sin que el derecho deba entrar en ellas. Y así lo considera porque anuda estas situaciones al incumplimiento de los deberes conyugales, que son incoercibles, y en concreto, al deber de fidelidad. En este sentido, insiste en que, si bien la sentencia de apelación no relacionaba el daño con la infidelidad matrimonial, sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad. Si tal deber es incoercible y su incumplimiento no es resarcible, lo mismo ha de razonarse cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

La sentencia, seguramente, supuso un jarro de agua fría para la jurisprudencia menor, porque implica echar por tierra los pronunciamientos que, si bien con diferentes matices, había ido dando cabida al resarcimiento de los daños en caso de ocultación de la paternidad. En la doctrina, sin embargo, ha despertado reacciones diversas en función de la postura mantenida en esta materia por los diferentes autores²⁵.

2.4. *Lo que viene después. El caso de la SAP de Madrid (8ª) de 24 de mayo de 2019*²⁶

²⁵ UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 CC. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110 (2019), p. 12, coincide con el criterio de la sentencia, teniendo en cuenta además que la reforma de la separación y el divorcio de 2005 deroga el sistema causalista en la separación y el divorcio con el fin de evitar un enfrentamiento entre los esposos. También comparten el criterio de la sentencia MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110 (2019), p. 19, aunque hubieran deseado una más profunda fundamentación de la sentencia. Asimismo, LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 48 (2019), p. 12, comparte el criterio de la sentencia porque lo contrario implicaría sancionar comportamientos que no son ilícitos y que están relacionados con el incumplimiento del deber de fidelidad.

Sin embargo, SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio?», *Práctica Derecho de Daños*, nº 142 (2020), considera, a pesar de la sentencia, que debe reconocerse una indemnización por daño moral en los casos de ocultación de la paternidad con dolo o culpa, por la pérdida de la relación paterno-filial. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, «La falsa atribución de la paternidad como hecho generador de daño moral», *Revista de Derecho Privado* (mayo-junio 2019), pp. 55-59, se muestra crítica con la sentencia, y considera que el debate a nivel jurisprudencial aún no ha terminado.

²⁶ Roj: SAP M 5879/2019.

A raíz de la sentencia del Pleno, y sobre la base de sus pronunciamientos, las audiencias provinciales han rectificado su criterio con carácter general y han negado la indemnización por daño moral en caso de ocultación de la paternidad²⁷.

No obstante, la SAP Madrid (8ª) 24 mayo de 2019²⁸ sí que reconoce, a pesar de los dictados del alto tribunal, una indemnización por daño moral con base en argumentos que merecen, al menos, cierta atención. En este caso, la pareja aún no estaba casada cuando se produce la concepción del hijo. Aunque habían decidido mantener su noviazgo en castidad, una noche tuvieron un desliz. Cuando la mujer pone en conocimiento de su pareja el embarazo, convienen en casarse. Pero por aquella época ella estaba manteniendo relaciones sexuales esporádicas con otra persona. Tras celebrarse el matrimonio y nacer la niña, el esposo comienza a sospechar que su mujer mantiene una relación extramatrimonial, desencadenándose el divorcio y dándose a conocer que el padre biológico de la niña es la pareja extramatrimonial de la esposa. Ante la reclamación de indemnización por daño moral, la Audiencia Provincial de Madrid razona que no cabe aplicar aquí la doctrina del Tribunal Supremo porque, no estando la pareja casada al tiempo de la concepción, no puede hablarse de incumplimiento del deber de fidelidad. Razona que concurren los presupuestos de la responsabilidad del art. 1902 del Código Civil y, respecto del daño, considera resarcible por una parte el daño psicológico acreditado por el tratamiento al que fue sometido el demandante y, por otra parte, la pérdida de la relación paterno-filial como concepto propio al margen del daño psicológico, que merece ser resarcido.

La clave del supuesto está, desde mi punto de vista, en la ausencia de vínculo matrimonial al tiempo de la concepción, que impide proyectar sobre esta materia los deberes conyugales. En realidad, ya se habían presentado con anterioridad ante los tribunales situaciones de este tipo. En algún caso, el embarazo dio lugar también a la ulterior celebración del matrimonio, y la Audiencia Provincial conectó la cuestión en el caso concreto, a mi juicio erróneamente, con el deber de fidelidad²⁹. Pero cuando el problema se ha planteado con relación a una pareja estable no casada, se ha reconocido la indemnización del daño moral por la frustración, quebranto o ruptura del vínculo paterno-filial, sin referencia alguna al deber de fidelidad³⁰.

