



Universidad de Oviedo

**LAS ACCIONES
DE
RECLAMACION
DE LA
FILIACION**

**Por Julio Carbajo González
Licenciado en Derecho**

**Trabajo presentado como Tesis
para optar al grado de Doctor
en Derecho por la Universidad
de Oviedo.**

J. Carbajo

**DIRECTOR: Doctor Don Rafael -
Fonseca González.
Profesor Titular de Derecho -
Civil.**

Marzo 1987

INTRODUCCION

No nos parece que estemos muy descaminados si afirmamos que el Derecho de filiación constituye, en estos momentos, el sector del Derecho de familia que acapara la atención del legislador de una manera prioritaria.

Frente al otro gran núcleo en torno al cual gravita también el ordenamiento de la familia, cual es el derecho regulador de la institución matrimonial, que no ha experimentado variación alguna sustancial en las sucesivas reformas que ha sufrido desde tiempos inmemoriales, puesto que los cambios introducidos no suponen sino variaciones sobre el mismo tema (admisión o no del divorcio como causa de disolución, pequeños cambios en materia de relaciones económicas de los cónyuges...etc.), frente al derecho matrimonial, decíamos, el derecho de filiación se abre ante nuestros ojos como una realidad de difícil configuración cuyo límite último resta aún por concretar y que se encuentra en continua efervescencia.

Piénsese, al respecto, en las periódicas reformas que la filiación adoptiva ha experimentado en la segunda mitad de este siglo en España --1958, 1970, 1981-- y la que está próxima a llevarse a cabo con el Proyecto que actualmente discurre por las Cámaras Parlamentarias.

Repárese, igualmente, en las impresionantes perspectivas que se adivinan, que se observan ya, con las nuevas técnicas de reproducción humana --inseminación artificial, fecundación "in vitro", fundamentalmente--, práctica habitual en los centros hospitalarios de los países desarrollados --entre ellos, el nuestro--, que están trastocando los nuevos conceptos de paternidad, y de maternidad tradicionales, y que demandan con premura un conjunto normativo "ad hoc".

Incardinado en esta suerte de rueda en continuo movimiento, el derecho de filiación actual discurre por los cauces que ha descrito el legislador de 1981. En este sentido, la ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifica el Cc. en materia de filiación, patria potestad y

régimen económico del matrimonio, es de capital importancia. Y lo es por diversos motivos.

Frente a la situación mantenida por el Código de 1889, que distinguía por el nacimiento tres clases de hijos --los legítimos, los naturales y los ilegítimos no naturales--, a los que hacía merecedores de diferentes derechos, amparando una discriminación que se hacía insostenible en los albores del siglo XXI, la ley de 1981 supone la equiparación, casi completa, de las filiaciones, que quedan reducidas a dos, la matrimonial y la extramatrimonial. Los hijos nacidos de progenitores no unidos entre sí por matrimonio gozan, a partir de ese instante, de un estado familiar equiparable al que poseen los hijos matrimoniales que permite dejar en el olvido la mezquina prestación alimentaria que concedían los primitivos arts. 140 y 141 Cc.

Consustancial con este cambio de mentalidad legislativa --propiciado por las respectivas reformas habidas en los ordenamientos europeos y exigido por el propio Texto constitucional español de 1978 (en concreto, por los arts. 14 y 39-2°), el

Código ha variado también su fisonomía en lo que respecta a la determinación judicial de la filiación.

Por vez primera se agrupan en un mismo Capítulo las acciones dirigidas a obtener o a destruir un estado, matrimonial o no matrimonial. El Código ofrece, a primera vista, una imagen de coherencia que choca con la desperdigada regulación anterior a 1981. Con todo, la coherencia no deja de ser más que una sensación superficial, porque, a poco que profundicemos en el estudio de aquéllas, habremos de observar cómo se diluye en una relación de preceptos bastante desafortunada, en la que se suceden normas referentes a la prueba, al procedimiento, a la legitimación activa, a los plazos..., sin demasiado orden ni concierto.

No se crea, sin embargo, que todo son deficiencias en el nuevo ordenamiento de la filiación. Nuestra ley posee cualidades que la distinguen de otras, promulgadas para resolver los mismos problemas en países similares al nuestro. En principio, ha suprimido completamente la terminología clásica que catalogaba a los hijos

como "legítimos" o como "naturales", y que mantienen leyes tan significativas como la francesa de 3-Enero-1972, o la italiana de 19-Mayo-1975. Ahora la única distinción que cabe, y no en razón de los efectos que surten, pues son los mismos --art. 108, primer párrafo--, es la que se produce entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, es decir, entre la filiación que tiene origen en un hecho biológico y la filiación que trae su causa de un acto civil.

La naturaleza cobra protagonismo en este tipo de relaciones jurídicas porque, como dice TRABUCCHI ("Natura, legge, famiglia", Riv. Dir. Civ., 1977, pág. 27), se encuentra en su propia base. "El derecho, el orden jurídico, no tendría sentido --sostiene-- si a la particular institución no corresponde una situación natural. El derecho debe regular el hecho natural como se presenta en la sociedad". Y muestra de ese protagonismo es la importancia concedida a las pruebas biológicas, únicas, de entre todas las posibles, capaces de poner al descubierto la auténtica "naturaleza" del vínculo que se cuestiona. La admisión, sin

restricción, de las pruebas de índole médica o biológica en los pleitos sobre filiación, entablados tanto para reclamar como para impugnar una determinada relación de filiación, del tipo que ésta sea, constituye una de las innovaciones de mayor relieve introducidas por la ley de 1981, y, a la vez, una de las cuestiones más interesantes por el carácter y la diversidad de los problemas que plantea, como tendremos ocasión de observar a lo largo del texto.

No resulta, pues, extraño que nos sintiéramos en su momento atraídos por un tema, como el de la determinación judicial de la filiación, que ofrecía "a priori" un terreno excelentemente propicio para la investigación científica. Hasta tal punto lo era que hubimos de acotar nuestro objeto de estudio hasta dejarlo centrado exclusivamente en las acciones de reclamación de la filiación, fórmula legal de determinar una filiación cuyas diferentes facetas hemos intentado dar a conocer con nuestro trabajo. A ello nos ha animado también la existencia de otro factor de indudable importancia: la ausencia de una

consolidada doctrina española sobre la materia cuyo hueco hemos intentado humildemente colmar con nuestra aportación personal.

Esta circunstancia, al tiempo que nos animaba a cumplir nuestro propósito, incrementaba la dificultad en la medida en que, en muchas ocasiones, carecíamos de las opiniones de otros autores que pudiéramos contrastar con la nuestra. Intentamos subsanarla acudiendo al derecho comparado, donde, ciertamente, no escasean las monografías y los artículos doctrinales dedicados a la materia. Principalmente, utilizamos obras de autores franceses e italianos; en menor medida, también alemanes, suizos, belgas, austriacos, etc.

Algo parecido nos ocurrió con la jurisprudencia española, que, así como es abundante la dictada en relación con los preceptos del Código anteriores a la reforma, escasea a partir del año 1981, consecuencia lógica si tenemos en cuenta el breve lapso de tiempo producido desde entonces. La ausencia de sentencias del Tribunal Supremo nos obliga a traer a colación las resoluciones de las Audiencias Territoriales, igualmente esclarecedoras

e importantes, y, siempre que lo creimos importante para fundamentar una opinión o para reflejar un estado de hecho, también las de Tribunales de otros foros internacionales.

Como habrá ocasión de observar a lo largo del texto, hemos concedido una gran importancia a los trabajos parlamentarios de la ley de 13 de mayo de 1981 (el material utilizado lo hemos extraído exclusivamente de la obra Código Civil (Reformas 1978-1983), Trabajos Parlamentarios, I, Cortes Generales, dirigida por F. Santaolalla). Creemos que puede resultar interesante tener un conocimiento preciso de cuál ha sido la suerte de los diferentes preceptos hasta llegar a convertirse en el texto definitivo. Las redacciones propuestas en los sucesivos pasos, las enmiendas de los distintos Grupos, los debates ante las Comisiones o el Pleno..., han sido traídos a colación siempre que lo hemos creído conveniente para sustentar una afirmación propia, para poner de relieve un determinado estado de opinión o para ayudar a comprender el auténtico significado de algún precepto. En este orden de ideas, nos ha parecido

mucho más conveniente ir intercalando estas referencias a lo largo de los sucesivos Capítulos, que el dedicar uno en exclusiva a estas cuestiones que quedaría, a nuestro entender, un tanto artificioso y carente de sentido.

Nuestro trabajo se distribuye en seis Capítulos agrupados en dos Partes. En la que lo abre ("Antecedentes y presupuestos") recogemos básicamente dos cuestiones. En primer lugar, los aspectos fundamentales de las acciones de reclamación, esto es, su concepción legal como uno de los modos de determinación de la filiación; su naturaleza jurídica, que nosotros entendemos con la práctica totalidad de la doctrina que es la propia de las acciones de estado, y, por último, intentamos un ensayo de definición de la institución. No hemos pretendido en este Capítulo insistir demasiado en estos aspectos introductorios que han sido sobradamente estudiados y analizados por la doctrina; nuestra misión se ha concretado en anticipar las líneas maestras que conforman las acciones de reclamación y que habrán de encontrar posteriormente desarrollo pormenorizado en los

distintos aspectos concretos de su régimen jurídico. En relación con este proceder, hemos preferido no dedicar un epígrafe particular a describir los caracteres de las acciones de reclamación en favor de ir trayendo a colación las distintas notas que caracterizan las acciones a medida que abordamos las cuestiones conexas con las mismas.

La primera Parte se completa con un estudio de la evolución histórica de la institución, presencia obligada en este trabajo si tenemos en cuenta el peso de la regulación jurídica contenida en el Código hasta el año 1981. Asimismo, hemos creído conveniente realizar una interpretación de los preceptos dedicados a la materia en los diferentes Proyectos de Código del siglo XIX, porque creemos que puede ser de utilidad para conocer el espíritu del legislador en un determinado momento histórico, y porque el reflejo de este tracto histórico en las obras científicas resulta escaso y, en la mayoría de las ocasiones, no muy acertado.

Los aspectos que pudiéramos denominar "extrínsecos" de la ley 11/1981, de 13 de mayo, también tienen cabida en esta primera Parte de la Tesis, Dedicamos a ello el Capítulo III, en el que damos un repaso de diferentes textos de carácter internacional que, abogando por una más favorable condición jurídica de los hijos no matrimoniales, constituyen junto con las reformas legislativas producidas en países de nuestro mismo entorno cultural y geográfico, una de las fuerzas básicas de la reforma. El Capítulo se completa con una reflexión sobre los principios inspiradores de la nueva regulación del Código civil así como sobre su estructura.

La segunda Parte de la Tesis ("Régimen Jurídico") está dedicada a describir lo que constituye la disciplina en sentido estricto de las acciones de reclamación. Hemos empleado en este menester 3 Capítulos. El Capítulo IV, que lleva por rúbrica "Las acciones de reclamación y el proceso", en el que incluimos una referencia a determinados aspectos procesales básicos que aparecen en los juicios de reclamación, sin pretender, en este

sentido, llegar a ninguna solución innovadora sobre la materia, cometido reservado a los procesalistas, y en el que abordamos asimismo el estudio de las medidas de protección previstas en el art. 128, así como toda la problemática del requisito exigido por la ley, de acompañar a la demanda, para su admisión, un principio de prueba de los hechos en que aquélla se funde, y que se prevé en el segundo párrafo del art. 127.

El Capítulo V lo hemos reservado exclusivamente para realizar un estudio sobre el importante tema de la prueba en los procesos de filiación, centro neurálgico de todo sistema de determinación judicial de aquélla, y posiblemente uno de los apartados más conflictivos de la nueva regulación del Código civil. Las pruebas biológicas, hoy admitidas para desvelar el vínculo de la generación en el primer párrafo del art. 127, conllevan innumerables problemas e inconvenientes, pero ofrecen ciertamente la ventaja, que ningún otro medio de prueba puede proporcionar, del dato objetivo, del cálculo de probabilidad de la paternidad o maternidad traducido en cifras. Junto

con las pruebas biológicas, el Código prevé la prueba de la filiación por medio de presunciones. Desde tiempos inmemoriales (recuérdese el famoso juicio de Salomón, resuelto en virtud de una argucia tramada, en este caso, por una mente superior. Vid. las incomparables líneas que dedica a la cuestión J. CARBONNIER, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho. Frólogo y traducción de L. Díez-Picazo. Tecnos, Madrid, 1974, págs. 308 y ss.*) se han venido utilizando las presunciones en los procesos sobre reclamación de la filiación para atribuir o negar ésta. Hoy en día, en una sociedad completamente dominada por el deseo científico de conocer la verdad absoluta de las cosas, las presunciones recogidas en el art. 135 parecen representar el contrapunto necesario para que la filiación no se desligue de forma absoluta del sustrato afectivo o emocional que le da carácter. Esta es la razón por la cual hemos dedicado una muy cuidada atención a todas estas cuestiones y nos hemos detenido de forma preferente en las resoluciones de los tribunales que han tocado el tema.

Hemos dedicado, finalmente, un Capítulo --el VI-- a analizar dos grandes cuestiones que aparecen íntimamente conexas en el articulado del Cc.: la legitimación y el plazo de ejercicio de las acciones de reclamación. En esta materia hemos creído preferible efectuar un tratamiento conjunto para la filiación matrimonial y para la no matrimonial mas que tratar por separado dichas cuestiones, con el objeto de lograr unidad expositiva y evitar reiteraciones inútiles.

La acotación de un objeto de estudio concreto y delimitado como núcleo en torno al cual ha de girar todo el discurso ulterior, obliga a dejar a un lado una serie determinada de cuestiones que se encuentran en relación , mediata o inmediata, con el tema de las acciones de reclamación de la filiación, pero que no tienen cabida, ciertamente, en este trabajo. Consecuentemente, conviene hacer las siguientes precisiones:

1.- El objeto de la Tesis lo constituyen las acciones de reclamación de la filiación que, como sabemos, representan uno de los vehículos que

establece la ley para lograr la determinación legal de la filiación a través de sentencia (cfr. los arts. 115 y 120 Cc.). Como parece evidente, ni hemos incidido sobre otras acciones cuyo ejercicio también pueda derivar en sentencia determinatoria de la filiación --por ejemplo, las acciones entabladas en la jurisdicción penal para perseguir un delito de violación, art. 444 Cp., a las cuales nos referimos en el texto pero sin profundizar en ellas-- ni mucho menos en los otros modos legales de determinación previstos en los mencionados preceptos (inscripción en el Registro, reconocimiento, expediente gubernativo...) que merecen, por su importancia, un estudio detenido y pormenorizado independiente.

2.- El efecto inmediato que se produce con el éxito de una acción de reclamación se concreta en la determinación de la filiación correspondiente. Nuestra misión se agota en la descripción de la acción como mecanismo jurídico apto para lograr tal objetivo, pero pasa por alto el análisis de las consecuencias que surgen una vez que la filiación se haya determinado. Las

cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, la obligación de alimentos, los derechos sucesorios..., etc. inherentes a la aparición de ese nuevo vínculo parental han quedado completamente al margen de nuestro estudio, pues son más propias de otro que tuviera por objeto la relación paternofilial en su conjunto.

3.- No hemos tampoco creído oportuno abordar la problemática originada en el orden jurídico por el imparable desarrollo de las técnicas de fecundación asistida: la inseminación artificial y la fecundación "in vitro". Qué duda cabe que su importancia es enorme en la propia configuración del derecho de filiación y que influyen poderosa y necesariamente en la determinación de la relación paternofilial. Los conceptos tradicionales de concepción, gestación, paternidad, maternidad... asumidos por las leyes civiles, adquieren nuevas y distintas dimensiones al tiempo que surge toda una terminología dotada de un significado jurídico muy particular. Referirse a cuestiones como las que se esconden tras expresiones tales como "anonimato del donante del

semen", "madre portadora" o "de alquiler", "naturaleza jurídica del embrión", "hijos póstumos"... , supone hacer mención a una serie de problemas, las más de las veces conexos entre sí, que el derecho positivo, tal como está concebido actualmente, no está en condiciones de solucionar de forma satisfactoria.

Se está produciendo en nuestro país, siguiendo las huellas marcadas por el derecho comparado, un movimiento dirigido a disciplinar estas técnicas, a la cabeza del cual se encuentra el Informe emitido por una Comisión del Congreso de los Diputados nombrada a tal efecto ("Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas"), en el que se recogen una serie de recomendaciones (155 en total, Vid. el B.O.C.G. de 21-abril-1986), destinadas a inspirar la futura regulación que se dicte en esta materia. La legislación que regle estas cuestiones, aunque se dilate en el tiempo --se está a la espera también de lo que decida el Consejo de Europa-- no tardará mucho en llegar, entre otras razones porque se hará preciso resolver los problemas que irán

surgiendo a medida que prolifera la realización de estas técnicas.

Por ello hemos creído más conveniente limitarnos a la determinación de la filiación --pudiéramos decir-- "convencional", sin perjuicio de que, llegado el caso, nos pudiera parecer interesante realizar un estudio de aquellos aspectos legales recogidos en la hipotética ley que se dicte al respecto, que guardasen relación con nuestro tema presente.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES Y PRESUPUESTOS

CAPITULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RECLAMACION

1.- La declaración judicial de la filiación.-

Junto con los modos no contenciosos de determinación legal de la filiación, que vienen recogidos en el Código en distinta relación según tomemos en consideración la filiación matrimonial (art. 115 Cc.: "La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1° Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres"), o la no matrimonial (art. 120: "La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1° Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 2° Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil... 3° Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil"), merece una muy especial consideración la determinación del vínculo paternofilial llevada a efecto merced a la puesta en

marcha de un procedimiento contencioso iniciado como consecuencia de haberse ejercitado, en tiempo y forma, una acción de filiación.

Decimos que este sistema merece una especial consideración y esta afirmación la podemos sostener con un argumento triple: a) Por un lado, la sentencia constituye la forma más enérgica que el ordenamiento pone a nuestro alcance para determinar la filiación controvertida, ya que, una vez obtenido el pronunciamiento judicial respectivo, aquélla deviene inatacable, en virtud de lo dispuesto en el art. 134, párrafo segundo --"no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia". Quiere decirse que nunca más cabrá suscitar contienda acerca de la misma porque aquélla adquiere rango definitivo, con independencia de que se ajuste o no a la realidad biológica, y con independencia de que alguno de los legitimados para entablar la acción pretenda hacer uso del derecho a actuar si no lo hizo en su momento. Con independencia, claro está, de cuantos recursos puedan interponerse, y, en especial, del recurso de revisión. b) La

determinación de la filiación en virtud de sentencia supone, además, el camino más largo y costoso de los que ofrece el Código para acceder a aquélla. Junto con la sencillez y la ausencia de costos significativos que comporta un reconocimiento ante Notario, o la gratuidad de las inscripciones realizadas en el Registro Civil (1), los procesos sobre filiación exigen una buena dosis de paciencia -- pensemos en los pasos sucesivos que puede recorrer la causa: Juzgado de Primera Instancia, Audiencia Territorial, Tribunal Supremo y, en su caso, Tribunal Constitucional-- y de recursos económicos, que habrán de cubrir honorarios de abogado y procurador, normalmente los de los peritos que se nombren a lo largo del pleito y, a veces, las costas. c) Por último, salvo casos muy excepcionales, el sujeto que quiere que sea declarada su filiación (o su paternidad/maternidad) por sentencia pretende, por esta vía, sustituir el consentimiento necesario que hubo de haber prestado quien se negó a ello por la declaración judicial. Al ejercitarse una acción de reclamación de la filiación se está partiendo, por regla general, de una negativa o de un rechazo de uno de los sujetos

de la relación paternofilial a asumir voluntariamente su condición. Este componente subyacente en el ejercicio de la acción, que implica una importante falta de acuerdo o de avenencia en el grupo familiar, caracteriza esta peculiar forma de determinación legal de la filiación y la distingue, creemos que sobradamente, del resto de los modos de escritos en los arts. 115 y 120 Cc.

Aclarado este punto, conviene que nos fijemos, a continuación, en lo siguiente. Cuando un individuo se decide a ejercitar una acción de reclamación de estado, lo hace porque tiene el convencimiento de que la filiación que pretende es la que verdaderamente se ajusta a la realidad biológica. Y ello, con total independencia de que no tenga atribuida ninguna filiación y desee, por tanto, de este modo completar un vacío que no se ha podido integrar espontáneamente, o de que, por el contrario, parta de una situación jurídica aparentemente correcta, con la cual no está conforme.

El primero de los supuestos de hecho descritos no plantea ningún problema adicional a los que se derivan, de un modo natural, del ejercicio sin más de una acción de reclamación. No procede, pues, detenerse ahora sobre lo que a lo largo de todas estas páginas será centro de atención exclusiva.

La segunda de las situaciones posibles nos obliga, en cambio, a efectuar una serie de consideraciones, que a continuación pasamos a exponer. Nada impide que quien ostenta la condición de hijo, matrimonial o no (2), desee poner fin a ese lazo de parentesco que le une con una determinada persona y aspire a ver reconocida legalmente su unión respecto de otra (3). El resultado último de toda la actividad desarrollada va a producir una nueva situación parental --siempre y cuando prospere la acción entablada a tal efecto-- que viene a sustituir a la anterior, pero el presupuesto básico para que ello pueda suceder radica en la impugnación de la previa filiación que se ostentaba. Paso lógico si tenemos en cuenta que la filiación es el vínculo que une a

una persona con su progenitor --relación excluyente entre dos sujetos-- y, además, necesario, por imperativo de lo que dispone el art. 113, párrafo segundo del Cc.: "no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria".

La previa impugnación de la filiación anteriormente disfrutada constituye, pues, la finalidad primera de toda la actividad procesal llevada a cabo por el actor. A tal efecto, las posibilidades que se le abren son bien reducidas: o entabla dos procesos independientes, uno para impugnar la filiación que ostenta y otro para reclamar la que desea ostentar, o entabla uno único en el que se conjuguen las dos pretensiones. De las dos soluciones, la primera es la que ofrece mayores dificultades, pues, de seguirse, obligaría al cumplimiento de todos los requisitos exigidos por los dos procedimientos (legitimación, plazo de interposición de la demanda, etc.); por lo demás, su estudio no merece mayor detenimiento que el que demandaría el análisis por separado de las acciones de reclamación y de impugnación. La segunda, por el

contrario, sí presenta unos perfiles particulares sobre los que no vamos a detener a continuación.

Recoge el primer párrafo del art. 134 lo siguiente: "El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria". Hemos adelantado ya la razón de ser de este precepto. Se está facultando al actor para impugnar y para reclamar a la vez, simultáneamente, es decir, se le permite acumular las dos pretensiones en un mismo proceso. Pero no sólo esto, porque, si así fuera, la norma sobraría al permitirse la acumulación conforme a la legislación procesal (4), sino que lo que está autorizando es el ejercicio de la acción de impugnación "en todo caso", es decir, hubiera o no caducado el plazo para interponer la acción, hubiera o no legitimación suficiente..., siempre que se cumpla la única condición que exige el mencionado precepto: que la acción de reclamación haya sido entablada por el hijo o el progenitor (5). Se produce, en consecuencia, no una acumulación de

acciones en sentido estricto, sino, más bien, una absorción de la acción de impugnación por parte de la de reclamación; el régimen de aquélla aparece embebido en el de ésta, que es el que predomina.

Por lo tanto, cuando la acción de reclamación sea ejercitada por el hijo o por cualquiera de los progenitores (6), y la filiación que reclamen esté en contradicción con otra determinada legalmente, existirá la posibilidad de impugnar ésta simultáneamente, aunque para ello no exista específicamente legitimación, o el plazo de interposición de la demanda hubiese caducado (7). En este sentido es perfectamente explicable la utilización por el legislador de la expresión, en el precepto, "permitirá en todo caso", criticada por RIVERO (8). La ratio de la norma no se concreta en anunciar que la reclamación "implicará" la destrucción de la filiación que contradiga la reclamada, porque este postulado lógico ya se encuentra expresado en el segundo párrafo del 113, antes referenciado, sino que su razón de ser estriba en permitir la impugnación siempre.

2.- La acción de reclamación como acción de estado.-

Constituye una aspiración vital de todo trabajo científico de cierta entidad, la de ofrecer las bases sobre las que se asienta la institución --en este caso jurídica-- que se pretende desarrollar. Y no es de extrañar que este interés cobre tan considerable importancia, porque del resultado que se obtenga dependerá, en gran parte, la unidad interna de la obra y, sobre todo, la propia validez de los postulados que propugne. La descripción de la naturaleza jurídica de las acciones de reclamación de la filiación adquiere, en este orden de ideas, connotaciones tanto de punto de partida, de presupuesto sobre el que se asienta toda la construcción dogmática ulterior, como de conclusión final de la misma. Sin embargo, nosotros no nos vamos a detener excesivamente en un apartado como el presente que ha sido centro de atención por parte de la doctrina de forma muy reiterada. Las discusiones acerca de la naturaleza jurídica de las acciones de filiación han proliferado lo suficiente como para eximirnos en

este preciso momento de volver sobre el tema con nuevos razonamientos. En este sentido, la ubicación de este epígrafe en el primer Capítulo de este trabajo responde exclusivamente al deseo de adelantar lo que a lo largo de los restantes Capítulos se va a encontrar mucho más explicitado. Por otro lado, como el lector tendrá ocasión de observar, la línea seguida no difiere, en sus aspectos fundamentales, de la que los autores han mantenido mayoritariamente y siguen manteniendo, tanto antes como después de la reforma de 1981.

El que la filiación constituye una de las categorías integradoras del estado civil de las personas, es una opinión que preconizan los propios preceptos legales --principalmente el art. 1 L.R.C. (9), y los arts. 325 y ss. Cc. (10), y 468 y ss. Cp. (11), que explícita o implícitamente están reconociendo tal cualidad--, y que admiten la jurisprudencia (12), de forma prácticamente unánime (13) la doctrina (14), y asimismo el legislador (15).

Admitiendo el postulado básico de que la filiación es uno de los estados civiles en que puede hallarse el ser humano, la consecuencia que se extrae a renglón seguido es que las acciones que se ejercitan con la finalidad de obtener la declaración de filiación o de paternidad respecto de alguien, se invisten del carácter o de la naturaleza del estado que se reclama. Las acciones de reclamación de la filiación son, consecuentemente con lo dicho, acciones de estado, las acciones de estado por antonomasia (16).

Este es, como hemos dicho hace un momento, el punto de partida (y, a la vez, conclusión implícita que se podrá extraer al final del trabajo), que habremos de ir desarrollando a medida que avancemos en la descripción de la disciplina jurídica de las acciones de reclamación. Los preceptos legales ofrecen soluciones que se acomodan a esta concepción y que carecerían de sentido si se pensara en un naturaleza distinta de la que aquí se sigue. El reducido número de sujetos a los que se permite entablar la acción (con independencia de que el círculo de legitimados

pueda ampliarse en un supuesto de hecho concreto, el que recoge el primer párrafo del art. 131); la regla general de la intransmisibilidad de la acción, que los arts. 132 y 133 no hacen sino confirmar; la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en el proceso; el carácter imprescriptible de las acciones y la naturaleza, en cambio, caducable de los plazos previstos en el articulado; la imposibilidad de allanarse a la demanda, o de renunciar o transigir respecto de las pretensiones contenidas en la misma; el control previo de admisibilidad de aquélla..., temas, todos éstos, que desarrollaremos a lo largo de las páginas que siguen, son aspectos peculiares del régimen legal de las acciones de reclamación que confirman la naturaleza que acabamos de exponer.

3.- Concepto. Ambito. Fundamento..-

A la hora de abordar la delicada misión que supone el ofrecer un concepto de la institución que es objeto central de nuestro estudio, conviene que no olvidemos un dato que en estos momentos adquiere una gran importancia. En el Código civil español

actual, la disciplina jurídica de las acciones de filiación ha experimentado un giro radical si la comparamos con la que se plasmaba en la redacción originaria del Código, vigente hasta el año 1981. Conforme a la anterior regulación, las acciones respondían a las pautas que marcaban de forma muy estricta los diferentes tipos de filiación existentes: legítima, natural e ilegítima no natural. La ley otorgaba tan variados derechos a los hijos en función de la condición que ostentaban que, al configurarse las distintas filiaciones como compartimentos estancos, las respectivas acciones propias de cada una tenían muy poco en común. Y así podría decirse que la finalidad perseguida con cada una de ellas variaba sustancialmente e impedía que pudiera tomarse en consideración el elemento teleológico como dato aglutinador de las mismas, ya que la acción de reclamación de la filiación legítima perseguía la obtención de un "status familiae"; la de la filiación natural, el reconocimiento de un "status filii", y la de la ilegítima no natural se agotaba en una simple pretensión alimenticia.

Nada de cuanto se ha descrito ocurre hoy en día a la vista de la redacción dada a esta materia por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Salvo alguna concreta excepción referida a los hijos nacidos como consecuencia de unas relaciones incestuosas mantenidas por sus padres (17), la determinación judicial funciona de la misma manera tanto en el caso de la filiación matrimonial, como en el de la extramatrimonial. Preceptos de idéntica factura (el 132 y el 133) y el resto de los que componen la Sección Segunda dedicada a "la reclamación" (131, 134 y 135), llamados a cumplir la misma finalidad en los pleitos donde se discuta una u otra filiación. La razón de ser de esta similitud radica en que con las acciones de filiación se persigue lo mismo: la obtención de un "status", de un estado que, en todo caso, será familiar y que proporcionará a los hijos los mismos derechos con independencia de la filiación que ostenten (18).

Estamos, pues, en perfectas condiciones de desarrollar un concepto de acción de reclamación que recoja en sus propios términos dos situaciones fácticas en principio diversas. Pero antes de

pasar a cumplir este objetivo, conviene que nos detengamos sobre dos cuestiones íntimamente ligadas con aquél y que, en cierto modo, lo complementan.

En primer lugar, al ofrecer una definición de lo que nosotros entendemos por acción de reclamación, queremos cumplir, con ello, dos objetivos. Por un lado, satisfacer los más elementales deberes académicos que nos imponen la consabida formalidad de definir o intentar, al menos, definir, la institución o la figura objeto de nuestro discurso científico. Por otro lado, y fundamentalmente, pretendemos describir o delimitar el ámbito de relaciones jurídicas que, mantenidas en nombre de "la filiación", abstractamente considerada, no constituyen, sin embargo, realidades inmersas en la noción de acción de reclamación.

Decía CICU, en unas palabras que se han hecho clásicas entre la doctrina, que acción de estado es la que implica controversia respecto del estado de la persona (19). Parafraseando a este autor, podríamos decir que acción de reclamación de la filiación es la que se ejercita con objeto de

resolver una pretensión muy concreta: la atribución de un estado a quien carece de él, por no ostentar ninguno, o por gozar de otro que no le corresponde. Está en juego, pues, la condición más íntima de la persona, su propia filiación materialmente considerada, esto es, como vínculo biológico dotado de reconocimiento jurídico. Estamos, además, en presencia de una actividad dirigida a lograr la investidura de un estado cuya titularidad no se ostenta; se trata, por lo tanto, de resolver un problema de atribución de una condición personal. no de poner en entredicho o destruir la existente.

Dicho lo cual, podemos adelantar que no constituye el objeto de nuestro trabajo: a) las acciones dirigidas a resolver las controversias que se susciten acerca de la constancia registral de la filiación, entabladas conforme a la legislación del Registro Civil; b) las actuaciones de jurisdicción voluntaria que tengan por objeto promover la constitución de una filiación adoptiva; c) las que tengan por finalidad resolver conflictos de índole administrativa sobre la atribución de títulos nobiliarios (20), y d) las acciones en caminadas a

dar solución a cuestiones derivadas de la previa condición de una filiación que no se contradice ni se reclama (21).

La segunda cuestión que deseamos traer a colación en este apartado hace referencia al fundamento de las acciones de reclamación. Nosotros creemos que las acciones están apoyadas sobre la base de un fundamento triple, que podemos describir de la siguiente forma. Existe, en primer lugar, un fundamento de corte legal, representado por el art. 39, párrafo segundo de la Constitución y por los preceptos respectivos del Código Civil, que facultan a los interesados para entablar un proceso de reclamación y para obtener, en su caso, un pronunciamiento favorable. Este sería el primer dato en que se apoyaría la determinación judicial de la filiación, aunque, en realidad, más que fundamento, es condición necesaria o requisito previo para el ejercicio de la acción. En segundo lugar, podríamos encontrar un fundamento --"material"-- de las acciones en el hecho físico de la paternidad, como afirma DIEZ- PICAZO (22). Sin embargo, la paternidad, o, en otros términos,

las relaciones sexuales con fruto de filiación, no constituyen un fundamento en sentido propio, sino que conforman lo que se podría, con más exactitud, denominar el presupuesto básico de toda determinación judicial de la filiación. Por último, habría un fundamento de índole "moral", que estaría íntimamente ligado con el principio constitucional de respeto a la personalidad humana (23) y que implicaría la satisfacción de dos grandes intereses: por un lado, el interés del hijo en conocer su propio origen (24), con el importante efecto que en su formación integral posterior ello comporta (25), y por otro, el innegable interés, que a veces se ignora, que asiste a todo progenitor en afirmar su propia paternidad, como atributo inseparable de su respectiva personalidad (26).

Una vez puestos de relieve estos aspectos consustanciales con la determinación judicial de la filiación, procede ofrecer nuestro concepto de acción de reclamación de la filiación que habrá de ser objeto de desarrollo pormenorizado a lo largo de este trabajo. Entendemos, pues, por tal "el derecho (27) que la ley concede a los directamente

interesados en la filiación controvertida (hijo, progenitor, excepcionalmente un tercero), para poner en marcha un procedimiento judicial dirigido a obtener una resolución por la que se establezca la existencia legal de una determinada relación paternofilial".

NOTAS AL CAPITULO I

(1) La Ley 25/1986, de 24 de Diciembre, ha suprimido las tasas judiciales y las que se devengan por las actuaciones del Registro Civil.

(2) Y lo mismo es predicable respecto de todo padre o madre que quiera ver declarada judicialmente su paternidad o maternidad respecto de otro individuo.

(3) La acción impugnatoria entablada con la mera intención de destruir la relación existente, sin el propósito de establecer otra, es perfectamente imaginable, pero queda al margen completamente de nuestro trabajo.

(4) Cfr. los arts. 153 y ss. L.E.C. En el mismo sentido se pronuncia DE LA CAMARA ALVAREZ, M., en el T. III, Vol. 1º, arts. 108 a 141 del Cc., de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por M. Albaladejo. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1984, pág. 664.

(5) Tal es la opinión mayoritaria de la doctrina. Vid. DE LA CAMARA, op. cit., págs. 666 y ss. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., en la obra colectiva de Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia, Vol. I, "Determinación y prueba de la filiación". Arts. 112-141. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 982 y ss.

(6) Como veremos en su momento, el hijo goza siempre de legitimación para reclamar su filiación --arts. 132 y 133-- , y los progenitores también, cuando se trate de filiación matrimonial --art. 132.

(7) En sentido contrario, LLEDO YAGUE, F., "La impugnación contradictoria (Art. 134 Cc.)", LA LEY, diario de 11-VI-1985- Este autor sostiene que "habrá de impugnarse la filiación (bien de forma autónoma sin una reclamación conjunta, o con ésta, de forma accesoria o secundaria) antes de que hubieran transcurrido los cuatro años, de forma que después sería atacar un status familiae ya consolidado", pág. 2.

(8) RIVERO HERNANDEZ, F., "La Filiación". El nuevo régimen de la familia II, Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar. Civitas, Madrid, 1982, pág. 48. También, SANTOS BRIZ, J., Derecho Civil, Teoría y Práctica. T.V. Derecho de Familia. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, págs. 333 y 334.

(9) "En el Registro Civil se inscriben los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley. Constituyen, por tanto, su objeto: ... 2° La filiación".

(10) Sobre el Registro del estado civil.

(11) Integrados en el Título XI ("De los delitos contra el estado civil de las personas"), Capítulo I ("De la suposición de parto y de la usurpación de estado civil").

(12) La sentencia de 14-XI-1963 (Ar. 4692) afirma que "la filiación como hecho jurídico tiene indubitable trascendencia, moral y patrimonial, para la persona y para la familia, a la vez que al Estado le interesa su determinación, porque suponiendo una posesión que la persona ostenta en todo y de la que se derivan derechos y obligaciones, implica un estado cuya significación y valor jurídico radican en que la Ley vincula a él una serie de derechos y deberes, reclamable mediante las llamadas por la doctrina 'acciones de estado', tendentes a obtener la declaración de que a determinada persona le corresponde la cualidad de hijo...".

(13) Aunque no faltan excepciones que confirman la regla. Vale de muestra, en este sentido, el parecer de PUIG BRUTAU que, basándose en antecedentes históricos y en la legislación del Registro Civil, afirma que la filiación, más que un estado civil, es un hecho relativo a la condición de las personas (Fundamentos de Derecho Civil, T.I., Vol. I, Primera Parte, Parte general: sujeto y objeto del derecho, por L. Puig Ferriol. Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 291 y ss.). Aunque en

la última edición de sus Fundamentos de Derecho Civil, T. IV, Familia. Matrimonio. Divorcio. Filiación. Patria Potestad. Tutela. Ed. Bosch, Barcelona, 1985, las considera plenamente como de estado civil, sin ninguna reticencia, (págs. 206 y ss.). O el que habían mantenido DIEZ-PICAZO y GULLON en su Sistema de Derecho Civil Vol. IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones. Tecnos, Madrid, 1982. Estos autores afirmaban lo siguiente: "Con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia de 1981 las acciones de filiación se consideran englobadas dentro del extenso campo de las llamadas acciones del estado civil. Nosotros habíamos criticado esta idea y habíamos sostenido que la filiación no puede ser considerada como un estado civil, si por estado civil entendemos una cualidad relevante de la persona que determina su puesto dentro de la sociedad y el ámbito de poder y el ámbito de capacidad que se le atribuye. La filiación no puede ser un estado civil como lo es la mayor o menor edad, la plena capacidad o la incapacidad, la nacionalidad o la extranjería. No hay un status de legitimidad y otro de bastardía como en otras épocas pudo haber ocurrido", pág. 342. La postura que mantenían no parecía ser, sin embargo, muy convincente, pues se contradecía con las afirmaciones contenidas en la misma página o en otras (322,...) que partían de considerar la filiación como un estado. En la edición de 1985, los términos empleados por estos autores son mucho menos tajantes (Vid. pág. 342).

(14) Vid. al respecto, SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, "El concepto de estado civil", en Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos a I. Serrano Serrano. T. I, Estudios de Derecho Civil. Universidad de Valladolid, 1965, pág. 801; también en la NEJ Seix, "Estado Civil" (voz). T. VIII; ECH-ESTADO EM, Barcelona, 1956, pág. 888. DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España, T. I, Parte General, T. II, Derecho de la Persona. Parte primera: La persona y su estado civil. Introducción de L. Díez-Picazo. Madrid, Civitas, 1984. Edición facsimilar de la realizada en dos volúmenes por el Instituto de Estudios Políticos, en Madrid, 1949-52, págs. 74 y ss. del 2º Tomo. BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, R. Derecho de la persona.

Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 177. GARCIA VALDECASAS, G. Parte General del Derecho Civil Español. Civitas, Madrid, 1983, pág. 200. LETE DEL RIO, J.M. Derecho de la persona. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 33.

La doctrina extranjera participa también del mismo convencimiento. Vid. CICU, La Filiación. Traducción de F. Giménez Arnau y J. Santacruz Teijeiro. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, pág. 18. MARTY y RAYNAUD. Droit Civil, "Les personnes", F. Raynaud. Sirey, París, 1976, págs. 885 y ss. Para DE PAGE, la filiación no sólo forma parte del estado de las personas en general, sino que constituye su elemento principal. Traité élémentaire de Droit Civil Belge. T.I., Introduction. Théorie Générale des Droits et des Lois. Les Personnes. La Famille. Etablissement Emile Bruylant, Bruxelles, 1962, pág. 373.

(15) ¿Cómo explicar, si no, las palabras contenidas en la E. de M. del Proyecto de ley: "dos son, en esencia, los problemas que ha de resolver el Derecho, en relación con el hecho de la filiación. Uno, el de su determinación legal, que debe ajustarse a reglas estrictas por tratarse de un hecho que, como todos los que afectan al estado civil, tiene efectos generales".

(16) Como indica CARBONNIER, J. Derecho Civil, T.I., Vol. II. Situaciones familiares y cuasi-familiares. Traducción y adiciones de M. M^o Zorrilla Ruiz. Ed. Bosch, Barcelona, 1961, pág. 390.

(17) El art. 125 dispone que "cuando los progenitores del menor o incapaz fueran hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz.//. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido". Esta norma es similar a la que existe en otros ordenamientos donde también se

ponen trabas al establecimiento judicial de la filiación incestuosa (Cfr. el art. 334-10 del Code --"S'il existe entre les père et mère naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre"--, o el 278 del Código italiano --"Le indagini sulla paternità o sulla maternità non sono ammesse nei casi in cui, a norma dell'articolo 251, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato". Vid. una relación de diferentes sistemas europeos en esta materia en MEULDERS-KLEIN, M.T. "Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux". La réforme du droit de la filiation Perspectives européennes, . Sous la direction de J.M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981, págs. 237 y ss.), trabas que algunos autores consideran contrarias al principio general de no discriminación entre las filiaciones. Sobre esta problemática actual, Vid. GIORGIANNI, M., "La filiazione fuori del matrimonio" y MENGONI, L. "La filiazione fuori del matrimonio", ambos en La Riforma del Diritto di Famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972. Cedam, Padova, 1972, págs. 123 y ss. y 137 y ss. respectivamente. DE ROBERTIS SCAPINELLI, D. "La giurisprudenza costituzionale in tema di filiazione naturale: lineamenti e spunti critici". Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 1976, págs. 318 y ss. MIRAGLIA, C. "Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della personalità unama". Rass. Dir. Civ. 1981, págs. 1055 y ss. BESSONE, M. y FERRANDO, G. "Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto". Dir. fam. e pers. 1979, págs. 1301 y ss.

(18) El segundo párrafo del art. 108 establece que "la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

(19) Op. cit., pág. 149.

(20) "El título nobiliario --sostiene VALLTERRA FERNANDEZ, L. Derecho Nobiliario Español, Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pág. 26--, es

evidentemente algo más que una pura condecoración; incluso más que el ingreso en una Orden de nobleza. Pero no lleva a constituir un status personal".

(21) Vid. SANCHO REBULLIDA, F. de A., en Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, por J.L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida. Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 613.

(22) "De nuevo sobre reclamación de la filiación natural (Tres sentencias del Tribunal Supremo)". A.D.C., Enero-Marzo, 1962, pág. 225.

(23) Cfr. el art. 10, n° 1 de la Constitución.

(24) Independientemente de las consecuencias pecunarias que de ese conocimiento se deriven, como pone de manifiesto GEBLER, M.J. Le droit français de la filiation et la vérité. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1970, pág. 300.

(25) TADEVOSSIAN, refiriéndose a los hijos extramatrimoniales, afirma que "todo el problema radica en que los hijos son educados en el seno de una familia incompleta, sin atención suficiente, sin protección ni preocupación paternas, algo que no queda sin efecto en la vida ulterior de los descendientes y en el comportamiento de muchos de estos hijos en la familia y en la sociedad. Encuestas sociológicas y criminológicas han demostrado la parte considerable que corresponde a este grupo de adolescentes en las actuaciones desviadas de las normas de comportamiento social y en la delincuencia juvenil". "La famille, le droit et le développement social en U.R.S.S." Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. VIII, Journées d'études juridiques Jean Dabin. Bruylant, Bruxelles. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París. 1978. pág. 109.

(26) DE COSSIO afirma que "la determinación de la relación jurídica que da lugar a la filiación origina las llamadas acciones de estado, que

tienden precisamente a atribuir al individuo su verdadera personalidad". Instituciones de Derecho Civil, 2. Derechos Reales. Derecho de familia y sucesiones. Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 822.

(27) Estamos completamente de acuerdo con DE LA CAMARA --op. cit., pág. 505-- cuando afirma que "en pura ortodoxia y visto que, dentro de la doctrina procesalista, el concepto mismo de acción (como concepto peculiar del Derecho procesal) tiende a volatilizarse, si no es que se ha volatilizado definitivamente, sería más correcto imaginar la supuesta "acción" como un derecho de naturaleza sustantiva, de contenido potestativo dirigido a perfeccionar la filiación como hecho jurídico, derecho que cuando no ha sido satisfecho extrajudicialmente se actúa judicialmente mediante el planteamiento de la consiguiente pretensión procesal".

CAPITULO II

EVOLUCION HISTORICA DE LAS ACCIONES DE RECLAMACION

1.- Derecho histórico español: Fueros.

Partidas. Leyes de Toro.-

La tradición jurídica (28) española recogida en los Fueros ofrece innumerables textos (29) en los cuales se ha dejado plena constancia de la existencia de procedimientos, más o menos similares, dirigidos a la obtención para el hijo de alimentos del padre que no lo tuviera como tal.

En la gran mayoría de los casos el procedimiento en cuestión era iniciado por la madre, que ostentaba, al parecer, una incontrovertible legitimación activa para iniciar y proseguir el pleito y que, por regla general, no estaba ligada al presunto padre por matrimonio ni debía estarlo tampoco por barraganía, puesto que en el derecho histórico español, junto a la presunción de paternidad derivada de matrimonio, existía la que surgía de convivencia estable entre hombre y mujer --concubinato o barraganía--, que por sí misma confería certeza sobre la paternidad del nacido de tal unión.

El hijo, pues, no era fruto sino de relaciones esporádicas habidas entre sus padres (30). La comprobación de la paternidad correspondía a la madre, que, en algunos casos, aparte de la designación del progenitor había de cumplir con otra serie de pruebas, como la del hierro candente, a la que debía someterse si quería ser creída (31).

En los Fueros se contemplan igualmente soluciones para aquellos casos en que el padre, después de haber reconocido, negase expresa o tácitamente su paternidad, así como para aquellos supuestos en que los conflictos de paternidad surgiesen con posterioridad al fallecimiento de aquél, en cuyo caso la legitimación pasiva corresponde a los parientes del progenitor (32).

Por su parte, en las Partidas (33) se describe con peculiar detalle un procedimiento judicial instituido en favor del hijo ilegítimo no natural cuya paternidad no consta fehacientemente. El mecanismo descrito no tenía por objeto la adquisición por el hijo de la condición de natural, puesto que ésta sólo derivaba de la barraganía de sus padres, sino que la pretensión se agotaba en

una mera prestación alimenticia ("criasse e proueyesse de lo que era menester"). El procedimiento establecido al efecto no era el ordinario utilizado para otros pleitos ("non guardando la forma del juyzio"), sino especial sumario ("judicio summario alimentorum"), y la prueba que era preciso aportar no era tasada, sino libre ("por cualquier manera que lo quiera saber"), aunque en el texto de la Partida se mencionan algunas, posiblemente por ser las más socorridas: la fama pública ("por fama de los que aquel lugar") y el juramento ("por la jura de aquel que se razona por su fijo").

El resultado del pleito, con todo, no era definitivo, pues podía entablarse un juicio ordinario en el que el asunto quedarse definitivamente zanjado. En el caso de que en esta segunda instancia no resultara acreditada la relación de filiación, el padre cesaba en su obligación de prestar alimentos.

La interpretación que la doctrina ha llevado a cabo sobre la Ley 11 de Toro (34) cuyo contenido fué con posterioridad asumido tanto por

la Nueva (35) como por la Novísima Recopilación (36) en idénticos términos, oscila entre dos corrientes fundamentales de opinión: la de aquellos autores que sostienen que la Ley 11 acoge un criterio permisivo respecto a la reclamación de la filiación extramatrimonial --o investigación de la paternidad como expresión más utilizada--, y la de aquellos otros para quienes de dicha Ley no se deduce principio alguno que permita asegurar tal opinión.

El primer criterio es mantenido, entre otros, por autores como BENLLOCH (37), POU DE AVILES (38), MANRESA (39), DE BUEN (40), CASTAN (41), BONET RAMON (42), y más recientemente por MARTINEZ—CALCERRADA (43), RUBIO (44) Y HERRERA CAMPOS (45), que utilizan en realidad para apoyar su tesis un único argumento, de corte jurisprudencial: las afirmaciones vertidas por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16-X-1865 y 18-III-1873, en el sentido de que la investigación de la paternidad era práctica perfectamente admisible conforme a la legislación vigente del momento y a su aplicación judicial (46).

Parece contrario a éste es el defendido por ROYO MARTINEZ (47), GACTO FERNANDEZ (48), BADOSA COLL (49) Y DIEZ-PICAZO (50), para quienes ni en la mencionada Ley 11 ni en las referidas sentencias de 16-X-1865 y 18-III-1873 existe base que autorice a pensar que la investigación de la paternidad era plenamente admitida.

En realidad, el tenor literal del propio precepto legal no ofrece, a mi entender, elementos de juicio de suficiente peso como para poder afirmar que la investigación de la paternidad estaba permitida o para afirmar lo contrario (51). Posiblemente lo más correcto sea entender que, más que una investigación de paternidad en sentido propio, lo que los Tribunales admitieron plenamente fue la investigación del reconocimienoto expreso no solemne y del tácito, que producía efectos y era irrevocable (52).

2.- Los proyectos de Código españoles del siglo XIX (53).- 2.1.- El peso de la tradición histórica española: el Proyecto de 1821.-

La doctrina coincide en afirmar la escasa influencia que sobre el Título II ("De la condición de padres e hijos") del Libro II ("De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas") de este Proyecto desplegó el Code napoleónico. Por el contrario son significativas ciertas influencias del Código de la Luisiana, del que se han tomado soluciones adaptadas a la realidad social española (54), y lo que es más fácilmente apreciable es el peso de la tradición jurídica patria recogida en las Leyes de Toro y en las Partidas (55).

La normativa que nos brinda el Proyecto es ciertamente escasa y farragosa. Tán sólo 6 artículos (del 357 al 362, ambos inclusive) dedicados prácticamente por entero a la filiación ilegítima.

Las acciones de reclamación de la filiación están prácticamente camufladas bajo impropias

denominaciones de una técnica legislativa bastante desafortunada. Las referentes a la legítima no están previstas sino muy de pasada. Son hijos legítimos lo que nacen de legítimo matrimonio a debido tiempo (art. 357), es decir, en el tiempo que corre desde el día inclusive en que se cumplen los doscientos diez después de la celebración del matrimonio hasta el día inclusive en que se cumplen los trescientos después de su disolución o separación (art. 359). Esta presunción de legitimidad que acompaña a los nacidos de matrimonio en el plazo indicado, admite prueba en contrario en dos casos: la ausencia del marido o el impedimento absoluto para cohabitar con la mujer (art. 360). ¿De qué forma influye esta presunción en un régimen de establecimiento judicial de la paternidad?. Realmente, en muy poca medida: exclusivamente en aquellos casos en que, quien pretendiese reclamar una legitimidad, de la que formalmente no está investido, ostentase otra distinta a la que reclama, que se hace preciso impugnar.

Por lo que se refiere a la filiación natural, el 2° párrafo del art. 361 (56) establece lo que pudiera ser un procedimiento judicial que tiene por objeto promover la declaración de paternidad o maternidad naturales. La legitimación activa corresponde al progenitor que previamente ha reconocido a su hijo, al presunto hijo o a su tutor. No se establece orden de preferencia, con lo cual cualquiera de ellos está legitimado ab initio, ni plazo para el ejercicio de la acción. Legitimación pasiva hay que entender que la ostenta el progenitor que no ha reconocido, puesto que sería absurdo pretender declarar judicialmente una relación de filiación ya constituida voluntariamente. Para la declaración son suficientes "pruebas indirectas por la prueba completa de hechos diversos", expresión barroca que no dice nada nuevo; la paternidad o la maternidad no podrán declararse en muchos casos sino apoyándose en hechos o acontecimientos de los que, una vez probados se deduzca para el juez el convencimiento de que realmente existe relación paterno-filial. Las relaciones sexuales entre los presuntos padres en la época de la concepción, los

reconocimientos tácitos por uno u otro progenitor, la prestación de alimentos al hijo, etc., son ejemplos típicos de actos que integran una prueba indirecta de paternidad. La prueba directa por antonomasia, la biológica, era impensable en el estado en que se encontraba la ciencia médica en aquel momento.

Por último, el art. 362 (57) resulta ser una disposición muy curiosa cuyo sentido no alcanzamos a comprender. El supuesto de hecho de la norma no difiere del 2º párrafo del art. 361, a no ser que este último esté pensado para una filiación en principio de padres desconocidos, en que, una vez determinado uno de los progenitores, pueda reclamarse tanto maternidad como paternidad, mientras que en el art. 362 se parte de la hipótesis de que la maternidad es cierta y lo único que se pretende fijar es la paternidad.

2.2.- El proyecto de 1836: Los Atisbos de la influencia francesa.-

En este Proyecto, iniciado por Cambronero y finalizado por Ayuso, Tapia y Vizmanos, se observa el especial interés que los redactores han puesto (58) en la elaboración del Título IX ("De la condición de padres e hijos") del Libro I ("De las personas"), y en particular en todos los extremos que el derecho de la filiación conlleva (59). El número de preceptos es amplio, un total de 75 (60), estructurados en tres grandes bloques: filiación legítima --Capítulos I y II--, filiación ilegítima --Capítulos IV, V, VI y VII-- y prueba de la filiación --Capítulo III.

El especial interés, sin embargo, no se ha traducido en un singular cuidado por parte de los redactores en el tratamiento de las cuestiones referentes al establecimiento judicial de la filiación; los conceptos son oscuros, las categorías jurídicas no están bien definidas y la falta de sistemática es evidente.

En el articulado del Proyecto están previstas normas dirigidas a solventar cuestiones comunes a los dos tipos de filiación. Entre ellas destaca la recogida en el art. 304 (61) que, empleando una terminología completamente actual, afirma la imposibilidad de contradecir una relación de filiación, legítima o natural, cuando ésta, además de por partidas de nacimiento y bautismo, resulte acreditada por la posesión de estado. Conjunción de título y posesión conforme que, cuando surge, impide entablar el contencioso, pero que, si no se da, abre la vía para la impugnación de la paternidad o maternidad atribuida y para la posterior reclamación de la que se pretenda.

La atribución de la competencia a la "jurisdicción Real ordinaria" (62) y la prejudicialidad de las cuestiones de estado (63) son aspectos relativos al procedimiento que también integran el elenco de las disposiciones comunes a las dos filiaciones.

Salvo las normas anteriormente citadas, no existe previsión alguna sobre el régimen específico de las acciones concernientes a la filiación

legítima, aunque sí encontramos disposiciones que afectan a aspectos concretos de su ejercicio. Por un lado, se declara la imprescriptibilidad de la acción respecto al hijo (64). Por otro, se establecen las condiciones para su ejercicio por los herederos del hijo (65).

En los preceptos dedicados a la filiación ilegítima se pone claramente de relevancia el influjo de las Leyes de Toro. El mismo concepto de hijo natural es prueba palpable de lo dicho (66).

Todos los hijos ilegítimos pueden ser declarados como tales por sus padres --art. 331--, pero únicamente podrán ser reconocidos solemnemente los naturales --art. 330-- y, en algunos casos, los incestuosos --art. 333--; la diferencia no es pequeña, pues "declaración" y "reconocimiento" comportan diferentes efectos (67). La declaración de paternidad o maternidad aparece como un estado atributivo de valor inferior al reconocimiento, en la que se fija la paternidad de forma definitiva, pero no conlleva más que una simple atribución de apellidos.

El art. 342 (68) recoge, en términos bastante parecidos a los utilizados posteriormente en el Código de 1889, la acción denominada de "reconocimiento forzoso de paternidad", cuya iniciativa se reserva al hijo natural, a su madre o a sus parientes dentro del cuarto grado. La acción no es libre, sino que está supeditada a que concurra alguna de las circunstancias descritas en los números 1, 2 y 3 del mismo artículo. Esta previsión es una demostración evidente de que ya se estaba dejando sentir la influencia del Code, que adoptó el sistema de casos tasados.

2.3.- Los proyectos de Código de la 2ª mitad del siglo XIX.-

Hemos agrupado en este apartado los Proyectos de 1851, 1869 y 1882 por una elemental razón. Los tres son claro exponente de que las ideas vertidas en el Código napoleónico fueron, en su mayor parte, aceptadas por los legisladores españoles y asumidas de tal forma en algunos casos que el resultado alcanzado fué, en sus consecuencias, más allá de lo que el propio Code

previó en su propia esfera de aplicación. La posición de extrema dureza que se adoptó respecto a la filiación ilegítima --en particular, respecto a la no natural-- es buena muestra de lo que acabamos de exponer.

2.3.1.- El Proyecto de 1851.-

Poca novedad ofrece el tratamiento que se da sobre el establecimiento judicial de la paternidad o de la maternidad. El art. 111 (69) vuelve de nuevo con el principio ya mencionado de que el título y la posesión de estado conforme suponen una conjunción de elementos que hacen incontrovertible la filiación que de ellos resulte, no pudiendo en tal caso ni reclamarse una distinta ni impugnarse la establecida. Del precepto se ha suprimido la referencia a la partida de bautismo que hacía el art. 304 del Proyecto de 1836, acercándose así al modelo francés.

El hijo puede ejercitar la acción en todo momento, ya que se declara su imprescriptibilidad --art. 113--; a su muerte, corresponde a sus herederos y descendientes, que están legitimados

tanto para iniciar la acción (70) como para continuarla (71) sin límite de tiempo.

Por último, resulta curioso observar cómo se dicta una norma sobre competencia (72), atribuyendo ésta a los Tribunales civiles, doblemente limitada, ya que la mencionada regla de competencia alude, 1° exclusivamente a la filiación legítima y 2° no a todos los contenciosos que se puedan suscitar, sino sólo a las contestaciones o impugnaciones de estado.

Entre la reglamentación de la filiación natural merece destacarse el importante art. 127 (73) cuyo contenido es el siguiente: "Se prohíbe en todo caso la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.//. Sin embargo, todo reconocimiento del padre o de la madre, o de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, después de muerto el que hizo el reconocimiento".

A la vista del referido precepto, único que nos interesa de los que se dedican a la filiación

ilegítima, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Por ver primera en nuestro Derecho se utiliza el término "investigación de paternidad" (o de maternidad) como sustitutorio del de "reconocimiento forzoso" que tradicionalmente se venía empleando. La nueva expresión, "producto de importación extranjera", en palabras de ROYO (74), ha gozado y continúa gozando de gran predicamento entre la doctrina y la legislación tanto española como de otros países, para expresar el establecimiento judicial de la filiación no matrimonial.

b) El sistema prohibitivo adoptado sobre el establecimiento judicial no admite paliativos; la dureza del principio se recalca con la apostilla "en todo caso"; la expresión es contundente y no admite duda: la investigación está siempre prohibida, no puede reclamarse una filiación extramatrimonial. Esto ha llevado a la doctrina a afirmar que el Proyecto de 1851 no sólo adopta un criterio prohibitivo, si no que es más radical, en este punto, que el Código francés (75), que ya

mantenía una postura bastante restrictiva, pues el art. 340 antiguo prohibía la investigación de la paternidad salvo en un único supuesto: en caso de rapto de la madre que coincidiera con la época de la concepción (76) y el art. 341 admitía la de la maternidad (77). En este orden de ideas, DIEZ PICAZO opina que "el Proyecto de 1851 no pertenece al Derecho histórico español. Fue en este punto, fiel seguidor del modelo francés" (78), es decir, supondría el inicio de una nueva orientación de las relaciones de filiación y de su establecimiento, apartándose de las líneas trazadas por nuestra legislación histórica.

c) La prohibición, como vemos, es tan tajante que no admite paliativos, aunque sí excepciones: las contenidas en el art. 131: "En casos previstos en los art. 363, 364 y 366 del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, podrán los Tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad". Los delitos en cuestión son los de violación --art. 363--,

abusos deshonestos --art. 364-- y estupro --art. 366.

La salvedad a la regla general viene, pues, por la vía de la remisión que, en este caso, se da en dos sentidos: de la ley civil a la penal, como acabamos de ver, y de la ley penal a la civil, tal como se desprende del art. 362 del Código penal de 1848 (79).

2.3.2.- El Proyecto de 1869.-

Su articulado pone de manifiesto una innegable inspiración en el texto de García Goyena. El tratamiento dado a la filiación legítima --arts. 130 a 146 inclusive-- coincide literalmente con el previsto para ella en el Proyecto de 1851; sólo hay un cambio sin importancia, de estilo, en el primer párrafo del art. 141 sobre el ejercicio de la acción de reclamación por los herederos y descendientes del hijo (80). Se ha optado por una fórmula de carácter general que, diciendo lo mismo, es válida cualquiera que sea el número de años en que se fije la mayoría de edad.

Mayor personalidad parece caracterizar la regulación de la filiación ilegítima. Respecto de la no natural, se declara la prohibición absoluta tanto de la investigación de la paternidad como de la maternidad (84), aunque ofrece la posibilidad de exigir alimentos "cuando resultase probada la paternidad o maternidad, por sentencia ejecutoria dictada en juicio civil o criminal, que se hubiera entablado con motivo de reclamarse o impugnarse la filiación natural o legítima" (art. 146).

Para la natural se prohíbe la investigación de la paternidad (82) --art. 159-- con la excepción de los casos previstos en los arts. 363 y 366 del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, lo que no implica en ningún caso, claro está, investigación de la paternidad, sino, como mucho, averiguación de la comisión de un delito y del tiempo en que fue realizado.

La indagación de la maternidad natural se permite --art. 160. En caso de oposición de la madre, la prueba deberá hacerse por testimonios fehacientes.

2.3.3.- El Proyecto de 1882.-

Este Proyecto, como es natural por su proximidad en el tiempo, es el antecedente inmediato del Código de 1889 en su redacción originaria. Ello se traduce, al menos en las cuestiones que estamos tratando, en una casi completa similitud de las normas que rigen los destinos de la filiación legítima y de la filiación ilegítima. Esta similitud se da no sólo en lo tocante a las líneas maestras de estructura de ambos cuerpos legales (un Título sobre "la paternidad y la filiación" organizado en cuatro Capítulos: "de los hijos legítimos", de las pruebas de la filiación de los hijos legítimos", "de los hijos legitimados" y "de los hijos ilegítimos", este último con dos Secciones, "del reconocimiento de los hijos naturales" y "de los demás hijos ilegítimos"), sino que se pone de manifiesto, sobre todo, artículo por artículo: el mismo espíritu y la misma redacción en todos ellos (83). Por esto es por lo que vamos a prescindir de su examen; sería ocioso trabajar dos veces sobre lo mismo y, como es

natural, es totalmente indispensable continuar la evolución histórica con el Código de 1889.

3.- El Código de 1889.-

Este cuerpo legal, siguiendo modelos estereotipados --como ya hemos visto--, no instituye un régimen uniforme de acciones de la filiación en general, sino que establece un sistema de determinación judicial concreto para cada tipo de filiación.

El legislador de 1889 distingue tres clases de filiación (84). Cada una de ellas implica un entramado jurídico de derechos y obligaciones, que surgen con plenitud entre padre e hijo en la filiación legítima, pero que apenas poseen relevancia en la filiación ilegítima no natural. La filiación legítima representa el punto más alto en la atribución de efectos al hijo, que a través de ella entra a formar parte, como miembro de pleno derecho, en la comunidad familiar a la que pertenecen sus padres; adquiere en suma el status familiae de éstos (85). La filiación natural supone únicamente un lazo de unión entre aquél y sus

progenitores; surge entre ellos un status filiae, con el contenido jurídico otorgado por la ley (86). Y la ilegítima no natural, sin más contenido que un simple derecho a percibir alimentos en ciertos casos (87).

En razón a que la acción que se podía utilizar para reclamar una filiación legítima atribuía a quien la ejercitaba con éxito un estado familiar, la expresión que se utilizó para denominarla fue la de "acción de reclamación de estado" (sobreentendiéndose, de estado de hijo legítimo) (88), o, en la terminología legal, "acción de reclamación de legitimidad" (89). El actor habrá de probar inexcusablemente su vínculo de filiación no con un sujeto, sino con dos personas unidas en matrimonio, en virtud del imperio del principio de la indivisibilidad de la filiación legítima. Por el contrario, quien se pretendiese hijo natural de una persona, varón o hembra, habría de reclamar de ella directamente la cualidad de tal, reclamación de la paternidad o de la maternidad en cuestión, sin que fuese necesario inmiscuir al otro progenitor en el pleito (90), y

sin que recayeran sobre él los efectos de una hipotética declaración de paternidad (maternidad), al no existir entre ambos progenitores la ligación que representa la presunción de paternidad derivada del matrimonio (91).

A efectos de dotar a este trabajo de una sistemática idónea, concorde con la planificación del Código civil y con la práctica totalidad de la doctrina, nos centramos primeramente en la acción de reclamación de la legitimidad, o de estado, y, una vez vista ésta, pasamos a examinar las acciones correspondientes a la filiación ilegítima.

3.1.-Acción de reclamación de la filiación legítima.-

Disponía el derogado art. 118 lo siguiente: "La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá a sus herederos si falleciere en la menor edad o en estado de demencia. En estos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción.//. La acción ya entablada por el hijo se

transmite por su muerte a los herederos si antes no hubiese caducado la instancia".

El precepto destacaba al hijo como el titular indiscutible de esta acción, que gozaba además de la posibilidad de su ejercicio en términos muy generosos: durante toda su vida (92). Lo que no estaba tan claro era si la atribución de titularidad en cuestión se predicaba con carácter preferente respecto de otros posibles accionantes, o si, por el contrario, se elevaba a categoría de exclusiva, no atribuyéndose amparo a ninguna otra iniciativa que no proviniera del hijo, o, con ciertas restricciones, de sus herederos. La doctrina se hallaba dividida. Un sector, representado fundamentalmente por CASTAN (93), PUIG BRUTAU (94), DE COSSIO (95) y SANCHO REBULLIDA (96) seguía esta segunda tesis, sosteniendo que la acción del art. 118 sólo podía ser ejercitada por el hijo, en función del carácter personalísimo de este tipo de acciones, del propio tenor literal del precepto (97) y de alguna decisión judicial de nuestro Tribunal Supremo (98).

Nosotros no participamos, sin embargo, de esta opinión. La redacción del precepto parecía estar pensada para resolver problemas de plazo más que de legitimación activa (99). Aunque así fuera, aunque la norma se hubiese dictado para solucionar conflictos de titularidad, tampoco obtendríamos la respuesta definitiva; decir, como dice el Código, que la acción para reclamar la legitimidad compete al hijo y dura toda la vida de éste, no significa negar a los padres, como representantes legales de sus hijos, o a los tutores, respecto de los incapacitados, la posibilidad de gozar de legitimación activa en los contenciosos que se susciten sobre la relación paternofilial del hijo o incapacitado, respectivamente. No olvidemos, tampoco, que la legitimación activa se concedía a los herederos del hijo sin que por ello se quebrantase, al menos aparentemente, el principio personalista que parece regir la regulación de estas acciones, en cuanto acciones de estado.

Creemos, pues, que es más acertado compartir la opinión de aquellos autores (100) que afirmaban que no sólo el hijo, sino también sus

representantes legales --padres, si es menor, tutor, si está incapacitado-- estaban perfectamente legitimados para entablar la acción de legitimidad. La diferencia vendría dada por el plazo de que disponían unos y otros para actuar: toda la vida si el actor era el hijo; 15 años, conforme al término genérico de prescripción de las acciones personales (101) si se trata del representante legal, al no haberse señalado uno específico.

Origen de menores polémicas, el desempeño de la acción por parte de terceros ha sido vetado enérgicamente por la doctrina, y por la Jurisprudencia en la fundamental Sentencia anteriormente citada de fecha de 29-X-1928.

Conviene resaltar un dato: de los terceros a los que se les niega ese derecho, se dice que actúan siempre movidos por intereses materiales, económicos, pecunarios, ajenos a los que presumiblemente animan al hijo que reclama para sí (con frase gráfica podríamos decir que aquéllos reclaman para llegar a tener algo; éste para llegar a ser alguien). Son acreedores que pretenden

reclamar un estado a través de la acción subrogatoria (102) o adquirentes, por cesión o venta, de derechos hereditarios (103), pero normalmente se olvida que los herederos del hijo sí pueden reclamar --no con total libertad, es cierto-- sin levantar por ello sospechas o reticencias respecto de posibles intereses económicos por los que pueden sentirse animados. Cosa muy distinta es que la finalidad perseguida al permitir el Código la actuación de los herederos, sea proteger la memoria del causante más allá de su muerte, pero ello no implica que se hayan de olvidar totalmente los intereses económicos en juego --por otro lado, perfectamente legítimos-- máxime si tenemos en cuenta que heredero puede serlo cualquiera, medie o no relación de parentesco con el hijo.

La posibilidad de que los herederos del hijo puedan acudir a los tribunales a fin de reclamar un estado de legitimidad para su causante venía determinada de forma expresa en el art. 118 en su anterior redacción. Se recogen dos supuestos bien delimitados; de un lado, la continuación por

los herederos de la acción ya entablada por el hijo, cuando éste hubiese muerto y no hubiese dejado caducar la instancia (párrafo 2° del art. 118); de otro, la transmisión (104) a aquéllos de la acción no entablada, de potencial actuación al arbitrio de los nuevos titulares, y sólomente cuando el hijo hubiera fallecido sin haber alcanzado la mayoría de edad o en estado de demencia (105). El plazo para el ejercicio de la acción varía según el supuesto que contemplemos; el heredero tiene cinco años para promover la acción si su causante no lo hizo, a partir del día en que pudo ejercitarse --art. 1.969. El tracto no está prefijado cuando se trate de continuar aquélla: durará mientras no se haya agotado la instancia (106).

El Código hablaba de "herederos" en general, sin concretar el significado de la expresión. La doctrina concebía el vocablo en un sentido lato: podrían actuar tanto los testamentarios como los ab intestato (107), aunque algún autor no incluye a los legatarios (108), y podrían hacerlo tanto los herederos que llegasen a

serlo en el caso de que prosperase la acción (109), como los que lo van a seguir siendo independientemente del resultado del pleito (110). La posibilidad no se cierra tampoco a los herederos que, siéndolo antes de declararse la legitimidad, dejasen de serlo una vez obtenida, aunque iba a ser muy extraño que alguien pleitease en perjuicio propio (111).

La acción se dirigía contra los dos progenitores --cónyuges al mismo tiempo que padres--, respecto de los cuales el hijo pretende la legitimidad; en el caso de que uno de ellos o ambos hubiesen fallecido, contra sus herederos respectivos (112). No aparece recogida en la doctrina la eventualidad de que alguno de los progenitores hubiese sido incapacitado y estuviese sometido a tutela; no vemos ningún obstáculo para que la acción se dirigiese contra el tutor en estos casos. El Ministerio Fiscal era parte obligada en estos pleitos, por versar sobre el estado civil de las personas (párrafo 2° del art. 92 L.R.C.).

Sobre los medios de prueba que se podían aportar al proceso, cabe decir lo siguiente. El Código establecía lo que se podían denominar "medios de prueba privilegiados", descritos en los arts. 115 y 116: acta de nacimiento extendida en el Registro Civil, documentos auténticos o sentencia firme, y, a falta de ellos, la posesión constante de estado del hijo legítimo. La clasificación que se mencionan, contiene un orden de prelación, de tal modo que la existencia del acta de nacimiento hacía innecesaria la prueba de la filiación por documento, sentencia o posesión de estado. Conviene aclarar además otro punto; los preceptos anteriormente señalados --el 115 y el 116-- junto con el 117 integraban el Capítulo II ("De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos"), del Título V ("De la paternidad y filiación"). Como no se hacía especificación alguna, los medios de prueba referenciados eran utilizables en contenciosos que se suscitaban tanto para reclamar la filiación legítima como para impugnarla (113). No debe por lo tanto despistarnos el hecho de que con carácter preferente el Código mencionara el acta de nacimiento como medio de prueba de la

filiación, en la reclamación de la filiación legítima se parte de la ausencia de acta, de la ausencia de constancia registral de la filiación pretendida, puesto que si ésta está ya acreditada legalmente, se hace superflua toda reclamación.

En defecto de estos medios privilegiados de prueba, el Código permitía cualesquiera otros --art. 117--, pero "siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente"; precepto que establece las bases de unos presupuestos procesales sobre la admisibilidad de la acción similares a los contenidos actualmente en el segundo párrafo del actual art. 127, que será objeto de estudio en su momento.

Hemos dicho que la acción de reclamación de la legitimidad se plantea por el hijo --normalmente es él quien actúa-- frente a un matrimonio con objeto de obtener respecto de éste la condición de hijo legítimo; la situación podríamos denominar "ordinaria" es ésta. Pero puede ocurrir que el nacimiento del hijo no se haya producido dentro de los límites que marcaba el art. 108 (114), y que

representaban el ámbito de acción de la presunción de legitimidad contenida en ese precepto. Es decir, podía suceder que el hijo hubiese nacido (el nacimiento es el dato que se toma en consideración, y no el de la concepción) en los 180 primeros días desde la celebración del matrimonio, o bien, más allá de los 300 siguientes a la disolución de éste o a la separación de los cónyuges. Estos plazos tienen su origen, como es sabido, en los estudios llevados a cabo por Hipócrates sobre la duración máxima y mínima del embarazo, y fueron retomados para la ciencia jurídica definitivamente por Fourcroy durante la elaboración del Código napoleónico (115), aunque en nuestra Patria ya las Partidas conocían su correcta significación en el mundo del Derecho (116).

Los Códigos que surgieron a partir de este momento, inspirados por la fuerza atractiva del Code --entre ellos el español--, los tomaron para construir sobre los mismos su sistema de filiación legítima y los cimientos que sirven a ésta de base: las presunciones de concepción y de paternidad ((117). Se presume que en el período comprendido

entre el tiempo legal mínimo de duración del embarazo --180 días-- y el máximo --300 días--, o sea, en esos 10 días que surgen de la diferencia, y que constituyen el período legal de la concepción, el hijo ha podido ser concebido en cualquier momento --presunción "omni meliore momento"-- sin que quepa admitir prueba en contrario. Y se presume igualmente que el marido de la madre es el padre de los hijos que aquélla ha tenido durante el matrimonio, silogismo jurídico cuya fórmula expresiva característica es la de "pater vero is est...", frase de Paulo que, como ya hemos visto (118), nació con otro propósito bien distinto. Esta última presunción admitía prueba en contrario fundada en la imposibilidad física para procrear --art. 108-2º--, hecho obstativo entendido por la Jurisprudencia (119) no sólo en los casos de impotencia del marido sino también cuando éste se hallara en situación de ausencia declarada o de alejamiento efectivo voluntario o impuesto, respecto de su esposa, en la época de la concepción, y, con ser presunción derivada de matrimonio, no impera en los casos de disolución o separación de los cónyuges --art. 111-- ni cuando

el nacimiento se produzca en los primeros 180 días de la vida del mismo --art. 110.

La acción de reclamación sería tanto la que pretende de un matrimonio la declaración de hijo legítimo, como la que lo pretende únicamente respecto del padre que se opone a considerar a un ser como hijo legítimo suyo por haber nacido, en relación al instituto matrimonial, en unos lapsos de tiempo en los que la presunción de paternidad no surte plenos efectos.

La situación del hijo nacido en los 180 primeros días del matrimonio aparecía descrita en el antiguo art. 110, en los siguientes términos: "se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias: 1° Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer. 2° Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz. 3° Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente".

Dejando a un lado innumerables cuestiones que originó en su día el precepto, y que no viene al caso traer aquí a colación, interesa señalar lo siguiente. El hijo nacido en ese período podía ser desconocido (120) por el padre con objeto de instar la rectificación del asiento registral de legitimidad, probando la fecha de celebración del matrimonio y la fecha en que se produjo el nacimiento; en este supuesto al hijo, o en su caso, a la madre, le correspondía probar que había habido alguna conducta por parte del padre reveladora de un reconocimiento --expreso o tácito-- de su paternidad. En el caso de que se probara este reconocimiento (cualquiera que fuera la forma en que se hubiere manifestado), no habría ningún problema para considerarlo legítimo o, si se prefiere, legitimado por subsiguiente matrimonio, por el juego del art. 110 (121). Ahora bien, la dificultad surgía en el supuesto de que no fuere posible probar reconocimiento alguno de paternidad. El hijo ostentaría la condición de natural respecto de su madre y podría llegar a ostentarla respecto de su padre por la vía del art. 135. Obtenida la declaración judicial de paternidad natural, o, si

se quiere, "reforzado" el padre a reconocer al hijo en un pleito, no habría obstáculo para entender "reconocido" al hijo a los efectos del n° 3 del art. 110.

Por otro lado, el Código tomaba en consideración de forma expresa la situación de los nacidos después de los 300 días a contar desde la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges. El precepto dedicado a tal efecto era el 111: "El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo o su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

La norma, que suscitó innumerables dudas en la doctrina sobre el carácter legítimo o ilegítimo de los nacidos con posterioridad a ese plazo (122), es de interés al tema que nos ocupa en razón de la posibilidad que abría al hijo y a la madre para poder "justificar" (123) la paternidad del marido, pudiendo hacerse uso a tal fin --en opinión de

algún autor (124) de pruebas biológicas que permitiesen comprobar que la gestación se había prolongado más allá de los límites normales; empleo que constituirá la única excepción posible a la prohibición tajante de utilización de las pruebas periciales médicas.

Estas, junto con otras que tuviesen por objeto proporcionar certeza sobre la reanudación de la convivencia de los cónyuges separados, habrían de ser aportadas por la mujer y el hijo con objeto de romper la presunción de ilegitimidad que surgía, a sensu contrario, del art. 108, al producirse el nacimiento fuera de los plazos que este precepto señala, y que beneficiaría exclusivamente a quien desconoce, esto es, al marido (125).

3.2.- El establecimiento judicial de la filiación ilegítima.-

La filiación ilegítima natural podía quedar establecida en la redacción originaria del Cc. (126) por tres vías: reconocimiento formal, efectuado en acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público (127), por sentencia dictada

en procedimiento judicial entablado a tal efecto por quien gozara de legitimación activa (128), o por expediente gubernativo previsto en la L.R.C., siempre que no mediara oposición (129).

Dejando al margen el establecimiento voluntario de la relación paterno filial por parte del padre o de la madre, cuya exposición no tenemos el propósito de hacer en este trabajo, la filiación resultaba fijada como hemos adelantado, en virtud de pronunciamiento judicial --sentencia-- para el caso de que quien pudiese hacer revestir con efectos jurídicos su paternidad o maternidad por reconocimiento formal, no se prestase a ello, pero llevase a término una serie de actos o fuese protagonista --él sólo o junto con su familia-- en un conjunto de situaciones que se asimilaban a un reconocimiento aformal de la paternidad o de la maternidad. El Código confería a unos sujetos el derecho de acudir a los Tribunales para que ese reconocimiento, no deducido expresa y formalmente, sirviese sin embargo de fundamento para poder sobre él declarar la existencia de una relación paternofilial que, de otro modo, continuaría siendo

irrelevante para el mundo jurídico. Resulta importante resaltar un dato; esta vía judicial se hallaba incluida en el Código en la Sección primera del Capítulo IV ("De los hijos ilegítimos") que trataba "Del reconocimiento de los hijos naturales". De igual forma, los preceptos legales acogían una terminología que concordaba a la perfección con su propia ubicación: "el padre está obligado a reconocer ..." (art. 135); "la madre estará obligada a reconocer..." (art. 136); "las acciones para el reconocimiento..." (art. 137); terminología que fue la causa de que la doctrina y jurisprudencia emplearan las locuciones "reconocimiento forzoso" y "acción de reconocimiento" para referirse a la acción de reclamación de la filiación natural. Parece, pues, que sobre los redactores del Código flotaba la idea de que el único modo posible de construir una relación de parentesco entre un padre y un hijo natural habría de pasar necesariamente a través de la figura del reconocimiento; el sujeto, si no reconocía "voluntariamente" a su hijo (con la redundancia que supone incidir dos veces en la espontaneidad del acto), podía ser compelido a

reconocer mediante el ejercicio de la oportuna acción judicial. Lo cual, pese a todo, no dejaba de tener su razón de ser si volvemos la vista sobre la tradición jurídica española y si nos adentramos un poco en la propia esencia de la acción contenida en los antiguos arts. 135 y ss., porque, en puridad, la acción descrita no tenía por objeto declarar la existencia de una paternidad o maternidad natural sobre la base tanto de una previa investigación judicial de parentesco puesta en marcha a tal efecto, cuanto sobre la base de una mera investigación de reconocimiento no formal o tácito llevado a cabo por el presunto padre, como veremos en su momento al hacer el estudio de los supuestos de los arts. 135 y 136 del Cc. (130).