3. NUEVO ENFOQUE DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA NUEVA REALIDAD SOCIAL Y FAMILIAR

²⁷ Por ejemplo, la SAP Jaén (1ª) 18 julio 2019 (Roj: SAP J 1267/2019) y la SAP León (1ª) 7 marzo 2019 (Roj: SAP LE 424/2019).

²⁸ Roj: SAP M 5879/2019.

²⁹ Es el caso de la SAP Granada (5ª) 13 junio de 2014 (Roj: SAP GR 1148/2014).

³⁰ Así, la SAP Cádiz (8ª) 16 mayo 2014 (Roj: SAP CA 822/2014).

La reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid a la que me acabo de referir pone de relieve un aspecto importante que se debe tener en cuenta en el enfoque de esta cuestión. Hoy en día no hay un único modelo familiar formado por el marido, su mujer y los hijos. Hace ya décadas que se admiten muchos modelos de familia y así, puede haber parejas no casadas, que pueden ser convivientes o no, y que tengan descendencia; también hay familias monoparentales, y parejas del mismo sexo que pueden estar casadas o no. También es posible que el nacimiento de hijos no venga precedido de una relación sexual, sino que sea el resultado de técnicas de reproducción asistida. En definitiva, las posibilidades se multiplican. Y en este contexto, una lectura del problema de la falsa paternidad biológica vinculado a un deber de fidelidad resulta anticuada y casi mal con muchos de los supuestos que se podrían plantear en la práctica.

Es perfectamente posible que la falsa atribución de la paternidad biológica se produzca en el seno de una pareja no casada, en la que no rigen, por tanto, los deberes conyugales. A propósito de ello se podría decir que en realidad en estos casos se estaría traicionando también la confianza y el compromiso asumido, y, en definitiva, un deber de fidelidad, aunque no reconocido legalmente. Y la indemnización pretendería también en este caso resarcirse frente a la infidelidad. Tal afirmación prejuzga, en realidad, a la pareja de hecho como una pareja que vive a imagen de un matrimonio, pero no se ha casado. Sin embargo, esto no tiene por qué ser así. La pareja no casada puede configurar su convivencia y sus relaciones personales del modo que tenga por conveniente, incluso pueden no vivir bajo el mismo techo o admitir la posibilidad de relaciones, esporádicas o no, con terceras personas. La pareja de hecho no tiene un modelo de convivencia diseñado en la ley, como sí lo tiene el matrimonio a través de los deberes conyugales, por lo que no se puede presuponer que en todo caso haya un compromiso de fidelidad, y un modelo o patrón de convivencia, aunque podamos pensar que sea lo más habitual vivir a imagen de un matrimonio, pero sin estar casados. En cualquier caso, también puede producirse una falsa atribución de la paternidad existiendo una relación que no sea lo suficientemente estable como para calificarse de pareja de hecho.

Por otra parte, la realidad actual, y en particular los medios técnicos, hacen posible que pueda existir una falsa atribución de la paternidad que no vaya precedida de una infidelidad. Esto sucedería si la concepción del niño se produce mediante técnicas de reproducción asistida y se hace creer posteriormente a la pareja que el niño es suyo. Es

lo que se llega a insinuar como posibilidad en la SAP Jaén (1ª) 9 marzo 2015³¹, en la que el marido, sometido a un tratamiento por padecer la enfermedad de Crohn, tenía dificultades para procrear y su esposa decidió concebir a su hija fuera del matrimonio, negándose a especificar en el juicio si lo hizo mediante inseminación artificial o por relación sexual con tercero. Si se hubiera tratado del uso de técnicas de reproducción asistida, no podríamos hablar de un incumplimiento del deber de fidelidad.

Todo ello nos sugiere que los esquemas que vinculan, con mayor o menor intensidad, el deber de fidelidad y la ocultación de la paternidad van quedándose obsoletos como consecuencia de la evolución social, técnica y jurídica.

Por otra parte, paulatinamente la relación paterno-filial, y en particular, su faceta más personal, ha ido cobrando importancia con el paso del tiempo en nuestra sociedad como consecuencia de una mayor implicación del padre en las tareas de cuidado y educación de los hijos, como consecuencia de la progresiva igualdad del hombre y la mujer en las relaciones familiares –matrimoniales o no-. Esto puede explicar que si bien en las sentencias del Tribunal Supremo de 1999 lo que preocupaba a los maridos en sus reclamaciones por ocultación de la paternidad era en realidad la lesión en su honor o el incumplimiento del deber de fidelidad como una obligación contractual de su mujer frente a él en el seno del matrimonio, el daño ahora ha transitado a otro ámbito. El resarcimiento que ahora se pretende va dirigido más bien a la pérdida de la relación paterno-filial, al hecho de que se creía que se tenía un hijo pero no se tiene³². Se pone en valor la relación paterno-filial en sí misma considerada y despojada de otras connotaciones como el honor o la infidelidad. Se trata de una pérdida que en el plano afectivo es claramente perceptible por todos. La cuestión es si esta pérdida tiene también relevancia jurídica. Es decir, si la pérdida de la relación paterno-filial en sí misma considerada puede dar lugar a un resarcimiento, en qué términos y bajo qué presupuestos.

Sabemos que, en un contexto diferente, en concreto, el relativo al régimen de guarda y custodia de los hijos cuando los padres no conviven, la conducta de un progenitor obstaculizadora de los contactos con el otro progenitor se consideran un ataque a la relación paterno-filial resarcible. Así lo estableció la STS (1ª) 30 junio 2009³³ respecto de un supuesto en que la madre se llevó al niño a Estados Unidos, impidiendo así el contacto con el padre, pese a que él tenía atribuida judicialmente la guarda y custodia del menor. Sobre la base del art. 1902 del Código Civil, y con apoyo en la jurisprudencia

³¹ Roj: SAP J 216/2015.

³² Tesis ya defendida desde un sector de la doctrina. Así, FARNÓS AMORÓS, Esther, *cit.*, pp. 33 a 36.

³³ Roj: STS 4450/2009.

del TEDH, se reconoció al padre una indemnización por daño moral. En efecto, existe jurisprudencia reiterada del TEDH que aprecia la violación del art. 8 CEDH en su vertiente de derecho a la vida familiar cuando uno de los progenitores se lleva al hijo menor al extranjero impidiendo así el contacto con el otro progenitor e incumpliendo el régimen de guarda y custodia establecido judicialmente³⁴. Pero lo cierto es que esta jurisprudencia del TEDH lo que establece es una condena económica al Estado por no garantizar adecuadamente el ejercicio de los derechos de uno de los progenitores, sin reconocer, a pesar de lo que concluye la STS (1ª) 30 junio 2009, el derecho a una indemnización por daño moral frente al progenitor que con su conducta obstaculiza los contactos del otro con el hijo menor. Por tanto, no creo que la respuesta a las indemnizaciones por daño moral en las relaciones familiares pueda hallarse en la jurisprudencia del TEDH.

En la sentencia de 2018 el Tribunal Supremo consideró que la ocultación de la paternidad se refiere a un supuesto distinto al de la sentencia de 2009. Afirma exactamente que «nada tiene que ver con lo resuelto en el presente» asunto, y ciertamente, si el enfoque de la sentencia de 2009 se sitúa en el incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el art. 160 del Código Civil, y en la sentencia de 2018, como indica el Tribunal Supremo, lo que se plantea en último término es una indemnización por el incumplimiento del deber de fidelidad, los supuestos son radicalmente distintos. Pero si logramos dejar a un lado el deber de fidelidad, como he tratado de justificar anteriormente, y ponemos en valor la relación paterno-filial en sí misma considerada, ambos supuestos se moverían en un terreno común. Es más, cabría considerar que la falsa atribución de la paternidad podría llegar a ser incluso una conducta más grave desde la perspectiva de que afecta directamente a la propia existencia de la relación paterno-filial, mientras que en el caso en que se impide el ejercicio de la guarda y custodia se atenta contra el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, sin llegar a atentar contra la propia subsistencia de la relación jurídica padre-hijo. Así planteadas las cosas, parece difícil entender que un caso dé lugar al resarcimiento, pero el otro no.