3.2.1.- La reclamación de la paternidad natural.-

El derogado art. 135 establecía lo siguiente: "El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1° Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. 2° Cuando el hijo se halle

en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.//. En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole".

El legislador español mantuvo en este art. un sistema de casos tasados de prueba, que se fueron convirtiendo en elementos constitutivos de la acción (131), siguiendo el ejemplo de otras regulaciones latinas que cristalizaron de forma definitiva el camino iniciado por la Convención francesa y el Código de Napoleón (132).

El párrafo más conflictivo de este precepto ha sido, con mucho, el primero, es decir, el relativo a la "obligación de reconocimiento" que surgía para el padre cuando existía escrito suyo indubitado en el que expresamente reconociera su paternidad. La norma intentaba ser reflejo de la recomendación contenida en la Base 5ª de la Ley de 1888. "No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su

voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado".

Si contrastamos los dos textos, observamos claramente que entre ellos existe una divergencia no meramente de matiz, sino de fondo (133); la Ley de Bases era doblemente restrictiva a la hora de constituir una relación paterno filial natural: exigía no sólo una voluntad indubitada de conocer al hijo, sino, además, que esa voluntad fuese deliberadamente expresada con el fin de reconocer. El art. 135, contrariamente, no establecía previsión alguna en orden a la voluntariedad del padre para reconocer, sino que lo único que exigía como indubitado era el escrito.

El Código difería en este punto, pues, notablemente de la Ley de Bases, de la cual tampoco hacía suya la prohibición genérica de investigar la paternidad, dato éste que llevó a un sector doctrinal significativo (134) a defender la opinión de que la investigación de la paternidad era posible. Con todo, la jurisprudencia mantuvo un criterio muy restrictivo en la aplicación de las

normas del Cc. y, de las dos corrientes o posturas contrapuestas, la voluntaria o restrictiva, que exigía en el padre una voluntad de reconocer al hijo como tal, y la declarativa o extensiva, que no tenía en cuenta para nada el elemento volitivo en la declaración de ciencia del padre, el Tribunal Supremo optó por la primera, manteniendo contra toda lógica un principio sumamente rigorista, atemperado tan sólo por el beneficioso y, a la vez, breve influjo de la Constitución de 1931 y, fundamentalmente a partir de los años sesenta.

En efecto, durante mucho tiempo nuestro más alto Tribunal fue especialmente riguroso con la suerte de los hijos ilegítimos, exigiendo, para el establecimiento judicial de su filiación, es decir, para el otorgamiento del "status" de hijos naturales reconocidos, la concurrencia de diversos requisitos que, sin constar en la letra del Código, aparecían, en opinión de aquél, sin duda en su espíritu. Referidos al primer párrafo del art. 135, estos requisitos se podían desdoblar en dos: los que hacían referencia al propio escrito considerado en su estricta materialidad, y los que

hacían referencia a la intencionalidad del sujeto autor de aquél.

Por lo que se refiere al primero de estos apartados, los Tribunales (135) impusieron la exigencia de que el escrito había de estar todo él escrito de puño y letra del padre (136), sin que pudiese aparecer redactado a máquina, aunque llevase su firma verificada pericialmente (137) y sin que tampoco fuera válido uno extendido por un tercero y suscrito por el padre (138). Por otro lado, la autoría del escrito podía resultar bien de una confesión de su autor, bien del resultado de la práctica de los medios de prueba establecidos por la ley (prueba pericial y cotejo de letras) (139). Por último, se consideraban como indultados los escritos descritos en el art. 608 L.E.C. (140), salvo las escrituras públicas y solemnes que integraban una de las vías de producción del reconocimiento formal, extrajudicial (141).

En lo que respecta al grado de intencionalidad exigible en el sujeto autor del escrito al momento de efectuar su declaración o manifestación, la jurisprudencia ha mantenido una

línea de pensamiento variable, con pasos adelante y con retrocesos, pero siguiendo poco a poco un camino claramente favorable a los hijos ilegítimos naturales.

La primera fase de esta evolución, que alcanza hasta la Constitución de la II° República, se caracterizó por el mantenimiento de una interpretación sumamente restrictiva del precepto (142), según la cual era preciso que en el escrito del presunto padre constara su voluntad expresa, indubitada y deliberada de reconocer (143).

Este criterio jurisprudencial experimentó un giro a raíz de la publicación de la Constitución de 1931, en cuyo art. 43 se establecía que "las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad". La norma, aunque no gozó de desarrollo legislativo posterior (144) tuvo la virtualidad de mutar la tesis voluntarista imperante hasta dicho momento por otra, declarativa, caracterizada por poner de evidencia la discrepancia entre la Ley de Bases y el art. 135, y por no exigir en el presunto padre una especial voluntad de reconocer a su hijo (145).

Sin embargo, lejos de suponer esta orientación una vía perfectamente asentada, el Tribunal Supremo --como puso de relieve DIEZ-PICAZO (146)-- da un paso atrás con las Sentencias de 26-IV-1951 (147), 8-X-1951 (148) y 8-V-1953 (149), manteniendo posteriormente una postura ambigua y poco clara en las Sentencias de 28-X-1954 y 29-XI-1958 (150), para volver de nuevo a acoger la tesis declarativa en las de 16-V-1963, 24-II-1966, 14-VI-1967, 22-V-1969 y 11-XII-1970 (151), de las cuales se desprende --a juicio de DE LA CAMARA (152)-- que "ni la declaración del padre, ni los actos constitutivos de la posesión de estado, tienen que haber sido hechos de forma que revelen la voluntad de atribuir al hijo el estado de hijo natural. Ni siquiera es necesario que su finalidad haya sido poner de manifiesto la paternidad. Basta, simplemente, que expresamente resulte de ellos que su autor esté convencido de la misma. Se admite, en consecuencia, el reconocimiento incidental" (153).

Por último, para finalizar estas reflexiones sobre el párrafo primero del art. 135

nos vamos a referir a un extremo poco tratado por la doctrina y es el relativo a la capacidad mínima del autor del escrito,. El Código no contempla regla específica de capacidad, por lo que habría que acudir a la interpretación analógica para cubrir la laguna existente, y afirmar que, encontrándonos ante un sujeto no incapacitado judicialmente, la presunción de validez del acto corre a favor de quien lo realiza, correspondiendo a la parte que lo niegue, su impugnación, alegando la carencia de razón al tiempo de la realización de aquél (154). La solución correcta nos parece que es la que propugnaba DIEZ DEL CORRAL (155), a tenor de la cual, más que establecer un límite rígido de edad, parece preferible resolver la cuestión caso por caso, ponderando todas las circunstancias concurrentes. Como sostiene este autor, pueden existir oligofrénicos con edad mental equivalente a la de un niño de once años que sabrán perfectamente qué es la paternidad y las consecuencias del acto de la procreación, y otros, en cambio, que no estarán en condiciones de discurrir los efectos de su acción.

Por lo que respecta a la posesión de estado --considerada como "concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural" (156)-- incluída en el número 2 del citado art. 135 como uno de los medios jurídicos conducentes al establecimiento judicial de la paternidad o maternidad naturales, cabe reseñar lo siguiente. La jurisprudencia, con buen criterio, no exigía el cumplimiento de los tres requisitos tradicionales constitutivos de la misma (nomen, tractatus, fama o reputatio), sino que, de los tres, era suficiente, para que la posesión de estado surtiera todos sus efectos, con que concurrieran los dos últimos, el tractatus y la fama, sin que se exigiese el nomen --apellido--, que no lo iba a ostentar el hijo natural hasta que no resultase definitivamente establecida la relación paterno filial, al contrario de lo que sucedía respecto de la posesión de estado de la filiación legítima (157).

Por último, vamos a centrar nuestra atención sobre dos aspectos de la posesión de estado que la jurisprudencia y la doctrina han puesto de relieve. El primero de ellos hace

referencia a una cuestión de tinte exclusivamente procesal, que se suscitaba en el momento de acudir a la Casación de una resolución dictada en instancia inferior. DIEZ — PICAZO fue quien distinguió entre las decisiones adoptadas por el juzgador sobre los propios hechos, que son "quaestiones facti", merecedoras en Casación de una vía procesal adecuada --la del número 7 del art. 1.692 L.E.C.--, y la consideración jurídica de si tales conductas son o no constitutivas de posesión de estado, cosa distinta, "quaestiones iuris", articuladas por vía de recurso a través del número 1 del art. 1.692 (158).

El segundo de los aspectos surge a propósito de la expresión utilizada por el precepto al caracterizar la posesión: "justificada por actos directos del mismo padre o de su familia": había que entender que la posesión únicamente se inicia por actos personales y directos del presunto padre, sin que las conductas de los familiares de éste, por más allegados que a él sean, tengan otra virtualidad que la de ser concordantes con los actos realizados por el padre, servir de refuerzo a

la actuación de aquél, no pudiendo suplirla bajo ningún concepto (159).

La paternidad, por último, podía ser impuesta (160) al padre en los casos de violación, estupro o rapto, por el juego del art. 444 del Cp., al cual se remitía la norma civil que estamos sometiendo a examen, y cuyo texto era el que sigue: "Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización:... 2° A reconocer la prole, si la ley civil no lo impidiere. 3° En todo caso, a mantener la prole" (161).

En engranaje de ambos preceptos nos mueve a hacer las siguientes consideraciones:

1.- La paternidad podía imponerse por sentencia penal dictada en un procedimiento entablado para dilucidar el posible grado de responsabilidad penal de un sujeto acusado por un delito de violación, estupro o rapto. Comprobados los extremos de la "conjunción carnal a la que no ha precedido una voluntad libre de la mujer, y de la posible paternidad del autor ante la

improbabilidad de que en el período legal de concepción la mujer honesta y de buenas costumbres haya tenido relaciones carnales con otro hombre distinto al condenado por el delito" (162), y comprobada la existencia de los elementos constitutivos del tipo en cuestión, el Tribunal --penal-- puede imponer, aparte de la pena que corresponda, la paternidad en concepto de indemnización por la comisión del delito y la realización del daño.

2.- El juzgador sólo podía imponer la paternidad "si la ley civil no lo impidiere", es decir, en tanto el hijo ostentase la cualidad de natural, por no existir impedimento al momento de la concepción entre el reo y la víctima para contraer matrimonio, o, existiendo alguno, fuese dispensable (163). En caso contrario, si el hijo fuese ilegítimo no natural, sóloamente podría imponerse al padre la obligación de mantenimiento (164).

3.- Podía ocurrir que, aunque se dictara sentencia penal absolutoria, se declarase probada la cohabitación en período coincidente con el de la

concepción; en este caso, cabía preguntarse si la constatación en una causa penal de esta circunstancia podía servir de base o fundamento a una pretensión de reconocimiento deducible en un procedimiento civil. La jurisprudencia, después de un largo período en el que mantuvo el criterio inflexible de que la ausencia de delito obsta el surgimiento de cualquier tipo de consecuencias civiles (165), inició un nuevo criterio interpretativo, en el que se inclina decididamente por esta posibilidad, con la Sentencia de 30-V-1972, (166) a la que siguió la de 28-III-1974 (167), y más recientemente la de 25-II-1983 (168).

3.2.2.- La reclamación de la maternidad natural.-

En claro contraste con todo lo que acabamos de exponer, el establecimiento de la maternidad discurría por unos cauces mucho más beneficiosos para el hijo, ya que estaba (en principio) permitido investigar la maternidad natural a tenor del art. 136 ("La madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1°. Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos

expresados en el art. anterior. 2° Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo"), que no hacía sino recoger, aunque no tan explícitamente, la recomendación de la Base 5° de la Ley de 1888: "se permitirá la investigación de la maternidad..." (169). La posibilidad que se abría para poder fijar la maternidad, probando el hecho del parto y la identidad del hijo (170), por cualquier medio de prueba, no era más que la clara evidencia de la distinta mentalidad con la que se abordaba el establecimiento de la maternidad --natural, en este caso-- (171), ya desde antiguo representada con la frase "mater semper certa est". El Código, siguiendo este parecer, trasladó lo que no era más que una cuestión probatoria a la esencia misma de la acción, favoreciendo lo que parecía evidente --la maternidad-- y poniendo muchas trabas a aquello cuya constatación era más dificultosa --la paternidad. Al actuar así incurrió en un palpable error: en la maternidad, lo único evidente es el período del embarazo (y no todo él) y en el momento mismo del parto; fuera de esto, el hecho biológico de la maternidad presenta las mismas dificultades de prueba que el de la

paternidad, aunque sí es cierto que de la conjunción de la prueba del parto y de la prueba de la identidad del hijo se deduce la certeza de la relación materno filial, siempre que la madre no manifieste su voluntad de no aparecer en el parte de nacimiento del hijo, posibilidad conferida por el párrafo 2° del art. 167 R.R.C. (172).

3.2.3.- El régimen jurídico de las acciones.-

Por lo que respecta a la disciplina propia de las acciones de reclamación de la filiación ilegítima natural prevista en el Cc. anterior a la reforma de 1981, el art. 137 establecía una serie de normas, en parte sobre la legitimación procesal, y en parte --y fundamentalmente-- sobre los plazos de ejercicio de aquéllas. Su texto era el siguiente: "Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1° Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso no se podrá deducir la acción antes de que

transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad. 2° Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo.//. En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento".

La legitimación activa, como es natural, correspondía al hijo, según la propia dicción del precepto que acabamos de transcribir. El Tribunal Supremo, por su parte, se encargó de ampliarla a determinados sujetos, como si quisiera de este modo compensar la excesiva severidad con la que se había movido al interpretar y aplicar otros extremos de la acción. En concreto, se entendió que gozaban de legitimación la madre, aunque no tuviera la patria potestad (173), los abuelos, en caso de fallecimiento de su hijo (174), las personas que deben integrar la tutela del menor y suplir su capacidad (175) y el Ministerio Fiscal respecto del no sometido a tutela (176).

Sostenía CASTAN (177) que el Código no previa nada respecto a si la acción de reconocimiento era transmisible a los herederos del hijo natural que no la hubiese ejercitado en vida, y se inclinaba por no aplicar analógicamente el art. 118, que admitía la transmisión de la acción para reclamar la legitimidad (178). Frente a esta opinión se alzaban las de otros autores que entendían que sí cabía la transmisión, al menos una vez producido el fallecimiento del hijo durante su menor edad o sin que le fuera posible ejercitarla (179).

Legitimado pasivamente lo estaba el presunto progenitor, y, en caso de su fallecimiento, sus herederos, continuadores de la personalidad de su causante (180).

Los plazos señalados en el art. 137 eran de caducidad, según el parecer manifiestamente reiterado por la jurisprudencia (181), y el procedimiento señalado el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía (182).

3.3.- La acción de alimentos de la filiación ilegítima no natural.-

Aquellos hijos en los que no concurría la condición de naturales por haber sido concebidos por sus padres en un período en el que éstos no podían casarse, con dispensa ni sin ella (182.1), podían reclamar de ellos exclusivamente alimentos, en el primitivo sistema establecido por el Código de 1889, tal como preceptuaba el art. 139 (183).

Con objeto de instrumentalizar adecuadamente esta pretensión, puramente alimenticia, el Código instauró unos mecanismos procesales --acción judicial-- que el hijo u otra persona en su nombre podían poner en marcha con objeto de fijar la paternidad o la maternidad dudosas, y obtener automáticamente así el polo pasivo de la obligación de alimentos, que constituía el fundamento mismo de la acción. No se pretendía llevar a cabo una investigación de paternidad o maternidad (el Código no lo permitía), sino únicamente indagar, en determinados casos, quién podría ser el deudor --obligado en derecho-- de una relación de crédito que se

apoyaba sobre la previa indagación de una relación biológica, intrascendente al mundo jurídico en cualquier otro sentido. Son muy esclarecedoras las siguientes palabras de OLTRA MOLTO, en la misma línea de pensamiento que acabamos de expresar: "Es evidente que el legislador español regula esta pseudo-investigación de la paternidad como un medio y no como un fin. El fin es la atribución de un derecho a alimentos. El medio es la justificación de la paternidad o maternidad, no en sí mismas consideradas, sino simplemente por cuanto que un débito exige precisar la persona deudora" (184).

El derecho a alimentos en favor del hijo sóloamente podía ejercitarse en los casos que contemplaba el antiguo art. 140: "1° Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil. 2° Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indibutado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación. 3° Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamene el hecho del parto y la identidad del hijo".

Aparte de poner de relieve que la filiación de los no naturales no podía establecerse por posesión de estado (185), de la lectura de este precepto extraeremos las siguientes conclusiones:

A) Si conectamos los dos primeros párrafos del art. 140 con el art. 141 (186), observamos una evidente redundancia, la investigación se permitía en unos supuestos, pero ¿para qué investigar lo que ya resulta notorio por sentencia firme o documento indubitado?. Más que de "investigación de paternidad", el art. 141 debería haberse referido a "declaración o reafirmación judicial" de una paternidad que estaba ya demostrada y que por lo tanto no hacía falta investigar (187).

Por otro lado, como puso de relieve BONET RAMON (188), y recogió posteriormente toda la doctrina, "difícilmente podrá inferirse la paternidad de una sentencia civil, dada la terminante prohibición que el art. 141 impone de admitir las demandas que habían de dar lugar a la declaración de paternidad", a no ser que la ilegitimidad del hijo resultase no de una demanda promovida por él, sino de la impugnación de la

legitimidad hecha por el presunto padre o sus herederos (189).

B) Es curioso, en segundo lugar, resaltar que el art. 140-2° no emplea el término "escrito indubitado", como su homónimo el art. 135, sino el de "documento indubitado", lo que ha llevado a algún autor a entender que esa laxitud conceptual habría de impedir una interpretación restrictiva de la norma similar a la que padeció aquél precepto y podría dar entrada a una mayor flexibilidad jurisprudencial (190).

C) Por último, el propio tenor literal del n° 3 del art. 140 dió lugar a que parte de la doctrina (191) mantuviera la opinión de que la investigación de la maternidad era siempre posible, tanto en el terreno de la filiación natural como de la ilegítima no natural. Nada más lejos de la realidad; libertad completa en materia de investigación entraña, a nuestro juicio, no sólo plena libertad de prueba a la hora de llevar a cabo la actividad procesal inquisitiva, sino fundamentalmente que, de prosperar la acción, el hijo adquiere un status, una serie de derechos de

contenido personal, económico, etc., que integran la relación maternofilial reconocida judicialmente. Dudamos mucho, por ello, que pudiera hablarse correctamente de total libertad en la investigación la maternidad cuando la acción no tenía más finalidad que la de conseguir alimentos para el hijo, sin que éste adquiriese el apellido de su progenitora, ni ningún derecho hereditario siquiera.

Como el derecho a alimentos lo ostentaba el hijo mientras no alcanzase la mayoría de edad o, si estaba incapacitado, entre tanto durase la incapacidad (192), la legitimación activa necesariamente había de poseerla su presentante legal durante todo el tiempo en que el hijo fuera menor o se hallara incapacitado, en ausencia de norma específica al respecto (193).

La pasiva correspondía al presunto progenitor o a sus padres, según el 2° párrafo del art. 845.

NOTAS AL CAPITULO II

(28) En el Derecho griego antiguo, el matrimonio no confería certeza a la paternidad puesto que, como dice PAOLI ("Filiazione Diritto attico". Noviss. Dig. It., VII, FALS-GO, Utet, 1961, pág. 304) no rige entre los griegos la máxima "pater est quem iustae nuptiae demonstrant". La paternidad matrimonial resultaba acreditada legalmente por el reconocimiento del padre, aunque éste no gozaba de un poder absoluto sobre el establecimiento de su propia descendencia legítima, ya que, en los casos en que se negara a desconocer, el hijo -si era mayor- o los parientes de éste -si no lo era-- podían ejercitar una acción ante el Tribunal elástico para obtener el reconocimiento, o bien, tomar al padre juramento decisorio sobre su convicción de paternidad; la negativa a jurar equivalía a reconocer y atribuía al hijo la equiparación con los demás hijos legítimos. (para un estudio más detallado de todas estas cuestiones en el Derecho ático, Vid. PAOLI, loc. cit. págs. 303 a 305).

En el Derecho romano, los textos jurídicos conservados recogen la existencia de un completo aparato procesal dirigido a lograr para un hijo, nacido o simplemente concebido, la declaración de filiación paterna.

Interesa, antes que nada, hacer dos aclaraciones. Por una parte, las fuentes se refieren exclusivamente a contenciosos que surgen en el ámbito de un matrimonio; la filiación que se pretende es, consecuentemente, de carácter matrimonial, derivada de "iustae nuptiae". La razón de ello hay que buscarla en el adagio "pater vero is est, quem nuptiae demonstrant" (D. 2,4,5 Paulus libro quarto ad edictum), entendido no con el sentido actual de presunción de paternidad del marido, sino como regla de derecho material cuyo significado se traduce en la siguiente afirmación: no hay más paternidad que la derivada de matrimonio (Vid. en este sentido la monografía que Fabio LANFRANCHI dedica al tema: Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. II. La c.d. presunzione di paternità. Zanichelli, Bologna, 1964). Consecuentemente, el nacimiento ocurrido de unión sexual esporádica o incluso estable no

matrimonial constituye un dato de escasa significación jurídica, al menos, hasta la época bizantina (Vid. ROYO MARTINEZ, M. Derecho de Familia, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949, pág. 231). Por otra parte, las cuestiones que se debaten, amén de versar sobre filiación matrimonial, lo hacen sobre filiación matrimonial paterna, porque se entendió desde antiguo que ésta es la única que ofrece dificultades de determinación, al contrario de lo que sucede con la maternidad, hecho externo fácilmente constatable y cuya evidencia no admite duda, gracias al parto ("Quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit....", D. 2,4,5).

El Derecho romano conoció dos tipos de acciones de reclamación: la denominada "actio de liberis agnoscendis" que, como dice BONFANTE (Corso di Diritto Romano, V.I, Diritto di Famiglia, Giuffrè Milano, 1963. págs. 368 y ss.) era una acción prejudicial acordada por el pretor en caso de divorcio para el reconocimiento de los hijos ya nacidos en aquel momento, y la "actio de partu agnoscendo", acción "extra ordinem" que abría la vía a una especie de procedimiento sumarial a través del cual la esposa reclamaba de su anterior marido, una vez producido el divorcio entre ambos, la paternidad del hijo concebido pero aún no nacido. Esta posibilidad, que aparece prevista en el Senatusconsulta Plancianum, se abrió también con posterioridad a los hijos nacidos durante el matrimonio, merced a un Senatusconsulta de la época de Adriano cuyo nombre no se conoce: "... Quia Plancianum senatus consultum ad eos pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultis temporis divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur" (D. 25,3,3,1 Ulpianus libro trigésimo quarto ad edictum) (Vid. al respecto, BONFANTE, op. cit. pág. 369; VOLTERRA, E. "Filiazione. Diritto romano", Noviss. Dig. It. VII, FALS-GO, Utet, 1961, pág. 309; OLIS ROBLEDA, S.J. "El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad". Librería Editrice Università Gregoriana, Roma, 1970, pág. 232, y sobre todo el importantísimo estudio de LANFRANCHI, F. "Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in Diritto romano. I. L'

"agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo". Zanichelli, Bologna, 1953). La jurisprudencia, por su parte, extendió la aplicabilidad de la acción a los casos en que el hijo hubiese nacido después de la muerte del marido (BONFANTE, op. cit. pág. 369). Con el tiempo, en época de Justiniano, se fundieron las acciones de partu agnoscendo (D. 25,3,3,2). (Vid. ESPIN CANOVAS, D. "La presunción de paternidad y la ausencia declarada del marido" R.G.L.J., 1945, pág. 19).

El procedimiento previsto en el Senatusconsulta Plancianum, cuyo desenlace no impedía posteriormente acudir al praeiudicium pretorio, se ponía en marcha a iniciativa de la madre -única persona que ostentaba la legitimación activa, que tenía un plazo muy breve para actuar: 30 días a partir del divorcio. El desenvolvimiento posterior y los efectos del pleito dependían en primer lugar de que la mujer cumpliera en su totalidad con los formalismos procesales previstos en el Senatusconsulta, y en segundo lugar de la conducta del marido. Un comportamiento meramente pasivo de éste repercutía en una atribución directa de la paternidad, con la consiguiente carga de prestación de alimentos, efecto que no se producía cuando la mujer no actuaba dentro del plazo mencionado o no aceptaba los "custodes" enviados por su marido (Vid. LANFRANCHI, "L'agere ex..." op. cit. págs. 6 y ss.).

(29) Un análisis pormenorizado y de gran altura de esta materia lo lleva a cabo GACTO FERNANDEZ, E. "La filiación no legítima en el Derecho histórico español". Anales de la Universidad Hispalense. Sevilla, 1969.

(30) Aunque en algunos Fueros, como en el de Daroca, se recogen situaciones en las que el padre no quiere reconocer al hijo habido con su concubina. Vid. GACTO FERNANDEZ, op. cit. págs. 84 y 85.

(31) Sin embargo, en el supuesto de que hubiese mediado convivencia entre los padres la prueba se dulcificaba extraordinariamente: bastaba el simple acto de designación de padre por parte de

la mujer para que surgiera en él la obligación de sustento económico. GACTO FERNANDEZ, op. cit., pág. 84.

(32) P. 4 Tit. XIX, Ley 7°: "Razonándose alguno por fijo de otro, e demandando quel criasse e proueyesse de lo que era menester, podría acaescer, que este atal, que negaría que non era su fijo, porque no lo criasse; o por aventura dezirlo y a de verdad que non sería su fijo. E porende, quando tal dubda acaesciere, el Juez de aquel lugar, de su oficio, deue saber llanamente, e sin alongamiento, non guardando la forma del juyzio que deue ser guardado en los otros pleytos, si es su fijo de aquel por cuyo se razona, o non. E este deue ser catado, por fama de los de aquel lugar, o por cualquier manera otra que lo pueda saber, o por la jura de aquel que se razona por su fijo. E si fallare por algunas señales, que es su fijo, deue mandar al otro, que lo crie, e lo prouea. E maguer el Juez mande proueer a este atal, assí como sobredicho es, saluo finca su derecho a qualquier de las partes, para prouar si es su fijo, o non".

(34) "Y porque no se pueda dudar cuales son hijos naturales: ordenamos, y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales quando al tiempo que nascieron, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural".

(35) Ley 9, tit. VIII, lib. V.

(36) Ley 1, tit. V, lib. X.

(37) BENLLOCH, F.- J.J., "Posición jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio". R.G.L.J. 1901, págs. 220 y 221.

(38) POU DE AVILES, J.M., "El reconocimiento forzoso del hijo natural en el derecho español". R.J.C. 1951, pág. 211.

(39) MANRESA Y NAVARRO, J.M., Comentarios al Código Civil Español. T. I, artículos 1 a 153. Edición corregida, aumentada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Reus, 1956 pág. 748.

(40) DE BUEN , D., Derecho Civil Español Común. Reus, Madrid, 1922, pág. 698.

(41) CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español Común y Foral. T. V, Derecho de Familia, V. II, Relaciones paternofiliales y tutelares. Reus, Madrid, 1966, pág. 69.

(42) BONET RAMON, F., Compendio de Derecho Civil, T. IV Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960, pág. 557.

(43) MARTINEZ—CALCERRADA, L., La discriminación de la filiación extramatrimonial. Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 97.

(44) RUBIO, E., "El artículo 135, in fine, del Código civil: nuevo criterio jurisprudencial". A.D.C., 1979, pág. 39.

(45) HERRERA CAMPOS, R., "La filiación no matrimonial tras la refoma del Código civil de 13 de mayo de 1981". R.D.P., 1983, pág. 20.

(46) "Considerando que en el estado actual de nuestra legislación no es cierto el principio que como doctrina legal expone el recurrente de que 'fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito ni aun posible inquirir o hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad' puesto que nuestras leyes, no menos que la práctica constante de los Tribunales, autorizan la investigación civil de la paternidad en todos los demás casos que las mismas determinan" (S. 16-X-1865).

La Sentencia de 18-III-1873 establece que "no es jurisprudencia admitida por los Tribunales ni establecido por el Supremo la de que se prohíba fuera de matrimonio la investigación de la paternidad del que pretenda la calidad de hijo natural después de la muerte de aquél a quien

intente atribuirle", citada por CASTAN, op. cit., pág. 69.

(47) ROYO MARTINEZ, op. cit., págs. 233 y ss.

(48) GACTO FERNANDEZ, E., op. cit., pág. 89.

(49) BADOSA COLL, F., "La investigación de la paternidad en el Código Civil y en la Compilación de Cataluña". Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 1968. R.J.C., 1969, pág. 650.

(50) DIEZ—PICAZO en realidad mantiene posturas cotrapuestas, pues así como en "La filiación en el Derecho civil de Cataluña", A.D.C. 1962, sostiene en nota a pié de la página 83 que "el Derecho castellano tradicional coincidía en este punto con la regla permisiva de la investigación, y esta regla se mantuvo hasta que penetró el influjo de las ideas de la Codificación napoleónica", en su comentario sobre la "Reclamación de la filiación natural (Sentencia de 29 de noviembre de 1958)", A.D.C., 1959, asegura, siguiendo a ROYO MARTINEZ y a MELON INFANTE, que no se encontraba permitida, en cambio, la investigación de la paternidad en sentido propio (pág. 1417).

(51) Lo que sí parece claro es que la Ley 11 de Toro representa el tránsito hacia un nuevo concepto de "hijo natural"; de la exigencia impuesta por el Derecho romano y las Partidas para otorgar la condición de natural al hijo, y concretada en que éste naciera de padres unidos en concubinato o, si se quiere, barraganía, se pasó a una nueva situación en la que "ni era necesario que el hijo naciese de concubina, ni que esta viviese en la misma casa con el padre (del hijo, se entiende), ni que fuese única y sola, ni aún exigió como cualidad precisa que los padres al tiempo de la concepción estuviesen hábiles y capaces para contraer matrimonio, sino que se contentó con que esta aptitud y capacidad de los padres se

verificase distintivamente al tiempo de la concepción o del parto" (LLAMAS Y MOLINA, S. "Comentario crítico, jurídico, literal a las Ochenta y tres Leyes de Toro. T.I. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1853, pág. 213). El reconocimiento del hijo por el padre seguía siendo indispensable, si bien no era necesario cuando la madre fuere única concubina (GOMEZ, A. Compendio de los Comentarios extendidos a las Ochenta y tres Leyes de Toro, Madrid, Imprenta Real, 1795, pág. 54) en virtud de la presunción que favorece al hijo en estos casos (ALVAREZ POSADILLA), J. Comentarios a las Leyes de Toro, Madrid, Imprenta de Fuentenebro, 1833, pág. 111).

(52) ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 265. En el mismo sentido se expresa MELON INFANTE, C.: "La norma (se refiere a la Ley 11) es oscura, pero se entendió en el sentido de que era admisible el reconocimiento tácito de la paternidad; por lo cual era lícito practicar pruebas para averiguar si por la conducta del pretendido padre concreto y determinado, podía imponerse a éste judicialmente la paternidad. El Tribunal Supremo, en sentencias de 8 de octubre de 1853, 13 de junio de 1863 y 25 de enero de 1865 sancionó tal orientación" ("Reconocimiento de la paternidad natural. Comentario a la Sentencia de 8-octubre-1951". A.D.C. 1952, pág. 371).

(53) Los preceptos que se citan de los textos articulados de los Proyectos han sido extraídos de la obra de J.F. LASSO GAITE "Crónica de la Codificación Española. 4 Codificación civil (Génesis e historia del Código). Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979. Para el Proyecto de 1851 hemos utilizado también la obra "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español", T. I, Editorial Base, Barcelona, 1973. Edición facsimilar de la realizada por la Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, de F. GARCIA GOYENA.

(54) PESET REIG, M., "Análisis y Concordancias del Proyecto de Código Civil de 1821". A.D.C., 1975, pág. 85.

(55) Que se revela en la preferente atención que dedica a los hijos ilegítimos en detrimento de los legítimos; en la clasificación que aquéllos hace, siguiendo categorías jurídicas perfectamente arraigadas en la doctrina y legislación más antiguas (cfr. el art. 358), etc., si bien se observa alguna innovación conceptual, como la que se pone de manifiesto en la misma definición de hijos naturales (art. 358-1°). Vid. al respecto y en el mismo sentido, PESET REIG, op. cit., págs. 84 y 85, y LASSO GAITE, J.F., Crónica de la Codificación Española, 4 Codificación civil (Génesis e historia del Código). Vol. I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, págs. 88 y 89.

(56) Art. 361: "La filiación de los hijos naturales se prueba de dos modos: 1° por declaración libre de los padres unida o separadamente, hecha en instrumento público; 2° por presunción legal. Esta presunción estriba en los actos de haber cuidado los respetados padres de la educación del hijo presunto, o de su establecimiento; de haberle tratado como tal hijo de palabras o de obra, y en otros hechos semejantes. La ley prescinde de si la madre habitó o no bajo un mismo techo con el padre.//. Cualquiera de los padres que ha reconocido a su hijo, el hijo presuntivo o su tutor pueden promover la declaración de filiación, para la cual bastan pruebas indirectas por la prueba completa de los hechos diversos.//. Son parte legítima para impugnar esta declaración las personas interesadas y cualquiera de los parientes".

(57) "Siendo dos o más mujeres las que resultan haber tenido prole de un varón, cada una de ellas y sus hijos pueden reclamar la declaración de que trata el artículo anterior".

(58) "Se ha destinado un capítulo expreso para tratar de la prueba de la filiación, punto que no estaba bien desenvuelto y determinado en nuestras antiguas leyes y que ahora se ha procurado especificar exactamente para evitar dudas en un asunto de tanta trascendencia. Asimismo, se han ampliado y rectificado las disposiciones relativas

al reconocimiento de los hijos naturales y a la legitimación de ellos, sujetando esta materia tan delicada a unas formalidades bien demarcadas para que no haya fraudes ni perjuicio de tercero" (E. de M. del Proyecto).

(59) Desde el artículo 280, primero del Título, sobre las precauciones que podrán tomarse para evitar la suposición de parto, hasta el art. 354, de las obligaciones y derechos de los padres respecto a los hijos ilegítimos.

(60) El Proyecto dedica el Título X a la legitimación y el Título XI a la adopción.

(61) "Ninguno podrá reclamar por padre o madre a otra persona distinta de la que conste serlo por las partidas de nacimiento y bautismo, si al tenor de éstas se agrega la circunstancia de haber vivido en el concepto de hijo legítimo o natural de aquellos mismo padres, a menos de probarse legalmente la imposibilidad de tal filiación".

La norma es similar a la del Código francés, posiblemente de donde fue tomada: "Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre.//. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance" (art. 322). Aunque en este Código la norma se enmarca en la Sección II del Capítulo II, dedicada a las pruebas de la filiación legítima.

La reclamación de una filiación legítima o natural sin título ni posesión de estado se permite en el art. 308. La pretensión habrá de venir fundada en la prueba testifical --art. 309--, que estará necesariamente corroborada por "instrumentos fehacientes propios de la familia", "asientos o papeles privados del padre y de la madre", por la conducta del progenitor manifestada en público o en privado --art. 309--, o por "cartas misivas" --art. 310.

(62) Vid. el art. 316.

(63) Art. 317: "La acción criminal de falsedad sobre filiación no puede admitirse mientras no se decida la cuestión civil de ese estado".

(64) Vid. el art. 319.

(65) Se prevén dos posibilidades: que el hijo hubiese fallecido antes de cumplir los 25 años, con lo cual los herederos están capacitados para "instaurar" por sí la demanda, dentro de ciertos plazos, o que el hijo, al morir, hubiese alcanzado aquella edad, en cuyo caso la actuación por los herederos está supeditada a que el hijo hubiera iniciado la acción en vida. Arts. 321 ("Cuando el hijo hubiese muerto siendo menor de veinticinco años, sus herederos, si fueren mayores de edad, deberán instaurar la demanda de filiación dentro de los dos años inmediatos contándose dicho término desde el fallecimiento de aquél. Si éstos fuesen mayores, tendrán para ello el beneficio de la restitución con arreglo a la ley") y 320 ("Los herederos del hijo no podrán intentar la acción de legitimidad de éste, a no ser que hubiere sido instaurada por el mismo durante su vida y no se haya separado de la instancia. Tampoco podrán éstos intentarla cuando el hijo, aún sin haberse separado de ella formalmente, hubiese dejado pasar 4 años sin hacer gestión alguna en el proceso"), respectivamente.

(66) "Son hijos naturales los procedentes de soltero y soltera que al tiempo de la concepción podían casarse legítimamente sin dispensa, siempre que el padre los haya reconocido por tales hijos aunque no haya vivido en una misma casa con la mujer de quien los hubo, ni sea la única con quien haya tratado" (art. 324).

(67) La adquisición de apellido del padre "declarante", en el primer caso --art. 345--, o la adquisición, además del apellido, de la "clase de la persona de los padres", --art. 346.

(68) "El padre, a instancia del hijo, de la madre de éste, o de los parientes del mismo hasta el cuarto grado inclusive, puede ser obligado a

reconocer un hijo natural propiamente dicho, y en su defecto podrá declararle por tal el Juez competente en los casos siguientes: 1° Cuando el hijo haya sido concebido durante el pacto esponsalicio, conforme a lo establecido en el art. 288. 2° Cuando el tiempo de su concepción coincide con el del rapto de su madre. 3° Cuando habiendo sido declarado el hijo por el padre en los términos que expresa el art. 341, acreditarse quién es su madre, con la circunstancia de hallarse soltera al tiempo de la concepción".

(69) "Nadie puede reclamar un estado contrario al que resulte de su partida de nacimiento, si ésta guarda conformidad con la posesión de estado; y ninguno puede impugnarlo en el mismo caso".

(70) El art. 114 establece lo siguiente: "Los herederos y descendientes del hijo no pueden intentarla, sino cuando éste ha muerto antes de cumplir veinticuatro años.//. También podrán intentarlo cuando el hijo cayó en demencia antes de los veinticuatro y haya muerto después en el mismo estado".

(71) "Los herederos y descendientes podrán continuar la acción intentada por el hijo en los casos en que éste podía hacerlo, y contestar toda demanda que tenga por objeto disputarse la condición civil del hijo legítimo" (Art. 115).

(72) Art. 116: "A los Tribunales civiles compete exclusivamente el conocimiento de las contestaciones sobre al estado de hijo legítimo".

(73) Por un azar del tiempo y del destino, la Ley de 13 de mayo de 1981 escogió el artículo 127 para sostener la postura diametralmente opuesta a la existente 130 años antes.

(74) ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 233.

(75) BENLLOCH dice que "aunque inspirado en el Código francés, es incomparablemente más radical (y más lógico) que éste". Loc. cit. pág. 216. Vid. también ESPIN CANOVAS, D., Derecho Civil Español,

IV, Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pág. 311.

(76) Art. 340: "La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant".

(77) "La recherche de la maternité est admise".

(78) DIEZ-PICAZO, "De nuevo sobre reclamación de la filiación natural". loc. cit., pág. 217.

(79) "Los reos de violación, estupro o raptó serán también condenados por vía de indemnización: 1° A dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda. 2° A reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere. 3° En todo caso a mantener la prole". Vid. en este sentido, BADOSA COLL, loc. cit., pág. 639.

(80) "Los herederos y descendientes del hijo no pueden intentarla sino cuando éste ha muerto en la menor edad".

(81) Art. 145: "Queda prohibida toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega".

(82) Resulta sorprendente que autores tan documentados como MANRESA, op. cit., pág. 748; CASTAN, op. cit., pág. 70; MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., pág. 297, o SANCHO REBULLIDA, Derecho de Familia, II, DE LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, Lib. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 92, puedan decir que el Proyecto de Romero Ortiz mantiene el principio de libertad completa.

(83) Hay una pequeña diferencia de criterio en el art. 97, sobre reclamación de filiación legítima. El texto ("La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá a sus herederos cuando él

falleciere antes de transcurridos los cuatro años posteriores a la menor edad") del Proyecto no coincide en su totalidad con el del art. 118 del Código. Se sigue un criterio más amplio para el ejercicio de la acción por los herederos --que se admitirá cuando el hijo muere en los cuatro años posteriores a la menor edad y también mientras no se alcance ésta-- aunque no se menciona para nada la posibilidad de que el hijo muera en estado de demencia ni el plazo para el inicio de la acción por los herederos.

(84) Para un estudio panorámico de los diferentes tipos, Vid. SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, "Las clases de filiación en el Código Civil" R.G.L.J., 1960-II, págs. 42 a 56.

(85) Art. 114 derogado: "Los hijos legítimos tienen derecho: 1° A llevar los pellidos del padre y de la madre. 2° A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes y, en su caso, de sus hermanos, conforme al artículo 143, 3° a la legítima demás derechos sucesorios que este Código les reconoce".

(86) El derogado art. 134 establecía lo siguiente: "el hijo natural reconocido tiene derecho: 1° A llevar el apellido del que le reconoce. 2° A recibir alimentos del mismo, conforme al art. 143. 3° A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código".

(87) Cfr. los arts. 139, 140 y 141; éstos dos últimos serán objeto de examen en páginas posteriores.

(88) Utilizan esta expresión, en nuestra Patria, CASTAN, op. cit., pág. 34. DE COSSIO, A. Instituciones ..., op. cit., pág. 824. ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 252. PUIG PEÑA, F., Tratado de Derecho Civil Español, T. II, Derecho de Familia, Vol. II, Paternidad y Filiación. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 38. PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil T. IV, Vol. II. Filiación. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela. Ed. Bosch, Barcelona, 1970, pág.

42. BONET RAMON, op. cit., pág. 528, etc. En otros ordenamientos, como el francés --"réclamation d'état"-- o el italiano --"il reclamo di stato"--, es el término más empleado.

(89) Cfr. el antiguo art. 118. Terminología que también recoge la Jusrisprudencia (Ss. 24-XI-1952, Ar. 2312; 12-III-1974, Ar. 975, etc.).

(90) Dejando a un lado los casos en que ya estuviera legalmente determinada la filiación respecto a uno de los padres.

(91) "La filiación (ilegítima) puede y tiene que ser establecida con independencia entre hijo y madre e hijo y padre, porque ningún parentesco se ha trabado entre los progenitores que permita atribuir la filiación conjuntamente", ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 236.

(92) ¿En qué supuestos?. Siempre que no aparezca formalmente investido del estado que reclama, que no es lo mismo que decir siempre que no lo posea, pues en la mayoría de los casos el actor posee el estado pero no goza de título formal acreditativo del mismo; circunstancia en la que se encuentra --posesión de estado-- que le será útil para probar el vínculo filial en defecto de acta de nacimiento (antiguo art. 115).

Por lo tanto, el hijo reclama la legitimidad cuando carece de inscripción registral de nacimiento, cuando está inscrito como hijo de padres desconocidos o cuando el acta de nacimiento lo relaciona con unos sujetos que no son sus padres. Vid. CASTAN, op. cit., pág. 34.

(93) CASTAN, op. cit., págs. 34 y 35.

(94) PUIG BRUTAU, op. cit., págs. 42 y ss.

(95) DE COSSIO, op. cit., pág. 825.

(96) SANCHO REBULLIDA, Derecho de Familia, op. cit., pág. 45.

Este razonamiento es el que inspira a CASTAN cuando dice que "de los términos del art. 118 se infiere que los padres no pueden ejercitar la acción de reclamación de la legitimidad del hijo, a pesar de que pueden tener un interés, moral o patrimonial, en que se declare el estado. Podrán, sin embargo, probar la relación de filiación por los medios señalados en los arts. 115 a 117". Op. cit., pág. 35.

(98) Fundamentalmente, la Sentencia de 29-X-1928.

(99) La pasiva, por cierto, ni se menciona.

(100) Dice SANCHEZ ROMAN, F., Estudios de Derecho Civil, T. V, Vol. 2º Derecho de Familia. Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1912, pág. 986, que "lo mismo el hijo por sí, que su representante legal en el caso de tutela, por menor edad o incapacidad pueden ejercitar durante la vida de aquél la acción para reclamar su legitimidad, si bien el tutor sólo podrá entablarla con autorización del Consejo de Familia", precisión fundada en el antiguo art. 269, nº 13, modificado, como es sabido, por la ley 13/1983 de 24 de octubre, sobre reforma del Código civil en materia de tutela.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., Código Civil, T. III, arts. 108 a 198, Reus, Madrid, 1942, pág. 324 esgrime tres razones en favor de esta opinión: primera, que el Código no contiene semejante prohibición, y lo que la ley no prohíbe es lícito hacer; segunda, que en el caso de locura, ésta puede ser incurable, careciendo por lo tanto en absoluto el demente de personalidad para reclamar por sí su filiación, y tercera, que el tutor es el llamado a ejercitar los derechos del sometido a su guarda".

Una postura intermedia es la que siguen DE COSSIO y PUIG PEÑA. El primero admite que en los casos de incapacidad esté legitimado el tutor, como representante legal del hijo (op. cit., pág. 825) pero no abre esta posibilidad también a los padres que por ley son representantes de sus hijos.

menores. PUIG PEÑA por el contrario, afirma que la acción es competencia de los representantes legales si el hijo es menor de edad, pero no contempla el supuesto de que éste, una vez alcanzada la mayoría, continúe precisando del concurso de su representante para el gobierno de su persona y de sus bienes. Op. cit., pág. 38.

(101) Cfr. el art. 1.964.

(102) En la doctrina española es cita obligada en este punto los clásicos trabajos de ESPIN CANOVAS, "las acciones de filiación y la acción subrogatoria", Rev. Fac. Der. Uni. de Madrid, 1944, págs. 29-39 y de LACRUZ BERDEJO, J.L. "Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria", A.D.C., 1950, págs. 1100-1132. Ambos coinciden en negar a los acreedores el ejercicio de las acciones de estado por la vía del art. 1.111, fundándose en la propia disciplina que de estas acciones contiene el Código civil y en razones de orden moral, que "impiden que cuestiones como las de filiación sean abordadas en protección de intereses puramente pecuniarios", ESPIN, lo. cit., pág. 39. Vid. asimismo, LACRUZ, loc. cit., pág. 1117.

(103) Que carecen de legitimación activa, como ha puesto de relieve la Sentencia de 29-X-1928. El derecho a pedir la legitimidad "no puede ser ejercitado por terceras personas aunque traigan causa de aquél por haber adquirido mediante cesión o venta los derechos hereditarios, ya que ésta solo puede referirse a los bienes que constituyan la herencia, pero en modo alguno a los derechos personalísimos e intransferibles que puedan corresponder al cedente para ostentar o no su condición de legítimo..."

(104) Transmisión "ex lege", o hereditaria, o como quiera llamarse; en realidad poco importa la terminología.

(105) El Tribunal Supremo es inflexible a la hora de exigir el cumplimiento de los supuestos fácticos que el art. 118 concreta como condicionantes de inexcusable concurso. Si alguno

de ellos no se da (inicio de la acción por el hijo, su fallecimiento siendo menor o demente), no se produce la transmisión al actor (Vid. la Sentencia de 27-VI-1950, Ar. 1176: "Considerando que la acción para reclamar la declaración de ser X hijo legitimado por matrimonio de Y y Z no se ha transmitido al actor según el art. 118 del Código Civil por no haberla entablado en vida su padre y no haber muerto éste siendo menor de edad ni consta que estuviera en estado de demencia...").

(106) En el mismo sentido, MUCIUS , op. cit., págs. 324 y 325.

(107) Así, entre otros, DE BUEN, op. cit., pág. 687. SANCHEZ ROMAN, op. cit., pág. 986.

(108) Como PUIG PEÑA, op. cit., pág. 38, por incluir sólomente a los sucesores a Título universal.

(109) DE BUEN, op. cit., pág. 687. SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 45. CASTAN, op. cit., pág. 35. PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 43.

(110) CASTAN, op. cit., pág. 35. MANRESA, op. cit., pág. 696.

(111) Como bien dice MANRESA, aunque "si alguno de éstos, no obstante, celoso del buen nombre de su causahabiente prefiera la reivindicación de aquel derecho al beneficio de los bienes, entendemos que no hay dificultad ninguna en que se le admita la acción". Op. cit., pág. 696.

(112) Vid. ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 257.

(113) Y fuera del establecimiento judicial de la paternidad y de la maternidad, acreditaban también la filiación en las relaciones habituales del tráfico jurídico (Vid. la sentencia de 24-XI-1952, Ar. 2312).

(114) "Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y

antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.//. Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

(115) "Los redactores del Code no habían querido dejar una cuestión tan importante al arbitrio de los jueces, estando comprobado que éstos se dejaban arrastar por consideraciones de hecho hacia soluciones sorprendentes. Se dirigen a Fourcroy y le piden que fije, a partir de los cálculos de la ciencia, los períodos extremos del embarazo, en cuanto a duración y en cuanto a brevedad. Después... los autores de la ley amplían un poco los límites en favor de la legitimidad con objeto de estar bien seguros de que no privarán a ningún hijo legítimo de la cualidad que le pertenece, y también con objeto de obtener cifras redondeadas fáciles de manejar". PLANIOL, M. *Traité Elémentaire de Droit Civil*, T. I. Con la colaboración de G. Ripert. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925 pág. 444. Vid. también CASTAN, op. cit., pág. 13.

(116) P. 4º, Tit. XXIII, Ley 4º: "Ipocras fue vn philosopho en arte de la física, e dixo, que lo mas que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre, son diez meses. E porende, si desde el día de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, legitima seria la criatura que nasciere, e se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nascida: solo que ella biuisee con su marido a la sazón que fino. Otrosi dixo este philosopho, que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo tenga su nascimiento vn día del seteno mes, que es complicada, e biuidera. E deue ser tenida tal criatura por legitima, del padre, e de la madre, que eran casados, e biuen en vno, a la sazón que la concibió. Esso mismo deve ser juzgado, de la que nasce fasta en los nueue meses. E este cuento es mas vsado que los otros. Mas si la nascencia de la criatura tañe vn día del onzeno despues de la muerte del padre, non deue ser contado por su fijo. E en que manera deuen guardar

las mugeres, que dizen que fincan preñadas despues de la merte de sus meridos, porque non venga yerro ninguno en la criatura que nasciere dellas, diximos en la sesta Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon".

(117) Como se vislumbra, la presunción de legitimidad del Código descansa sobre un sistema multiforme de presunciones concatenadas cuyos efectos constituyen el pórtico de presunciones sucesivas. La presunción de legitimidad se articula en dos: la presunción de concepción y la de paternidad, ésta, a su vez, descansa en los deberes de fidelidad y cohabitación inherente al matrimonio (antiguo art. 56: "los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente"), que, además de ser expresión de un mandato legal, son presunciones derivadas del matrimonio: se presume que los cónyuges se guardan fidelidad, se presume que cohabitan y, por ende, se presume que el marido de la madre es el padre de sus hijos.

(118) Vid. supra, pág. 93

(119) Para una visión de las decisiones del Tribunal Supremo sobre la materia, pueden consultarse: VIDAL MARTINEZ, J. El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código civil español. Montecorvo, Madrid, 1974, págs. 127 y ss.; ESPIN CANOVAS, Derecho Civil..., op. cit., págs. 287 y ss.; SANCHO REBULLIDA, op. cit., págs. 40 y ss.; DIEZ —PICAZO, L., Estudios sobre la Jurisprudencia civil***, Tenos, Madrid, 1976, págs. 144 a 147.

(120) El desconocimiento de la paternidad implicaba el ejercicio de una acción --acción de desconocimiento-- ante los Tribunales, aunque no siempre: cuando la inscripción registral se había basado en título manifiestamente ilegal (Resolución de la D.G.R.N. de 29-IV-1967, Ar. 4245: "... es aplicable el n° 2 del art. 95 y, en consecuencia, basta expediente gubernativo... para suprimir la atribución de paternidad, puesto que la expresión registral se ha basado de modo evidente, según la propia inscripción de nacimiento, en título

manifiestamente ilegal, cual es la declaración del abuelo materno...").

(121) Puesto que no estaba muy claro en la doctrina si la condición del nacido en los 180 primeros días, inscrito como matrimonial, era verdaderamente legítimo o legitimado; el interés práctico de la cuestión venía dado porque la retroacción de efectos difería en cada caso: si la filiación se reputaba legítima era el nacimiento el que marcaba la pauta para la adquisición de derechos; si se consideraba legitimada, era el matrimonio. Siguen a la primera postura MANRESA, op. cit., pág. 660; MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., pág. 297; SANCHEZ ROMAN, op. cit., pág. 964; VALVERDE Y VALVERDE, C. Tratado de Derecho Civil Español, T. IV. Parte Especial, Derecho de Familia; Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1938, pág. 409; ZORRILLA RUIZ, en las anotaciones a Carbonnier, Derecho Civil, T. I. Op. cit., pág. 260; DE BUEN, op. cit., pág. 686, que se expresa tajantemente: "adviértase --dice-- que al hijo nacido en las condiciones que se indican, no se le reputa legitimado sino legítimo"; DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. Sistemas de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 320; VIDAL MARTINEZ, op. cit., págs. 150 y ss., donde hace una exposición de las diferentes posiciones, siguiendo a Giménez Arnau "Legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio", Zaragoza, 1935. Se inclinan por el contrario por la legitimación: ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 243; ALEMANY VERDAGUER, S. Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español, Ed. Bosch, Barcelona, 1974, pág. 61; CASTAN, op. cit., pág. 20; ARCE Y FLOREZ-VALDES, J. La adopción de expósitos y abandonados (Guía práctica y formularios). Editado por el Centro de Redacción y Publicaciones de la obra de Protección de Menores, Madrid, 1968, pág. 6.

(122) Vid. al respecto ESPIN CANOVAS, D. Manual de Derecho Civil Español, Vol. IV, Familia. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, págs. 316 a 318, el cual agrupa las teorías que sobre el tema se han sucedido en tres apartados: 1°

Las que, basándose en una interpretación literal del precepto, reputan legítimo al hijo mientras el marido o sus herederos no desconozcan su legitimidad. 2° Las que, sobre la base de la presunción del art. 108, mantiene la ilegitimidad originaria o de pleno derecho del hijo, y 3° una postura ecléctica que interpreta el artículo en función de la causa que determinó la separación de los cónyuges. También RODRIGUEZ ADRADOS, A. "La evolución del Derecho de Familia en materia de filiación", en Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, XIII Congreso, Barcelona, 1975. Gráficas Cóndor, Madrid, 1975, págs. 568 a 573.

La S. de 12-XII-1972, Ar. 4950 declaró que el nacido a los 307 días del fallecimiento del supuesto padre no estaba amparado por la presunción de legitimidad del art. 108 y por ello tanto el marido como sus herederos pueden desconocer la legitimidad del mismo.

(123) "Nunca mejor empleado el vocablo --dice VIDAL MARTINEZ--, puesto que "in mente" partió el legislador de que la paternidad es un misterio insondable. Por ello no habla de "probar" o "demostrar" la paternidad, sino de "justificarla". Op. cit. pág. 183.

(124) Como SANCHO REBULLIDA, op. cit., págs. 26 y 27. En el mismo sentido VIDAL: "en este art. 111 se contiene la única posibilidad que el Código civil concede en esta materia para penetrar en el campo de la verdad biológica --al menos para escarbar en él--". Op. cit., pág. 183.

(125) Vid. SANTAMARIA, J. Comentarios al Código civil, I Arts. 1 a 1.087. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 180.

(126) El conjunto normativo del Código civil no es el único que rige las relaciones paternofiliales en nuestro país. Las Compilaciones de Cataluña, de 21-julio-1960, y de Navarra, de 1-marzo-1973, dedican algún precepto de sus cuerpos legales a la materia, que, si bien no constituyen

un armazón jurídico completo y plenamente satisfactorio, dejan, al menos, percibir con absoluta claridad los rastros de un espíritu totalmente opuesto a aquél que inspira las relaciones de filiación en nuestro cuerpo legal común.

Es principio generalmente admitido que la Compilación catalana acoge sin reservas el de la verdad biológica, principio del cual se invisten no sólo los contenciosos que se pongan en marcha para reclamar filiaciones no matrimoniales, sino todo el régimen jurídico de las acciones de filiación (a pesar del tenor literal que mantenían los antiguos arts. 4 y 5: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone.//. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida. Excepcionalmente podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo cuando aquél hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o si siendo menor de edad, no se hubiere promovido.//. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieran fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos" y "La acción para impugnar la filiación natural o cualquier otra ilegítima corresponde a los que por ella resulten afectados; pueden ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que se impugne, y caduca a los cuatro años", respectivamente) como criterio informador del ordenamiento foral al completo, heredero directo del derecho romano y principalmente canónico (sobre este tema puede consultarse el trabajo de José María FONT Y RIUS, sobre "Las fuentes históricas de la 'Compilación, R.J.C., 1960, págs. 399 a 406.

El mantenimiento a ultranza del principio de pleno respeto a la verdad biológica, que conlleva, a su vez, el de libertad absoluta para investigar la paternidad y la maternidad, trae consigo dos importantes consecuencias: por un lado, el principio de libertad de los medios de prueba,

admitida en todas sus modalidades: por presunciones, indicios, testifical, pericial, biológica... (vid. al respecto las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21-IV-1961, 9-V-1961 en la R.J.C., 1962, pág. 193 y de 31-I-1969, en la R.J.C., 1969, págs. 730 a 732, que recogen "la más amplia libertad de probanzas acerca del hecho de la paternidad"; POU DE AVILES en el comentario a la Sentencia de 9-V-1961 dice lo siguiente: "queda fuera de toda duda que en los litigios que se sigan actualmente en materia de investigación de paternidad, lo mismo si se trata de hechos acaecidos antes de la vigencia de la Compilación que si lo son con posterioridad a ella, por el principio de que en este punto la Compilación nada ha innovado, deberán seguirse con este criterio de amplitud que permite cualquiera clase de probanzas para que se pueda acreditar la paternidad". R.J.C., 1962, pág. 195. Vid. asimismo, el reciente trabajo de Isidoro-G. GARCIA SANCHEZ, "La Jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho Civil catalán", R.J.C., 1982, págs. 43 a 57), por otro la necesidad de acomodar aquellas normas del Código civil que se aplican como supletorias --en virtud de la Disposición Final Cuarta de la Compilación ("De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 de la presente Compilación, sin perjuicio de las normas de directa aplicación general, en aquello que no prevén las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña regirán supletoriamente los preceptos del Código Civil y de las demás Leyes estatales de carácter civil en la medida en que no se opongan a aquellas disposiciones o principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán"). Segunda antes de la reforma de 1984. Ello llevó a la doctrina, antes de producirse el cambio de mentalidad que supuso la ley de 13 de mayo de 1981, a poner de relieve el contraste existente entre el derecho común y el derecho foral (vale por todos lo que dice F. de A. CONDOMINES: "Aquí lo moderno está en la Compilación, que actualiza las viejas normas canónicas, y lo anacrónico en el Código civil que prohíbe la investigación con argumentos totalmente desechados en la evolución social contemporánea, que exige que cada uno soporte las consecuencias de sus propios actos y sea demandado, ejercitándose

las acciones pertinentes, si voluntariamente no se presta a ello. La reforma del Código es urgente y el principio permisivo alcanza categoría de indiscutible". "Función del hombre de leyes en la evolución de la sociedad contemporánea", R.J.C., 1968, pág. 284), y a DE CASTRO, en concreto, a afirmar que no siempre el Código civil es vehículo de los principios generales del Derecho, sino que, en ocasiones, "los viejos preceptos forales sintonizan mejor con las exigencias actuales de la Justicia", Compendio del Derecho Civil, I Introducción al Derecho Civil, II-1 Derecho de la persona. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 58.

La necesidad de adecuar la Compilación a los principios constitucionales contenidos en el Texto fundamental de 1978, respecto de los cuales las normas civiles catalanas habían experimentado un cierto alejamiento y, en algunos casos, una total contradicción (cfr. la E. de M. de la Ley de modificación de la Compilación de Cataluña) llevó a la Generalidad, en uso de las facultades conferidas por la ley --apartado 2º del art. 9 del Estatuto de Autonomía catalán-- a reformar la Compilación por Ley de 20 de marzo de 1984. Fruto de este cambio es la nueva redacción dada al art. 4º: "Los hijos podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone.//. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida. Excepcionalmente, podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo cuando aquél hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o si, siendo menor de edad, no se hubiere promovido.//. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieran fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos". Si realmente la reforma llevada a cabo ha tenido por objeto --como dice ROCA I TRIAS, E. "La reforma de la Compilación Catalana", Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del derecho civil. Instituto Vasco de Administración Pública, Gráficas Santamaría. Vitoria, 1983, pág. 283 --mejorar la institución,

encuadrada dentro del grupo de las reformas no por insconstitucionalidad, sino técnicas, el resultado conseguido ha sido, a nuestro entender, bastante pobre; no se ha dado solución a ninguno de los interrogantes que la norma plantea (legitimación activa, plazo...), a pesar de que la oportunidad era inmejorable.

El referirse el precepto a "los hijos a secas, y no a "los hijos nacidos fuera del matrimonio", elimina de raíz las dudas que se suscitaron en su momento sobre quiénes habrán de entenderse incluidos bajo tal denominación (Vid. sobre esta cuestión, RIVERO HERNANDEZ, F. "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, T. II, Filiación y Adopción. Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil Catalán "Durán I Bas", Barcelona, 1974, págs. 60 y ss., publicado también en la R.J.C., 1973, págs. 215 a 318. BADOSA COLL, loc. cit., págs. 653 y ss. PINTO RUIZ, J. "Introducción y comentarios a los arts. 4 y 5 de la Compilación de Cataluña", Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXVII, Vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, págs. 207 y ss.; también en la NEJ Seix, T. XIII, voz "Investigación de la paternidad", Barcelona 1968, y en la R..J.C., 1968, "Investigación de la paternidad", págs. 289 a 341. DIEZ-PICAZO, "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña", loc. cit., págs. 86 y 87). Por lo demás, el régimen jurídico de la acción no ha variado. La legitimación activa la ostenta, como acabamos de ver, el hijo durante toda su vida, y, si éste es menor, la doctrina sostiene que también está legitimado su representante legal, gracias a una interpretación lógica de la última frase del párrafo 2º del mencionado precepto ("... si siendo menor de edad, no se hubiere promovido..."), que parece contemplar la posibilidad de que la acción se entable durante la menor edad del hijo, para lo cual se requiere necesariamente la intervención de representante legal (la Sentencia de 31-I-1969, R.J.C., 1969, págs. 730 a 732, la admite en una madre, respecto de su hijo, menor de edad; Vid.

DIEZ-PICAZO, loc. cit., pág. 87). Los descendientes del hijo, cualquiera que fuera su grado, pueden ejercitarla en dos supuestos: cuando una vez entablada por el hijo, éste muera --caso típico de continuación en el ejercicio de la acción--, o cuando hubiere muerto siendo menor, sin que el representante hubiera actuado. ¿Durante cuánto tiempo? La norma no lo dice, pero puede entenderse mientras no haya caducado la instancia, en el primer caso, y en el plazo de 4 años por aplicación supletoria de los arts. 132 y 133 del Cc., en el segundo. Es casi innecesario decir que la legitimación pasiva la ostenta el progenitor o los progenitores respecto de los cuales se pretende obtener la condición de hijo, y, en su defecto, sus herederos.

La Compilación o "Fuero Nuevo de Navarra" recoge en la Ley 70 los casos en los cuales puede ejercitarse la acción de declaración de paternidad o maternidad naturales, en los siguientes términos: "Los hijos naturales podrán ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos siguientes: 1. Cuando la madre y el padre presuntos hubieren convivido notoriamente en el tiempo de la concepción. 2.- Cuando haya posesión de estado de hijo natural. Esta ha de resultar de hechos que en su conjunto constituyan grave indicio de la relación de filiación entre una persona y aquel al que se atribuye la paternidad. En todo caso, deberán concurrir los siguientes hechos: que la persona haya sido tratada como hijo por aquél a quien se reclama como padre natural; que éste como tal haya atendido al mantenimiento, educación y colocación de aquella persona; y que ésta, además, haya sido constantemente considerada como hijo en las relaciones sociales. 3.- Cuando la paternidad pueda probarse por declaración indubitada del presunto padre. 4.- Cuando la maternidad se pruebe por el hecho del parto". La norma, pensada exclusivamente para la filiación natural, adopta un sistema de casos tasados, de los que merece destacarse el relativo a la posesión de estado de hijo natural (SANCHO REBULLIDA dice que aparece correctísimamente descrita, Derecho de Familia, II, 1975, op. cit., pág. 91); el concepto se articula

sobre la base de dos de los tres elementos que tradicionalmente lo definen: el "tractatus" y la "fama"; el "nomen" es normal que no se de en una relación de filiación natural. La Ley 71 establece la legitimación activa: el hijo natural, excepcionalmente cualquier descendiente suyo, el padre o la madre o el tutor, y la pasiva: el padre o la madre, y, en su defecto, sus herederos ("La acción para obtener la declaración judicial de la paternidad o maternidad natural podrá ser promovida: 1. Por el hijo durante su vida; excepcionalmente podrá ejercitarla también cualquier descendiente suyo cuando aquél hubiere fallecido siendo menor de edad o después de interpuesta la demanda. 2. En interés el menor podrá también ser promovida por el padre o la madre que ejerciten la patria potestad, o por el tutor con autorización del Consejo de Familia. Será preciso el consentimiento del hijo para promover o perseguir la acción si éste ha llegado a la pubertad.//. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieren fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos".

(127) Cfr. el derogado art. 131.

(128) Cfr. los arts. 135, 136 y 137 en su redacción anterior.

(129) Contemplado en el art. 49 del mencionado cuerpo legal, en sus párrafos 2° y 3°: "Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1° Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación. 2° Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. 3° Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.//. Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse

por el procedimiento ordinario". PERE RALUY, J., Derecho de Registro Civil, T. I, Aguilar, Madrid, 1962, pág. 443, explica la razón de ser de la norma: "La necesidad de facilitar la homologación de los reconocimientos en documento privado y, en general, la elaboración de los títulos atributivos del estado de filiación natural, en la mayoría de los supuestos en que, con anterioridad a la reforma del Registro civil, era preciso acudir al juicio declarativo de mayor cuantía, con los inconvenientes de toda índole que ello traía consigo, determinó la introducción, en la Ley del Registro civil, de una norma --párrafo 2º y ss. del art. 49-- que constituye uno de los grandes aciertos de la reforma y que permite sustituir por los sencillos trámites de un expediente registral los del juicio civil ordinario, en la mayoría de los supuestos en que, anteriormente era preciso acudir a este último para obtener un título de reconocimiento". La norma no hace sino reproducir, en su esencia, los arts. 135 y 136 en su redacción originaria, y merece para la doctrina la mayor alabanza en razón de que permite con extraordinaria facilidad la inscripción de la filiación de los naturales (sirvan de muestra las palabras anteriormente citadas de PERE RALUY. LUCES GIL, F., Derecho Registral Civil, con modelos y formularios, Bosch, Barcelona, 1980, por su parte, también destaca las excelencias del expediente: "es de carácter gratuito y de sencilla tramitación; puede promoverse en cualquier tiempo, y aunque hayan muerto el padre y el hijo, por cualquiera que tenga interés legítimo en la constatación de la filiación o por su representante legal; aún cuando no exista un escrito indubitado de reconocimiento, puede prosperar el expediente acreditando simplemente que el hijo estuvo en la posesión de estado de hijo natural", siendo suficiente, a juicio de este autor, para acreditar este último extremo, justificar que en la consideración pública y familiar el hijo fué tenido como tal por el padre o sus familiares (pág. 114). Para todos los aspectos relativos a la competencia, tramitación y oposición, Vid. FERRER MARTIN, D., "Sistema actual español para determinar la filiación", A.D.C. 1967, págs. 291 y ss. El actual ordenamiento sobre las relaciones de filiación introducido por la

Constitución de 1978 y la Ley de 1981 exige la reforma de la mencionada norma. Vid. al respecto, LADRON DE CEGAMA Y FDEZ., C. "Los hijos no matrimoniales y el Registro Civil". B.I.M.J. num. 1.341, 15 Marzo, 1984, págs. 8 y 9.

(130) Tal como puso de relieve ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 265: "Restringido el reconocimiento a la forma solemne y pública, bajo la denominación de "investigación de la paternidad" se comprenden, sin distinción, en las disputas doctrinales y en las sentencias, los supuestos auténticos de investigación de la paternidad y los supuestos de investigación del reconocimiento no formal, con lo que la expresión resulta anfibológica". Continúa este autor diciendo que "el art. 135 no representa en este cuerpo legal una concesión restringida a favor de la investigación judicial de la paternidad, sino la perduración del viejo sistema castellano que otorga eficacia al reconocimiento no formal y solemne y, por considerarle válido e irrevocable, permite que sea constatado por los Tribunales como tal reconocimiento".

(131) Afirma SANCHEZ ROMAN al respecto lo siguiente: "Lo que en el art. 135 se dice de estar el padre obligado a reconocer, es sencillamente la expresión de los casos tasados en los que los Tribunales pueden y deben declarar la filiación natural del hijo que se halla en cualquiera de esas circunstancias; no siendo un caso propiamente tal de investigación de paternidad, porque no se investiga y menos libremente se prueba, ni probada por cualquier medio puede declararse por los Tribunales, ni ser obligatorio su reconocimiento por el padre, sino que únicamente se establecen de modo taxativo por la ley los supuestos en que aquéllos deberán declarar esa filiación cuando la prueba practicada por medios específicos respecto de extremos predeterminados, satisfagan las hipótesis enumeradas en el artículo, como uno de los casos en que el padre está obligado a reconocer al hijo natural, y como especie de lo que los escritores llaman reconocimiento forzoso". Op. cit., pág. 1034.

Por su parte, DIEZ-PICAZO afirma que el sentido del escrito y de la posesión de estado ha ido cambiando y lo que en principio fue probablemente una prueba tasada de paternidad se ha ido convirtiendo en un elemento constitutivo de la acción. "De nuevo sobre...", loc. cit., pág. 225.

(132) En el Derecho Antigo francés la investigación de la paternidad natural (comprendida la adulterina --HOLLEAUX, G. De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de Droit Comparé. Travaux et recherches de l'institut de Droit Comparé de l'Université de Paris. XXIX. Ed. CUJAS, Paris 1966, pág. 73) se admitía sin restricción ni traba alguna, aunque los efectos del establecimiento de la relación paterno filial se ceñían a un ámbito exclusivamente alimenticio o económico --sin que implicasen ventajas de tipo sucesorio-- del que se beneficiaban tanto la madre como el hijo (CARBONNIER, J. Derecho Civil, op. cit., pág. 314). Bastaba con que ésta declarase quién era el padre de su hijo --creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ab eo praegnantem esse-- para que surgiera en el varón la obligación de procurar alimentos y sustento para el nacido así como la de reembolsar los gastos del parto y, en función de especiales circunstancias, satisfacer una indemnización por daños y perjuicios. Las declaraciones de la madre --como dice GEBLER, M-J. Op. cit., pág. 305-- podían ser falsas, puesto que no se efectuaba ningún control, pero los abusos fueron raros. La presunción de paternidad resultante de la declaración de la madre podía ser combatida por el hipotético padre "alegando la existencia de otros amantes" (SAVATIER, R. Cours de Droit Civil, T. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1947, pág. 221), es decir, haciendo uso de la exceptio plurium concubentium, excepción que, según HOLLEAUX, op. cit., pág. 74, "no tenía ningún carácter absoluto y no operaba automáticamente. Su valor y sus efectos estaban sometidos a la apreciación de los jueces, que tenían siempre la posibilidad de admitir, no obstante la existencia de relaciones entre la madre y un tercero, la paternidad del demandado, si ésta les parecía más verosímil. Solución asombrosamente moderna".

Con la Revolución se produce un cambio en esta situación. "La filosofía del siglo XVIII --dice PLANIOL-- había combatido la idea de la inferioridad social del hijo natural; parecía inhumano hacer pesar sobre el hijo inocente las consecuencias de la falta de los padres. La tendencia individualista del legislador del período revolucionario le hizo actuar enérgicamente en favor de los hijos naturales. La Ley del 12 brumario año II les aseguraba la igualdad de derechos con los hijos legítimos; dicha ley fué declarada retroactivamente aplicable al 14 de julio de 1789" (Traité Élémentaire de Droit Civil, op. cit., pág. 567). Ahora bien, como contrapartida, la prueba de la filiación se endurece; el establecimiento sólo cabe si el padre ha reconocido al hijo, expresamente o por medio de la posesión de estado. Como mantiene SAVATIER, "la Revolución daba así demasiado a algunos hijos naturales pero negaba incluso alimentos a la mayor parte de ellos". Op. cit., pág. 221.

El texto articulado de 1804 --que recibió en este punto un influjo decisivo del propio Napoleón: "La société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus"--, vino a prohibir la investigación de la paternidad, salvo en el caso de raptó (art. 340). Prohibición que, a su vez, entrañó, como pone de relieve HOLLEAUX, "la desaparición de toda posibilidad de perseguir judicialmente la asignación de alimentos para el hijo, o de indemnización pecuniaria para la madre". Op. cit., pág. 75

La Jurisprudencia, a todo lo largo del siglo XIX, intentó paliar de alguna forma el rigorismo del Code, y lo consiguió por dos vías. Por un lado, otorgando a la madre una acción de daños y perjuicios, al amparo del art. 1.382 del Code, cuando aquélla hubiese sido víctima de una seducción dolosa; para la cuantificación del daño se tendría en cuenta la carga que representa el hijo. Los Tribunales, que podían condenar al demandado a abonar a la madre una renta mensual, variable en función de la edad del hijo, sin embargo, no hacían formalmente declaración sobre la filiación de éste. Por otro, configurando como una

obligación civil las promesas de sustento realizadas por el presunto padre, produciendo para ello una novación de la obligación natural primitiva (Vid. al respecto CARBONNIER, op. cit., pág. 314; HOLLEAUX, op. cit., págs. 75 y 76 y GEBLER, op. cit., pág. 306 y la jurisprudencia citada en los dos últimos).

La ley de 16 de noviembre de 1912 vino a poner fin a la injusta situación en que se encontraban los hijos naturales, modificando el art. 340 y admitiendo la investigación de la paternidad en los casos de raptó o violación, seducción, reconocimiento, concubinato notorio y participación en el mantenimiento y educación del hijo ("La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée: 1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou de viol se rapportera à celle de la conception. 2° Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles,, et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'article 1347. 3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant de père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité. 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception,. 5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père"). Un análisis muy pormenorizado de esta ley es el que realiza Albert WAHL. "La recherche de la paternité d'après la loi de 16 novembre 1912". R.T.D.C., 1913, págs. 5 y ss.

En el sistema multiforme italiano anterior al Código de 1865, caracterizado por la coexistencia de una variada gama de cuerpos legislativos propios de los distintos reinos, ducados o regiones, la investigación de la paternidad estaba permitida siempre que concurrieran una serie de circunstancias, tales como la existencia de un escrito del padre en que se declarara tal, cuando hubiese constanciado de que éste hubiese proporcionado cuidados a su hijo a título de padre, o bien, en caso de raptó de la

madre, por asimilación con el sistema francés (Vid. sobre esta legislación preunitaria MORI, V. L'azione di paternità naturale. Studio di diritto comparato. Società Editrice Libreria, Milano, 1903. DUCA, S. La filiazione illegittima. Storia dell'instituto e considerazioni etico-giuridiche. Società Grafica Romana, Roma, 1954, y LIBERATI SCISO, C. "Tradizione e riforma del diritto di famiglia: dai codici della Restaurazione al codice del 1942". Rass. Dir. Civ., 1982, págs. 829 a 888). El texto de 1865, siguiendo fielmente el parecer de PISANELLI, autor del Proyecto, prohíbe en su art. 189 la investigación de la paternidad, salvo en los casos de rapto o estupro violento ("Le indagini sulla paternità non sono ammesse fuorché nei casi di rapto o di stupro violento, quando il tempo di esso risponda a quello del concepimento"). Para una crítica del Proyecto y del texto definitivo, puede consultarse, aparte de las ya citadas, la obra de E. CIMBALI, La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales. Traducción de la 2° ed. italiana por F. Esteban García. Prólogo de F. Sánchez Román. Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1893.

(133) Aunque para algunos tratadistas --como SANCHEZ ROMAN-- no existe tal diferencia. En realidad --dice-- el art. 135 ha vertido con exactitud todo el fondo de la parte de la Base, aparte discrepancias de dicción, como la de la frase "deliberadamente expresada con ese fin", que ha sido traducida en el articulado sólo por lo de "expresamente reconocida su paternidad". Op. cit., pág. 1034. En el mismo sentido se manifiesta ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 275, para quien la divergencia es debida o bien a ligereza en la redacción, o bien a la inspiración directa del art. 130 del Código civil portugués. Inspiración que asimismo, resalta DIEZ-PICAZO, "Reclamación de...", loc. cit., pág. 1418.

(134) Representado fundamentalmente por DIEZ-PICAZO y BADOSA COLL. El primero ofrecía como argumentos en apoyo de su tesis los siguientes. El Cc., al contrario de otros cuerpos articulados, no contenía ninguna frase en la que se afirmara de forma tajante que la investigación de la paternidad

estuviese prohibida; al contrario, se permitía la investigación: 1° en el caso de impugnación de la legitimidad (arts. 112 y 113); 2° en el caso de ejercicio del derecho del hijo nacido después de la disolución o de la separación del matrimonio para "justificar la paternidad" (art. 111); 3° en el caso de reclamación de la legitimidad (art. 118) y en todos aquellos en que se admite la prueba de la filiación (art. 115 y ss.); 4° en el caso de impugnación de la legitimación (art. 128), etc. Además el art. 135, al decir que el padre está obligado a reconocer al hijo natural en determinados casos, no dice que no lo esté igualmente en otros, o, al menos, que, aunque no haya obligación de reconocimiento, no queda el ejercicio de ninguna acción ("De nuevo sobre...", loc. cit., pág. 215).

BADOSA COLL, por su parte, sostiene parecida opinión en los siguientes términos: "en el Cc. no hay unas normas que prohíba la investigación de la paternidad de todo hijo ilegítimo, sino únicamente de los hijos ilegítimos no naturales (art. 141). Respecto de los naturales, sólo se admite un caso de investigación de la paternidad: el del párrafo 2° del art. 135, pero no hay una regla expresamente excluyente de la misma". Para este autor lo que el Código proscribe no es la investigación, sino la imposición judicial del status de hijo legítimo, entendiéndose por tal la declaración judicial que establece una relación jurídica entre dos sujetos sin que exista un previo reconocimiento paterno. Loc. cit., págs. 638 u 640.

(135) Las diversas monografías y manuales que hemos venido citando recogen de forma más o menos completa las diversas Sentencias del Supremo que se han sucedido paulatinamente sobre todas estas cuestiones. Nada más lejos de nuestra intención pretender hacer aquí un recuento exhaustivo de estas resoluciones judiciales que otros, sin duda con más acierto y en mejor momento, ya han realizado. Las sentencias que se recogen, se citan por su alto índice revelador de las opiniones mantenidas por el Tribunal Supremo en su interpretación del art. 135.

(136) "... El escrito indubitado no sólo ha de demostrar una expresamente deliberada manifestación de paternidad, sino también ha de estar escrito de puño y letra del padre..." (Sentencia de 30-VI-1958, Ar. 2522; incidentes igualmente sobre esta cuestión las de 8-VI-1929 y la de 2-III-1955, Ar. 754).

(137) "... Es preciso según acorde jurisprudencia de esta Sala, que el documento sea autógrafo íntegramente, no bastando, por lo tanto el escrito a máquina aunque esté firmado por el pretendido padre" (Sentencia de 7-XI-1961, Ar. 3643).

Esta exigencia de que el escrito haya de ser completamente autógrafo la mantuvo el Supremo desde la Sentencia de 13-II-1907, en opinión de DIEZ-PICAZO, y carece realmente de justificación posible, tal como pone de relieve el citado autor ("De nuevo sobre...", loc. cit., págs. 227 y ss.).

(138) Lo ponen de manifiesto, entre otras, las Sentencias de 23-VI-1923 y 8-VI-1929.

(139) No sólo merece la calificación de indubitado el escrito que una persona confiesa ser suyo, sino también aquel de que resulta autor de una manera cierta por los medios de prueba establecidos por la Ley, entre ellos la prueba pericial y de cotejo de letras (Sentencia de 30-XII-1907).

(140) Art. 608: "Se considerarán como indubitados para el cotejo: 1° Los documentos que las partes reconozcan como tales de común acuerdo. 2° Las escrituras públicas y solemnes. 3° Los documentos privados cuya letra o firma hayan sido reconocidos en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa. 4° El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique.//. A falta de estos medios, la parte a quien se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice podrá ser requerida a instancia de la contraria para que forme un cuerpo de escritura que en el acto le dictará el Juez. Si se negare a

ello, se la podrá estimar por confesa en el reconocimiento del documento impugnado".

(141) Como bien dicen POU DE AVILES, loc. cit., pág. 212, y MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., págs. 414 y ss.

(142) "Como la legislación española se inspira en el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, es indudable que los preceptos relativos al reconocimiento forzoso de hijos naturales han de ser interpretados de modo restrictivo" (Sentencias de 25-II-1927, 17-VI-1927 y 16-I-1928, recogidas por FAIREN GUILLEN, Vid. "La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal", A.D.C., 1950, pág. 631).

(143) Vid. sobre este tema DIEZ-PICAZO, "Reclamación de...", loc.cit., pág. 1419, y MANRESA que recoge com orientativas de esta postura las Sentencias de 23-VI-1908, 23-VI-1922, 7-IV-1924, 13-I-1925, 1-III-1927, 17-VI-1927, 16-I-1928 y 12-III-1928. Op. cit., pág. 753.

(144) Como se verá en su momento (Vid. infra, pág. 147

(145) Así por ej. las Sentencias de 27-IV-1934, 21-XI-1934, 15-VI-1936 (Ar. 1270), y, fundamentalmente, las de 3-VII-1941 (Ar. 894: "Al articular el Código Civil la Base quinta que presidió su formación sobre el problema del reconocimiento forzoso o declaración judicial del estado de hijos naturales --impropiamente calificada de investigación de paternidad-- señaló en el art. 135 --abstracción hecha del supuesto de violación, estupro o rapt-- dos casos en los que es obligatoria la positiva declaración judicial: primero, el del reconocimiento expreso por escrito indubitado del padre, sin el explícito aditamento, exigido en la Base quinta, de que sea hecho con el deliberado propósito o finalidad directa de tener por hijo al reconocido..."), 8-II-1943 (Ar. 129) y 22-I-1948 (Ar. 19: "Que si bien la Base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888.... declara que 'no se permitirá la investigación de la paternidad sino en

los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste la voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin o cuando medie posesión de estado, es lo cierto que entre esta redacción y la del art. 135 del Cod. Civ. se observa una marcada diferencia bajo dos distintos aspectos: en el primero que la Base quinta emplea el término genérico de 'hijo', mientras que el art. 135 se refiere de manera específica a 'hijo natural' y consiste el segundo aspecto... en que la Base quinta aplica las palabras 'deliberadamente expresada con ese fin' refiriéndose a la 'voluntad indubitada' de reconocer, en tanto que lo exigido con carácter de indubitado por el art. 135 es el 'escrito' en que el padre reconozca su paternidad, no el propósito que haya inspirado tal declaración.//. Que... al no exigirse por el repetido art. 135 del Código Civil como condición del reconocimiento del hijo natural que se acredite la deliberada voluntad del padre en tal sentido y requerir tan sólo que tenga carácter de indubitado el escrito en que se exprese la declaración sin referirse al propósito que la hubiere inspirado")

(146) "Reclamación de...", loc. cit., pág. 1421.

(147) "... Inspirado el Código civil... en un criterio adverso a la investigación de la paternidad... llega con su sentido de prohibición hasta el extremo de impedir que los Tribunales declaren la filiación natural del hijo nacido fuera de matrimonio... siempre que no se demuestre el reconocimiento voluntario de su paternidad por el presunto padre, manifestada por éste, ya de una manera expresa, ya con hechos del mismo significativos de su voluntad..." (Ar. 1026).

(148) Ar. 2162. Vid. el comentario que a la misma dedica MELON INFANTE, loc. cit.

(149) "... El reconocimiento ha de evidenciar por sí sólo el propósito deliberado del padre de reconocer al hijo..." (Ar. 1633).

(150) Puede verse el comentario que de las mismas --especialmente de la última-- hace DIEZ-PICAZO, en "Reclamación de...", loc. cit., págs. 1420 y ss.

(151) Cuyas consideraciones más significativas recoge ampliamente DE LA CAMARA ALVAREZ, M., Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el derecho español. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 189 y ss. Vid. por todas la Sentencia de 27-I-1971 (Ar. 293) que dice lo siguiente: "... la doctrina de esta Sala viene estableciendo reiteradamente que es suficiente el reconocimiento expreso por escrito indubitado del padre sin que sea preciso aquel aditamento que señala el recurrente en relación con la exigencia de que sea hecho con el deliberado propósito de tener por hijo al reconocido..."; repite, como vemos, los argumentos de la Sentencia de 3-VII-1941.

(152) Op. cit., pág. 190 y ss.

(153) Sobre la eficacia en el sistema anterior del Código de los llamados "reconocimientos por incidencia", puede consultarse DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J. "El reconocimiento incidental de la paternidad natural", A.D.C., 1968, págs. 551 a 577.

(154) Tal como manifiesta la Sentencia de 28-VI-1974 (Ar. 3466) sobre un caso de posible reconocimiento de una hija natural por parte de un oligofrénico no declarado incapaz.

(155) En el comentario a la mencionada Sentencia de 28-VI-1974, A.D.C., 1975, pág. 517.

(156) Expresión utilizada por la Sentencia de 26-IV-1951 (Ar. 1026). Vid. el comentario que sobre la misma desarrolla GONZALEZ ENRIQUEZ, M. "Reconocimiento forzoso de hijo natural. Posesión de estado" A.D.C. 1952, págs. 385 y ss.

(157) Vid. la Sentencia de 24-V-1956 (Ar. 2437). En el mismo sentido, ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 277 y LOPEZ Y LOPEZ, A.M. La posesión de estado familiar. Publicaciones de la Universidad de

Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho-N° 12. Sevilla, 1971, pág. 138.

(158) "De nuevo sobre...", loc. cit., págs. 230 y ss.

(159) Doctrina recogida en las Sentencias de 2-III-1929, 5-I-1945, 25-VI-1946, Ar. 837,- 2-II-1948, Ar. 455, 29-XI-1958, etc. El inconveniente que surgía al mantener esta postura es que nunca podría darse posesión de estado de hijo natural cuando éste naciere después del fallecimiento de su padre, a no ser, como dice DIEZ-PICAZO ("Reclamación de...", loc. cit., pág. 1424) que "se admita la posibilidad de que tal posesión se inicie hallándose el hijo meramente concebido, lo que no deja de suscitar dificultades".

(160) Suele hablarse de "imposición judicial de paternidad" en estos casos, prefiriéndose dicha expresión a la de "declaración judicial de paternidad". Sin entrar en discusiones acerca de cuál es la más correcta, el uso de aquella se justifica sobradamente por el hecho de que, de los tres supuestos contenidos en el art. 135, el contemplado en el último párrafo es el único que prescinde de mano de todo elemento volitivo en el progenitor en el momento de proceder a la constitución de la relación paternofamiliar; "no deriva de la voluntad del padre --dicen las Sentencias de 30-V-1972, Ar. 2864, y 28-III-1974, Ar. 1205-- sino de la constatación de la filiación", a la que se llega después de todo un proceso de indagación iniciado con objeto de esclarecer la comisión de un delito (o supuesto delito); de ahí que tampoco sea muy correcto conceptualizar este segundo párrafo del 135 como supuesto típico de investigación de la paternidad, puesto que lo que se investiga en estos casos no es la paternidad, sino "la violación, estupro o rapto, en las condiciones de la concreción del tipo. de donde se extrae, ignoramos todavía por qué métodos, una extraña presunción de paternidad" (CASTRO PEREZ, F. "La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas", R.G.L.J., 1944, pág. 164.

(161) Vid. al respecto, GONZALEZ RUS, J.J. "El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito, A.D.P.C.P., Mayo-Agosto, 1979, págs. 381-426.

(162) En las palabras de HERNANDEZ GIL, F. "El adulterio y los delitos de violación, estupro y raptó: su proyección sobre la filiación", LA LEY, 1980-1, pág. 1030.

(163) Cfr. el antiguo art. 119 Cc. Vid. al respecto BATLLE VAZQUEZ, M. "Efectos civiles de la condena penal por violación, estupro o raptó" R.G.L.J., 1973, pág. 427, y HERNANDEZ GIL, loc. cit., pág. 1031.

(164) Exigible "en todo caso" (art. 444 --derogado-- del Cp.).

(165) Vid. la evolución que, de este sentir jurisprudencial; lleva a cabo RUBIO, loc. cit., págs. 47 y ss., el cual recoge las Sentencias de 9-IV-1908, 25-II-1914, 25-II-1928 (que en realidad inicia el camino perseguido con posterioridad), 28-X-1954, 15-IV-1958, 14-III-963 y 24-I-1967.

(166) (Ar. 2864), "... Si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado...".

(167) (Ar. 1205). En los mismos términos que la anterior.

(168) Ar. 1074: "... en aquellos supuestos en que se declara probado en vía penal que el inculpado tuvo acceso con la ofendida con fruto de filiación, pero sin emplear engaño para lograrlo... excluyendo por esa causa la configuración de los hechos reconocidos probados como delito de estupro, evidentemente queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, pues ésta ha de

basarse siempre, en definitiva, con base en la existencia del hecho, háyase o no castigado, según las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado tendentes al reconocimiento de que deba sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal".

(169) Criterio muy permisivo que también acogió el Código de Napoleón (Art. 341: "La recherche de la maternité est admise.//. L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont est accouché.// Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commentment de preuve par écrit").

(170) En realidad, de la prueba del segundo de estos elementos se deducía necesariamente la del primero.

(171) "... La declaración judicial de la maternidad, a tenor del n° 2 del art. 136 procede siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo, sin las limitaciones que existen para la paternidad natural y sin previa limitación de la admisibilidad de la acción, compensada con la certeza del resultado" (Sent de 27-III-1963, Ar. 2121. Vid. asimismo, las Sentencias de 31-XII-1902 y 9-V-1921).

(172) "El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad". Vid. igualmente el art. 181 R.R.C.

(173) Sentencias de 13-V-1902 y 26-III-1904.

(174) Sentencia de 24-II-1917.

(175) Sentencia de 25-VI-1955, Ar. 2311.

(176) Sentencia de 29-XII-1916.

(177) Op. cit., pág. 80.

(178) Esta misma opinión es mantenida por SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ SANCHO, Derecho de Familia, 1975, op. cit., pág. 89.

(179) Vid. en este sentido, MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., pág. 358, y ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 286.

(180) Sentencia de 10-I-1945, Ar. 10

(181) Entre otras, en las siguientes decisiones judiciales: 19-XI-1959, Ar. 3991; 23-VI-1961, Ar. 2742; 4-XI-1961, Ar. 3634. Vale por todas lo que dice la Sentencia de 28-I-1967, Ar. 419: "... el referido plazo es de caducidad y por afectar a la sustantividad del derecho ejercitado, debe incluso, ser apreciado de oficio por los Tribunales". Aunque la acción no se entendía caducada si se presentó demanda judicial de pobreza antes de que transcurrieran los cuatro años (Sentencia 24-V-1956, Ar. 2437).

(182) El art. 483, n° 3 de la L.E.C. establecía que se decidieran en juicio ordinario de mayor cuantía las demandas relativas a derechos políticos u honoríficos, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas.

(182.1) Cfr. el derogado art. 119.

(183) En clara contradicción con lo establecido por la Base 5°, que en ningún momento distingue entre filiación ilegítima natural y filiación ilegítima no natural. Sobre estas discrepancias, vid. por todos MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., págs. 364 y ss.

(184) OLTRA MOLTO, E. El hijo ilegítimo no natural (Su situación jurídica), Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 180.

(185) Sentencia de 18-III-1954, Ar. 724: "...el derecho que a los hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales concede el primero de los artículos citados (art. 139) para exigir a sus padres alimentos, está subordinado a que la

paternidad o maternidad resulte de un documento indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación... sin admitir, a diferencia de los hijos naturales la posesión continua de estado...".

(186) "Fuera de los casos expresados en los números 1° y 2° del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales".

(187) Vid. ARCE Y FLOREZ-VALDES, J., "La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño", Reus, Madrid, 1970, pág. 16, y la bibliografía que allí se cita.

(188) BONET RAMON, F. Código Civil Comentado, Aguilar, Madrid, 1964, pág. 193.

(189) Posibilidad recogida por DE BUEN, en sus anotaciones junto con Castán Tobeñas y Castán Vázquez al Curso elemental de Derecho Civil, T. I, Introducción, estado civil, domicilio y ausencia, de A. COLIN y H. CAPITANT, puesto al día por Marín Pérez, Reus, Madrid, 1975, pág. 829.

(190) DE LA ESPERANZA Y MARTINEZ-RADIO, A. "Notas acerca de la filiación ilegítima no natural", R.D.P., 1957, pág. 377.

(191) Así, por ejemplo, OLTRA MOLTO, op. cit., pág. 183; MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., pág. 369; MARTINEZ-RADIO, loc. cit., pág. 377; ALEMANY VERDAGUER, op. cit., pág. 102; GONZALEZ PEREZ, J. "La inscripción en el Registro Civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales", Reus, Madrid, 1954, pág. 12.

(192) Cfr. el art. 845 Cc.

(193) En este sentido, MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., pág. 370.

CAPITULO III

**LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL
EN MATERIA DE DETERMINACION
JUDICIAL DE LA FILIACION**

1.-Consideraciones preliminares. Las razones de la Reforma.-

El Código Civil mantenía, como hemos puesto de relieve en el Capítulo anterior, una visión de las relaciones de filiación verdaderamente insostenible en la segunda mitad del siglo XX. Acogía una plena diversidad de trato entre las distintas clases de filiación establecidas, haciendo merecedores a los hijos ilegítimos, fundamentalmente a los no naturales, de una suerte desgraciada (194) por el simple hecho de que su nacimiento había sido causado por personas que no habían contraído matrimonio entre sí ni podían llegar a contraerlo. El sistema de acciones judiciales, en consecuencia, no era tampoco el más adecuado. Pocos resultados favorables podían alcanzarse a través de un encorsetado sistema de preceptos trasnochados, propios de una mentalidad decimonónica que se había ya diluido en buena parte al momento de entrar en vigor el Cc. en 1889. Urgía la reforma en materia de filiación -posiblemente

más que en ninguna otra- debido, pues, a la deficiente e injusta regulación deparada por el articulado del Código. A nuestro entender, aquí radica la causa primordial de la innovación que había de producirse (195).

Junto a esta razón, que podríamos denominar "intrínseca", la conjunción de una serie de factores de muy variada índole y de importancia dispar da lugar a la aparición de lo que a su vez denominamos "causas extrínsecas" de la reforma, que surgen, no de las propias deficiencias del sistema cuestionado, sino de la dinámica de distintas fuerzas sociales. Qué duda cabe que el legislador español no podía permanecer indiferente ante la sucesión ininterrumpida y progresiva de textos que, con carácter inter o supranacional, proclamaban una igualdad de trato entre los hijos matrimoniales y los que no lo eran, o ante las reformas que, desde finales de los años sesenta, los países más cercanos a España habían ido llevando a cabo en su derecho de filiación, y de familia en general (196). Todo ello, sin que quepa olvidar el extraordinario avance que la Medicina y la Biología

han experimentado en los últimos tiempos, facilitando hasta límites insospechados la prueba de la paternidad y de la maternidad, anulando ya para siempre el pseudoargumento exhibido por quienes, para prohibir la investigación de la paternidad, apelaban al impenetrable arcano con que la naturaleza reviste el acto de la procreación (197), y sin que sea justo olvidar tampoco el decisivo papel que ha jugado la doctrina científica, abonando insistentemente el camino para una revisión de los preceptos del Código civil (198).

Todo este conjunto de motivos cumplieron en su momento el importante papel de servir de acicate a los responsables de la ansiada reforma del Código, pero el primer paso en el cambio no se produjo en mayo de 1981, sino en el momento de promulgarse la Constitución en 1978, cuando se eleva a categoría de principio constitucional la igualdad de todos los españoles ante la ley, la igualdad de todos los hijos con independencia de su filiación y la investigación de la paternidad.

Vamos a analizar más detenidamente alguna de estas causas.

1.1.- Documentos Internacionales que inciden sobre la condición de los hijos, principalmente extramatrimoniales.-

Entre los textos internacionales que pudieron servir de estímulo a la reforma cabe señalar los siguientes (199): la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10-XII-1948 (200), la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la misma Asamblea, el día 20-XI-1959 (201), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (202) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (203), aprobados ambos el 16-XII-1966.

Junto a estas declaraciones de derechos de carácter marcadamente universal, en cuanto a su ámbito geográfico, y sumamente programáticas (204) en cuanto a su efectividad, no faltan las que surgen con una vocación estrictamente europea (el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos

y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4-XI-1950 (205), la Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18-X-1961 (206), y los Convenios de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, firmado en Bruselas el 12-IX-1962 (207), y sobre el Estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio (208), de fecha 15-X-1975) o, incluso, con un propósito marcadamente moralista (209).

1.2.- La situación en el Derecho Comparado.-

No nos ofrece ninguna duda que una de las causas que en mayor medida ha contribuido a la aparición de un nuevo ordenamiento jurídico en el campo de la filiación en España, ha sido el propio movimiento de reforma de los respectivos ordenamientos nacionales que ha convulsionado principalmente a Europa, aunque también a otros países no europeos, desde finales de los años sesenta y, fundamentalmente, durante toda la década de los años setenta. En efecto, países de un entorno geográfico y socio-cultural próximo al

nuestro que han dictado nuevas leyes sobre filiación, han sido: la República Federal de Alemania, ley de 19-VIII-1969; Austria, leyes de 30-X-1970 y 30-VI-1977; Francia, ley 3-I-1972; Italia, ley de 19-V-1975; Suiza, ley de 25-VI-1976; Portugal, Decreto-Ley de 25-XI-1977 y Luxemburgo, ley de 19-IV-1979 (210). No resulta fácil reconducir a unas concretas las causas que han dado origen a las mencionadas reformas, posiblemente porque el campo del derecho de familia -como dicen RUSSO y MAJELLO (211)- no se presta muy bien a la unificación de los respectivos derechos positivos nacionales, pero también es cierto que, por encima de las diversas peculiaridades, planean una serie de principios comunes que están en la base de cuantos cambios legislativos sobre el derecho de filiación se han producido. Entre ellos adquieren singular fuerza el principio de igualdad entre todos los hijos, la acomodación de todo el ordenamiento jurídico a las líneas directrices marcadas por las Constituciones respectivas y los movimientos de opinión pública en favor de la equiparación de las distintas clases de hijos (212), que se ponen notoriamente de manifiesto en

la organización de Congresos Internacionales, como los celebrados en Uppsala en 1966 y en Teherán en 1974 (213). Por lo que respecta a nuestro país, no podemos dejar de lado tampoco la aspiración española de ingreso en la Europa occidental; como sostiene DE LA CAMARA (214), el ordenamiento jurídico español, "en un sector que guarda estrecha relación con el respeto debido a los derechos humanos (citemos, por ejemplo, los principios de no discriminación por razón de sexo, religión o nacimiento), tiene que acomodarse a las orientaciones generales en que se inspira el Derecho europeo sobre la familia".

1.3.- La Constitución española de 1978.-

Hemos dicho anteriormente (215), que el primer paso para la reforma del Cc. en materia de filiación fue el que dió la Constitución española de 1978 al proclamar dos principios básicos que estaban en abierta contradicción con todo el sistema normativo del Código en materia de relaciones paterno filiales, cuales eran el principio de igualdad entre todos los españoles, y el principio favorable a la investigación de la

paternidad, recogidos en los arts. 14 ("Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social") y 39-2°, respectivamente ("Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad").

De los dos, el primero extiende su eficacia a todos los ámbitos en que se desarrollen relaciones humanas, y actúa como una especie de correctivo sobre cualquier discriminación que, por razón de sexo, raza, religión, ...etc., o nacimiento, se pueda producir. Circunscribiéndolo al terreno propio de las relaciones de filiación, el principio de igualdad del art. 14 chocaba frontalmente con la redacción originaria del Código de 1889, que se caracterizaba por el diverso tratamiento jurídico que deparaba a la filiación legítima y a la ilegítima, y, dentro de ésta, a la

filiación natural y a la no natural, amparando y favoreciendo una clara discriminación entre los hijos por razón de nacimiento.

El art. 39-2°, por su parte, se configura como un principio rector en la disciplina de las relaciones estrictamente paterno filiales, y como tal, en relación con el tema que nos ocupa, tiene para nosotros, si cabe, una mayor importancia. El último párrafo del precepto es prácticamente idéntico al del art. 43 de la Constitución de 1931 (216), y estuvo a punto de no figurar en el Texto constitucional de 1978, ya que no aparecía previsión alguna sobre la investigación de la paternidad ni en el Anteproyecto de Texto constitucional (217), ni en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución (218), ni en el Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (219). Fue en el Senado donde se interpusieron unas enmiendas al art. 35 por los Grupos Progresistas y Socialistas Independientes (220) y Mixto (221), con objeto de recoger la investigación de la

paternidad, que no fueron aprobadas en la Comisión del Senado (222), y así, en el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al Proyecto de Constitución, aparece, ahora ya, el art. 39-2° sin mencionar la investigación de la paternidad (223). Pasado al Pleno, el Senador Villar Arregui, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, hizo una brillante defensa de su postura, y el voto particular que pretendía la consagración de la investigación de la paternidad como principio constitucional, fue aprobado (224).

Con la entrada en vigor de la Constitución el día 29 de Diciembre de 1978, día de su publicación en el B.O.E. (225), se hace patente la abierta contradicción existente entre los principios reconocidos por el Texto constitucional y los que inspiraban en ese momento el cuerpo articulado del Cc. en lo que al régimen del derecho de filiación respecta. Surgía para el jurista, pues, la disyuntiva, mientras el Cc. permaneciera sin ser reformado -lo cual ocurrió por espacio de más de dos años- de tener que optar por hacer uso y

aplicación de los preceptos del Cc., reducto de unos principios a todas luces contrarios de los que inspiraron al constituyente de 1978, o bien, por aplicar sin más, las normas constitucionales en la medida en que ello fuera posible, que habían, además, de poseer la virtualidad de producir la derogación automática de los preceptos del Código contrarios a ellas (226). Pero, para tomar una decisión, lo primero que había que dejar sentado era si la Constitución poseía plena eficacia normativa o si no tenía mayor virtualidad que la de ser una mera declaración programática de principios informadores del ordenamiento jurídico, pero nunca aducibles ante los Tribunales, ni mucho menos derogadores del derecho positivo.

La cuestión, como hemos dicho anteriormente, se planteó en nuestro país, por vez primera, con ocasión de la entrada en vigor de la Constitución de 1931, que no tuvo el desarrollo legislativo adecuado por las razones políticas de todos conocidas. La doctrina mantuvo opiniones contrapuestas (227) y el tema quedó zanjado con la

posterior derogación de la Constitución republicana.

Los que propugnaban la aplicación directa de la Constitución en esta materia, chocaban con el, en principio, obstáculo insalvable que suponía el art. 53-3° de la Constitución (228). El art. 39-2°, a la cabeza de los que componen el Capítulo Tercero ("De los Principios Rectores de la Política Social y Económica"), no podía ser alegado en un proceso entre tanto no fuera objeto de un desarrollo legislativo adecuado, por lo que la doctrina se mostró muy cauta a la hora de calibrar el verdadero alcance de la norma, y optó por la solución más cómoda: negarle eficacia directa (229). Parecer que fue el que acogió la Sala I del Tribunal Supremo en un primer momento (230).

Esta corriente de opinión jurisprudencial experimentó un giro radicalmente opuesto a raíz de una importantísima Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 20-XII-1982, sobre un asunto en el que la recurrente -hija natural- solicitaba que se declarase la inconstitucionalidad del antiguo art. 137 del Cc. por ser contrario a

los arts. 14 y 39 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, sentando definitivamente el criterio de que la Constitución es la norma jurídica suprema, y no una simple declaración programática de principios (231), estimó el recurso apoyándose en la infracción, no del art. 39, precepto cuyo valor "necesita ser modulado" (aunque no dice en qué consiste tal modulación), sino del art. 14, que vincula inmediatamente a todos los ciudadanos y a los poderes públicos (232), destacando de esta forma la profusa interrelación existente entre el principio de igualdad y el principio permisivo de la investigación de la paternidad (233).

A raíz de esta resolución del Tribunal Constitucional, el Supremo rectificó su postura y declaró, en consecuencia, la vigencia de la Constitución y la derogación (234) de las normas del Cc. contrarias a ella (235).

2.- La Ley 11/1981, de 13 de mayo.-

En el año 1981 el Legislador acometió la tarea de renovar en profundidad todo el derecho de

familia español que se había mantenido, con algunas excepciones (236), prácticamente inalterado en el molde articulado del Código desde su elaboración en 1889.

El reemplazo de los antiguos preceptos por otros más acordes con las ideas del momento, se llevó a cabo de una forma muy rápida, casi bruscamente, podríamos decir; dió la sensación de que la promulgación de la Constitución precipitó al Legislador, que en el plazo de poco más de dos años (237) dictó dos leyes por las cuales reformó las instituciones más importantes del derecho de familia: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Cc. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La rapidez con que se obró obligó a prescindir de la opinión de Instituciones, Colectivos profesionales y juristas particulares, (238) y, lo que es más importante, obligó a la Comisión General de Codificación a ultimar con carácter de urgencia un

Anteproyecto en materia de filiación sobre el que venía trabajando desde el año 1977 (239). Sin embargo, el texto preparado por dicha Comisión no fue tomado en consideración para la elaboración de la Ley, ya que el Proyecto que el Gobierno elevó a las Cortes, al decir de DE LA CAMARA (240), que participó en la elaboración del Anteproyecto originario, no tenía prácticamente nada que ver con éste.

El Proyecto, presentado a las Cortes el día 14-IX-1979 (241), fue objeto de escasas enmiendas por parte de los distintos grupos parlamentarios, y las que prosperaron no tuvieron el alcance suficiente como para suponer una modificación verdaderamente sustancial del mismo; la Ley, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el B.O.E. (del día 19-V-1981) (242), es un fiel reflejo del Proyecto.

2.1.- Los principios inspiradores de la Ley.-

¿Cuál es el principio o los principios rectores que inspiran con carácter general la Ley

de 13 de mayo de 1981, y en particular el régimen de las acciones de filiación?. La nueva redacción del Cc. aparece toda ella matizada por dos ideas o líneas de actuación que han sido las que básicamente han movido al Legislador de la reforma, y que constituyen lo que CORNU ha dado en llamar "derecho natural de la filiación": "sobre el postulado de que existe naturaleza humana y derechos del hombre, se considera todo como si el derecho positivo hubiera tomado esta naturaleza por modelo y consagrado civilmente un derecho natural a la igualdad y a la verdad. Los dos principios que gobiernan la ley son de la misma línea: la igualdad civil de los hijos prolonga la igualdad natural de los hombres; el establecimiento del vínculo jurídico de parentesco refleja la verdad biológica de la filiación"(243).

2.1.1.- El principio de Igualdad.-

"La idea de igualdad, clave de la reforma", destaca claramente la E. de M. del Proyecto de ley. Pero, ¿cuál es el contenido de esta afirmación?. La igualdad en materia de filiación supone lo siguiente: la equiparación "en derechos y

oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no el uno casarse con el otro. Para el futuro, y en la medida de lo posible, se trata de igualar no sólo en atributos, sino también en obligaciones, a ambos progenitores, entre los cuales el varón no debe tener ninguna ventaja a la hora de eximirse de sus responsabilidades frente a los hijos por él engendrados" (E. de M. del Proyecto).

El principio de igualdad se extiende, pues, a dos ámbitos en el contexto de las relaciones familiares: por un lado se predica respecto de ambos progenitores, lo que supone un acercamiento de la posición de la mujer --madre-- a la que tradicionalmente ocupaba el hombre --padre--, favorecido por la naturaleza en el caso de que quisiera sustraerse a los deberes y cargas inherentes a la paternidad (244). ¿Cómo se traduce esta idea en la propia disciplina de las acciones contenida en el Cc. ?. Otorgando idéntico trato tanto al hombre como a la mujer, esto es, no

estableciendo ningún tipo de diferenciación a la hora de considerar los "sujetos pasivos" de la acción, es decir, no reglando una acción de reclamación de paternidad y otra de maternidad, sino equiparando los sexos y diferenciando las filiaciones (matrimonial y no matrimonial). Igualdad de trato que se evidencia también cuando se concede legitimación activa tanto al padre como a la madre, además de al hijo, para reclamar la filiación matrimonial no manifestada por posesión de estado (245), pero que desaparece o se matiza en cierto modo en el art. 135 al fijar el Cc. los medios de prueba en los casos en que no exista una directa de la generación; RODRIGUEZ ADRADOS entiende que la norma da origen a confusión, pero no vemos por qué (246); el precepto tiene un carácter meramente enunciativo y un ámbito de aplicación general, sin que ello implique necesariamente confusión, aunque sí pueda implicar una valoración negativa de la norma en cuanto a su ubicación, que debiera ser en el Sección I.

Por otro lado, el principio de igualdad se predica respecto de todos los hijos, cualquiera que

sea su filiación, es decir, "nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no el uno casarse con el otro". La afirmación tiene plena cabida en el segundo párrafo del art. 108 ("La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código"), pero no encuentra un desenvolvimiento lo suficientemente adecuado en el régimen de las acciones, que aparecen mediatizadas por la presunción de paternidad derivada del matrimonio (247) y por las trabas que aún persisten cuando se pretende promover la determinación legal de una filiación incestuosa (248).

2.1.2.- El principio de Verdad biológica.-

La segunda idea o principio fundamental que ha inspirado el nuevo derecho de filiación español es la de lograr --en la medida de lo posible-- que el vínculo de filiación que une a dos personas se fundamente sobre un lazo biológico existente en realidad entre ellas. Se pretende que quien aparezca como progenitor de otro lo sea realmente,

esté unido por un vínculo carnal, biológico, sanguíneo, con su hijo, Se trata, en suma, de hacer posible, hoy merced al indispensable papel que juegan las pruebas biológicas, "el descubrimiento de la verdad biológica, para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos" (249). Pero no se piense que el encumbramiento a ultranza de la verdad biológica va a servir únicamente para lograr que cada padre cumpla con sus obligaciones una vez que su condición de tal se revele de tal forma que sea imposible otro comportamiento; la verdad biológica cumple no sólo una función de desiganción de la filiación, sino también una función de exclusión, tanto de la paternidad no real ya establecida ("para demostrar el carácter mendaz de un reconocimiento de complacencia"), cuanto de la que se pretenda establecer, interviniendo, pues, a título preventivo (caso típico de ejercicio de una acción de reclamación de la filiación (250). El Cc. español, tras la reforma de 1981, abandona el camino seguido por la legislación originaria, que se apoyaba sobre dos pilares básicos: la defensa exclusiva de la familia legítima y de la

procreación en el matrimonio (251), para dar satisfacción al viejo empeño de que la paternidad o maternidad establecidas legalmente coinciden con las que sean realmente (biológicamente), tal como se pone de manifiesto en el terreno de los principios en las palabras recogidas en la E. de M. del Proyecto, y en el campo del derecho positivo en el art. 127 Cc., que viene a decir lo mismo desde una perspectiva exclusivamente probatoria: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

Ahora bien, esta verdad sobre la cual se fundan las reglas legislativas, y que el juez ha de investigar y constatar, no es exclusivamente la verdad biológica (252). No hay que olvidar que la filiación no es sólo un vínculo sanguíneo, es, sobre todo, un lazo jurídico, con un enorme componente afectivo, cultural, sociológico en el establecimiento del vínculo de filiación cobra una trascendental fuerza la voluntad individual de los sujetos de querer considerar a un ser como miembro

de su familia, voluntad manifestada de forma constante y reiterada, configurada en el mundo jurídico bajo la institución de la posesión de estado. El deseo de dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco, justifica, al decir de la E. de M., tal relevante papel, que el propio Código confirma (253).

EL principio de verdad biológica, pues, no alcanza a tener categoría de imperativo, absoluto ni equívoco (254). Y no la alcanza, no sólo como consecuencia de las propias limitaciones que establece el Cc. en este sentido (255), o porque en ciertos casos consagra como verdadera e incontestable filiación la fundada en lazos estrictamente jurídicos, sin base carnal o biológica alguna --en principio--, cual es la adoptiva, sobre todo la realizada en forma plena (256), sino debido, particularmente, a la aparición de nuevas técnicas de reproducción humana --inseminación artificial y fecundación "in vitro"--, que, proyectadas espectacularmente sobre

la base se un avanzadísimo desarrollo científico, no responden a las leyes naturales de la procreación, sino que obedecen, tanto en su instrumentalización como en su finalidad, exclusivamente a los mandatos de la voluntad humana, que actúa como factor de inducción único de las mismas (257).

2.2.- La estructura.-

La regulación dada por el Legislador a las acciones de filiación supone una variación sustancial respecto de la ofrecida por el Código en su redacción originaria (258). Las acciones ocupan en el texto articulado del Código un Capítulo, el III, que lleva por rúbrica "De las acciones de filiación", del Título V ("De la paternidad y filiación"). El Capítulo, compuesto por 15 artículos (del 127 al 141, ambos inclusive), está distribuido en tres Secciones, que responden a criterios operativos, impuestos por la propia entidad de los medios contenciosos en cuestión; las acciones de reclamación se incardinan en la Sección II, y las de impugnación en la III, precedidas ambas por cuatro normas que, referidas a aspectos

tan dispares como los relativos a las pruebas utilizables en el proceso, las medidas cautelares. la legitimación o la transmisibilidad de la acción, el legislador engloba bajo la aséptica denominación de "Disposiciones generales" (Sección I). La idea de agrupar estas normas en una Sección no dedicada específicamente ni a la reclamación ni a la impugnación de la filiación, es señal evidente de que éstas despliegan su eficacia respecto de cualquier acción de filiación que se interponga, cualquiera que sea la finalidad que con ella se persiga: adquirir un "status", destruir el existente o ambas cosas a la vez, y, asimismo, cuando el estado controvertido sea tanto de signo matrimonial como no matrimonial (259).

Como nuestro trabajo, por otro lado, está centrado exclusivamente en un tipo concreto de acciones de filiación, cual es el de las acciones de reclamación, nos interesa poner de relieve que hay normas contenidas en la Sección II, dedicada a la reclamación, que gozan de alcance también general respecto de las acciones entabladas con el fin de reclamar un estado. Es decir, en la

disciplina sobre los medios contenciosos dirigidos a la consecución de una relación de parentesco, existen, aparte de las disposiciones generales denominadas así y previstas por el Código --que las acciones de reclamación comparten con las de impugnación-- otras normas cuyo alcance también es general, pero, esta vez, únicamente respecto de las acciones de reclamación, puesto que despliegan sus efectos para cualquier tipo de acción de reclamación que se ejercite, ya sea de filiación matrimonial como de filiación no matrimonial. En este último grupo incluimos la norma que contiene el párrafo primero del art. 134 sobre el ejercicio acumulado de acciones de reclamación e impugnación, así como también la prevista en el art. 135 sobre las pruebas de las cuales se infiera la filiación, íntimamente relacionada con el precepto que declara la admisión de la investigación de la paternidad y de la maternidad y la plena libertad de pruebas (art. 127).

NOTAS AL CAPITULO III

(194) Suerte que, por otro lado, la jurisprudencia se preocupó muy poco de mejorar, como hemos visto también en el Capítulo anterior.

(195) Dice al respecto la E. de M. del Proyecto de Ley, lo siguiente: "La regulación del Código vigente hasta hoy en materia de filiación, trasunto en buena parte del Código Civil francés de 1804, constituía uno de los mayores defectos de nuestro primer cuerpo legal, tan digno de alabanza en muchos otros aspectos. Acentuando el rigor en relación con nuestro Derecho histórico, más consecuente con la verdad biológica en la determinación de la paternidad y más abierta en cuanto a los deberes naturales de los progenitores, el legislador de la codificación excluyó prácticamente, dentro del matrimonio, la posibilidad de impugnar la paternidad del marido, aún contra la más clara evidencia, y fuera de él, la investigación judicial de la paternidad, salvo en contados casos, delimitados con extraordinaria rigidez. Puso asimismo trabas y limitaciones a la investigación del reconocimiento, y estableció profundas diferencias de trato entre los hijos llamados legítimos y los ilegítimos, haciendo así sufrir injustamente a los nacidos fuera del matrimonio las consecuencias de un comportamiento de sus padres del que, en modo alguno, podían ser responsables".

(196) "...la reforma de los antiguos textos, aconsejada también por la que se observa en el Derecho comparado..." (E. de M. del Proyecto).

(197) Sobre los tradicionales argumentos esgrimidos en contra de la investigación de la paternidad, así como de los empleados para su refutación, Vid. por todos SANCHEZ ROMAN, op. cit. págs. 993 y ss.

(198) Del que son buena muestra los siguientes trabajos monográficos: RUIZ VADILLO, "La filiación ilegítima en el Derecho español. Breve estudio crítico". Pretor, 1978, págs. 5 a 33. Del mismo autor, "Esquema sobre una posible revisión parcial del Cc.", A.D.C., 1979, págs. 3 a 82. VILAR BADIA, R. "Una reforma legislativa inaplazable: la

filiación extramatrimonial", R.J.C., 1976, págs. 355 a 395. MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit. págs. 491 y ss. DE LA CAMARA, "La reforma del Derecho de familia y su comparación con el derecho de otros países europeos", La Notaría, 1980, págs. 43 a 68; artículo publicado también bajo la rúbrica "Ante la Reforma del Derecho de Familia", R.D.N., 1978, págs. 101 a 138. PUENTE MUÑOZ, T. "Reflexiones de una jurista en torno a la reforma del Derecho de familia en España", R.D.N., 1979, págs. 281 a 301.

(199) Vid. principalmente, ARCE Y FLOREZ VALDES, La regulación legal española..., op. cit. págs. 3 y ss. SOTO NIETO, F. "Equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial", en Estudios Jurídicos Varios, II, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 247 y ss. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M. en Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 777 y ss. Y GARCIA CANTERO, G. en la revisión y puesta al día, junto con Castán Vázquez, del Derecho Civil Español, Común y Foral, T.V, Derecho de Familia, Vol. 2º, Relaciones paterno-filiales y tutelares, de CASTAN TOBEÑAS, J., Reus, Madrid, 1985, págs. 24 y ss. Los textos se transcriben tal y como aparecen recogidos en la obra de J. HERVADA y J.M. ZUMAQUERO, Textos Internacionales de Derechos Humanos, EUNSA, Pamplona, 1978.

(200) Arts. 2 ("Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición") y 25-2 ("La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social").

(201) Principio primero: "El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición , ya sea del propio niño o de su familia".

(202) Arts. 24-1 ("Todo niño tiene derecho , sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión , origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado") y 26 ("Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social").

(203) Art. 10-3: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...".

(204) Dice ARCE Y FLOREZ-VALDES que, si bien estas Declaraciones tienen sustancialmente un carácter meramente programático para las comunidades políticas integradas en la O.N.U., ello no quiere decir que no exista una obligación moral general, a la que ha de acompañar una acción eficaz, tendente a que tales derechos se reconozcan y se adopten las medidas legislativas adecuadas a su observancia". "La regulación legal...", op. cit. págs. 5 y 6.

(205) Arts. 8-1 ("Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia") y 8-2 ("No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar

económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"). Estos preceptos, aparentemente anodinos, como dice PEÑA, op. cit, pag. 778, han sido objeto de una interesantísima interpretación llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 13-VI-1979 (caso Marckx), a propósito de una demanda interpuesta ante dicho foro contra el Reino de Bélgica por la ciudadana belga Paula Marckx, que actuaba en nombre propio y en el de su hija Alejandra. Las demandantes recurrían contra el sistema contemplado en el Cc. belga sobre el establecimiento de la filiación materna no matrimonial, que, a diferencia de lo que sucedía con la filiación materna matrimonial, no podía llevarse a cabo por medio del acta de nacimiento, sino únicamente a través de reconocimiento formal o procedimiento judicial, entablado a tal efecto, así como contra el contenido de las relaciones familiares que surgían del mencionado vínculo. El Tribunal falló a favor de la pretensión de la demanda, estimando que las normas del Cc. violaban no sólo el art. 8 del Convenio, sino también el 14, que sirve de marco para asentar el principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos por el Convenio, por nacimiento, entre otras causas. En lo que a nosotros atañe --el establecimiento judicial de la filiación-- la sentencia declara que el respeto a la vida familiar se vulnera con el sistema que preveía el art. 341.a) y c) del Cc. sobre investigación de la maternidad, debido a las siguientes razones: "aunque una sentencia declarativa de la filiación de un hijo ilegítimo produce los mismos efectos que el reconocimiento voluntario, el procedimiento aplicable es más complejo. Además de las pruebas que han de ser aportadas, el representante legal del menor necesita el consentimiento del consejo de familia, antes de ejercitar la acción (suponiendo que desee hacerlo) necesariamente para determinar el "status" de aquél; el menor sólo podrá ejercitarla por sí mismo cuando alcance la mayoría de edad.//. Existe, por tanto, el riesgo de que la determinación de la filiación se prolongue excesivamente, permaneciendo entre tanto el menor

jurídicamente desvinculado de su madre". (Vid. el texto íntegro de la Sentencia, así como un breve comentario a la misma a cargo de M. Senén y A.J. Martínez Higuera, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 Años de Jurisprudencia, 1959-1983. Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, s/f, págs. 536 a 562. También, PEÑA, op. cit. págs. 778 y ss. y RIGAU, F. "L'évolution du droit de la famille en Belgique". Mariage et famille en question. Sous la direction de R. Nerson et H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, C.N.R.S., Lyon, 1980, págs. 109 y ss.).

(206) Principio 17 (Parte I): "La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una protección social y económica apropiada".

(207) Convenio al que se ha adherido España por Instrumento de fecha 27-I-1984 (B.O.E. 17-IV-1984).

(208) En el que se hacen afirmaciones sobre el establecimiento de la filiación materna no matrimonial (por el sólo hecho del nacimiento del hijo --art.2--), sobre el establecimiento de la filiación paterna no matrimonial (por reconocimiento voluntario o por decisión jurisdiccional --art. 3--) y sobre las acciones relativas a la filiación paterna, respecto de las cuales han de admitirse las pruebas científicas susceptibles de establecer o de rechazar la paternidad (art. 5). Su texto puede consultarse en el ANNUAIRE EUROPEEN, Vol. XXIII. Publié sous les auspices du conseil de l'Europe. La Haye. Martinus Nijhoff, 1977, págs. 474 y ss.

(209) Como la Constitución "Gaudium et Spes", emanada por el Concilio Vaticano II: "En nuestra época sobre todo se hace urgente la obligación de acercarse a todos y de ponernos a su servicio cuando la ocasión se presente, ya se trate de ese viejo abandonado por todos, de ese trabajador extranjero injustamente menospreciado, o de ese exiliado, o de ese hijo ilegítimo que debe soportar las consecuencias de un pecado que no ha

cometido". PEZOLD-PERNIA, citado por GARCIA CANTERO, "Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio", A.D.C., 1975, pág. 548.

(210) Sobre las diferentes reformas puede verse, en castellano, sobre todo, GARCIA CANTERO, en CASTAN, op. cit. págs. 34 y ss. También HERRERA CAMPOS, loc. cit. págs. 28 y ss. RUIZ VADILLO, "La filiación ilegítima...", loc. cit. págs. 14 y ss. VALDES, J. La procreación irregular y el derecho. Editora Nacional, Madrid, 1972, págs. 187 y ss. BOSCHAN, S. "La última evolución jurídica del Derecho de Familia en los Estados Europeos", (Traducción de Santos Briz), R.D.P., 1975, págs. 413 a 425. SERNA MEROÑO, E. La reforma de la filiación. Montecorvo, Madrid 1985, págs. 135 y ss. De igual forma, es de gran utilidad la consulta de dos obras de carácter colectivo: el Vol. II de D.J. Monográfico dedicado a la reforma española del derecho de familia de 1981, Madrid, 1982, y La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes. Sous la direction de J.M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981, en la que se analiza la situación en la que se encuentra el derecho de filiación de Holanda, Francia, Alemania, Inglaterra, Suiza y Bélgica. Y en particular, respecto de cada uno de los países, son muy útiles las siguientes obras: Alemania, BEITZKE, G. "La condición jurídica del hijo natural en la República Federal Alemana". La reforma del Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Comparado, 1. Dpto. de Derecho Civil, II, Universidad de Salamanca, 1977, trabajo prácticamente idéntico al publicado en la R.I.D.C. bajo el título "La réforme de la condition juridique de l'enfant naturel en République Fédéral D'Allemagne", en 1970, págs. 313 a 324. BOSCHAN, "El derecho de familia en la República Federal de Alemania" (Extracto y traducción de J. Santos Briz), R.D.P. 1973, págs. 497 a 518. STOLL, H. "La evolución del Derecho privado alemán en el año 1969" (Extracto y traducción de J. Santos Briz), R.D.P. 1970, págs. 1.021 a 1.039. Austria, HOYER, H., "Il nuovo diritto di filiazione austriaco", Riv. Dir. Civ. 1978, págs. 625 a 636. SCHWIND, F., "L'évolution du droit de la famille en AUTRICHE". *Mariage et Famille en Question. Sous la direction de R. Nerson*

et H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf. C.N.R.S., Lyon, 1980. Bélgica, PAUWELS, J.M. "Vers la réforme du droit belge de la filiation: le projet de la loi Van Elslande (1978)". La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes. Sous la direction de J.M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981. RIGAUX, F. "Aperçu de l'évolution du droit belge de 1803 à 1958". Le statut juridique de l'enfant naturel. Journée d'études juridiques Jean Dabin. Bruylant, Bruxelles, 1965. RIGAUX, "L'évolution du droit de la famille en Belgique". Mariage et Famille en Question. Ult. op. cit. Francia, DAGOT, M. et SPITERI, P. Le nouveau droit de la filiation. Loi du 3 janvier 1972. Librairies Techniques (LITEC), Paris, 1972. GROSLIERE-COUPERET, J. "EL nuevo Derecho francés de la filiación". Cuadernos de Derecho Comparado, 2. La Reforma del Derecho de Familia. Dpto. de Derecho Civil II. Universidad de Salamanca, 1978. MAZEAUD, H. "Une famille 'dans le vent': la famille hors mariage". Recueil D. S., 1971, Chr. XV, págs. 99 a 102. RASSAT, M.-L. "Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du Droit de la filiation". R.T.D.C., 1973, págs. 207 y ss. RUSSO, L. y MAJELLO, U. "La riforma del regime della filiazione nel diritto francese". Riv. Dir. Civ. 1974, págs. 123 a 131. Italia, ANDRIOLI, V. Comentario a la Ley 19 mayo 1975 n. 151 sobre reforma del derecho de familia. Foro it., 1975, V, págs. 157 a 200. BELLANTONI, L. PONTORIERI, F., La riforma del diritto di famiglia. Commento a tutti gli articoli della l. 19 maggio 1975, n. 151, raffrontati a quelli della normativa abrogata e coordinato alle leggi sulla maggiore età e sul 'divorzio'. Jovene, Napoli, 1976. BRULLIARD, G. "La réforme du droit de la famille en Italie", R.I.D.C., 1975, págs. 645 a 660. BESSONE, M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO, G., La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile. Serie di Diritto/1. Zanichelli, Bologna, 1982. CARRARO, L. "Il nuovo diritto di famiglia", Riv. Dir. Civ. 1975, págs. 93 a 106. DELLA ROCCA, F. Appunti sul nuovo Diritto di Famiglia. Giuffrè, Milano, 1976. ENRICH, D. "La riforma italiana del diritto di famiglia in rapporto alle legislazioni dei paesi europei", Riv. Dir. Civ. 1985, págs. 319 a 331. ZATTI, P. "Il

diritto di famiglia nel Progetti di riforma", Riv. Dir.Civ. 1970, págs. 365 a 406. Portugal, LOPES-ROCHA, M.A. "Nota sobre la reciente evolución del Derecho de familia en Portugal". Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981. Vol. II. D.J., 1982, págs. 1001 a 1009. PERE RALUY, J. "El nuevo derecho portugués de filiación (Código Civil de 1966 modificado por Decreto Ley de 6-octubre-1977)", B.I.M.J., 1978, págs. 7 a 16. Suiza, FLATTET, G. "Le nouveau droit suisse de la filiation", R.I.D.C., 1977, págs. 675 a 687. HEGNAUER, C. Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-359 CCS). Adaptation française par B. Schneider. Editions Staempfli and Cie. S.A., Berne, 1984. STEINAUER, P.H. "L'évolution du droit de la famille en SUISSE". Mariage et Famille en Question, op. cit. Grecia, DELIYANNIS, J. "Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique", R.I.D.C., 1986, págs. 811-828.

(211) RUSSO-MAJELLO. loc cit. pág. 123.

(212) Vid. GARCIA CANTERO, "La reforma de la filiación". R.G.L.J., 1983, págs. 140 y 141. RUSSO-MAJELLO, loc. cit. pág. 124.

(213) Sobre el particular, Vid. GARCIA CANTERO, en CASTAN, op. cit. págs. 34 y 35. Este autor fue el encargado de redactar el "rapport" general en el Congreso de Teherán de 1974, publicado en el A.D.C. de 1975, págs. 521 y ss. bajo el título "Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio".

(214) DE LA CAMARA ALVAREZ, "La reforma del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos", loc. cit. pág. 47.

(215) Vid. supra, pág. 139

(216) "Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad". La variación no responde a ninguna especial intención, sino al leal saber y entender del redactor material de la enmienda (Vid. el Diario de Sesiones del Senado de 28-IX-1978, pág. 3076). Sobre los precedentes más

inmediatos de la norma en el Derecho Comparado, Vid. GARCIA CANTERO, "La reforma...", loc. cit. pág. 142. ALZAGA VILLAAMIL, O. La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático). Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 311. GALVEZ, J. en el comentario al art. 39, en la obra Comentarios a la Constitución, dirigida por F. GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1980, pág. 474.

(217) En el art. 34, anterior al 39, definitivo. Vid. Boletín de las Cortes, del día 5-I-1978, pág. 675.

(218) Art. 35. Vid. B.O.C.G., de 1-VII-1978, pág. 2597.

(219) Art. 35. Vid. B.O.C.G., de 24-VII-1978, pág. 2951.

(220) Enmiendas n° 27 y 244. Ambas proponían la misma redacción que luego resultó definitiva.

(221) Enmienda n° 471, firmada por el Senador Lluís María Xirinacs i Damians. EL texto propuesto, que se adicionaría al n° 2 del art. 35, era el siguiente: "No podrá haber prohibición de la investigación de la paternidad". Se acentuaba así el respeto a la función de los padres y se protege la madre y los hijos, según se decía en la motivación o justificación de la enmienda.

(222) Vid. el Diario de Sesiones del Senado, día 30-VIII-1978, págs. 2056 y ss.

(223) Art. 39-2°: "Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil". Vid. B.O.C.G. de 6-X-1978, pág. 3422.

(224) Por 164 votos a favor y ninguno en contra, con 5 abstenciones. Vid. el Diario de Sesiones del Senado, de 28-IX-1978, págs. 3074 y ss.

(225) Como prevé la Disposición Final de la Constitución.

(226) Por el juego de la Disposición Derogatoria 3 de la Constitución: "Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución".

(227) Fueron contrarios a otorgar valor normativo a la Constitución, entre otros, DIEZ PASTOR, J.L. "La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la Constitución", R.D.P., 1933, págs. 193 y ss., quien aduce un argumento, a su entender, de fuerza incontrastable: la necesidad de comercio jurídico. "No es posible sustituir --dice-- el derecho de familia del Cc. por un sólo artículo de la Constitución. Mucho menos puede admitirse que quede derogado sin nada que lo sustituya. Por este camino llegaríamos a la absoluta incertidumbre del Derecho y al imperio de la arbitrariedad". Loc. cit. pág. 197. Y también DE CASTRO, F. "El derecho civil y la Constitución", R.D.P. 1935, págs. 33 y ss. "La constitución --sostiene este autor--...no regula directamente las relaciones jurídicas de orden privado; sienta sólo principios que necesitan ser desenvueltos en nuevas leyes para alcanzar eficacia inmediata". Loc. cit. pág. 39. A favor de la aplicación directa y derogatoria de la Constitución, se manifestaron DE BUEN, D. Introducción al estudio del Derecho civil, Madrid, 1932, editado de nuevo por la Ed. Porrúa, México, 1977, en los siguientes términos: "...Dentro de la Constitución española, aquellos preceptos que están redactados en forma imperativa, no aplazada ni condicionada, deben reputarse vigentes de modo inmediato, aunque contradigan todo el sistema de nuestra legislación civil, que, en lo que a ellos se opongag, queda totalmente derogada". Utiliza como argumentos en favor de su tesis la doctrina generalmente admitida sobre derogación de las leyes, el art. 100 de la Constitución y la misma "ratio" del precepto innovador, que no debe quedar subordinado a la pereza legislativa o al sentido tradicional de los Tribunales". Op. cit. pág. 201. GONZALEZ PALOMINO, J. "Valor civil actual de las normas constitucionales (apuntes para un estudio jurídico)", R.D.P., 1933, que distingue

entre "declaraciones de principios" y "normas jurídicas", y éstas últimas a su vez en "normas jurídicas completas" y "normas jurídicas incompletas". Las "normas jurídicas completas" entran en vigor desde su origen, a no ser que provoquen una efectiva laguna en el sistema de normas jurídicas ordinarias, en cuyo caso serán "obedescidas e non cumplidas" hasta la emanación del mandato complementario. Loc. cit. pág. 404. BATLLE VAZQUEZ, M. Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado, Imprenta de Galo Sáez, Madrid, 1933, destaca, por su parte, en la Constitución dos aspectos: uno, normativo; ésta sería siempre una ley, tanto desde el punto de vista formal ("porque emana de los órganos soberanos") como material ("porque sus requisitos internos así lo demuestran"), y otro ideológico; "es un programa legislativo en cuanto viene a recoger la ideología dominante en un país en un momento determinado". La Constitución repercutiría sobre el Derecho Privado de tres formas: "inmediata" ("como ley posterior y suprema, que anula toda otra anterior que a ella se oponga por su propia jerarquía y por el principio que ley posterior deroga a la anterior"), "mediata" ("en cuanto dispone la realización de una nueva ordenación para la materia a que se refiere") y "más lejana" ("sobre aquellos preceptos que ni contradice abiertamente, ni dispone que sean objeto de nueva regulación, pero que necesariamente, por responder a un estado de derecho distinto al que se instaure, han de sufrir una transformación en cuanto a su esencia, o incluso desaparecer"). El art. 43 que nos ocupa, sería un ejemplo de repercusión mediata. Op. cit. págs. 15 y ss.

(228) "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

(229) "En cuanto afecta al Derecho civil --dice RUIZ VADILLO, E. "La Constitución española y el Derecho Civil", R.D.P., 1979, pág. 253-- y por

tanto al Código, es evidente la incidencia de la Constitución. Esta...tendría en ocasiones las menos, una repercusión directa e inmediata en el sentido de que, sin más, llevará aparejada su vigencia, como sucede, por ejemplo, en la mayoría de edad...en otras, exigirá un desarrollo legislativo, las más, filiación, paternidad, matrimonio, etc ...". ESPIN CANOVAS, D.: "La norma requiere su desarrollo por ley ordinaria a la que implícitamente se remiten los términos y requisitos que puedan exigirse para la declaración de paternidad". "El derecho de familia en la Constitución y su repercusión en el Código Civil español", LA LEY (1980-0), pág. 763, publicado también en la Rev. Fac. Der. Univ. de Madrid, 1 Monográfico, 1978, pág. 12. ESTEBAN GOMEZ, J.C.: "La Constitución de 1978... inserta, en el apartado 2º del art. 39, la posibilidad de investigar la paternidad. No obstante... había que esperar... a las Leyes que desarrollaran estos preceptos". "Remedios contra la eficacia de la sentencia de filiación anterior a la Ley 11/1981 de 13 de Mayo", LA LEY, 1981-4, págs. 686 y 687. CASAS BARQUERO, E. por su parte, sostiene que "...se constitucionaliza la investigación de la paternidad, previéndose que la ley posibilitará, lo cual hará que se derogue en su momento normativo oportuno el principio de la no investigación de la paternidad que recoge en Cc. español...". "Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia". R.G.D., 1981, pág. 192. MARTINEZ-CALCERRADA, L. mantiene una postura muy similar a las recogidas: "...el precepto es poco expresivo, ya que sólo se limita a subrayar una especie de declaración que forzosamente ha de desembocar en una normativa de adecuación o de desarrollo...". El nuevo derecho de familia (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), Gráficas Espejo, Madrid, 1981, pág. 59; publicado también en la R.D.P., 1981, bajo la rúbrica "La familia en la Constitución española", pág. 984. También, DE LA CAMARA: "El precepto, de redacción no muy afortunada, es demasiado ambiguo y no se le puede atribuir eficacia derogatoria del derecho preconstitucional...". "Los hijos no matrimoniales y la Constitución de 1978", A.J., 1981, II, pág. 21.

(230) Así, las sentencias de 8-V-1981 (Ar. 1986) --cuyo Ponente, curiosamente, fue DE LA VEGA BENAYAS, hoy magistrado del Tribunal Constitucional-- ("...dado que el art. 39-2° está comprendido en el aludido Capítulo 3° y en la consiguiente prohibición de su aplicación directa, es obvio que esta Sala no puede tomarlo en consideración para, al socaire de una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe para remitirla al legislador ordinario, como en efecto éste ya ha hecho con el proyecto hoy en trámite de modificación del Cc. en la materia objeto del motivo, todo lo cual, además, obvia el problema que pudiera plantearse sobre la derogación constitucional de los preceptos del Cc. afectados y aplicados correctamente por la Sala de Instancia, cuya sentencia, por tanto, hay que mantener"), y 8-IV-1982 (Ar. 1941) ("...y sin que tampoco pueda estimarse que el mismo --art. 137-- haya devenido inconstitucional, porque el art. 14 de la vigente Constitución establezca la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, pues aparte de que tal mandato tiene alcance de una declaración de principio, que a su vez se matiza incluyéndolo dentro de los principios comprendidos en el Cap. 3 del Título 1° de la Constitución y concretamente en el art. 39-2°, al que alcanza la prohibición de su alegación directa, ante la jurisdicción ordinaria, prescrita en el art. 53-3°, a la tal igualdad en el supuesto que se examina ha de llegarse obteniendo una declaración específica de la relación paterno filial, que es lo por la actora pretendido en el proceso, dado que razonar en la forma que la recurrente pretende, al articular el motivo, significaría tanto como que para estimar la acción ejercitada bastaría con la invocación del mandato constitucional y su acogida, sin necesidad de cumplir una normativa civil, de obligado cumplimiento, para el éxito de la acción ejercitada").

(231) Sobre esta cuestión no puede dejar de consultarse el trabajo de GARCIA DE ENTERRIA, E. "La Constitución como norma jurídica", A.D.C.,

1979, págs. 291 a 341, así como la monografía de ARCE Y FLOREZ-VALDES, El Derecho civil constitucional, Civitas, Madrid, 1986.

(232) "Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9-1º, donde se dice que 'los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución', sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el B.O.E.. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53-3º del CE, no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo 'vinculan a todos los poderes públicos'. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos, entre los cuales se insertan obviamente 'los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial' (art. 117 de la CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14 de la CE)" --B.O.E. de 15-I-1983.

(233) Interrelación que se utilizó como argumento preferencial en los debates del Senado para defender la constitucionalidad de la investigación de la paternidad. "El hecho de que la investigación de la paternidad acceda a rango

constitucional es realmente colaborar que todos los ciudadanos sean iguales ante la ley", sostenía el Senador Xirinacs i Damians, ante la Comisión del Senado (Diario de Sesiones del Senado, de 30-VIII-1978, pág. 2056). "Que el nacimiento de un hijo de madre soltera represente sólo una carga para esa madre, es una injusticia que atenta contra el principio de no discriminación por razón del sexo. Imponer al padre los deberes y las cargas inherentes a su paternidad, me parece que es un principio de elemental justicia", argüía Villar Arregüí ante la misma Comisión (Vid. el Diario anteriormente citado, pág. 2059); en la defensa ante el Pleno, este último Senador hizo uso de los mismos razonamientos, enriquecidos con referencias históricas y datos comparativos (Vid. el Diario de Sesiones del Senado de 28-IX-1978, págs. 3075 y ss.).

(234) Aunque quizás fuera más conveniente no entender materialmente derogada la norma de que se trate, sino simplemente interpretarla de acuerdo con los nuevos principios que inspiran actualmente el Ordenamiento jurídico, tal como ocurrió en su tiempo con la Constitución de 1931. (Vid. al respecto FOSAR BENLLOCH, E., Estudios de Derecho de Familia, T.I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia. Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 145).

(235) Sentencias de 15-II-1983 (Ar. 1036: "...hay que tener en cuenta tanto la prevalencia normativa sancionada en los arts. 9, 14 y 32 de la vigente Constitución Española de que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico, garantizando el principio de legalidad y la jerarquía normativa, así como la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, habiendo de regularse por ley los derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio, lo que es significativo, en primer lugar, que siendo norma básica y fundamental dicha Constitución ha de ser la base primaria, en el orden jerárquico de las fuentes de Derecho, de toda decisión en el ámbito jurídico y a la que por consecuencia en el campo matrimonial debe someterse cualquier decisión judicial, por otra parte de

precisa adaptación a las leyes que desarrollen aquella orientación constitucional") y 16-II-1984 (Ar. 662: "...a partir de la vigencia de la Constitución y por así disponerlo su art. 14, precepto de carácter normativo y no meramente programático o declarativo de principios, nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, entendiéndose, en consecuencia, derogadas las limitaciones que respecto a la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales se contenían en la regulación del Cc. anterior a la reforma de 1981..."). Recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en el mismo sentido de las anteriormente citadas, proclamando abiertamente la aplicación directa e inmediata de la Constitución, por lo que entendemos que en nuestro más alto Tribunal se ha zanjado definitivamente esta cuestión. La sentencia, de 10-II-1986, (Ar. 513) entre otras cosas, afirma: "a) la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos desde su entrada en vigor (art. 9°), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52, aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53-3), sin embargo, los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53-1°); b) consecuentemente, el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de dicho texto fundamental rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria III de dicha Norma fundamental,...". (Vid. la referencia de esta

resolución, así como un breve comentario a la misma, en A.C., 1986, pags. 1289 y ss.).

(236) Vr. gr. la reforma del matrimonio, admitiéndose el divorcio, en la época republicana. Las reformas de la adopción en 1955 y en 1970...

(237) Término brevísimo si tenemos en cuenta que en Alemania la reforma se produjo en 1969 y la Constitución es de 1949, y en Italia, la Constitución es de 1948, mientras que la reforma se llevó a cabo en 1975, por poner dos ejemplos cercanos.

(238) Claro exponente de una forma totalmente opuesta de actuar en materia legislativa, ha sido la que se siguió en Italia con ocasión de la última reforma del derecho de familia. Trabajos científicos abundantísimos abonaron el terreno del legislador, que gozó de un espléndido material de estudio. Sirvan de botón de muestra los volúmenes sobre la reforma del derecho de familia publicados por CEDAM, con motivo de los Congresos celebrados en Venecia en los años 1967 y 1972, o el publicado por Giuffrè, en 1967 ("Studi in tema de diritto di famiglia", a cura della Catedra di Diritti Ecclesiastico), y las palabras de TRABUCCHI en el prólogo a la primera de estas obras que hemos citado: "Hombres de amplia experiencia y de extensos estudios se han encontrado en perfecta concordia con los más jóvenes docentes sobre la necesidad de recordar al legislador la ponderación meditada con que ha de actuarse en las intervenciones que afectan a los institutos jurídicos fundamentales, los cuales no consienten soluciones improvisadas o no incardinadas en una armónica visión de conjunto". Pág. VII.

(239) Información sobre esta labor preparatoria nos la ofrece DE LA CAMARA, "El nuevo régimen jurídico de la filiación". La Reforma del Derecho de Familia. Matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad. Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia, Imprenta Sevilla, 1982, págs. 241 y ss.

(240) Ult. op. cit. pág. 242.

(241) Vid. el trabajo colectivo que sobre el mismo publicó el Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979; en concreto, el referido a la filiación se debe a F. RIVERO HERNANDEZ, págs. 99 y ss.

(242) RODRIGUEZ ADRADOS se muestra sorprendido por no haberse fijado un plazo superior y haberse preferido el que, con carácter general, dispone el art. 2-1º del Cc. "Recordemos --subraya-- que en Francia, la ley de 3 de enero de 1972 entra en vigor el 1 de agosto, y en Italia, la ley de 19 de mayo de 1975 entra en vigor el 20 de septiembre, plazos ambos que pecan todavía de restringidos: en los Países Bajos, la ley de 3 de abril de 1969 entra en vigor el 1 de enero de 1970; en Alemania, la ley de 19 de agosto de 1969 entra en vigor el 1 de julio de 1970; en Suiza, la ley de 25 de junio de 1976 demora su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 1978, etc.". "La Filiación". Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de Mayo y de 7 de Julio de 1981. Ministerio de Justicia. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1983, pág.113.

(243) CORNU, G. "La Filiation". Archives de Philosophie de Droit. T. 20. Réformes du droit de la famille, publié avec concours du C.N.R.S., SIREY, 1975, pág. 31.

(244) Tal era la idea que flotaba en el Senado, en el curso de los trabajos parlamentarios de la Constitución. Idea que posteriormente pasó al Proyecto de Ley y que puede resumirse en las siguientes palabras del Senador Villar Arregui ante el Pleno: "¿En qué medida podría cumplirse el precepto constitucional que impone a los padres iguales deberes respecto de todos los hijos y dice de éstos que serán iguales, con independencia de su filiación, si el padre sigue siendo un eterno ignorado, si se carga sobre la madre la exclusiva responsabilidad de lo engendrado en sus entrañas en virtud de un acto en que un varón desconocido tuvo también participación?" (Diario de Sesiones del Senado del día 28-IX-1978, págs. 3075 y 3076).

(245) Cfr. el art. 132 del Cc.

(246) RODRIGUEZ ADRADOS, La filiación, op. cit. pág. 120. En el mismo sentido, "Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil", R.D.N., 1981, pág. 278, del mismo autor.

(247) Circunstancia a la que no ajena la E. de M.: "...para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación".

(248) Cfr. el art. 125 del Cc.

(249) Cfr. la E. de M. del Proyecto.

(250) Sobre el auténtico significado del principio de la verdad biológica, así como de las funciones o papeles llamados a cumplir por ésta, Vid. HUET-WEILLER, D. "Le Droit Français", en el volúmen Droit de la filiation et progrès scientifiques, par C. Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982.

(251) EN palabras de LABRUSSE referidas al derecho francés de la filiación anterior a la reforma de 1972, perfectamente traspolables al nuestro previo a ser reformado, en el "Prefacio" al libro Droit de la filiation et progrès scientifiques, pág.4.

(252) Vid. COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, La Filiation légitime et naturelle. Etude de la Loi du 3 janvier 1972 et de son interpretation. Dalloz, Paris, 1977, pág. 18.

(253) Cfr. los arts. 131, 132, 133, 140, etc.

(254) Como señalan HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, La filiation, Jurisprudence Française. Collection dirigée par le professeur René Rodière. Librairies Techniques (LITEC), Paris, 1981, pág. VIII. El desmoronamiento del principio

de la verdad biológica se hace aún más patente en lo que respecta a la determinación de la paternidad. Vid. en este sentido, RODRIGUEZ ADRADOS, La filiación, op. cit. pág. 422.

(255) Piénsese, por ejemplo, en los estrechos moldes en los que se mueve la legitimación activa en el terreno de las acciones, o en los breves plazos de caducidad impuestos para el ejercicio de éstas, preferentemente en lo que a las acciones de impugnación se refiere (cfr. los arts. 136, 137, 140); piénsese igualmente en el principio de prueba que la ley exige al actor presentar con la demanda y que supone claramente una restricción al libre ejercicio de la acción judicial. A veces las limitaciones surgen como resultado de que el Cc.no pone todos los medios suficientes para hacer efectiva la consecución de la verdad biológica, porque ¿las pruebas biológicas pueden practicarse aún en contra de la voluntad de quien deba someterse a ellas?.

(256) Cfr. los arts. 178 y ss.

(257) Sobre el papel de la voluntad en el establecimiento de la filiación, pueden consultarse RAYNAUD, P. "Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation: état du droit positif français".Droit de la filiation et progrès scientifiques. Op. cit. RAYMOND, G. "Volonté individuelle et filiation par le sang".R.T.D.C., 1982, págs. 538 a 559, y LABRUSSE, en el "Prefacio" anteriormente citado.

(258) El Código adquiere en esta materia, tras la reforma de 1981, una fisonomía claramente diferenciada y mucho más diáfana de la que era característica en la redacción originaria (en la que las acciones se repartían en los Capítulos y Secciones dedicados a las diferentes filiaciones) y de la que impera, de forma prácticamente unánime, en las legislaciones extranjeras (incluso las más recientes, la francesa, la belga, la italiana, la alemana...), --salvo alguna excepción, ciertamente, (Suiza puede tomarse como ejemplo)-- que mantiene la dualidad histórica entre la filiación legítima y

la filiación ilegítima, adscribiendo a cada una de ellas un régimen propio de acciones.

(259) El Código que, al hablar de la determinación de la filiación, distingue entre la matrimonial (cfr. los arts. 115 y ss.) y la que no lo es (cfr. los arts. 120 y ss.), tomando el tipo de filiación como el divisor primero de la exposición sistemática, prefiere seguir, sin embargo, una metodología basada en la mera distinción de la finalidad inmediata de la acción (reclamar o impugnar una filiación), en esta materia.

SEGUNDA PARTE

REGIMEN JURIDICO

Tenemos la intención de tratar, en los Capítulos que siguen a continuación, lo que constituye el régimen jurídico de las acciones en sentido propio. En los tres Capítulos anteriores hemos ido bosquejando las bases sobre las que se asienta la disciplina jurídica de la determinación judicial de la filiación, esto es, nos hemos referido a los presupuestos básicos --concepto y naturaleza jurídica-- y a los antecedentes históricos --próximos o remotos-- de lo que hoy constituyen las acciones de reclamación en el Código civil. Corresponde, pues, en buena lógica, describir ahora el derecho positivo de la materia que nos ocupa, labor que exige la descripción de variados aspectos. Por un lado, lo que pudiéramos denominar vertiente procesal de la acción, apartado donde se incluyen las medidas cautelares previstas en el art. 128 Cc. y el análisis de la cuestión del principio de prueba, requisito de admisibilidad de la demanda, previsto en el segundo párrafo del art. 127. Dedicaremos también una muy detenida atención a la problemática de la prueba, verdadera piedra de

toque de todo el sistema de determinación judicial de la filiación y, en particular, nos referiremos a las nuevas perspectivas que se abren con las pruebas biológicas de paternidad, cuyas peculiaridades tan acusadas hacen un poco forzado su encaje en las estereotipadas normas procesales de referencia y provocan el nacimiento de nuevos y, hasta cierto punto, irresolubles problemas. Por último, habremos de detenernos, igualmente, sobre las cuestiones inherentes a la legitimación activa y pasiva, y a la determinación de los plazos previstos para el ejercicio de las acciones.

Independientemente de los diferentes aspectos concretos que, a lo largo del texto, tendremos ocasión de observar detenidamente, quizás lo más destacable del conjunto de la regulación que nos ha deparado la ley 11/1981, de 13 de mayo, sea el hecho de que se ha abandonado el concepto de acción alimenticia, que existía en la redacción originaria del Código.

La exigua pretensión que podían actuar quienes ostentaran la condición de hijos ilegítimos no naturales, se ha ampliado notablemente. En la

formulación actual, todos los hijos, matrimoniales o no, tienen derecho a reclamar una paternidad "completa", no meramente alimenticia, que comporte todo el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la condición de padre. Si la acción de reclamación triunfa, el efecto que se produce no se agota únicamente en provocar el nacimiento de una obligación de carácter económico a cargo del progenitor. El efecto fundamental que la acción conlleva es la consagración legal de un estado (260).

(260) El ordenamiento español se une, así, a otros ordenamientos europeos que también han creído conveniente suprimir la acción alimenticia, tales como el de la República Federal Alemana (Vid. al respecto, FURKEL, "La recherche de la paternité...", loc. cit. págs. 342 y ss.... BEITZKE, "La réforme de...", loc. cit. págs. 317 y ss.) o el suizo (Vid. FLATTET, "Le nouveau droit suisse...", loc. cit. pág. 682. STEINAUER, "L'évolution du droit...", op. cit. pág. 42). Entre los países que mantienen la dualidad de acciones, el sistema más representativo quizás sea el galo. La "action à fins de subsides", que vino a sustituir a la antigua "action alimentaire" introducida por la ley de 15-VII-1955, aparece regulada en los arts. 342 a 342-8 del Code. Tiene un régimen jurídico, en parte, específico, y se caracteriza fundamentalmente por conceder al hijo cuya filiación paterna no está legalmente establecida, el derecho a obtener alimentos de un sujeto que ha mantenido relaciones sexuales probadas con su madre durante el periodo legal de la concepción. Esta acción, de naturaleza subsidiaria respecto a la "recherche de paternité", no deja de ser lo que CORNU concibe como una muestra de la política de compensación del legislador. "Cuando las circunstancias impiden al hijo acceder en plenitud a una condición satisfactoria --dice este autor, La filiation, Archives..., op. cit. pág. 37--, la ley le prodiga, como antes, ventajas de consolación... En el orden de las compensaciones, la más típica y --desde el comienzo-- la más controvertida, es la nueva "action à fin de subsides", abierta a los hijos naturales". Sobre esta peculiar acción, su naturaleza jurídica, fundamento, régimen jurídico y diferencias con la "recherche de paternité", Vid. COLOMBET, C. "Filiation naturelle. Action à fins de subsides". J.Cl. Civil. Editions Techniques, Paris, 1979. MAZEAUD, H. "Une famille dans le vent: la famille hors mariage". Recueil D. S., 1971, Chr. XV, págs. 101 y ss. CORNU, "La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation)", Recueil D. S., 1971, Chr. XXIV, págs. 167 y ss. HUET-WEILLER, "Le droit français de la filiation". Perspectives européennes. Sous la direction de J.M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981, págs. 67 y ss. NERSON, "Personnes et droits

de famille". R.T.D.C., 1975, págs. 98 y ss. RASSAT,
"Propos critiques sur...", loc. cit. págs. 419 y
ss.

CAPITULO IV

**LAS ACCIONES DE RECLAMACION
Y EL PROCESO**

1.- Competencia y procedimiento.-

La competencia territorial para conocer de los pleitos sobre filiación viene determinada en virtud de lo dispuesto en el art. 63, n°1 de la L.E.C., precepto que establece que "en las demandas sobre estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado". La objetiva atañe a los jueces de Primera Instancia, a no ser que por ley se atribuya el conocimiento de estas causas a los Juzgados de Familia, creados por R.D. de 3-VIII-1981. Estos órganos surgen con la finalidad de conocer de las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV ("Del matrimonio") y VII ("De las relaciones paterno-filiales") del Libro I del Código civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las leyes (art. 1, párrafo 2°). No hay, por tanto, inconveniente en que por ley se atribuya la competencia de los pleitos sobre filiación a los Jueces de Familia, aunque esta es

una posibilidad que aún no ha cuajado en nuestro país (261).

El procedimiento es el que fija la L.E.C. para el juicio declarativo ordinario de menor cuantía. En tal sentido, el art. 484, n° 2 de la mencionada ley dispone que "se decidirán en juicio de menor cuantía:...2° Las (demandas) relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas".

La redacción actual de este precepto fue fruto de la reforma llevada a cabo en el ordenamiento rituario por la ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cambio legislativo tuvo gran importancia en la materia que nos ocupa, puesto que, como es sabido, el anterior texto procedimental asignaba a los procesos de estado el trámite del juicio de mayor cuantía (262), que ofrecía --según la doctrina-- las máximas posibilidades de ataque y defensa (263) y constituía "la forma solemne y de mayor garantía" (264) para la salvaguardia de los intereses en juego. Con todo, el lento y pesado desenvolvimiento

de los plazos y de las actuaciones procesales inherentes al mayor cuantía fue la causa de que la ley de 1984 sustituyera aquel procedimiento por el del menor cuantía, más breve. Algún autor había propugnado que se siguiera el trámite del juicio de cognición (265).

La materia objeto del litigio --el estado de las personas-- impone la observancia de una serie de reglas derivadas de la propia nota de indisponibilidad que caracteriza a las acciones de estado (266). Estas notas, aplicadas al procedimiento, significan que no cabe transacción judicial ni extrajudicial (267) (art.1.814 Cc.), que no puede acudir al arbitraje para dirimir estas cuestiones (268), que el allanamiento del demandado no surte efectos (269), y que no es necesaria la conciliación de las partes (270).

Sin perjuicio de que esto sea lo jurídicamente correcto, lo que quizás convenga plantearse es si todas estas notas, y otras que se predicán de las acciones de estado (271), no será preferible que sean concebidas con una total ausencia de rigidez formal, olvidando esquemas

preconcebidos y verdades inamovibles, puesto que con aquéllas lo que se persigue básicamente es lograr la satisfacción del interés del hijo, y, por ende, de la sociedad, y tanto uno como el otro priman sobre una aplicación estricta y miope de las normas jurídicas (272).

2.- Las medidas cautelares del art. 128

Cc.-

Dispone el art. 128 lo que sigue: "Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.//. Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior".

La razón de ser de este precepto se aprecia fácilmente. El legislador ha querido que el hijo vea cubiertas sus necesidades materiales fundamentales incluso antes de que el derecho le

otorgue formalmente el padre que persigue. A modo de medida cautelar, el progenitor --padre o madre-- viene obligado, desde el momento en que se pone en marcha el procedimiento judicial de reclamación de la filiación, a prestar alimentos a quien jurídicamente no es su hijo. Es decir, en la práctica, al presunto progenitor, (normalmente el demandado, como dice el Código, pero no vemos razón alguna para que, siendo él el actor, el juez no pueda decretar la misma medida), se le exige el cumplimiento de una serie de obligaciones que son más propias de una paternidad cierta que de una presunta; si bien no hay que olvidar que las obligaciones o cargas acordadas por el juez tienen una vocación ineludible y condicional --resolutoria--; se han de cumplir en tanto en cuanto se halle pendiente el procedimiento.

Las medidas en cuestión, tratándose de un pleito sobre reclamación de la filiación que es el que nos interesa, pueden ser de dos tipos:

a) En primer lugar, el juez puede acordar que el presunto padre preste alimentos (273) a quien en la demanda figura como su hijo. Este entra,

de este modo y antes de que se produzca el pronunciamiento judicial, bajo la esfera de protección y de tutela asistencial de aquél (274), cubriéndose así uno de los objetivos prioritarios que, a veces, persigue la demanda: la satisfacción de las necesidades más urgentes del hijo.