El problema de fondo es, a mi juicio, el más que justificado recelo en admitir indemnizaciones de daños morales en el marco de las relaciones familiares con base en el art. 1902 del Código Civil. Parece más razonable entender limitado el derecho a indemnización en las relaciones familiares a aquellos casos en que existe de forma

³⁴ Por ejemplo, las sentencias de 4 de mayo de 2017, *Improtra c. Italia* (Sección Primera); de 6 de marzo de 2018, caso Royer contra Hungría (Sección Cuarta); de 24 de julio de 2018, caso Vyshnyakov contra Ucrania (Sección Cuarta).

tipificada³⁵ sin llegar a dar cabida al juego del genérico art. 1902 del Código Civil. El riesgo de judicialización de las relaciones familiares y los peligros que conlleva son razones de peso para decantarse por una interpretación altamente restrictiva en este ámbito que excluya el juego del citado precepto y restrinja las indemnizaciones, en su caso, a los supuestos específicamente regulados en alguna norma.

Pero también es cierto que el resultado de la STS (1ª) 13 noviembre 2018 deja un sabor de insatisfacción en un contexto social y jurídico como el actual. Por ello, más allá del genérico art. 1902 del Código Civil, podemos plantearnos si los propios planteamientos del derecho de familia y el espíritu de sus normas pueden conciliarse con estas indemnizaciones o si de alguna manera pueden entenderse afines a tal resarcimiento.

En este sentido, considero que a todos los argumentos vertidos hasta ahora en pro del cambio hay que añadir uno particularmente importante, y es la importancia que tiene la verdad biológica en nuestro ordenamiento, hasta el punto de tener reconocimiento constitucional en el art. 39.2 CE. Si tan importante es, ¿cómo puede ser que la conducta de la madre que falsea la paternidad biológica en contra de los principios constitucionales puede quedar impune?

Lo cierto es que a nivel de derecho positivo no encontramos ninguna sensibilidad del legislador hacia este tipo de indemnizaciones en el ámbito familiar. Por ejemplo, se podría valorar si es admitido en otros ámbitos del derecho de familia que la pérdida de una relación familiar se pueda indemnizar. En este sentido, en el momento en que abordamos el problema de la ocultación de la paternidad como la pérdida de la relación paterno-filial, podemos encontrar una cierta similitud con la nulidad del matrimonio, en cuanto que formalmente, desde el punto de vista jurídico, hay una apariencia de relación jurídica familiar (relación conyugal en un caso, relación paterno-filial en el otro) pero posteriormente se acredita en vía judicial que la relación no existe (procedimiento de nulidad del matrimonio, procedimiento de impugnación de la filiación). ¿Se indemniza en el ámbito de la nulidad matrimonial la propia pérdida de la relación conyugal?

Para los casos de nulidad matrimonial, establece el art. 79 del Código Civil que la declaración de la nulidad «no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe». En la misma línea podemos entender la

³⁵ Así parece entenderlo también ROCA TRÍAS, Encarna, «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, citando como ejemplo art. 98 CC, p. 539, excluyendo de este modo que el incumplimiento de los deberes conyugales pueda dar lugar a una indemnización, p. 561.

doctrina jurisprudencial consolidada según la cual en los casos de falsa paternidad no cabe la restitución de los alimentos ni una indemnización por los alimentos satisfechos. Pero sí que se reconoce en el caso de la nulidad, conforme al art. 98 del Código Civil, una indemnización al cónyuge de buena fe si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias del art. 97 del Código Civil. ¿Podríamos entender que la pretendida indemnización por daño moral en casos de ocultación de la paternidad responde de algún modo a una misma filosofía que la indemnización del art. 98 del Código Civil? Se viene entendiendo que la indemnización del art. 98 del Código Civil persigue equilibrar los desajustes que pueda ocasionar la nulidad del matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos, y que no tiene carácter sancionatorio³⁶. Por tanto, no es la finalidad del art. 98 del Código Civil reparar un daño moral, el sufrimiento por la pérdida de la relación conyugal que ha resultado ser nula o inexistente. Desde esta perspectiva, el derecho no es sensible a este tipo de resarcimiento.