La prestación alimenticia es provisional, porque está pensada para hacerse efectiva mientras dure el procedimiento. Una vez concluido éste (275) los alimentos dejarán de prestarse si recayó una sentencia desestimatoria de la demanda o se tornarán definitivos en función de otro procedimiento que se entable para fijar su procedencia y cuantía (276).

b) Además de acordar alimentos provisionales, el juez puede ordenar que se adopten las medidas de protección (277) previstas en el párrafo primero, posibilidad abierta merced a una enmienda interpuesta a tal efecto por el Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya al texto del Proyecto (278) que, en principio, no preveía tal contingencia.

La remisión al primer párrafo del artículo se justifica sin mayores problemas (279), como dice PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (280), no sólo por la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación conjuntamente con otra de impugnación de la filiación contradictoria, sino porque habrá lugar a adoptar estas medidas cuando quien reclama no sea el presunto hijo, sino el presunto padre, con objeto de evitar maniobras dolosas por parte del otro progenitor o de su familia que vayan dirigidas a dejar completamente inoperante el procedimiento judicial iniciado.

Lo que acabamos de exponer nos mueve a considerar que al art. 128 no se le ha dado, a nuestro entender, la redacción más correcta, porque cuando en el segundo párrafo dice que "el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado", lo que está queriendo decir es que "el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del presunto progenitor", sea éste demandado o actor, puesto que no hay razón alguna para que, ostentando él tal cualidad, el juez no le imponga el deber de cumplir con aquella prestación si el

hijo así lo precisara. Si no fuera ésta la interpretación más correcta, habría que sostener que el presunto hijo estaría obligado a proporcionar alimentos a su presunto padre, en el caso de que fuera éste quien iniciara el pleito, y aunque no vemos ninguna razón de peso para oponernos a tal situación, no creemos que tal hubiese sido la querida por el Código.

Por otro lado, la conexión del segundo párrafo con el primero plantea un problema en orden a la determinación de los posibles beneficiados por las medidas que la norma recoge. El primer párrafo, aún redactado de forma defectuosa, está pensado exclusivamente para otorgar protección a quienes impugnen (281) la paternidad de aquél bajo cuya potestad se hallen. Son, por lo tanto, menores de edad o incapacitados. En el párrafo segundo, dedicado a los pleitos de reclamación de la filiación, no se contiene sin embargo ninguna previsión sobre las circunstancias personales o sobre las aptitudes que ha de guardar el sujeto que quiere verse favorecido por la dotación cautelar de alimentos. La ausencia de concreción en este

segundo supuesto puede ser indicativa tanto de que el Código está dando por sentado que también es necesario ser menor o incapacitado para tener derecho a estos alimentos (282), como de que no hay razón para sostener tal exigencia, al no constar expresamente.

Creemos que esta es la postura correcta (283). El art.128 contempla en cada uno de sus párrafos dos supuestos de hecho diferentes. En uno se recoge una situación de necesidad real, existente en el momento de la reclamación, situación de falta de medios en la que se encuentra el hijo con independencia de la capacidad que tenga en dicho momento; este párrafo --el segundo-- está pensado para resolver una cuestión puramente económica, de ausencia de meros recursos materiales. El primer párrafo no gira en torno a una situación de ausencia --total o parcial-- de capacidad. Las medidas de protección sobre persona y bienes no tienen objeto más que cuando el individuo no puede protegerse adecuadamente por sí mismo, es decir, en la nomenclatura utilizada por el Código, cuando se halle bajo la potestad de otra

persona, o sea, cuando sea menor o esté incapacitado. No creemos, por lo expuesto, que deba exigirse ausencia de capacidad a los hipotéticos beneficiarios de los alimentos, pero sí habrá de darse tal circunstancia cuando pretendamos del juez el establecimiento de alguna de las medidas del primer párrafo del 128.

Resta, por último, hacer referencia a una delicada situación jurídica que puede producirse en el caso de que el juez acuerde --de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal (284)--, la atribución de alimentos al hijo mientras dura el procedimiento. El que el juez conceda el derecho a percibirlos no prejuzga la resolución del fallo, que puede ser contraria a la pretensión deducida por el actor. La sentencia puede ser desestimatoria de la demanda, y por ello cesa el derecho a percibir alimentos y debe surgir paralelamente, una vez que la sentencia sea firme, el derecho del alimentante a ser resarcido por la prestación económica abonada (285), desde que ésta tuvo efecto, porque el título que la justificaba desaparece con carácter retroactivo. Esta posibilidad, este enriquecimiento

injusto que experimenta el presunto hijo (286) va a ser la causa, en nuestra opinión, de que los órganos judiciales se muestren bastante remisos a la hora de decretar las consabidas prevenciones, inclinándose únicamente por su adopción cuando existan razones suficientemente fundadas que permitan suponer la existencia de la relación paternofilial en liza.

3.- El requisito previo de admisibilidad de la demanda.-

3.1.- Consideraciones generales.-

El párrafo segundo del art. 127 establece lo siguiente: "El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". El legislador ha tenido a bien introducir una norma de naturaleza estrictamente procesal en el cuerpo sustantivo del Código civil, con el objeto de establecer así una cortapisa al ejercicio de las acciones de filiación.

El precepto, que, por ser uno --el primero-- de los que componen la Sección I ("Disposición generales") del Capítulo III, es norma que goza de alcance general respecto de todas las acciones de filiación que se ejerciten --de reclamación y de impugación-- y cualquiera que fuera el tipo de filiación controvertida --matrimonial y no matrimonial--, no tiene precedente en nuestro Derecho de filiación, que jamás exigió al actor el cumplimiento de requisito alguno a la hora de entablar demanda dirigida a reclamar o impugnar un estado de filiación. En este orden de ideas, conviene dejar claras dos cuestiones:

1.- No hay que confundir este control previo de admisibilidad de la demanda, que se concreta en la exigencia de presentar un principio de prueba de los hechos en que aquélla se funde, y que opera en el mismo instante de presentación de la demanda, con el hecho de que la ley exija, a veces (287) la alegación y prueba de una situación o circunstancia (rapto, estupro o violación de la madre, seducción, concubinato entre los padres,

escrito del presunto padre...), normalmente establecida taxativamente, constitutiva de la acción, de tal forma que si el juzgador no la aprecia, fallando sobre el fondo, desestima la pretensión. Y no hay que confundirlo, porque el principio de prueba no es un elemento integrador, constitutivo de la acción, sino un mero requisito procesal de la misma, cuya observancia procede en el momento de presentación de la demanda y sin que la decisión que sobre él se tome prejuzgue la que en su momento se haya de tomar sobre el fondo del asunto.

2.- Por otro lado, la expresión "principio de prueba" no es nueva en nuestro Derecho; en efecto, al referirse a las pruebas de la filiación de los hijos ilegítimos, el Cc. en el antiguo art. 117 empleaba una fórmula muy extendida también en otros ordenamientos en los que se recoge de forma prácticamente idéntica. El mencionado art. 117 disponía: "En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme o de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un

principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente". Esta norma, derogada, subsiste sin embargo en derechos como el francés (288), italiano (289), belga (290) o mejicano (291), aunque circunscrita a un ámbito muy concreto: el principio de prueba se exige para admitir la prueba testifical, a la que puede recurrirse sólo cuando no exista otro tipo de pruebas, y que ha suscitado y lo sigue haciendo una particular reticencia en este tipo de procesos (292).

Es innecesario insistir en que este principio de prueba no tiene nada que ver con el previsto en el art. 127, ya que:

a) El principio de prueba del art. 127 se aporta con objeto de lograr la admisión de la demanda, mientras que el otro cumple la finalidad de servir de refuerzo a las pruebas de la filiación no consideradas privilegiadas, fundamentalmente a la testifical.

b) El principio de prueba previsto en el art. 117 y en los preceptos que acabamos de citar,

ha de constar por escrito; en el art. 127 no se recoge, por el contrario, ningún tipo de previsión en este sentido.

c) En el caso concreto del derogado art. 117, el principio de prueba había de provenir "de ambos padres, conjunta o separadamente", no haciéndose, contrariamente, referencia alguna a la persona o personas de las cuales haya de proceder, en el art. 127 (293).

3.2.- El "giudizio preliminare de ammissibilità" de la acción en el Código Civil italiano. Evolución histórica.-

EL peculiar sistema previsto por el ordenamiento jurídico italiano en orden a la admisibilidad de la acción de declaración judicial de paternidad o maternidad naturales, constituye un valiosísimo ejemplo de hasta dónde puede llegar la previsión cautelar del legislador en el terreno de las acciones de estado. El ya considerable desenvolvimiento histórico de la institución, así como la abundante literatura jurídica escrita y la jurisprudencia --civil y constitucional-- a que ha

dado lugar, constituyen razones más que suficientes para que nos detengamos sobre esta figura, que el legislador español bien pudo haber tomado como modelo, poniendo especial atención en su interesante desarrollo legislativo, y tratando conjuntamente con el sistema instaurado por el Cc. español diferentes aspectos relativos a su régimen jurídico.

El juicio preliminar de admisibilidad se introdujo en la edición del Código de 1942, en el art. 274 (294), en los siguientes términos: "L'azione per la dichiarazione di paternità o di maternità naturale è ammessa solo quando concorrono indizi tali da farla apparire giustificata.//. Sull'ammissibilità il tribunale decide in camera di consiglio con decreto, su ricorso di chi intende promuovere l'azione, sentiti il pubblico ministero e le parti personalmente, qualora compaiano, e assunte le informazioni del caso. Il decreto non è soggetto a reclamo.//. L'inchiesta sommaria compiuta dal tribunale ha luogo senza alcuna pubblicità e deve essere mantenuta segreta.//. Il tribunale, anche prima di ammettere l'azione, può, se trattasi

di minore o d'altra persona incapace, nominare un curatore speciale che la rappresenti in giudizio". En el art. 275 se facultaba al tribunal para condenar al pago de una pena pecuniaria en el caso de que se declarara la inadmisibilidad de la acción (295).

Este control previo de admisibilidad de la demanda, configurado como un límite procesal a la libre proponibilidad de la acción declarativa de la filiación natural, nació para cumplir una función de cautela frente a demandas infundadas, entabladas con fines de chantaje (296). Merece destacarse el hecho de que el decreto a través del cual el tribunal decidía si había lugar o no a la admisión de la acción, no estaba sujeto a reclamación (párrafo 2° del art. 274), y que la "inchiesta sommaria" llevada a cabo por el órgano judicial se realizaba sin ninguna publicidad y debía mantenerse secreto (párrafo 3°). El carácter marcadamente sumario del procedimiento llegaba a limitar a las partes sus derechos en el proceso, colocándolas en una clara situación de indefensión (297), lo que llevó a la Corte Costituzionale (298) a declarar

constitucionalmente ilegítimos el 2° párrafo del art. 274, "en la parte en la que se dispone que la decisión sobre la admisibilidad de la acción para la declaración judicial de paternidad y maternidad naturales tendría lugar a través de decreto no motivado y no sujeto a reclamación, así como en la parte en la que excluye la necesidad de que la decisión tenga lugar con contradicción y con la asistencia de los defensores", y el párrafo 3° del mismo artículo, "en la parte en que dispone el secreto de la investigación también respecto de las partes", por ser contrarios ambos párrafos al contenido del art. 24, párrafo 2°, de la Constitución (299).

En lo que atañe al art. 275, cuya constitucionalidad también se debatía, la Corte entendió que no era contrario a los principios constitucionales, ya que la previsión de una pena pecuniaria "no impide el ejercicio de la acción, entretanto constituye un obstáculo que encuentra justificación en aquellos límites cuya determinación la Constitución ha deferido a la ley ordinaria" (300).

Como consecuencia de la decisión constitucional, la Ley de 23-XI-1971 modificó el art. 274, añadiendo la exigencia de que el decreto del Tribunal haya de ser motivado, esté sujeto a reclamación y las partes tengan acceso a las actas y documentos de la "inchiesta sommaria" (301); con esta nueva redacción, como opina BIANCA (302), se ha satisfecho el principio constitucional de la defensa del control, que debe ser entendido ya no como una intervención discrecional dirigida a tutelar el nombre de ciudadanos honorables, sino como un juicio preventivo de fundamento de la acción. El juicio de deliberación, precisamente, está dirigido a verificar si la acción es o no manifiestamente infundada" (303).

La última fase de esta evolución legislativa la constituye la ley de 19-V-1975, por la cual se modifica el primer párrafo del art. 274 (304) y se suprime el art. 275, al considerar que la pena pecuniaria no cumple la finalidad de servir de obstáculo a la proposición de acciones infundadas (305).

3.3.- Exégesis del segundo párrafo del art.

127 Cc..-

3.3.1.- Finalidad de la norma.-

Conviene preguntarse cuál ha sido el motivo que ha conducido al legislador español a introducir este límite a la proponibilidad de las acciones de filiación, que se configura como un verdadero condicionante (306) de que los tribunales lleguen a realizar un pronunciamiento acerca de la relación paternofilial cuya constitución o destrucción se pretende.

Hemos dicho en páginas anteriores (307) que el principio de verdad biológica se recoge en el Código de forma amplia, pero no ilimitada. Entre los límites que se contemplan está el recogido en el art. 127-2°, que cumple, junto con otros de diversa índole y naturaleza, la misión de "impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límite a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona" (308).

En la propia "mens legislatoris" se observa de forma nítida que sobre el artífice de la reforma sigue planeando el consabido y tradicional recelo que despertó desde el siglo pasado el establecimiento judicial de la filiación, en mayor medida ilegítima; el temor a los escándalos familiares, así como los posibles chantajes que se pudieran perseguir, y la protección del honor de las personas afectadas por las falsas imputaciones de paternidad, están en la base de cualquier límite que se intente poner a las acciones de estado, y en la mente de la mayoría de los autores, que no se oponen, en general por estos motivos, a su establecimiento (309).

No somos, sin embargo, muy partidarios de encontrar el fundamento del principio de prueba en el deseo de prevenir posibles ataques y daños contra el honor y la respetabilidad de las personas, o en la tranquilidad de las familias. En realidad, no somos partidarios de apoyar ningún tipo de fundamento (310), puesto que la norma nos desagrada profundamente. Da la sensación de que el legislador ha querido revivir las cautelas y

restricciones del derecho tradicional frente a las demandas de paternidad (311), con el agravante de que: a) lo que antes era cautela respecto a una acción de reclamación de la paternidad natural, hoy lo es respecto de cualquier clase de acción de filiación que se ejercite; b) la utilización de las pruebas biológicas en estos procesos evita cualquier tipo de duda acerca de la paternidad atribuida, con lo que se soluciona el ancestral miedo a la investigación judicial de la paternidad; c) la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, proporciona los medios idóneos necesarios, sustantivos y procedimentales, frente a toda intromisión ilegítima que se lleve a cabo en el ámbito de protección de estos derechos, sin que el poder conferido al juez para admitir a trámite o rechazar la demanda pueda suplir en modo alguno las atribuciones y las garantías que aquella ley contempla (312); y d) el mandato constitucional previsto en el art. 39-2º ("La ley posibilitará la investigación de la paternidad"), dudamos que sea compatible con el principio de prueba exigido en el

art. 127. "Posibilitar --es decir, "facilitar y hacer posible una cosa dificultosa y ardua" (313)-- la investigación de la paternidad", o, lo que es lo mismo, el establecimiento judicial de la filiación, ¿no está acaso reñido con la imposición judicial de unas especiales cautelas, cuya apreciación se deja al libre arbitrio del juez, que suponen en cierto modo un límite no permitido por la Consitución?. Los que tomen como modelo Italia han de tener presente que el art. 274 se justifica en virtud de la propia norma constitucional que autoriza a poner límites a la investigación de la paternidad (314), pero en el ordenamiento español el tenor literal del art. 39 parece abonar la opinión contraria.

Por otro lado, la desdichada norma fue objeto, durante el proceso de elaboración de la ley, de innumerables críticas por parte de diputados y senadores de los distintos grupos parlamentarios, y pasó las distintas votaciones por un estrecho margen de votos. En concreto, los argumentos esgrimidos por los parlamentarios en el curso de los debates que se suscitaron para la

supresión del referido párrafo, iban dirigidos fundamentalmente en las siguientes direcciones:

a) El párrafo 2º del art. 127 supone una quiebra importante del principio general que impera en nuestro derecho procesal sobre la libre admisibilidad de las demandas, en tanto se cumplan los requisitos del art. 524 de la L.E.C. (315).

b) El mantenimiento de la cautela supone un absoluto desprecio de la experiencia que proporciona el Derecho foral de Cataluña, en el que, durante un periodo de tiempo muy dilatado, no se han producido demandas infundadas de paternidad ni intentos de chantaje a través del ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación (316).

c) Puede dejarse en una clara situación de indefensión a aquellas personas a las que no sea posible aportar el principio de prueba, produciéndose como corolario la vulneración del art. 39 de la Constitución (317).

3.3.2.- Qué ha de entenderse por principio de prueba?.-

Resulta difícil intentar contestar a esta pregunta. El Código no lo dice, y de los trabajos preparatorios no se deduce. Por otro lado, intentar fijar a priori qué hechos o situaciones sean constitutivos de un principio de prueba a los efectos de admisión de la demanda, es perder el tiempo, pues habremos de depender siempre de lo que el juez estime oportuno, al hallarse esta materia subordinada por entero al arbitrio judicial y a las circunstancias del caso concreto (318). Pero lo que sí puede adelantarse es que será principio de prueba todo aquello que acredite la seriedad de la pretensión que se ejercita (319), es decir, aquella relación, profusa o escueta, de datos, situaciones, acontecimientos (320) que, referidos a los hechos fundamentales de la demanda, produzcan en el Juez la sensación de que el estado de filiación reclamado goza de cierta credibilidad, (321), sin que ello suponga en absoluto un inicial pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, que puede ser estimada o desestimada. Lo que no

cabe duda, a nuestro entender, es que este principio de prueba no puede llegar a tener nunca la entidad de una prueba, en su propio concepto jurídico, puesto que no puede adelantarse en el tiempo el cumplimiento de un paso procedimental --proposición y práctica de prueba-- perfectamente fijado por las leyes procesales, y puesto que ello violentaría el espíritu del precepto, que no va tan lejos en su exigencia (322).

3.3.3.- Efectos.-

Una vez presentada la demanda con el principio de prueba que se acompañe, el juez decidirá sobre la admisión o no a trámite de la misma. Tanto en uno como en otro caso, se van a producir una serie de efectos que pasamos a continuación a describir.

3.3.3.1.- Admisión a trámite de la demanda.-

Si el órgano judicial estima que existen razones suficientes como para creer revestida de ciertos visos de credibilidad la relación de filiación que se persigue, y siempre que se

hubieren cumplimentado los distintos requisitos procesales establecidos en las leyes (competencia objetiva, territorial...), procederá entonces a admitir a trámite la demanda. La resolución judicial por la que se acuerda la tramitación adopta la forma de providencia (323) y estará sujeta a recurso de reposición, previsto en los arts. 376 y ss. de la L.E.C. Como ya hemos dicho en páginas anteriores, la aceptación de la demanda no supone un fallo favorable a la misma, sino única y exclusivamente que se abre la puerta para entrar a decidir sobre el fondo del asunto.

3.3.3.2.- Inadmisión de la demanda.-

Si el demandante no aporta el principio de prueba, o el que aporta no cumple, a juicio del juez, el papel de servir de punto de referencia sobre la seriedad de la acción, el órgano judicial no admitirá a trámite la demanda, tal como preceptúa el, tantas veces citado, párrafo segundo del art. 127. La dicción de la norma ha sido modificada con relación al texto primitivo del Proyecto, que se expresaba con mayor contundencia: "El Juez rechazará de plano la demanda si con ella

no se presenta un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde". Las críticas que suscitó esta cautela fueron la causa de que en el Dictamen de la Comisión (324) se modificara la redacción original y se adoptara la que luego resultó definitiva, con el objeto de suavizar aparentemente el rigor de la norma; en el fondo, el cambio de redacción no entrañó una modificación sustancial del contenido del artículo. La resolución del tribunal en este caso ha de adoptar la forma de auto, a tenor del art. 369 de la L.E.C. (325), en el que se expresarán los motivos en los que el juez fundamente su postura (326). Contra éste pueden interponerse los recursos de reposición y apelación (327), aunque no parece que haya lugar al de casación, dado que, como dice SANTOS BRIZ, "la resolución no será definitiva, en cuanto que subsanados los defectos, o pasado el tiempo, la acción misma podrá volver a intentarse" (328), al contrario de lo que ocurre en el derecho italiano, en el que el decreto con el que el tribunal decide en cámara de consejo sobre la admisibilidad, es recurrible ante la "Corte

d'appello", y el que emita este órgano, lo es en casación (329).

NOTAS AL CAPITULO IV

(261) GELSI BIDART incluía entre las competencias de los Tribunales de Familia, cuya creación él propugnaba, las que hacían referencia a los asuntos de reclamación tanto de la filiación legítima como de la ilegítima, en su obra "Enfoque procesal de la familia", Montevideo, 1958, citado por CASTAN, VAZQUEZ, J.M. "La tendencia a la creación de tribunales de familia", D.J. Abril-Junio, 1975, pág. 370.

(262) En el antiguo art. 483, n° 3, se decía que se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía las demandas relativas a derechos políticos y honoríficos, filiación, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas.

(263) En opinión de PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo. Proceso de ejecución. II. Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 192.

(264) DE CASTRO, op. cit. pág. 99.

(265) Como RUIZ VADILLO, que expresaba su parecer en los siguientes términos: "mi experiencia me permitió, en períodos cortos de tiempo, comparar el juicio de mayor cuantía y el de cognición, y considero que a este tipo de relaciones jurídicas hubiera convenido mejor este último, teniendo en cuenta las notas que le caracterizan y que la naturaleza del proceso es independiente de la respectiva competencia. Es decir, de un juicio de cognición puede perfectamente conocer el Juez de Primera Instancia y en apelación la Audiencia Territorial". "Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de Mayo de 1981" Justicia 82, II, 1982. pág. 17. El juicio de cognición fue establecido por la Base Décima de la Ley 19-VII-1944 sobre normas procesales aplicables en la Justicia Municipal, que ha sido desarrollada por el D. de 21-XI-1952, modificado en parte por la ley de 6-VIII-1984.

(266) CARBONNIER sostiene que "el estado civil se sustrae a la disposición de su titular y ello por la sencilla razón de que dicho estado no

es un elemento extrínseco de la persona, sino que viene a ser la persona misma bajo el ángulo de sus relaciones familiares. Consiguientemente, las acciones concernientes a la filiación son indisponibles". Op. cit. pág. 390.

(267) A tenor de lo que dispone el art. 1.814 Cc.: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros". Ahora bien, como sostiene CASTAN, citando las sentencias de 17-VI-1944 y 13-X-1966, tal prohibición "no se ha de extender a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que pueden derivarse del estado civil de una persona determinada, porque tales consecuencias revisten carácter privado y no afectan al orden social ni el interés público". Derecho Civil Español, Común y Foral. T. IV. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Ed. revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella. Reus, Madrid, 1981, pág. 814. Pero "si la transacción recae sobre el estado civil al mismo tiempo que sobre los derechos patrimoniales derivados de él, parece más acertado predicar la nulidad de toda la transacción, si ambas cuestiones se han hecho inseparables, según la intención de las partes". DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema de Derecho Civil, Vol. II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 524. Por último, resta añadir que no puede pedirse juramento decisorio sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no puedan transigir --art. 1.237 Cc.--.

(268) Cfr. los arts. 1.820 y 1.821 Cc. y 14-2° de la Ley de Arbitrajes Privados de 22-XII-1953.

(269) A lo sumo podrá estimarse como un simple reconocimiento de los hechos (Vid. DIEZ-PICAZO y GULLON, op. cit. 1985, pág. 342), consecuencia lógica si tenemos en cuenta que el allanamiento constituye una muestra de la facultad de disposición de las partes.

(270) En virtud de lo que dispone el art. 460 L.E.C., que establece que no se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con los juicios que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

(271) Las acciones de estado son irrenunciables, puesto que su renuncia puede ir en contra del interés o el orden público, o perjudicar a terceros (apartado 2º del art. 6 Cc.) e inalienables, ya que no pueden ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio de los hombres (art. 1.272 Cc.).

(272) A similar conclusión es a la que llega HUET--WEILLER después de analizar cuatro resoluciones recientes de determinados tribunales franceses. Vid. "Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation (A propos de quelques décisions récents)". Recueil Dalloz Sirey, 1978, Chr. XLII, págs. 233 a 238.

(273) El concepto de alimentos es el que se contiene en el art. 142 Cc.

(274) Como indica MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit. pág. 88.

(275) Concluido de forma definitiva, se entiende, porque la expectativa subsiste en tanto quepa recurso y el derecho a alimentos puede perdurar durante todo ese periodo a discreción del juez. La enmienda nº 97 introducida en el Senado por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático proponía que las medidas se acordaran una vez que la filiación estuviera declarada, aunque la resolución no fuera firme. El texto era el siguiente: "Declarada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior, aún cuando la sentencia no fuere firme por haberse interpuesto recurso". La motivación que sostenía esta enmienda se concretaba en los siguientes términos: "Por muchas que sean las razones que se aduzcan en favor de la amplitud

de facultades que deban conferirse al juez en el tratamiento de esta materia, es inadmisibles llevarlas hasta el extremo, antijurídico, de que se produzca un efecto anterior a la constatación del hecho, que luego puede no resultar cierto y de difícil o imposible restitución" (Vid. B.O.C.G., de 24-II-1981).

(276) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 959.

(277) Las medidas pueden ser de muy variada índole, y pueden ir dirigidas tanto a salvaguardar el patrimonio del menor o incapaz, como a preservar su persona de agresiones o secuestros. Vid. una relación de las teóricamente posibles en PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 958.

(278) En el Proyecto sólo se contemplaba la primera posibilidad ("Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado"), pero la enmienda n° 194 de la citada formación parlamentaria propuso añadir al precepto la siguiente frase: "...e incluso si lo creyere necesario adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior", en aras de una mayor concreción legal de la norma. La nueva redacción fue admitida y mejorada por el Informe de la Ponencia (Vid. B.O.C.G. de 22-V-1980) y, con la aprobación de la ley, se convirtió en texto definitivo.

(279) En contra DIEZ-PICAZO y GULLON, para quienes "las medidas del párrafo primero son medidas limitativas de la patria potestad, que no tienen sentido en los pleitos de reclamación, donde lógicamente la patria potestad --o, en su caso, la tutela-- de un demandante la tendrán otras personas". Ult. op. cit. pág. 346.

(280) Op. cit. pág. 957.

(281) O a aquéllos por quienes se impugne el estado.

(282) Opinión que defiende, aunque no de forma tajante, DE LA CAMARA, op. cit. pág. 556.

(283) Es la que comparte también PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 959.

(284) La doctrina admite estas posibilidades. Vid. LUCES GIL, loc. cit. pág. 10, y SANTOS BRIZ, op. cit. pág. 329.

(285) En la República Federal Alemana, el cumplimiento de medidas similares a las que recoge nuestro Código da derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando la acción es rechazada. Vid. SCHLOSSER, P. "La procédure relative aux affaires de mariage et filiation". Mariage et Famille en Question (Allemagne). Sous la direction de H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf. C.N.R.S., Lyon, 1980, pág. 248.

(286) DE LA CAMARA, op. cit. pág. 557.

(287) Cfr. los antiguos arts. 135, 136 del Cc. La exigencia es común a otros Códigos: art. 340 del Code, art. 340a del Código belga, etc.

(288) Art. 323: "A défaut de titre et de possession d'état, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit sans indication du nom de la mère, la preuve de la filiation peut se faire par témoins.//. La preuve par témoins ne peut, néanmoins, être admise que lorsqu'il existe, soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions ou indices graves pour en déterminer l'admission".

(289) Art. 241: "Quando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato, o quando il figlio fu iscritto sotto falsi nomi o come nato da genitori ignoti, la prova della filiazione può darsi col mezzo dei testimoni.//. Questa prova non può essere ammessa che quando vi è un principio di prova per iscritto, ovvero quando la presunzioni e gli indizi sono abbastanza gravi de determinare l'ammissione della prova".

(290) Art. 323: "A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de la filiation peut se faire par témoins.//. Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission".

(291) Art. 341: "A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

(292) De ahí que la enmienda n° 37 del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático propusiera, en sustitución del primer párrafo, como texto el siguiente: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Sin embargo, la prueba testimonial no será suficiente por sí sola para acreditar los hechos controvertidos". La enmienda, que pretendía establecer una cautela ante la prueba testifical, se justificaba con el fin de "evitar que la simple concurrencia de algunos testimonios pueda amparar una falsedad o confabulación". Vid. B.O.C.G., de fecha 24-II-1981.

(293) En el mismo sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. págs. 954 y 955.

(294) Que, como dicen SCARPELLO, G. y STELLA RICHTER, M. (Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile, diretta da R. Nicolo, Libro Primo. Milano, Giuffrè, 1951, pág. 211), correspondía al art. 272 del Libro primero del Cc. en el texto separado, cuyo tenor literal era el siguiente: "L'azione per la dichiarazione giudiziale di

paternità o di maternità naturale è ammessa solo quando concorrono indizi tali da farla apparire giustificata.//. Sull'ammissibilità il Tribunale decide in camera di consiglio con decreto, dietro il ricorso di chi intende promuovere l'azione, citate le parti, sentiti il pubblico ministero e le parti stesse personalmente, qualora compaiano, e assunte le informazioni del caso.//. L'inchiesta sommaria compiuta dal Tribunale ha luogo senza alcuna pubblicità e deve essere mantenuta segreta.//. Il Tribunale anche prima di ammettere l'azione può, se trattasi di minore o di altra persona incapace, nominare un curatore speciale che la rappresenti in giudizio". Texto recogido y comentado por BUTERA, A. Il Codice Civile Italiano, commentato secondo l'ordine degli articoli (R.D. 12 dicembre 1938-XVII, n. 1852), Libro Primo; Torino, UTET, 1939, págs. 364 y 365.

(295) Art. 275: "Il Tribunale, se dichiara inammissibile l'azione, può condannare l'istante al pagamento di una pena pecuniaria da lire trecento a lire cinquemila".

(296) En este sentido se pronunció el Ministro Guardasellos, en palabras recogidas por SALME, G. "Sulla ricorribilità per cassazione dei provvedimenti ex art. 274 C. civ.", Foro it., 1981, I, 1297.

(297) Vid. BIANCA, M. Diritto Civile, II. La Famiglia. Le successioni. Milano, Giuffrè, 1981, págs. 257 y 258. FERRANDO, G. "Filiazione naturale", Riv. Dir. Civ. 1983, pág. 766. BIANCHI D'ESPINOSA, L. "La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio: principi di diritto costituzionale", Riv. Dir. Mat. e Sta. Pers., 1965, pág.59.

(298) Por sentencia de 12-VII-1965, Foro it. 1965, I,1369. Vid. una referencia a la misma, con amplio repertorio bibliográfico, en Il diritto di famiglia nelle decisioni della Corte Costituzionale, a cura di R. MAMMUCARI y G.C. LUZI. Università degli studio di Camerino. Istituto Giuridico. Milano, Giuffrè, 1968, págs. 44 y ss. La cuestión de inconstitucionalidad se suscitó como

consecuencia de un auto ("ordinanza") del Tribunal de Milán de 30-IX-1964 (Foro it.1965, I, 575), sobre una demanda de declaración judicial de paternidad, respecto de la cual dictó sentencia el día 23 del mismo mes y año. Vid. el comentario que sobre esta última lleva a cabo BORGHESE, S. "Il procedimento per l'ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di filiazione sotto il profilo costituzionale", Riv. Dir. Mat. e Sta. Pers., 1965, págs. 173 y ss.

(299) Que recoge el principio constitucional del derecho a la defensa. La cuestión de constitucionalidad, basada sobre el art. 30 de la Constitución, principalmente el párrafo 3° ("La ley asegura a los hijos nacidos fuera de matrimonio toda la tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima") y el párrafo último ("La ley fija las normas y los límites de la investigación de la paternidad"), trataba de dilucidar si los límites impuestos por el art. 274 del Cc., al cumplir la previsión establecida en el mencionado art. 30, había infringido algún principio sancionado por la Constitución. Se apreció, como hemos dicho, la violación del 2° párrafo del art. 24, pero no así la del 1°, que recoge el principio de que todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos, en función de que "la decisión en cámara de consejo sobre la admisibilidad de la demanda no causa estado sobre el fondo del asunto y no excluye que ésta pueda proponerse de nuevo".

(300) Cfr. la mencionada sentencia de 12-VII-1965.

(301) Art. 274: "L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale è ammessa solo quando concorrono indizi tali da farla apparire giustificata.//. Sull'ammissibilità il tribunale decide in camera di consiglio, con decreto motivato, su ricorso di chi intende promuovere l'azione, sentiti il pubblico ministero e le parti e assunte le informazioni del caso. Contro il decreto si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'appello, che pronuncia anche

essa in camera di consiglio.//. L'inchiesta sommaria compiuta dal tribunale ha luogo senza alcuna pubblicità e deve essere mantenuta segreta. Al termine dell'inchiesta gli atti e i documenti della stessa sono depositati in cancelleria ed el cancelliere deve darne avviso alle parti, le quali, entro quindici giorni della comunicazione di detto avviso, hanno facoltà di esaminarli e di depositare memorie illustrative.//. Il tribunale anche prima di ammettere l'azione, può, se trattasi di minore o d'altra persona incapace, nominare un curatore speciale che la rappresenti in giudizio".

(302) BIANCA, op. cit. pág. 258.

(303) En esta dirección se manifiestan las sentencias últimas de la Cort. Cassaz. italiana; así, por ejemplo, la de 2-II-1977, Foro it. 1977, I, 626, ("...la ley ha querido limitar el juicio sobre la admisibilidad de la acción a la cognición sumaria de la existencia de elementos que induzcan a retener probablemente fundada la cuestión sustancial de la relación de filiación natural"), y la de 9-VIII-1977, Foro it. 1977, I, 2453 ("indudablemente tal procedimiento preliminar está concebido para consentir una previa deliberación sobre el *fumus boni iuris* de la acción, y para bloquear *sine strepitu* las acciones temerariamente propuestas sin ningún aparente fundamento"). Esta fase preliminar ha adquirido, por otro lado, la naturaleza de un verdadero procedimiento jurisdiccional, ya que: exige contradicción entre las partes, las actuaciones han de ponerse a su disposición, la resolución, que ha de estar motivada, está sujeta a recurso, etc. En realidad, esta primera vía judicial y la que se sigue con posterioridad sobre el fondo, aunque son dos fases procedimentales distintas, constituyen un mismo "unum" procesal. Sobre todas estas cuestiones, Vid. las sentencias de la Cort. Cassaz. de 20-XI-1973, Foro it. 1974, I, 705; 10-VII-1978, Foro it. 1979, I, 410 y Dir. Fam. e Pers. 1978, págs. 1210 y ss.; 4-IV-1979, Dir. Fam. e Pers. 1979, págs. 1128 y ss.; 17-XII-1980, Dir. Fam. e. Pers. 1981, págs. 444 y 445; 24-I-1980, Dir. Fam. e Pers. 1981, págs. 689 y 690.

(304) Modificación que consiste simplemente en suprimir el término "indizi" por la expresión "specifiche circostanze".

(305) Vid. FINOCCHIARO, A. y FINOCCHIARO, M. Riforma del Diritto di Famiglia. Commento teorico pratico alle legge 19 maggio 1975, n. 151. Vol. II. Tomo I, art. 90-130. Giuffrè, Milano, 1975, pág. 319.

(306) PIRAS habla de "condición esencial para la admisibilidad de la acción". "L'acertamento giudiziale della paternità naturale". Riv. Dir. Priv. 1941, II, pág. 241.

(307) Vid. supra, pág. 158.

(308) Cfr. la E. de M. del Proyecto.

(309) Cfr. al respecto, sin ánimo exhaustivo, las opiniones de RIVERO HERNANDEZ, "La filiación", op. cit. págs. 39 y ss. PEREZ FERNANDEZ, A. "Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación", A.A.M.N., T.XXV, pág. 459. ESTEBAN GOMEZ, loc. cit. pág. 687. LUCES GIL, F. "Exposición sintética del nuevo régimen de la filiación", B.I.M.J., n° 1259, de 5-XII-1981, pág. 9. CASAS BARQUERO, loc. cit. pág. 193, RUIZ VADILLO, E. "Filiación, patria potestad y proceso...", loc. cit., pág. 20. GARCIA ZARANDIETA, S. "La filiación y el Registro Civil (Estudio sistemático de la reforma introducida por la ley 11/1981, de 13 de mayo en el Código Civil)", B.I.M.J., n° 1273, 25-IV-1982, pág. 5. TOME PAULE, J. "Los procesos de filiación en el novísimo Derecho español", P.J., Marzo, 1982, pág. 78. MARTINEZ-CALCERRADA, L. "EL nuevo derecho de familia". Tomo II, (Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales). Teoría, norma y práctica. Gráficas Espejo, Madrid, 1981, págs. 83 y ss. Este libro recoge textualmente el artículo publicado en LA LEY, 1982 (4), págs. 1071 y ss. que lleva por título "Admisión de demandas de filiación. Ordenación procesal de los litigios sobre filiación". ALBALADEJO, M. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia. L. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 248. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. op.

cit. (1982), pág. 347. SOTO NIETO, "Equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial", op. cit. pág. 257. GARCIA CANTERO, "La reforma de la filiación", loc. cit. pág. 150. SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida, op. cit. (1984), pág. 616. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 954. No faltan autores que antes de 1981 auguraban la institucionalización del mencionado principio de prueba; ente estos, RUIZ VADILLO, "Esquema sobre una posible revisión parcial del Código Civil", loc. cit. pág. 67 ("En estos procesos todas las pruebas deber ser admisibles, incluso las biológicas, pero los jueces deberán rechazar aquellas demandas que no vayan acompañadas de un principio de prueba serio y razonable"), y PORTERO SANCHEZ, L. "Constitución y política familiar", en El hecho religioso en la nueva Constitución española. C.S.I.C. Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca, 1979, págs. 312 y 313, que se extiende en unos argumentos, a nuestro entender, francamente desproporcionados ("admitirla --la investigación de la paternidad-- sin más, o sin imponerle unos correctos límites, podría dar lugar a enormes problemas no sólo familiares, sino incluso sociales ante situaciones de atribuciones arbitrarias de paternidad con fines ajenos a la veracidad y a la justicia. Cierto que un procedimiento correcto podría demostrar lo infundado de algunas pretensiones...; pero aún suponiendo un fallo favorable, el trauma de una imputación dolosa en el sujeto imputado, en su familia, etc. pueden ser muy graves y hay que prevenir que no ocurran. Pensamos, además, en que el honor y la dignidad de las personas es también un derecho fundamental recogido y defendido en la Constitución").

(310) Algunos autores, apoyándose en la intervención del diputado centrista Vázquez Guillén ("...planteada una demanda sin exigencia de ningún tipo, sin principio de prueba de ningún tipo, a continuación el Juez, en el art. 128 tiene que decir que mientras dura ese procedimiento iniciado de esa manera, porque se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.//. Es

decir,...una vez admitida esta demanda sin excusa previa, sin un planteamiento previo, sin exigencia mínima de ningún tipo, se adoptan unas consecuencias que son las del art. 128, y nosotros pensamos que estas consecuencias son muy graves, y que lo son para dejarlas al libre arbitrio de una parte") (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 16-XII-1980, pág. 8852), quieren ver en las medidas cautelares previstas en el art. 128 Cc., que entran en juego una vez presentada la demanda, una justificación del 2º párrafo del art. 127; así se pronuncian RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. pág. 161 y PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 955. Olvidan que estas medidas son facultativas para el Juez ("podrá acordar") en los procesos de reclamación de la filiación, y que en otro tipo de procesos sobre el estado de las personas, cual es el que se sigue para obtener la nulidad, separación o divorcio de un matrimonio, por ejemplo, la admisión a trámite de la demanda, sin ningún especial requisito para que ello se produzca, conlleva los importantísimos efectos de los arts. 102 y 103 del Cc.

(311) En contra, MARTINEZ-CALCERRADA, últ. op. cit. pág. 83.

(312) MAJELLO ("Della Filiazione naturale e delle legittimazione". Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro primo: Persona e famiglia, art. 250-290. Zanichelli Editore, Bologna; il Foro Italiano, Roma, 1982, pág. 208) dice que no parece convincente la afirmación según la cual el juicio de deliberación está dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de la persona --también tutelados en la Constitución los peligros de una persecución judicial temeraria y vejatoria: en verdad, semejantes peligros subsisten en todo tipo de juicios y no parece tal justificar más gravosas cargas judiciales para quien intenta hacer valer el propio derecho".

(313) En definición del Diccionario de Real Academia Española de la Lengua. Vigésima Edición, Madrid, 1984.

(314) Ultimo párrafo del art. 30 ("La ley fija las normas y los límites de la investigación de la paternidad").

(315) En este sentido, la enmienda n° 94 al Proyecto, del Grupo Comunista; Vid. la defensa que hizo de la misma el diputado Solé Barbera en el Pleno del Congreso, así como las intervenciones de Saenz de Coscolluela y Verde i Aldea, todas en el Diario de Sesiones del Congreso del día 16-XII-1980, págs. 8849 y ss. Igualmente, la enmienda n° 11 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado (Vid. el B.O.C.G., de 24-II-1981) defendida ante el Pleno por García-Oliva Pérez y las intervenciones de Nadal Company y Ojeda Escobar, recogidas en el Diario de Sesiones del Senado, de 1-IV-1981, págs. 5047 y ss.

(316) Vid. por todos, las intervenciones de Solé Barbera (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 16-XII-1980, pág. 8849) y de Nadal Company (Diario de Sesiones del Senado, de 1-IV-1981, pág. 5049).

(317) Principalmente, Ojeda Escobar, (Diario de Sesiones del Senado, de 1-IV-1981, pág. 5050).

(318) En el mismo sentido MARTINEZ-CALCERRADA, últ. op. cit. pág. 84. Aunque no faltan autores que se empeñan en ofrecernos un catálogo más o menos acertado de lo que debemos entender por tal. Para RIVERO HERNANDEZ lo sería "cualquier documento que aunque no reconozca la paternidad (maternidad) pueda acreditar unas relaciones sexuales en época idónea, la convivencia entre los supuestos progenitores aunque no sea continuada ni more uxorio, un pronunciamiento penal aunque sea absolutorio en el que resulten probadas unas relaciones sexuales aptas para la generación cuestionada...Ult. op. cit. pág. 41.

(319) En expresión del senador Pardo Montero (Diario de Sesiones del Senado, de 1-IV-1981, pág. 5054). "Dato indiciario de la fundabilidad de la pretensión en cada caso", como

dice LUCES GIL, "Exposición sintética...", loc. cit. pág. 9.

(320) "Indicios o específicas circunstancias", que son los términos que el legislador italiano empleó para definir lo que en nuestro ordenamiento se llama principio de prueba. Hasta la reforma de 1975, la acción de declaración judicial de paternidad sólo se admitía cuando concurrían indicios tales que la hicieran parecer justificada. La reforma, producida por Ley de 19-V-1975, introdujo un cambio de redacción, exigiéndose a partir de entonces la concurrencia de específicas circunstancias para admitir la acción, con el propósito de "puntualizar mejor que simples y vagos indicios no pueden considerarse suficientes para la admisibilidad de la acción, debiéndose, por el contrario, exigirse la subsistencia de circunstancias específicas que la pueden justificar" (BELLANTONI-PONTORIERI, op. cit. pág. 237). Lo que, sin embargo, no está claro ni en la doctrina ni en la jurisprudencia italiana es si el cambio de denominación ha supuesto un aumento apreciable en el grado de exigencia de los tribunales a la hora de pronunciarse sobre la admisión de la demanda. Las posturas (que recoge CIVINNI, M.G., en el comentario a la sentencia de la Cort. Cassaz. de 22-IV-1982, Foro it. 1983, I, 1689 y ss.) que se han tomado al respecto han sido tres: 1) la de considerar que son expresiones equivalentes (postura que mantienen entre otras las sentencias de la Cort. Cassaz. de 23-IV-1983, Foro it. 1984, I, 245, y FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, op. cit. pág. 318 y DELLA ROCCA, op. cit. pág. 91); 2) la que sostiene que la modificación impone la verificación de la subsistencia de elementos más objetivos y concretos (entre otros, BELLANTONI-PONTORIERI, ibidem) y 3) la que sostiene MAJELLO, para quien el término "circunstancia" alude a un hecho sin ninguna referencia a su veracidad, mientras que "indicio" parece referirse a circunstancias de las cuales se ha podido ya verificar sumariamente aquélla (MAJELLO, op. cit. pág. 206).

(321) En expresión utilizada por la jurisprudencia italiana, se trata de que la acción

aparezca "verosímilmente no privada de fundamento" (sentencias de la Cort. Cassaz. de 28-IX-1977, Dir. Fam e Pers., 1978, págs. 161 y 162; 21-II-1978, Dir. Fam. e Pers., 1979, págs. 701 y 702; 9-II-1981, Dir. Fam. e Pers. 1981, págs. 694 y ss.; 16-III-1981, Foro it. 1981, I, 1294; 21-VII-1981, Dir. Fam. e Pers. 1981, pág. 1061).

(322) Por estas razones, creemos que es preciso matizar las afirmaciones de ALBALADEJO, cuando dice que principio de prueba puede ser una prueba biológica (op. cit. pág. 248), y de MARTINEZ-CALCERRADA (últ. op. cit. págs. 86 y ss.) y PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (op. cit. pág. 955) que ponen como ejemplo de aquél el conjunto de hechos constitutivos de la prueba de la filiación, contenidos en el art. 135, ya que tanto aquélla --prueba directa de la generación-- como éstos --prueba indirecta-- constituyen prueba completa de la relación de filiación, siendo supérfluo e incluso desmedido el proceder dirigido a presentar como principio probatorio de un hecho lo que constituye prueba definitiva del mismo. Otra cosa es que un parecido físico bastante fundado, o los indicios de un trato afectivo entre los presuntos progenitores, o entre el hijo y el presunto padre, o cualquier tipo de reconocimiento paterno, no formal y mínimamente acreditado, pueda ser aportado con la presentación de la demanda.

(323) Cfr. el art. 369 de la L.E.C.

(324) B.O.C.G., 1-XII-1980.

(325) "Las resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en los negocios de carácter judicial, se denominarán: 'Autos', cuando decidan...la repulsión de una demanda".

(326) Cfr. el art. 371 de la L.E.C.

(327) Cfr. los arts. 380 y ss. de la L.E.C.

(328) SANTOS BRIZ, op. cit. pág. 328. Cfr. el art. 1.687 de la L.E.C.

(329) Vid. al respecto, las sentencias de la Cort. Cassaz. de 5-VIII-1977, Dir. Fam. e Pers., 1978, págs. 121 y ss. y Foro it. 1979, I, 486; 28-IX-1977, Dir. Fam. e Pers., 1978, págs. 161 y 162; 10-VIII-1978, Dir. Fam. e Pers. 1978, págs. 1210 y ss.; 4-IV-1979, Dir. Fam. e Pers. 1979, págs. 1128 y ss.; 16-III-1981, Foro it. 1981, I, 1294.

CAPITULO V

LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE RECLAMACION DE LA FILIACION

El capítulo referente a los medios de prueba en los procesos de estado, posiblemente constituya el núcleo fundamental de la disciplina jurídica de las acciones de filiación, y ello porque es en relación con la prueba donde surgen mayores problemas para el juez --intérprete obligado de la norma-- y para el jurista en general.

Nos proponemos en este apartado afrontar las cuestiones relativas a los medios de prueba de la filiación reclamada, ya constituya el objeto de éstos la mera generación o lazo biológico, ya lo constituya la simple apariencia de vínculo paternofilial que, cristalizada en determinadas conductas o comportamientos, se deduce de la prueba de presunciones.

1.- Planteamiento.-

Moviéndonos en el terreno de los medios de prueba de la filiación, lo que conviene fijar en primer lugar es cuál sea el objeto que se pretende

probar con ellos, porque en función de éste habrá que establecer cuál es el más adecuado. Puede argumentarse que en un juicio sobre filiación lo que hay que acreditar es la filiación sin más y por lo tanto sobra todo tipo de consideraciones sobre el objeto de la prueba, que viene perfectamente concretado en la misma denominación de la acción. Sin embargo, la verdad que representa esta afirmación lo es a medias, porque ¿qué ha de entenderse por filiación?. Si tomamos como punto de partida el concepto de filiación entendida como vínculo jurídico que media entre padre e hijo y que se fundamenta en un previo lazo biológico o sanguíneo existente entre los mismos, qué duda cabe que en un proceso de reclamación la actividad probatoria de la parte actora irá dirigida preferentemente a afirmar ese nexo biológico o carnal, porque, confirmándolo satisfactoriamente, logrará obtener del juzgador una resolución judicial favorable a su pretensión.

Y todo ello, en virtud del principio de verdad biológica recogido en nuestro Ordenamiento por la ley de 1981, como ya hemos puesto de relieve

(330), que se consagra terminantemente en el art. 127-1° Cc., precepto que, en este sentido, cumple la función de ser norma enunciativa de un principio fundamental de nuestro actual derecho de filiación. En el deseo y legítima aspiración de alcanzar esta verdad biológica, el actor habrá de probar inexcusablemente la relación generacional que lo une, a él o a la persona por quien actúa, con el demandado, y para ello acudirá necesariamente a las pruebas biológicas, únicas capaces de verificar directamente el parentesco genético (331).

Pero puede suceder también que el acudir a las pruebas biológicas para desvelar los misterios de una paternidad o maternidad ocultas, no proporcione los resultados apetecidos, bien porque el índice de certeza o de probabilidad resultante no sea satisfactorio, bien por la ausencia de laboratorios o de centros investigadores suficientemente equipados o provistos de personal capacitado para llevar a cabo la práctica de la prueba, o bien porque las partes no presten la colaboración adecuada a la misma. En estos casos, es evidente que nunca podrá existir la certeza de

que la filiación reclamada sea la verdadera conforme a la naturaleza, pero eso no significa que el juez no pueda establecerla. El ordenamiento prevé que, cuando no se haya verificado directamente la filiación, el juez podrá declarar la que resulte de ciertos hechos, comportamientos o situaciones, descritos en la ley (332) o análogos a ellos, que funcionan como presunciones iuris tantum, susceptibles de prueba en contrario. Por este camino, ciertamente, no llegamos a consagrar la filiación biológica, pero sí obtendremos la confirmación judicial de un vínculo que, por encima de cualquier otra consideración, es jurídico. La filiación, en estos casos, se prueba indirectamente, merced a la verificación, por cualquier tipo de medios de prueba, de los hechos base de las presunciones. La solución, además de legal, es legítima, si tenemos en cuenta todo el componente afectivo y social que la noción de paternidad y maternidad, de parentesco, en suma, encierra, y que reconocen los propios textos legales, en particular la propia E. de M. de la ley de 13 de mayo (333).

En este orden de ideas, nuestro propósito es el de referirnos, en primer lugar, a las pruebas biológicas de la filiación, con toda la problemática jurídico-forense que conllevan, y, a continuación, realizar una exégesis del art. 135 y de las presunciones que se contemplan en el mismo.

2.- Las pruebas biológicas. El primer párrafo del art. 127.-

El art. 127 Cc. dispone en su primer apartado lo siguiente: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

El precepto es de una enorme importancia, puesto que, por un lado, representa, como ya se ha puesto de relieve reiteradamente, la consagración legal del principio de verdad biológica que aspira a ser principio rector de nuestro derecho de filiación y la admisión en los juicios sobre filiación de todo tipo de pruebas, sin distinción ni restricciones respecto de ninguna de ellas, y, por otro, supone la ruptura con la situación

anterior contemplada en el Código y mantenida a ultranza por la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que era contrario a la admisión de las pruebas biológicas en este tipo de procesos (334), aparte de que supone la consagración del principio de libertad de prueba en materia de filiación (335)

Conviene resaltar, además, un dato de interés. El Ordenamiento jurídico español, con la inclusión en el sistema probatorio de la filiación de las pruebas de tipo biológico, se coloca en una situación de paridad con otros países europeos, en los cuales el recurso a aquéllas era práctica habitual ante los tribunales de justicia, ya por venir sancionadas expresamente en la ley, ya por ser admitidas en la jurisprudencia de los respectivos países. En este sentido, el legislador español ha hecho un esfuerzo, consciente o inconsciente, por acomodar nuestro derecho al del resto de los países de la C.E.E. (336), teniendo presente la futura incorporación de nuestro país a la misma, que se produciría, como es sabido, casi cinco años más tarde de la entrada en vigor de la

ley de 13 de mayo de 1981, el día 1 de enero de 1986.

La situación de consonancia en materia de pruebas biológicas, con todo, no se da con carácter absoluto. Hay ordenamientos, como es el caso de Portugal (337), Suiza (338) o España misma, en que el recurso a la prueba biológica se predica con carácter general respecto de cualquier acción de filiación que se ejercite. En concreto, en nuestro Código Civil, el art. 127 se enclava en la Sección primera del Capítulo III, dedicado a las acciones de filiación, que recibe la denominación de "Disposiciones generales"; su esfera de aplicación alcanza por igual a las acciones de reclamación de la filiación, como a las de impugnación, y entra en juego tanto cuando sea la paternidad lo controvertido, como cuando lo sea la maternidad (339), sin que pueda inducir a error el hecho de que el precepto utilice la denominación "investigación de la paternidad y de la maternidad", referida históricamente a los procesos de reclamación de la filiación no matrimonial,

debido, sin duda, a la falta de pericia de nuestro legislador (340).

Por el contrario, en otros ordenamientos, el legislador parece destinar las pruebas biológicas a unos cometidos determinados en todo el conjunto de los contenciosos de la filiación. Así, por ejemplo, en el Code francés están previstas con carácter expreso en el art. 340-1 (341), a propósito de los "fins de non-recevoir" de la acción de reclamación de paternidad natural, y en el Código italiano se contemplan específicamente en los supuestos de desconocimiento de la paternidad, en el art. 235 (342), e implícitamente en el art. 269 (343), merced a la nueva redacción dada a este art. por la ley de 1975.

2.1.- Tipos de pruebas biológicas(343-1).-

Constituyendo el tema de las pruebas biológicas un apartado de tanta importancia en el engranaje probatorio del proceso de reclamación de la filiación, y por el hecho de guardar una cierta analogía o similitud con la práctica totalidad de los trabajos --monografías, manuales,

artículos...-- consagrados a la materia, es imprescindible que nos refiramos, siquiera someramente, a las diversas clases de procedimientos científicos --médicos o biológicos-- al uso en nuestro país, así como en aquellos otros en que tales prácticas son habituales ante los Tribunales de justicia. Siempre, lógicamente desde una perspectiva de jurista y no de médico o biólogo especialista en la materia, y, en todo caso, con la finalidad prioritaria de lograr una exposición clara y sencilla, aún a riesgo de prescindir de abundantes datos científicos.

Queremos, antes de pasar a exponer estos medios de prueba, resaltar un dato objetivo. Las pruebas biológicas pueden clasificarse en dos grandes grupos: aquéllas cuya única virtualidad consiste en poder excluir la paternidad o la maternidad, sin que nunca pueda obtenerse a través de éllas conclusiones afirmativas de la generación (prueba del grado de madurez, de impotencia de un progenitor...), y aquellas otras cuya actuación permite establecer, en mayor o menor medida, que la

paternidad o la maternidad presuntas son posibles (pruebas heredero-biológicas...). Podría pensarse, siguiendo este razonamiento, que, al estar en presencia de unas acciones de estado que son de reclamación de la filiación, esto es, que persiguen verificar un vínculo carnal, biológico, y elevarlo a categoría de jurídico, las únicas pruebas biológicas a que podríamos acudir habrían de ser aquellas que ofrecieran resultados "positivos", afirmativos de la filiación, dejando a un lado, por lo tanto, en este trabajo, las que no tuvieran ese alcance. Sin embargo, si así obráramos, desconoceríamos la otra vertiente de los procesos de reclamación de la filiación. Si la actividad probatoria del actor está orientada a poner en evidencia una determinada relación de parentesco que el derecho formalmente desconoce, el demandado, por todos los medios que las leyes pongan a su disposición, va a intentar formar la convicción del juez en un sentido totalmente contrario. En el juicio, su actividad irá dirigida a probar que él no es el progenitor y qué duda cabe que uno de los instrumentos más eficaces para acreditar tal hecho lo será una prueba biológica de exclusión de la

paternidad. De ahí que en la relación que vamos a esponder a continuación no se distinga entre uno u otro tipo de pruebas, pues todas son utilizables en estos procesos.

Nuestro Código no menciona expresamente, al contrario de lo que ocurre con otros cuerpos legales extranjeros (344), ninguna de las pruebas biológicas a que puede acudir en los procesos de filiación; hay que entender, sin embargo, que la remisión a ellas en general, que hace el art. 127 permite recurrir a todas aquéllas que tengan la virtualidad de poder excluir o afirmar una paternidad. En concreto, las que gozan de mayor credibilidad por su rigor científico son las pruebas heredo-biológicas o antropomorfológicas, la prueba del grado de madurez del recién nacido y la prueba de los grupos sanguíneos, aunque no debemos desdeñar otras que pueden proporcionar unos resultados igualmente satisfactorios, si bien su práctica ofrece un alto grado de dificultad.

Entre éstas podemos citar la dirigida a poner de relieve la esterilidad varonil, que, como dice GISBERT CALABUIG (345), hace imposible la

fecundación, y ello con independencia de que haya o no una impotencia para el coito. La esterilidad ha de venir referida, ineludiblemente, al período en que se suponga producida la concepción, o a uno anterior siempre que se demuestre su carácter irreversible. Para que excluya la paternidad, la demostración ha de hacerse fuera de toda duda, por lo que han de estudiarse todos los factores de los que dependa (espermatogénesis, permeabilidad de las vías espermáticas...) (346), lo que entraña una enorme dificultad si se quiere llegar a resultados absolutamente seguros. Asimismo, el examen de la aptitud de la mujer para la generación puede ofrecer resultados importantes, tanto si nos movemos en el terreno de la exclusión de la maternidad, en el caso de que se demuestre convenientemente la imposibilidad de la madre para engendrar --siempre, claro está, durante el período de la cohabitación tomado de referencia--, por causas como obstrucción de las trompas, anomalías en los ovarios, etc., como si lo perseguido fuera la exclusión de la paternidad, en el supuesto de que se pudiera acreditar que, con anterioridad al momento de las relaciones sexuales

con la mujer, ésta ya se hallaba en estado de embarazo, consecuencia de un trato carnal anterior (347), o que aquéllas se habían producido en periodos no fecundantes de la mujer.

Como hemos dicho anteriormente, las pruebas que poseen mayor predicamento en la práctica, son las siguientes:

2.1.1.- Las pruebas heredo-biológicas o antropomorfológicas.-

Estas pruebas gozan de una gran tradición forense en países como Alemania, Austria o Suiza (en este último país, después de haber superado una etapa contraria a su admisión (348), y parece ser completamente ignoradas en Francia, al menos, hasta época reciente (349)).

Este tipo de experimentos (350) se basan en la realización de una serie de estudios comparativos sobre un conjunto, lo más amplio posible (el grado de certeza aumenta cuanto mayor sea el número de datos que se toman en consideración), de caracteres o rasgos físicos

(351) del hijo y de aquéllos cuya paternidad se reputa como posible, en función de los cuales puede llegarse tanto a excluir la paternidad como a afirmarla. Como dice MASSIP (352), no es más que la prueba del parecido, científicamente afirmado.

Su ejercicio conlleva dificultades (353) tanto de orden técnico como práctico. Las primeras vienen dadas por el hecho de que es necesario un cuerpo de expertos especialistas en materia de biología hereditaria, y de laboratorios dotados de un instrumental especial, condiciones que no se reúnen en todos los países. Las segundas por la circunstancia de que el examen heredo-biológico exige observaciones minuciosas de las cualidades del hijo (que debe tener al menos tres años de edad) y de las de sus posibles padres, que no están a veces exentas de cierto grado de subjetivismo.

2.1.2.- La prueba del grado de madurez del recién nacido o de duración del embarazo.-

Merced a numerosos estudios estadísticos realizados por varios científicos (354), se ha podido llegar a la conclusión de que determinados

datos fisiológicos del recién nacido, como son la talla, el peso, los perímetros craneales, que comportan en definitiva un determinado grado de madurez del mismo, están en función de la duración total del período de gestación. De tal forma que, a través de unas tablas, de las que se obtienen porcentajes de probabilidad y grados de verosimilitud (355), se está en condiciones de afirmar, con un punto de certeza bastante elevado, que a un período X de gestación corresponde un grado de madurez X del nacido. Pero la importancia de esta prueba radica no sólo en que puede deducirse el grado de madurez a partir de un período de embarazo dado, sino, lo que tiene mayor trascendencia, que a la vista del desarrollo alcanzado por el recién nacido puede determinarse la fecha de la concepción y observar su correspondencia con la que se maneja en el proceso. Piénsese en un supuesto de reclamación de paternidad, en el que la madre sostiene haber mantenido relaciones sexuales con el demandado, como consecuencia de las cuales se produjo el nacimiento de una criatura al cabo de nueve meses. Tomando como cierta la fecha del parto, si se

prueba que la madurez del nacido no es la propia de nueve meses de embarazo, sino, por ejemplo, de siete, y si el demandado prueba también que no pudo haber cohabitado con la madre en el nuevo período de concepción, el resultado de exclusión de la paternidad se producirá irremediablemente.

No hay que olvidar que este tipo de pruebas no puede hacerse una vez que haya transcurrido bastante tiempo desde el nacimiento, y que su eficacia disminuye sensiblemente cuando entre la cohabitación alegada y la cohabitación resultante no medie un período de tiempo considerable.

2.1.3.- La prueba de los grupos sanguíneos.-

Como consecuencia de los descubrimientos realizados a principio de siglo por LANDSTEINER, sobre las propiedades de aglutinación de la sangre --en función de las cuales estableció cuatro grupos sanguíneos fundamentales: A, B, AB, y O--, continuados posteriormente por otros científicos (DE CASTELO, VON DUNGERN, HIRSZFELD (356), en combinación, asimismo, con las leyes dictadas por

MENDEL sobre la herencia genética (357), puede llegar, en la actualidad, a excluirse la paternidad o la maternidad presunta en un porcentaje muy elevado, rayano en la certeza (358), siempre y cuando el experimento se realice por científicos expertos en estas cuestiones y en laboratorios perfectamente equipados (359).

Pero la eficacia probatoria de los experimentos hematológicos no se agota en un simple resultado excluyente de la paternidad. Desde hace poco tiempo se ha venido desarrollando un nuevo método denominado HLA (human leukocyte antigen) que, centrado en la identificación de las marcas genéticas que llevan los glóbulos blancos (360), permite no sólo excluir, sino, lo que es más importante, atribuir la paternidad o la maternidad en litigio (361).

La prueba hematológica es la más extendida de todas las que se practican en los juicios sobre filiación. Países como Francia, en el que los Tribunales son remisos a utilizar otro tipo de pruebas, la acogen sin reservas, tal como ocurre, prácticamente, en el resto de Europa (362).

En nuestro país, la escasa jurisprudencia que hasta el momento ha recaído en materia de filiación después de entrar en vigor la ley de 13 de mayo, acepta plenamente no sólo esta clase de pruebas, sino también la heredo-biológica o antropomorfológica y, en general, todas las biológicas (363).

2.2.- El régimen jurídico de la prueba.-

2.2.1.- La naturaleza de la prueba biológica.-

Con carácter general puede afirmarse que la prueba biológica participa de la naturaleza y de los rasgos propios de las pruebas periciales, o de peritos (364), contempladas en los arts. 1.215, 1.242 y 1.243 del Cc. y reguladas en los arts. 610 a 632 de la L.E.C. No ofrece ninguna duda el hecho de que para apreciar debidamente los datos científicos que se toman en consideración es necesario poseer un bagaje muy amplio de conocimientos especializados, que sólo un perito en la materia podrá reunir (365). Son de aplicación todos los preceptos sobre designación y

nombramiento de peritos, insaculación y recusación de los mismos, y, en general, toda la disciplina aplicable a las pruebas periciales.

Ahora bien, tampoco es ajeno a nuestra postura el que este tipo de medios de prueba presenta unas peculiaridades específicas que las distingue del resto de las pruebas periciales; peculiaridades que obedecen a la fundamental razón de que el objeto de la prueba es, en definitiva, la persona humana, sus cualidades físicas tomadas como punto de referencia del dictamen o informe pericial. Esta singular característica de la prueba biológica no impide, a nuestro entender, que sigamos reputándola como pericial (qué otra cosa, si no, podría ser), pero no evita que la aplicación de las normas procesales, no pensadas para estos menesteres, resulte en muchas ocasiones forzada y, en algunas, insuficiente (estamos pensando en el escabroso tema de la negativa a la práctica de la prueba); inconvenientes que no serían tales si el legislador hubiese actuado con mayor responsabilidad y sin tanta precipitación en la reforma, y si hubiese propiciado paralelamente una

revisión de las normas de la L.E.C que se hubieren podido ver afectadas, (366).

2.2.2.- Personas legitimadas para proponer la prueba.-

Propondrá la prueba la parte a la que le interese valerse de la misma (367). Lo hará por escrito y dentro del término marcada por la L.E.C (368) para ello. Lógicamente, será la parte actora quien intente recurrir a estos medios de prueba para acreditar así la relación biológica que existe presuntamente entre el actor y la persona o personas que aparecen como demandadas; en el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación, el que reclama es el que persigue, en principio, alcanzar o descubrir la verdad biológica --el "parentesco genético"-- que permanece oculta para el derecho. El medio científico a que acudirá para lograr tal fin habrá de ser de aquellos que permitan llegar a conclusiones sobre atribución de paternidad (pruebas heredo-biológicas o antropomorfológicas, HLA...).

Cabe preguntarse si el demandado intentará hacer uso, por su parte, de las pruebas biológicas. Creemos que pueden distinguirse las siguientes situaciones básicas:

a) Que el demandado (presunto padre, pongamos por caso), tenga la secreta convicción de que efectivamente él es el padre de la criatura que reclama o en cuyo nombre se actúa, y no quiera que se le atribuya judicialmente la paternidad. Parece evidente que, en este caso, no va a proponer prueba biológica alguna que desvele su paternidad y procurará, en la medida de lo posible, que la propuesta por el demandante (si es que propuso alguna) resulte inoperante, no pueda practicarse, oponiéndose a ella (no sometiéndose a su ejercicio).

b) Que, por el contrario, esté plenamente convencido de que no es el progenitor que el hijo pretende. Si tiene la convicción o la esperanza fundada de que la prueba biológica va a poner de manifiesto la ausencia de lazo carnal con el demandante, no sólo se someterá sin reservas a las que éste proponga, sino que, a su vez, propondrá

aquéllas que tengan por objeto excluir la paternidad que se le imputa. Aquí podría surgir un problema en el supuesto de que los resultados obtenidos por la prueba propuesta por el actor y los obtenidos por la prueba propuesta por el demandado no fueran esencialmente coincidentes. Por ejemplo, que según una se afirmara la paternidad y según otra se excluyera; el juez tendría que optar por la que le pareciera más segura, en función tanto del tipo de prueba en cuestión, como de la cualificación profesional de los expertos o el Centro que las practicó.

c) Por último, puede suceder que el demandado se encuentre interesado en saber si quien reclama es o no su hijo o que esté plenamente convencido de que en efecto lo es. Su actitud a lo largo del proceso se traducirá en una plena colaboración con lo que disponga la parte actora y se someterá sin reparo a cuantas pruebas sea necesario.

Como acabamos de ver, las partes --tanto la actora como la demandada--, pueden proponer como prueba pericial las biológicas que estimen más

convincientes, pero también el juez o el tribunal pueden (369), ya sea en primera o segunda instancia (370), como diligencia para mejor proveer (371), pedir que se lleven a cabo en el caso de que las partes no las hubieren propuesto, o las que se hubieren practicado resultaren, en opinión del juzgador, insatisfactorias (372). En la diligencia se expresará tanto la prueba en concreto que se deba realizar, como la persona o institución encargada de la pericia.

2.2.3.- El objeto de la prueba.-

El art. 611 L.E.C. establece en su primer párrafo que la parte a quien interese este medio de prueba (por peritos) propondrá con claridad y precisión el objeto sobre el cual deba recaer el reconocimiento pericial. La particularidad que presenta la prueba pericial biológica es que su objeto viene constituido --ya lo hemos dicho-- por el propio sujeto que se somete a ella, o, mejor dicho, por los datos biológicos, químicos, genéticos que su persona --en cuanto realidad corporal-- proporcione y que van a servir de base

a los científicos especialistas --peritos-- para emitir el informe que posteriormente utilizará el juez como uno de los instrumentos procesales más idóneos a la hora de formar su convicción.

Parece evidente que los experimentos habrán de realizarse sobre las propiedades corporales del presunto hijo y de los presuntos progenitores, aunque no necesariamente ha de hacerse la misma prueba a todos ellos conjuntamente; la prueba del grado de madurez, por ejemplo, se realiza sobre el presunto hijo únicamente; la de los grupos sanguíneos requiere necesariamente un estudio comparativo de la sangre de los progenitores y del hijo. Lo que ya no parece tan claro es si puede experimentarse con datos proporcionados por individuos que no sean ni el presunto hijo ni el presunto o presuntos progenitores. Los autores franceses (373) no encuentran ningún inconveniente --al contrario, se muestran totalmente favorables-- al hecho de que se practiquen pruebas a miembros del grupo familiar del progenitor presunto: abuelos, tíos, hermanos legítimos... del presunto hijo. Como dice SALMON (374), "cuando más completo

es el estudio familiar, mayor es la información obtenida", y qué duda cabe que cuanto más numerosa sea la información que se obtenga, más garantía habrá en el momento de excluir o atribuir la paternidad. El recurso de acudir a los datos que proporcionen las pruebas llevadas a cabo sobre parientes (375) presupone la veracidad del nuevo (y anterior, a la vez,) vínculo de filiación que se toma en consideración, porque la experiencia demuestra que, en algunos casos en que se empleó esta técnica, no siempre el parentesco no discutido es parentesco conforme a la naturaleza (376),

¿Cabría en nuestro país la posibilidad de aportar a un proceso los resultados de pruebas biológicas practicadas sobre parientes?. Nosotros no vemos ningún inconveniente para que ello sea posible, siempre y cuando medie el consentimiento de los interesados. Si pueden ser llamados a testificar, ¿por qué no tomar en consideración los efectos de unas pruebas que, en algunos casos (377), van a ser providenciales para el establecimiento de un parentesco controvertido?.

Cosa distinta ocurrirá -pensamos-- cuando se pretenda realizar una prueba biológica sobre un tercero, no pariente del demandado o, siéndolo, no en condición de familiar sino de presunto progenitor. La cuestión surgirá en aquellos procesos en que el demandado alegue la existencia de otro u otros individuos, debidamente identificados, que estén en condiciones, por las relaciones que han mantenido con la madre, de ser también el progenitor o los progenitores posibles del hijo. El tema está profundamente entroncado con la figura de la "exceptio plurium concubentium", cuyo estudio no tenemos intención de llevar a término en este lugar del trabajo, pero, sin perjuicio de volver posteriormente sobre ella, podemos adelantar las siguientes consideraciones en lo que atañe a lo que estamos tratando.

En el derecho español se carece de una norma que faculte al juez para poder traer al proceso a un tercero en calidad de tal; no existe la posibilidad, prevista en el Code francés, de llamar a la causa a otros posibles interesados en la resolución del pleito (378), ni tampoco se

contempla el supuesto específico de que, si con motivo del ejercicio de una acción de investigación de la paternidad o de una acción de alimentos, se opone por el demandado que la madre ha tenido, durante el período legal de la concepción, relaciones con un tercero, el juez puede ordenar que éste sea llamado al pleito (379), a pesar de que en el Borrador elaborado por la Comisión General de Codificación se hubiera previsto expresamente tal posibilidad, como indica DE LA CAMARA (380). La ausencia del precepto nos obliga a intentar hallar una vía a la intervención del tercero al amparo de nuestras leyes procesales, . ¿Cómo lograr que esa persona, cuya paternidad también es posible, en mayor o menor grado que el demandado, se someta a las pruebas biológicas para, a la vista de los resultados obtenidos, declarar en consecuencia la paternidad del demandado o absolverlo de toda carga?. No creemos que haya norma en el ordenamiento jurídico español por la que un tercero, en contra de su consentimiento, deba acudir a un pleito de filiación y someterse a la práctica de las pruebas biológicas, y siga conservando al mismo tiempo su condición de

tercero. Puede acudir, naturalmente, como testigo; no es este el caso, pues un testigo acude para testificar, no para ser objeto --sujeto pasivo-- de una prueba pericial. O puede acudir como parte al pleito, para lo cual es preciso que hubiese sido demandado, y en este caso, dejaría de ser tercero para convertirse en parte.

Resumiendo: un tercero puede ser objeto de una prueba pericial biológica, pues no hay ninguna norma en nuestras leyes procesales o sustantivas que impida tal posibilidad. En el caso de que se sometiera a ella voluntariamente, algo bastante improbable, podría suceder:

a) que la prueba demostrara la no paternidad del tercero; éste quedaría a salvo de futuras atribuciones de paternidad, aunque ello ni implicaría la declaración inmediata de la paternidad del demandado, lo cual sólo sería posible en el caso de que ésta se probara a través de los distintos medios de prueba que se hicieren valer en el proceso.

b) Que de la práctica de la prueba se comprobase que la paternidad del tercero era la que reunía mayores posibilidades de ser real, y se descartase al demandado como posible padre,. El juez no podría dictar resolución declarando la paternidad del tercero, pusto que el pronunciamiento judicial no puede alcanzar a quien no es parte. En este caso, cabrían dos opciones:

1) que el juez absolviera al demandado en dicho proceso; el demantante podría, sin embargo, promover otro pleito en el que se reclamase la paternidad de quien, en el anterior, había sido tercero.

2) Que antes de dictar sentencia (381), el demandante ejercitara una acción de reclamación contra el tercero y se decretase la acumulación de los autos, al amparo de los arts. 160 y ss. L.E.C. El tercero pasaría a ser demandado (co-demandado) y estaría en condiciones de poder ser declarado progenitor de la criatura (382).

2.2.4.- El recurso de casación en relación con la prueba biológica.-

Con anterioridad a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, producida por Ley de 6-agosto-1984, era opinión mantenida claramente por la jurisprudencia que, en muy reiteradas ocasiones trató el tema (383), la de que no cabía recurso de casación por error en la apreciación de la prueba de peritos, al considerarse que el dictamen pericial no constituía documento auténtico a los efectos previstos en el número 7 del art. 1.692, hoy derogado (384).

La reforma de 1984, que, en palabras de la E. de M. de la mencionada Ley, "precinde de la inasequible categoría del documento auténtico pues para que éste desempeñe la función evidenciadora que se le ha venido asignando, sería preciso que el Tribunal sentenciador hubiera actuado con los ojos cerrados", dió una nueva redacción art. 1.692, en cuyo ordinal 4º se establece a partir de ahora que el recurso de casación haá de fundarse en "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación

del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Con ello parece afirmarse la posibilidad de acudir al recurso de casación siempre y cuando se considere que el órgano judicial ha incurrido en un error en la aplicación del dictamen pericial biológico, si no fuera porque, por un lado, la jurisprudencia posterior a dicha reforma entiende que aún habiéndose suprimida el adjetivo de "auténticos", por "documentos" a los efectos del recurso de casación ha de entenderse "prueba documental, no informes periciales, y, por otro, porque al valorarse por el juez los dictámenes conforme a la sana crítica, la valoración que resulte deviene inatacable en casación (385).

A pesar de todo, algún autor sostiene que sigue existiendo la posibilidad de revisar la prueba en casación, ya que el motivo apropiado para ello no es el número 4, sino el 5 del art. 1.692, por infracción de los arts. 1.243 Cc. y 632 L.E.C. (386).

2.3.- Los inconvenientes de las pruebas biológicas. La negativa al sometimiento.-

Con independencia del problema que plantea al jurista lo que se ha dado en llamar "la fiabilidad" de la prueba biológica, propiedad de la misma que viene conformada por la conjunción de una serie de datos (tipo en concreto de peritaje, centro u organismo en el que se practica y se valoran los resultados alcanzados, cualificación profesional de los expertos que intervienen...) (387), que no es más que el grado, mayor o menor, de credibilidad que los resultados de dichas pruebas proporcionan y que el juez utiliza para formar su convicción y dictar sentencia, y con independencia igualmente del grave problema que el elevado coste del peritaje biológico puede suponer (388) para las partes, mientras no se instituya la figura del perito del oficio (389), creemos que el principal obstáculo para la consecución de la prueba del hecho generacional lo constituye la negativa, de quien deba necesariamente prestar su colaboración, a que sobre su cuerpo se practique peritaje médico alguno dirigido a aquel fin.

En realidad, entendemos que una postura de tal naturaleza corta de raíz la posibilidad de alcanzar en el pleito un resultado satisfactorio en orden a la consecución de la verdad biológica que se persigue con el ejercicio de la acción. Si no se practica la prueba biológica, la actividad probatoria que se desarrolle en el proceso habrá de dirigirse necesariamente a probar la filiación, dejando a un lado el sustrato genético, carnal, consanguíneo, olvidándonos de la paternidad biológica para centranos en la paternidad afectiva. El camino que habrá que seguir para llegar a alcanzar el objetivo propuesto pasará necesariamente por el terreno de las presunciones; la filiación que a través de las mismas resulte, aunque pueda no ser reflejo de un lazo sanguíneo, no deja por ello de ser menos legítima y protegible. Pero, a pesar de todo, los ordenamientos jurídicos buscan preferentemente acomodar el vínculo jurídico "filiación" con el vínculo sanguíneo "generación", porque, si no, no se explica cómo, ante la negativa de una de las partes a someterse a una prueba biológica, se articulan medidas para, o bien practicar la prueba

contra su voluntad, de forma violenta, o bien para deducir de aquella postura contraria unas consecuencias jurídicas que casi siempre operarán en perjuicio de quien la sustenta.

Hemos dicho con anterioridad (390) que objeto de la prueba biológica pueden serlo las partes o los terceros, tanto si guardan relación de parentesco con aquéllos como si no. Ahora bien, entendemos que no ha de valorarse en la misma medida la negativa que proceda de quien es parte directamente interesada en el pleito que la que proceda de un tercero. Normalmente, el sujeto que se va a negar a que se practique la prueba biológica sobre sus propias cualidades físicas será el demandado, el presunto progenitor de quien se reclama judicialmente la paternidad o la maternidad porque voluntariamente no quiso aparecer como padre legal, o el presunto hijo, si el que reclama es el progenitor. Difícilmente se va a negar el demandante, a no ser que ejercite la acción infundadamente (391), y tema que el resultado de la prueba eche por tierra la demanda. Esta conducta será objeto de especial consideración por el juez,

que podrá, en consecuencia, valorarla en sus justos términos, o, si ello fuere posible, ordenar el cumplimiento forzoso de la prueba, porque ambas partes --demandante y demandado-- son las que tienen lógicamente un mayor interés en que el juez declare la filiación en liza o no.

Por el contrario, hay que pensar que la negativa de un pariente a quien se hubiere solicitado su colaboración en un peritaje biológico, no puede ser merecedora de la misma valoración. Las conclusiones que se pueden extraer de esta postura tienen una valoración muy distinta de las que se pueden extraer en el primer caso, porque sobre los parientes no pesa una hipotética declaración de paternidad y por lo tanto su negativa puede no obedecer a un deseo obstruccionista de la actividad probatoria, sino a uno de cualquier otra índole, perfectamente legítimo (392).

La cuestión de la negativa del tercero (393) (no familiar) a someterse a la prueba presenta distintas connotaciones, porque así como al familiar --que es tercero también-- se acude

con objeto de conseguir un resultado más fiable, a aquél se le tiene en cuenta por el hecho de que se sospecha que puede ser perfectamente el progenitor anhelado, o que tiene las mismas posibilidades de serlo que el demandado con carácter principal; lo que ocurre es que su actitud sóloamente va a poder ser valorada en la medida en que pueda ser llamado al pleito.