Desde otra perspectiva, la cuestión debe conectarse también con la regulación de la impugnación de la filiación. La acción de impugnación de la paternidad puede ser ejercitada por el marido en el plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que tenga conocimiento del nacimiento, y si desconoce la falta de paternidad biológica, desde que tenga conocimiento de esta circunstancia (art. 138 del Código Civil). Cuando la pareja no está casada, no juega la presunción de paternidad, y entonces la filiación viene determinada por el reconocimiento. Para tal caso, se admite la impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación en el plazo de un año desde que se hizo el reconocimiento o desde que cesó el vicio. Se fijan, en definitiva, plazos cortos y el contenido de la acción se concreta exclusivamente en la impugnación de la filiación, sin hacer mención de manera específica a una posible indemnización de daños y perjuicios.

En definitiva, el legislador no ha contemplado en ningún momento una específica indemnización de daños morales al hilo de la regulación de la impugnación de la paternidad, pero tampoco cuando se declara la inexistencia de otra relación familiar especialmente intensa, como es la relación conyugal. Así las cosas, no hay atisbo en nuestro derecho de familia que permita apoyar este tipo de indemnizaciones, por reprobables que nos parezcan estas conductas, y los riesgos de abrir la puerta al art. 1902 del Código Civil son de tal magnitud que han provocado el rechazo de esta vía por parte de nuestro Tribunal Supremo. A falta de un reconocimiento legal del derecho a

³⁶ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Comentario al art. 98», *Comentarios al Código Civil*, dir. Domínguez Luermo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 205-206.

resarcirse por el daño moral en estos casos, la solución no puede ser otra, a mi juicio, que la alcanzada por el alto tribunal.

Tan solo cabría en mi opinión una vía para admitir este tipo de resarcimiento. Si realmente se estimara que los valores de nuestra sociedad, los cambios jurídicos y técnicos a los que antes se han aludido hacen conveniente indemnizar el daño moral en los casos de falsa paternidad, sería preciso acometer una reforma legal desde el entendimiento de que nuestras normas se han quedado obsoletas. Tal modificación debería realizarse posiblemente en sede de impugnación de la filiación, permitiendo que la acción de impugnación fuera acompañada de una reclamación del daño moral causado³⁷. Se trataría, en definitiva, de una opción de política legislativa, que encontraría su apoyo en la relevancia constitucional de la verdad biológica, reconocida en el art. 39.2 CE, como derivación de la misma en cuanto que deban evitarse comportamientos que propicien una falsa atribución de la paternidad y su posterior impugnación, con los efectos negativos que esto comporta para el falso padre y también, no lo olvidemos, para quien resulta no ser su hijo. Esto no quiere decir que la falta de reconocimiento del resarcimiento por daño moral en los casos de ocultación de la paternidad suponga una vulneración del art. 39.2 CE. Este precepto lo que reconoce es la posibilidad de investigar la paternidad. El daño moral es, en sentido estricto, una cuestión distinta, un posible efecto colateral, por lo que la opción del ordenamiento de negar la indemnización por este daño entra dentro de nuestro marco constitucional, y también lo haría la opción contraria. Pero también es cierto que la indemnización de tales daños puede servir para reducir los casos de paternidad falsa, en armonía con el reconocimiento constitucional de la investigación de la paternidad y, en definitiva, que se imponga la verdad sobre la falsa paternidad, lo que puede ser un argumento a favor de la regulación positiva de estas indemnizaciones.

En cualquier caso, si se optase por modificar la normativa sobre impugnación de la paternidad para incluir la expresa posibilidad de resarcir los daños morales, la norma debería, a mi juicio, prescindir de la culpa o dolo en estos casos. No se trata de penalizar la conducta de la mujer que engañe bajo ciertas circunstancias más o menos censurables, porque esto sería una norma de marcado carácter moral. Se trataría de

³⁷ Aboga por una reforma de las normas sobre filiación que introduzca un mecanismo resarcitorio en relación con estas cuestiones, evitando una excesiva extensión del derecho de daños por la vía del art. 1902 CC ESPÍN ALBA, Isabel, «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 758 (2016), p. 3478, aunque parece enfocarlo más al daño patrimonial, y que el daño moral se limite a aquellos casos en que exista una pérdida o importante merma de los lazos afectivos y de la relación entre el falso padre y aquella persona que creía ser su hijo y se acredite un auténtico quebranto psicológico por la pérdida de la relación o el desgaste de la misma.

que, independientemente de las circunstancias, más o menos censurables de la madre, si se consiente en que figure como paternidad una que no lo es en realidad, el falso padre debería ver resarcido posteriormente su daño moral.