Vista la postura del sujeto que rechaza someterse a la prueba, corresponde ahora lógicamente analizar cuál es la actitud que cabe tomar, en derecho, frente a la misma,. Y, en principio, lo que procede es observar si cabe practicarse la prueba en contra de la voluntad de las partes, es decir, sin su consentimiento o contra su oposición, cuando medie mandato judicial que lo ordene.

Son realmente los menos (Estados Unidos, Austria, Alemania (394) los países que llegan a establecer una normativa capaz, en un caso límite, de facultar al juez para poder ordenar que la "inspectio corporis" llegue a realizarse coactivamente, aún en contra de la voluntad del

mismo sujeto,. Por el contrario, aquellos países en los que el juez está autorizado para decretar la realización de la prueba, pero carece de facultades para imponerla a quien se mostrare reacio a la misma, constituyen el grupo más numeroso. Francia, Italia, Suiza, Polonia, Israel, por citar algunos países, constituyen un claro ejemplo de lo que acabamos de exponer (395).

Pero, ¿cuál es la situación en la que se encuentran estas cuestiones en nuestro país?. ¿Podrá el juez español imponer por la fuerza el sometimiento a la prueba --normalmente será la prueba hematológica--, a la luz de los preceptos sustantivos y procesales civiles (396) vigentes?. Entendemos que tal comportamiento judicial no es posible, por lo siguiente. En España le falta al juez el soporte fundamental que para su actuación supone la existencia de una normativa específica sobre este tema; que le permita hacer uso de la fuerza, ejecutar coactivamente el peritaje, valorar la conducta del sujeto en cada momento, etc., normativa que sí existe, como hemos visto, en un país como Alemania, en donde es posible la

ejecución forzosa. La L.E.C. por el contrario, dudamos que pueda contener principio o norma en el que aquella actuación judicial pueda encontrar acogida.

Creemos que esta es la razón fundamental por la que el juez español no puede ordenar la "inspectio corporis" por la fuerza. Los argumentos que normalmente maneja la doctrina para oponerse al sometimiento violento --respeto a la integridad física, a la intimidad, a la libertad individual (397)-- aún siendo muy respetables, al estar estos derechos protegidos por la Constitución y amparados por el Tribunal Constitucional (398), no son concluyentes, ya que:

a) no hay ningún derecho que sea absoluto en el ordenamiento jurídico; ni siquiera los contenidos en la Sección I ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas") del Capítulo Segundo ("Derechos y libertades") de la Constitución, y por lo tanto no hay por qué conferir mayor estima a los derechos inherentes a la personalidad que a otro tipo de derechos, principios o intereses legítimos, entre los que

pueden destacarse la aspiración, fundamentalmente, del hijo aunque también del progenitor al libre desarrollo de la personalidad --art. 10.1° Const.--, el principio que proclama la protección inequal de los hijos --art. 39.2° Const.-- o, con carácter general, el interés público (399).

b) La circunstancia de que se trate de derechos inherentes a la personalidad no implica que el ordenamiento no acepte, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, unos concretos comportamientos que constituyan una vulneración de los mismos, pero que, al estar permitidos por la ley, se consideran legítimos (400).

La doctrina mayoritariamente (401), aunque con alguna excepción (402), y la jurisprudencia española más reciente (403), se oponen a que la prueba se lleve a cabo contra la voluntad del sujeto sobre el cual ha de realizarse, aunque puede ser requerido para presentarse a realizarla, conducido por la fuerza pública si no lo hiciese voluntariamente; ahora bien, el uso de la fuerza se limita a obligar al sujeto a comparecer, pero no a

someterse a la prueba, que sólo se podrá practicar si media su consentimiento (404).

Una vez analizado el tema de si es posible o no desde un punto de vista jurídico practicar coactivamente, "manu militari", la prueba biológica, cuando la persona no ha prestado su consentimiento a tal fin (405), y habiéndose llegado a la conclusión de que aquella puede negarse totalmente a someterse a la prueba, resta ahora dar un repaso a la valoración que de esta conducta pueden hacer los tribunales.

Creemos que esta es una de las cuestiones más delicadas que se suscitan en los procesos de filiación, en los ordenamientos en que los que se admiten las pruebas biológicas, porque la negativa tiende a valorarse casi siempre la forma que resulte más perjudicial para quien la sostiene. Consciente o inconscientemente, el juicio de valor que se extrae de una conducta obstativa a la realización de la prueba, suele ser siempre el mismo: la ley permite la utilización de las pruebas de tipo médico o biológico en los juicios sobre filiación (art. 127 Cc.), con objeto de favorecer

el descubrimiento de la verdad biológica, del parentesco real entre dos personas (una de ellas la que se niega), actuando así en defensa de un interés constitucionalmente protegido (art. 39-2° Const.); si una de las partes impide que la actividad probatoria se lleve a cabo en toda su plenitud, obstaculizando con su conducta la práctica de un medio de prueba que podría ser decisivo para el resultado del pleito, será porque está interesada en que no se llegue a conocer la realidad del asunto; será, en definitiva, porque tiene fundadas sospechas de ser el progenitor del hijo que reclama, o --si se trata del demandante-- porque teme que se descubra que la acción iba dirigida contra el demandado, no en el convencimiento de que éste era el padre verdadero, sino porque era el padre que económicamente podía resultar más atractivo.

De ahí que haya una tendencia generalizada a valorar la negativa de forma que resulte siempre perjudicial para quien la sostiene, llegándose de este modo a paliar, en la medida de lo posible, la imposibilidad de ejercicio coactivo de la prueba.

Así, y salvo algún autor que sostiene que no pueden deducirse argumentos de comportamientos que afectan a materias no disponibles por las personas (406), la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia coincide en valorar esa negativa, bien como una prueba confesoria de paternidad (maternidad) (407), bien como un mero indicio de la misma (408), o bien como una mera presunción de paternidad, fórmula que utiliza la jurisprudencia francesa (409), o extrayendo de ella "argumentos de prueba", tal como se pronuncia la jurisprudencia italiana, al amparo de los arts. 116 y 118 del cod. pro. civ. (410).

La escasa, todavía, jurisprudencia española sobre esta materia obra acertadamente al no considerar la negativa como una "ficta confessio", sino como un simple indicio de paternidad, que no será suficiente por sí sólo para fundar la resolución judicial (411).

Para finalizar con este apartado relativo a las pruebas biológicas de la filiación, queremos poner de relieve tres aspectos de las mismas que

afectan a su valor probatorio en juicio, y que son los siguientes:

1° La prueba biológica constituye un medio de prueba ordinario, no excepcional, equiparable en cuanto a su régimen, admisión y valoración a cualquier otro tipo de medio de prueba recogido en la L.E.C. y en Cc., que, aunque goza de naturaleza pericial, por su propia esencia presenta connotaciones específicas que la distinguen del resto de las pruebas periciales. Ello implica que los tribunales pueden y deben admitirla en la misma medida en que admiten otras pruebas de distinta naturaleza, y sin que quepa recurrir a las mismas solamente en supuestos excepcionales en los que los medios de prueba "tradicionales" no arrojan luz suficiente sobre la filiación convertida (412).

2° Independientemente del hecho de que las pruebas biológicas constituyan un medio de prueba ordinario, no excepcional, su valor probatorio es superior al del resto de las pruebas que se puedan aportar al proceso, si lo que se quiere acreditar es el hecho generacional. Ello implica que, ante un informe pericial en el que se afirma la

paternidad, con un alto grado de probabilidad, o en el que aquélla se niegue radicalmente, el juez va a otorgarle un papel preponderante por encima de las conclusiones que extraiga de la valoración de otras pruebas que se hubieren practicado, lo cual comporta una exigencia previa y un efecto fundamental (413): se presupone una deontología irreprochable en el experto que emite el informe, y se corre el peligro de conferir a la verdad biológica una importancia excesiva en detrimento del interés bien entendido del hijo.

3° El juez goza de gran libertad a la hora de valorar las conclusiones a que hubiesen llegado los expertos en los dictámenes periciales (414), cuya apreciación se hará conforme a las reglas de la sana crítica, y sin que esté obligado a sujetarse a los mismos en la resolución que dicte (415). La apreciación conforme a las reglas de la sana crítica conlleva, según la jurisprudencia española más reciente "que tal valoración probatoria quede sustraída a la censura de la casación" (416).

3.- Las presunciones (416.1) de paternidad del art. 135.-

3.1.- Consideraciones generales.-

A lo largo de todo el apartado anterior nos hemos centrado en el establecimiento o determinación judicial de la filiación, tomando como punto de referencia exclusivamente el nexo sanguíneo, carnal, biológico, la "generación" --como expresa el Código (417)-- existente entre dos personas, padre e hijo (aunque quizá resultara más exacto emplear el término "progenitor" en lugar del de "padre", pues entendemos que la prueba de la generación puede hacerse también para revelar una filiación materna y no exclusivamente una paterna (418). Generación que cabe probar de forma directa, como también hemos puesto de relieve, merced al empleo de las denominadas pruebas biológicas.

Procede, ahora, llevar a cabo el estudio del establecimiento de la filiación que se pueda conseguir no a través de la verificación de la generación, sino a través de la comprobación de una serie de supuestos sobre cuya base el juez pueda

declarar aquélla. Cuáles sean éstos y el modo en que se va a llevar a cabo esta actividad lógico-deductiva, es lo que será objeto de reflexión en las páginas siguientes.

Como en el epígrafe anterior, se trata de poner en conexión dos conceptos jurídicos autónomos, pero íntimamente relacionados. Por un lado, el relativo a los medios de prueba de la filiación. Son utilizables "toda clase de pruebas" (art. 127), es decir, todas las contenidas en los arts. 578 L.E.C. y 1.215 Cc. (419), y, además de éstas, todas aquellas que las partes reputen idóneas, siempre que el juez las halle pertinentes (420).

El que el régimen de los medios de prueba en los procesos de filiación no presente peculiaridades sustanciales respecto de las líneas maestras contenidas en la L.E.C. nos permite prescindir de su estudio en favor de los procesalistas, aunque no quiere ello decir que no exista una cierta idiosincrasia probatoria en estos procesos cuando nos centramos en algún tipo concreto de pruebas (421).

Por otro lado, el segundo concepto jurídico al que hay que prestar atención es el que viene constituido por el objeto de la prueba, es decir, aquello sobre lo cual recae la actividad probatoria dirigida al establecimiento de la filiación. Como hemos venido repitiendo reiteradamente, o se prueba directamente la generación, o, para el establecimiento judicial de la filiación, se prueba directamente otro hecho, que no es la generación, pero que en la mente del legislador es conformador de una presunción que faculta al juez para poder declarar la paternidad o la maternidad; hecho o hechos que son, en definitiva, hábiles para inferir la filiación (422).

Decimos que se prueba directamente otro hecho --llámese reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado, convivencia...--, porque aquí no cabe prueba indirecta (423). La convivencia con la madre en la época de la concepción, pongamos por caso, puede no probarse, pero, si se acredita, la actividad probatoria se lleva a cabo sin especialidad alguna, igual que si se tratara de probar otro hecho. Lo que sí se prueba de forma

indirecta es la filiación, a través de la presunción establecida a tal efecto.

Así pues, una vez que resulte debidamente acreditado el hecho o el conjunto de hechos determinados, salimos del terreno de la certeza, y entramos en el campo, no de la duda, sino de la presunción, o, si se quiere, del "posibilismo" (422). "Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto --expresa el art. 135--, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiere la filiación, de modo análogo".

Técnicamente, estamos en presencia de unas presunciones, no "iuris" (425), sino "hominis seu iudicis" (426), que facultan al juez para declarar la filiación a su arbitrio, sin que venga necesariamente obligado a ello ("podrá declararse", art. 135); son, en definitiva, "deducciones lógicas, según criterio humano, de la paternidad" (427), paternidad o maternidad que pueden ser tanto de naturaleza matrimonial como no matrimonial,

puesto que en el precepto no se hace indicación alguna al respecto y puesto que la determinación de la filiación a través de presunciones deberá hacerse, con independencia del tipo de filiación, siempre que no haya prueba directa de la generación.

El propio tenor literal del art. 135, que dice que podrá declararse la filiación "que resulte", avala, a nuestro juicio, la tesis de que nos hallamos ante presunciones judiciales y no legales. Para que el juez afirme la existencia de la relación de filiación es preciso que entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (428); la filiación no resulta, sin más, de alguno de los supuestos de hechos contemplados en el art. 135, o análogos a ellos; únicamente después de analizadas las circunstancias del caso (429) el juez apreciará si, a la vista de éstas, se infiere aquélla, y si realmente "resulta" la filiación. Pero si ésta no parece posible a juicio de aquél, no la declarará, por más que resulte

probado el hecho base de la presunción, y a pesar de que no demuestre lo contrario (430).

Dice PEÑA que la justificación de que se recurra a las presunciones para declarar la paternidad obedece a la necesidad de que la relación de filiación, tan básica en el régimen jurídico de cada persona, quede legalmente determinada (431). La necesidad sólo se hace palpable cuando se carece de prueba sobre la generación o el parto. Por ello creemos que, en el establecimiento de la filiación, goza de un valor prioritario la verificación del hecho generacional, sanguíneo, biológico (432), pero esta preponderancia de la prueba biológica ha de ser entendida correctamente. No quiere decirse que su práctica excluya el recurso a otros medios de prueba, puesto que en todos los pleitos de filiación coexisten tanto aquélla como éstos, sino que, siempre que sea posible, ha de practicarse la prueba de la generación (433), como medio dirigido al descubrimiento de la verdad biológica.

El sistema previsto por el Código civil español presenta connotaciones peculiares que los distinguen de otros ordenamientos cercanos. Como señala RODRIGUEZ ADRADOS, aparece claramente rechazado el sistema alemán e italiano (la diferencia con éste se acentúa después de la reforma llevada a cabo en 1975, en la que se dió una nueva redacción al art. 269 Cc. (434)) que no dicta norma alguna sobre el objeto a probar, y también aparece rechazado el sistema francés, que establece en el art. 340 (435) una serie de supuestos de apertura (cas d'ouverture) del juicio de reclamación de la filiación natural, que entre nosotros no existe por cuanto se admite en todo caso la prueba directa de la generación (436). Las diferencias del sistema español con el francés no se reducen a ésta; los "cas d'ouverture" previstos en el art. 340, que responden a unos patrones generales comunes también a otros ordenamientos (437), son taxativos (438), mientras que no lo son los supuestos del art. 135. Por otro lado, es factible valerse por primera vez en apelación de un "cas d'ouverture" que no hubiese sido invocado en primera instancia (439), al contrario de lo que

ocurre conforme a nuestra práctica forense, que no permite que en apelación se introduzcan pretensiones, excepciones o cuestiones distintas de las deducidas en primera instancia (440), sin olvidar, por último que los "cas d'ouverture" entran en juego únicamente respecto de la filiación natural.

Los puntos de desacuerdo no son óbice, sin embargo, para que no puedan apreciarse puntos de coincidencia. La acción que se ejercita puede tener su fundamento no sólo en uno, sino en varios de los supuestos del art. 340, (441), circunstancia que, al igual que ocurre en nuestro país con los supuestos del art. 135, ayuda a lograr una resolución favorable, al disponer el juez de más elementos para formar su convicción, y evita a la vez la improsperabilidad de la pretensión en el caso de que se refute adecuadamente uno de los alegados. No faltan, por último, autores que ven en los "cas d'ouverture" meras presunciones "hominis" de paternidad, asignándoles la misma naturaleza que nosotros habíamos atribuido a los supuestos del art. 135 (442).

Procede, pues, a la vista de lo expuesto, detenerse en el concreto análisis de cada uno de los supuestos contemplados en el art. 135, y de aquéllos otros que, sin estar previstos específicamente, pudieran tener en aquél su encaje, gracias a la fórmula omnicomprendiva que el legislador ha dispuesto en el último párrafo.

3.2.- Los particulares supuestos de los que se presume la paternidad o la maternidad.-

3.2.1.- EL reconocimiento expreso o tácito.-

"Podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito", señala el art. 135. ¿A qué tipo de reconocimiento se está refiriendo dicho precepto?. Parece evidente que el legislador, al establecer esta presunción de paternidad, estaba pensando no en el reconocimiento solemne del art. 120-1º (443), pues si se tratara de uno de tal naturaleza la filiación se determinaría directamente, sin necesidad de recurrir al mecanismo de las presunciones y sin necesidad de pronunciamiento judicial, sino, en un

reconocimiento aformal, que "no vale como título de determinación legal de la filiación" (444), tal como han puesto de relieve doctrina y jurisprudencia (445); es decir, como escribe ALBALADEJO (446), tomado "no en el sentido de reconocimiento como declaración solemne de ser padre o madre el reconocedor, sino en el sentido de que haya admitido aún informalmente, serlo".

Este reconocimiento aformal o no solemne participaría de la naturaleza de la declaración de ciencia o de conocimiento (447), no de la declaración de voluntad determinante de un negocio jurídico (448), y, en nuestra opinión, podría definirse como la convicción que invade a un sujeto de considerarse progenitor de otro, manifestada a través de una declaración, de un comportamiento, o de ambas cosas a la vez (449).

El Código no indica la forma que ha de revestir el reconocimiento. Puede, por tanto, hacerse de forma oral, sin que necesariamente deba constar por escrito (450). Si se lleva a cabo verbalmente, su acreditación se hará mediante la prueba testifical (451).

Si consta por escrito, el único requisito que se exige es que sea un escrito "indubitado", en el sentido, como sostiene DE LA CAMARA (452), de que no quepa duda acerca de su procedencia del presunto progenitor, pero sin que haya de contenerse en él una voluntad deliberada de reconocer, ya que se admite un reconocimiento tácito.

El reconocimiento realizado por escrito puede figurar en documento público. Pensemos en un reconocimiento realizado con ánimo de determinar legalmente la filiación y que resultase nulo por falta de forma --podría ser utilizado como reconocimiento a los efectos del art. 135 (453)--, o en un acta elevada para recoger la declaración de un sujeto e incorporada a un archivo parroquial (454), o en la institución de heredero de un hijo no reconocido formalmente (455). Pero no hay ningún inconveniente para que pueda darse un reconocimiento en documento privado, como, por ejemplo, en cartas dirigidas a la madre del presunto hijo, o a un tercero, en las que haya referencia o mención de su propia paternidad, o en

diarios personales en los que se refleje tal hecho, etc.

El escrito no es necesario que sea autógrafo. La jurisprudencia española ha abandonado la línea rígida que durante bastante tiempo mantuvo (456) y que se traducía en la exigencia insalvable de que el escrito había de ser todo él de puño y letra de su autor. Puede tratarse, en la actualidad, de documentos mecanografiados, firmados por el presunto progenitor (457), y, por la misma razón que se admite el realizado a máquina, no parece que exista obstáculo para admitir el escrito a mano por un tercero siempre que llevase también la firma de aquél (458).

El art. 135 menciona el reconocimiento expreso y el reconocimiento tácito. Caben, pues, dos grandes tipos de reconocimiento que se corresponden esencialmente con lo que en el n° 2 del art. 134; en la redacción aprobada por el Senado, se decía: "reconocimiento manifestado en documento indubitado o a través de actos concluyentes".

El reconocimiento expreso, es decir, aquél que contiene afirmación explícita de la paternidad (459), puede revestir, en opinión de DIEZ DEL CORRAL (460), dos modalidades: el directo, que se dará "cuando la declaración vaya dirigida a la exclusiva finalidad de constatar la paternidad o cuando, si se injerta en ella otra declaración, pueda considerarse la primera como declaración principal (461), y el incidental, que tendrá lugar "cuando la declaración vaya encaminada a constatar un hecho distinto, pero en la declaración se injerte incidentalmente, de pasada, una afirmación de paternidad". Como dice PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, es el que se produce en un acto que no tiene por finalidad reconocer (462).

Pero, a los efectos previstos en el art. 135, no se exige únicamente que el reconocimiento de paternidad se produzca de forma expresa, pues también cumple su cometido "aquél que se manifiesta por medio de actos o hechos concluyentes que, sin constituir verdadera declaración permitan inferir la afirmación de su paternidad por parte del autor de aquellos hechos o actos" (463). Es decir, se

trata de tomar en consideración el comportamiento o trato que depara el presunto padre hacia el hijo y su otro progenitor (464), que hace presumir la existencia de una relación de filiación (465), sin que la existencia de ese trato nos mueva a equiparar el reconocimiento tácito con la posesión de estado, de hijo natural, ya que se trata de dos instituciones con perfiles propios que se distinguen fundamentalmente porque la posesión, aparte del trato entre padre e hijo, exige para su aparición otro elemento: la fama o "reputatio", que constituye la nota verdaderamente identificadora de la misma (466).

Cabe preguntarse qué capacidad es la exigida para llevar a cabo el reconocimiento aformal de paternidad que estamos analizando. El Código, ciertamente, se mueve con criterios muy amplios a la hora de fijar la necesaria para otorgar un reconocimiento formal, puesto que hasta los incapaces y quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad pueden reconocer (467) pero ha de moverse necesariamente con mucha más amplia libertad en la materia que nos ocupa, puesto

que una cosa es exigir el cumplimiento de una serie de requisitos (de capacidad, forma...) para otorgar validez a un acto reglado por el ordenamiento, formal, capaz de determinar "per se" una filiación, y otra es intentar que se cumplan esos requisitos, o por lo menos, el requisito de una cierta capacidad, en determinados comportamientos espontáneos que el juez toma en consideración como indicio de paternidad. La propia misión que el reconocimiento aformal está llamado a cumplir se mueve en una órbita que permanece ajena a la mayor o menor edad, pongamos por caso, del sujeto que realiza el reconocimiento. Independientemente de esto, qué duda cabe que la declaración de paternidad realizada por un loco no va a ser valorada por el juez de la misma manera que la de una persona plenamente capaz. El problema de la capacidad del reconocedor habrá que resolverlo, pues, en cada caso concreto (468).

Podemos, por último, centrarnos sobre cuál será la postura que adopte el demandado frente a la imputación de la paternidad de que ha sido objeto, fundada en el reconocimiento aformal (469). Creemos

que no son posibles más que dos soluciones: o probar la inexistencia del reconocimiento, esto es, que nunca ha habido confesión de paternidad del demandado, que el documento aportado no es auténtico -no procede de aquél--, o que el comportamiento que ha deparado a su presunto hijo no es constitutivo de un reconocimiento tácito, es decir, negar la misma realidad del reconocimiento, o probar que éste no es producto o resultado de una voluntad libremente formada por el sujeto reconocedor; en particular, puede probarse que el reconocimiento ha sido realizado por error, o bajo violencia o intimidación (470), vicios de voluntad que son los mismos que facultan para impugnar el reconocimiento formal y solemne, al amparo del art. 141 Cc., y que venían previstos, junto con la simulación, en el art. 136 del texto aprobado por el Senado (471). Desconocemos la causa por la que este precepto fue suprimido en la aprobación definitiva por el Congreso, pero su inclusión en el articulado obedecía al elemental argumento, expuesto por la enmienda n° 119 del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, en el Senado (472), de que "no hay razón alguna para que

el reconocimiento otorgado de forma legal pueda ser impugnado, y no quepa igual posibilidad si el reconocimiento se otorgó sin observar las formalidades prescritas por la ley, evento en el cual es más fácil aún la existencia de un vicio del consentimiento".

Conviene destacar que el plazo de caducidad de un año previsto en el art. 141 no es de aplicación "pues al no tratarse de un reconocimiento propiamente dicho... no existe la posibilidad legal de impugnarlo mientras no se haga valer en juicio (473). La posibilidad de impugnar el reconocimiento aformal subsiste, por lo tanto, mientras quepa la opción de ejercitar una acción de reclamación, a la cual está subordinada la impugnación, puesto que el reconocimiento no goza de entidad jurídica sino desde el momento en que se alega en un pleito.

3.2.2.- La posesión de estado.-

El art. 135 menciona, a continuación del reconocimiento expreso y tácito, la posesión de estado como uno de los hechos que permiten presumir

la filiación. La referencia a la posesión de estado no supone una innovación en materia de establecimiento judicial de la filiación, puesto que el derogado art. 135, n° 2, como hemos visto en su momento (474), la contemplaba como uno de los casos en los cuales el padre estaba obligado a reconocer al hijo natural, y el art. 136 la preveía también, por vía de remisión, respecto al "reconocimiento forzoso" de la maternidad natural.

La reforma del año 1981 no supuso una remodelación importante de la institución ni de sus cometidos (475). La posesión de estado sigue siendo un medio de prueba no contenciosa de la filiación, subsidiario (476), como lo era anteriormente (477), y está llamado a cumplir su función en el terreno de la determinación judicial de la filiación, sirviendo como medio de prueba y como dato condicionante de la legitimación activa en el ejercicio de las acciones (478); en realidad, las únicas innovaciones producidas han sido la apuntada, referida a la legitimación, la lógica consistente en hacer extensible a la filiación no matrimonial las normas sobre la "prueba" de la

filiación, y la supresión, en parte, como luego tendremos ocasión de examinar, de algunos requisitos o notas peculiares que se contenían en la primitiva redacción del Código. No hubo, por tanto, ni por asomo, un desarrollo espectacular de la posesión de estado, como ocurrió en Francia con ocasión de la reforma acaecida en 1972 (479), pero tampoco se redujo su papel, siquiera desde un punto de vista formal, tal como pasó en Italia en 1975 (480).

El Código, tras la reforma de 1981, sigue sin ofrecer una definición de posesión de estado. Este dato parece preocupar de forma especial a la doctrina (481), que lo utiliza como punto de comparación con otros Códigos, como el francés (482), el italiano (483), el portugués (484), el belga (485) o, en general, otros cuerpos legales, como la Compilación de Navarra (486) que, en realidad, tampoco ofrecen definiciones propiamente dichas, sino más bien una relación más o menos completa de hechos que se entiende son constitutivos de aquélla. Nosotros pensamos, por el contrario, que no es completamente necesario que el Código

ofrezca una definición de lo que ha de entenderse por posesión de estado. No se trata de definir, a estas alturas, una institución que lleva siglos de fecunda existencia (487), y que tradicionalmente se ha venido describiendo a través de una fórmula clásica --"nomen", "tractatus", "fama"--, que encierra, maravillosamente en estas tres palabras latinas, todo el contenido de la institución. No se trata de eso. El Código tiene que ser algo más que un mero repertorio de definiciones y conceptos más o menos acertados. Parece ilógico, además, que se pida tal concreción, porque por un lado, puestos a pedir definiciones, no se nos ofrece tampoco concepto alguno de otras figuras respecto de las cuales sería muy interesante que existiera; la ley no define el reconocimiento a formal expreso, ni el tácito, ni aclara qué ha de entenderse por "convivencia con la madre en la época de la concepción": ni siquiera se nos dice qué es la filiación, al menos a efectos jurídicos. Y por otro, porque el concepto adolecería de una gran relatividad (488), en función de los propios requisitos legales que se exijan en cada momento, del tipo de filiación --matrimonial o no

matrimonial-- al que se refiere, y de la propia misión que aquélla esté llamada a cumplir. Quede a la doctrina (489) y a la jurisprudencia (490) la misión de dar cumplido trámite a una formalidad tan delicada.

Lo que sí cabe reprochar a la nueva regulación es que deje la puerta abierta a las mismas dudas que inquietaban la intérprete con anterioridad a 1981; en particular, las dudas que gravitaban sobre lo que habría de entenderse por el carácter "constante" o "continuo" de la posesión y si se exigían actos del padre sólomente o valían también los de su familia, para considerar constituida aquélla.

Respecto de la primera de las cuestiones es preciso señalar que la redacción originaria del Código venía a complicarla extraordinariamente al emplear los dos controvertidos adjetivos, uno referido a la filiación legítima (491) y otro, referido, como ya sabemos, a la filiación natural (492). En la actualidad, la cuestión parece simplificarse: sólomente el art. 131 utiliza uno de estos términos. Se omite todo tipo de referencia

expresa a la continuidad de la posesión de estado y, a partir de ahora, se exige que ésta sea constante (493), siguiendo un camino inverso al recorrido en el derecho francés (494). No vamos, desde luego, a detenernos en hacer ahora un estudio de cuál sea el verdadero significado del término "constante", o si equivale o no al de "continua", puesto que la dualidad ha desaparecido del Código y la doctrina ha reflexionado suficientemente sobre ello (495); pero no está de más hacer hincapié en que, en este aspecto tan sumamente concreto de las acciones de filiación, el legislador se ha mostrado especialmente escueto. No cabe duda que, si, como dice CORNU, poseer un estado es vivir conforme a ese estado (496), la posesión de estado habrá de seguir un curso semejante al que sigue la propia relación de parentesco entre dos personas. Es obvio, por lo tanto, que no podrá existir si no guarda una cierta nota de permanencia, si no se trata de una relación estable y duradera (497), es decir, constante, a imagen y semejanza de una auténtica relación paternofilial, que no admite, por ser tal, interrupciones --no se deja de ser padre o hijo de alguien por una temporada, para

volver a serlo más tarde--, pero sí altibajos, fluctuaciones en el trato o comportamiento recíproco que incluso pueden trascender al ámbito o entorno social en que se muevan los sujetos en cuestión, pero que no afectan, creemos nosotros, a la buena marcha de la relación posesoria.

No hay referencia alguna, tampoco, sobre la importancia que se concede a los actos de la familia del presunto progenitor, como elementos constitutivos posibles de la posesión de estado. En ausencia de una norma similar a la contenida en el antiguo art. 135, que concedía relevancia, al menos en teoría, tanto a los actos directos del padre como a los de su familia, lo más conveniente será continuar con la línea jurisprudencial iniciada bajo la regulación anterior, que interpretaba la conjunción disyuntiva "o" del mencionado precepto no en el sentido literal de que los actos de la familia podrían ser configuradores de una posesión de estado, sino, más bien, que podían servir de ratificación, de refuerzo a los llevados a cabo por el padre en idéntico sentido, sin que pudiera aquella actividad suplir a la de

éste (498), esta regla general admitirá una excepción en el caso de que hubiera sido materialmente imposible que el padre hubiera podido observar conducta alguna, por haber fallecido antes del nacimiento, por incapacidad, etc., pero, incluso en este caso, se requiere que este comportamiento familiar tenga un fundamento razonable en la conducta o en hechos personales del mismo progenitor, como lo es en el matrimonio, el concubinato con la madre, la relación de noviazgo, etc. (499).

3.2.3.- La convivencia con la madre en la época de la concepción.-

El art. 135 recoge, entre el elenco de supuestos de hecho que permiten presumir la paternidad o maternidad en defecto de prueba directa sobre la generación, la convivencia entre los presuntos progenitores en tiempo hábil para la procreación.

A priori, podría pensarse que el precepto está consagrando una presunción de paternidad no matrimonial al estilo de la que existe con respecto

a la filiación matrimonial; la institución del matrimonio hallaría aquí su equivalente en la mencionada convivencia con la madre, que haría nacer en ésta un deber de fidelidad y una obligación de vida en común similares a los derivados de aquélla, sobre los cuales cabría fundar la presunción de que quien convive con la madre es el padre de los hijos que ésta concibe mientras dura la convivencia.

Tal interpretación, aunque no sea del todo incorrecta, ha de ser matizada en dos sentidos:

Primero. El art. 135, como ya hemos puesto de relieve tantas veces a lo largo de este trabajo, surge como vía de solución para resolver los problemas de determinación judicial de la filiación, con independencia de que ésta tenga un carácter matrimonial o extramatrimonial, diferenciándose de este modo de otros ordenamientos, en los que el recurso a unas determinadas realidades fácticas como fundamento de la acción de reclamación, es predicable exclusivamente de la filiación natural (500).

Segundo. La presunción de paternidad que surge del precepto en examen no es comparable con la derivada del matrimonio, ya que, como afirma PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (501), 1°, no hay título oficial que acredite el concubinato y, por ende, la existencia de la convivencia, pero sí lo hay para el matrimonio, (arts. 61 a 65 Cc. y 69 L.R.C.), en el que se presume la convivencia (art. 69 Cc.); 2° el concubinato no sirve para fundar directamente un título acreditativo de la paternidad, al contrario de lo que acontece con el matrimonio (art. 113 y 116 Cc.), ni para crear directamente a través de la inscripción de filiación un título de determinación legal de la filiación; aún demostrada fehacientemente la convivencia, el único modo de determinar legalmente la filiación es mediante declaración judicial, cuando no medie reconocimiento espontáneo del padre; 3° las presunciones contenidas en el art. 135 en general y la derivada de la convivencia, en particular, no constituyen presunciones "iuris" que despliegan efectos mientras no sean combatidas, sino que han de ser libremente apreciadas por el juez, quien

puede fallar en contra, aunque aquéllas no sean destruidas.

Así pues, conviene dejar claro que, si bien en el art. 135 se contiene, de alguna manera, una presunción de paternidad, ésta no es de la misma naturaleza ni produce los mismos efectos que la que se funda en el matrimonio, y conviene, por otro lado, aclarar también que la presunción que deriva de la convivencia puede ser utilizada en los procesos sobre filiación matrimonial, precisamente en aquellos casos en que la presunción de paternidad haya decaído como consecuencia de una separación legal o de hecho de los cónyuges a la que siga un período de convivencia más o menos prolongado, que no pueda reputarse como reconciliación a los efectos de producir el renacimiento de la presunción de paternidad (502), en aquellos otros en que ésta se encuentre debilitada, por haberse producido el nacimiento en los 180 primeros días del matrimonio y hubiese el marido desconocido al hijo a través de declaración auténtica formalizada en el plazo de seis meses siguientes al conocimiento del parto (503), y, por

último, en el supuesto de que no exista presunción de paternidad "ab origine", por suceder el nacimiento con anterioridad al matrimonio de los progenitores (504). No existe obstáculo alguno para que la filiación matrimonial pueda determinarse en virtud de una sentencia dictada en función de la convivencia prevista en el art. 135 (505).

El Código emplea, como ya sabemos, la frase "convivencia con la madre en la época de la concepción". La expresión, muy aséptica, no hace referencia a ninguna de las notas características que ha de guardar la convivencia en orden a la atribución de paternidad del conviviente. En ausencia de norma más clara habrá de ser la jurisprudencia de los distintos tribunales de justicia, y en concreto, del Tribunal Supremo, la que se pronuncie sobre la auténtica naturaleza de la vida en común de los padres que se toma en consideración. A nuestro entender, conviene destacar las siguientes notas fundamentales que a continuación pasamos a exponer:

1°. La doctrina entiende que la situación de convivencia a que alude el Código no es otra cosa que una evidente relación de concubinato, aunque aquél no lo diga expresamente (506) que habrá de reunir los requisitos o notas peculiares propias de este tipo de uniones, a saber: convivencia "more uxorio", no solemne, cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales, relación monogámica, "affectio", etc. (507).

Sin embargo, nosotros pensamos que quizás no estuvo presente en el espíritu del legislador la idea de exigir a los progenitores la intención de comportarse al modo y manera de una pareja casada, conyugal, desarrollando una convivencia "come coniugi", tal como se exigía en el Código italiano antes de la reforma de 1975. Frente a éste y a otros Códigos que expresa o implícitamente hacen referencia a tal exigencia (508), nuestro cuerpo legal no hace la más mínima mención acerca del cumplimiento del citado requisito. Podría, en consecuencia, defenderse la tesis de que es suficiente a los efectos del art. 135, con que los progenitores hayan vivido juntos, aunque no

hubiesen constituido, a los ojos de terceros o a los suyos propios, una pareja estable basada en la convivencia "more uxorio" y en la "affectio maritalis", (509), es decir, basta con que exista una pura y simple convivencia para que se pueda presumir la paternidad (510).

Otro dato que hay que tener presente es que la convivencia no tiene por qué entrañar la cohabitación, aunque gramaticalmente sean lo mismo (511); quiere decirse que por el hecho de que dos personas convivan, no tienen por qué vivir bajo un mismo techo (512), o, en expresión utilizada por el Código francés, formar una "comunidad de vida". A esta conclusión llegó la jurisprudencia francesa en la interpretación que llevó a cabo del n° 4 del art. 340 del Code, en su redacción dada por ley de 1912, que modificó la que originariamente se introdujo en el texto de 1804. Interpretación que fué asumida por el legislador de 1972, al establecer que el concubinato implica en defecto de comunidad de vida, relaciones estables y continuas. Se cierra, así, en Francia una extensa línea jurisprudencial que ha ido abandonando

paulatinamente el dato de la cohabitación y el dato de la presunción de fidelidad de la mujer, para encontrar el fundamento del "cas d'ouverture" contemplado en el citado precepto 340, n° 4, en las realaciones sexuales no aisladas ni accidentales, mantenidas en la época de la concepción del hijo (513).

Esta línea de pensamiento, entendemos que es perfectamente traspolable al ordenamiento jurídico español, puesto que 1°, no existe, con carácter general, ningún concepto jurídico de concubinato, que exija, además, como uno de sus requisitos esenciales el de la cohabitación; 2°, aunque lo hubiera, es altamente discutible que tenga que coincidir con el concepto de convivencia del art. 135 que se maneja a los sólo efectos de determinar una filiación controvertida; y 3°, la propia doctrina que se ha ocupado específicamente de las uniones extramatrimoniales mantiene la postura de que no puede identificarse convivencia con cohabitación a ultranza (514).

2° Por otro lado, nosotros entendemos que la convivencia no ha de cumplir necesariamente la nota de exclusividad ni de respecto del presunto padre, ni respecto de la madre. Desde luego, no vemos ningún inconveniente en que se de una presunción de paternidad respecto de un varón que convive con más de una mujer. La situación de la pluriconvivencia es perfectamente posible en la práctica, imaginemos --por vía de ejemplo-- la situación de un hombre casado, que convive en el hogar conyugal con su esposa "communio tori, mensae et habitationis"--, cumpliendo, aparentemente, a la perfección con la totalidad de los deberes y obligaciones inherentes al matrimonio, y, simultáneamente convive con otra mujer (515) con la que comparte una vivienda, y participa en una proporción o corre en su totalidad con los gastos originados por el mantenimiento de este segundo hogar. No ofrece ninguna duda que, en el caso de que alguna de estas mujeres quedase embarazada, surgiría automáticamente para el varón una presunción de que él es el padre de la criatura, sin que la prueba fehaciente de la convivencia con la otra mujer pudiera ser alegada

como elemento desvirtuador de la presunción originaria, puesto que la ecuación "presunto padre-madre cierta" se cumple con independencia de que el primero mantenga relaciones, de la naturaleza que éstas sean, con terceras personas.

Cuestión muy distinta es que la pluriconvivencia tenga su origen en la convivencia de una misma mujer con varios hombres. En el Congreso de los Diputados se rechazó una enmienda del Grupo Comunista al Proyecto, que proponía adicionar un tercer párrafo al art. 135, en el que se haría constar que "en el supuesto de convivencia plural, simultánea o sucesiva, durante la época de la concepción, se determinará la paternidad en función de criterios de certeza o de mayor probabilidad" (516). La enmienda, que fue defendida y sometida a crítica en los debates de la Comisión del Congreso sin demasiada brillantez (517), se caía por sí misma. No puede hablarse de criterios de certeza cuando nos estamos moviendo en el terreno de las presunciones precisamente porque se carece de los elementos de juicio necesarios para determinar la filiación de manera cierta e

indubitada. Por otro lado, aludir a criterios de mayor probabilidad sin más, sin indicar cuáles sean éstos ni apuntarlos, sino simplemente traerlos a colación en abstracto, es pretender resolver un problema sin ofrecer soluciones.

Entraremos más a fondo en esta cuestión cuando nos refiramos a la "exceptio plurium concubentium". Baste en este momento, simplemente apuntar que no vemos ningún obstáculo a que entre en juego la presunción en lo tocante a uno de los varones que hayan convivido con la madre si, probada la convivencia respecto a él, no se prueba en cuanto al resto (518).

3°. Siguiendo el precedente de la reforma francesa de la filiación del año 1972, somos partidarios de no exigir a la convivencia entre la madre y el presunto progenitor unas notas o requisitos específicos de notoriedad.

En efecto, aunque se mantuvo inicialmente en el proyecto (519), dicha ley suprimió la exigencia, que figuraba en el texto desde el año 1912, de que el concubinato había de ser notorio.

Dos fueron, en opinión de HUET-WEILLER (520), las razones que suscitaron la omisión; la labor de la jurisprudencia, que había ido restando progresivamente contenido al requisito, y el hecho de que, al abrirse al acción de investigación de la paternidad a los hijos adulterinos e incestuosos a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley, no se podía olvidar que los padres, en estos casos, harían todo lo posible en ocultar su unión.

Creemos que estos argumentos son perfectamente válidos en nuestro ordenamiento. Por un lado, el principio del "favor filii" tiene que llevar a los tribunales a no entorpecer el ejercicio de una acción de reclamación con la exigencia de que la convivencia haya de ser conocida por el entorno social donde se desenvuelve; a los efectos del art. 135 la convivencia puede mantenerse en el más perfecto anonimato o ser totalmente secreta, conocida únicamente por el círculo más íntimo de amistades o familiares de los convivientes, sin perjuicio de que en este caso la dificultad de la prueba se vea incrementada (521).

4° El Código no señala la duración mínima que ha de tener la convivencia para poder ser tomada en consideración como elemento indicativo de la paternidad, pero sí se fija en un dato que verdaderamente es importante: la convivencia ha de coincidir con la época de la concepción, o, dicho de otro modo, la concepción del hijo ha de producirse en un momento en que los progenitores convivían realmente. No posee efectos jurídicos la convivencia que se haya iniciado en el período de embarazo posterior a la concepción, o en un momento inmediatamente siguiente al parto; tampoco la convivencia iniciada antes de la concepción y finalizada, asimismo, antes de que éste se produjera.

Convivencia y concepción han de yuxtaponerse sin que del texto legal se derive otro requisito que no sea éste. Vale, pues, en puridad, una convivencia que no se prolongue por espacio de más de aquél período de tiempo en el que se localice la concepción, cuya "época" será la que resulte de la prueba biológica correspondiente (la prueba del grado de madurez) (522).

3.2.4.- Otros hechos que permiten presumir la filiación.-

Hemos reiteradamente puesto de manifiesto que el art. 135 ofrece una relación de supuestos de hecho de muy diversa índole, que se toman en consideración por ser datos de los que puedan deducirse presunciones de paternidad, si la propia entidad de los hechos y la naturaleza de las circunstancias concurrentes conforman la convicción del juez en tal sentido.

La peculiaridad del precepto no radica tanto en conceder eficacia a los mencionados supuestos (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia entre los progenitores) en el terreno de la filiación matrimonial, competencia reservada en el derecho comparado exclusivamente a la filiación natural, como en la inclusión, junto con hechos específicamente concretados, de otros de los que se puede también inferir la filiación de modo análogo, sin que se haga la más mínima precisión acerca de la naturaleza, caracteres o notas esenciales que

éstos hayan de reunir, si se quiere declarar la filiación sobre la base de su existencia.

Al intérprete le corresponde, en consecuencia, desentrañar los misterios que la norma ha querido dejar sin desvelar. Para ello, con el deseo de concretar la abstracción del supuesto de hecho legal, algunos autores han querido tomar como punto de referencia de un hipotético elemento fundamentador de la acción, la analogía o similitud que necesariamente ha de existir entre éste y los supuestos legalmente tipificados (523), o, cuando menos, alguno de ellos (524). Si no se da tal analogía --se dice (525)--, la filiación estará mal declarada y el pronunciamiento judicial sería incorrecto y recurrible en casación por infracción de lo dispuesto en el último inciso del art. 135.

Nosotros, sin embargo, no estamos muy convencidos de que tal sea la interpretación más acertada del último inciso del art. 135. No creemos que esa expresión colocada al final del precepto --"de modo análogo"-- tenga por misión indicarnos que debe existir una analogía entre los dos hechos, el descrito y el nuevo, sino, más bien, pensamos

que la analogía ha de entenderse en el sentido de que el nuevo hecho ha de ser vehículo idóneo de una presunción de paternidad en la misma medida en que lo es el descrito por la ley. Esto es, el otro hecho, que el legislador no concretó de ninguna forma pero tampoco impidió su existencia, ha de cumplir una función análoga a la que cumple cualquiera de los contenidos en el 135; se trata de encontrar un hecho del que razonablemente pueda inferirse una paternidad o maternidad dudosas. Analogía pues, en la función, en el cometido, y no en la propia realidad de los supuestos de hecho que se barajan.

Un argumento manejamos básicamente para defender nuestra postura, al margen de una estricta interpretación gramatical del precepto, que creemos favorece nuestra tesis. Argumento basado en los propios antecedentes legislativos del texto normativo. En una redacción previa al Proyecto aceptado por el Ministerio --señala PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (526)-- se empleaba la expresión "de modo igualmente vehemente" para querer expresar lo que ahora se dice de forma más escueta. Si se hubiera

conservado la frase originaria no podría mantenerse bajo ningún concepto la tesis contraria a la nuestra que, en cambio, sí seguiría conservando validez. Por otro lado, en un plano de pura lógica, quizás no esté del todo justificado el exigir analogía entre el posible supuesto y los recogidos expresamente por la ley cuando no se da ni siquiera entre estos últimos, y cuando va a ser prácticamente imposible encontrar alguno que pueda reputarse análogo al reconocimiento expreso o tácito, a la posesión de estado o a la convivencia con la madre en la época de la concepción.

¿Qué tipo de comportamientos o de relaciones humanas se suelen incluir bajo la fórmula general del art. 135?. Fundamentalmente dos: las relaciones de noviazgo y las relaciones sexuales mantenidas por los presuntos progenitores.

Por lo que respecta al noviazgo --"formal" (527)-- mantenido entre la madre y el presunto progenitor nos parece interesante señalar que la jurisprudencia lo ha tomado en algunas ocasiones en consideración, al objeto de hacer derivar de él una presunción de paternidad para el varón si el

noviazgo transcurrió durante la época de la concepción de la criatura (528), aunque no siempre le ha conferido categoría de prueba fundamental en el proceso (529). Las relaciones de noviazgo no implican necesariamente el mantenimiento de trato carnal entre los novios (530), aunque sí una situación de gran intimidad y confianza recíproca, sobre la cual podría basarse la presunción de paternidad del art. 135, del mismo modo que la funda la convivencia en la época de la concepción.

La duda que se plantea, y que no estamos en condiciones de resolver hasta tanto no haya una clara doctrina jurisprudencial al respecto, es si esa relación de noviazgo es suficiente por sí misma para que el juez pueda declarar la filiación basando su convicción sobre ella, o si es preciso para que tal hecho ocurra que exista cumplida prueba de haber mantenido los novios relaciones sexuales durante el tiempo en que se entiende producida la concepción. La jurisprudencia, por el momento, parece centrarse preferentemente en el dato de las relaciones sexuales (531), hasta el punto de que, cuando es menester y no aparece tal

extremo probado, los tribunales presuponen su existencia (532). Lo que ocurre en estos casos es que así se impide conocer con claridad si la acción se funda en la relación de novazgo o en relaciones sexuales al tiempo de la concepción.

En lo que atañe a estas últimas, es opinión mantenida pacíficamente por la doctrina (533) el que un trato carnal reiterado entre dos personas hace nacer para el varón la posibilidad de ser declarado padre de la criatura en virtud del último inciso del art. 135.

Este enunciado de carácter general encierra no obstante posturas poco uniformes entre los autores. RODRIGUEZ ADRADOS (534) opina que las relaciones sexuales en cuestión habrán de tener el carácter de "estables y continuas, son convivencia a la manera del Derecho francés", postura que no compartimos. La norma francesa aludida --art. 340, n° 4-- parece tener un alcance mucho más amplio que el que le quiere otorgar el mencionado autor. EL concubinato, como hemos visto (535), no implica necesariamente comunidad de vida pero las relaciones estables y continuas constituyen algo

más complejo que un trato carnal por reiterado que este sea.

Por su parte, DE LA CAMARA (536) --que rechaza tímidamente la tesis que mantiene el anterior autor--, y PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (537) condicionan la admisibilidad de las relaciones sexuales a las circunstancias o situación fáctica en que éstas se desenvuelven, que permitan "suponer fundamentalmente que no se ha tratado de un contacto puramente incidental y aislado" (538). Ambos ofrecen, como ejemplo de sus respectivas ideas, la relación de noviazgo, que se configuraría en su opinión no como un dato fundamentador por sí solo de la presunción, sino como un elemento de refuerzo para las relaciones sexuales, núcleo básico de la posible declaración judicial de paternidad.

Más obstáculos parece encontrar, a primera vista, la tesis de quienes afirman (539) que un único encuentro sexual apto para la generación puede ser, por sí solo, constitutivo de una presunción de paternidad del art. 135. DE LA CAMARA (540) opina que ello no es posible en función de

una interpretación del precepto en su conjunto, aunque finaliza admitiendo la posibilidad de declarar la paternidad siempre que concurra algún indicio que la haga particularmente verosímil (541).

Nosotros entendemos, finalmente, que todas las dudas y controversias que suscitan estas cuestiones logran una mejor solución si se reconducen a sus justos términos. El que se pruebe que dos personas mantienen una relación de noviazgo, "formal" si se quiere, no significa que haya que dar por sentado que esas dos personas sostienen relaciones sexuales para poder así entender "cumplida" más fácilmente la presunción de paternidad del art. 135. Paralelamente, el contacto sexual llevado a cabo con la misma mujer de forma estable y reiterada, puede cumplir la función prevista en el citado precepto sin que deba por ello buscarse en dicha relación ninguna nota de las que caracterizan la convivencia o que hagan suponer la existencia de un noviazgo.

Por último, ¿qué obstáculo puede haber para que se declare la filiación sobre la base de una única relación sexual probada, cuando nos hallemos en presencia de unas especiales circunstancias --el entorno en que se desenvuelven los hechos, el comportamiento anterior y posterior de la madre...-- que autoricen a creer que ésta no ha mantenido contacto sexual con ninguna otra persona durante la época de la concepción?.

La posibilidad de que ello ocurra parece acrecentarse cuando media un delito de los denominados "contra la honestidad", es decir, cuando el nacimiento de la criatura se produce a resultas de un delito de violación, de estupro o de raptó (542), cometido en la persona de la madre.

En páginas anteriores (543) hemos hecho mención del art. 444 Cp. en su versión anterior a la actual, conectado con la disciplina jurídica de la filiación previa a la reforma de 1981. La redacción dada al citado precepto por la Ley Orgánica num. 8/83 de 25 de junio sobre reforma urgente y parcial del Cp. ha introducido pocas variaciones en esta materia (544); los tribunales

penales siguen conservando la facultad de poder hacer un pronunciamiento sobre la filiación del nacido declarando padre al autor del delito (545), siempre y cuando dicha declaración no contravenga las normas civiles, esto es, cuando quien ejercita la pretensión civil en el proceso penal esté legitimado por el Cc. para entablar una acción de reclamación de la filiación (546) y cuando no haya obstáculo para que se produzca la determinación de la filiación porque no aparezca acreditada otra contradictoria (art. 113, segundo párrafo), o porque no medie la relación de parentesco que impide la determinación respecto de ambos progenitores (art. 125).

Así pues, el Cp. prevé, como efecto indemnizatorio parejo a la comisión de un delito contra la honestidad con fruto de filiación, el que los tribunales atribuyan la paternidad al reo (547), siempre que se ejercite la acción civil a tal fin, ya sea conjuntamente con la penal o de forma separada. Al margen de los numerosos problemas que ello plantea (458), lo que aquí nos interesa poner de manifiesto es que es

perfectamente posible que el juez penal declare probado que el hecho de la concepción es imputable al procesado, pero absuelva a éste del delito por cualquier causa fundada en derecho. En tal caso, no procede realizar afirmación alguna sobre la filiación del nacido, pero sí cabe a nuestro entender, acudir a un proceso entablado en vía civil con el objeto de obtener una declaración judicial de paternidad al amparo del último inciso del art. 135. El yacimiento con la madre en la época de la concepción, causa del nacimiento de la criatura, no constituyó un hecho delictivo, pero sí puede ser tomado como uno de esos hechos, a que hace referencia el mencionado precepto, de los que se infiere la filiación de modo análogo (549).

3.3.- La "exceptio plurium concubentium".-

Una vez realizado el estudio relativo a los medios de que dispone y puede hacer uso el demandante en un proceso de reclamación de la filiación si quiere dejar constancia acerca del vínculo generacional o sanguíneo que le liga con el presunto progenitor, y después de pasar revista a los supuestos de hecho constitutivos de

presunciones de paternidad (atípicas, si se las compara, en su naturaleza y efectos jurídicos con la presunción de paternidad derivada del matrimonio --art. 116 Cc. --, si bien ésta hoy se encuentra en cierto modo bastante debilitada en comparación con la que se configuraba en el Código anterior a 1981, siguiendo en este sentido la tendencia del derecho europeo más reciente (550)), procede dedicar unas páginas a un especial mecanismo de defensa que el demandado --presunto progenitor-- puede poner en marcha frente a la pretensión que contra él se dirige. Con ello no queremos olvidar que, además, éste tiene la posibilidad de proponer otros medios de prueba dirigidos desvirtuar o a negar los hechos alegados por la parte contraria que constituyen los presupuestos fácticos de la acción de reclamación. Si se alega un trato continuo y reiterado del presunto progenitor con la madre, una manifestación oral o escrita de reconocimiento de paternidad, un comportamiento constante y público como progenitor, etc., el demandado desplegará una importante actividad probatoria dirigida, o bien a negar la realidad de tales hechos, o bien a demostrar el auténtico alcance de su comportamiento, o, en

algunos casos, a poner de manifiesto que su actuación no fue fruto de una voluntad rectamente formada o libremente emitida. El demandado, pues, organizará su defensa sobre la base de la destrucción de cuantas alegaciones haya formulado en su contra la parte actora. El demandado no va a tener, en principio, más que una sola preocupación importante: demostrar por todos los medios que él no es el padre.

Ahora bien, ese especial mecanismo de defensa, del que hablábamos va a entrar en juego en el momento mismo en que el presunto progenitor pase, de mantener una postura meramente defensiva en el proceso, a iniciar su propio ataque. No se vaya, sin embargo, a hacer una interpretación equivocada de cuanto acabamos de decir, porque esta iniciativa ulterior del demandado no supone desde su particular punto de vista más que un nuevo argumento en favor de su "inocencia", si se nos permite emplear este término, es decir, en favor de su propia posición de defensa.

¿En qué consiste tal ataque?. En la simple prueba aportada por el demandado de que la madre ha mantenido relaciones sexuales con otro u otros sujetos en el período de tiempo en que se entiende producida la concepción. La "exceptio plurium" cumple todo su cometido con la simple aportación del dato debidamente contrastado de que la madre ha cohabitado con tercera o terceras personas, individualizadas con nombre y apellidos o no necesariamente; dato de la cohabitación que hace nacer para esos terceros una presunción de paternidad análoga o, en cierto modo, paralela a la que pesa sobre el demandado. La "exceptio" aparece en los primeros Códigos europeos (551) con la finalidad de convertir en solidaria la obligación de alimentos derivada del ejercicio de una acción de investigación de la paternidad natural, dirigida en principio a un único sujeto y extendida por éste a otros "concubentes" de la madre, y tiene su fundamento tradicional en la no observancia por parte de la madre de una conducta honesta o fiel respecto de aquél con quien mantuvo la relación sexual. Razón de ser de la institución que no deja de ser chocante si tenemos en cuenta que su campo

de acción se circunscribe con carácter prácticamente exclusivo (552) a la filiación producto de una relación extramatrimonial, respecto de la cual no cabe exigir el cumplimiento de ningún deber, ya sea de fidelidad o de otro tipo (553). Por ello es por lo que entendemos que realmente lo que da fundamento, a la excepción es la duda razonable de que el demandado sea el padre, cuando se comprueba que no sólo con él ha mantenido la madre relaciones sexuales en el período de la concepción, sino también con terceros que, al menos a priori, gozan de las mismas posibilidades que aquél para ostentar la cualidad de progenitor. De ahí que el demandado vaya a llevar a cabo toda una actividad procesal dirigida, no a negar su hipotética paternidad, sino a intentar probar que, en un porcentaje de probabilidad parejo al suyo, el padre puede ser otra persona.

Nuestro Código no presta la más mínima atención a la "exceptio plurium concubentium", a pesar de algún tímido intento, manifestado en el curso de los debates parlamentarios, carente de originalidad y completamente superfluo (554),

colocándose de este modo en la línea de otros Códigos que tampoco la recogen (555), frente a aquellos que sí lo hacen (556).

Pero el que el Código no dedique ni un solo precepto a la regulación de esta institución no significa que el demandado no pueda alegar en su defensa que la madre ha tenido en el período de la concepción contactos sexuales con otros individuos, o, ante la dificultad que la prueba de este hecho entraña, no pueda, simplemente poner de relieve un comportamiento que autorice a realizar aquella presunción.

Ante un comportamiento de esta naturaleza, creemos que caben las siguientes opciones:

1° Si se practican pruebas biológicas que permitan, con un porcentaje de fiabilidad elevado, afirmar o negar una de las paternidades en liza, nada parece más lógico que el juez resuelva en función de lo que éstas determinen. Pero no perdamos de vista que al tercero no puede atribuírsele la paternidad en tanto no sea parte demandada (557).

2° Si, por el contrario, en el proceso no llega a practicarse peritaje científico de ningún tipo, el juez puede tomar una de estas tres decisiones:

A.- Ante la imposibilidad de saber con certeza quién es el padre biológico de la criatura, y en ausencia de pruebas concluyentes de otra naturaleza, no atribuir la paternidad a ninguno de los implicados ni al demandado ni, con mayor motivo, a los terceros. Con esta solución se causa un grave perjuicio al hijo que, como consecuencia de no poder adjudicársele un padre biológico, se ve privado tanto de padre carnal como de padre afectivo.

B.- Atribuir la paternidad a todos los individuos en cuestión, decisión que a nuestro entender sólo cabría tratándose de una consecuencia civil derivada de un delito de violación, estupro o rapto (art. 444 Cp.), a los meros efectos económicos. Se trataría, en suma, de una paternidad alimenticia derivada de una responsabilidad criminal y no de un parentesco civil (558).

C.- La decisión que va a tomar más frecuentemente consistirá en la asignación de la paternidad al demandado, a pesar de que a lo largo del proceso se haya puesto de relieve un comportamiento de la madre que permita suponer fundadamente que aquél no ha sido el único sujeto con el que ésta ha mantenido trato carnal durante la época de la concepción. Aunque no exista certeza sobre el dato objetivo, biológico, de la paternidad, el juez normalmente se inclinará por considerar padre al demandado fundando su decisión en los resultados obtenidos de otras pruebas que se hubieren practicado y en la negativa sostenida por éste a la realización de otras de diversa naturaleza (biológica) (559).

NOTAS AL CAPITULO V

(330) Vid. supra, pág. 157

(331) En expresión utilizada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 19-XI-1985 (Ar. 5615. A.C. 1986, págs. 422 y ss.).

(332) Cfr. el art. 135 Cc.

(333) Vid. supra, pág. 158

(334) La sentencia de 24-I-1947 (Ar. 328), a propósito de un supuesto de impugnación de la paternidad del marido, dice que la imposibilidad física de éste para tener acceso con su mujer puede ser probada por cualquier medio de prueba que la Ley Procesal admite, sin que quepa conceder ningún tipo de valoración a las de carácter biológico "por ser contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador". Dice BELTRAN FUSTERO que "el Juez y todo profesional del Derecho deben respetar las leyes, aunque estén anticuadas, siquiera puedan y deban interpretarlas dúctilmente y sin olvidar las realidades sociales. Pero cuando estén anticuadas por estar en pugna con los progresos de las ciencias experimentales se impone algo más: aceptar la tesis de las ciencias experimentales, pasando por encima de la ley civil, subsistente solamente en el ordenamiento jurídico por indolencia del legislador". "El Notario ante el resquebrajamiento del principio 'pater is est quem justae nuptiae demostrant'". R.D.N., enero-marzo, 1964, pág. 254.

(335) En sentido contrario, DE LA CAMARA, Comentarios..., op. cit. págs. 525 y ss. Este autor mantiene la opinión de que el art. 127 no acoge el principio de libertad de prueba en razón a que aún no se ha llegado a un grado de conocimiento científico suficiente como para poder acreditar en todo momento, o en un porcentaje elevado de casos, la paternidad. Independientemente de que esta afirmación es discutible, pues las pruebas biológicas, por los acertados resultados a los que llegan, nos son merecedoras de la más completa fiabilidad, no creemos que sea muy convincente argumentar sobre si existe o no libertad de prueba

en función del grado de certidumbre que alcancen todas o alguna de ellas. Se trata de dos niveles distintos de razonamiento. Una cosa es que la ley permita hacer uso de todo tipo de pruebas, en cuyo caso sí estamos en presencia de un sistema de libertad total de prueba, y otra la idoneidad de cada medio de prueba para acreditar la realidad del hecho que se pretenda.

Este comentarista sostiene, asimismo, frente a un amplio sector doctrinal (RIVERO, "La filiación", op.cit.págs. 34 y ss. MARTINEZ-CALCERRADA, "EL nuevo derecho de familia", op. cit. págs. 90 y ss. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op.cit. págs. 951 y ss.) que el principio de libertad de prueba no es fiel reflejo del mandato constitucional contenido en el art. 39-2º. "El inciso final del número segundo del artículo 39 de la Constitución --opina DE LA CAMARA-- al decir que 'la ley posibilitará la investigación de la paternidad', no se pronuncia terminantemente a favor del principio de libertad de prueba, sino que sólo excluye que la paternidad no pueda ser objeto de investigación. Pero no puntualiza hasta dónde puede llegar el legislador civil respecto de los medios o de los casos en que la paternidad puede ser investigada. En punto al principio de libertad de prueba la postura de la Constitución es más bien agnóstica" (págs. 525 y 526). Discrepamos ligeramente en este punto. No creemos que el Texto Constitucional se mantenga agnóstico en este tema y no en otros. A nuestro entender, dice lo suficiente: "la ley posibilitará la investigación de la paternidad". La paternidad no sólo ha de ser objeto de investigación. Con la Constitución en la mano, ésta ha de ser posibilitada, facilitada, favorecida. Que el legislador ordinario restrinja aquélla, limitando los medios de prueba para su establecimiento cuando el propio texto supremo, pudiendo hacerlo o haberlo previsto, no lo hizo ni lo previó, quizá no sea un comportamiento del todo correcto desde una óptica puramente constitucional.

(336) Aspiración lógica, a la que no escapan, como es natural y con mayor motivo, los mismos países miembros del Mercado Común. Vid. en este sentido BENCIOLINI, P. y CORTIVO, P.

"L'indagine biologica nella ricerca della paternità: prospettive di applicazione nel nuovo diritto di famiglia", Riv. Dir. Civ., 1978, pág. 396, a propósito de la modificación introducida en el año 1975 en Italia, en el régimen de acciones de la investigación de la paternidad natural. Es altamente significativo el coloquio internacional organizado por la Universidad Católica de Lovaina, en mayo de 1979, sobre la reforma del derecho de filiación, con el propósito de realizar un estudio comparativo de diferentes legislaciones europeas, que pudiera servir de punto de referencia al proyecto VAN ELSLANDE sobre reforma del derecho belga de la filiación. "Teníamos la intención --dice J. PAUWELS, en el AVANT-PROPOS del Libro publicado con los trabajos aportados y las conclusiones alcanzadas en dicho coloquio: La réforme du droit de la filiation, perspectives européennes. Sous la direction de J.M. PAUWELS. Bruylant, Bruxelles, 1981, pág. 7-- de situar la reforma belga en una óptica europea, estimulando el estudio comparativo de los problemas, convencidos de que la reforma belga del derecho de la filiación no puede realizarse convenientemente sin recurrir al derecho comparado".

(337) Art. 1.801 del Cc. portugués: "En las acciones referentes a la filiación son admitidos como medios de prueba los análisis de sangre o cualesquiera otros métodos científicamente comprobados".

(338) El art. 254 de su Cc. establece que "el procedimiento de constatación o de contestación de la filiación se rige por el derecho cantonal, con las excepciones siguientes:...2.- Las partes y los terceros han de prestar su concurso a las pruebas que son necesarias para dilucidar la filiación y que pueden serles impuestas sin peligro para su salud".

(339) Son del mismo parecer, entre otros, RODRIGUEZ ADRADOS, La filiación, op. cit. págs. 158 y 159, y DE LA CAMARA, op. cit. págs. 526 y 527.

(340) En la enmienda n° 477 al Proyecto de ley, firmada por el diputado Alzaga Villaamil, se

proponía una redacción que, sin ser la más idónea, era técnicamente más correcta: "En los juicios sobre filiación, tanto para determinar la paternidad o la maternidad como para impugnarla, serán admisibles toda clase de pruebas, incluidas las biológicas". La enmienda no prosperó. En el mismo sentido apuntado, la sentencia de 14-X-1985 (Ar. 4845), en su fundamento III recoge que "la procedencia de la investigación de la maternidad se extiende tanto a la filiación matrimonial como a la nacida fuera del matrimonio, como se desprende de la disposición general contenida en el art. 127, superando así la acepción restringida que ordinariamente era dada en la práctica a la acción de que se trata". Vid. una referencia de esta resolución en LA LEY, diario de 28-XI-1985, y en A.C., 1985, n.º 8 (114).

(341) "La acción de investigación de la paternidad no será admitida: 3º Si el presunto padre establece por un examen de sangre o por cualquier otro método médico seguro que no puede ser el padre del hijo".

(342) "La acción para el desconocimiento de paternidad del hijo concebido durante el matrimonio se admite sólo en los casos siguientes: 3) si en el mencionado período la mujer ha cometido adulterio o ha mantenido oculto al marido su propio embarazo y el nacimiento del hijo. En tal caso, el marido puede probar que el hijo presenta características genéticas o de grupos sanguíneos incompatibles con las del presunto padre, o cualquier otro hecho dirigido a excluir la paternidad".

(343) Párrafo segundo: "La prueba de la paternidad y de la maternidad puede llevarse a cabo por cualquier medio".

(343-1) Una vez concluido este epígrafe, se publicó en la revista A.C., correspondiente a los números 43 y 44 del año 1986, págs. 2989 a 3010, y 3061 a 3078, respectivamente, un artículo doctrinal a cargo de VALLEJO DE TORRES, G., ALONSO ALONSO, A., GASCO ALBERICH, P., ITURRALDE PARDO, M. J., MONTE SINO SEMPER, M., SAINZ DE ROBLES SANTA

CECILIA, I., y SANCHO RUIZ, M., titulado "Prueba médico-legal en las acciones de filiación", que consideramos de gran interés para el tema en cuestión, pero que por razones obvias no hemos podido reflejar en el texto.

(344) EL Code habla, como hemos visto anteriormente, de "examen de sangre o de cualquier otro método médico seguro" ("examen des sangs ou toute autre méthode médicale certaine", art. 340-1, 3^a); el italiano de "características genéticas o grupos sanguíneos incompatibles" ("caratteristiche genetiche o gruppo sanguigno incompatibili", art. 235,3)), y el portugués de "análisis de sangre o cualesquiera otros métodos científicamente comprobados" (art.1.801). Pero posiblemente sea en el art. 7^o de la ley colombiana de 1968, conocida como "Ley sobre Paternidad Responsable", donde se recoge de manera más explícita estos medios de prueba. Dice el art. 7^o que "en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el Juez, a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia. La renuncia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el Juez como indicio, según las circunstancias". Vid. el comentario que sobre esta ley y su reglamento realiza CASTAN VAZQUEZ, J.M., en A.D.C., 1970, págs. 141 a 151, bajo el título "El reconocimiento de la filiación natural en la ley colombiana de 1968 y su reglamento de 1969", de donde hemos extraído el texto del citado art. 7.

(345) GISBERT CALABUIG, J.A. Medicina legal y toxicología. Fundación García Muñoz. Sección Saber. Publicaciones Médicas y Científicas. Valencia, 1977, pág. 621.

(346) GISBERT CALABUIG, op.cit. pág. 622.

(347) Con todo, la prueba del embarazo anterior de la mujer ha de valorarse con cautela si se acepta como posible la superfecundación, esto es, la existencia de dos coitos fecundantes, siempre que hayan tenido lugar muy próximos uno al otro. Vid. GISBERT CALABUIG, op.cit. pág. 622.

(348) Así lo afirma HOLLEAUX, De la filiation..., op. cit. pág. 180. Vid. asimismo su trabajo publicado bajo el título "Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français", en la R.I.D.C., 1953, n.º 3, pág. 487. También MICHAELIDES-NOUAROS, G. "La preuve de la paternité et le progrès de la science", R.I.D.C., 1957, n.º 1, pág. 45.

(349) HOLLEAUX, De la filiation..., op. cit. pág.181.

(350) Que deben su desarrollo a las inquietudes etnológicas del III Reich, según HOLLEAUX, últ. op. cit. pág. 181.

(351) FAIREN GUILLEN ("La investigación ..., loc. cit. págs. 633 y ss.) que ha estudiado ampliamente el tema, divide, siguiendo a BRENLLA ("Consideraciones sobre la investigación de la paternidad", R.M.L., 1949, IV, págs. 223 y ss.), a quien cita repetidamente, las pruebas heredobiológicas en dos grandes grupos. Primero, el constituido por las anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias (que padecen tanto las extremidades --polidactilia, ectrodactilia, sindactilia...--, como la piel y anejos --fistula congénita del cuello, hipertelia...--, los ojos --microftalmo, epicanto...--, el cráneo --cráneo en torre, microcefalia...--, los órganos genitales --hipospadias, epispadias--, o el sistema nervioso --miotonia congénita, atrofia muscular progresiva miopática...) y el segundo, por los caracteres morfológicos heredados (huellas digitales, cara rómbica, fuerte procidencia de los huesos cigomáticos, mandíbula procidente,...etc.) y por los fisicoquímicos heredados (grupos sanguíneos). Puede verse un cuadro resumen de lo que acabamos de

exponer en PINTO RUIZ, "Investigación de la paternidad", loc. cit. pág. 626.

Merece destacarse igualmente el denominado "método de Kühne", que tiene su fundamento en el estudio morfológico que sobre la columna vertebral ha realizado C. Kühne, y que ha sido utilizado en algunas ocasiones en Alemania, aunque sus resultados no son concluyentes (Vid. sobre dicho método, FAIREN GUILLEN, loc. cit. págs. 635 y 636, y HOLLEAUX, De la filiation, op. cit. pág. 181), así como la denominada "prueba antropobiométrica", que, fundada sobre un logaritmo de paternidad, no se admite en todos los países. Por ejemplo, en Suiza no está permitida (Vid. HEGNAUER, Droit suisse..., op. cit. pág. 96).

(352) MASSIP, J. "La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire", en Droit de la filiation et progrès scientifique, par C. Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982, pág. 57.

(353) Puestas de manifiesto por MICHAELIDES-NOUAROS, loc. cit. pág. 45.

(354) Según RIVERO, los casos observados por Labhard ascienden a 27.734, por Föllmer y Könniger 19.608, por Wichmann 35.315 y por Hosemann 12.000. La filiación, op. cit. pág. 37.

(355) RIVERO, ibidem.

(356) Para una panorámica histórica de las sucesivas investigaciones científicas en materia de grupos sanguíneos, así como una descripción detallada de los distintos grupos y subgrupos y de su funcionamiento, Vid. GOMEZ MARCOS, F. Grupos y factores sanguíneos en la exclusión de la paternidad y en la identificación de las manchas de sangre. Separata correspondiente al num. 64, I trimestre, 1953, de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. CASTRO PEREZ, "La investigación de...", loc. cit. págs. 167 y ss. GARCIA BARBERENA, T. "La investigación de la paternidad por el examen de los grupos sanguíneos y el canon 1.115", R.E.D.C., 1949, págs. 1.000 y ss.

FAIREN GUILLEN, "La investigación biológica...", loc. cit. págs. 636 y ss. GISBERT CALABUIG, op. cit. págs. 624 y ss. SALMON, D. "La preuve scientifique de la paternité. Etat de la science et deontologie". En Droit de la filiation et progrès..., op. cit. págs. 27 y ss. COMPORTI, M. y MARTINI, P. "Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale", Riv. Dir. Civ. 1978, págs. 385 y ss. BENCIOLINI y CORTIVO, loc. cit. págs. 398 y ss. MURINO, P. "Paternità (Ricerca biologiche sulla)". Noviss. Dig. It., XII, ORD-PES, UTET, 1965, págs. 567 y ss.

(357) El mecanismo de la transmisión hereditaria puede reconducirse a dos leyes fundamentales, según ponen de manifiesto BENCIOLINI y CORTIVO. Primera: un determinado factor presente en el hijo debe estar presente al menos en uno de los progenitores; se debe excluir la paternidad en el caso de que en la sangre del hijo esté presente un factor que resulta ausente tanto en la madre como en el padre presunto. Por ejemplo, un hijo del grupo AB, con madre del grupo A, no puede tener un padre del grupo A o del grupo O. Segunda: cuando uno de los progenitores es homocigótico (es decir, su genotipo está constituido por factores iguales) de un determinado factor, éste ha de aparecer en la sangre del hijo. Así, si los padres pertenecen ambos al grupo O (O/O), no pueden tener hijos del grupo A, B, AB. Loc. cit. págs. 399 y 400.

(358) GISBERT sostiene que, sin utilizar los grupos linfocitarios, la exclusión puede alcanzar el 89,9 % (op. cit. pág. 625). RIVERO habla de más de un 98 % (op. cit. pág. 37) y MICHAELIDES-NOUAROS lo eleva hasta un 99 % (loc. cit. pág. 54) siguiendo a Jancik y Speiser. MAJELLO habla de "assoluta certezza" (op. cit. pág. 191).

(359) "La extrema delicadeza y complejidad técnica de la investigación impone la obligación de una elevadísima especialización técnica, y de un específico entramado organizativo en cuanto a materiales e instrumentos, como elementos indispensables para la fiabilidad de los resultados", COMPORTI y MARTINI, loc. cit. pág.

387. Similar idea recogen SALMON, loc. cit. pág. 46, RIVERO, op. cit. pág. 38 o FINOCCHIARO, A. "Le prove ematologiche e genetiche quale mezzo per dimostrare la paternità", Giust. Civ., 1981, I, 7. Lo cual, por otro lado, es predicable de todas las pruebas biológicas en su conjunto.

(360) SANCHO REBULLIDA, en Lacruz-Sancho, Elementos..., op. cit. pág. 616.

(361) GARCIA SANCHEZ enumera las ventajas de esta técnica, que permite: 1) averiguar la paternidad de la criatura desde la sexta semana de gestación. 2) en los casos en que la paternidad se impute a varios presuntos progenitores, puede atribuirse aquélla a quien posea los antígenos del hijo que no posea la madre. 3) los linfocitos que sean objeto del análisis pueden congelarse y guardarse hasta el momento de la práctica de la prueba sin que se altere su resultado. 4) el sistema HLA es actualmente la prueba aislada que ofrece más posibilidades de exclusión de la paternidad. Loc. cit. pág. 53.

(362) La prueba de los grupos sanguíneos --según RIVERO-- se emplea en Alemania desde 1928 en la investigación de la paternidad y desde 1931 sin restricción alguna; en Suiza, desde 1944 para la filiación extramatrimonial y desde 1945 para la legítima; en Austria y Checoslovaquia desde 1926, al igual que en Dinamarca y Polonia (países donde se hace amplio uso y tiene acreditados especialistas); en Inglaterra y Estados Unidos se emplea desde hace largo tiempo (los años 30) con normalidad; en los países latinos (Francia, Bélgica, Italia) se introdujo al principio con más dificultad y fue admitida antes para la filiación extramatrimonial, practicándose hoy ampliamente. Se practica igualmente con profusión en los países escandinavos, Rusia, Japón, Canadá, países hispanoamericanos, y la admiten como posible en el ámbito del Codex Iuris Canonici los canonistas". Op. cit. págs. 38 y 39. A todos estos países, nosotros añadimos otros no menos importantes: Yugoslavia (Vid. el Rapport presentado por A. PROKOP al IX Congrès International de Droit Comparé de Belgrado, 1974, pág. 57, cuyo título es

"Condition juridique des enfants nés hors mariage en RSF de Yougoslavie"), Israel (Vid. el Rapport de Z.W. FALK, al mismo Congreso, "The legal position of children born out of wedlock", pág. 68) o Portugal (Vid. PERE RALUY, "El nuevo derecho portugués...", loc. cit. pág. 10).

(363) La sentencia de 14-X-1985 (Ar. 4845), ya citada, ante un supuesto de impugnación de la paternidad, afirma que "la no paternidad del esposo podrá ser demostrada utilizando no sólo los elementos acreditativos de usual empleo bajo la normativa derogada (impotencia coeundi o generandi, falta de convivencia con la mujer a pesar del matrimonio, ausencia del marido, etc.), sino acudiendo a los mencionados como novedad, entre los que la técnica cita como principales la prueba de los grupos sanguíneos y la heredobiológica o antropomorfológica". Por su parte, en la sentencia de 7-II-1986, (Ar. 448) sobre reclamación de paternidad no matrimonial, se recogen unas pruebas practicadas por el Instituto Nacional de Toxicología "sobre estudios antropofisiológicos, investigación de grupos eritrocitarios y de antígenos leucocitarios" (Vid. la referencia en A.C., 1986, nº 16, págs. 1198 y ss.).

(364) Opinión que comparte un amplio sector doctrinal: DIEZ-PICAZO y GULLON, op.cit. pág. 345. GARCIA SANCHEZ, loc. cit. págs. 51 y ss. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 953. TOME PAULE, loc. cit. pág. 79.

(365) "Podrá emplearse la prueba de peritos cuando, para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos" (art. 601 L.E.C.). En la práctica, la prueba se llevará a cabo en centros de absoluta solvencia: Departamentos de genética de las respectivas Facultades, laboratorios de análisis de los Hospitales, centros de ámbito nacional, como el Instituto Nacional de Toxicología, etc.

(366) Vid. en el mismo sentido, GARCIA SANCHEZ, loc. cit. págs. 51 y 52.

(367) Cfr. el art. 611 L.E.C.

(368) Arts. 553 y ss.

(369) No es España el único país en el que puede el juez de oficio disponer que se lleve a efecto la prueba biológica. Francia (HUET-WEILLER, "Filiation naturelle", Recherche de la paternité, Art. 340 à 340-7, J. Cl. Civil, Editions Techniques, S.A. Paris, 1980, 22, COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU, op. cit. pág. 48 y, fundamentalmente GEBLER, op. cit. págs. 207 y ss.), Alemania (BEITZKE, "El hijo natural...", op. cit. pág. 19), Suiza (HEGNAUER, op. cit. pág. 96), Italia (MAJELLO, op. cit. pág. 192), Polonia (CZACHORSKI, op. cit. pág. 69), son países que admiten tal posibilidad.

(370) Cfr. la sentencia de 7-II-1986, (Ar. 448).

(371) Cfr. los arts. 340 y ss. de la L.E.C., en relación con el 630. Creemos que es muy ilustrativo traer a colación en esta materia un Auto del Tribunal Constitucional n.º 51/1984, de 25 de Enero, en el que este Tribunal, pronunciándose sobre la constitucionalidad del art. 340 L.E.C., ha declarado que "la defensa de las partes, para la que éstas pueden utilizar todas las pruebas que resulten pertinentes y relevantes, no excluye la posibilidad de que el juez, para mejor proveer, recabe ilustración a través de los medios que crea oportunos".

(372) En este orden de ideas se pronuncia GARCIA SANCHEZ (loc. cit. pág. 56) que, en aras de la necesaria agilización de los procesos de filiación, y con el propósito de que no se abuse de ellas, sostiene que las diligencias para mejor proveer, en estos pleitos, "sólo cabrá utilizarlas cuando no se hubiere practicado la prueba pericial biológica durante el pleito, o cuando el dictamen practicado carezca de la menor congruencia y motivación".

(373) SALMON, op. cit. pág. 45. MASSIP, ult. op. cit. pág. 53.

(374) SALMON, *ibidem*.

(375) Que es admitido en los Tribunales franceses. MASSIP cita tres Arrêts de la Cour d'Appel de Paris (de 15-VI-1976, 7-IV-1978 y 11-VII-1978), pero posiblemente haya muchos más.