Por otra parte, insertar en esta regulación el daño moral mantendría la coherencia con la jurisprudencia que se pronuncia sobre el inicio del plazo de la acción de indemnización por daños morales. Conforme a la STS (1ª) 13 noviembre 2018, el inicio del cómputo del plazo se situaría en el momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia y se practica la inscripción, «dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante». De acuerdo con ello, cabe pensar que en el mismo procedimiento de impugnación puede reclamarse la indemnización por daño moral, supeditado al resultado de la sentencia y basado en razones de economía procesal, o bien, una vez dictada la sentencia, cabría iniciar otro procedimiento para obtener la indemnización dentro del plazo de prescripción de un año.

No obstante, esta reforma legal quizá deba esperar aún algún tiempo, dado que a día de hoy no hay el suficiente consenso doctrinal en este punto, y es necesario conocer el impacto que puede tener la STS (1ª) 13 noviembre 2018 en pronunciamientos posteriores, teniendo en cuenta las observaciones, ya formuladas, que pueden realizarse a los razonamientos de la sentencia. A propósito de esta cuestión, y con el fin de ponderar todos los intereses en juego, debe atenderse no solo al daño que supone la pérdida de la relación paterno-filial para el falso padre, sino también a la procedencia o no de establecer ciertos límites a la madre en el momento de la atribución de la paternidad.

En este sentido, el debate pasa por reflexionar sobre la eventual existencia de un deber de información, del que se han hecho eco algunas audiencias, como base del daño moral en relación a que en caso de que la mujer albergue dudas sobre la paternidad, una conducta conforme a la buena fe pasa por informar de ello³⁸. Este planteamiento incide directamente sobre la vida privada de la mujer, en concreto, sobre un aspecto de su vida más íntima, y sobre su libertad sexual. Sería, por tanto, un límite sobre sus derechos fundamentales. A mi juicio, como punto de partida, deben preservarse estos derechos en toda relación de pareja. Sin embargo, como ningún derecho es absoluto, y estos derechos fundamentales tampoco lo son, quizá pudiera situarse el límite de estos

³⁸ En este sentido, por ejemplo, la SAP Cantabria (2ª) 3 marzo 2016 (Roj: SAP S 186/2016). En la doctrina hay firmes detractores de este deber de información: MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, «Exclusión...», *cit.*, p. 15 y 16 porque vulnera derechos fundamentales de la esposa (intimidad y libre desarrollo de su personalidad), con apoyo además en la doctrina del TC alemán.

derechos fundamentales de la mujer en permitir a su pareja que desarrolle la creencia de que el niño es suyo cuando no lo es. Es decir, el punto de partida inamovible es que la mujer no tiene que dar explicaciones de su vida íntima, ni siquiera a su pareja, puede tener relaciones sexuales con quien quiera, cuando y como quiera, y sin dar explicaciones. Tampoco tiene por qué revelar si su embarazo es fruto de una técnica de reproducción asistida. Pero ninguno de estos derechos fundamentales puede arrastrar, a mi juicio, a otra persona con implicaciones jurídicas de tal calibre como la atribución de la condición de padre a quien no lo es. La ponderación de estos derechos de la mujer con la verdad biológica del art. 39.2 CE creo que encuentra su equilibrio en ese punto, de manera que, sin tener que dar ningún detalle sobre las causas o los motivos, si cree o si sabe que su pareja no es el padre, no debería propiciar con su comportamiento que figure una filiación inexacta. Y no sería descabellado, quizá, que el ordenamiento previese para tal supuesto una indemnización del daño moral sobre la base de la importancia de la verdad biológica, que alcanza reconocimiento constitucional.