(376) SALMON recoge un caso, citado por J. BROCTEUR, muy curioso: el hijo era el fruto de un incesto padre-hija; la prueba muestra que el hijo lo era efectivamente de estos dos sujetos, pero que ellos no estaban unidos por la filiación prevista; la joven madre no era la hija de su padre legítimo. Op. cit. pág. 45.

(377) Cuando el presunto progenitor ha fallecido, la prueba de los grupos sanguíneos realizada sobre sus hijos legítimos puede suministrar resultados muy interesantes para determinar la auténtica filiación de unos presuntos hijos naturales (SALMON, op. cit. pág. 45).

(378) Art. 311-10, párrafo segundo: "Les juges peuvent d'office ordonner que soient mis en cause tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun".

(379) Art. 311-11: "Pareillement, quand, sur l'une des actions ouvertes par les articles 340 et 342 ci-dessous, il est opposé une fin de non-recevoir ou une défense tirée de ce que la mère a eu, pendant la période légale de la conception, des relations avec un tiers, le juge peut ordonner que celui-ci soit appelé en la cause".

(380) Comentarios..., op. cit., pág. 653. El texto del artículo, según dicho autor, era el siguiente: "el demandado podrá oponerse alegando y probando la conducta notoriamente deshonesto de aquélla durante el período legal de la concepción, o que, en el mismo período, mantuvo relaciones con otro u otros varones. Estas alegaciones se formularán bajo la responsabilidad de quien las hiciere, y en el segundo supuesto se exigirá la designación de los presuntos implicados quienes podrán ser demandados por el hijo o su representante legal, tramitándose todas las

demandas dentro del mismo juicio. El Juez, a la vista del resultado de las pruebas, resolverá si procede o no declarar judicialmente la paternidad".

(381) Art. 163 L.E.C.:" La acumulación puede pedirse en cualquier estado del pleito antes de la citación para sentencia definitiva".

(382) Sobre estas cuestiones, son de útil consulta en el derecho español posterior a la reforma de 1981, fundamentalmente dos obras: La filiación, de RIVERO HERNANDEZ, op. cit., págs. 75 y 76, y los Comentarios, de DE LA CAMARA, op. cit., págs. 649 y ss. y sobre todo, 660 y ss. Ambos autores llegan a ls mismas conclusiones que las expuestas en el texto. De "lege ferenda" pensamos que sería muy conveniente, en aras de una mayor economía procesal y de una mejor administración de la justicia, introducir una norma similar a la existente en el Cc. francés, y a la prevista en el Borrador elaborado por la Comisión General de Codificación, que permitiera en un mismo procedimiento analizar una pretensión sobre un sujeto que originariamente no había sido llamado a la causa.

(383) Entre las sentencias más recientes que han recaído sobre esta cuestión, anteriores a la reforma, podemos citar las de 6-IV-1983 (Ar. 2103) ("... los dictámenes periciales no tienen la consideración de documentos auténticos a los efectos del recurso de casación --Sentencias de 28 de octubre y 9 diciembre 1974 y otras--, pues las declaraciones periciales no constituyen más que un medio de prueba cuyo análisis, calificación e interpretación corresponde al Tribunal de Apelación sin que quepa contra su apreciación recurso alguno --Sentencias, entre otras, de 13 diciembre 1934 y 4 octubre 1955--; en definitiva, ya se declaró en Sentencia de 27 septiembre 1962, los dictámenes periciales son ineficaces para la determinación en casación de los errores de hecho") y 6-II-1984 (Ar. 576) ("el error de hecho ... se apoya en el resultado de un reconocimiento judicial y un dictamen pericial, carentes del indispensable requisito de autenticidad a estos específicos fines").

(384) "Habrá lugar al recurso de casación por infacción de ley o de doctrina legal: 7° Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador".

(385) En esta línea de pensamiento se mueven las sentencias de 25-X-1984 (Ar. 4978) ("porque al valorarse la prueba pericial en la instancia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no es susceptible de impugnación por vía de casación"), 27-II-1986 (Ar.860) (A.C. 1986, n° 21, --498--) ("carecen de la condición de auténticos a efectos casacionales los dictámenes o informes técnicos o pericias, dado que la valoración de tal probanza queda remitida a la prudente apreciación de los Tribunales, conforme a las pautas de la sana crítica, lo que hace que tal valoración probatoria quede sustraída a la censura") y 20-III-1986 (Ar. 1272) ,(A.C. 1986, n° 26 ("(el) dictamen consituye prueba pericial y no documental a efectos del indicado ordinal 4° del art. 1.692").

(386) SERRA DOMINGUEZ, M. "Comentario al art. 1.692 LEC". Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984. Coordinados por V. Cortés. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 847.

(387) Cuestiones éstas a las que ya hemos hecho mención, Vid. al respecto la nota a pié de página n° 359 y la bibliografía que en ella se contiene.

(388) Piénsese que cuanto mayor sea el nivel de equipamiento del centro investigador así como la preparación del perito, es decir, cuanto más cualificada sea la técnica, mayor será su importe.

(389) "Si se creara -dice GARCIA SANCHEZ, loc. cit., pág. 56--, los honorarios se deberían abonar también de oficio, como se hace en la actualidad en el ámbito penal: cfr. artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

(390) Vid. supra, pág. 261

(39) El supuesto típico sería el de la madre soltera que mantuviese relaciones con varios hombres simultáneamente y que ejercita una acción de reclamación en nombre de su hijo menor de edad, contra aquel de los varones que disfrutara de una mejor posición económica.

(392) Aunque no hay que olvidar que los parientes no van a permanecer nunca al margen del pleito porque, si se establece la filiación, su misma relación de parentesco con una de las partes va a resultar ampliada a la otra.

Abundando en la intervención de los familiares en la práctica de este tipo de pruebas, se nos ocurre una cuestión que no deja de ser interesante. Hemos dicho que la negativa del pariente no se puede valorar en la misma medida que si fuera el presunto progenitor el que la sostuviera. Pero, ¿éste criterio podría mantenerse cuando el familiar se presenta en el pleito en su cualidad de heredero del actor, una vez fallecido éste, para continuar la pretensión del difunto? (los arts. 130, 132 y 133 permiten tal posibilidad). El familiar acudirá a la causa como parte, al menos procesalmente, pero nunca ni como presunto progenitor ni como presunto hijo, condición que hay que guardar, en nuestra opinión, para que el rechazo a la práctica tenga alguna trascendencia.

(393) O "terceros", porque nada impide que sean varios.

(394) En Alemania, la obligación de someterse a la prueba (Duldungspflicht) se recoge en el art. 372a del ZPO (Zivilprozessordnung) introducido en este cuerpo procedimental por ley de 27-IV-1938. En dicho precepto se establece la obligación para toda persona, ya sea parte o tercero, en el caso de que existan ciertos indicios que hagan presumir la existencia de una Beiwohnung --relación sexual entre éste y la madre durante el período legal de la concepción, de someterse a la prueba biológica en los procesos relativos a la

filiación, si dicha prueba permite un esclarecimiento de la situación y no comporta perjuicio para la salud de la persona. En el caso de negativa del sujeto a obedecer el mandato judicial, el juez puede ordenar la práctica de la prueba trayéndolo ante el experto por la fuerza. (Vid. FURKEL, F. "La recherche de paternité naturelle en droit allemand et français", R.I.D.C., 1975, pág. 341; HOLLEAUX, "Remarques sur la preuve...", loc. cit., págs. 488 y ss.; del mismo autor, De la filiation en..., op. cit., págs. 182 y ss.; MICHAELIDES-NOUAROS, "La preuve de...", loc. cit., págs. 50 y ss.).

(395) En estos países, como en la práctica totalidad --pensamos-- de los que siguen este parecer, no se utiliza la fuerza para obligar al recurrente porque haya norma que impida tal proceder, sino porque, por un lado no está autorizado el juez expresamente a ello, y por otro, porque se entiende, por la doctrina y la jurisprudencia, que de admitirse, tal acción comportaría un atentado a la integridad de la persona.

Sobre esta cuestión, aparte de los autores citados en la nota anterior, pueden consultarse, entre otros, HOUIN, R. "Le progrès de la science et le droit de la preuve", R.I.D.C., 1953, pág. 73; NERSON, R. "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil", R.T.D.C., 1970, págs. 668 y ss.; NERSON-RUBELLIN DEVICHI, Jurisprudence française en matière de Droit civil. A.- Personnes et droits de famille. Filiation naturelle, R.T.D.C., 1982, pág. 595; BARBIER, M.P. "L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation", R.T.D.C., 1949, págs. 363 y ss.; BENABENT, A. Droit civil. La Famille. LITEC, Paris, 1982, pág. 296; COMPORTI-MARTINI, "Le prove del sangue...", loc. cit., pág. 375; FINOCCHIARO, "Le prove...", loc. cit., pág. 7; FLATTET, "Le nouveau...", loc. cit., pág. 678; HEGNAUER, Droit suisse..., op. cit., pág. 97; CZACHORSKI, op. cit., pág. 69; FALK, op. cit., pág. 68.

(396) En los procesos penales, en virtud del art. 444 Cp. ("Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la persona ofendida.//. Los Tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación y a la fijación de los alimentos en su caso, conforme a la legislación civil"), se plantea una problemática que, en algunos aspectos, es similar a la que se plantea en vía civil, lo cual no es de extrañar, puesto que el origen de la cuestión deriva de una acción civil, aunque sea ejercitada conjuntamente con una de naturaleza penal; salvo determinados aspectos que caen de lleno en la órbita de la sanción penal, la problemática, como decimos, presenta gran semejanza con las cuestiones debatidas ante los tribunales civiles.

En este sentido, hay que partir de una serie de principios constitucionales, como el de la presunción de inocencia, el derecho del reo a no declarar contra sí mismo (art. 24-2º Constitución), que, en su justa medida han de influir sobre las pruebas en el proceso en general, y en los procesos que nos ocupan, en particular.

La primera cuestión que nos podemos plantear es si la prueba biológica en sí pudiera ser contraria al Texto constitucional o a los derechos humanos. La jurisprudencia en esta materia, principalmente en lo que atañe a las extracciones de sangre realizadas para tipificar una serie de hechos delictivos (violación estupro, conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicas o estupefacientes), ha declarado que tal prueba no es contraria a los principios recogidos en la Constitución ("el deber del administrado --sostiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 14-III-1983, LA LEY, 1983-4, 4426-R, pág. 822-- de someterse a los controles de alcoholemia a que hace referencia el art. 52 CCir., no puede reputarse contrario al derecho que a todos reconoce el art. 24.2 Cont. y el 14.3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-XII-1966... puesto que no se obliga al conductor a emitir una "declaración" se obliga al conductor a emitir una "declaración" que exteriorice un contenido de voluntad o de

conocimiento del sujeto... sino a tolerar que se le haga objeto de una peculiar modalidad de pericia, usando para ello"... alcoholómetros que corresponda a modelos oficialmente autorizados..." (art. 52, III CCir.), exigiéndose al efecto una colaboración que, en buena técnica, nunca podrá equipararse a la "declaración" a que alude la Const. española; y, no apareciendo claro que del art. 24.2 Const. y del "derecho al silencio" que proclama pueda inferirse indubitadamente otra, más amplia de cualquier sospechoso o imputado a negarse a participar activamente en la práctica de una prueba cuyo resultado pueda agravar la posición jurídica de aquel, ni poderse fundar inequívocamente del derecho en alguno de los textos a que remite el art. 10.2 Const., ni en su aplicación por los Foros internacionales, no cabe descalificar por inconstitucionales los mencionados controles"), e incluso el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 105/1985, de 7 de octubre, recoge y admite plenamente la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 13-XII-1979, en la que se sostiene que la ejecución forzosa de un análisis de sangre es legítima y no contraria al art. 5 de la Convención. Se podría decir, que el interés público y la búsqueda de la filiación real están por encima de los derechos a la integridad física y a la libertad cuando la violación se produce. Admitido que la prueba en sí no vulnera los principios y derechos a que nos estamos refiriendo, la segunda cuestión y, a la vez, la más importante, se centra en el estudio de la posibilidad de realización coactiva de la misma. Frente a otras legislaciones en que el mandato del juez puede ser ejecutado en contra de la voluntad del presunto reo, en nuestro derecho la cuestión no está resuelta, y se complica con la tesis que parte de la doctrina mantiene, posiblemente al amparo del art. 326 L.E.Cr., en función de la cual se entiende que podría llegar a procederse contra el que se niega, por denegación de auxilio a la justicia o por desacato a la autoridad (Vid. en tal sentido, SEMPERE DOMENECH, R., GARCIA-ROMEU FLETA, J. y LEON SOLA, E. "La investigación de la paternidad en el Derecho español", A.E.J. VIII, Madrid, 1970, pág. 147), aunque no parezca muy viable tal solución. De todas formas, este planteamiento no resolvería

absolutamente nada, ya que lo importante --que se llevase a efecto la prueba biológica-- no se produciría.

Pero con lo dicho no se agota el tema, porque en aquellas ocasiones en que era necesario practicar estas pruebas, no a los efectos civiles --filiación-- sino con objeto de examinar si en determinadas conductas se observan elementos constitutivos del tipo penal (en los delitos anteriormente mencionados: violación, estupro, conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas...), el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada, en el sentido de que la negativa del individuo a someterse a la prueba hace imposible el llevarla a cabo de forma coactiva, sin perjuicio, como también ha establecido esa jurisprudencia, de que el juez aprecie debidamente la negativa con el conjunto de las pruebas practicadas, para establecer, en su caso, la sanción penal que corresponda en función del delito originario (resulta altamente esclarecedor el Auto del Tribunal Constitucional num. 62/1983, de 16 de febrero, en el que se dice textualmente: "En modo alguno puede decirse que la determinación del grado de alcohol en sangre constituye una prueba anticonstitucional, sin perjuicio naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que de tal rechazo se puedan derivar, así como las presunciones que en ello se puedan fundar". Asimismo, consideramos de gran interés la sentencia num. 103/1985, de 4 de octubre, en cuyo fundamento tercero se dice: "como él (el Ministerio Fiscal) sostiene (con apoyo en la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos), ni aun el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el art. 15, por lo menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire expirado, y en los otros aspectos aludidos (los de los arts. 17 y 24) basta para que se desvanezca toda duda de constitucionalidad con el hecho de que no hubo una ejecución forzosa de la investigación de alcohol, pues el ahora recurrente fue invitado a someterse a esta investigación y voluntariamente aceptó, y declinó otras investigaciones, entre ellas la del

análisis de sangre. La cuestión no es, propiamente, si el sujeto estaba obligado a prestarse a la investigación sobre su grado de impregnación alcohólica, pues se prestó voluntariamente a ello: la cuestión es si prestado voluntariamente a tal investigación hubo violación de alguno de los derechos anteriormente aludidos referentes a la libertad de declarar o no declarar, lo que obviamente, no ocurre, pues la libertad no fue constreñida. Pero es que además el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido; admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17-3 y 24-2 de la Constitución".

(397) Con carácter general, DIEZ-PICAZO y GULLON se refieren a los derechos de la personalidad del individuo (op. cit. pág. 345). BENABENT habla de atentado contra la persona (últ. op. cit. pág. 296), y NERSON (últ. loc. cit. pág. 668) y BARBIER (últ. loc. cit. pág. 363) aluden a un atentado contra la integridad personal. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (op. cit. págs. 953 y 954) opina que el afectado puede negar su colaboración en ejercicio de su derecho a la integridad (art. 15 Const.) o a la intimidad personal (art. 18-1 Const.). CZACHORSKI, (últ. op. cit. pág. 69), por su parte, entiende que la extracción de sangre entra en la esfera de la libertad personal, al igual que RODRIGUEZ ADRADOS (La filiación..., op. cit. pág. 160), que observa también un choque con la integridad corporal del individuo. PRIETO-CASTRO, L. (Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución. II. Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 219) apunta, por último, que a las pruebas del art. 127 del Cc. el único precepto que les puede afectar es el art. 15 de la Constitución que expresa de un modo directo el derecho de todas las personas a la integridad física y a la moral, integridades que se

pueden ver menoscabadas por las diligencias procesales.

En lo que respecta a la postura mantenida por la jurisprudencia extranjera en esta materia, cabe reseñar, a título de ejemplo, las sentencias de la Cour de Paris de 24-XI-1981 ("el principio fundamental de inviolabilidad del cuerpo humano se opone a que el juez civil recurra a una medida coercitiva, incluso de orden pecuniario, a fin de obligar a un individuo a soportar un atentado contra su cuerpo, aunque sea liviano") (NERSON y RUBELLIN-DEVICHI, *últ. loc. cit.* pág. 595), de la Cour Cass. Civ. de 2-IV-1968 ("una extracción de sangre comporta un atentado corporal que no puede ser practicado...contra la voluntad de las personas...") (HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CAMELBEKE, *op. cit.* pág. 10). El Tribunal Federal suizo, por su parte, ha considerado que no se podrá imponer la obligación de prestar su concurso... sin producir un ataque a la libertad individual (FLATTET, "Le nouveau...", *loc. cit.* pág. 678).

(398) Cfr. el art. 53-3° de la Constitución.

(399) "Nadie duda que razones de interés público --sostiene FUNAIOLI, G.B. "L'esame del sangue e il suo valore nei problemi legali della filiazione" (1950). Scritti Minori, Milano, Giuffrè, 1961, pág. 142-- puedan determinar incluso violaciones de la integridad personal. Existen actos similares a la extracción de sangre, como vacunaciones e inoculaciones, que no solo se ordenan, sino que se practican sobre la persona: en función del interés público, en su conjunto, pero en el simple juicio autoritario, en provecho de quien lo padece. Ahora bien, resulta pacífico que las relaciones de filiación interesan al orden público: la exclusión o la afirmación de la relación de filiación legítima que la ley debe --asimismo bajo ciertas condiciones y con ciertos límites idóneos para respetar la paz familiar-- fundar, cuando es posible, sobre la realidad, la exclusión o la afirmación de la filiación natural que la ley fija sobre la realidad al punto de establecer la impugnación del reconocimiento por

falta de veracidad por parte del propio progenitor que ha reconocido. Por esta exigencia de interés público no vemos un obstáculo al examen de sangre por orden del juez: sea con el carácter conocido de la inspección corporal. No negaremos el recurso también del interés privado, objetivamente considerado, como se ha dicho; que es de interés privado que la relación de filiación de un lado no sea ocultada con perjuicio para la personalidad del hijo, y por otro no sea sospechosa o falsa con perjuicio para la personalidad del padre o para la coesión del vínculo familiar".

(400) Piénsese, sin ir más lejos, en las penas de privación de libertad, recogidas en el Cp. y previstas incluso en el art. 17-1º de la Constitución. En el registro domiciliario, que se puede llevar a efecto sin consentimiento del titular cuando medie resolución judicial (cfr. el art. 18-2º de la Constitución). En el secreto de las comunicaciones, desvelable por resolución judicial, en las intromisiones en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que dejan de ser ilegítimas cuando están permitidas por la ley (art. 2-2º de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

(401) Vid. SEMPERE DOMENECH y otros, loc. cit. pág. 147. DIEZ-PICAZO y GULLON, op. cit. págs. 345 y 346. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. págs. 953 y 954. RODRIGUEZ ADRADOS, últ. op. cit. pág. 160. DE LA CAMARA, Comentarios..., op. cit. págs. 531 y 532. PRIETO-CASTRO, op. cit. págs. 219 y 220, y LLEDO YAGUE, F. "Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad", LA LEY, diario de 28-Enero-1986, pág. 3.

(402) Como la que constituyen MARTINEZ-CALCERRADA, El nuevo derecho de familia (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), op. cit. págs. 74 y 75, que sostiene que la negativa es doblegable por mandato judicial cuando se considera necesario para intentar acreditar la paternidad controvertida, frente a lo que no debe permitirse ni escrúpulos de conciencia

o de religión, etc.", o GARCIA SANCHEZ, "La Jursiprudencia...", loc. cit. pág. 55, que textualmente afirma que "es preciso exigir, desde ahora, una regulación legal de esta materia por nuestro ordenamiento jurídico que haga exigible el sometimiento de las partes a la práctica de estas pruebas".

(403) Los tribunales españoles reconocen el derecho de las partes a negarse a la realización de la prueba y no imponen su ejercicio coactivamente, aunque valoran la negativa (sentencias del Tribunal Supremo de 14-X-1985 (Ar. 4845), y de la Aud. Territ. de Oviedo de 5-VII-1985 (R.G.D. 1986, marzo, págs. 1033-1034), 6-IX-1985 y 28-II-1986.

(404) Los jueces y tribunales aplican en estas cuestiones supletoriamente las normas sobre comparecencia de testigos, previstas en los arts. 643 y concordantes de la L.E.C.

(405) El problema del consentimiento se complica extraordinariamente cuando la prueba biológica no queda más remedio que hacerla sobre quien no es persona viva, sino cadaver. Lejos de parecer un despropósito, el supuesto es completamente real, hasta el punto de que en Francia se suscitó la cuestión con motivo del ejercicio de una acción de impugnación de un reconocimiento "falso" --"mensongère"--, por los hijos de quien reconoció, habidos en un anterior matrimonio. Los jueces procedieron rápidamente a ordenar la prueba, afirmando que "en caso de desacuerdo entre los diversos herederos del difunto, pertenece a la justicia apreciar...si el interés en cuestión justifica un atentado a la integridad del cadaver". La sentencia, de Cass. civ., de 22-IV-1975, viene recogida por HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, op. cit. pág. 11.

(406) TRABUCCHI, A. ("Presupposti e prove biologiche del rapporto di filiazione", Riv. Dir. Civ., 1978, pág. 408), sostiene que "tratándose de investigaciones que tienen por objeto el status de una o más personas, no funciona el criterio que regula la práctica de la prueba en materia

disponible, criterio según el cual la negativa de prestarse a una práctica puede llevar al juez a deducir argumentos contrarios a la tesis de quien se sustrae a la inspección, según el art. 118 c.p.c. y del art. 116 c.p.c. Si la misma confesión judicial de los sujetos no tiene valor decisivo tratándose de derechos indisponibles (art. 2733) tanto menos podrán deducirse argumentos, si no eventuales y de confirmación indirecta, de la negativa a someterse a exámenes corporales a los efectos de la prueba que estamos tratando".

(407) Entre otros autores, LLEDO YAGUE, "Las pruebas biológicas...", loc. cit. pág. 3: "...no nos cabe duda que el juez discrecionalmente podrá decantar de su negativa una presunta confesión de los hechos, es decir, de la paternidad encausada". También, MICHAELIDES-NOUARIOS, loc. cit. págs. 52 y ss.

(408) Si el sujeto pasivo se niega a someterse --sostienen DIEZ-PICAZO y GULLON, op. cit. pág. 346--, lo único que podrá hacer el juez es valorar la negativa como indicio, pero nada más. GARCIA SANCHEZ --loc. cit. pág. 55-- es de la misma opinión: "Entre tanto, los Tribunales catalanes --dado el amplio arbitrio reconocido en la materia-- pueden tener en cuenta esa actitud negativa como un indicio de paternidad valorable en concordancia con las demás pruebas practicadas".

(409) "La corte de Pau ha justamente afirmado el 13-III-79 --dicen NERSON y RUBELLIN DEVICHI (Personnes et droits de famille, loc. cit. pág. 595) que 'el valor de presunción que puede resultar de una negativa manifestada respecto a una eventual prueba biológica en materia de filiación, debe ser apreciada en el conjunto de las circunstancias de la causa". En el mismo sentido, Vid. BENABENT, op. cit. pág. 296 y NERSON, "L'influence de la ...", loc. cit. pág. 669.

(410) COMPORTI y MARTINI ("Il nuovo orientamento della Cassazione sulle prove del sangue e genetiche", Foro it., 1981, I, 723) sostienen que "en el ordenamiento jurídico italiano, en el que no está prevista la

coercibilidad de la prueba de sangre, está sin embargo prevista la posibilidad de de la negativa, dejando a salvo los efectos de tal negativa (para la parte, el juez puede deducir argumentos de prueba contra la misma; para el tercero, el juez sanciona la negativa con la condena a una leve pena pecuniaria: art. 118 c.p.c.)". El párrafo 2° del art. 116 de la ley rrituaria italiana dice que "el juez puede deducir argumentos de prueba...de su negativa injustificada a consentir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso". A su vez, el art. 118 dice textualmente: "EL juez puede ordenar a las partes y a los terceros que consientan sobre su persona o sobre las cosas que están bajo su posesión, las inspecciones que parezcan indispensables para conocer los hechos de la causa, a condición de que puedan cumplirse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin obligarle a violar uno de los secretos previstos en los arts. 351 y 352 del código de procedimiento penal.//. Si la parte rechaza seguir tal orden sin justa causa, el juez puede de esta negativa deducir argumentos de prueba a tenor del art. 116, segundo párrafo.//. Si se niega el tercero, el juez lo condenará a una pena pecuniaria no superior a ocho mil liras".

(411) El Tribunal Supremo, en la única sentencia conocida por nosotros en la que se pronuncia sobre el valor de esta negativa (de fecha 14-X-1985, Ar. 4845), declara no haber lugar a un recurso de casación en el que la parte recurrente pretendía que se valorara la conducta de la madre que se oponía a la práctica de la prueba, conforme a los arts. 592 (cuyo párrafo 1° establece que "el litigante que resida dentro del partido judicial podrá ser obligado a comparecer ante el Juez que conozca del pleito para prestar su declaración, salvo si lo impidiese justa causa a juicio del mismo Juez") y 593 L.E.C., ("Si el llamado a declarar no compareciese a la segunda citación sin justa causa, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva"), es decir, como una "ficta confessio". La resolución

del tribunal es correcta; ¿cómo traer a colación a la práctica de una prueba de naturaleza pericial unos preceptos pensados exclusivamente para la confesión en juicio?. A pesar de que puede haber alguna dificultad para encajar perfectamente la prueba biológica en el apartado de las periciales, debido a la propia peculiaridad del objeto de la prueba --el cuerpo humano--, lo que a nuestro entender no cabe duda es que no puede tomarse como prueba de confesión la actitud de la parte al someterse a la prueba o al negarse a ella; el sujeto no declara o deja de declarar sobre ningún hecho, por la sencilla razón de que los datos que interesan escapan a su propio conocimiento; simplemente se presta a que unas personas con unos conocimientos científicos determinados extraigan una serie de datos, de conclusiones, de grados de probabilidad, del análisis de sus propias cualidades físicas.

El Tribunal Supremo, pues, en la resolución a que hacemos referencia, ha declarado que "el derecho a investigar la paternidad...no puede llevar a la consecuencia de que la mujer que se niega sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas y se abstiene de presentar a su hijo menor con el mismo fin, incurre en ficta confessio, sino que tal resistencia no pasa de constituir un indicio, todo lo valioso que se quiera, para sospechar lo infundado de la oposición mantenida cuando otros elementos de conocimiento avalan la acción del marido, siempre teniendo muy presente que la demostración de inexistencia de su paternidad ha de resultar concluyente para destruir la presunción legal en contrario sentido, de suerte que en la duda, y en tanto la paternidad marital sea racionalmente posible, la acción deberá ser rechazada en favor del hijo...".

En relación con esta cuestión, nos parece por el contrario criticable la sentencia de la Aud. Territ. de Oviedo, de 6-IX-1985 que, recogiendo una línea iniciada por las de 18-I y 7-VII-1985, estima que la negativa injustificada por parte del supuesto progenitor a someterse al examen médico-biológico puede considerarse como una presunción de paternidad "siempre que existieran

otras pruebas fundadas que apuntaran con seguridad o vinieran a corroborar fehacientemente tal paternidad, pero sin que aquella presunción pueda operar por sí sola, sin concurrir otros indicios que permitan suponerla". El juzgador, en este caso, sigue el camino inverso al mantenido por el Tribunal Supremo, que, como acabamos de ver, considera la negativa como un indicio, no como una presunción de paternidad. La Aud. Territ. de Oviedo incurre en el error de afirmar que la negativa constituye una presunción de paternidad --no hay precepto que permita llegar a tal conclusión-- y en el contrasentido de exigir, para el refuerzo de lo que constituye una prueba plena --prueba de presunciones-- la concurrencia de unos indicios "que permitan suponerla", sin que quede nada claro en el texto si estos indicios son lo mismo que las "pruebas fundadas que apuntan con seguridad o corroboran fehacientemente tal paternidad", tal como se dice en la sentencia.

(412) Para la jurisprudencia italiana anterior a la reforma de 1975, la prueba del análisis de los grupos sanguíneos no se consideraba como medio ordinario, sino como medio excepcional de prueba, admisible solamente en los casos en que era indispensable para conocer los hechos de la causa, es decir, cuando el juez se encontraba en la imposibilidad de formar de otro modo su propia convicción, dado el estado actual de la ciencia y su particularidad y naturaleza (Vid. D'ANTONIO, "Filiazione naturale (1950-1960)", Riv. Dir. Civ. 1961, II, pág. 394. FINOCCHIARO, últ. loc. cit. pág. 6. BELVEDERE, M. y BELVEDERE, A. "Genetica e Costituzione nell'accertamento giudiziale della paternità", Giust. civ., 1981, I, 2064. GARNELUTTI, F. "Prova del sangue", comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione de 4-III-1960, Riv. Dir. Proc., 1961, pág. 129. COMPORTI y MARTINI, "Le prove...", loc. cit. pág. 370 y "Il nuovo...", loc. cit. pág. 721). Producida la reforma, y a la vista de la nueva redacción del art. 269 que permitía la prueba de la paternidad "con ogni mezzo", se entendió que se podía recurrir a la prueba hematológica, pero ésta no debía ser necesariamente dispuesta cuando el juez esté en condiciones de formar su convicción sobre la base

de otros elementos aparecidos en el proceso (FINOCCHIARO, últ. loc. cit. pág. 6. AZZARITI, G. "Paternità (Dichiarazione giudiziale di)", Noviss. Dig. It., Appendice, Vol. IV, MIN-PROC, UTET, 1984, pág. 776). Esta evolución jurisprudencial se cierra por el momento con la importantísima sentencia de la Corte di Cassazione di 11-XII-1980 (Foro it. 1981, I, 22) en la que se afirma que "las pruebas científicas tienen una dignidad probatoria semejante al del resto de los elementos del juicio", y "su admisibilidad no puede ser condicionada a la absoluta certeza, valorada ex ante de su resultado en concreto" (COMPORTI y MARTINI, "Il nuovo...", loc. cit. págs. 719 y ss. FINOCCHIARO, últ. loc. cit. págs. 6 y 7. FERRANDO, "Filiazione naturale", loc. cit. págs. 764 y ss.).

(413) Como bien ponen de relieve HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CAMELBEKE, op.cit. pág. 11.

(414) Vid. DIEZ-PICAZO y GULLON, op.cit. pág. 345, y TOME PAULE, loc. cit. pág. 79.

(415) Cfr. el art. 632 de la L.E.C.

(416) Sentencia de 27-II-1986 (Ar. 860), (A.C. 1986, n° 21 (498), pág. 1545). Vid. lo que dijimos sobre la recurribilidad en casación por apreciación indebida de la prueba biológica, supra, pág.

(416.1) Nosotros utilizamos el concepto de "presunción" tal como lo utiliza la doctrina. Vale de muestra el que nos ofrece SERRA DOMINGUEZ, M. Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos. Ed. Nauta, Barcelona, 1963, pág. 17: "presunción es aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones".

(417) Cfr. el art. 135.

(418) Opinión que comparten también PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 986 y RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. pág. 163. DE LA CAMARA, op. cit. págs. 527 y 532, que coincide con RIVERO, op. cit. pág. 73, afirma, por el contrario, que la demostración de la generación equivale a la demostración de la paternidad, "en el sentido de que la generación, o si se quiere la concepción, es imputable a un varón determinado", pág. 527; la demostración de la maternidad no ofrecería dudas al ser posible --casi siempre-- a través de dato objetivo del parto, según el citado autor, pág. 532. Discrepamos profundamente de esta idea. No hay ninguna razón que permita pensar que el legislador, al hablar de la prueba de la generación, estaba pensando únicamente en la prueba de la filiación paterna. El parto puede probar que una mujer concreta y determinada --debidamente individualizada-- ha dado a luz a un hijo, pero puede ocurrir que no se deje constancia documental de tal evento, o que se suplante la personalidad del hijo, o que al cabo de varios años resulte muy difícil acreditar la filiación en función del parto. En estos casos, no queda más remedio que afirmar que la determinación correcta de la filiación materna, si ésta quiere probarse directamente, pasará por la constatación de la generación a través de un peritaje científico. Si a esto añadimos que el parto --como bien apunta PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 986-- ha perdido su antiguo carácter de hecho que manifiesta directamente de modo absoluto la maternidad al ser posible el embarazo con óvulo ajeno, técnica posible en la actualidad a la que nosotros añadimos la del embarazo ajeno --por encargo-- con óvulo propio, pronto comprenderemos que las opiniones de DE LA CAMARA y de RIVERO quizás no sean del todo fundadas.

(419) Por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones.

(420) "Todas las pruebas --dice RUIZ VADILLO, "Filiación, patria potestad..., loc. cit. pág. 23--, más allá incluso de las que contemplan la L.E.C. y el Cc. creemos que son utilizables

(incluso pensamos que también lo son en el resto de los procesos, por ejemplo la cinta magnetofónica, una película o un video-cassette, etc..)".

(421) Los aspectos sumamente diferenciadores que reúnen las pruebas biológicas constituyen un claro ejemplo de lo que acabamos de decir, aunque no debemos olvidar que algunas de éstas proporcionan resultados muy valiosos en otras esferas de la actividad forense (delitos de conducción bajo efectos de bebidas alcohólicas, etc...). Tampoco la confesión guarda su valor ordinario "por afectar a una materia, el estado civil, que no queda a disposición de las partes" (PEÑAY BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 954). Por el contrario, la prueba testifical está admitida, al menos teóricamente, con un valor probatorio idéntico al que goza en otro tipo de pleitos, después de que no prosperara una enmienda del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, que pretendía establecer una especie de cautela frente a aquellos testimonios que amparasen falsedades o confabulaciones; de lograrse tal objetivo nos habiéramos colocado en este punto concreto en una situación similar a la que se encuentran otros ordenamientos (Vid. lo que ya dijimos sobre el particular, a propósito de la expresión "principio de prueba", supra, pág.). Los jueces, sin embargo, van a ser muy remisos a la hora de valorar determinados testimonios si no vienen corroborados por otros medios de prueba, ya que no hay que olvidar que no rigen las inhabilidades, para ser testigo, por razón de lazos familiares, "cuando se trate de probar el nacimiento o defunción de los hijos" (art. 1.247 Cc.).

(422) Como dice la sentencia de 6-XII-1984 de la Aud. Territ. de Sevilla (R.G.D., 1985, Septiembre, págs. 3068 y ss.).

"Es prueba bastante para declarar la filiación la suministrada por datos que...no son una demostración objetiva de la filiación, sino algo que, aún teniendo carácter subjetivo, sin embargo, inclina a suponer su coincidencia con la realidad objetiva". ALBALADEJO, Curso..., op. cit. pág. 252.

(423) Salvo que se intentara acudir a una prueba de presunciones para acreditar el hecho en cuestión, lo cual sería rizar el rizo, pues obtendríamos una filiación producto de dos presunciones hiladas.

(424) Expresión que utiliza la Aud. Territ. de Oviedo, en la sentencia del 5-VII-1985 (R.G.D. 1986, Marzo, págs. 1033 y 1034): "Considerando que...la filiación no matrimonial podrá decretarse cuando resulte de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de que se infiera de modo análogo...cobrando en todo caso especial relieve las presunciones por la intimidad y difícil constatación objetiva que las relaciones sexuales llevan, aún hoy, aparejadas y resultando evidente, en consecuencia, que para dar por acreditada una paternidad discutida habrá de estarse en muy importante medida al posibilismo, amparado en el hecho de que el presunto padre haya convivido con la madre al tiempo de la procreación".

(425) Como sostiene DE LA CAMARA, op. cit. pág. 533. "Procesalmente --dice-- son presunciones iuris de carácter relativo, pues admiten, desde luego, prueba en contrario, pero limitan la libertad del Juez en un aspecto de suma importancia. El Juez sólo "podrá" --a falta de prueba directa-- declarar la filiación si estima probados los que son elementos necesarios (aunque no suficientes, puesto que cabe la prueba contraria, de aquí que el artículo diga "podrá" y no "deberá"); aunque sí se trataría de una presunción "facti" la recogida en el art. 135 in fine ("...o de otros hechos...") --pág. 539--.

MAJELLO ("Della filiazione illegittima e della legittimazione". Art. 250-290. Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca. Zanichelli Editore, Bologna. Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1974), a propósito de la naturaleza de los casos taxativamente fijados en el art. 269 del Cc. italiano para la declaración judicial de la paternidad natural, consideraba bastante fundada la postura de quienes los consideraban limitaciones legales de los medios de

prueba, que condicionan la averiguación de la existencia de la filiación. "Los casos enumerados taxativamente deberán reputarse como presunciones legales relativas (*iuris tantum*), fuera de las cuales el juez no podrá recurrir ni a pruebas directas ni a simples presunciones", págs. 158 y 159.

(426) Tal naturaleza sostienen RODRIGUEZ ADRADOS, op.cit. pág. 163. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 985. GARCIA CANTERO, en Castán, op. cit. pág. 182. SANTOS BRIZ, op.cit. pág. 350. SANCHO REBULLIDA, op.cit. pág. 668.

DIEZ-PICAZO y GULLON hablan de presunciones "*iuris tantum*" y presunciones "racionales", pero no se pronuncian expresamente (Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 348 y 349). LUCES GIL, "Exposición...", loc. cit. pág. 12, las cataloga como presunciones legales, aunque luego les declara aplicables el art. 1.253 Cc.

(427) "Y como tal prueba de presunciones de facto viene admitida en el art. 135 del Cc.", sentencia de 22-X-1985, Aud. Territ. de Zaragoza, (R.G.D., 1986, Abril, págs. 1663- 1664). La sentencia de la Aud. Territ. de Valencia, de 18-III-1985 (R.G.D., 1985, Junio, págs. 1944-1946) afirma que "la importancia de las 'presunciones' como medio de prueba, reconocidas o constatadas por el juez, y siempre sobre la base de unos hechos ciertos y objetivamente acreditados con carácter previo, también ha de destacarse como considerable en estos supuestos en que se trate de demostrar hechos pretéritos y negativos de índole biológica...".

(428) Cfr. el art. 1.253 Cc.

(429) RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. pág. 163.

(430) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 986.

(431) Op.cit., pág. 986.

(432) "Es evidente... que la prueba directa de la generación o el parto adquieren un rango básico y primordial", DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema, 1985, op. cit., pág. 348.

(433) Por esta razón no nos parece muy acertada la sentencia de la Aud. Territ. de Oviedo, de 7-XI-1985, en la que se afirma que no hay por qué acudir a la prueba generacional al estar suficientemente probada la posesión de estado de hijo no matrimonial: "Que en realidad, todos los hechos que fundamentan la acción declarativa de la filiación, salvo el de la generación del niño en cuestión, puede decirse que están reconocidos por la demanda al prestar su confesión judicial, y si no lo estuvieran bastaría remitirse a la certificación de empadronamiento, a la solicitud de inscripción fuera de plazo hecha por la madre, con su ratificación, a las fotografías obrantes en autos, a la inscripción bautismal y del Sanatorio de nacimiento, y a la testifical del demandante, unidas a la persistente actitud del padre en lograr el reconocimiento e inscripción de la filiación, para concluir que existió una constante posesión de estado del hijo en cuestión, nacido en la época de la convivencia cuasi matrimonial de los litigantes y que por ello para obtener la declaración de filiación solicitada no habría por qué acudir a la determinación del hecho generacional...".

(434) "La paternità e la maternità naturale possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimieto è ammesso.//. La prova della paternità e della maternità può esse data con ogni mezzo.//. La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si prentende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.//. La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della pternità naturale".

(435) "La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée: 1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception. 2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide des manoeuvres

dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles. 3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanat du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque. 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, implicant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues. 5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père".

(436) Op. cit., pág. 163.

(437) Cfr. el primitivo art.135 Cc.; el art. 269 del Código italiano anterior a la reforma de 1975 ("la paternità naturale non può essere giudizialmente dichiarata che nei casi seguenti: I) quando la madre el il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento. II) Quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale ovvero da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità. III) Quando v'è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento. IV) Quando v'è possesso di stato"). Sobre el valor que conservan las presunciones del antiguo 269, que pueden ser utilizadas por el juez como elementos de prueba o serios indicios. Vid. FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, op. cit., pág. 297 y, de los mismos autores, Riforma del Diritto di Famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n° 151. Vol. III, 1975-1978: tre anni di dottrina e giurisprudenza. Giuffrè, Milano, 1979, pág. 901. Cfr., asimismo, los arts. 340a del Código civil belga y el 1.871 del código civil portugués.

A esta orientación general respondía el texto del art. 134 aprobado por el Senado, que textualmente era el siguiente: "1. La filiación deberá ser judicialmente declarada: 1° Respecto de la madre, demostrando el hecho del parto y la identidad del hijo. 2° Cuando exista reconocimiento de aquél a quien se imputa la paternidad o

maternidad manifestado en documento indubitado a través de actos concluyentes. 3° Si el hijo se halla en la posesión de estado de la filiación que se declare. 4° Respecto de cualquiera de los progenitores, cuando se pruebe biológicamente su paternidad o maternidad.//. La acción no podrá prosperar en los casos previstos en los apartados 2°, 3° y 4° si se prueba por cualquier medio que la persona a quien se imputa la filiación no es el padre o la madre. 2. También podrá declararse judicialmente la filiación que resulte de la prueba directa de la generación o de la convivencia con la madre en la época de la concepción y de otros hechos de los que se infiera, de modo análogo. 3. El Juez, a la vista del resultado de las pruebas, resolverá si procede o no declarar judicialmente la paternidad".

(438) HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CAMELBEKE, op. cit., pág. 127. MAZEAUD, H., L. et J., Leçons de Droit Civil, T. I., Vol. III. Les Personnes (suite) Mariage, Filiation. Incapacités. Divorce et séparation de corps. Editions Montchrestien, Paris, 1976, pág. 385. MARTY, G. et RAYNAUD, P. Droit Civil. "Les Personnes", par P. Raynaud. Sirey, Paris, 1976, págs. 522 y ss.

(439) HUET-WEILLER, "Filiation Naturelle", J. Cl. Civil, loc. cit. (7). Tal solución es posible gracias a lo que dispone el art. 565 del nuevo código de procedimiento civil, que recoge la que había dado en su momento el decreto ley de 30-X-1935. El texto del precepto, según lo cita la mencionada autora, es el siguiente: "Las pretensiones no son nuevas siempre que tiendan a los mismos fines que las deducidas en el primer juicio, incluso si su fundamento jurídico es diferente".

(440) RAMOS MENDEZ, F. Derecho Procesal Civil. T. II. Lib. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 715.

(441) HUET-WEILLER, Filiation..., loc. cit., (7).

(442) "En realidad, dice RAYNAUD, en MARTY-RAYNAUD, op. cit., pág. 523, en el espíritu de la ley estos hechos o situaciones son en sí mismos igualmente medios de prueba más o menos convincentes y la mayoría de los cuales se reducen a simples presunciones sobre cuyo fundamento el juez podrá, si se considera convencido, declarar la paternidad natural.//. Estas presunciones son, además, diferentes de la presunción de paternidad legítima derivada del matrimonio. Mientras que ésta establece automáticamente la paternidad legítima, es necesario, siempre, a falta de reconocimiento voluntario, una decisión judicial para establecer la paternidad natural. Además, las presunciones del art. 340 no son más que presunciones "de l'homme " que, propuestas por la ley al juez, dejan a éste un amplio poder de apreciación; no condicionan necesariamente su decisión y le permiten sólomente declarar la paternidad".

(443) "La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1° Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público".

(444) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., pág. 987.

(445) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, ibidem. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 668. RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit., pág. 163. La sentencia de 6-XII-1984, de la Aud. Territ. de Sevilla (R.G.D., 1985, Septiembre, pág. 3069) afirma que cuando en el art. 135 se menciona el reconocimiento "como medio por el que puede declararse la filiación, forzosamente ha de entenderse por tal aquél que no reúna los requisitos del formal o solemne a que se refiere el número 1° del art. 120, pues, de mediar éste, ninguna declaración judicial de filiación sería necesaria".

(446) Curso..., op. cit., pág. 252.

(447) "Consistente en la expresión, por parte de su autor, de la certeza moral de que él ha de ser el padre de una determinada persona"

(D'ANTONIO, D. "Filiazione naturale (1950-1960)", Riv. Dir. Civ., 1961, II, pág. 376). La doctrina y jurisprudencia italianas mantenían, al decir de esta autora, una postura mayoritaria al reputar como declaración de ciencia el supuesto n° 2 del art. 269, en su redacción anterior a la reforma de 1975, en el que se expresaba que la paternidad podía ser declarada judicialmente cuando resultase de declaración escrita no equívoca de aquél a quien se atribuye la paternidad (el supuesto es similar al contenido en el ordinal 3) del art. 340 del code francés).

(448) DIEZ-PICAZO Y GULLON, Sistema..., 1982, op. cit., pág. 346. "Técnicamente --dicen estos autores-- es una simple confesión extrajudicial. Vid. también, SANCHO-REBULLIDA, últ. op. cit., pág. 668. SANCHO-REBULLIDA, últ. op. cit., pág. 668.

(449) Recordaremos que en el texto aprobado por el Senado, en el art. 134 se establecía que la filiación deberá ser judicialmente declarada: "2° Cuando exista reconocimiento de aquél a quien se imputa la paternidad o maternidad manifestado por documento indubitado o a través de actos concluyentes".

(450) PEREZ FERNANDEZ, loc. cit., pág. 468, reconduce este reconocimiento a la forma de documento indubitado, en que expresa o tácitamente se reconozca la paternidad o la maternidad, por influencia posiblemente del n° 1 del antiguo art. 135 (El padre está obligado a reconocer al hijo natural "cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad").

(451) DE LA CAMARA, Comentarios..., op. cit., pág. 620.

(452) Ibidem. Al hablar del "escrito indubitado" del n° 1 del 135 derogado, hacíamos mención de la sentencia de 30-XII-1907 en la que se decía que no sólo merece la calificación de indubitado el escrito que una persona confiesa ser suyo, sino también aquel de que resulta autor de una manera cierta por los medios de prueba

establecidos por la Ley, entre ellos la prueba pericial y el contejo de letras. Vid. supra pág.

(453) En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, ult.op. cit., pág. 663.

(454) Supuesto de reconocimiento informal en documento público que se recoge en la sentencia de 6-XII-1984 de la Aud. Territ. de Sevilla, ya referenciada: "Considerando que apreciada legalmente la prueba practicada, resulta efectivamente demostrado que el día... don T.D.G. compareció, junto con doña M.C.L., ante el cura párroco de S.L. de esta ciudad, y, en presencia también de varios testigos, declaró que la niña que presentaba a bautizar, precisamente la hoy actora, era hija natural suya y por tal la reconocía, deseando que llevara sus apellidos, de lo cual se extendió un acta, incorporada al libro de reconocimiento de hijos naturales que existe en el archivo parroquial, y que fue suscrita por el propio don T. y demás comparecientes y testigos, con el cura párroco...; lo que indudablemente significa un reconocimiento de paternidad por parte de aquél, informal, pero que constituye medio de prueba bastante, en cuanto manifiesta de manera directa, personal y solemne --con ocasión del bautizo-- la realidad de esa filiación y su voluntad de reconocerla...".

En realidad, en este supuesto de hecho se dan dos tipos de reconocimiento: el expreso, efectuado por escrito, y el tácito, manifestado por la asistencia al bautizo en calidad de padre. Resulta curioso observar cómo, al llegar este asunto a casación, el Tribunal Supremo --sentencia de 19-XI-1985, Ar. 5615-- entiende que el reconocimiento efectuado ante el párroco es un reconocimiento "formal" que tiene su encuadre no en el apartado del art. 135 que estamos tratando, sino en la expresión "de otros hechos de los que se infiere la filiación...", contenida en dicho precepto.

(455) Ejemplo típico de un reconocimiento incidental como luego veremos.

(456) Vid. supra, pág. 76

(457) En la sentencia de 22-X-1985, de la Aud. Territ. de Zaragoza, se contempla como una de las pruebas de mayor trascendencia en el pleito, unas cartas "escritas por el apelante a máquina, reconocidas judicialmente en sumario y entregadas por una hermana de la madre al encontrarlas en la maleta cuando falleció". En la de la Aud. Territ. de Cáceres, de 9-I-1985 (R.G.D., Mayo, 1986, pág. 2413) se dice que "el elemento probatorio más importante en que se basa la presente acción de reclamación de filiación, consiste en un documento mecanografiado que a requerimiento del padre de la actora firmó el demandado... Tal documento, por su carácter de privado, no determina por sí la filiación (art. 120-1° Cc.), pero sin duda sirve de fundamento a la acción ejercitada, aunque no esté escrito en su totalidad de puño y letra del demandado como excepciona esta parte. La obligación o declaración que se contenga en un documento se asume mediante su suscripción".

(458) La jurisprudencia francesa, según HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, op. cit., pág. 130, han tomado en consideración, a los efectos del n° 3 del art. 340, documentos dictados por el presunto padre y firmados por él (Cass. civ. 28-X-1953), un acta de bautismo extendida a su instancia, y cuyos términos él había aprobado (Trib. civ. Thonon, 21-III-1947), o una cartilla de maternidad extendida por una caja de previsión social estableciendo que el presunto padre ha hecho proceder a su examen médico en calidad de padre del hijo (Trib. civ. 28-VI-1949). La Cour de cassation ha admitido incluso que el escrito emanado del presunto padre podía resultar de declaraciones hechas por él en el curso de una pesquisa judicial (Cass, civ. 18-I-1967) o en el momento de una comparecencia personal de las partes (Cass. civ. 5-XI-1957).

(459) Definición de DIEZ DEL CORRAL, "El reconocimiento incidental...", loc. cit., pág. 557. Este autor ha defendido brillantemente la existencia de la categoría del reconocimiento incidental como contrapuesto al directo. La

doctrina española más autorizada --DE LA CAMARA, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS-- sigue su tesis, a la que nosotros nos sumamos.

(460) De quien tomamos las definiciones que a continuación se ofrecen. Loc. cit., pág. 555.

(461) La frase contenida en el Considerando ya señalado de la sentencia de 6-XII-1984 de la Aud. Territ. de Sevilla --"declaró que la niña que presentaba a bautizar... era hija natural suya y por tal la reconocía"-- constituye una muestra evidente de un reconocimiento directo de paternidad.

(462) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., pág. 987. Constituyen supuestos de reconocimiento incidental la institución en testamento, junto con otros hijos cuya filiación está determinada de otro que el testador no ha reconocido, pero al que llama igualmente hijo (DE LA CAMARA, op. cit., pág. 621), la inclusión de éste en la declaración de la contribución de la renta personal (PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., pág. 987), o lo que DE LA CAMARA denomina "reconocimiento aformal-epistolar", que es aquella deducción de paternidad que se contiene en cartas o escritos dirigidos --preferentemente-- a la madre, en los que, sin embargo, no hay intención de dejar determinada la filiación (ibidem). Este tipo de reconocimiento es el que tiene en cuenta la Aud. Territ. de Zaragoza, al recoger en el 3º Considerando de la sentencia de 22-X-1985, las siguientes expresiones que figuraban en unas cartas enviadas por el presunto padre a la madre y que se hicieron valer en el juicio: "Tu crees que por las buenas voy a dejar yo de pensar en mi chiquillo, en verlo contento y alegre"; "con el papel que tengo estoy tranquilo, pues si algo ocurriera creo que no perdería al chiquillo, pero como lazo de nuestro cariño, no pienses que te privaría nunca de él"; "mejor por impulso del alma pregunté por tí y al colgar el teléfono dió un vuelco mi corazón y sentí un orgullo y una ilusión no sentida hasta entonces, no era una niña con los gestos y figura de su madre, sino nada menos que un niño que forzosamente tenía que ser como su padre con su carácter y hasta

con las mismas luchas" (R.G.D., 1986, Abril, pág. 1664).

La jurisprudencia francesa admite, también, con plena eficacia, lo que se denomina "reconocimiento implícito" ("aveu implicite") de paternidad, admisión que fue la causa de que en la reforma del Code en materia de filiación, por ley de 3-enero-1972, se suprimiera el término "aveu" del n° 3 del art. 340 (cuya anterior redacción era la siguiente: "La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée: 3° dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité"). Ejemplos de este reconocimiento implícito lo constituyen los términos afectuosos empleados por el presunto padre para designar al hijo; la alegría que él expresaba en una carta por el embarazo de la madre, o los consejos para abortar que le ha dado (Vid. HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CAMELBEKE, op. cit., pág. 131. DAGOT, SPITERI, op. cit., pág. 61. HUET-WEILLER, J.Cl. Civil, loc. cit., (12). COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU, op. cit., pág. 179. Sobre la anterior redacción del n° 3 del art. 340, Vid. fundamentalmente GEBLER, op. cit., págs. 330 y ss.).

(463) DE LA CAMARA, op. cit., pág. 622.

(464) La sentencia de 6-XII-1984 de la Aud. Territ. de Sevilla (R.G.D., 1985, Septiembre, págs. 3068 y 3069) ofrece un estupendo catálogo de --a nuestro entender-- reconocimiento tácitos de paternidad en uno de sus considerandos: "... existen otras pruebas en autos que acreditan que quien así se manifestaba se comportaba posteriormente como padre, pues resulta proporcionaba a la hija y a su madre vivienda, visitaba y tenía a aquélla en su compañía con frecuencia y la presentaba como hija suya, intervenía en su educación, le hacía regalos, y, en fin, daba muestras de cariño paternal en cualquier ocasión, actos todos coincidentes en aquella significación, que no puede quedar desvirtuada por el hecho de que, en definitiva, no se hubiera llegado a un acto de reconocimiento formal, lo que

pudo deberse a motivos diversos y no esclarecidos, siempre compatibles con esa manifestación clara de voluntad".

(465) La presunción se mantuvo finalmente en el texto definitivo, a pesar de la enmienda n° 89, interpuesta en el Senado por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, por la que se interesaba la supresión de la locución "o tácito", justificando tal postura en que "parece excesivo singularizar un particular de tan difícil constatación. En todo caso, ya deviene incluido en la expresión 'o de otros hechos' consignada en el texto" (Vid. el B.O.C.G. de 24-II-1981). RODRIGUEZ ADRADOS da a entender que se hubiese mostrado de acuerdo con la supresión, cuando, a propósito del reconocimiento contenido en el art. 135, dice de él que "es el reconocimiento aformal, que en el Código estaba limitado al escrito indubitado y que aquí adquiere una amplitud quizá desorbitada; así lo entendió, al menos, la Enmienda 89 del Senado". Op. cit., pág. 163. La verdad es que ya en las Leyes de Toro se admitió el reconocimiento tácito de paternidad. Vid. supra, pág. 35.

(466) El autor español que más hincapié hace sobre la distinción entre posesión de estado y reconocimiento tácito, conjungando hábilmente argumentos históricos, argumentos derivados de la propia naturaleza de la posesión de estado y los extraídos de la interpretación literal del antiguo art. 135, es LOPEZ Y LOPEZ. La posesión de estado familiar, op. cit., págs. 131 y ss., que, a su vez, desarrolla la idea sostenida por DE CASTRO: "La jurisprudencia tiende a interpretar el art. 135, núm. 2 tan unido al núm. 1 que lo convierte en un tipo de reconocimiento tácito, olvidando los antecedentes históricos. La propia naturaleza de la posesión de estado y hasta la misma conjunción disyuntiva del texto. Compárese S. 25-junio-1946". (DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho civil de España, op. cit. pág. 83 del 2° volumen). La distinción, con todo, ya había sido puesta de relieve por la doctrina mucho antes. Vid. al respecto, CALDERON, M. "Posesión de estado del hijo natural", R.G.L.J., 1905, T. 106, págs. 31 y ss.

En el Code francés, el n° 5 del art. 340 parece encerrar una relación de reconocimiento tácitos de paternidad ("En el caso en que presunto padre ha proveído o participado en el mantenimiento, la educación del hijo en cualidad de padre, el presunto padre parece reconocer tácitamente su paternidad --dice HUET-WEILLER, J. Cl. Civil, loc. cit., (16)--; por otro lado, se conduce prácticamente como padre frente a su hijo; por lo tanto, algunos autores han podido ver en esta circunstancia una forma atenuada de posesión de estado, reducida al elemento "tractatus", puesto que no es indispensable que el hijo lleve el nombre de su padre ni siquiera que su participación revista un carácter notorio y público".

(467) Si bien su reconocimiento precisa, para su validez, aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal (Cfr. art. 121).

(468) Así opina también MAJELLO, Della filiazione illegittima..., 1974, op. cit., pág. 177.

(469) Sobre esta cuestión, Vid. DE LA CAMARA, op. cit., págs. 624 y ss.

(470) Un supuesto de impugnación de documento en el que consta un reconocimiento de paternidad, por pretendida intimidación, es el que recoge la Sentencia de la Aud. Territ. de Cáceres, de 9-I-1985 (R.G.D., 1986, Mayo, pág. 2413).

(471) "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior --decía este precepto-- si la demanda se basa en el reconocimiento, la paternidad o maternidad, podrá ser contradicha probando que el reconocimiento se produjo mediante simulación, error, violencia o intimidación".

(472) Vid. B.O.C.G., de 24-II-1981.

(473) En términos empleados por la citada enmienda n° 119. "Sería absurdo --opina DE LA CAMARA, op. cit., pág. 627-- que la impugnación ejercitada por vía de reconvención no pudiera utilizarse una vez transcurrido aquel plazo. Le

bastaría al demandante aguardar a que dicho plazo transcurriese para ejercitar impunemente la acción de reclamación".

(474) Vid. supra, pág. 78

(475) A pesar de lo minuciosa "que se ha mostrado en otras materias mucho menos importantes", DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema..., 1985, op. cit., pág. 318.

(476) Art. 113: "La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado...".

(477) El derogado art. 116 establecía que "a falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo".

(478) Cfr. los arts. 131, 132, 133, y, respecto de las acciones de impugnación, los arts. 137 y 140.

(479) Los comentaristas franceses de la ley 3-I-1972, coinciden en afirmar el importante papel que ha sido llamada a desempeñar la posesión de estado en la nueva regulación del Code. En efecto, se dedican a su concepto y a su prueba 3 artículos, el 311-1, el 311-2 y el 311-3, aplicables por igual a la filiación legítima y a la filiación natural; en lo tocante únicamente a la primera, la posesión de estado de hijo legítimo respecto de los esposos hace que la presunción de paternidad recobre su fuerza --art. 313 párrafo 2º--, o la pierda si el hijo, inscrito sin indicación del nombre del marido, no tiene posesión de estado más que respecto de la madre --art. 313-1--; la posesión de estado hace prueba, en defecto de acta de nacimiento, de la filiación ilegítima, --art. 319--, y la conjunción de un acta y de una posesión de estado conforme a ella, indicativas de un estado concreto, impiden a quien lo goza, reclamar otro distinto o impugnarlo --art. 322--, por último,

cuando la filiación legítima está ya establecida por la posesión de estado, todo reconocimiento es nulo y toda demanda de reclamación es inadmisibles --art. 334-9.

En lo que concierne a la filiación natural, cabe destacar que el acta de nacimiento que lleve indicación de la madre, vale como reconocimiento cuando está corroborada por la posesión de estado --art. 337--; cuando ésta es conforme al reconocimiento y ha durado al menos diez años desde éste, no cabe impugnación --art. 339, párrafo 3º--, y, por último, la posesión de estado juega, en la investigación de la maternidad, el papel de una prueba judicial de la misma --art. 341, párrafo 3º. La importancia de la posesión de estado se ha visto incrementada con la redacción dada al art. 334-8, por Ley nº 82-536, de 25 de junio de 1982, en el que se dispone que, junto con el reconocimiento voluntario y el pronunciamiento judicial, la posesión de estado es uno de los medios para establecer legalmente la filiación natural.

Sobre estas cuestiones, Vid. DAGOT y SPITERI, op. cit., págs. 24 y ss. REMOND-GOUILLOUD, M. "La possession d'état d'enfant (A propos de la loi du 3 janvier 1972)". R.T.D.C., 1975, págs. 459 y ss. SALVAGE-GEREST, P. "Le domaine de la présomption 'pater is est' dans la loi du 3 janvier 1972". R.T.D.C., 1976, págs. 247 y ss. RAYNAUD, P., "L'inegalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? Recueil D.S., 1980, Chr. I, pág. 6 CORNU, G. "La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation)". Recueil D.S., 1971, Chr. XXIV, págs. 175 y ss. Del mismo autor, La Filiation, op. cit., págs. 39 y ss. JESTAZ, Ph. "Personnes, famille". R.T.D.C., 1982, págs. 670 y ss. NERSON-RUBELLIN DEVICHI, Jurisprudence française en matière de Droit civil, loc. cit., pág. 584 y ss. HUET-WEILLER, D. "L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (Commentaire de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'art. 334-8 c. civ.)". Recueil D.S., 1982, Chr. XXVII, págs. 185 y ss.

(480) En realidad, la ley de 19 de mayo de 1975 lo único que hizo en este aspecto fue dar una nueva redacción a los arts. 269 y 270, en los que se contenía una referencia a la posesión de estado, como condición de proponibilidad de la acción de declaración judicial de paternidad, y una relación de los hechos constitutivos de la posesión de estado de hijo natural, respectivamente. Al declarar el nuevo art. 269 que la prueba de la paternidad y de la maternidad puede llevarse a cabo con cualquier medio, se hacía innecesaria toda referencia a la posesión de estado en concreto, sin que esto impida que los hechos constitutivos de la misma no puedan ser tomados ahora en consideración como serios indicios de la existencia de aquella relación. Vid. MAJELLO, op. cit., 1982, págs. 186 y ss. AZZARITI, G. "Prossesso di stato"; Noviss, Dig. It., Appendice, Vol. V, MIN-PROC, UTET, 1984, págs. 1121 y ss. FINOCCHIARO- FINOCCHIARO, Riforma, Vol. II, T. I, 1975, op. cit., págs. 294 y ss. BELLANTONI-PONTORIERI, op. cit., págs. 229 y ss.

(481) PEREZ FERNANDEZ, loc. cit., pág. 448. MARTINEZ— CALCERRADA, T. II, op. cit., págs. 93 y ss. RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit., pág. 126. ESPIN CANOVAS, Derecho Civil..., op. cit., pág. 318. DE LA CAMARA, op. cit., pág. 629. DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema..., 1985, op. cit., pág. 318. GARCIA ZARANDIETA, loc. cit., pág. 6.

De la doctrina anterior a la reforma, puede consultarse CALDERON, loc. cit., pág. 25. DE CASTRO, op. cit., pág. 83. MANRESA, op. cit., pág. 687.

(482) Art. 311-1: "La posesión de estado se establece por una reunión suficiente de hechos que indican la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que dice pertenecer.//. La posesión de estado debe ser continua". Art. 311-2: "Los principales hechos son: Que el individuo haya llevado siempre el apellido de aquellos de los que se dice nacido, Que éstos lo hayan tratado como su hijo, y que éste los haya tratado como padre y madre suyos; Que ellos hayan, en tal cualidad, provisto a su educación, a su mantenimiento y a su establecimiento; Que haya sido

reconocido por tal, en la sociedad y por la familia; Que la autoridad pública lo considere como tal".

(483) En el Código civil italiano se suprimió, a raíz de la última modificación del derecho de filiación llevada a cabo en 1975, la descripción que en el art. 270 se hacía de la posesión de estado de hijo no matrimonial. Permanece, no obstante, el art. 237 en el que se describen los hechos constitutivos de la posesión de estado de hijo legítimo: "La posesión de estado resulta de una serie de hechos que en su conjunto sirven para demostrar las relaciones de filiación y parentesco entre una persona y la familia a la cual pretende pertenecer.//. En todo caso deben concurrir los siguientes hechos: que la persona haya siempre llevado el apellido del padre que pretende tener; que el padre la haya tratado siempre como hijo y haya procedido en esta cualidad al mantenimiento, a la educación y a la colocación de la misma; que haya sido constantemente considerada como tal en las relaciones sociales; que haya sido reconocida en dicha cualidad por la familia".

(484) En el Código civil portugués se contempla la posesión de estado como una de las causas de renacimiento de la presunción de paternidad --art. 1.831-1°--.. En el n°2 del mencionado art. se dispone que "existe esta situación de hecho del hijo respecto a ambos cónyuges cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos: a) Ser la persona considerada o tratada como hijo por ambos cónyuges. b) Ser considerada como tal en las relaciones sociales, especialmente por las familias respectivas". Asimismo, en el art. 1.871-1, se establece que la paternidad no matrimonial se presume, a) cuando el hijo hubiese sido reputado y tratado como tal por el padre, y públicamente.

(485) En el art. 321 del Código civil belga se contiene una descripción de la posesión de estado en términos muy parecidos a los contemplados en el Code francés: "La posesión de estado se establece por una reunión suficiente de hechos que

indican la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la cual pretende pertenecer. Los hechos principales son: Que el individuo haya llevado siempre el apellido del padre al que pretende pertenecer; que el padre lo haya tratado como su hijo, y haya provisto, en esta cualidad, a su educación, su mantenimiento y su establecimiento; que haya sido reconocido constantemente por tal en la sociedad; que haya sido reconocido por tal por la familia".

(486) Como ya hemos establecido en páginas anteriores --Vid. supra, pág. 118 --, según establece la Ley 70, la posesión de estado "ha de resultar de hechos que en su conjunto constituyan grave indicio de la relación de filiación entre una persona y aquel al que se atribuya la paternidad. En todo caso, deberán concurrir los siguientes hechos: que la persona haya sido tratada como hijo por aquel a quien se reclama como padre natural; que éste como tal haya atendido al mantenimiento, educación y colocación de aquella persona y que ésta, además, haya sido constantemente considerada como hijo en las relaciones sociales". La Ley 70 deja ver claramente una innegable influencia de los Códigos italiano y francés (prácticamente es una copia de los mismos).

(487) Vid. REMOND-GOUILLOUD, loc. cit. pág. 460.

(488) Como pone de manifiesto RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. pág. 123.

(489) "La posesión de estado --dice ROYO MARTINEZ, op. cit. pág. 250--, es un cúmulo o complejo de circunstancias que, referidas a un sujeto por largo tiempo y sin contradicción u oposición, acreditan que tal sujeto goza, de hecho, de la situación correspondiente al status familiae, aún cuando no tenga título acreditativo del mismo".

Una definición muy sintética es la que ofrece, a su vez, LETE DEL RIO, Derecho de la persona, op. cit. pág. 35: "...se puede afirmar que la posesión de estado es el ejercicio de hecho, de manera constante, cierta y pública, de las

facultades, derechos y obligaciones de dicho estado".

PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, siguiendo la distinción acuñada por DE CASTRO entre título de adquisición, título de legitimación y título probatorio --t. II, op. cit. págs. 78 y ss.-- la concibe como un título de legitimación que consiste en el goce de hecho de modo público, permanente e inequívoco, del estado de hijo en las relaciones familiares y sociales". Op. cit. pág. 840.

(490) El que existiese una tan clara diferenciación entre la filiación legítima y la filiación ilegítima en el sistema anterior del Código civil, obligó a la jurisprudencia a distinguir entre uno y otro tipo de posesión de estado, si bien sus resoluciones se centraron preferentemente en la relativa a la de hijo legítimo natural. Vid. al respecto lo que hemos dicho en páginas anteriores, supra, pág. y toda la jurisprudencia que sobre este punto recogen MUCIUS SCAEVOLA, op. cit. págs. 395 y ss. y MANRESA, op. cit. págs. 759 y ss.

Con posterioridad a la reforma de 1981, merece destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 19-XI-1985 (Ar. 5615), en la que se contiene una descripción de la posesión de estado de filiación extramatrimonial que no deja de ser sorprendente por los términos que el juzgador ha empleado: "Y no cabe olvidar que la posesión de estado de filiación tal como se configura en la nueva redacción del Código Civil no es sino la situación residual en que puede hallarse la hija cuya paternidad 'no matrimonial' no le esté reconocida formalmente, y sin embargo las circunstancias concretas en que se halle en el seno de la sociedad o de la familia, permitan establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación de esas circunstancias, mediante la sentencia firme que lo proclame, como también podría obtenerlo, aún sin mediar esas circunstancias, a través de las pruebas genéticas y así cabe deducirlo de lo dispuesto en los arts. 127, 131, 132 y 135 del Código Civil...".

(491) Art. 116: "A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo".

(492) Art. 135: "El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: ...2° Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia".

(493) Art. 131, primer párrafo: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado".

(494) En el art. 320, tal como resultaba redactado con anterioridad a 1972, se exigía que la posesión de estado de hijo legítimo fuera constante ("A défaut d'acte de naissance, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit"). Este requisito se suprimió completamente del citado precepto, pero a cambio se incluyó en el art. 311-11 que la posesión de estado debería ser continua ("La possession d'état doit être continue"). El sentido de la expresión es el mismo y confirma plenamente la tesis de quienes defendían que por posesión constante había que entender no posesión notoria ("avérée"), sino ininterrumpida. Vid. COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU, op. cit. pág. 57. DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, V, Traité de la paternité et de la filiation, Paris, Imprimerie Générale, s/f, pág. 218. CHAMPENOIS, G. "Filiation légitime", Art. 319 à 328. J. CL. Civil, Ed. Techniques, S.A., Paris, 1973 (8). REMOND-GOUILLOUD, loc. cit. pág. 468.

(495) Sin que quiera esto decir que se haya alcanzado la solución definitiva. Vid. LOPEZ Y LOPEZ, op. cit. págs. 114 y ss. Ultimamente, DE LA CAMARA, op. cit. págs. 635 y ss., y PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. págs. 840 y ss.

(496) CORNU, G. Droit Civil **, La Famille, Editions Montchrestien, Paris, 1984, pág. 306. "La posesión de estado --dice este autor en otro

trabajo ("La filiation, Archives..., loc. cit. pág. 40)-- es un estado de hecho, un estado vivido".

(497) La enmienda n° 478 del Grupo Centrista (UCD) al Proyecto de Ley ofrecía una definición legal de la posesión de estado en los siguientes términos: "Se considerará que existe posesión de estado siempre que exista una apariencia estable y externa demostrada por actos visibles, de una relación familiar".

(498) Vid, supra, pág. 79

(499) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 844.

(500) Así sucede, como ya es sabido, con los denominados "cas d'ouverture" de la acción de reclamación previstos en el art. 340 del Código francés; en concreto, el que ahora nos interesa es el n°4: "La paternidad fuera del matrimonio puede ser judicialmente declarada: 4° En el caso en que el presunto padre y la madre hayan vivido durante el periodo legal de la concepción en estado de concubinato, implicando, en defecto de comunidad de vida, relaciones estables y continuas". En el derogado art. 269 del Código italiano estaba prevista una posibilidad similar en el n°1: la paternidad natural puede ser judicialmente declarada: 1) "cuando la madre y el presunto padre han notoriamente convivido como cónyuges al tiempo de la concepción".

(501) Op. cit. pág. 989.

(502) Por no darse esa conjunción de elementos fáctico y espiritual, consistentes en la reanudación de la vida marital y en la intención de volver a asumir los derechos y deberes derivados del matrimonio, respectivamente, en que debe consistir toda reconciliación conyugal. Vid. CAMPUZANO TOME, H. y CARBAJO GONZALEZ, J. "Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges", LA LEY, 1985-2, pág. 1173.

(503) Cfr. el art. 117 Cc. La posibilidad de desconocer la paternidad subsiste en la medida

en que se entienda que la convivencia con la madre no supone un reconocimiento tácito de paternidad.

(504) Cfr. el art. 119 del Cc.

(505) En el mismo sentido, DE LA CAMARA, op. cit. pág. 643, que desarrolla este aspecto con la amplitud que le caracteriza.

(506) Tal es el parecer mayoritario. Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 989. RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. pág. 164. DE LA CAMARA, "El nuevo régimen jurídico de la filiación". Jornadas Hispalenses..., op. cit. pág. 267; también en "La reforma del derecho de familia...", La Notaría..., loc. cit. pág. 62. PEREZ FERNANDEZ, loc. cit. pág. 469. RIVERO HERNANDEZ, op. cit. pág. 74

La doctrina italiana seguía el mismo criterio al interpretar la expresión "convivenza come conuigi". Vid. MAJELLO, op. cit. 1974, pág. 163.

(507) Para un estudio actual de los concubinatos o uniones de hecho, Vid. ESTRADA ALONSO, E. Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español, Civitas, Madrid, 1986, págs. 51 y ss.

(508) Aparte del francés, que emplea la expresión "état de concubinage", el portugués habla de "comunión duradera de vida en condiciones análogas a las de los cónyuges o concubinato duradero entre la madre y el presunto padre" --art. 1.871, 1 c)--, y en el Código de familiar cubano de 1975 se dice que se presume la paternidad "cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción" --art. 75 2)--.

(509) El sostener una u otra postura cobra gran trascendencia en la práctica, porque, conforme a esta segunda tesis, podría encontrarse fundamento para una presunción de paternidad en una mera unión de dos o más personas, pongamos por caso,

compartiendo un piso por motivos profesionales o económicos, que, de otra manera, no sería factible.

(510) "El concubinato de que se trata --sostiene P. VOIRIN, refiriéndose al derecho francés--, implica una simple comunidad habitual de lecho; se produce sin que sea necesario que los concubinos hagan pareja en común (ménage comun)". Manuel de Droit Civil. Capacité, T. I. Introduction. Personnes. Famille. Biens. Obligations. Suretés. Dix-huitième édition par Gilles Goubeaux. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1974, pág. 120.

(511) El Diccionario de la Lengua Española, en su vigésima edición, define "convivir" como "vivir en compañía de otro, cohabitar".

(512) En sentido contrario, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 989.

(513) Vid. sobre esta evolución, GEBLER, op. cit. págs. 320 y ss.

(514) Vid. ESTRADA ALONSO, op. cit. pág. 65. "En muchas ocasiones y circunstancias de la vida --sostiene este autor--, alguno de los compañeros se verá obligado a residir en otra parte; ya sea --a modo de ejemplo-- por razones laborales, militares o presidiarias. Siempre que estas no vayan acompañadas de una voluntad real de disolución o de separación, no pueden provocar, sin más, la negación de todo efecto jurídico. La continuidad de la relación debe demostrarse en las convivencias, no tanto por su realidad material como por la voluntad tendencial de estar juntos".

(515) La posibilidad de convivir con más de dos mujeres a la vez, si bien no es desechable hipotéticamente, en realidad no es muy frecuente.

(516) Enmienda n° 99.

(517) La defensa corrió a cargo del diputado Solé Barbera, en los siguientes términos: "Nosotros entendemos que debemos agregar este texto porque es una situación no contemplada en la ley;

porque encaja perfectamente dentro del texto del art. 135; porque es añadir una posibilidad real, afortunada o desgraciadamente, que se da en la vida normal. Por tanto, nosotros queremos introducir este párrafo pensando que así apuramos las posibilidades de que se contemple la totalidad de las circunstancias que pueden darse durante la época de la concepción. Además, nos adelantamos con ello a un posible conflicto de paternidades al margen precisamente de la situación contemplada en los arts. 116 y 134".

La diputada Pelayo Duque alegó en contra de la enmienda que la oposición de su Grupo se daba "no sólo porque ya hay garantías suficientes a través de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluso las biológicas, sino por las presunciones que en el citado artículo 135 se establecen. Si no es posible la certeza, podría haberse ideado una obligación de alimentos, pero a nuestro juicio sería excesivo y también lo que se propone en la enmienda. No quisiera recordar aquel razonamiento, aquella operación intelectual que Carboner (sic) ponía de ejemplo cuando hablaba de demostrar que equis es hijo de primo y prima. Parece que ese es el razonamiento que ha llevado al Grupo Parlamentario Comunista a proponer esta enmienda". Vid. el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 16-XII-1980, págs. 8859 y 8860.

(518) Cfr. ALBALADEJO, Curso..., op. cit. pág. 253.

(519) Vid. COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU, op. cit. pág. 180.

(520) "Filiation naturelle", J. Cl. Civil..., loc. cit. (14).

(521) La doctrina italiana entiende que la notoriedad no es un elemento esencial de la convivencia, pero es un requisito que ha de cumplirse a los efectos del art. 269. Vid. MAJELLO, 1974, op. cit. págs. 165 y ss. STELLA RICHTER y SGROI, op. cit. págs. 175 y ss.

(522) En el derecho francés actual (también en el italiano anterior a la reforma de 1975), la norma que regula una situación análoga a la que estamos tratando es mucho más concretable, porque en ella se menciona que el concubinato ha de darse durante el período legal de la concepción, y puesto que en el Code hay norma que específicamente lo prevé --art. 311, párrafo primero ("La ley presume que el hijo ha sido concebido durante el período que se extiende desde el día 300 al 180, inclusive, antes de la fecha de nacimiento"), el único esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia se centró en aclarar que no era necesario que la unión durara todo el citado lapso de tiempo, sino que era suficiente con que hubiese tenido lugar parcialmente durante su transcurso (Vid. HUET-WEILLER, J. CL. Civil, loc. cit. (15) y (16). BENAVENT, op. cit. pág. 350. HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CAMELBEKE, op. cit. pág. 133. RASSAT, loc. cit. págs. 227 y ss.). Tal solución difícilmente podría sostenerse en nuestro país a la vista de la actual regulación de la filiación que aparece en el Código; cosa distinta es que hubiese un precepto similar al derogado art. 108. Vid. RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. págs. 138 y 139, y 164.

(523) Vid. DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema...1982, op. cit. pág. 346.

(524) DE LA CAMARA, op. cit. pág. 535.

(525) DE LA CAMARA, ibidem.

(526) Op. cit. pág. 990.

(527) Sentencia de 9-I-1985, de la Aud. Territ. de Cáceres, R.G.D. 1986, Mayo, pág. 2413.

(528) Sentencia de 9-I-1985, ibidem.

(529) Sentencia de 1-IX-1985, de la Aud. Territ. de Valladolid, R.G.D., 1986, Julio-Agosto, pág. 3574.

(530) Como admite la sentencia de 26-VII-1985, de la Aud. Territ. de Valladolid,

R.G.D., 1986, pág. 3573: "...con un trato continuo, primero de noviazgo y luego carnal..."

(531) Vid. las sentencias ya citadas de 26-VII y 1-IX-1985, de la Aud. Territ. de Valladolid.

(532) Incluso una vez roto el noviazgo: "...y siendo cierto que por entonces ya no eran novios...también lo es que...sí estuvo en la ciudad de Burgos por aquellas fechas, en tránsito de un viaje de vacaciones se relacionó entonces con quien había sido su novia y tuvo, en consecuencia, la oportunidad del acceso sexual negado...". Sentencia de la Aud. Territ. de Oviedo, de 5-VII-1985, R.G.D., 1986, Marzo, págs. 1033 y ss.

(533) Cfr. RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. pág. 164. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 990. DE LA CAMARA, op. cit. págs. 537 y ss. y en Jornadas Hispalenses..., op. cit. pág. 268.

(534) Ibidem.

(535) Vid. supra, pág. 312

(536) Op. cit. pág. 537.

(537) Ibidem.

(538) DE LA CAMARA, ibidem.

(539) RIVERO HERNANDEZ, op. cit. pág. 74. PEREZ FERNANDEZ, loc. cit. pág. 469.

(540) Op. cit. págs. 537 y ss.

(541) Op. cit. pág. 538.

(542) Recogidos en el Título IX del Libro Segundo del Código penal, arts. 429 y ss.

(543) Vid. supra, pág. 80

(544) Art. 444, párrafo segundo: "Los Tribunales harán la declaración que proceda en

orden a la filiación y a la fijación de alimentos en su caso, conforme a la legislación civil".

(545) No parece, en cambio, que sea posible hacer la declaración de filiación en vía penal cuando no se aprecia por el tribunal la existenciaa del delito. Vid. al respecto la E. de M. de la Ley de 25 de junio de 1983 ("Otro tanto sucede con el problema de la filiación; la actual regla segunda del art. 444 es de tal rotundidad que no deja margen a los tribunales para tener en cuenta, además, la opinión de la mujer y lo que haya de ser mejor para el nacido a causa del delito"), y RODRIGUEZ DEVESA, J. M.^a, Derecho Penal Español, Parte especial, Madrid, 1983, pág. 210. RUIZ VADILLO, E. "Responsabilidad civil y declaración de la filiación en los delitos contra la honestidad (art. 444 del Código penal)". Comentarios a la legislación penal, dirigidos por M. Cobo del Rosal. La reforma del Código penal de 1983, T. V, Vol. 2º. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, págs. 993 y ss.

(546) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, Comentario al art. 115, op. cit. pág. 860.

(547) Es inscribible la sentencia penal firme que, en su caso, determine una filiación, art. 190 del R.R.C., reformado por R.D. 1917/1986, de 29 de agosto.

(548) No sólo el consabido de que, en el caso de ejercicio conjunto de las dos acciones, es necesario ajustar la legitimación activa en el campo penal a la que resulte de la pretensión civil que se persigue (arts. 131, 132 y 133 Cc.), sino el que podría surgir como consecuencia de un hipotético recurso de revisión que se planteara contra la resolución penal (arts. 954 y ss. L.E.Cr.) que hubiese declarado la existencia del delito en cuestión. Imaginemos que en una primera fase penal el juez hubiera condenado al procesado imputándole la comisión de un delito de violación, por ejemplo; que como consecuencia de dicha condena, en un procedimiento civil deducido posteriormente, se hubiese atribuido por sentencia firme la paternidad de la criatura al reo. Pensemos

que a la vista de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba aparecidos una vez dictada la sentencia condenatoria, los tribunales admitieran un recurso de revisión contra la misma y dictaran una resolución absolutoria por la que liberaran al inculcado de toda responsabilidad penal. Sin embargo, el pronunciamiento civil respecto de la filiación subsistirá en tanto no se ejercitara con éxito el respectivo recurso de revisión que, a la vista de los arts. 1.796 y 1.797 de la L.E.C. poco éxito parece que pudiera tener en este punto.

(549) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 25-II-1983 (Ar. 1074). PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS se manifiesta contrario a tal posibilidad: "...si el hecho causal no es delictuoso, no parece que las apreciaciones de hecho de una sentencia penal cuando no sean básicas para el fallo (absolutorio, en este caso), condicionen declaraciones --como la de paternidad-- que son, entonces de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil". Op. cit. pág. 861.

(550) Vid. RUBELLIN-DEVICHI, J. La diminution de l'importance du mariage. "L'affaiblissement de la présomption de paternité". Mariage et Famille en Question, sous la direction de R. Nerson. T. 1, C.N.R.S., Lyon, 1978, págs. 119 y ss.

(551) Vid. CORDOVA DEL OLMO, A. "La excepción 'plurium concubentium'", R.G.L.J., 1929, págs. 392 y ss. MENGER, A. El Derecho civil y los pobres. Versión española y precedida de un estudio sobre "El derecho y la cuestión social" por Adolfo Posada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, págs. 199 y ss. CICU, la Filiación, op. cit. págs. 234 y 235.

(552) Salvo excepciones. Vid. DE LA CAMARA, op. cit. pág. 648.

(553) Salvedad sea hecha de lo que pueda acontecer en las uniones de hecho, como ya dijimos. Vid. supra, pág. 310

(554) El Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático propuso en la enmienda nº 119 al texto del Proyecto de ley remitido por el Congreso al Senado (Vid. B.O.C.G. de 24-II-1981) una redacción del art. 135 en los siguientes términos: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la paternidad o maternidad podrán ser contradichas:...2º Si la demanda se basa en las relaciones sexuales del padre con la madre, el demandado podrá oponerse alegando y probando la conducta notoriamente deshonesto de aquélla durante el período legal de la concepción, o que, durante el mismo período, mantuvo relaciones de la misma clase con otro u otros varones. Estas alegaciones se formularán bajo la responsabilidad del que las hiciere y, en el segundo caso, se exigirá la designación de los presuntos implicados quienes podrán ser demandados por la parte actora, tramitándose todas las demandas en el mismo juicio.//. El juez, a la vista del resultado de las pruebas, resolverá si procede o no declarar judicialmente la paternidad".

"Parece claro --se dice en la explicación de la enmienda-- que si se acepta que la existencia de relaciones sexuales entre un varón y la madre es un hecho que permite presumir la paternidad...debe aceptarse, asimismo, que la presunción no puede jugar --lo que no obsta a que la paternidad pueda ser declarada-- si la madre llevaba una vida notoriamente deshonesto (el ejemplo típico es el de la madre prostituta), o en el caso de que, en uso de su libertad sexual, haya cobahitado con varios varones durante el período legal de la concepción. Cabe oponer entonces a la demanda, la clásica 'exceptio plurium concubentium' que desvirtúa igualmente la presunción, aunque no haga imposible la declaración judicial de la paternidad, que podrá ser imputada al demandado en primer lugar, o a alguno de los varones que mantuvieron relaciones íntimas con la madre".

El precepto "in fieri" no puede decirse, desde luego, que hubiese sido muy original. Supone una copia fiel del contenido en el art. 340.1.1º del Code francés, y, en realidad, es supérfluo, pues no ofrece ninguna solución a la que no hubiera

podido llegarse sin su existencia: la parte actora podría demandar a los terceros y se acumularían los autos, y el juez siempre declararía la paternidad en función del resultado obtenido por la práctica de las pruebas.

(555) Entre los que merece destacarse al B.G.B. alemán que suprime la "exceptio plurium concubentium" a partir de la reforma producida en el año 1969. En efecto, con anterioridad a esta fecha, el demandado por una acción de reclamación de filiación natural, fundada en el mantenimiento de relaciones sexuales con la madre en el período legal de la concepción, podría destruir o neutralizar la presunción de paternidad que sobre él pesaba, probando que la madre había mantenido un comercio carnal con uno o varios terceros durante aquel mismo período de tiempo, es decir, alegando la excepción (Einrede des Mehrverkehrs), tal como facultaba el parágrafo 1.717. Ahora bien, como contrapartida, el hijo gozaba de la posibilidad de combatir la excepción probando que el tercero o los terceros no podían ser sus progenitores. La alegación de la citada excepción en el sistema alemán anterior a 1969 comportaba un efecto exclusivamente negativo, de defensa: la paternidad no se endosaba ni al demandado originariamente, ni a los terceros, con el consiguiente perjuicio que se ocasionaba al hijo, que se veía privado de un padre a causa de un determinado comportamiento de su madre, al cual él era completamente ajeno.

Las tan evidentes consecuencias negativas, puestas de relieve reiteradamente por la doctrina, así como las amplias posibilidades que la medicina y la biología modernas brindan en la búsqueda de la verdadera paternidad, fueron la causa de su desaparición en la reforma que el B.G.B. experimentó en el año 69. No hay que olvidar, con todo, que, aunque la excepción se haya suprimido del Código alemán, no por ello se extingue para el demandado la posibilidad de seguir alegando en su defensa la pluralidad de relaciones sexuales mantenidas por la madre. En caso de que así suceda, la paternidad del demandado --como dice FURKEL, "La recheche...", loc. cit. pág. 331-- no podrá ser declarada más que en dos casos: cuando aquélla

parezca altamente posible y cuando la hipotética paternidad del tercero parezca prácticamente excluida; paralelamente, nunca podrá declararse su paternidad si sólo parece relativamente más verosímil que la del tercero. (Vid. sobre esta materia, por lo que hace referencia a la regulación anterior a 1969: LEHMANN, H. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Vol. IV. Traducido y anotado por J.M^a Navas. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pág. 370. HOLLEAUX, De la filiation en droit allemand..., op. cit. págs. 80 y 81. ENNECCERUS, L., KIPP, Th., WOLFF, M., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, por Kipp y Wolff, Vol. 2^a. Relaciones paternofiliales y parentales. Tutela. Adaptado por B. Pérez González y J. Castán Tobeñas. Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 194. Sobre la disciplina actual, consúltese FURKEL, ibidem, y PEDAMON, M. "La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime: Modèle pour une réforme du droit français?", Recueil D. S., 1970, Chr. XXXIII, pág. 155).

(556) Como el Código belga, en su art. 340d. ("Sin perjuicio de otros medios de defensa, las demandas previstas en los arts. 340a. --investigación de la paternidad--, 340b. --reclamación de alimentos-- y 340c. --gastos de alumbramiento--, serán rechazadas si se establece que durante el período legal de la concepción la madre ha tenido relaciones con otro individuo o ha mantenido una mala conducta notoria"), o el Código francés, en el art. 340.1.1^a ("La acción de investigación de la paternidad no será admitida: Si se establece que durante el período legal de la concepción la madre mantenía una conducta reprobable notoria o que ha tenido comercio con otro individuo, a menos que resulte de un examen sanguíneo o de cualquier otro método científico certero, que este individuo no puede ser el padre"). Estos dos preceptos amplían extraordinariamente el campo de acción de la excepción, que entra en juego no sólo en el supuesto tradicional de cohabitación de la madre con otro u otros varones, además de con el demandado, sino también cuando pueda probarse --por cualquier medio-- que la madre ha llevado en la

época de la concepción un comportamiento que haga parecer posible una pluralidad de amantes indeterminados, sin que sea preciso probar que la madre se dedicaba a la prostitución. En el ordenamiento francés, la excepción deja de ser, a partir de 1972 perentoria, esto es, decisiva, terminante, al concederse al demandante la facultad de poder probar la imposibilidad del tercero para ser padre, a través de una prueba de sangre u otro medio probatorio de análoga solvencia (Vid. HUET-WEILLER, J. Cl. Civil, op. cit. (19) y ss. MAZEAUD, op. cit. págs. 395 y ss. DAGOT y SPITERI, op. cit. pág. 61. HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CABELBEKE, op. cit. págs. 135 y ss.

(557) Aspecto éste sobre el que ya hemos insistido en su momento, Vid. supra, pág. 266

(558) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 991.

(559) En la sentencia de la Aud. Territ. de Oviedo, de 5-VII-1985, R.G.D., 1986, Marzo, pág. 1034, se sostiene que, junto a un hipotético acceso sexual entre el demandado y la madre, "igualmente entra en el campo de lo posible que la actora haya podido tener ese mismo acceso con persona distinta, porque una abundante testifical le atribuye módulos de comportamiento que autorizan a suponerlo y porque por las fechas críticas efectuó incluso un largo viaje con esa tercera persona, de todo lo cual se sigue que con apoyo en pruebas directas, ninguna alternativa es radicalmente positiva ni definitivamente rechazable". El tribunal resolvió contra el demandado utilizando como principal argumento la negativa de éste a someterse a la práctica de las pruebas biológicas.

CAPITULO VI

LOS SUJETOS Y EL TIEMPO EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

A lo largo de las páginas y de los Capítulos que anteceden al que ahora comienza, hemos ido perfilando, en buena parte, la disciplina jurídica de las acciones de reclamación de la filiación, tanto la que constituyó en sucesivos momentos históricos derecho vigente, como la que, en la hora actual, nos depara nuestro, ya casi, centenario Código Civil, muy modernizado, sin embargo, en esta materia.

Corresponde en este preciso momento detenerse sobre aquellos aspectos de las acciones que acaparan preferentemente la atención del legislador, y hasta tal punto se fija en ellos de forma tan principal, que parece que toda la regulación dedicada en el Código a las acciones, salvo alguna concreta excepción (arts. 127 y 128, 134 y 135), está dirigida únicamente a solucionar o a intentar solucionar dos grandes tipos de cuestiones que el ejercicio de toda acción conlleva, y que se traduce en estos dos grandes enunciados: quién está legitimado para entablar la

acción (premisa que, a su vez, lleva aparejada la contestación de su complementaria, frente a quién se acciona), y en qué tiempo. Preceptos relativos a estas cuestiones que, unidos a los ya examinados sobre la prueba de la filiación, constituyen el soporte de la regulación sustantiva civil sobre la determinación judicial de la filiación.

Es nuestro propósito ofrecer una visión conjunta de la regulación de la legitimación y de los plazos sin distinguir, a estos efectos, entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial, con el objeto de evitar reiteraciones inútiles en la exposición y de facilitar el análisis y la comprensión de las disposiciones legales en este concreto apartado, que, además, nos invitan a proceder de este modo al ser éllas mismas las primeras que equiparan ambas filiaciones, al asignarles preceptos prácticamente idénticos (el 132 y el 133), concibiendo, incluso, uno común a ambas (el 131).

1.- Los sujetos intervinientes en el ejercicio de las acciones.-

Parece lógico que estructuremos este epígrafe en dos básicos apartados, según nos refiramos a los sujetos que participan en el ejercicio de la acción en su vertiente activa, esto es, como demandantes o actores --reclamantes, en suma, del estado en cuestión--, o según hagamos mención de aquellos que se sitúan en el lado pasivo de la misma, como demandados, respecto de quienes se pretende obtener la consagración jurídica de un vínculo biológico.

1.1.- Lado activo.-

El Código otorga la legitimación para entablar la acción de reclamación de la filiación dejándose guiar por la existencia de un dato objetivo, aunque de evidente apreciación judicial, que adquiere, por obra y gracia del legislador español (560) un doble protagonismo, La posesión del estado que se reclama no sólo cumple la misión de hacer presumir una relación paternofilial, en virtud de lo dispuesto en el art.

135, sino que ha sido tomada en cuenta al objeto de hacer posible que un mayor número de personas esté en condiciones de ejercitar la acción de reclamación de esa filiación aparentemente puesta de relieve, de forma constante y reiterada, merced a la posesión de estado.

En este orden de ideas, la ausencia de posesión de estado impone una restricción a la legitimación activa, que únicamente la ostentan el hijo en todo caso, y el padre y la madre, tratándose de una filiación matrimonial. Por el contrario, su concurso amplía de forma extraordinaria el abanico de personas legitimadas; bastará con acreditar un interés legítimo para estar en condiciones de instar la declaración judicial de la filiación de que se trate. De ahí que se haga absolutamente imprescindible concretar qué ha de entenderse por "interés legítimo" a los efectos previstos en el primer párrafo del art. 131 Cc.

1.1.1.- Con posesión de estado.-

1.1.1.1.- Cualquier interesado legítimamente.-

Establece el art. 131, en su párrafo primero, lo siguiente: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado".

El precepto responde a la elemental finalidad no de instaurar una acción distinta de las de reclamación previstas en los arts. 132 y 133, puesto que es la misma aunque se emplee otro término para denominarla, sino de atribuir unas mayores posibilidades o expectativas de legitimación a personas que, de no mediar esta norma, nunca podrían ejercitar la acción, ya que no cumplen la ineludible cualidad personal de ser el padre, la madre o el hijo, tratándose de una filiación matrimonial, o éste último, para el caso de una filiación no matrimonial, únicos sujetos que gozan de legitimación "iure proprio", según el Código para el cometido que se persigue. Como

corolario de lo que acabamos de decir, hay que pensar que si el mecanismo procesal se pone en marcha a instancia de alguna de estas personas, no procede entrar a examinar si concurre un interés legítimo por su parte; la existencia de normas concretas de legitimación y la deducción lógica de que nadie ostenta un interés más legítimo que el suyo en estas cuestiones de estado, les dispensan de toda prueba.

El problema surge a la hora de querer precisar el verdadero alcance de la expresión "interés legítimo". Por un lado, el tenor literal del precepto parece abonar la idea de que la legitimación se concede de forma amplísima (561), tanto a quienes persigan la satisfacción de un interés moral como a los que se muevan atendiendo a móviles estrictamente pecuniarios. Por otro lado, no conviene olvidar que tradicionalmente se ha venido caracterizando a las acciones de reclamación de la filiación con la nota de "personalísimas", no sólo porque la ley las haya reservado siempre a un número concreto y reducido de individuos, sino fundamentalmente porque la idea en torno a la cual

gira toda su existencia se traduce, a fin de cuentas, en la consecución de una concreta cualidad personal, sin perjuicio de que pueda haber o no un móvil económico en juego (562), que no es suficiente, por sí sólo, para destruir aquél carácter que la acción posee; por ende, repugnaría a la propia esencia de la acción el que ésta quedara en manos de sujetos cuyo único fin fuese la satisfacción de un interés puramente patrimonial, por más legítimo y jurídicamente protegible que éste fuera.

En este orden de ideas, quizás no sea del todo superfluo traer a colación una antigua polémica doctrinal que giraba en torno a la posibilidad --defendida por algunos autores (563)-- de que los acreedores del titular de una acción, bien fuera de reclamación o de impugnación, pudieran ejercitarla por él, amparándose en la facultad que confiere el art. 1.111 del Cc. (564) para hacer efectivo su derecho de crédito. Esta tesis estaba íntimamente ligada con la teoría que propugnaba un cambio de naturaleza de la acción en función de quién fuera el sujeto a quien

correspondiera su ejercicio --el titular o sus herederos--; se decía que la acción de estado mutaba su naturaleza cuando se atribuía la legitimación activa a los herederos, convirtiéndose en una acción de carácter estrictamente patrimonial. El escollo que supone la excepción contemplada en el propio art. 1.111, referida a los derechos inherentes a la persona, se salvaba alegando una pretendida analogía con la situación contemplada en el art. 1.001 del Cc. (565).

Esta tesis fue objeto de revisión, no obstante, por parte de la doctrina, que se opuso a una concepción meramente patrimonialista de las acciones de estado. Entre los autores que más enérgicamente mostraron su resistencia a aceptar tal construcción dogmática figuraron, como ya hemos puesto de manifiesto (566), ESPIN CANOVAS (567) y LACRUZ BERDEJO (568). Las razones que aducen, dejando a un lado las puramente técnicas (569), se mueven sustancialmente en el terreno de los principios. "Razones de moral --sostiene ESPIN (570)-- impiden que cuestiones como las de filiación sean abordadas en protección de intereses

puramente pecuniarios. Ciertamente que de las acciones de filiación se derivan derechos patrimoniales que pueden ser tenidos en cuenta legítimamente por los interesados: pero en el ejercicio de dichas acciones se tienen en consideración no sólo estos intereses, sino también los de índole moral, que deben predominar. El ejercicio de las acciones de filiación por los acreedores, en cambio, iría desprovisto de estas motivaciones morales, esenciales a dichas acciones, por lo que su íntima naturaleza quedaría desvirtuada".

LACRUZ, a su vez, dedica a la cuestión unos párrafos que responden a la misma filosofía que encierra los que acabamos de transcribir: "toda la regulación que dicta el Código civil para las cuestiones de estado convence de la improcedencia de permitir que personas extrañas puedan agitar tales cuestiones ante los tribunales: por el contrario, se trata de los derechos más inherentes a la persona, y en los que más intervienen consideraciones de carácter moral, hasta el punto de que todo interés patrimonial anejo a la cuestión

es siempre un interés indirecto. Por eso, aunque se admitiera que la sentencia recaída en una llamada cuestión patrimonial de estado surte efecto exclusivamente para la solución de la controversia patrimonial, sin producir cosa juzgada ni siquiera con relación al deudor, la solución habría de ser la misma porque lo que se deriva del Código civil es que cada uno tiene derecho a que no se plantee cuestión alguna acerca de su estado de filiación sin su voluntad" (571).

No cabe pensar que la polémica se encuentra zanjada. El empleo, por parte del legislador de 1981, de la expresión "cualquier persona con interés legítimo" ha resucitado entre la doctrina la antigua discusión acerca de si el titular de un interés exclusivamente de orden económico goza o no de legitimación para entablar una acción de reclamación de la filiación, si bien, hoy en día, el argumento en que se apoyan los que defienden tal posibilidad tiene una mayor contundencia, al centrarse en un precepto del Código y no en una interpretación analógica (572).

No creemos, sin embargo, que el camino acertado pase por facultar a cualquier persona para actuar en provecho de su propio beneficio por probado y lícito que éste resulte. La dificultad estriba en que el legislador ha empleado un término --"interés"--que difícilmente cuadra con la finalidad que se persigue a través del ejercicio de una acción de reclamación. La creación de un "status", matrimonial o no, comporta la aparición de una serie de efectos de muy diversa naturaleza; se crea un lazo jurídico y, lo que es más importante, se consolida, en unos casos, o surge, en otros, un vínculo afectivo. A la vez que esto sucede, brotan de forma automática los efectos económicos propios de toda la relación parental: los padres están obligados a prestar alimentos a sus hijos (art. 110 Cc.) y estos se convierten en herederos forzosos de los primeros, que, a su vez, ostentan tal cualidad recíproca si sus hijos mueren sin descendencia (art. 807). Hasta tal punto adquiere protagonismo la cuestión económica que el juez puede acordar cautelarmente alimentos en favor de quien está pleiteando para obtener la cualidad de hijo respecto de una determinada persona con

quien no tiene más cosa en común que un escrito de demanda.

Ineluctablemente, el mecanismo jurídico que se pone en marcha para la consecución de un estado de filiación produce, como efecto reflejo, la aparición de todo un universo económico entre los dos polos de la relación paternofilial que va a tomar plena consistencia en el mismo momento en que ésta queda jurídicamente consagrada, y que lo hace de forma dependiente, condicionada a que así suceda. Lo primordial aquí es la creación de un vínculo de filiación, aunque quien reclama lo haga urgido por motivaciones materiales.

El efecto inverso se produce, por el contrario, cuando el actor no persigue sino la realización de un interés de contenido patrimonial o la satisfacción de un crédito. En este hipotético caso, lo fundamental se convierte en subsidiario. La reclamación del estado pasa a ser el vehículo preciso para el logro de un fin que adquiere rango de principal. El acreedor que pudiera ejercitar una acción de reclamación, lo único que persigue es el cobro de una deuda, aunque para ello deba promover

la declaración de un estado. Está instrumentalizando la acción al servicio de un interés patrimonial, Está, pues, desvirtuando la naturaleza y la propia esencia de las acciones de estado (573).

No creemos necesario extenderse en más consideraciones. Nos repugna profundamente la idea de que el titular de un derecho de crédito (574) o un pariente más o menos lejano (575) puedan ejercitar una acción de reclamación cuando los directamente afectados por el tema no lo han hecho. El natural respeto a la intimidad de la persona cumplirá una importante función de correctivo en la interpretación judicial del primer párrafo del art. 131. La jurisprudencia está llamada a decir la última palabra.

1.1.1.2.- La excepción del segundo párrafo del art. 131.-

A la fórmula de naturaleza tan abierta contenida en el mencionado párrafo del art. 131, el Código ha querido, de algún modo, imponerle una limitación al establecer, a reglón seguido, que "se

exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada". Lo que se exceptúa no es, obviamente, que pueda declararse la filiación manifestada por la constante posesión de estado, sino, únicamente, la legitimación otorgada a todo interesado legítimamente (576) que, de mediar tal contradicción, queda reducida a los sujetos que gozan de ella, a tenor de lo dispuesto en los arts. 132 y 133 (577).

Los casos de determinación legal de la filiación son los contemplados en los arts. 115 (578) para la matrimonial, y 120 (579) para la no matrimonial, y, de ellos, habrá de excluirse necesariamente la determinación en virtud de sentencia judicial, que impide, no ya la reclamación por cualquier interesado, sino por toda otra persona (art. 134-2°).

1.1.2.- En ausencia de posesión de estado.-

1.1.2.1.- El hijo. Examen del art. 129 del Cc.-

Es el único de los sujetos que intervienen en el ejercicio de las acciones que ostenta en puridad legitimación activa, tanto cuando lo que se reclama es una filiación matrimonial, como cuando se trata de una no matrimonial. El tenor literal de la ley lo dice así expresamente (580), coincidiendo en el fondo, pero no en la forma, con la práctica totalidad de las legislaciones de derecho comparado. (581).

El protagonismo del hijo en todo el mecanismo de determinación judicial de la filiación se pone claramente de evidencia cuando nos detenemos en el análisis de todo el conjunto normativo que nuestro Código idea con objeto de intentar resolver problemas conexos al ejercicio de las acciones de reclamación. Junto con las normas meramente enunciativas de los arts. 132 y 133, ya mencionadas, se observan las siguientes:

--Una norma de atribución indistinta de legitimación al representante legal o al Ministerio Fiscal, en los casos en que la acción corresponda al hijo menor de edad o incapaz (art. 129).

--Otra norma que autoriza a los herederos del hijo a entablar ellos mismos la acción de reclamación que a éste hubiere correspondido, bajo determinadas condiciones y en un cierto lapso de tiempo (arts. 132-2° y 133-2°).

--Por último, un precepto relativo a la prosecución por los herederos de las acciones ya ejercitadas (art. 130).

De ellas, el segundo grupo entra en funcionamiento exclusivamente cuando la acción que se ejercite sea de reclamación, porque se encuentran incluidas en la Sección segunda --arts. 131 a 135-- del Capítulo III, sección consagrada por entero a la reclamación del estado, y, por lo tanto, devienen inaplicables en los contenciosos destinados a impugnar la filiación existente y se hallan, además, adscritas específicamente a los supuestos de los arts. 132 y 133.

El resto corre variada suerte, ya que: a) el art. 129 recoge una norma que es susceptible de aplicación tanto en un pleito de reclamación de la filiación, como de impugnación; de su redacción no se sigue nada contrario a esta opinión y, además, la propia colocación sistemática del mismo, refuerza su carácter ambivalente (582), aunque es preciso hacer constar que tanto en uno como en otro caso la acción ha de corresponder al hijo, no a cualquier otra persona, y b) la norma que prevé la continuación de la acción por los herederos, aparte de ser atribuible a los dos tipos de acciones por las mismas razones expuestas, abarca a un mayor número de implicados en el proceso; no sólo los herederos del hijo van a poder continuar las acciones iniciadas por éste, sino también las que hubiesen correspondido al padre, a la madre o a cualquier persona que ostente la cualidad de actor en el proceso, son susceptibles de ser continuadas por los herederos respectivos.

Interesa en este momento ocuparse del alcance del art. 129. El análisis del contenido de los preceptos que recogen la actuación de los

herederos será objeto de otro epígrafe dentro de este Capítulo.

El art. 129 afirma lo siguiente: "Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal".

La norma, tratándose de un supuesto de hecho que hace referencia a un problema de suplencia de capacidad procesal, precisa la cualidad accidental del suplido y la persona del suplente o representado. Fijémonos ahora en el primero.

"El hijo menor de edad o incapaz". La expresión no puede decirse que sea categórica. Aunque parezca desprenderse lo contrario del tenor literal del artículo, no es necesario que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad para estar en condiciones de ejercitar "per se" la acción de reclamación. El Código autoriza al emancipado a comparecer por sí solo en juicio (583) a partir de la entrada en vigor de la misma ley que ha dado nueva redacción a estos preceptos que estamos

comentando. El menor emancipado, pues, no requerirá ni de representante legal ni de Ministerio Fiscal para reclamar el estado que cree corresponderle (584).

El Código emplea el término "incapaz" y no el de "incapacitado" propuesto por la enmienda n° 286 del Grupo Socialista al texto del Proyecto (585). El círculo de personas incluidas bajo este vocablo es más amplio, porque incluye tanto a quienes han sido declarados incapaces en virtud de una declaración judicial en procedimiento promovido al efecto, como a quienes lo sean "de facto" por no reunir las condiciones mínimas de entendimiento y voluntad adecuadas (586).

Cuando el hijo se encuentre en alguna de estas dos situaciones, el art. 129 concede el ejercicio procesal de la acción a su representante legal o al Ministerio Fiscal de forma indistinta. Esta segunda afirmación, así como en general todo el precepto, merecen ser convenientemente matizados. Que la acción corresponde al representante legal (587), ya sea progenitor que ostente la patria potestad --art. 162-- , tutor,

curador --no del pródigo-- o defensor judicial --art.215-- cuando el titular de la misma carezca de la suficiente aptitud para ser menor de edad o incapaz, es algo que, como dice DE LA CAMARA (588), responde a un principio general existente en nuestro ordenamiento que el art. 129 no hace sino recalcar en lo que atañe al hijo, sin que por ello excluya tal posibilidad cuando el titular de la acción sea otra persona. Que la acción corresponda al Ministerio Fiscal indistintamente, ya es otra cosa. El Ministerio Fiscal intervendrá con carácter general en todos los procesos que se susciten en materia de estado civil, y por lo mismo, de filiación en su condición de defensor de la legalidad y del interés público o social, tal como preceptúa el art. 3 n° 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por ley de 30-XII-1981, y con carácter específico en dos casos: a) cuando a la persona a quien corresponda ejercitar la acción, siendo mayor de edad, se encuentre en una situación de incapacidad de hecho; no esté incapacitada judicialmente y, por ende, no tenga asignado un representante legal, y b) cuando no pueda actuar el representante legal del menor de edad o del incapaz

por hallarse a su vez sometido a una causa de incapacitación. Es decir, goza de unas facultades de intervención subsidiarias, en defecto de la intervención con carácter principal del representante legal, actuando como magistratura de amparo en defensa de un interés concreto y determinado (589).

Tal es la conclusión que se extrae del art. 3 n°7 del Estatuto anteriormente citado, en el que se hace constar que al Ministerio Fiscal le corresponde asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos (590).

El art. 129 es, pues, a nuestro entender, desafortunado por partida doble: por supérfluo, en lo que se refiere al representante legal, y por incorrecto, en lo que atañe a la actuación del Ministerio Fiscal, que nunca intervendrá indistintamente con aquél, sino únicamente en su defecto.

1.1.2.2.- El padre o la madre.-

Junto con el hijo, son los únicos sujetos que están legitimados para el ejercicio de la acción sin necesidad de tener que acreditar un interés legítimo y sin estar sometidos a plazos concretos de tiempo, pero, a diferencia de aquél, que está legitimado siempre y en todo tiempo, éstos carecen de la posibilidad de actuar cuando quieran reclamar una filiación extramatrimonial no manifestada por la constante posesión de estado (591), a no ser que lo hagan como representantes legales del menor o incapaz, supuesto que no puede conceptuarse como un otorgamiento de legitimación en sentido estricto.

¿A qué razón obedece esta diferencia de trato, este trato discriminatorio a fin de cuentas, de que son objeto los padres extramatrimoniales cuya actuación no aparece prevista en el precepto que contempla la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, y sí en cambio, en el relativo a la matrimonial (art. 132)? El origen de la discriminación parece que hay que encontrarlo en la propia conducta anterior del sujeto que, cuando

pudo reconocer a su hijo, no lo hizo, ni tampoco mantuvo con él una relación constitutiva de posesión de estado. La carencia de legitimación funciona como una especie de sanción legal que es merecedora de aplauso por parte de algún autor (592).

El derecho comparado mantiene, ciertamente, una postura similar a la recogida por nuestro Código (593), pero también es verdad que cada ordenamiento se rige por sus propios principios y que, en muchos de esos Estados aún se mantiene la dicotomía filiación legítima-filiación natural. Una excepción a esta tónica general es la mantenida por el BGB alemán, que autoriza no sólo al hijo, sino también al presunto padre a entablar la acción de investigación de la paternidad natural (parágrafo 1.600 n). Resulta muy revelador leer las palabras que FURKEL (594) escribe para justificar tal norma, que él compara con la correspondiente francesa: "Esta disposición, a primera vista sorprendente, se explica por el hecho de que el reconocimiento está unido, en Alemania, al consentimiento del hijo (parágrafo 1.600 c, al 1

BGB). Aquella (la disposición) debe permitir, a quien se halla en condiciones de probar su paternidad, que sea combatida la oposición sostenida injustamente, en el momento del reconocimiento, por el hijo o su representante legal".

La misma situación injusta puede producirse en nuestro derecho, en el que es necesario el consentimiento del hijo mayor de edad, o, si es menor o incapaz, el de su representante legal, o la aprobación judicial para que el reconocimiento produzca efectos (595). El padre que desee reconocer a su hijo menor o incapaz podrá solventar el obstáculo que puede suponer la concurrencia del consentimiento expreso del representante legal, si éste se niega a prestarlo, de dos maneras: logrando la aprobación judicial al mismo o, sin necesidad de acudir al auxilio judicial, reconociendo en testamento abierto. La hipotética oposición del representado --normalmente, la mujer--, puede ser eficazmente combatida con estos medios que, no obstante, resultan completamente inoperantes cuando chocan con la oposición del hijo mayor de edad que

no consintiese ni expresa ni tácitamente en ser reconocido. La posibilidad para ese sujeto de obtener una declaración judicial de paternidad le resulta vedada al no gozar tampoco de legitimación activa para entablar la acción.

La conclusión que podemos extraer de lo expuesto es, a nuestro entender, la posible inconstitucionalidad (596) del primer párrafo del art. 133 por la evidente discriminación de que hace objeto a los progenitores extramatrimoniales en relación con los ligados por vínculo matrimonial. No existen razones tan fundadas o consistentes como para negar la legitimación en función de la existencia o no de un vínculo conyugal, en perjuicio del progenitor no casado, por más que se diga que éste posee una serie de medios puestos especialmente a su alcance, para lograr la investidura jurídica de un vínculo que el derecho ignora. Lo inexacto de esta afirmación ya lo hemos puesto de relieve, pero interesa ahora fundamentalmente pararse a pensar sobre la idea que subyace en todo este variado sistema de establecimiento de la filiación, que hace distinguos

por razón del matrimonio de los progenitores. En lo más íntimo de la mente del legislador y, en general, de la mayoría de los intérpretes, subsiste la convicción de que por un lado, la relación paternofilial extramatrimonial es "diferente", tiene poco que ver con la que se origina en el núcleo de una familia basada en el matrimonio, esto es (aún) legítima, y, por otro, que la filiación, es decir, el lazo jurídico que une por igual a dos personas, es algo que compete, si no exclusivamente, sí, al menos, de forma preferente al hijo; como si el derecho que tiene el hijo a que se declare legalmente su filiación no corriese paralelo con el que detenta el padre a que conste del mismo modo su paternidad. El día que sepamos ver la razón de ser última de las relaciones humanas, habremos encontrado la clave que nos permita solucionar los problemas que ahora se nos plantean.

La legitimación concedida a los padres les faculta para actuar de forma conjunta o de forma aislada, a cada uno de ellos, y para reclamar indistintamente la filiación paterna o materna sin

que tenga por qué haber correspondencia entre la cualidad del progenitor accionante y la de la filiación reclamada.

1.1.3.-El ejercicio de las acciones de reclamación por los herederos.-

Junto con las reglas específicas de atribución de legitimación activa en los procesos de reclamación de la filiación a unos sujetos perfectamente determinados en razón de sus propias cualidades personales --padre, madre, hijo-- o de los intereses legítimos que ostentan, el Código prevé otras por medio de las cuales se permite que los herederos, quienes en principio no estaban llamados a actuar, lo hagan, tomando las riendas de una acción que se ha quedado sin titular después de haber sido puesta en marcha, o iniciándola en unos casos muy concretos detallados en la ley.

No debe entenderse que, con tal licencia, se produce de modo rotundo y definitivo una quiebra del principio de "intransmisibilidad" que caracteriza, según ha venido poniendo tradicionalmente de manifiesto la doctrina (597), a

las acciones de filiación, en cuanto acciones de estado. El legislador ha querido evitar conscientemente cualquier referencia a aquel término ("transmisión") en el texto del articulado (598), y ha actuado, al hacerlo, de un modo loable. La noción de "trasnmisión" supone que el titular de la acción puede ceder su ejercicio a quien quisiera y que el nuevo cesionario ostenta "iure proprio" el derecho a hacer uso de la acción en el lapso de tiempo que deseara --dentro del término marcado por la ley, si existe-- y a transmitirlo, a su vez, de nuevo a un tercero, y así sucesivamente. Tal solución no es la deseada por el Código que, cuando acude al heredero para asignarle el ejercicio de la acción, lo hace o bien con objeto de procurar la prosecución del pleito una vez iniciado --art. 130-- , produciéndose una especie de "sucesión en el proceso" (599), o bien con el ánimo de que no quedara aquélla sin ser, al menos, intentada, supliéndose de este modo una tarea que el hijo, de haber vivido, quizás hubiera asumido --arts. 132-2° 133-2°-- . Ahora bien, conviene precisar que, a pesar de que ni en caso ni en otro hay transmisión en sentido estricto de la acción a los herederos,

puesto que éstos no la reciben formando parte del patrimonio hereditario, sino, más bien, una atribución directa de la misma producida por ministerio de la ley, como sostiene CICU (600), en realidad existe una suerte de transmisión indirecta de la acción que opera por medio de la institución hereditaria. Basta con que el titular de aquélla nombre heredero a un sujeto, con la única finalidad de que prosiga su acción de reclamación, para que ésta cambie de manos merced a un procedimiento plenamente amparado por la ley. Se observa, pues, un cierto poder de disposición del titular sobre la acción, ligado a un poder de disposición "mortis causa", puesto que la cualidad de heredero se convierte en el presupuesto necesario de dicha actuación (601), circunstancia que no se produciría si los llamados a actuar fueran los parientes (602).

La natural comprensión de las normas en la que la referencia a los herederos se recoge, demanda precisar en qué categoría de herederos está pensando el legislador y cuál es la naturaleza de la función que están llamados a cumplir.

1.1.3.1.- Alcance de la expresión
"herederos".-

El que se configuren las acciones de filiación como una facultad personalísima del individuo, unida de forma inseparable a su propio estado, no implica que necesariamente se hayan de extinguir por la muerte de su titular. Lo que se pretende es que ésta no sea obstáculo para un satisfactorio cumplimiento de la voluntad (expresa o presunta) del causante y por esta razón se faculta a unas personas determinadas para que pongan término a lo que aquél no estuvo en condiciones de llevar a cabo, actuando como una especie de tutores de la personalidad incorpórea del titular difunto de la acción (603).

Presupuesto lo dicho, no hay por qué entender que cuando el Código civil habla de "herederos" esté empleando el término en su acepción más estricta, sino, más bien, en el sentido de "sucesor", y cabría, por tanto, sostener que las acciones pueden ser ejercitadas, además de por los herederos en sentido propio --testamentarios y "ab intestato"--, por los

legitimarios a quienes no se hubiese instituido herederos (604) y por los legatarios (605).

Pero, de todo ellos, ¿quiénes?, ¿los que llegasen a serlo si prospera la acción, o los que ostentan tal cualidad, que perderían en el caso de que ello sucediera? En principio, todos pueden (606), pero hay que pensar que no van a actuar quienes, resultando beneficiados por el título hereditario, pierdan sus derechos a la herencia con la nueva situación familiar que resulte. Por lo tanto, lo harán quienes no vean alterada su posición con respecto al caudal hereditario, es decir, quienes sean herederos en todo caso (607), y quienes puedan llegar a serlo de consolidarse el nuevo estado.

1.1.3.2.- Supuestos en que están llamados a actuar.-

1.1.3.2.1.- Continuación de la acción ya entablada.-

El Código hace una primera referencia a los herederos al otorgarles la facultad de proseguir las acciones de reclamación (también de

impugnación) que la persona, de quien hacen derivar su título, dejó pendientes a causa de su muerte. Así lo dice el art. 130 Cc.: "A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas".

El precepto emplea la expresión "actor" a secas, sin precisar a quiénes hemos de considerar incluidos bajo tal denominación. Creemos, sin embargo, que, a pesar de alguna opinión aislada en contrario (608), actor, a estos efectos, lo serán el hijo, el padre, la madre o cualquier persona que ostente un interés legítimo (art. 131-1°), siempre que estén legitimados "iure proprio" y no actúen como representantes legales --art. 129-- o herederos, a su vez, del hijo, en las condiciones que marca la ley -arts. 132-2° y 133-2°--, o de cualquier otro actor --art. 130--. Es decir, ni los herederos de los herederos que pueden continuar las acciones del actor, ni los herederos de los herederos del hijo que tienen facultades para iniciar las, ni los herederos de los representantes legales del hijo menor de edad o incapaz, sino,

únicamente, los herederos de los legitimados de forma personal y directa por la ley.

La acción se entiende entablada desde que se presenta la demanda y hasta que el proceso quede definitivamente extinguido; si ha recaído sentencia, pero ésta es recurrible, continúa abierta a los herederos la posibilidad de proseguir la acción (609).

1.1.3.2.2.- Iniciación de la acción que corresponda al hijo.-

Los herederos, junto con la facultad, ya apuntada, que la ley les concede para continuar la acción a la muerte de su titular, pueden promover por sí mismos las acciones de reclamación en dos supuestos bien diferenciados: cuando exista posesión de estado, como cualquier interesado legítimamente, o, en ausencia de aquélla, los que lo sean del hijo en unos casos taxativamente descritos en el Código. Este último supuesto, que es el que resta por examinar, es el descrito de un modo prácticamente idéntico (610) en el segundo párrafo de dos artículos, el 132, dedicado a la

filiación matrimonial, y el 133, referido a la no matrimonial. En ellos se dice que si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

La descripción del supuesto de hecho que ha llevado a cabo el legislador de 1981 resulta incompleta. A nuestro entender, falta el presupuesto fundamental de la norma, esto es, la inactividad del hijo, que es lo que abre la vía para que se ejerciten por él la acción sus herederos, porque parece impensable que, habiendo aquél promovido el establecimiento judicial de su filiación, puedan insistir de nuevo en ello sus herederos si se produce su fallecimiento en los términos fijados por la ley. Tal posibilidad, que resulta imosible que pueda producirse si el hijo obtuvo con anterioridad el pronunciamiento judicial, por el impedimento que suponen los preceptos relativos a la presunción de cosa juzgada

--dictados con carácter general (611) o concebidos en sede de filiación (612)--, habría que admitirla sin ninguna reticencia si el hijo, una vez entablada la acción, hubiese dejado caducar la instancia, efecto procesal que no extingue la acción, la cual podrá intentarse de nuevo si no hubiere prescrito con arreglo a derecho (613). Parece lógico pensar, contra la literalidad de los preceptos, que el Código no desea que los herederos ejerciten la acción cuando el causante muestra, de forma tan evidente, su intención de no hacerlo (614).

La acción corresponde a los herederos --a tenor de lo que disponen los mencionados arts. 132 y 133-- en dos únicos (615) supuestos, que son los siguientes:

a) Cuando "el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad". ¿Cuándo ha de entenderse que el hijo ha alcanzado plena capacidad, a los efectos de iniciar el susodicho cómputo?. Si se encontraba en situación de incapacidad, el término empezará a correr desde el momento en que recupere la

capacidad de obrar, pero si la incapacidad se produce como consecuencia de la menor edad del hijo, surge la duda de si la plena capacidad en cuestión se obtiene únicamente con la mayoría de edad o si es suficiente haber logrado la emancipación, por cualquier causa (matrimonio, concesión de los que ejercen la patria potestad o concesión judicial --art. 314--, o vida independiente --art. 319--) para entender que se cumple así el presupuesto que el Código establece para el ejercicio de la acción por los herederos.

La doctrina, en ausencia de una deseada concreción legal de la expresión (616), se encuentra dividida, porque hay autores que estiman que aquélla se consigue con la emancipación (617), mientras que otros apuntan la idea de que es preciso alcanzar la mayoría de edad para que se abra el plazo (618). En puridad, la emancipación no confiere al menor la facultad de realizar todas las actividades que conforman el tráfico jurídico, porque hay algunas que le están vedadas (619), aunque se declare que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera

mayor, y que podrá por sí solo comparecer en juicio. Sin embargo, del espíritu que informa esta institución en el Código civil podemos extraer la conclusión de que el emancipado goza, con carácter general, de plena capacidad, sin perjuicio de que para actuaciones concretas aquélla resulte insuficiente y deba ser completada. Podría sostenerse, en consecuencia, que, a los efectos previstos en los arts. 132 y 133, el plazo de cuatro años comienza a correr a partir del momento en que se obtiene la emancipación, sin que sea necesario esperar a los 18 años.

b) En el caso de que el hijo hubiese fallecido durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda. Las pruebas, que pueden ser de cualquier clase (art. 127) siempre que sean idóneas para servir de base a la pretensión que se deduzca, han de manifestarse en un período de tiempo en que el hijo sea plenamente capaz, como sostiene PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, (620), o porque, de lo contrario, la acción correspondería al representante legal o al Ministerio Fiscal, en

virtud de lo dispuesto en el art. 129, como ya hemos visto (621).

1.2.- Lado pasivo.-

El Código soslaya, por la cómoda vía del más completo silencio, toda la problemática inherente a la legitimación pasiva en las acciones de reclamación, quizás porque entiende que, así como para promoverlas es preciso estar específicamente facultado para ello, ya sea por ostentar un título personal propio, ya sea por actuar como representante de intereses ajenos, para ser blanco de las mismas no haga falta, sin embargo, más requisito que el de formar parte, de forma cierta o presunta, de una determinada relación paternofilial.

Gozarán de legitimación pasivo aquellos individuos respecto de los cuales el demandante --o la persona por quien éste actúa-- desea obtener la cualidad de padre o de hijo. Como dicen DIEZ-PICAZO y GULLON, "la legitimación pasiva deben ostentarla necesariamente los sujetos de la filiación que se reclama que no tengan la cualidad de demandantes"

(622), dejando bien entendido que la relación de filiación vendrá constituida en muchas ocasiones tan solo por el hijo y el presunto progenitor, como será el caso de una reclamación de filiación materna no matrimonial, y en otras se verá también inmiscuído en el pleito el progenitor, por ejemplo, si se reclama una filiación paterna matrimonial (623). La acción se dirige contra los interesados o, en su defecto, contra sus herederos, habrá que entender que aunque renuncien a la herencia (624), porque, si no, ¿cómo podría el hijo, de otro modo, hacer que se declarase su filiación en la hipótesis en que todos los herederos hubiesen renunciado a la sucesión? (625).

2.- El tiempo y su influencia en el ejercicio de las acciones

2.1.- Cuestiones preliminares.-

Tradicionalmente se ha venido manifestando en nuestro país una corriente de opinión que se caracteriza por sostener, como un axioma jurídico, el principio de imprescriptibilidad de las acciones de filiación y, en concreto, de las de reclamación.

Tal corriente se apoya en un triple fundamento: a) en la doctrina, que mayoritariamente sigue esta tesis (626), b) en la jurisprudencia, que se ha pronunciado reiteradamente sobre el parecer (627) y c) en los propios preceptos legales, que anuncian, con carácter general, la no prescriptibilidad de aquello que está fuera del comercio humano (628) y, con carácter específico, de las acciones de reclamación en algún caso concreto (629).

Ahora bien, calibrar al completo la trascendencia del mencionado principio exige realizar una serie de matizaciones al respecto, tarea a la que nos vemos animados por las opiniones de algunos autores vertidas sobre este punto concreto.

La idea comunmente admitida de que las acciones de filiación son imprescriptibles, ha sido sometida a crítica recientemente por un sector minoritario de la doctrina, representado por SANTOS BRIZ y DE LA CAMARA, que entienden que no puede predicarse tal característica, sin más, de aquéllas, a la vista de la propia disciplina de las

acciones y de la regulación del instituto de la prescripción en el Código.

El primero de ellos (630) centra su argumentación en una peculiar interpretación del art. 1.936 del Cc. Las acciones de filiación sí forman parte de un cierto comercio "lato sensu", al menos --dice-- "a efectos de determinar la condición de las personas en la sociedad y las consecuencias de todo orden que de esa condición derivan". No compartimos esta opinión. Si la interpretación del art. 1.936 que realiza SANTOS BRIZ fuese correcta, y debiera entenderse por "comercio" --a los efectos de poder dilucidar si entra o no en juego la figura de la prescripción-- todo tipo de trato o relación humana, ampliamente considerado, a lo que llegaríamos sería a una desvirtuación total de dicho precepto --1.936-- porque no habría nada que no fuera susceptible de tráfico y, por ende, todo sería susceptible de prescripción.

Por su parte, DE LA CAMARA (631) rechaza la aplicación del principio de imprescriptibilidad a las acciones de filiación, al partir del propio

concepto del término "prescripción". "Un derecho (o una acción) --sostiene-- no prescriben cuando es posible ejercitarlos siempre; relativamente a las acciones de filiación, la imprescriptibilidad comportaría que tanto el primer titular como sus herederos (o los herederos de los herederos y así hasta el infinito) podrían ejercitarlas indefinidamente. Y no es esto, ciertamente, lo que acontece. El principio de intransmisibilidad "mortis causa" de dichas acciones ...no obstante admitir excepciones...constituye un factor limitativo de primer orden, al que pueden añadirse otros". Creemos acertada la opinión de este autor. Cuando el Código dice que la acción de reclamación de la filiación matrimonial es imprescriptible, únicamente quiere expresar que cada uno de los actores --padre, madre, hijo-- gozan de la posibilidad de hacer uso de la facultad que les confiere ese art. mientras vivan, no que aquélla persiste siempre inmutable mientras no se ejercite.

Lo que no parece ofrecer duda es cuál sea la auténtica naturaleza de los plazos fijados, en algunos casos --pues no siempre la ley los ha

previsto--, como límites temporales más allá de los cuales no es posible promover el establecimiento judicial de la paternidad. Está generalmente admitido que tales plazos son de caducidad (632), postura que corre paralela con la opinión de la doctrina más autorizada que entiende que aquélla se aplica a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, tenga o no carácter patrimonial (633), es decir, facultades de modificación jurídica (634).

2.2.- Análisis de los concretos plazos.-

El legislador de 1981 ha querido poner un límite al ejercicio de las acciones, circunscribiéndolas a unos determinados plazos de tiempo que no responden a ningún esquema general (635), sino que son de duración variable, establecida en función de la persona que resulte procesalmente legitimada para entablar la acción respectiva, la cual gozará, como máximo, de un lapso de tiempo idéntico al que alcance su propia vida.

Los plazos que marca el Código son los siguientes:

1.- Si quien reclama es el hijo, el padre o la madre, el plazo que la ley les concede es muy amplio, porque dura lo mismo que su propia vida. Así lo dice el primer párrafo del 133, empleando esa misma expresión que equivale, en este punto, como hemos dicho anteriormente, a decir que la acción es imprescriptible, término recogido en el 132, párrafo primero.

Si el padre o la madre actúan no por sí mismos, como legitimados directamente, sino como representantes legales de su hijo menor o incapaz, la posibilidad de que disfrutan para entablar la acción no se prolongará --al menos, no necesariamente-- durante toda su vida, porque la cualidad de demandantes la ostentarán mientras el hijo permanezca en situación de minoría de edad --nunca más allá de los 18 años, conforme a la regulación actual (636)-- o en situación de incapacidad, que cesará tan pronto como cese la causa que la motivó.

2.- No tan fácil resulta precisar cuál sea el plazo durante el cual pueda ejercitarse una acción declarativa de filiación, puesto que el Código guarda silencio en este punto. Los autores, salvo alguna aislada excepción (637), sostienen que no está sometida a plazo alguno, ni de prescripción ni de caducidad (638), y quizás sea ésta la postura más lógica si mantenemos --como creemos que así debe ser (639)-- que la acción contemplada en el primer párrafo del art. 131 es la misma que la que recogen los arts. 132 y 133, con la especial razón de ser de servir de vehículo legitimador a quienes de otro modo difícilmente podrían ejercitar una acción de estado: los interesados legítimamente en la determinación de una filiación. Podría objetarse, con todo, que, si bien la acción es la misma, la declaración de "imprescriptibilidad", en el sentido dado por el Código, se otorga en tanto en cuanto aquélla se ejercita por el padre, la madre o el hijo exclusivamente, pero por nadie más, y que, por lo tanto, la acción entablada por cualquier otra persona debería ceñirse a un plazo más corto. No encontramos, empero, fundamento alguno que permita sostener tal distinción. En

consecuencia, cada interesado gozará de legitimación durante toda su vida, mientras se mantenga la constante posesión de estado de la filiación que se reclama y mientras subsista su legítima expectativa.

3.- Los herederos del hijo gozan de unos plazos mucho más reducidos para ejercitar la acción, plazos que juegan lo mismo para la filiación matrimonial --art.132-2°-- que para la no matrimonial --art. 133-2°-- . Los términos se señalan en función de dos supuestos de hecho con perfiles propios --pero no son excluyentes, porque pueden producirse las dos situaciones a un tiempo--, a saber:

a) Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la plena capacidad (640), los herederos podrán entablar la demanda en un lapso de tiempo igual al que resta para completar los cuatro años. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS estima que los cuatro años no es necesario que transcurran de forma ininterrumpida, es decir, en el caso de que hubiera períodos sucesivos de capacidad e incapacidad, los cuatro

años se computarían sumando los distintos momentos en que el hijo se hubiera encontrado en situación de plena capacidad (641). Desde un punto de vista formal creemos que puede defenderse tanto esta postura como la que exigiera el transcurso del citado período de tiempo de un modo continuado, sin fisuras ni interrupciones, ahora bien, el espíritu y la propia dicción literal del precepto parece abonar esta segunda postura, que es por la que nosotros nos inclinamos: los cuatro años han de correr desde que se alcanza la plena capacidad por última vez.

b) El segundo supuesto funciona del mismo modo, pero el periodo de referencia es más breve --un año-- y el momento a partir del cual se cuenta es desde la aparición o el descubrimiento de pruebas en que se funde la demanda. Si el descubrimiento se produce una vez fallecido el hijo, los herederos no tienen acción (642).

Decíamos que los dos supuestos de hecho no son excluyentes sino que pueden superponerse, quedando subsumido el plazo de uno en el del otro. Pensemos en el caso de que las pruebas se hallen

una vez que el hijo hubiera alcanzado la plena capacidad pero antes de transcurrir cuatro años. Si con posterioridad éste muere, sus herederos dispondrán de la posibilidad de actuar durante el período de tiempo que tarde más en extinguirse.

Por último, creemos que no es muy correcto fundamentar la particular legitimación de los herederos en una presunción de renuncia de la acción por el causante, que se deduciría de su falta de actividad en los lapsos marcados por la ley (643). Si el hijo goza de la facultad de interponer la acción durante toda su vida, el que no lo haga en un tiempo concreto no puede ser tomado como índice indicativo de una presunta voluntad de no hacerlo nunca. El Código ha elegido este sistema de fijar el tiempo de actuación de los herederos como podría haber escogido otro cualquiera.

2.3.- Las Disposiciones Transitorias de la ley de 13 de Mayo de 1981.-

Con la finalidad de ofrecer una solución a las distintas cuestiones de derecho intertemporal

que se suscitan como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva ley de reforma del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, de fecha 13-V-1981 (645), el legislador ha creído conveniente dictar a tal efecto una serie de Disposiciones Transitorias, once en total, de las cuales las siete primeras están destinadas a resolver aspectos de derecho transitorio relacionados con la filiación. A la primera lectura de las mismas se vislumbra que lo que se pretende con ellas es primar, en la medida de lo posible, la aplicación del nuevo orden jurídico, más acorde con el sentimiento general de justicia imperante en la sociedad actual y con los postulados del texto constitucional (646) que la regulación originaria del Código civil.

De las siete Disposiciones que hacen referencia a la filiación, únicamente tres guardan relación con las acciones de reclamación: son la 3, la 6 y la 7, y conviene indicar que se aplican sólo en los supuestos de determinación judicial de la filiación, y no cuando se trate de determinar ésta

en virtud de expediente registral (647). Su examen permite extraer las siguientes conclusiones:

a) Si el nacimiento del hijo se produce después de la entrada en vigor de la ley, los contenciosos sobre la filiación que se susciten se someterán a las prescripciones y formalidades que aquélla disponga. Su aplicación es consecuencia directa de los efectos que produce desde su vigencia y no hay, por tanto, en este supuesto de hecho, cuestión jurídica alguna que pueda conceptuarse como de derecho transitorio.

b) Puede ocurrir que el nacimiento se haya producido también con anterioridad a la entrada en vigor de la ley de 1981, y que, siendo controvertida la condición jurídica del nacido, se haya entablado pleito sobre tal extremo. Si mientras se encuentra la causa pendiente de resolución se produce esa mutación en el derecho sustantivo que resulta de aplicación al caso, no queda más remedio que acudir a las Disposiciones Transitorias que estamos examinando para conocer cuál es la incidencia de la nueva regulación respecto de la situación creada al amparo de la

legislación anterior. Y lo mismo habrá que hacer si la acción no se ejercitó en su momento y quiere ejercitarse ahora.

Lo que preceptúan dichas Disposiciones es lo siguiente:

1.- Si alguno de los interesados principalmente --esto es, el presunto progenitor o el presunto hijo-- ha fallecido, habrá que aplicar indefectiblemente la disciplina jurídica de las acciones que preveía el Código antes de ser reformado, por mandato directo de la Disposición Transitoria 7: "Las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieren fallecido al entrar en vigor la presente Ley". El verdadero significado de esta norma creemos que ha sido completamente cercenado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20-XII-1982. Este alto Tribunal entró a conocer en un supuesto de reclamación de paternidad extramatrimonial que había iniciado la presunta hija natural de un sujeto, ya fallecido, cuyos derechos hereditarios pretendía la actora. A tenor de lo dispuesto en el

primitivo art. 137 del Cc. la acción había caducado por el transcurso del plazo fijado en el primer párrafo del mismo, y, conforme con este dato, tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Territorial de Sevilla y el Tribunal Supremo (en sentencia de 8-IV-1982, Ar. 1941) desestimaron la pretensión contenida en la demanda, aplicando escrupulosamente la legislación original del Código en esta materia. El Tribunal Constitucional concedió, sin embargo, el amparo solicitado alegando que la vigencia inmediata de la Constitución en este tema --en el momento en que el pleito se estaba sustanciando-- impedía que prosperase cualquier tipo de discriminación por razón de la filiación, desconociendo así, de paso, la literalidad de la propia Disposición Transitoria 7 (648).

2.- Las acciones duran el período de tiempo marcado originariamente por el Código, salvo que, para ese mismo supuesto, la redacción actual prevea unos plazos más amplios. Así lo ordena la 3 de las Disposiciones en cuestión: "Las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la

legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieran mayor plazo". Estamos de acuerdo en entender con DE LA CAMARA (649) que la prórroga del plazo únicamente es posible si la acción no ha caducado previamente (650), y que lo dispuesto en esta Disposición no obsta para que, en lo demás, se siga lo preceptuado en la Disposición 7 (651).

c) Tampoco tendría, en principio, ninguna incidencia la nueva regulación en el caso de que la acción se hubiera ejercitado con anterioridad y hubiera dado lugar a una sentencia firme (sin perjuicio de que cupiera o no recurso de revisión). El principio del respeto a la cosa juzgada ha de surtir efectos con independencia de un cambio legislativo que reglamente con una nueva filosofía la materia, y que está consagrado con carácter general para las cuestiones relativas al estado civil en el art. 1.252, párrafo 2° del Cc. (652), y con carácter específico para las acciones de reclamación de la filiación en el segundo párrafo del 134 (653). Lo que se pretende evitar con este principio --que ha tenido defensores y detractores

(654)-- es que se esté cuestionando, continuamente y en detrimento de la seguridad jurídica, la filiación que corresponde a un sujeto. Desde el momento en que, conforme a la legislación vigente, se determine una filiación por vía judicial, la situación fijada en la sentencia deviene inamovible y no podrá pretenderse la reclamación de otra distinta, ya sea directamente, ya sea mediante la impugnación de la que consta y ulterior reclamación de otra (655).

No obstante lo expuesto, el legislador de 1981 ha preferido establecer una excepción a la "cosa juzgada" basándose en razones de equidad (656). En el deseo de equiparar en igualdad de oportunidades a aquellos que, por razones obvias, no pudieron disponer, para la defensa de sus pretensiones, de los medios que la ley posibilita ahora, la Disposición Transitoria 6 proclama que "las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva". Con todo, la posibilidad de ejercitar la acción de nuevo sólo podrá llevarse a

cabo por persona con legitimación suficiente y siempre que no hubiese caducado (657).

NOTAS AL CAPITULO VI

(560) Que se separa en este punto del resto de los Ordenamientos europeos.

(561) Vid. DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema, 1985, op. cit., pág. 347

(562) Vid. ROYO MARTINEZ, op. cit., pág. 253

(563) Entre los españoles, cabe citar a CLEMENTE DE DIEGO, F. Instituciones de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia. Ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros. Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, pág. 624. DE BUEN, D., anotaciones al Curso elemental de Derecho Civil, de COLIN, A. y CAPITANT, H., T. III, Teoría General de las Obligaciones, 2º ed. española revisada y puesta al día por M. Batlle. Reus, Madrid, 1943, pág. 150. ZORRILLA RUIZ, M., anotaciones al Derecho Civil de CARBONNIER., op. cit., págs. 293 y 394 y 395.

(564) "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho".

(565) "Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél".

(566) Vid. supra, pág. 108

(567) Vid. "Las acciones de filiación y la acción subrogatoria", loc. cit., págs. 29 y ss.

(568) Vid. "Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria", loc. cit., págs. 1.116 y ss.

(569) ESPIN ofrece dos tipos de razonamientos en este sentido. Por un lado, para destruir la presunta analogía entre el art. 1.111 y el 1.001, ya que --dice-- "media entre ambos casos la siguiente notable diferencia: en el caso de deudor que no acepta la herencia perjudicando con su renuncia a los acreedores, éstos aceptan en nombre del deudor, basándose en una cualidad, la de heredero, que ya existe, sin que dicha condición sea objeto de discusión alguna; en cambio, cuando la herencia haya de ser reclamada demostrando previamente la cualidad del hijo legítimo del deudor, es menester resolver una cuestión de estado, siquiera sea en vía incidental, y demostrar la filiación legítima del deudor, porque dicha filiación no resulta previamente establecida". Otra razón podría añadirse a la expuesta: "si el acreedor tuviese poder para hacer declarar el estado correspondiente a su deudor... habría que concluir que el deudor se hallaba casi totalmente sujeto a la voluntad del acreedor, lo que pugna con el concepto moderno de la obligación". Loc. cit., págs. 38 y 39.

(570) Loc. cit., pág. 39.

(571) Loc. cit., pág. 1.117.

(572) Parte de la doctrina española actual se inclina por interpretar la regla de legitimación del art. 131 en un sentido muy amplio, concibiéndola como si estuviese dirigida a favorecer fundamentalmente un interés económico y subsidiariamente un interés moral o afectivo (Vid. RIVERO HERNANDEZ, op. cit., pág. 45. MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., pág. 95. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO, op. cit., págs. 632 y 665. DIEZ-PICAZO y GULLON, últ. op. cit., pág. 347), aunque, en último término quede en manos de la jurisprudencia precisar el alcance último de la controvertida expresión (así DIEZ-PICAZO y GULLON: "Es probable que la jurisprudencia ... introduzca matizaciones y correcciones para que no pierdan las acciones de filiación... su carácter eminentemente personal e íntimo que luce en el art. 130, por ejemplo, aplicable con carácter general. Sería absurdo reconocer la legitimación activa de un

tercero cuando el hijo que está en la posesión de estado no ejercita la acción contra el padre, viviendo ambos". Ibidem).

(573) "En nuestra opinión -dice SERNA MEROÑO, op. cit., pág. 313--, no bastará con la existencia de un interés eventual, futuro, sino que será necesario que dicho interés sea actual y de satisfacción inmediata al producirse la determinación legal de la filiación".

(574) Preocupación compartida por alguno de los congresistas en el curso de los trabajos parlamentarios. Vid. la justificación a la enmienda n° 480 al Proyecto, interpuesta por el Grupo Centrista UCD ("No puede admitirse la generalidad de 'cualquier persona con interés legítimo' en cuestiones familiares íntimas; supondría, por ejemplo, extender ese derecho a los acreedores del hijo"), o la relativa a la n° 119 firmada por el Grupo Parlamentario UCD en el Senado --B.O.C.G. de 24-II-19. (La solución --del 131.1-- es inadmisibile. En una materia que tan de cerca atañe a la intimidad de la persona, y que tan graves trastornos puede causar a la estabilidad de la familia (confróntese artículos 18.1 y 39.1 de la Constitución) se debe ser forzosamente restrictivo al conceder la legitimación activa para reclamar la filiación.//. ¿Cómo permitir que si el presunto padre, pese a la posesión de estado, no ha reconocido al hijo, ni éste intenta la acción para reclamar su filiación pueda un tercero --incluso en vida de los dos protagonistas-- inmiscuirse en un asunto que, en principio, sólo compete a ellos?. Las dificultades que comporta de suyo la concreción de la ambigua expresión "cualquier persona..." suben de punto si, como se ha dicho el hijo y el presunto progenitor, situación en la cual es muy problemático detectar ningún interés legítimo actual. No es difícil imaginar hasta qué punto el art. 131 del proyecto abre la puerta a reclamaciones cuya finalidad sea la extorsión"). Por parte de la doctrina, Vid. PEREZ FERNANDEZ, loc. cit., pág. 463 y fundamentalmente, DE LA CAMARA, op. cit., págs. 588 y ss.

(575) SANTOS BRIZ, op. cit., pág. 353, recoge una sentencia del Tribunal Supremo, de 25-VI-1955 (art. 2311), en la que se niega a la abuela natural la legitimación para ejercer una acción de reclamación de filiación no matrimonial, habiendo muerto el padre del hijo menor, pero conservando éste madre. Las conclusiones que se pueden extraer de la citada resolución han de ser correctamente valoradas en la actualidad. Las normas jurídicas que regulan la legitimación han variado, pero quizás pudiera servir de fundamento a la hora de fijar un posible orden de prelación en el ejercicio por parte de los parientes, si se estimase conveniente.

(576) Hubiese sido una redacción más correcta la propugnada por el Grupo Socialista en la enmienda n° 288 al Proyecto; el texto sustancialmente era el mismo, pero mejorado: "Se exceptúa tal legitimación en el supuesto de que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada".

(577) Tal es el parecer también de otros autores: SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 632. MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit., pág. 96 y "La posesión de estado en la filiación". La Ley, 1982, (3), pág. 767, artículo en el que repite lo mismo que dice en la primera obra y GARCIA ZARANDIETA, loc. cit., pág. 7

(578) "La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1° Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2° Por sentencia firme".

(579) "La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1° Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 2° Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil 3°. Por sentencia firme. 4° Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil".

(580) Art. 132-1º: "A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo". Art. 133-1º: "La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida".

(581) Aunque en algún ordenamiento tal legitimación no se halla siempre explícitamente afirmada; vr. gr. en el francés, en lo relativo a la filiación legítima, si bien, no por ello la solución deja de ser la misma, "pues se corresponde con la definición misma de la acción y los textos se construyen sobre esta implícita hipótesis", CHAMPENOIS, "Filiation légitime, J.Cl. Civil, op. cit., (17). Vid. sin embargo, los arts. 340-2 del Code francés; 249 y 270 del italiano; 1.814, 1.869 del portugués, etc.

(582) En el mismo sentido, Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., pág. 961.

(583) Cfr. el 2º párrafo del art. 323.

(584) Vid. ALONSO PEREZ., M. "Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del derecho de familia". La Tutela de los derechos del menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil. Ed. preparada y dirigida por J.M. González Porras. Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Editado por la Junta de Andalucía. Córdoba, 1985, págs. 42 y 43 y la bibliografía que allí se cita. En contra ALBALADEJO, op. cit., pág. 250.

(585) "Aunque parezca una obviedad --se decía en la motivación de la enmienda--, el término que se propone es más preciso técnicamente, pues no deja lugar a dudas sobre la necesidad de que exista una declaración judicial de incapacidad".

(586) ALBALADEJO, op. cit., pág. 251.

(587) Al representante legal, y no al voluntario. "Con la naturaleza de ciertos actos

del derecho de familia --dicen PEREZ GONZALEZ Y ALGUER en su traducción y anotaciones al tratado de Derecho Civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Parte General por ENNECCERUS, Vol. 2°. Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos. Pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos. Ed. Bosch, Barcelona, 1944 pág. 239-- choca la idea de representación y aunque no siempre se rechaza por el Código civil ha de procederse con cautela antes de admitir su eficacia, pues la mayoría de los derechos del orden familiar son potestades o funciones, que se basan en deberes de carácter personalísimo y sería contrario a la finalidad de la ley que los otorga e impone, admitir la delegación del ejercicio de esos derechos-deberes ". En el mismo sentido se pronuncia CICU, La Filiación, op. cit., pág. 163.

(588) Op. cit., pág. 560.

(589) Dice RUIZ VADILLO que el Fiscal "jamás podrá ser parte, en sentido material. La parte es parcial por naturaleza; el Fiscal es esencialmente imparcial. Por lo tanto, no comprendemos cómo puede el Ministerio Fiscal ejercitar las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz (art. 129 y 137-2° Cc.) cuando al hacerlo se convierte en parte material y formal. En estos casos lo que el Fiscal debiera hacer es proveer para que el menor o incapaz tenga su adecuada representación y defensa, no representar y defender él, porque al hacerlo se contradice su propia naturaleza y pone o pueden ponerse en peligro los intereses del patrocinado precisamente por su vinculación a unos principios que no son lo que, con total ortodoxia, rigen la actuación de los Abogados". "Filiación, patria potestad...", loc. cit., pág. 19.

(590) La misma idea aparecía recogida en el art. 2-5° del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21-VI-1926. RAMOS MENDEZ dice que la representación del Ministerio Fiscal es subsidiaria y transitoria, interviene en tanto en cuanto la parte no tiene otro representante legal y, de inmediato, debe promover la designación de dicho representante en

favor de la persona que lo necesita, cesando automáticamente su intervención. Tomo I, 1985, pág. 217. Estamos completamente de acuerdo con esta opinión siempre que por ausencia de representación legal se entienda también imposibilidad de actuación por su parte.

(591) Cfr. el art. 133.

(592) Como es el caso de SERNA MEROÑO, op. cit., pág. 338, quien sostiene que "parece lógico que faltando posesión de estado, el legislador haya considerado oportuno conceder sólo legitimación activa al hijo, puesto que tratándose de filiación no matrimonial, en principio, tanto el padre como la madre pueden establecer su propia paternidad o maternidad a través del reconocimiento. Para el caso de que el reconocimiento no pueda realizarse por faltar algún requisito de los establecidos en la ley, dado que la falta de posesión de estado denota que el padre o la madre no ha demostrado el mínimo interés hacia su hijo, el legislador valorando negativamente esta circunstancia, no concede legitimación activa ni al padre ni a la madre para poder ejercitar la acción de reclamación de su paternidad o maternidad ". Vid. también, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., pág. 979, que no hace, sin embargo, ninguna valoración al respecto.

(593) La atribución de legitimación exclusivamente al hijo para reclamar una filiación matrimonial o natural suele ser la regla general en derecho comparado: art. 340-2 del Code francés, art. 270 italiano, art. 1.869 portugués; lo mismo ocurre en el derecho yugoslavo (Vid. PROKOP, op. cit., pág. 55). Existe algún matiz intermedio, como el previsto en el derecho polaco, que otorga legitimación a la madre --junto con el hijo-- exclusivamente durante la menor edad de éste (Vid. CZACHORSKI, op. cit., pág. 68); también en el derecho francés: art. 340-2, 2° párrafo.

(594) "La recherche de...", loc. cit., pág. 337.

(595) Cfr. los arts. 123 y 124. Aunque si el hijo es menor o incapaz, siempre le resta la

posibilidad al progenitor de reconocer en testamento abierto (arts. 694 y ss.).

(596) De la misma opinión participa GARCIA ZARANDIETA, loc. cit., pág. 7.

(597) CICU, op. cit., págs. 161 y ss. Del mismo autor, El derecho de familia. Traducción de S. Sentís Melendo. Estudio preliminar y adiciones de derecho argentino por V. Neppi. Ediar, Buenos Aires, 1947, págs. 402 y ss. LACRUZ BERDEJO, "Algunas consideraciones sobre...", loc. cit., págs. 1.116 y 1.117. ESPIN CANOVAS, "Las acciones de...", loc. cit., págs. 34 y ss. CASTAN, Derecho Civil... T. V, Vol. 2°, 1966, op. cit., pág. 29.

(598) Como lo prueba el hecho de que se modificara la redacción que el Proyecto daba al art. 130 ("A la muerte del actor se transmiten a sus herederos las acciones ya entabladas") por la que actualmente figura en el articulado. El cambio fué debido a hacerse aceptado por la Comisión, en su Dictamen, la enmienda n° 287 propuesta por el Grupo Socialista, que se justificaba afirmando que "las acciones no son transmisibles por herencia".

(599) Como apunta PRIETO-CASTRO, op. cit., pág. 212.

(60) La Filiación, op. cit., pág. 161.

(601) Vid. al respecto, CATTANEO, G. Filiazione Legittima. Trattato di Diritto Civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Pasarelli, Casa editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1961, págs. 78 y ss.

(602) "El legislador --dice VIOLANTE, A. "La filiazione legittima e le azioni di stato", Dir. fam. e pers., 1979, pág. 950-- coherente con el principio de la intransmisibilidad del estado... no ha concedido la acción a los herederos, y por lo tanto, tampoco a personas extrañas a la familia, y al mismo tiempo, en respeto del principio del "favor veritatis", ha consentido el ejercicio de la acción sólo a alguna categoría de familiares que se encuentren en mejor situación de realizar los

intereses de orden público tendentes a atribuir a una persona el estado que le corresponda".

Conceden legitimación a los descendientes, aparte del Código italiano --arts. 249 y 270--, el portugués --arts. 1.818, 1.844, 1873--, la Compilación de Cataluña --art. 4--, etc.

(603) Idea que justifica el ejercicio por los herederos de las acciones dirigidas a proteger el derecho a la intimidad, a la propia imagen y al honor, y que se recoge en la E. de M. de la Ley Orgánica de protección a esos derechos, de 5-V-1982.

(604) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., pág. 966. DE LA CAMARA, op. cit., pág. 566. SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 634. GARCIA CANTERO en CASTAN, op. cit., pág. 127.

(605) Opción defendida por ALBALADEJO, Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones, Vol. 1º Parte General, Lib. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 28. LACRUZ BERDEJO se opone a esta posibilidad porque concibe el legado en su estricta vertiente patrimonial. LACRUZ-SANCHO, Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones, Lib. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 39.

(606) Una cuestión importante es la de determinar la posible relevancia de la voluntad del difunto en orden a precisar la persona que habrá de ejercitar a su muerte las acciones de filiación entabladas o que se puedan entablar en el futuro (aunque esta última posibilidad es poco posible en la práctica). ALBALADEJO contempla y admite las siguientes situaciones: a) que se excluya de la acción a alguno de los herederos (por ej., si se instituyen herederos a los hijos y juntamente con ellos a un pariente más lejano al que excluye de la acción); b) que la deje en manos de un único heredero, con exclusión de los demás (como si les deja a lo que decida un único hermano que le hereda y priva de ellas a los sobrinos que también le heredan; c) que declare que la posible acción no desea que la interpongan sus herederos, y d) que la confíe a un no heredero (por ej., a su cónyuge).

Ult. op. cit., pág. 29. Estamos de acuerdo en conceder al causante este limitado poder de disposición. Lo que el Código pretende es que no queden sin ejercicio estas acciones, (a no ser que conste una voluntad expresa o tácita en tal sentido), y que no queden sin ejercicio ni cuando habían sido ya iniciadas por su titular, ni cuando se crea que las habría entablado aquél, de haber vivido. A nuestro entender es, en suma, indiferente al derecho, aunque no al interesado, la identidad de la persona que va a promover el ejercicio de la acción, siempre que exhiba un justo título.

(607) MANRESA, op. cit., pág. 696.

(608) MARTINEZ-CALCERRADA opina que se refiere exclusivamente al hijo, por la colocación sistemática del precepto, a continuación del art. 129, que está pensado sólomente en él. Op. cit., pág. 89.

(609) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit., págs. 965 y 966.

(610) Aunque no siempre fue así, puesto que en el Proyecto, el art. 133 ofrecía una muy distinta fisonomía a la que luego prosperó: "La acción de reclamación de la filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo y podrá ejercitarse durante su menor edad y hasta que transcurran diez años después de haber llegado a la plena capacidad.//. Aunque hayan transcurrido diez años, podrá también deducir la acción durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda.//. Si el hijo falleciere antes de transcurrir alguno de estos plazos, la acción corresponde a los descendientes por el tiempo que faltare para complementarlo". (Vid. B.O.C.G., de 1-XII-1980).

(611) Cfr. el art. 1.252, 2º párrafo: "En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez y nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceras personas, aunque no hubiesen litigado".

(612) Cfr. el segundo párrafo del art. 134: "No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia".

(613) Cfr. el art. 419 L.E.C.

(614) Esta ausencia de rigor científico es compartida por otros ordenamientos. Vale de muestra el francés, cfr. el art. 311-8 del Code. En otros Códigos se hace mención expresa del requisito referido a la previa inactividad del hijo: cfr. los arts. 249 y 270 del Cc. italiano, o el 1.818 del portugués.

(615) El Código deja sin resolver, aparte de otros, que se nos escapan en este momento, un supuesto que no es extraño que pueda llegar a producirse, cual es el del ejercicio de la acción de reclamación que corresponda al hijo que haya fallecido en edad menor, porque los preceptos que estamos examinando parten de la situación contraria a la apuntada, y el art. 129 presupone ineludiblemente el dato de la existencia del menor para que pueda haber una representación legal sobre su persona. Así como no parece ofrecer problemas la admisión de una demanda firmada en nombre de un "nasciturus" (Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 963), la solución a lo que hemos apuntado no parece tan sencilla. Habrá que esperar, una vez más, a lo que resuelva la jurisprudencia.

(616) Concreción que sí mantienen, en cambio, otros Códigos, como el italiano, que hace expresa alusión a la mayoría de edad (art. 249: "...Si el hijo no la ha propuesto y ha muerto en edad menor o en los cinco años después de haber alcanzado la mayoría de edad, puede ser propuesta por sus descendientes..."), o el francés, que toma como punto de partida tanto la situación de mayoría de edad como la de emancipación (art. 311-8: "La acción que pertenece a un individuo respecto de su filiación no puede ser ejercitada por sus herederos más que si ha muerto siendo menor o en los cinco años siguientes a su mayoría o emancipación").

(617) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. págs. 976 y 977, y DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema, 1985, pág. 349.

(618) MARTIENEZ-CALCERRADA, op. cit. pág. 97. TOME PAULE, loc. cit. pág. 77.

(619) El art. 323 dispone que "la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su tutor.//. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.//. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".

(620) Op. cit. pág. 977.

(621) Vid. supra, pag. 418

(622) Ult. op. cit. pág. 349.

(623) Vid. RIVERO HERNANDEZ, op. cit. págs. 46, y 71 y 72.

(624) Incluso tratándose del Estado --arts. 956 y ss.-- que también conserva la facultad de renunciar los derechos hereditarios. Vid. DE LOS MOZOS, J.L. "La sucesión 'abintestato' en favor del Estado", A.D.C., abril-junio, 1965, pág. 424.

(625) Vid. los MAZEAUD, op. cit. pág. 247.

(626) Vid. ROYO MARTINEZ, op. cit. pág. 253. CASTAN TOBEÑAS, Derecho ..., 1966, op. cit. págs. 30 y 31. DE CASTRO, op. cit. págs. 92 y ss. SANCHO REBULLIDA, op.cit. pág. 614. PEREZ FERNANDEZ, loc. cit. pág. 454. TOME PAULE, loc. cit. pág. 76. RIVERO HERNANDEZ, op. cit. págs. 48 y 77. DE LA CAMARA, op. cit. págs. 944 y 945. MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit. pág. 98.

(627) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 24-V-1956 (Ar. 2437), 19-XI-1959 (Ar. 3991), 19-XII-1960 (Ar. 4103), 23-VI-1961 (Ar.

2742), 4-XI-1961 (Ar. 3634), 5-III-1963 (Ar. 1627), 28-I-1967 (Ar. 419).

(628) Interpretación "a contrario sensu" del art. 1.936: "Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres".

(629) Cfr. los arts. 132-1° y 133-1°, aunque en el primero se diga que la acción "es imprescriptible", y en el segundo que "corresponde al hijo durante toda su vida". La razón de tal diversidad terminológica fue la siguiente. En el Dictamen de la Comisión del Congreso (Vid. B.O.C.G. de I-XII-1980) se dió a los arts. 132 y 133 la misma redacción que hoy se recoge en el Código civil (apartándose de la que ofrecía originalmente el Proyecto --Vid. B.O.C.G. de 14-IX-1979--), con la única y mínima diferencia de que en el relativo a la filiación matrimonial --el art. 132-- no se hacía constar, al contrario de lo que ocurría con el 133, que la acción duraba toda la vida del actor. Ello originó que en el debate de las enmiendas en el Pleno (Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, correspondiente a la Sesión celebrada el día 16-XII-1980) un representante del Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, el Diputado De La Vallina Velarde, pusiera de relieve la tan aparente falta de simetría, al menos formal, de los preceptos, aduciendo que si ésta obedecía a razones de fondo originaba una discriminación absurda con respecto a la filiación matrimonial, porque podría entenderse que las acciones correspondientes a esta filiación prescribirían a los quince años por aplicación del art. 1.964 Cc., y que si, por el contrario, su ausencia no tenía mayor trascendencia en el art. 132, tampoco la tendría en el 133, de donde procedía la supresión, por innecesario, del inciso. El grupo Unión de Centro Democrático aceptó la enmienda y procedió a incluir, de forma aclaratoria, la frase "que es imprescriptible" en el mencionado art. 132 (Vid. el citado Diario de Sesiones, págs. 8855 y ss.).

(630) SANTOS BRIZ, op. cit. pág. 327.

(631) Op. cit. pág. 515.

(632) MORENO concibe la caducidad como "aquella especie de prescripción extintiva que operando automáticamente y siendo apreciable de oficio, produce la pérdida de un derecho o acción, por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley o la voluntad de los particulares, no admitiendo más causas de suspensión o interrupción que el ejercicio por parte del titular". MORENO, F. "CADUCIDAD" (Voz), NEJSeix, T.III, ARREP-CED, 1951, pág. 503.

(633) ALBALADEJO, M. Instituciones de Derecho Civil, T.I, Parte General y Derecho de Obligaciones. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Distribuidora Bosch, Barcelona, 1961, pág. 482.

(634) DIEZ-PICAZO, L. La prescripción en el Código Civil. Ed. Bosch, Barcelona, 1964, pág. 55.

(635) La reforma producida en Francia en el año 1972 introdujo, como una de sus novedades más importante, el principio general de prescripción de las acciones de filiación por el transcurso de treinta años (art. 311-7 del Code: "Toutes les fois qu'elles ne sont pas enfermées par la loi dans les termes plus courts, les actions relatives à la filiation se prescrivent par trente ans à compter du jour où l'individu aurait été privé de l'état qu'il réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté"). Hasta entonces se había mantenido la imprescriptibilidad de las acciones como consecuencia del más amplio principio de indisponibilidad a que estaban sujetas (Vid. CARBONNIER, op. cit. págs. 390 y 391), pero se entendió que al someterlas al mismo plazo general del derecho común se ponía fin a las numerosas excepciones que aquel principio sufría y se conseguía de una forma más aceptable dar estabilidad a las relaciones familiares evitando la aparición de litigios ya olvidados. La adecuación de las normas que rigen con carácter general la prescripción a estas concretas materias y, en particular, el determinar si la posesión de estado ha de tenerse en cuenta a la hora de computar el

plazo de treinta años son los grandes problemas con los que se enfrentan la doctrina y la jurisprudencia francesas (Vid. al respecto, CORNU, Droit Civil, op. cit. pág. 315, y "La naissance et...", loc. cit, pág. 175. SAVATIER, R. "Parenté et prescription civile", R.T.D.C., 1975, págs. 1 a 11. RASSAT, loc. cit. págs. 236 y ss. HUET-WEILLER, LABRUSSE, VAN CAMELBEKE, op.cit. pág. 39).

(636) Cfr. el art. 12 de la Constitución.

(637) GARCIA ZARANDIETA sostiene que la acción podrá ejercitarse "durante toda la vida del hijo y aún cuando el progenitor hubiera fallecido". Loc. cit. pág. 7.

(638) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op. cit. pág. 972. SERNA MEROÑO, op. cit. pág. 315. MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit. pág. 98.

(639) El mismo parecer es el que comparten, entre otros, DE LA CAMARA, op. cit. pág. 612. MARTINEZ-CALCERRADA, op. cit. pág. 96. SANCHO REBULLIDA, op. cit. págs. 632 y 633.

(640) Vid. lo que hemos dicho que puede entenderse por tal, supra, pág. 436

(641) Op. cit. pág. 977.

(642) "El supuesto de hecho de la legitimación activa de los herederos --dice SANCHO REBULLIDA, op. cit. pág. 635-- se produce, únicamente, cuando un causante muere pudiendo (por razón de capacidad y de conocimiento y prueba) ejercitarla, pero sin haberla iniciado; es decir, que, para ellos, nunca puede 'nacer' la acción, nunca pueden incoar por sí mismos una legitimación que les viene dada por sucesión del hijo".

(643) Postura que mantiene SANCHO REBULLIDA, op.cit. pág. 634.

(644) Un estudio sobre la posible vigencia de la legislación anterior al Código civil, en materia de determinación de la filiación de los

nacidos antes de la entrada en vigor de aquél, es el que lleva a cabo MARIN PEREZ, P. "El reconocimiento de hijo natural y las acciones de filiación", R.G.L.J., 1941, 2º semestre, págs. 241 a 256.

(645) La ley entró en vigor a los 20 días de su publicación en el B.O.E. el día 19 de mayo de 1981.

(646) "Denominador común de la mayor parte de ellas, y filosofía que las preside --apunta RIVERO HERNANDEZ, op. cit. pág. 89-- es la de dar preferencia a la legislación nueva en cuanto es, o puede ser, más favorable para el hijo o a veces para la propia filiación en su nueva concepción".

(647) Vid. la Resolución de la D.G.R.N. de 8-III-1983 (Anuario de la propia Dirección General, de 1983, págs. 410 y ss.), sobre solicitud de inscripción de filiación paterna no matrimonial al amparo del art. 49 de la L.R.C. ("Considerando que contra la admisibilidad del expediente no cabe invocar las restricciones que pudieran derivarse, para las acciones de filiación, de la Disposición Transitoria séptima de la citada ley pues...no puede olvidarse que tienen distinta naturaleza las actuaciones del presente expediente y las que provocan el ejercicio de las acciones, pues sólo estas últimas tienen naturaleza procesal, y unas y otras están consecuentemente, sometidas a un distinto régimen". Pág. 417).

(648) Esta resolución del Tribunal Constitucional fue objeto de una implacable crítica por parte de varios autores, basada en consideraciones de índole sustantiva como procesal. Vid. DE BOBADILLA, F.F. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 20 de diciembre de 1982", LA LEY, T. 1983-2, págs. 59 a 63. MARTINEZ-CALCERRADA, "Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 sobre reconocimiento de filiación extramatrimonial", LA LEY, 1983-3, págs. 1029 a 1037. DE LA CAMARA, op. cit. págs. 978 y ss.

(649) Op. cit. pág. 977.

(650) Opinión que también mantiene la jurisprudencia. "No cabe desconocer --dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14-X-1985 (Ar. 4845)-- que...la prórroga prevista por la disposición transitoria 3ª que según voz autorizada sólo tendrá lugar si a la entrada en vigor de la nueva Ley la acción no había caducado conforme a la normativa derogada, prorrogándose automáticamente su duración hasta que finalice el mayor plazo, podría incluso ser interpretada en el sentido de que a pesar de la caducidad ya operada viene permitido el ejercicio de la acción si aún estuviere viva aplicando la legislación reformadora, pero en manera alguna puede sostenerse que transcurridos más de 11 años desde la inscripción del hijo en el Registro y por lo tanto agotado con notable exceso el plazo fijado en el nuevo art. 136, la Ley innovadora concede 'ipso iure' un año más para la impugnación a contar desde su entrada en vigor...".

(651) El que en nuestro derecho se otorgue al hijo un plazo igual en duración a su propia vida para reclamar la filiación matrimonial o extramatrimonial, ha evitado el surgimiento de un problema que en Francia preocupó sobremanera a la doctrina. En este país el plazo para ejercitar una acción de "recherche de paternité o maternité naturelle" es de 2 años a contar desde el nacimiento del hijo (art. 340-4). La ley de 1972, al equiparar en derechos a los hijos adulterinos con los naturales, permite que aquéllos ejerciten la acción de reclamación de su filiación, pero, al no prever norma de derecho transitorio al respecto, el plazo para hacerlo los tribunales entienden que empieza a correr a partir del nacimiento del hijo, por un período máximo de 2 años. El resultado producido es que sólo un reducido número de hijos que hubieran ostentado la condición de adulterinos pudo beneficiarse de la nueva regulación. Para solucionar tal situación de injusticia fue preciso dictar una nueva ley, cuatro años más tarde, el 15 de noviembre de 1976, que concedió a quienes no hubieran dispuesto de plazo para ejercitar la acción, de un término de un año para hacerlo, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley. Sobre esta cuestión y, en

general, sobre la regulación del derecho transitorio en materia de filiación en Francia, Vid. DAGOT-SPITERI, op. cit. págs. 12 y ss. BISMUTH, J.L. "Droit transitoire en matière d'établissement de la filiation", App. Art. 311-342-8, J.CL.Civil, Paris, 1974. BACH, E.L. "Etude sur l'application de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation à l'établissement du lien de la filiation des enfants adultérins nés avant son entrée en vigueur". Recueil D. S. 1976, Chr. XVII, págs. 95 a 102. HUET-WEILLER, D. "La loi du 15 novembre 1976 complétant les dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972". Recueil D. S. 1977, Chr. II, págs. 7 a 12.

(652) "En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado".

(653) "No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia".

(654) Vid. las distintas teorías que se han sucedido sobre el particular, en MAZZINGHI, J.A. Derecho de Familia, T.I. El matrimonio como acto jurídico. Con la colaboración de M. Loredó. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, págs. 64 y 65. A favor de la eficacia general de la sentencia se pronuncian fundamentalmente CASTAN, op. cit. págs. 35 y 36, y DE CASTRO, op.cit. págs. 100 y 101.

(655) El resultado que se consigue --oponibilidad de la sentencia respecto a todos, intangibilidad del estado declarado-- parece aconsejar o incluso exigir como necesario, el que se demande a todos los que ostentan un interés principal y directo (Vid. DE CASTRO, op.cit. pág. 101, y PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, op.cit. págs. 947 y ss.), sin que sea necesario, como parece lógico, demandar a terceros hipotéticamente afectados por la resolución, que surte plenos efectos respecto a ellos aunque no hubieren litigado --art. 1.252-2º Cc.--. Una situación relativamente distinta es la que se mantiene en Francia con posterioridad a

1972, donde las resoluciones recaídas en materia de filiación gozan, en expresión de FOYER (Vid. COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, op. cit. pág. 78), de "oponibilidad absoluta" y "autoridad relativa", a tenor de lo que dispone el art. 311-10 del Code, párrafo 1º ("Les jugements rendus en matière de filiation sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties; mais celles-ci ont le droit d'y former tierce opposition").

(656) Dice RIVERO HERNANDEZ que el precepto "por su drástico rigor y alcance sólo se justifica ...en la mayor justicia de la Ley de Reforma frente a lo injusto de la antigua". Op. cit. pág. 90.

(657) DE LA CAMARA, op. cit. págs. 983 y 984, y PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, en el Vol. II de los Comentarios editados por Tecnos, pág. 1.990.

CONCLUSIONES

- I -

Las acciones de reclamación constituyen uno de los medios que la ley ofrece para llevar a cabo la determinación de la filiación, y como tal aparece previsto en los arts. 115 y 120 del Cc. que establecen el catálogo de dichos medios para la filiación matrimonial y para la filiación no matrimonial, respectivamente.

Como medio judicial de determinación de la relación paternofilial en cuestión, implica, en algunas ocasiones, la destrucción del estado en que se encuentra el hijo al momento de entablarse el procedimiento. Cuando éste figura como hijo en otra relación de filiación, se hace preciso impugnar este vínculo para que pueda brotar el nuevo. A tal propósito responde el art. 134 del Cc. que faculta al actor --progenitor o hijo-- para ejercitar la acción de impugnación de la filiación "en todo caso", esto es, aunque no se cumpliera alguno de los requisitos esenciales que la ley demanda para su puesta en marcha en proceso independiente.

- II -

Nosotros entendemos que las acciones de reclamación son acciones de estado, al igual que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, pues giran en torno a la filiación, uno de los estados civiles reconocidos por la ley --art. 1 L.R.C.--, y cumplen básicamente los caracteres que se les asigna a este tipo de acciones.

Su fundamento es triple: a) legal, representado por la disciplina jurídica dedicada por nuestro ordenamiento a la materia --fundamentalmente, el art. 39-2° de la Constitución--, b) material, constituido por el propio hecho físico de la paternidad, y, c) por último, moral, traducido en el respeto a la personalidad humana, tanto del hijo como del progenitor.

En este sentido, nosotros concebimos las acciones de reclamación de la filiación como el derecho que la ley concede a los directamente interesados en la filiación controvertida (hijo, progenitor, excepcionalmente un tercero), para

poner en marcha un procedimiento judicial dirigido a obtener una resolución por la que se establezca la existencia legal de una determinada relación paternofilial.

- III -

La reforma de los preceptos del Cc. sobre la determinación judicial de la filiación, por ley 11/1981, de 13 de mayo, fue debida fundamentalmente a dos grupos de causas: a) una de naturaleza "intrínseca" constituida por la deficiente e injusta regulación del Código de 1889, y b) otras de corte "extrínseco", conformadas por los textos internacionales que proclaman la igualdad de todos los hijos, por las reformas de los países más cercanos a España en su derecho de filiación, producidas desde finales de los años 60, por el avance de la Medicina y la Biología y por el papel de la doctrina científica.

- IV -

La ley de 13 de mayo de 1981, que supuso un cambio brusco, muy rápido y poco meditado en la materia, está regida, con carácter general, por dos

principios o postulados básicos que se dejan sentir en la nueva redacción del articulado del Código. Por un lado, el principio de igualdad entre todos los hijos nacidos o no de matrimonio, y por otro, el de verdad biológica, que exige que quien aparezca formalmente como progenitor lo sea realmente.

Estos principios, sin embargo, encuentran su quiebra en algunos aspectos concretos recogidos en el Cc., como pueden ser la ausencia de legitimación activa de los progenitores en los pleitos de reclamación de la filiación no matrimonial, o el importante papel que se concede a la posesión de estado.

- V -

Con el objeto de que el presunto hijo vea cubiertas las necesidades de índole económica o material que le pudieran asaltar mientras se dilata el procedimiento, el Código faculta, en su art. 128, al juez para que adopte una serie de medidas cautelares a costa del patrimonio del progenitor.

La adopción de las referidas medidas --alimentos provisionales, medidas de protección de la persona y bienes del hijo--, no condicionan el fallo, que puede ser desestimatorio de la demanda. En este caso, surge la obligación para el hijo de restituir lo que hubiere percibido por dicho concepto.

- VI -

El segundo párrafo del art. 127 exige que a la demanda se acompañe un principio de prueba de los hechos en que se funde para su admisión a trámite. Este requisito procesal, nuevo en nuestro ordenamiento, encuentra su explicación en el recelo que aún suscita en el legislador el establecimiento judicial de la filiación extramatrimonial, por la posibilidad que se abre de realizar falsas imputaciones de paternidad que puedan ocasionar un irreparable daño en el honor del sujeto imputado. Postura que nos parece de escaso fundamento y que supone una completa ignorancia de la realidad vivida en otros ordenamientos, entre ellos alguno foral de nuestro país, como el catalán.

La inadmisión a trámite de la demanda faculta para interponer recurso contra el auto denegatorio y no impide volver a presentarla acompañada de otros principios de prueba.

- VII -

En el curso de la actividad probatoria desarrollada en el proceso, las partes podrán hacer uso, merced a la norma permisiva del art. 127-1°, de pruebas biológicas encaminadas a poner de manifiesto la verdadera naturaleza del vínculo generacional que une al presunto progenitor con el presunto hijo.

Este tipo concreto de pruebas, que participan, con alguna especialidad, del carácter de las pruebas periciales, pueden ser propuestas por las partes o acordadas por el juez como diligencias para mejor proveer, y entre sus inconvenientes más notables figura la posibilidad del sujeto, a quien deba practicársele, de negarse a ello.

El problema de la valoración de esta negativa es uno de los más espinosos con que se enfrentan los derechos de todos los países, entre los que se cuenta el nuestro. La línea de pensamiento más acertada creemos que es la que valora aquella negativa como un simple indicio de paternidad.

- VIII -

No sólo puede recurrir el juez a las pruebas biológicas para pronunciarse sobre la existencia de una determinada filiación. El art. 135 le permite acceder a tal solución a través de la verificación de una serie de supuestos que son conformadores de presunciones "hominis seu iudicis", en virtud de las cuales el juez puede, si lo estima conveniente, determinar la filiación.

Estos supuestos son: el reconocimiento expreso o tácito, la posesión de estado, la convivencia con la madre en la época de la concepción, y otros de los que quepa inferir la filiación, básicamente las relaciones de noviazgo y las relaciones sexuales mantenidas entre el

progenitor real y el progenitor presunto. A resolver los numerosos problemas de concreción que plantean estos conceptos jurídicos, dedicamos el Capítulo V de la Tesis, que es el de mayor extensión de la misma.

- IX -

Asimismo, conviene poner de relieve que el demandado podrá defenderse de la imputación de la paternidad a través de medios de prueba dirigidos a desvirtuar la alegado por la parte contraria. En la medida de lo posible alegará la "exceptio plurium concubentium", es decir, la prueba de que la madre ha mantenido relaciones sexuales con otro u otros sujetos en el período de tiempo en que se entiende producida la concepción.

- X -

El Cc. ocupa la práctica totalidad de la regulación que destina a las acciones de reclamación a la tarea de describir la legitimación necesaria para el ejercicio de las mismas. En este punto concreto se hace completamente preciso aludir a la concesión de legitimación activa a "cualquier

persona con interés legítimo", siempre que la filiación reclamada venga manifestada por la constante posesión de estado. La jurisprudencia habrá de efectuar una importante misión de concreción de este concepto, sobre el presupuesto de configurar aquel interés como un dato que represente una expectativa de índole moral y no de índole económica.

- XI -

El resto de las normas dedicadas a la legitimación activa están pensadas para los progenitores y principalmente para el hijo, en relación al cual se contemplan las siguientes previsiones legales: el ejercicio de la acción por el representante legal o el Ministerio Fiscal en el caso de que el hijo sea menor no emancipado o esté incapacitado, legalmente o de hecho; el ejercicio de la acción por parte de sus herederos --cualquiera de ellos --cuando el hijo fallece en unos lapsos muy concretos de tiempo y se hubiere mantenido inactivo, y la continuación por los herederos de la acción ya entablada por el actor, hijo o cualquier otro legitimado.

En lo que hace referencia a los progenitores, quizás lo más destacable sea la ausencia de legitimación activa en el caso de que se trate de reclamar una filiación no matrimonial no manifestada por posesión de estado. A nuestro entender la norma representa una discriminación en relación con la situación que se produce en el ámbito de la filiación matrimonial que es contraria a los principios recogidos en la Constitución española de 1978.

La legitimación pasiva no se menciona en el Código. La ostentan aquellos respecto de los cuales se pretende obtener la declaración de hijo o de progenitor, y en el caso de que hayan fallecido, corresponderá a sus herederos.

- XII -

Por último, en relación con los plazos de ejercicio de las acciones, el Cc. concede a los legitimados directamente unos plazos muy amplios, puesto que pueden entablar el procedimiento por un lapso de tiempo igual al que duren sus vidas. Los plazos señalados a los herederos son de caducidad.

SENTENCIAS CITADAS EN EL TEXTO.-

A) Sentencias del Tribunal Supremo.-

- *S. 16-X-1865
- *S. 18-III-1873
- *S. 13-V-1902
- *S. 31-XII-1902
- *S. 26-III-1904
- *S. 13-II-1907
- *S. 30-XII-1907
- *S. 9-IV-1908
- *S. 23-VI-1908
- *S. 25-II-1914
- *S. 29-XII-1916
- *S. 24-II-1917
- *S. 9-V-1921
- *S. 23-VI-1922
- *S. 23-VI-1923
- *S. 7-IV-1924
- *S. 13-I-1925
- *S. 25-II-1927
- *S. 1-III-1927
- *S. 17-VI-1927
- *S. 16-I-1928

- *S. 25-II-1928
- *S. 12-III-1928
- *S. 29-X-1928
- *S. 2-III-1929
- *S. 8-VI-1929
- *S. 27-IV-1934
- *S. 21-XI-1934
- *S. 15-VI-1936 (Ar. 1270)
- *S. 3-VII-1941 (Ar. 894)
- *S. 8-II-1943 (Ar. 129)
- *S. 17-VI-1944
- *S. 5-I-1945 (Ar. 3)
- *S. 10-I-1945 (Ar. 10)
- *S. 25-VI-1946 (Ar. 837)
- *S. 24-I-1947 (Ar. 328)
- *S. 22-I-1948 (Ar. 19)
- *S. 2-II-1948 (Ar. 455)
- *S. 27-VI-1950 (Ar. 1176)
- *S. 26-IV-1951 (Ar. 1026)
- *S. 8-X-1951 (Ar. 2162)
- *S. 24-XI-1952 (Ar. 2312)
- *S. 8-V-1953 (Ar. 1633)
- *S. 18-III-1954 (Ar. 724)
- *S. 28-X-1954 (Ar. 2863)

- *S. 2-III-1955 (Ar. 754)
- *S. 25-VI-1955 (Ar. 2311)
- *S. 24-V-1956 (Ar. 2437)
- *S. 15-IV-1958 (Ar. 1481)
- *S. 30-VI-1958 (Ar. 2522)
- *S. 29-XI-1958
- *S. 19-XI-1959 (Ar. 3991)
- *S. 19-XII-1960 (Ar. 4103)
- *S. 23-VI-1961 (Ar. 2742)
- *S. 4-XI-1961 (Ar. 3634)
- *S. 7-XI-1961 (Ar. 3643)
- *S. 5-III-1963 (Ar. 1627)
- *S. 14-III-1963
- *S. 27-III-1963 (Ar. 2121)
- *S. 16-V-1963 (Ar. 2519)
- *S. 14-XI-1963 (Ar. 4692)
- *S. 24-II-1966 (Ar. 815)
- *S. 13-X-1966 (Ar. 4404)
- *S. 24-I-1967 (Ar. 243)
- *S. 28-I-1967 (Ar. 419)
- *S. 14-VI-1967 (Ar. 3022)
- *S. 22-V-1969 (Ar. 2689)
- *S. 11-XII-1970 (Ar. 5509)
- *S. 27-I-1971 (Ar. 293)

- *S. 30-V-1972 (Ar. 2864)
- *S. 12-XII-1972 (Ar. 4950)
- *S. 12-III-1974 (Ar. 975)
- *S. 28-III-1974 (Ar. 1205)
- *S. 28-VI-1974 (Ar. 3466)
- *S. 8-V-1981 (Ar. 1986)
- *S. 8-IV-1982 (Ar. 1941)
- *S. 15-II-1983 (Ar. 1036)
- *S. 25-II-1983 (Ar. 1074)
- *S. 6-IV-1983 (Ar. 2103)
- *S. 6-II-1984 (Ar. 576)
- *S. 16-II-1984 (Ar. 662)
- *S. 25-X-1984 (Ar. 4978)
- *S. 14-X-1985 (Ar. 4845)
- *S. 19-XI-1985 (Ar. 5615)
- *S. 7-II-1986 (Ar. 448)
- *S. 10-II-1986 (Ar. 513)
- *S. 27-II-1986 (Ar. 860)
- *S. 20-III-1986 (Ar. 1272)

B) Sentencias de las Audiencias Territoriales.-

- *S. Barcelona .. 21-IV-1961 (R.J.C. 1962, pág. 193).
- *S. Barcelona .. 9-V-1961 (Idem)
- *S. Barcelona .. 31-I-1969 (R.J.C. 1969, págs. 730 y ss.)
- *S. Sevilla 6-XII-1984 (R.G.D. 1985, págs. 3068 y ss.)
- *S. Cáceres 9-I-1985 (R.G.D. 1986, pág. 2413)
- *S. Valencia ... 18-III-1985 (R.G.D. 1985, págs. 1944 y ss.)
- *S. Oviedo 5-VII-1985 (R.G.D. 1986, págs. 1033 y ss.)
- *S. Valladolid . 26-VII-1985 (R.G.D. 1986, págs. 3571 y ss.)
- *S. Valladolid . 1-IX-1985 (R.G.D. 1986, págs. 3573 y ss.)
- *S. Oviedo 6-IX-1985
- *S. Zaragoza ... 22-X-1985 (R.G.D. 1986, págs. 1663 y ss.)
- *S. Oviedo 7-XI-1985
- *S. Oviedo 28-II-1986

GUIA DE ABREVIATURAS

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
A.C.	Actualidad Civil.
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil.
A.D.P.C.P.	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
A.E.J.	Anuario de la Escuela Judicial.
A.J.	Actualidad Jurídica.
Ar.	Número de repertorio "Aranzadi".
Aud. Territ.	Audiencia Territorial.
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán).
B.I.M.J.	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
C.N.R.S.	Centre National de la Recherche Scientifique.
Cc.	Código civil.
CCir.	Código de la Circulación.
Chr.	Chronique.

Cod. pro. civ.	Codice de procedura civile.
Cort. cassaz.	Corte di Cassazione.
Cour Cass. civ.	Cour de Cassation civile.
Cp.	Código penal.
D.G.R.N.	Dirección General de los Registros y del Notariado.
D.J.	Documentación Jurídica.
Dir. fam. e pers.	Diritto di famiglia e delle persone.
E. de M.	Exposición de Motivos.
Foro it.	Foro italiano.
Giust. civ.	Giustizia civile.
J. Cl, Civil	Juris Classeur Civil.
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
L.E.Cr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
L.R.C.	Ley del Registro Civil.
LA LEY	Revista Jurídica Española "La Ley".
NEJSeix	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.

Noviss. Dig. It.	Novissimo Digesto Italiano.
P.J.	Poder Judicial.
R.D.	Real Decreto.
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial.
R.D.P.	Revista de Derecho Privado.
R.E.D.C.	Revista Española de Derecho Canónico.
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
R.I.D.C.	Revue International de Droit Comparé.
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña.
R.M.L.	Revista de Medicina Legal.
R.R.C.	Reglamento del Registro Civil.
R.T.D.C.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile.
Recueil D.S.	Recueil Dalloz Sirey.
Rev. Fac. Der. Uni. de Madrid	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

- Riv. Dir. Civ. Rivista di Diritto
Civile.
- Riv. Dir. Mat. e
Sta. Pers. Rivista del Diritto
Matrimoniale e dello
Stato delle Persone.
- Riv. Dir. Priv. Rivista di Diritto
Privato.
- Riv. Dir. Proc. Rivista di Diritto
Processuale.
- Riv. Trim. Dir. e
Proc. Civ. Rivista Trimestrale
di Diritto e
Procedura Civile.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCIA, M. Instituciones de Derecho Civil. T. I. Parte General y Derecho de Obligaciones. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Dist. Bosch, Barcelona, 1961.
- ALBALADEJO GARCIA, M. Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones. Vol. 1º, Parte General. Lib. Bosch, Barcelona, 1979.
- ALBALADEJO GARCIA, M. Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de familia. Lib. Bosch, Barcelona, 1982.
- ALEMANY VERDAGUER, S. Estudios sobre la filiación ilegítima en el Derecho Español. Ed. Bosch, Barcelona, 1974.
- ALONSO PEREZ, M. "Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del derecho de familia". La Tutela de los derechos del Menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil. Ed. preparada y dirigida por el prof. dr. J. M. González Porrás. Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Córdoba. Córdoba, 1985. Editado por la Junta de Andalucía, págs. 13 a 44.
- ALVAREZ POSADILLA, J. Comentarios a las Leyes de Toro. Imprenta que fue de Fuentenebro, Madrid, 1833.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. La Constitución española de 1978 (comentario sistemático). Ediciones del Foro, Madrid, 1978.
- ANDRIOLI, V. Comentario a la Ley 19 mayo 1975 nº 151 sobre reforma del derecho de familia. Foro it., 1975, V, 157 a 200.

- ANNUAIRE EUROPEEN, Vol. XXIII. Publié sous les auspices du conseil de l'Europe. La Haye. Martinus Nijhoff, 1977.
- ARCE Y FLOREZ-VALDES, J. La adopción de expósitos y abandonados. (Guía práctica y formularios). Editado por el Centro de Redacción y Publicaciones de la Obra de Protección de Menores. Madrid, 1968.
- ARCE Y FLOREZ-VALDES, J. "La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño". Reus, Madrid, 1970.
- ARCE Y FLOREZ-VALDES, J. El Derecho Civil constitucional. Civitas, Madrid, 1986.
- AZZARITI, G. "Paternità (Dichiarazione giudiziale di)". Noviss. Dig. It., Appendice, Vol. V, MIN-PROC, Utet, 1984, págs. 775 a 777.
- AZZARITI, G. "Possesso di stato". Noviss. Dig. It., Appendice, Vol. V, MIN-PROC, Utet, 1984, págs. 1121 a 1122.
- BACH, E. L. "Etude sur l'application de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation à l'établissement du lien de la filiation des enfants adultérins nés avant son entrée en vigueur". Recueil D.S., 1976, Chr. XVII, págs. 95 a 102.
- BADOSA COLL, F. "La investigación de la paternidad en el Código Civil y en la Compilación de Cataluña". Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 26 de abril de 1968". R.J.C., 1969, Julio-Septiembre, págs. 634 a 669, y Octubre-Diciembre, págs. 915 a 929.

- BARBIER, M. P. "L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation". R.T.D.C., 1949, págs. 345 a 371.
- BATLLE VAZQUEZ, M. Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado. Imprenta de Galo Sáez, Madrid, 1933.
- BATLLE VAZQUEZ, M. "Efectos civiles de la condena penal por violación, estupro o rapto". R.G.L.J., 1973, págs. 421 a 430.
- BEITZKE, G. "La réforme de la condition juridique de l'enfant naturel en République Fédéral D'Allemagne". R.I.D.C., 1970, Abril-Junio, págs. 313 a 324.
- BEITZKE, G. "La condición jurídica del hijo natural en la República Federal Alemana". La reforma del Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Comparado, 1. Dpto. de Derecho Civil, II. Universidad de Salamanca, 1977.
- BELLANTONI, L.
PONTORIERI, F. La riforma del diritto di famiglia. Commento a tutti gli articoli della l. 19 maggio 1975, n. 151, raffrontati a quelli della normativa abrogata e coordinato alle leggi sulla maggiore età e sul divorzio. Jovene, Napoli, 1976.
- BELTRAN FUSTERO, L. "El Notario ante el resquebrajamiento del principio 'pater is est quem justae nuptiae demonstrant'". R.D.N., Enero-Marzo, 1964, págs. 233 a 259.

- BELVEDERE, A.
 BELVEDERE, M. "Genetica e Costituzione nell' accertamento giudiziale della paternità". Giust. civ., 1981, I, 2060-2064.
- BENAVENT, A. Droit Civil. La Famille. Litec, Paris, 1982.
- BENCIOLINI, P.
 CORTIVO, P. "L'indagine biologica nella ricerca della paternità: prospettive di applicazione nel nuovo diritto di famiglia". Riv. Dir. Civ., 1978, págs. 388 a 403.
- BENLLOCH, F.-J. J. "Posición jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio". R.G.L.J., 1901, págs. 560 a 580, 5 a 26, 209 a 238 y 433 a 463.
- BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R. Derecho de la persona. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BESSONE, M.
 ALPA, G.
 D'ANGELO, A.
 FERRANDO, G. La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile. Serie di Diritto/1. Zanichelli, Bologna, 1982.
- BESSONE, M.
 FERRANDO, G. "Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto". Dir. fam. e pers. 1979, págs. 1301 a 1341.
- BIANCA, C. M. Diritto Civile, II. La Famiglia-Le Sucessioni. Milano, Giuffrè, 1981.
- BIANCHI D'ESPINOSA, L. "La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio: principi di diritto

- constitucional". Riv. Dir. Mat. e Sta. Pers., 1965, pág. 48 a 64.
- BISMUTH, J. L. "Droit transitoire en matière d'établissement de la filiation" App. Art. 311 -342-8. J. Cl. Civil. Ed. Techniques S.A., Paris, 1974.
- BONET RAMON, F. Compendio de Derecho Civil. T. IV. Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960.
- BONET RAMON, F. Código Civil comentado. Aguilar, Madrid, 1964.
- BONFANTE, P. Curso di Diritto Romano. V. I. Diritto di Famiglia. Giuffrè, Milano, 1963.
- BORGHESE, S. "Il procedimento per l'ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di filiazione sotto il profilo costituzionale". Riv. Dir. Mat. e Sta. Pers., 1965, págs. 173 a 177.
- BOSCHAN, S. "El derecho de familia en la República Federal de Alemania". (Extracto y traducción de J. Santos Briz). R.D.P., 1973, págs. 497 a 518.
- BOSCHAN, S. "La última evolución jurídica del Derecho de Familia en los Estados Europeos" (Traducción de J. Santos Briz). R.D.P., 1975, págs. 413 a 425.
- BRENLLA. "Consideraciones sobre la investigación de la paternidad". R.M.L., 1949, IV, págs. 223 y ss.
- BRULLIARD, G. "La réforme du droit de la famille en Italie". R.I.D.C., 1975, n° 3, págs. 645 a 660.

- BUTERA, A. Il Codice Civile Italiano commentato secondo l'ordine degli articoli (R. D. 12-diciembre-1938, XVII, n° 1852). Libro Primo. Torino, Utet, 1939.
- CALDERON, M. "Posesión de estado del hijo natural". R.G.L.J., 1905, págs. 25 a 33.
- CAMPUZANO TOME, H.
CARBAJO GONZALEZ, J. "Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges". LA LEY, 1985-2, págs. 1172 y ss.
- CARBONNIER, J. Derecho Civil. T. I, Vol. II. Situaciones familiares y cuasi-familiares. Traducción y adiciones de M. M. Zorrilla Ruiz. Ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- CARBONNIER, J. Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho. Prólogo y traducción por L. Díez-Picazo. Tecnos, Madrid, 1974.
- CARNELUTTI, F. "Prova del sangue". Riv. Dir. Proc., 1961, págs. 129-130.
- CARRARO, L. "Il nuovo diritto di famiglia". Riv. Dir. Civ., 1975, págs. 93 a 106.
- CASAS BARQUERO, E. "Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia". R.G.D., 1981, Marzo, págs. 186 a 194.
- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español Común y Foral. T. V, Derecho de Familia. V. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares. Reus, Madrid, 1966.

- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español Común y Foral. T. IV, Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Ed. revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella. Reus, Madrid, 1981.
- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español Común y Foral. T. V, Derecho de Familia. V. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares. Edición revisada y puesta al día por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez. Reus, Madrid, 1985
- CASTAN VAZQUEZ, J. M. "El reconocimiento de la filiación natural en la ley colombiana y su reglamento de 1969". A.D.C., 1970, Enero- Junio, págs. 141 a 151.
- CASTAN VAZQUEZ, J. M. "La tendencia a la creación de tribunales de familia". D.J., Abril-Junio, 1975, págs. 369 a 377.
- CASTRO PEREZ, F. "La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas". R.G.L.J., 1944, I, págs. 163 a 176.
- CATTANEO, G. Filiazione Legittima. Trattato di Diritto Civile Diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli. Casa Editrice Dr. Antonio Vallardi, Milano, 1961.
- CHAMPENOIS, G. "Filiation légitime". Art. 319 à 328. J. Cl. Civil. Editions Techniques, S.A. Paris, 1973.
- CICU, A. La Filiación. Traducción de F. Giménez Arnau y J. Santacruz Teijeiro. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930.

- CICU, A. El derecho de familia. Traducción de S. Sentís Melendo. Estudio preliminar y adiciones de derecho argentino por V. Neppi. Ediar, Buenos Aires, 1947.
- CIMBALI, E. La nueva fase del Derecho Civil en sus relaciones económicas y sociales. Traducción de la 2ª ed. italiana por F. Esteban García. Prólogo de F. Sánchez Román. Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1893.
- CIVININI, M.G. Comentario a la Sentencia de la Corte di Cassazione, de 22-IV-1982. Foro it., 1983, I, 1689 y ss.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. Instituciones de Derecho Civil. T. II. Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia. Ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros. Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.
- CODIGO CIVIL. (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios I. Cortes Generales. Ed. dirigida por F. Santaolalla. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General. Gabinete de Publicaciones, 1985.
- COLIN, A.
CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil. T. III. Teoría General de las Obligaciones. Traducido y anotado por D. De Buen. 2ª Ed. española revisada y puesta al día por M. Batlle. Reus, Madrid, 1943.

- COLIN, A.
CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil. T. I. Introducción. Estado civil. Domicilio y ausencia. Anotado por De Buen, Castán Tobeñas y Castán Vázquez. 4ª ed., revisada por P. Marín Pérez. Reus, Madrid, 1975.
- COLOMBET, C. "Filiation naturelle". Action à fins de subsides. Art. 342 à 342-8. J. CL. Civil. Editions Techniques, S.A. Paris, 1979.
- COLOMBET, C.
FOYER, J.
HUET-WEILLER, D.
LABRUSSE-RIOU, C. "La Filiation légitime et naturelle". Etude de la Loi du 3 janvier 1972 et de son interpretation. Dalloz, Paris, 1977.
- COMPORTI, M.
MARTINI, P. "Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale". Riv. Dir. Civ. 1978, págs. 367 a 387.
- COMPORTI, M.
MARTINI, P. "Il nuovo orientamento della Cassazione sulle prove del sangue e genetiche". Foro it., 1981, I, 719 a 727.
- CONDOMINES, F. de A. "Función del hombre de leyes en la evolución de la sociedad contemporánea". R.J.C., 1968, Abril-Junio, págs. 281 a 288.
- CORDOVA DEL OLMO, A. "La exceción 'plurium concubentium'". R.G.L.J., 1929, págs. 392 a 405.
- CORNU, G. "La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la

- filiation)". Recueil D.S., 1971, Chr. XXIV, págs. 165 a 176.
- CORNU, G. "La Filiation". Archives de Philosophie du Droit. T. 20. Réformes du droit de la famille, publié avec le concours du C.N.R.S., Sirey, 1975.
- CORNU, G. Droit Civil **. La Famille. Ed. Montchrestien. Paris, 1984.
- CZCHORSKI, W. "La situation juridique des enfants nés hors mariage d'après le droit polonais en vigueur". Rapports polonais aux IX Congrès International de Droit Comparé. 1974.
- DAGOT, M.
SPITERI, P. Le nouveau droit de la filiation. Loi du 3 janvier 1972. Librairies Techniques, Paris, 1972.
- D'ANTONIO, A. "Filiación naturale (1950-1960)". Riv. Dir. Civ., 1961, II, págs. 351 a 403.
- DE BOBADILLA, F. F. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 1982". LA LEY, 1983-2, págs. 59 a 63.
- DE BUEN, D. Derecho Civil Español Común. Reus, Madrid, 1922.
- DE BUEN, D. Introducción al estudio del Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1977.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. "El Derecho civil y la Constitución". R.D.P., 1935, págs. 33 a 48.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. Compendio de Derecho Civil. I. Introducción al Derecho Civil.

II-1. Derecho de la persona.
Instituto de Estudios Políticos,
Madrid, 1957.

- DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España. T. I. Parte General. T. II. Derecho de la Persona. Parte primera: la persona y su estado civil. Introducción de L. Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1984. Edición facsimilar de la realizada en 2 vols. por el Instituto de Estudios Políticos, en Madrid, 1949-52.
- DE COSSIO, A. Instituciones de Derecho Civil 2. Derechos Reales. Derecho de Familia y Sucesiones. Alianza Editorial. Madrid, 1975.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, M. Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español. Tecnos, Madrid, 1975.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "Ante la Reforma del Derecho de Familia". R.D.N., Julio-Diciembre, 1978, págs. 101-138.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "La Reforma del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos". La Notaría, n° 1, 1980, págs. 43 a 68.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "Los hijos no matrimoniales y la Constitución de 1978". A.J., 1981 (II), págs. 16 a 30.
- DE LA CAMARA ALVAREZ, M. "El nuevo régimen jurídico de la filiación". La Reforma del Derecho de Familia. Matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad. Jornadas Hispalenses sobre la reforma del

derecho de familia. Imprenta Sevillana, Sevilla, 1982.

- DE LA CAMARA ALVAREZ, M. Comentario a los Arts. 108 a 141 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por M. Albaladejo. T. III, Vol. 1^a. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1984.
- DE LA ESPERANZA Y MARTINEZ-RADIO, A. "Notas acerca de la filiación ilegítima no natural". R.D.P., Abril, 1957, págs. 363 a 392.
- DE LOS MOZOS, J. L. "La sucesión abintestato en favor del Estado". A.D.C., Abril-Junio, 1965, págs. 393 y ss.
- DE PAGE, H. Traité élémentaire de Droit Civil Belge. T. I. Introduction. Théorie Générale des Droits et des Lois. Les Personnes. La Famille. Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1962.
- DE ROBERTIS SCAPINELLI, D. "La giurisprudenza costituzionale in tema di filiazione naturale: lineamenti e spunti critici". Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1976, págs. 318 a 349
- DELIYANNIS, J. "Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique". R.I.D.C., 1986, n^o 3, págs. 811 a 828.
- DELLA ROCCA, F. Appunti sul nuovo Diritto di Famiglia. Giuffrè, Milano, 1976.
- DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, V. Traité de la paternité et de la filiation. Imprimerie Générale, Paris, s/f.

- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J. "El reconocimiento incidental de la paternidad natural". A.D.C., 1968, Julio-Septiembre, págs. 551 a 577.
- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J. Comentario a la Sentencia de 28-junio-1974". A.D.C., 1975, Abril-Junio, págs. 515 a 517
- DIEZ PASTOR, J. L. "La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución". R.D.P., 1933, Julio-Agosto, págs. 193 a 217.
- DIEZ-PICAZO, L. "Reclamación de la filiación natural (Sentencia de 29 de noviembre de 1958)". A.D.C., 1959-II, págs. 1415 a 1425.
- DIEZ-PICAZO. L. "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña". A.D.C., 1962, Enero-Marzo, págs. 81 a 95.
- DIEZ-PICAZO, L. "De nuevo sobre reclamación de la filiación natural (Tres sentencias del Tribunal Supremo)". A.D.C., 1962, Enero-Marzo, págs. 205 a 232.
- DIEZ-PICAZO, L. La prescripción en el Código Civil. Ed. Bosch, Barcelona, 1964.
- DIEZ-PICAZO, L. Estudios sobre la Jurisprudencia Civil. Vol. III. Tecnos, Madrid, 1976.
- DIEZ-PICAZO, L.
GULLON, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Tecnos, Madrid, 1978.
- DIEZ-PICAZO, L.
GULLON, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Tecnos, Madrid, 1982.

- DIEZ-PICAZO, L.
GULLON, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. Tecnos, Madrid, 1983.
- DIEZ-PICAZO, L.
GULLON, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Tecnos, Madrid, 1985.
- DUCA, S. La filiazione illegittima. Storia dell'istituto e considerazioni etico-giuridiche. Società Grafica Romana, Roma, 1954.
- ENNECCERUS, L.
KIPP, T.
WOLFF, M. Tratado de Derecho Civil. Parte General, por Enneccerus. Vol. 2°. Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos. Pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos. Traducción y adaptación por B. Pérez González y J. Alguer. Ed. Bosch, Barcelona, 1944.
- ENNECCERUS, L.
KIPP, T.
WOLFF, M. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, por Kipp y Wolff. Vol. 2°. Relaciones paternofiliales y parentales. Tutela. Adaptado por B. Pérez González y J. Castán Tobeñas. Ed. Bosch, Barcelona, 1979
- ENRICH, D. "La riforma italiana del diritto di famiglia in rapporto alle legislazioni dei paesi europei". Riv. Dir. Civ., 1985, Julio-Agosto, págs. 319 a 331.

- ESPIN CANOVAS, D. "Las acciones de filiación y la acción subrogatoria". Rev. Fac. Der. Univ. de Madrid, 1944.
- ESPIN CANOVAS, D. "La presunción de paternidad y la ausencia declarada del marido". R.G.L.J., 1945-II. págs. 9 a 39.
- ESPIN CANOVAS, D. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Familia. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1972.
- ESPIN CANOVAS, D. "El Derecho de familia en la Constitución y su repercusión en el Código civil". Rev. Fac. Der. Univ. de Madrid. 1 Monográfico. Madrid, 1978, págs. 5 a 19.
- ESPIN CANOVAS, D. "El Derecho de familia en la Constitución y su repercusión en el Código civil". LA LEY, 1980-0, págs. 759 y ss.
- ESPIN CANOVAS, D. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- ESTEBAN GOMEZ, J. C. "Remedios contra la eficacia de la sentencia de filiación anterior a la Ley 11/ 1981 de 13 de Mayo". LA LEY, 1981-4, págs. 683 a 690.
- ESTRADA ALONSO, E. Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español. Civitas, Madrid, 1986.
- FAIREN GUILLEN, V. "La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal". A.D.C., 1950, Julio-Septiembre, págs. 629 a 656.
- FALK, Z. "The legal position of children born out of wed lock". Israeli

Reports to the IX International Congress of Comparison Law. Jerusalem, 1974.

- FERRANDO, G. "Filiazione naturale". Riv. Dir. Civ., 1983, págs. 748 a 779.
- FERRER MARTIN, D. "Sistema actual español para determinar la filiación". A.D.C., 1967, Abril-Junio, págs. 255 a 295.
- FINOCCHIARO, A. "Le prove ematologiche e genetiche quale mezzo per dimostrare la paternità". Giust. civ., 1981, I, 6-7.
- FINOCCHIARO, A.
FINOCCHIARO, M. Riforma del Diritto di Famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151. Vol. II, T. I, art. 90-130. Giuffrè, Milano, 1975.
- FINOCCHIARO, A.
FINOCCHIARO, M. Riforma del Diritto di Famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151. Vol. III, 1975-1978: tre anni di dottrina e giurisprudenza. Giuffrè, Milano, 1979.
- FLATTET, G. "Le nouveau droit suisse de la filiation". R.I.D.C., 1977, n° 4, págs. 675 a 687.
- FONT I RIUS, J. M^a "Las fuentes históricas de la 'Compilación'". R.J.C., 1960, págs. 399 a 406.
- FOSAR BENLLOCH, E. Estudios de Derecho de Familia. T. I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia. Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- FUNAIOLI, G. B. "L'esame del sangue e il suo valore nei problemi legali della

- filiazione" (1950). Scritti
Minori. Giuffrè, Milano, 1961.
- FURKEL, F. "La recherche de paternité
naturelle en droit allemand et
français". R.I.D.C., 1975, n° 2,
págs. 321 a 348.
- GACTO FERNANDEZ, E. La filiación no legítima en el
Derecho histórico español. Anales
de la Universidad Hispalense.
Sevilla, 1969.
- GALVEZ, J. Comentario al art. 39 de la
Constitución. Comentarios a la
Constitución, dirigidos por F.
Garrido Falla. Civitas, Madrid,
1980
- GARCIA BARBERENA, T. "La investigación de la
paternidad por el examen de los
grupos sanguíneos y el canon
1.115". R.E.D.C., 1949,
Septiembre-Diciembre, págs. 997 a
1010.
- GARCIA CANTERO, G. "La situación jurídica de los
hijos nacidos fuera de
matrimonio". A.D.C., 1975,
Julio-Diciembre, págs. 521 a 550.
- GARCIA CANTERO, G. "La situation juridique des
enfants nés hors mariage".
Rapports généraux au IX Congrès
International de Droit Comparé.
Bruxelles, 1977.
- GARCIA CANTERO, G. "La reforma de la filiación".
R.G.L.J., 1983, Febrero, págs.
133 a 152.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. "La Constitución como norma
jurídica". A.D.C., 1979,
Abril-Septiembre, págs. 291 a 341.
- GARCIA GOYENA, F. Concordancias, Motivos y
Comentarios del Código Civil

Español. T. I. Ed. Base, Barcelona, 1973. Edición facsimilar de la realizada por la Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

- GARCIA SANCHEZ, I. G. "La Jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho Civil Catalán". R.J.C., 1982, Enero-Marzo, págs. 43 a 57.
- GARCIA VALDECASAS, G. Parte General del Derecho Civil Español. Civitas, Madrid, 1983.
- GARCIA ZARANDIETA, S. "La filiación y el Registro Civil" (Estudio sistemático de la reforma introducida por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, en el Código Civil) (Continuación). B.I.M.J. num. 1.273, de 25-Abril-1982.
- GEBLER, M. J. Le Droit français de la filiation et la verité. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1970.
- GELSI BIDART, A. Enfoque procesal de la familia. Montevideo, 1958.
- GIMENEZ ARNAU, F. "Legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio". Zaragoza, 1935.
- GIORGIANNI, M. "La filiazione fuori del matrimonio". La riforma del Diritto di Famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972. Cedam, Padova, 1972.

- GISBERT CALABUIG, J. A. Medicina legal y toxicología. Fundación García Muñoz - Sección Saber. Publicaciones Médicas y Científicas. Valencia, 1977.
- GOMEZ, A. Compendio de los Comentarios extendidos a las Ochenta y Tres Leyes de Toro. Madrid, en la Imprenta Real, 1795.
- GOMEZ MARCOS, F. "Grupos y factores sanguíneos en la exclusión de la paternidad y en la identificación de las manchas de sangre". Separata correspondiente al núm. 64, I trimestre, 1953, de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.
- GONZALEZ ENRIQUEZ, M. "Reconocimiento forzoso de hijo natural. Posesión de estado". Comentario a la sentencia de 26 abril 1951. A.D.C., 1952, I. págs. 385 a 387.
- GONZALEZ PALOMINO, J. "Valor civil actual de las normas constitucionales (apuntes para un estudio jurídico)". R.D.P., 1933, Diciembre, págs. 393 a 404.
- GONZALEZ PEREZ, J. "La inscripción en el Registro Civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales". Reus, Madrid, 1954.
- GONZALEZ RUS, J. J. "El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito". A.D.P.C.P., 1979, Mayo-Agosto, págs. 381 a 426.
- GROSLIERE-COUPERET, J. "El nuevo Derecho francés de la filiación". Cuadernos de Derecho Comparado 2. La Reforma del Derecho de familia. Dpto. de

- Derecho Civil, II. Universidad de Salamanca, 1978.
- HEGNAUER, C. Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-359 CCS). Adptation français par Bernard Schneider. Editions Staempfli & Cie. S.A., Berne, 1984.
- HERNANDEZ GIL, F. "EL adulterio y los delitos de violación, estupro y rapto: su proyección sobre la filiación". LA LEY, 1980-1, págs. 1028 a 1037.
- HERRERA CAMPOS, R. "La filiación no matrimonial tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981". R.D.P., 1983, Marzo, págs. 3 a 57.
- HERVADA, J.
ZUMAQUERO, J. M^a Textos Internacionales de Derechos Humanos. EUNSA, Pamplona, 1978.
- HOLLEAUX, G. "Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français". R.I.D.C., 1953, n^o 3, págs. 475 a 496.
- HOLLEAUX, G. De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de Droit Comparé. Travaux et recherches de l'institut de Droit Comparé de l'Université de Paris. XXIX. Ed. Cujas, Paris, 1966.
- HOUIN, R. "Le progrès de la science et le droit de la preuve". R.I.D.C., 1953, n^o 1, págs. 69 a 75.
- HOYER, H. "Il nuovo diritto di filiazione austriaco". Riv. Dir. Civ., 1978, págs. 625 a 636.
- HUET-WEILLER, D. "La loi du 15 novembre 1976 complétant les dispositions transitoires de la loi du 3

- janvier 1972". Recueil D.S., 1977, Chr. II, págs. 7 a 12.
- HEUT-WEILLER, D. "Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation (A propos de quelques décisions récentes)". Recueil D.S., 1978, Chr. XLII, págs. 233 a 238.
- HUET-WEILLER, D. "Filiation naturelle". Recherche de la paternité. Art. 340 à 340-7. J. Cl. Civil. Ed. Techniques, S.A. Paris, 1980.
- HUET-WEILLER, D. "Le droit français de la filiation". La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes. Sous la direction de J. M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981.
- HUET-WEILLER, D. "Le Droit Français". Droit de la filiation et progrès scientifiques, par C. Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982.
- HUET-WEILLER, D. "L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (Commentaire de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'art. 334-8 c. civ.)". Recueil D.S., 1982, Chr. XXVII, págs. 185 a 192.
- HUET-WEILLER, D.
LABRUSSE, D.
VAN CAMELBEKE, M. "La filiation". Jurisprudence Française. Collection dirigée par le professeur R. Rodière. Librairies Techniques, Paris, 1981.
- JESTAZ, P. Personnes, famille. R.T.D.C., 1982, págs. 670 a 672.
- LABRUSSE, C. "Preface". Droit de la filiation et progrès scientifiques, par C.

Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982.

LACRUZ BERDEJO, J. L. "Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria". A.D.C., Julio-Diciembre, págs. 1100 a 1132.

LACRUZ BERDEJO, J. L.
SANCHO REBULLIDA, F. de A. Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones. Lib. Bosch, Barcelona, 1981.

LADRON DE CEGAMA FERNANDEZ, C. "Los hijos no matrimoniales y el Registro Civil". B.I.M.J., nº 1.341, de 15-marzo-1984.

LANFRANCHI, F. Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in Diritto romano. I. L'"agere ex Senatus consultis de partu agnoscendo". Zanichelli, Bologna, 1953.

LANFRANCHI, F. Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in Diritto romano. II. La c. d. presunzione di paternità. Zanichelli, Bologna, 1964.

LASSO GAITE, J. F. Crónica de la Codificación Española. 4- Codificación Civil. (Génesis e historia del Código). Vol. I y Vol. II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1979.

LEHMANN, H. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, Vol. IV. Traducido y anotado por J. M^a Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953.

LETE DEL RIO, J. M. Derecho de la persona. Tecnos, Madrid, 1986.

LIBERATI SCISO, C. "Tradizione e riforma del diritto di famiglia: dai codici

della Restaurazione al codice del 1942". *Rass. Dir. Civ.*, 1982, págs. 829 a 888.

- LLAMAS Y MOLINA, S. Comentario crítico, jurídico, literal a las Ochenta y tres Leyes de Toro. T. I. Imprenta y librería de Gaspar y Roig, editores. Madrid, 1853.
- LLEDO-YAGUE, F. "La impugnación contradictoria (art. 134 Cc.)" *LA LEY*, diario de 11-junio-1985.
- LLEDO-YAGUE, F. "Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad". *LA LEY*, diario de 28-enero-1986.
- LOPEZ Y LOPEZ, A. M. La posesión de estado familiar. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. *Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho - N° 12.* Sevilla, 1971.
- LOPES-ROCHA, M. A. "Nota sobre la reciente evolución del Derecho de familia en Portugal". *D.J. Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981. Vol. II, n° 33-36.* Enero-Diciembre 1982. págs. 1001 a 1009.
- LUCES GIL, F. *Derecho Registral Civil. Con modelos y formularios.* Ed. Bosch, Barcelona, 1980.
- LUCES GIL, F. "Exposición sintética del nuevo régimen de la filiación". *B.I.M.J. de 5-diciembre-1981.*
- MAJELLO, U. "Della filiazione illegittima e della legittimazione". Art. 250-290. *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca.* Zanichelli Editore, Bologna. Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma. 1974.

- MAJELLO, U. "Della filiazione naturale e della legittimazione". Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro primo: Persona e famiglia, art. 250-290. Zanichelli Editore, Bologna. Il Foro Italiano, Roma. 1982.
- MAMMUCARI, R.
LUZI, G. C. Il diritto di famiglia nelle decisioni della Corte Costituzionale. Università degli studi di Camerino. Istituto Giuridico. Milano, Giuffrè, 1968.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. Comentarios al Código Civil Español. T. I, arts. 1 a 153. Ed. corregida, aumentada y puesta al día por P. Marín Pérez. Reus, Madrid, 1956.
- MARIN PEREZ, P. "El reconocimiento de hijo natural y las acciones de filiación". R.G.L.J., 1941, II, págs. 241 a 256.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. La discriminación de la filiación extramatrimonial. Montecorvo, Madrid, 1977.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. El nuevo derecho de familia. T. II (Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales) -Teoría, norma y práctica-. Gráficas Espejo, Madrid, 1981.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. EL nuevo derecho de familia (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio). Gráficas Espejo, Madrid, 1981.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. "La familia en la Constitución española". R.D.P., 1981, Noviembre, págs. 963 a 986.

- MARTINEZ-CALCERRADA, L. "Impugnación contradictoria de la paternidad". LA LEY, 1982-3, págs. 781 a 783.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. "La posesión de estado en la filiación". LA LEY, 1982-3, págs. 766 a 768.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. "Admisión de demandas de filiación. Ordenación procesal de los litigios sobre filiación". LA LEY, 1982-4, págs. 1071 a 1073.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. "Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Diciembre de 1982 sobre reconocimiento de filiación extramatrimonial". LA LEY, diario de 6-septiembre-1983.
- MARTY, G.
RAYNAUD, P. Droit Civil. "Les Personnes", par P. Raynaud. Sirey, Paris, 1976.
- MASSIP, J. "La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire". Droit de la filiation et progres scientifiques, par C. Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982.
- MAZEAUD, H. "Una famille 'dans le vent': la famille hors mariage". Recueil D.S., 1971, Chr. XV, págs. 99 a 102.
- MAZEAUD, H., L. et J. Leçons de Droit Civil. T. I, Vol. III. Les Personnes (suite): Mariage. Filiation. Incapacités. Divorce et séparation de corps. Ed. Montchrestien, Paris, 1976.
- MAZZINGHI, J. A. Derecho de Familia. T. I. El matrimonio como acto jurídico. Con la colaboración de M. Loredó. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

- MELON INFANTE, C. "Reconocimiento de la paternidad natural". Comentario a la Sentencia de 8-octubre- 1951. A.D.C., 1952-II, págs. 367 a 377.
- MENGER, A. El Derecho Civil y los pobres. Versión española y precedida de un estudio sobre "El derecho y la cuestión social" por A. Posada. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.
- MENGONI, L. "La filiazione fuori del matrimonio". La riforma del Diritto di Famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972. Cedam, Padova, 1972.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. "Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux". La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes. Sous la direction de J. M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981.
- MICHAELIDES-NOUAROS, G. "La preuve de la paternité et le progrès de la science". R.I.D.C., 1957, n° 1, págs. 43 a 55.
- MIRAGLIA, C. "Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della personalità umana". Rass. Dir. Civ., 1981, págs. 1055 a 1065.
- MORENO, F. "Caducidad" (Voz). NEJSeix, T. III, ARREP-CED, 1951, págs. 497 a 507.
- MORI, V. L'azione di paternità naturale. Studio di diritto comparato. Società Editrice Libreria, Milano, 1903.

- MUCIUS SCAEVOLA, Q. Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca. T. III. Paternidad y Filiación. Alimentos entre parientes. Patria potestad. Adopción. Ausencia. Arts. 108 a 198. Reus, Madrid, 1942.
- NERSON, R. "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil". R.T.D.C., 1970, págs. 661 a 683.
- NERSON, R. Jurisprudence française en matière de Droit civil. Personnes et droits de famille. R.T.D.C., 1975, págs. 98 a 105.
- NERSON, R.
RUBELLIN-DEVICHI, J. Jurisprudence française en matière de Droit civil. Personnes et droits de famille. Filiation naturelle. R.T.D.C., 1982, págs. 584 a 600.
- OLIS ROBLEDA, S. J. El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Libreria Editrice Universita ' Gregoriana. Roma, 1970.
- OLTRA MOLTO, E. El hijo ilegítimo no natural. (Su situación jurídica). Montecorvo, Madrid, 1976.
- PAOLI, U. E. "Filiazione. Diritto attico". Noviss. Dig. It., VII, FALS-GO, Utet, 1961, págs. 303 a 308.
- PAUWELS, J. M. "Vers la réforme du droit belge de la filiation: le projet de la loi Van Elslande (1978)". La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes. Sous la direction de J. M. Pauwels. Bruylant, Bruxelles, 1981.

- PEDAMON, M. "La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime: Modèle pour une réforme du droit français?". Recueil D.S., 1970, Chr. XXXIII, págs. 153 a 158.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M. Comentarios a los arts. 112 a 141 Cc. "De la determinación y prueba de la filiación", Vol. I, y a las "Disposiciones Transitorias de la ley de 13 de mayo", Vol. II, en los Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Tecnos, Madrid, 1984.
- PERE RALUY, J. Derecho del Registro Civil. T. I. Aguilar, Madrid, 1962.
- PERE RALUY, J. "El nuevo derecho portugués de filiación (Código Civil de 1966, modificado por Decreto Ley de 6-octubre-1977)". B.I.M.J., n° 1125, 1978.
- PEREZ FERNANDEZ, A. "Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación". A.A.M.N., T. XXV, págs. 421 a 483.
- PESET REIG, M. "Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821". A.D.C., 1975, Enero- Marzo, págs. 29 a 100.
- PINTO RUIZ, J. "Investigación de la paternidad (Derecho Foral)". NEJSeix, T. XIII, Barcelona, 1968.
- PINTO RUIZ, J. "Investigación de la paternidad" R.J.C., 1968, Abril-Junio, págs. 289 a 341.
- PINTO RUIZ, J. "Introducción y comentario a los arts. 4 y 5 de la Compilación de Cataluña". Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,

dirigidos por M. Albaladejo. T. XXVII, Vol. 1°. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. 1981.

- PIRAS, S. "L'acertamento giudiziale della paternità naturale". Riv. Dir. Priv., 1941, II, págs. 234 a 242.
- PLANIOL, M. Traité Élémentaire de Droit Civil. T. I. Principes généraux. Les personnes. La famille. Les incapables. Les biens. Con la colaboración de G. Ripert. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1925.
- PORTERO SANCHEZ, L. "Constitución y política familiar". El hecho religioso en la nueva Constitución española. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto San Raimundo de Peñafort. Salamanca, 1979, págs. 287 a 328.
- POU DE AVILES, J. M. "El reconocimiento forzoso del hijo natural en el derecho español". R.J.C., 1951, Mayo-Junio, págs. 211 a 233.
- POU DE AVILES, J. M. Comentario de la Sentencia 9-Mayo-1961, de la Audiencia Territorial de Barcelona. R.J.C., 1962, págs. 193 a 195.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución. II. Aranzadi, Pamplona, 1982
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución. II. Aranzadi, Pamplona, 1985

- PROKOP, A. "Condition juridique des enfants nés hors mariage en RSF de Yougoslavie". Rapports Nationaux Yougoslaves au IX Congrès International de Droit Comparé. 1974.
- PUENTE MUÑOZ, T. "Reflexiones de una jurista en torno a la reforma del Derecho de familia en España". R.D.N., 1979, Abril-Junio, págs. 281 a 301.
- PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil. T. IV, Vol. II. Filiación. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela. Ed. Bosch, Barcelona, 1970.
- PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil. T. I, Vol. I. Parte primera. Parte general: Sujeto y Objeto del Derecho, por L. Puig Ferriol. Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil. T. IV. Familia. Matrimonio. Divorcio. Filiación. Patria Potestad. Tutela. Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- PUIG PEÑA, F. Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Derecho de Familia. Vol. III. Paternidad y Filiación. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971.
- RAMOS MENDEZ, F. Derecho Procesal Civil. T. I. Lib. Bosch, Barcelona, 1985.
- RAMOS MENDEZ, F. Derecho Procesal Civil. T.II. Lib. Bosch, Barcelona, 1985.
- RASSAT, M. L. "Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du Droit de la filiation". R.T.D.C., 1973, págs. 207 a 258, y 419 a 439.

- RAYMOND, G. "Volonté individuelle et filiation par le sang". R.T.D.C., 1982, págs. 538 a 559.
- RAYNAUD, P. "L'inegalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence?". Recueil D.S., 1980, Chr. I, págs. 1 a 8.
- RAYNAUD, P. "Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation: état du droit positif français". Droit de la filiation et progrès Scientifiques, par C. Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982.
- REMOND-GOUILLOUD, M. "La possession d'état d'enfant (A propos de la loi du 3 janvier 1972)". R.T.D.C., 1975, págs. 459 a 481.
- RIGAUX, F. "Aperçu de l'évolution du droit belge de 1803 à 1958". Le statut juridique de l'enfant naturel. Journée d'études juridiques Jean Dabin. Bruylant, Bruxelles, 1965.
- RIGAUX, F. "L'évolution du droit de la famille en Belgique". Mariage et Famille en question. Sous la direction de R. Nerson et H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf. C.N.R.S., Lyon, 1980.
- RIVERO HERNANDEZ, F. "La filiación en el Derecho Civil Especial de Cataluña". R.J.C., 1973, págs. 215 a 318.
- RIVERO HERNANDEZ, F. "La filiación en el Derecho Civil Especial de Cataluña". Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. T. II. Filiación y Adopción. Publicaciones de la Cátedra de

Derecho Civil Catalán "Durán I Bas". Barcelona, 1974.

RIVERO HERNANDEZ, F. "La Filiación". La reforma del derecho de familia del Código Civil español. Fascículo I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad. Instituto Nacional de Prospectiva. Madrid, 1979.

RIVERO HERNANDEZ, F. "La Filiación". El nuevo régimen de la familia. II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar. Civitas, Madrid, 1982.

ROCA I TRIAS, E. "La reforma de la Compilación Catalana". Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del derecho civil. Instituto Vasco de Administración Pública. Gráficas Santamaría, Vitoria, 1983.

RODRIGUEZ ADRADOS, A. "La evolución del derecho de familia en materia de filiación". R.D.N., 1975, Julio-Diciembre, págs. 281 a 434.

RODRIGUEZ ADRADOS, A. "La evolución del derecho de familia en materia de filiación". La evolución de la familia en materia de filiación y de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges. Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino. XIII Congreso, Barcelona, 1975. Gráficas Cóndor, Madrid, 1975.

RODRIGUEZ ADRADOS, A. "Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil". R.D.N., 1981, Julio-Diciembre, págs. 275 a 317.

- RODRIGUEZ DEVESA, J. M. Derecho Penal Español. Parte especial. Madrid, 1983.
- ROYO MARTINEZ, M. Derecho de Familia. Imprenta Suárez, Sevilla, 1949.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. La diminution de l'importance du mariage. "L'affaiblissement de la présomption de paternité". Mariage et Famille en question, sous la direction de R. Nerson. C.N.R.S., Lyon, 1978.
- RUBIO, E. "El artículo 135, in fine, del Código civil: nuevo criterio jurisprudencial". A.D.C., 1977, Enero-Junio, págs. 35 a 63.
- RUIZ VADILLO, E. "La filiación ilegítima en el Derecho español. Breve estudio crítico". Pretor, 1978, Enero-Marzo, n° 99, págs. 5 a 33.
- RUIZ VADILLO, E. "Esquema sobre una posible revisión parcial del Código Civil". A.D.C., 1979, Enero-Marzo, págs. 3 a 82.
- RUIZ VADILLO, E. "La Constitución española y el Derecho Civil". R.D.P., 1979, Marzo, págs. 233 a 255.
- RUIZ VADILLO, E. "Filiación, patria potestad y proceso en la ley de 13 de Mayo de 1981". Justicia 82, II, págs. 9 a 35.
- RUIZ VADILLO, E. "Responsabilidad civil y declaración de la filiación en los delitos contra la honestidad (art. 444 del Código penal)". Comentarios a la legislación penal, dirigidos por M. Cobo del Rosal. La reforma del Código penal de 1983. T. V. Vol. 2°. Ed. Revista de Derecho Privado.

Editoriales de Derecho Reunidas,
Madrid, 1985.

- RUSSO, L.
MAJELLO, U. "La riforma del regime della filiazione nel diritto francese". Riv. Dir. Civ., 1974, págs. 123 a 131.
- SALME, G. "Sulla rocorribilità per cassazione dei provvedimenti ex art. 274 C.Civ.". Foro it., 1981, I, 1294 a 1300.
- SALMON, D. "La preuve scientifique de la paternité. Etat de la science et deontologie". Droit de la filiation et progrès scientifiques, par C. Labrusse et G. Cornu. Economica, Paris, 1982.
- SALVAGE-GEREST, P. "Le domaine de la présomption 'pater is est' dans la loi du 3 janvier 1972". R.T.D.C., 1976, págs. 233 a 262.
- SANCHEZ ROMAN, F. Estudios de Derecho Civil. T. V. Segunda edición, reformada, corregida y aumentada. Vol. 2°. Derecho de Familia. Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid, 1912.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. "Estado civil" (Voz). NEJSeix, T. VIII, ECH-ESTADO EM. Barcelona, 1956.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. "El concepto de estado civil". Estudios de Derecho Público y Privado. Ofrecidos a D. Ignacio Serrano y Serrano. T. I. Estudios de Derecho Civil. Universidad de Valladolid, 1965, págs. 741 a 810.

- SANCHO REBULLIDA, F. de A. "Las clases de filiación en el Código Civil". R.G.L.J., 1969-II, págs. 42 a 56.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A.. Derecho de Familia II, por Lacruz Berdejo J. L. y Sancho Rebullida, F. de A. Lib. Bosch, Barcelona, 1975.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, por Lacruz Berdejo J. L. y Sancho Rebullida F. de A.. Lib. Boch, Barcelona, 1984.
- SANTAMARIA, J. Comentarios al Código Civil. I. Arts. 1 a 1087. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.
- SANTOS BRIZ, J. Derecho Civil. Teoría y Práctica. T. V. Derecho de Familia. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1982.
- SAVATIER, R. Cours de Droit Civil. T. I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1947.
- SAVATIER, R. "Parenté et prescription civile". R.T.D.C., 1975, págs. 1 a 11.
- SCARPELLO, G.
- STELLA RICHTER, M. Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile. Diretta da R. Nicolò. Libro primo. Giuffrè, Milano, 1951.
- SCHLOSSER, P. "La procédure relative aux affaires de mariage et filiation". Mariage et Famille en Question. Sous la direction de H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf. C.N.R.S., Lyon, 1980.
- SCHWIND, F. "L'évolution du droit de la famille en AUTRICHE". Mariage et

Famille en Question. Sous la direction de R. Nerson et H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf. C.N.R.S., Lyon, 1980.

SEMPERE DOMENECH, R.

GARCIA-ROMEU FLETA, I.

LEON SOLA, E. "La investigación de la paternidad en el Derecho español". A.E.J., VIII, Madrid, 1970.

SENER, M.

MARTINEZ HIGUERAS, A.J. Comentario a la sentencia de 13-VI-1979 (caso Marckx). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 Años de Jurisprudencia 1959-1983. Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, s/f págs. 536 a 562.

SERNA MEROÑO, E. La reforma de la filiación. Montecorvo, Madrid, 1985.

SERRA DOMINGUEZ, M. Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos. Ed. Nauta, Barcelona, 1963.

SERRA DOMINGUEZ, M. "Comentario al art. 1692 L.E.C.". Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984. Coordinados por V. Cortés. Tecnos, Madrid, 1985.

SOTO NIETO, F. Estudios Jurídicos Varios, II. "Equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial". Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 239 a 260.

STEINAUER, P. H. "L'évolution du droit de la famille en SUISSE". Mariage et Famille en Question. Sous la direction de R. Nerson et H. A. Schwarz-Liebermann von Whalendorf. C.N.R.S., Lyon, 1980.

- STOLL, H. "La evolución del Derecho privado alemán en el año 1969". Extracto y traducción de J. Santos Briz. R.D.P., 1970, Diciembre, págs. 1021 a 1039.
- TADVOSSIAN, V. "La famille, le droit et le développement social en U.R.S.S.". Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin. Bruylant, Bruxelles, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978.
- TOME PAULE, J. "Los procesos de filiación en novísimo Derecho Español". P.J., 1982, Marzo, págs. 75 a 80.
- TRABUCCHI, A. "Premessa", al libro La Riforma del Diritto di Famiglia. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967. Cedam, Padova, 1967.
- TRABUCCHI, A. "Natura, legge, famiglia". Riv. Dir. Civ., 1977, págs. 1 a 27.
- TRABUCCHI, A. "Presupposti e prove biologiche del rapporto di filiazione". Riv. Dir. Civ., 1978, págs. 404 a 409.
- VALDES, J. La procreación irregular y el derecho. Editora Nacional, Madrid, 1972.
- VALLEJO DE TORRES, G.
 ALONSO ALONSO, A.
 GASCO ALBERICH, P.
 ITURRALDE PARDO, M.J.
 MONTESINO SEMPER, M.
 SAIN DE ROBLES SANTA CECILIA, I.
 SANCHO RUIZ, M. "Prueba médico-legal en las acciones de filiación". A.C.

1986, n° 43, págs. 2989 a 3010, y
n° 44, págs. 3061 a 3078.

VALLTERRA FERNANDEZ, L. Derecho Nobiliario Español.
Ministerio de Justicia. Madrid,
1982.

VALVERDE Y VALVERDE, C. Tratado de Derecho Civil
Español. T. IV. Parte Especial.
Derecho de Familia. Talleres
Tipográficos "Cuesta".
Valladolid, 1938.

VIDAL MARTINEZ, J. El hijo legítimo. Su concepto y
determinación en el Código Civil
español. Montecorvo, Madrid,
1974.

VILAR BADIA, R. "Una reforma legislativa
inaplazable: la filiación
extramatrimonial". R.J.C., 1976,
Abril-Junio, págs. 355 a 395.

VIOLANTE, A. "La filiazione legittima e le
azioni di stato". Dir. fam. e
pers., 1979, págs. 921 a 963.

VOIRIN, P. Manuel de Droit Civil. Capacité.
T. I. Introduction. Personnes.
Famille. Biens. Obligations.
Suretés. Dix-huitième édition par
G. Goubeaux. Librairie Générale
de Droit et de Jurisprudence.
Paris, 1974.

VOLTERRA, E. "Filiazione. Diritto romano".
Noviss. Dig. It., VII, FALS-GO.
Utet, 1961, págs. 308 a 309.

WAHL, A. "La recherche de la paternité
d'après la loi du 16 Novembre
1912". R.T.D.C., 1913, págs. 5 a
105.

ZATTI, P. "Il diritto di famiglia nel
Progetti di riforma". Riv. Dir.
Civ., 1970, págs. 365 a 406.

I N D I C E

INDICE

	<u>Pág.</u>
<u>INTRODUCCION</u> .-	II
<u>PRIMERA PARTE.- ANTECEDENTES Y PRESUPUESTOS.-</u>	
<u>CAPITULO I.-</u>	
<u>CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RECLAMACION.-</u>	
1.- La declaración judicial de la filiación	3
2.- La acción de reclamación como acción de estado	11
3.- Concepto. Ambito. Fundamento	14
NOTAS	22
<u>CAPITULO II.-</u>	
<u>EVOLUCION HISTORICA DE LAS ACCIONES DE RECLAMACION.-</u>	
1.- Derecho histórico español: Fueros. Partidas. Leyes de Toro	31
2.- Proyectos de Código españoles del siglo XIX.	
2.1.- El peso de la tradición histórica española: el Proyecto de 1821	36
2.2.- El Proyecto de 1836: los atisbos de la influencia francesa	40
2.3.- Los Proyectos de Código de la 2 mitad del siglo XIX:	43
2.3.1.- El Proyecto de 1851	44
2.3.2.- El Proyecto de 1869	48
2.3.3.- El Proyecto de 1882	50
3.- El Código de 1889	51

3.1.- La acción de reclamación de la filiación legítima	53
3.2.- El establecimiento judicial de la filiación ilegítima	67
3.2.1.- La reclamación de la paternidad natural	70
3.2.2.- La reclamación de la maternidad natural	82
3.2.3.- El régimen jurídico de las acciones .	84
3.3.- La acción de alimentos de la filiación ilegítima no natural	87
NOTAS	92

CAPITULO III.-

IA REFORMA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE DETERMINACION JUDICIAL DE LA FILIACION.-

1.- Consideraciones preliminares. Las razones de la reforma:	137
1.1.- Documentos internacionales que inciden sobre la condición de los hijos, principalmente extramatrimoniales	140
1.2.- La situación en el Derecho Comparado	141
1.3.- La Constitución española de 1978	143
2.- La Ley 11/1981, de 13 de Mayo	149
2.1.- Los principios inspiradores de la Ley	151
2.1.1.- El principio de igualdad	152
2.1.2.- El principio de verdad biológica	155
2.2.- La estructura	159
NOTAS	162

<u>SEGUNDA PARTE.- REGIMEN JURIDICO.-</u>	185
<u>CAPITULO IV.-</u>	
<u>IAS ACCIONES DE RECLAMACION Y EL PROCESO.-</u>	
1.- Competencia y procedimiento	191
2.- Las medidas cautelares del art. 128 Cc.	194
3.- El requisito de admisibilidad de la demanda	201
3.1.- Consideraciones generales	201
3.2.- El "giudizio preliminare de ammissibilità" de la acción en el Código Civil italiano. Evolución histórica	205
3.3.- Exégesis del segundo párrafo del art. 127 Cc.	210
3.3.1.- Finalidad de la norma	210
3.3.2.- ¿Qué ha de entenderse por "principio de prueba"?	215
3.3.3.- Efectos:	216
3.3.3.1.- Admisión a trámite de la demanda	216
3.3.3.2.- Inadmisión de la demanda ..	217
NOTAS	220
<u>CAPITULO V.-</u>	
<u>LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE RECLAMACION DE LA FILIACION.-</u>	
1.- Planteamiento	238
2.- Las pruebas biológicas. El primer párrafo del art. 127	242
2.1.- Tipos de pruebas biológicas:	245

2.1.1.- Las pruebas heredo-biológicas o antropomorfológicas	250
2.1.2.- La prueba del grado de madurez del recién nacido o de duración del embarazo	251
2.1.3.- La prueba de los grupos sanguíneos ..	253
2.2.- El régimen jurídico de la prueba:	255
2.2.1.- Naturaleza de la prueba biológica ...	255
2.2.2.- Personas legitimadas para proponer la prueba	257
2.2.3.- El objeto de la prueba	260
2.2.4.- El recurso de casación en relación con la prueba biológica	267
2.3.- Los inconvenientes de las pruebas biológicas. La negativa al sometimiento	269
3.- Las presunciones de paternidad del art. 135	282
3.1.- Consideraciones generales	282
3.2.- Los particulares supuestos de los que se presume la paternidad o la maternidad	290
3.2.1.- El reconocimiento expreso o tácito ..	290
3.2.2.- La posesión de estado	298
3.2.3.- La convivencia con la madre en la época de la concepción	305
3.2.4.- Otros hechos que permitan presumir la filiación	318
3.3.- La "exceptio plurium concubentium"	328
NOTAS	336

CAPITULO VI.-LOS SUJETOS Y EL TIEMPO EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES.-

1.- Los sujetos intervinientes en el ejercicio de las acciones	402
1.1.- Lado activo:	402
1.1.1.- Con posesión de estado:	404
1.1.1.1.- Cualquier interesado legítimamente	404
1.1.1.2.- La excepción del segundo párrafo del art. 131	412
1.1.2.- En ausencia de posesión de estado: ..	414
1.1.2.1.- El hijo. Examen del art. 129	414
1.1.2.2.- El padre o la madre	421
1.1.3.- El ejercicio de las acciones de reclamación por los herederos	426
1.1.3.1.- Alcance de la expresión "herederos"	429
1.1.3.2.- Supuestos en que están llamados a actuar:	430
1.1.3.2.1.- Continuación de la acción ya entablada	430
1.1.3.2.2.- Iniciación de la que corresponda al hijo	432
1.2.- Lado pasivo	437

2.- El tiempo y su influencia en el ejercicio de las acciones	438
2.1.- Cuestiones preliminares	438
2.2.- Análisis de los concretos plazos	442
2.3.- Las Disposiciones Transitorias de la Ley de 13 de Mayo de 1981	447
NOTAS	455
<u>CONCLUSIONES</u> .-	476
<u>SENTENCIAS CITADAS EN EL TEXTO</u> .-	486
<u>GUIA DE ABREVIATURAS</u> .-	491
<u>BIBLIOGRAFIA</u> .-	496