Por último, y no menos importante, deben calibrarse adecuadamente las connotaciones de género que pueden incidir en esta materia, y que ya han sido apuntadas desde la doctrina³⁹. Tal planteamiento consiste en apreciar que la imposición de una indemnización por daño moral es un modo de castigar a la mujer díscola e infiel. Desde el momento en que, como se ha apuntado anteriormente, se lograra realizar un enfoque de esta materia desvinculado del deber de fidelidad, estos planteamientos decaerían en gran medida. A mi modo de ver, estas ideas responden a una visión de la mujer y de la pareja un tanto anticuadas, recuerdan a aquella época en que el adulterio era un delito. Sin embargo, una visión moderna de la pareja y, en particular, de la mujer, creo que permite superar este enfoque. La mujer no está supeditada al hombre, ni social, ni jurídica, ni económicamente. Ni siquiera lo necesita para tener descendencia gracias a las técnicas de reproducción asistida. Es más, la mujer tiene un notable poder de decisión sobre la procreación, y debería mitigarse la posibilidad de que a través de esta ventaja que le ha dado la naturaleza pueda causarse un daño. Lo que sucede, a mi juicio, es que solo desde una visión que sitúe al hombre y la mujer en una situación de plena igualdad jurídica –y económica– puede superarse esta visión del problema que trata de impregnar de tintes discriminatorios respecto de la mujer el resarcimiento del daño moral causado por la falsa paternidad.

³⁹ MONTERROSO CASADO, Esther, *cit.*, rechaza que proceda una indemnización precisamente porque lo anuda al deber de fidelidad y considera que tiene connotaciones discriminatorias por razón de género, p. 1563 y ss., y valora positivamente la sentencia del Pleno porque favorece la igualdad entre hombres y mujeres, 1572. Sobre el sesgo de género, también MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, «Exclusión...», *cit.*, p. 24.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

No cabe hoy en día la indemnización del daño moral por falsa paternidad. No hay suficientes elementos en derecho positivo para fundamentar esta indemnización, y el art. 1902 del Código Civil no es el camino adecuado para alcanzar el resarcimiento en las relaciones familiares. Solo hay una vía, por tanto, a través de la cual podría reconocerse el resarcimiento del daño moral en estos casos: la regulación a nivel positivo. Pero ello pasa por un enfoque de la materia que desvincule por completo esta materia del deber de fidelidad, planteamiento un tanto arcaico, que solo tiene sentido dentro del matrimonio y no en otros modelos familiares. Un planteamiento moderno de la materia debería prescindir además de las posibles connotaciones de género que a veces se acompañan a esta cuestión y debería enfocarse en términos absolutamente respetuosos con los derechos fundamentales a la intimidad y libertad sexual de la mujer, pues en otro caso resultaría inaceptable. En cualquier caso, los cambios en derecho suelen llevar tiempo, y es bueno que así sea para una mejor y más profunda reflexión sobre la materia. Falta quizá, todavía, la suficiente reflexión a nivel doctrinal y jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad», *La Ley Derecho de Familia*, nº 8 (2015).

EHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «Responsabilidad civil por infidelidad conyugal», *La Ley Derecho de Familia*, nº 8 (2015).

ESPÍN ALBA, Isabel, «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 758 (2016), pp. 3461-3482.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 25 (2011), pp. 9-54.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 48 (2019), p. 12

MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV (2011), pp. 503-561.

— «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110 (2019), pp. 239-282.

MONTERROSO CASADO, Esther, «Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 773, pp. 1558-1576.

NEVADO CATALÁN, V., «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad», *Indret*, 4/2018, pp. 1-51.

PÉREZ GALLEGO, Roberto, «Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad», *Revista Derecho Civil*, vol. II, nº 3 (2015), pp. 141-175.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Comentario al art. 98», *Comentarios al Código Civil*, dir. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ROCA TRÍAS, Encarna, «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-566.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia», *La Ley Derecho de Familia*, nº 8 (2015).

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, «La falsa atribución de la paternidad como hecho generador de daño moral», *Revista de Derecho Privado* (mayo-junio 2019), pp. 35-59.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio?», *Práctica Derecho de Daños*, nº 142 (2020).

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 CC. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110 (2019), p. 223-238.

Fecha de recepción: 25.11.2020

Fecha de aceptación: