

## CAPITULO XXVII

### Filiación

#### § 115.—*Filiación legítima*

Brugi, *Ist.*, § 81; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 399; Chironi, *Ist.*, II, §§ 388-391; Zachariae, *Man.*, III, §§ 515-517; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 524-545; Planiol, *Traité* I, números 1.363 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 513-521 (1).

El estado familiar más perfecto, el que genera mayor número de relaciones personales y patrimoniales, es el estado de hijo legítimo. De aquí la importancia de las normas legales que presiden la adquisición y la comprobación de tal estado, y la minuciosidad con que el Código fija los requisitos de la filiación legítima, concediendo acciones para reclamar el estado de hijo legítimo para contestarlo o desconocerlo y regulando su ejercicio. Para comprender bien la materia y para interpretar y aplicar rectamente las disposiciones del Código en la variedad múltiple de casos, precisa tener muy presentes los principios en que tales normas se inspiran.

La filiación legítima viene determinada por la procreación del hijo por obra de dos personas unidas en matrimonio. Esto que a primera vista parece un hecho sencillo y fácilmente comprobable es, por el contrario, muy complejo y no siempre susceptible de prueba. Deben, en efecto, concurrir para su determinación las siguientes condiciones: 1), matrimonio válido de los padres; 2), la maternidad, o sea que el hijo haya nacido de la mujer que asegura ser su madre; 3), la paternidad, o sea que el hijo haya sido concebido por obra del hombre que asegura ser

(1) Para un estudio más analítico: Dusi, *Filiazione e adozione* (en la col. de Fiore), 2.<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1911.

su padre. La falta de uno de estos tres requisitos determina la ilegalidad o la posibilidad de hacer declarar ésta mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento o de la acción de contestación del estado de hijo legítimo. Si concurren los tres, corresponde al hijo la cualidad de legítimo, pudiendo hacer valer este estado mediante la acción de reclamación del mismo. Importancia grande ofrece el establecimiento de los medios de prueba de cada uno de estos requisitos, los cuales, por la naturaleza distinta de los hechos a que se refieren, están regidos por principios diversos.

1) El *matrimonio* que debe ser anterior al nacimiento y a la concepción del hijo, se prueba como cualquier estado personal familiar mediante el acta del estado civil. Sin embargo, por el *favor legitimitatis* se admite, en lugar del acta del estado civil, la posesión del estado de hijo legítimo que sea conforme al acta de nacimiento del mismo; es decir, que si dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer sin que su matrimonio esté acreditado por la correspondiente acta de estado civil, han procreado un hijo y éste es declarado en el acta de nacimiento como hijo de dichos padres y ha gozado de tal condición, este goce hace inimpugnable su estado de legitimidad, pues la posesión de estado suple la falta de prueba del matrimonio anterior (art. 120). También es lógico que el matrimonio deba preceder al nacimiento y a la concepción: no es el nacimiento, sino la procreación dentro del matrimonio, lo que se requiere para la legitimidad del hijo, y la procreación equivale a concepción. Del mismo modo que puede ser legítimo el hijo nacido después de disuelto o anulado el matrimonio, puede ser legítimo el nacido *durante* el matrimonio concebido *antes* de la celebración de éste. Esto da lugar a situaciones especiales que examinaremos más adelante.

2) La *maternidad* es un hecho cierto de prueba fácil. Se prueba por el parto: madre es quien da a luz al hijo, y esto es un dato que consta de modo cierto y frente al cual pierde importancia el hecho anterior de la concepción. Lo que puede resultar incierto es si el hijo de cuya legitimidad se trata es preci-

samente aquel que dió a luz la mujer; por eso precisamente cuando se trata de filiación natural y de hijo que investiga la maternidad, la ley exige que el hijo pruebe ser el mismo que la mujer dió a luz (art. 190). En la filiación legítima esta prueba se ofrece mediante el acta de nacimiento, que puede ser impugnada probando la sustitución o suposición del parto (art. 361 del Código penal). En defecto del acta de nacimiento vale la posesión de estado, o sea el haber sido quien afirma ser hijo de la madre, considerado y tratado en la familia y en las relaciones externas como hijo de la mujer cuya maternidad se pretende (artículos 171 y 172).

3) La *paternidad* es, por el contrario, un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba, sustrayéndose siempre a la prueba directa, pues la paternidad se determina por la concepción, y la generación está siempre envuelta de misterio. La ley se ve forzada a recurrir a una presunción limitada a fin de salvar al mismo tiempo el interés del individuo y el orden familiar. La presunción derivada del Derecho romano (1) consiste en reputar padre al marido de la mujer que ha dado a luz al hijo: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*. Pero concebida con esta amplitud la presunción es infundada, pues el hecho del nacimiento dentro del matrimonio puede no corresponder a la generación por obra del marido. Puesto que debe tenerse en cuenta la concepción y relacionar con ésta la generación, dicha presunción se transforma en la siguiente, acogida por el art. 159: «El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio».

Sin embargo, tampoco esta norma es suficiente, porque dada la variable duración de la gestación y no siendo posible inducir la concepción del nacimiento, puede dudarse de si el hijo fué concebido durante el matrimonio, antes de su celebración o después de su disolución o anulación. La ley recurre a una segunda presunción, teniendo en cuenta las doctrinas hipocráticas y los precedentes romanos (2) que asignaban a la gestación un térmi-

(1) Tr. 4, § 3, 5, D. 2, 4: «*quia (mater) semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*».

(2) Fr. 12, D. 1, 5: *Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi Viri Hippocratis: et ideo creden-*

no mínimo de seis meses y uno máximo de diez, estima (contra los postulados de las ciencias biológicas) que la concepción debe caer entre el 180° y 300° día anterior al nacimiento, excluyéndose. por tanto, que la gestación pueda durar menos de ciento ochenta y más de trescientos días. Aplicando este principio al nacimiento que tiene lugar dentro del matrimonio, se deduce la norma establecida en el art. 160: se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido no antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración, ni después de los trescientos siguientes al de la disolución o anulación. Ambas presunciones se complementan, y mientras la primera admite la prueba en contrario, la segunda la excluye por tener carácter absoluto y ser norma de orden público.

De estas premisas derivan los siguientes principios:

a) El hijo legítimo tiene por madre la mujer que lo concibió durante el matrimonio, y por padre el marido de ésta.

b) El marido es padre legítimo siempre que el hijo nazca durante el matrimonio y en el tiempo que media entre 180° día posterior a la celebración y el 300° día siguiente a la disolución.

c) El hijo nacido en el período antedicho ostenta (respecto al padre) una legitimidad que no puede ser destruída con pruebas tendentes a demostrar que en el caso concreto de que se trate, la gestación fué más breve o más larga que la fijada en la ley: solamente podrá ser destruída tal legitimidad probando la imposibilidad del marido para engendrarlo (1). A esto tiende la acción de *desconocimiento de la paternidad*.

d) El hijo nacido fuera del período predicho no es sin más ilegítimo, sino que se presume legítimo en tanto no se impugne su estado aparente de legitimidad. Si nació antes del momento inicial del período (o sea dentro de los ciento ochenta días que siguen a la celebración del matrimonio), habrá que afirmar, teniendo en cuenta los términos máximos y mínimos de la ges-

*dum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.*

(1) Un caso extraordinario constituye aquel en que la viuda, infringiendo la prohibición de contraer nuevo matrimonio antes de haber transcurrido los diez meses desde la muerte del marido, se casa por segunda

tación, que tal hijo no fué procreado por el marido de la mujer. Sin embargo, por el *favor legitimitatis* la ley lo presume legítimo (1), pero otorga al marido el derecho de negar su paternidad sin necesidad de prueba, bastando el hecho de no haber sido concebido dentro de matrimonio. A esto tiende la acción de *denegada paternidad*, que es la misma acción de desconocimiento. Si nació después del momento terminal del período, o sea después de los trescientos días siguientes a la extinción del matrimonio, la legitimidad queda sin más excluida, pero precisa hacer constar la ilegitimidad, y a ello tiende la acción de *contestación de la legitimidad*.

e) La filiación legítima se prueba mediante el acta de nacimiento inscrita en el Registro del estado civil (art. 170). Este acta, que debe indicar la madre el día y la hora del parto, la persona a quien la mujer está unida en matrimonio, constituye, juntamente con el acta de matrimonio de los padres, el título de legitimidad del hijo. Este título no excluye, sin embargo, la prueba contraria.

f) Cuando falta este título, la legitimidad puede fundarse en la posesión continuada del estado de hijo legítimo (art. 171); al estado de hecho se atribuye idéntico valor que al derecho basado en el título. Esta posesión de estado resulta—como establece el art. 172—de una serie de hechos que en su conjunto sirvan a probar la relación de filiación y la de parentesco entre el hijo y la familia a la cual pretende éste pertenecer. La doctrina tradicional se sintetiza en la fórmula *nomen, tractatus, fama*; y el Código (art. 172), al reproducirla, declara que de estos hechos son: el haber llevado siempre el hijo el apellido del padre que pretende tener; el haberlo tratado el padre como hijo suyo, y el haber proveído a su manutención, educación y colocación;

vez y da a luz dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido. ¿A qué marido deberá atribuirse la paternidad? Estando en tal caso en conflicto dos presunciones iguales, la solución dependerá de las particulares circunstancias concurrentes.

(1) Otros autores sustentan distinta opinión; para un resumen de todas y de las cuestiones que se plantean, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 464, n. e.

el haber sido constantemente reconocido por la sociedad como hijo de tal padre y el haber sido también reconocido como tal en el seno de la familia.

*g)* Si concurren el título y la posesión de estado, siendo ésta conforme al acta de nacimiento, habrá una presunción absoluta de legitimidad, contra la cual nadie puede promover impugnación: ni el hijo reclamando un estado distinto, ni los padres u otras personas (art. 173); la legitimidad en este caso subsiste aun cuando no se pueda probar el matrimonio de los padres (art. 120). Se debe exceptuar siempre el caso de haber mediado delito de suposición o de sustitución de parto (artículos 361-363 del Código penal).

*h)* Si, por el contrario, título y posesión de estado son discrepantes, es decir, si del acta de nacimiento resulta una filiación diversa de la que se deduce de la posesión de estado, aquélla prevalecerá sobre ésta, porque la posesión es subsidiaria del título (art. 171).

*i)* Si faltan el acta de nacimiento y la posesión de estado, la prueba de la filiación podrá ser testifical (art. 174), pero no se admitirá dicha prueba de testigos sino cuando haya un principio de prueba por escrito o cuando las presunciones o indicios resultantes de hechos ciertos sean bastante graves para justificar su admisión (art. 174, párrafo 1.º). El principio de prueba por escrito consiste en documentos familiares, registros o papeles privados del padre o de la madre, documentos públicos o privados provenientes de una de las partes empeñadas en el litigio o de quien tendría interés en el mismo si viviese (art. 175). La misma norma rige, es decir, se admite con dichas restricciones la prueba testifical, cuando el hijo hubiere sido inscrito con falsos nombres o como nacido de padres inciertos, o cuando hubiere habido suposición o sustitución de parto, aunque en estos dos últimos casos exista un acta de nacimiento conforme con la posesión de estado (art. 174).

*j)* Finalmente, como al padre se concede el derecho de denegar o de desconocer la paternidad o de contestar el estado legítimo o la legitimidad, también se otorga al hijo una acción

para hacer reconocer el propio estado legítimo cuando tuviere uno distinto del que legalmente le corresponde.

*Acciones de estado.*—Las nociones que preceden preparan la vía para la inteligencia del complejo sistema que la ley ha acogido relativo a las acciones de estado. Estas son de dos especies: tendentes a privar al hijo de un estado familiar que no le corresponde, contestando su legitimidad (*acciones de contestación de estado* en sentido lato), o tendentes a procurar la adquisición del estado de hijo legítimo a quien carece de dicho estado (*acciones de reclamación de estado*). Las primeras son varias, responden al especial objeto o supuesto de la demanda, competen al presunto padre, a los padres, a los parientes y a los terceros interesados, según los casos, y se ejercitan contra el hijo; la otra es única y corresponde al hijo contra el padre, la madre o ambos padres.

A. *Acciones de contestación de estado.*—Según las disposiciones del Código, éstas son tres y distintas, en realidad la distinción no es muy racional ni del todo clara. Para justificarla y explicarla se aduce que dichas acciones tienen contenido diverso y que se fundan en distintos supuestos: una tiende a excluir las presunciones de paternidad (*acción de desconocimiento o de denegada paternidad*); la otra a impugnar la maternidad (*acción de contestación del estado de hijo legítimo*); la tercera a impugnar los datos sobre que se funda la legitimidad (*acción de contestación de legitimidad*). Un análisis más profundo demuestra que la distinción, o cuando menos *esta* clasificación, es intrínsecamente imperfecta y oscura.

a) *Acción de desconocimiento y de denegada paternidad.*—Puesto que la paternidad se funda en la presunción de que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio (artículo 159), hay que conceder a dicho marido el derecho de destruir tal presunción probando que durante todo el período legal de concepción se hallaba en la imposibilidad de procrear. El marido puede, pues, *desconocer* al hijo no propio; la ley, sin embargo, ha supeditado este derecho a determinadas garantías y previsto los casos en que puede ejercitarse la acción de desconocimiento.

Las causas que hacen ejercitable dicha acción son las siguientes:

1) La imposibilidad física de tener relaciones sexuales con la mujer; el marido debe probar que durante todo el período legal de concepción, o sea en el tiempo comprendido entre el trescientos y el ciento ochenta días de los que preceden al nacimiento, se hallaba en la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer por alejamiento (viaje a tierra lejana, emigración, detención) o por otro accidente (enfermedad grave, castración, art. 162) (1).

2) La impotencia manifiesta: el Código (art. 164) se refiere de modo negativo a este caso, declarando que el marido no puede negarse a reconocer al hijo alegando su impotencia, a no ser que se trate de impotencia manifiesta. Nótese que la ley no menciona los otros requisitos (perpetua, anterior al matrimonio), exigidos por el art. 107, que deben, en cambio, concurrir precisamente cuando se trate de anulación del matrimonio; y es natural que así sea, pues para excluir la paternidad basta una impotencia adquirida posteriormente y transitoria, con tal que tal impotencia se dé durante todo el período legal de concepción (2).

3) La separación personal legal: también en este caso, si se prueba que durante el tiempo comprendido entre el trescientos y el ciento ochenta días de los anteriores al nacimiento, los con-

(1) Sobre el modo de entender la expresión «otro accidente» surgen discusiones especialmente porque si debieran comprenderse en ella casos de ineptitud física para la copulación o sea impotencia temporal o permanente habría una contradicción del art. 164 o una repetición inútil. Para el resumen de las distintas explicaciones véase Venzi en *Pacifici-Ist.*, VII, pág. 482, núm. 9.º; Chironi, *Quest. dir. civ.*, IV, páginas 115 y siguientes.

(2) Pero además de la diferencia indicada, ¿debe estimarse que la impotencia de que aquí se trata es distinta de la prevista en el art. 107, o sea que a los fines del art. 164 deba admitirse además de la *impotentia coeundi la imp. generandi*? Si por «manifiesto» debe entenderse la perceptible con los sentidos, debería excluirse la *imp. generandi*: así lo interpretan algunos, Pero como dijimos en otro lugar, «manifiesta» es la patente, clara, cierta, aun cuando para probarla sea necesario el auxilio de las

yuges vivieron legalmente separados, habrá que excluir la paternidad del marido; pero la acción no es ejercitable si en dicho período hubo reunión—aunque sólo fuese temporal—de los cónyuges.

4) El adulterio de la mujer, concurriendo con la ocultación del nacimiento; el adulterio por sí solo no basta, porque a lo sumo podría originar duda en cuanto a la paternidad, y, en la duda, hay que decidirse en favor de la legitimidad del hijo. La ley es aquí especialmente rigurosa, y desconfiando de la mujer que puede, por su ilícita pasión, ser inducida a mentir, niega que la simple confesión de la madre baste por sí sola a excluir la paternidad del marido (art. 165). Precisa; pues, que con el adulterio concorra el hecho grave de la ocultación del nacimiento por la mujer, y si con estos dos, que por sí solos bastarían (1), concurren otros hechos (entre éstos la confesión de la madre), podrán todos ellos ser alegados y probados con cualquier medio de prueba, incluso por testigos, sin necesidad de prueba inscrita y sin necesidad de haber ejercitado previamente la acción de adulterio.

Esta acción corresponde personalmente al marido; pero si éste muere sin haberla promovido, pueden ejercitarla sus herederos (art. 167). Sin embargo, su ejercicio está sujeto a términos

ciencias biológicas y médicas. Por tanto puede serlo también la *imp. generandi*. La cual es también invocable en este caso porque la finalidad de la acción de desconocimiento es distinta de la que se persigue con la anulación del matrimonio; en dicha acción de desconocimiento entra en juego el hecho de la generación; este hecho se excluye cuando se pruebe la incapacidad del marido para engendrar, la cual implica necesariamente la paternidad de otro hombre.

(1) Muchos autores estiman insuficientes estos dos hechos y exigen la concurrencia de una tercera condición que puede consistir en hechos diversos sintetizables todos en la fórmula «imposibilidad moral de la cohabitación». Pero esta exigencia no deriva de la ley: el art. 165 alude a otros hechos corroborantes de la prueba de que el hijo no es del marido, y a la inversa, la ausencia de tales hechos puede originar en el juez la duda de que no obstante el adulterio y la ocultación del nacimiento, el hijo es efectivamente del marido. Véase para un resumen de las distintas opiniones, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 489, núm. 5.

breves y rigurosos de caducidad (1); el marido debe ejercitarla dentro de los dos meses siguientes al nacimiento, si se halla en el mismo lugar en que el hijo hubiere nacido, o dentro de los tres meses siguientes a su regreso a dicho lugar o a aquel en que estuviere establecido el domicilio conyugal si estuvo alejado de dichos lugares, o dentro de los tres meses siguientes al descubrimiento del fraude cuando le hubiese sido ocultado el nacimiento (art. 166); se otorga a los herederos la facultad de promover la acción si el marido se hubiese muerto dentro de los términos señalados para el ejercicio de aquélla; pero, en tal caso, deberán promoverla dentro de los dos meses siguientes al día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del difunto o a aquel en que los herederos mismos hubiesen sido perturbados en su posesión por dicho hijo (art. 167). La acción se ejercita contra el hijo si es mayor de edad o contra un curador especial nombrado al hijo menor o interdictado por el Tribunal que entiende en el litigio. En éste será siempre parte la madre (artículo 168).

Difiere un poco de la anterior la acción que en sentido estricto puede llamarse de *denegada paternidad*, si bien en cuanto a los términos y a la legitimación activa y pasiva sea en todo semejante a la otra. En efecto, mientras aquélla procede cuando la concepción cae dentro del período legal, ésta supone que el hijo nacido dentro del matrimonio haya sido concebido antes, o sea, que nazca antes de haber transcurrido ciento ochenta días después de la celebración, es decir, antes del transcurso del período mínimo legal de gestación. El marido, en este caso, puede sin más rechazar una paternidad que la ley no le atribuye. Sin embargo, la presunción de paternidad resurge y la acción es excluída por dos órdenes de hechos que implican aquiescencia del marido e implícito reconocimiento del hijo o que extinguen el interés de accionar. Cesa este interés si el parto es declarado no viable (art. 161, núm. 3.º); hay implícito reconocimiento cuando el marido sepa el embarazo de su mujer antes del matrimonio o

(1) Ascoli, *Azione ed eccezione di disconoscimento di paternità* (*Foro it.*, 1920, I, pág. 230); id. *Riv. dir. civ.*, XI, 1919, pág. 559.

cuando conste en el acta de nacimiento que el marido asistió a la extensión de dicha acta personalmente o mediante mandatario autorizado a ello por documento auténtico (art. 161, números 2.º y 3.º).

b) *Acción de contestación de legitimidad*.—Un caso opuesto y paralelo al examinado últimamente al estudiar la acción de denegada paternidad es el de que el hijo resulte también concebido fuera del período legal de concepción, naciendo después de transcurrido el período máximo de gestación, o sea, después de los trescientos días siguientes a la disolución o anulación del matrimonio. Ninguna presunción de legitimidad favorece en este caso el nacimiento del hijo (1). Por tanto, el marido y sus herederos y cualquiera interesado puede contestar la legitimidad del hijo sin límites de tiempo y exentos de todo rigor de prueba (artículo 169).

c) *Acción de contestación del estado legítimo*.—Tiene lugar cuando se impugna el estado, ya adquirido de hijo legítimo, ya se apoye éste sobre un título, ya sobre la posesión de estado, pero solamente en uno o en otro. Si concurren ambos (título y posesión de estado) se admitirá también la impugnación cuando el estado de legítimo se hubiere adquirido en virtud de sustitución o de suposición de parto. En substancia: mediante esta acción se impugna la maternidad, ya que todos los casos posibles de impugnación de la paternidad son supuestos de una u otra de las anteriores acciones. Dicha acción es imprescriptible y puede ser ejercitada por cualquier interesado.

B. *Acción de reclamación de estado*.—El hijo que tenga un estado distinto del que le compete está facultado para ejercitar

(1) Otros autores opinan que también aquí se da una presunción de legitimidad porque no habiendo impugnación, el hijo goza de la condición de legítimo; otros en cambio opinan que tal hijo es ilegítimo de pleno derecho. Creemos que ninguna de estas dos opiniones es aceptable. Lo cierto es que el hijo nacido después de los trescientos días goza de hecho de la legitimidad en tanto no se ejercite la acción, pero no porque la ley lo presuma legítimo, sino porque el hijo es puesto en posesión de dicho estado y continúa en él mientras no sea despojado legalmente de tal posesión. Vid. Dusi, *Filiazione*, páginas 248 y siguientes.

la acción de reclamación de la legitimidad que le corresponda. Supuesto de esta acción es que el hijo carezca de título, es decir, que su acta de nacimiento lo declare procreado por otros o por desconocidos; con menos palabras, que haya sido inscrito en los registros con nombres falsos, y, además, que carezca de posesión de estado o que tenga una no conforme al título. Pues si título y posesión son concordantes, no es posible la reclamación, por el principio de que nadie puede reclamar un estado distinto del que le atribuye el título y la posesión de estado concordantes (artículo 173). Excepcionalmente, siendo título y posesión concordantes, se admite la reclamación cuando hubiere habido suposición o sustitución de parto (art. 174).

El hijo que reclame estado debe, por lo que respecta a la maternidad, probar el parto de la mujer y que él es el mismo que la mujer dió a luz (art. 190); en orden a la paternidad, deberá probar la existencia de un matrimonio válido y la concepción de la madre dentro del período legal. Todo medio de prueba es admitido, incluso el de testigos, siempre que haya un principio de prueba por escrito o presunciones graves o indicios resultantes de hechos ciertos (artículos 174 y 175). La acción es personal del hijo e imprescriptible para él (art. 177). Promovida por él, podrá ser proseguida por los herederos y descendientes; si el hijo no la hubiere promovido, los herederos y descendientes no podrán intentarla (art. 178). Debe exceptuarse el caso de que el hijo que no reclamó haya muerto siendo menor de edad o dentro de los cinco años siguientes a su mayor edad; la ley, en tales hipótesis, concede a los herederos y descendientes la facultad de promoverla (art. 178), pero sin la ventaja para ellos de la imprescriptibilidad; treinta años después de la muerte del hijo la acción se extinguiría (art. 177) (1).

(1) Toda sentencia definitiva que dictada a consecuencia del ejercicio de las dichas acciones declaren el estado de filiación atribuyéndolo a quien lo reclamaba o negándolo a quien de él gozaba, tienen eficacia universal, crean estado contra todos: no es posible aplicar aquí el principio del art. 1.351, a saber: que la autoridad de la cosa juzgada sólo se da para quienes hubieren sido parte en el juicio. Ved. Coviello, *Dei iudica-*

§ 116.—*Filiación natural*

Brugi, *Ist.*, §§ 84-85; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 511; Chironi, *Ist.*, II, §§ 392, 408, 410; Zachariae, *Man.*, III, §§ 535-543; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 565-572; Planiol, *Traité.*, I, números 1.368 y siguientes, 1.464 y siguientes, 1.549 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 522.

La filiación natural es la antítesis de la legítima, de los requisitos fundamentales de ésta: matrimonio y generación; falta en aquélla el primero, ya que el hijo nace de personas no unidas entre sí por vínculo conyugal. Pero la ilegitimidad, que es consecuencia del defecto de matrimonio entre los padres, asume dos modalidades, según que dicho matrimonio fuera posible o no lo fuera por existir un impedimento absoluto como el parentesco. o

*ti di stato* (*Arch. Giur.*, XLVII, 1891, páginas 153 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 407, n. d. d.

NOTA DEL TRADUCTOR. —La filiación legítima—que confiere derecho al hijo a llevar los apellidos del padre y de la madre: a recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes en su caso o de los hermanos y a la legítima y demás derechos sucesorios que el Código le reconoce (art. 114)—nace, en la gran dificultad de fijar con exactitud por quién y en qué momento el hijo fué concebido, de las presunciones establecidas en los artículos 108, § 1.º y 110 de nuestro Código (160 y 161 del italiano). Por el primero son tenidos como legítimos «los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges», y por el segundo se concede idéntica presunción en favor de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio si concurriese alguna de estas circunstancias: 1.ª Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer. 2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera un apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz. 3.ª Haber reconocido el hijo como suyo expresa o tácitamente. Y aun los nacidos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o separación de los cónyuges si el padre o sus herederos no desconociesen su legitimidad serán también tenidos como legítimos (art. 111).

Contra estas presunciones sólo prevalecerá la acción de impugnación o la de desconocimiento de legitimidad válidamente ejercitadas; la primera establecida para los casos de los artículos 108 y 110 y la de desconocimiento para el del art. 111. Estas acciones corresponden al padre y en su defecto a sus herederos cuando aquél falleciese antes de vencer el término para demandar la impugnación o durante la sustanciación del juicio o si el hijo nació después de la muerte del padre (artículos 112 del Código civil español y 167 del Código civil italiano). La acción de impugnación ha de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscrip-

la afinidad en línea recta, o el segundo grado de la colateralidad, o el precedente matrimonio de uno o de ambos padres con otra persona. De aquí la clasificación de los hijos ilegítimos: los naturales simples que pueden ser reconocidos y que adquieren con el reconocimiento un estado familiar de grado inferior y estrictamente personal; los adulterinos e incestuosos que no pueden nunca tener un estado familiar, aun cuando su paternidad o maternidad consten de un modo indirecto. En orden a los primeros, al reconocimiento puede añadirse la legitimación, y en tal caso la posición del hijo natural se equipara a la del hijo legítimo; por esto en la filiación ilegítima pueden darse tres situaciones distintas: hijos naturales reconocidos, hijos adulterinos e incestuosos, hijos legitimados. De estos últimos se tratará al hablar de la legitimación.

*Hijos naturales reconocidos.*—Si no consta la paternidad ni la maternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio no se puede hablar de un estado familiar; el hijo de padres desconocidos carece de padres y, por tanto, dicho hijo no es sujeto de relación parental alguna. Esta relación surge cuando se pruebe legalmente la paternidad o la maternidad o ambas y se constituye unilateralmente con aquel de ambos padres cuya generación resulte probada, o bilateralmente y de modo pleno si la generación resulta probada respecto a ambos padres. La consecuencia de haber nacido fuera de matrimonio es que el hijo natural pue-

ción del nacimiento en el Registro si el actor estuviese en el lugar donde éste se verificó, y de tres o seis meses si estuviese ausente (artículos 113 del Código civil español y 166 del Código civil italiano).

Frente a estas acciones corresponde al hijo la acción, vitalicia, de reclamación de legitimidad que se trasmite a sus herederos si muere menor de edad o demente o después de haberla ejercitado; mas los herederos sólo tendrán cinco años para accionar cuando no haya sido ejercitada por el causante, y si éste lo ejercitó, su prescripción está sujeta a las reglas de caducidad de instancia (artículos 178 del Código civil español y 177-178 del Código civil italiano).

La prueba de la legitimidad se obtiene mediante acta de nacimiento extendida en el Registro civil, o por documento auténtico o sentencia firme en los casos a que se refieren los artículos 110 al 113. A falta de estos títulos se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo y si faltaran todos esos medios de prueba, por cualquier otro, siempre que haya un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres, conjunta o separadamente (artículos 115, 116 y 117 del Código civil español y 170, 171 y 174 del Código civil italiano).

de tener solamente padre o solamente madre, mientras que el hijo legítimo ha de tener necesariamente padre y madre (salvo los casos de contestación o de desconocimiento).

La comprobación de la generación puede proceder de acto voluntario y espontáneo del padre o de la madre que lo reconoce como hijo propio (*reconocimiento*), o de una investigación hecha por el hijo sobre quien sea su padre o su madre; investigación que tiene lugar mediante un juicio que se cierra por una sentencia declarativa de la paternidad o de la maternidad (*declaración judicial o reconocimiento forzoso*). En el primer caso se habla de hijos reconocidos; en el segundo, de hijos declarados.

a) *Reconocimiento*.—El art. 179 del Código civil establece «que el hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre conjunta y separadamente». Correlativa a esta norma es la del art. 182: «el reconocimiento sólo produce efectos para aquel de los padres que lo hizo y no otorga al hijo reconocido derecho alguno respecto al otro padre». Esta independencia y unilateralidad del reconocimiento hecho por uno de los padres produce la consecuencia dicha de que el hijo natural puede tener padre y no madre, o viceversa, madre y no padre, pues el reconocimiento hecho por uno de los padres no produce efecto alguno respecto al otro.

Reconocimiento es la declaración que el padre o la madre hacen de haber concebido un determinado hijo. Como acto voluntario y espontáneo que es, contiene una confesión que acredita una verdad hasta entonces legalmente ignorada, que denuncia un hecho (la filiación) sin crear un derecho; los derechos que se derivan (alimentos, sucesión) son efectos que la ley atribuye a aquel hecho. Por consiguiente, el reconocimiento en lo que atañe a la capacidad del confesante, no puede subordinarse a las normas que rigen para los actos dispositivos; puede, por tanto, efectuarlo el menor de edad (con tal de que tenga capacidad natural); pueden efectuarlo, sin intervención del curador, el emancipado y el inhabilitado y con mayor razón el que sufre interdicción por efecto de una pena que le ha sido impuesta, pues todas esas personas pueden concluir negocios de derecho familiar.

Como acto personal que es, es indelegable y no puede efectuarse por el representante del menor y del interdicto. Como atestación de una verdad, es irrevocable porque la verdad confesada es irrevocable. Este acto puede ser impugnado si es contrario a la verdad por error excusable (1), pudiendo impugnarlo el hijo o cualquier interesado y también el padre que hace el reconocimiento si se prueba la falsedad de éste (art. 183). Finalmente, como todo otro negocio de derecho familiar es un *actus legitimus*, no tolera condiciones ni términos.

El hijo suele ser reconocido cuando nace; este es el caso normal. Pero nada se opone a que el reconocimiento se verifique antes del nacimiento o después de la muerte del hijo. En el primer caso se permite el reconocimiento como acto que favorece al concebido y no nacido; se sobreentiende que en tal hipótesis el reconocimiento se sujeta a la *condicio iuris* de que a la concepción siga el nacimiento y de que nazca vivo y viable. En el segundo caso también es permitido, porque si no es útil al hijo (que ha muerto), lo es a sus descendientes, y esto se deduce de lo establecido en orden a la legitimación *post mortem* (art. 196), por lo que se requiere que el hijo natural premuerto haya dejado descendientes (2).

Dada la trascendencia del acto, la forma de la declaración no podía confiarse al arbitrio del particular; la ley prescribe una forma que sea garantía de seriedad y de autenticidad; prescribe que el reconocimiento se haga constar en el acta de nacimiento o mediante un documento auténtico anterior o posterior al reconocimiento (art. 181). En cuanto a los documentos que

(1) Sobre la irrevocabilidad e impugnabilidad del reconocimiento, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 577, n. g. e., pág. 580, núm. h; Luzzatti, en *Foro ven.*, 1914, pág. 502.

(2) Por tanto, no teniendo el hijo premuerto descendientes, no puede éste ser reconocido, porque el reconocimiento a nadie aprovecharía. No podría tampoco el padre alegar un interés o ventaja propios (por ejemplo, poder sucederle como padre natural), porque el reconocimiento es por su naturaleza un acto favorable al hijo. No faltan, sin embargo, discrepancias de esta opinión. Contra éstos véase Dusi, *Filiazione*, pág. 616; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 138, n. g. y e, VII, pág. 566, n. d.

deben reputarse auténticos surgen discusiones; la solución depende de la definición de documento auténtico que se elija; así, mientras unos afirman que documento auténtico es sinónimo de documento público, otros distinguen aquél de éste e incluyen en el concepto de documento auténtico la escritura privada autenticada, el testamento ológrafo confiado a la custodia de un Notario, etc. (1). A nuestro juicio la norma del art. 181 debe interpretarse en el sentido de que no solamente en el acta de nacimiento, si que también en toda declaración recibida por el Oficial del estado civil (2), y no solamente en documento autorizado por Notario, si que también en la escritura privada autenticada por él, en el testamento secreto, en el ológrafo depositado para su publicación, puede hacerse constar un reconocimiento.

b) *Declaración judicial* (3). — Cuando el reconocimiento no se verifique espontáneamente, la filiación puede ser declarada judicialmente como resultado del ejercicio de la acción que a este fin se otorga al hijo. Pero en este caso hay notables diferencias respecto a la paternidad y a la maternidad. El principio acogido por el legislador italiano es el de que mientras la investigación de la maternidad es libre (art. 190), la de la paternidad resulta prohibida, salvo en los casos excepcionales: el de que el hijo hubiere sido engendrado en ocasión de raptó o de estupro

(1) Véase a propósito de esta discusión Coviello, *Man. di dir. civ.*, I, página 507; Dusi, *Filiazione*, núm. 133; *Ist. dir. civ.*, I, pág. 210, núm. 6, página 287, núm. 6; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 574, n. f. De aqu la controversia no resulta aún por la doctrina ni por la jurisprudencia de si es válido el reconocimiento contenido en el testamento ológrafo.

(2) Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 568, n. e.

(3) Sobre la investigación de la paternidad y maternidad natural especialmente de la paternidad hay abundante literatura monográfica motivada por la necesidad de una reforma legislativa. Entre la multitud de autores recordamos Giuriati, *Divieto delle indagini sulla paternità* (*Tem. ven.*, 1881, pág. 1.641); Bianchi E., *Le indag. sulla paternità nat.* (*Arch. Giur.*, XXIV, páginas 162 y siguientes); Cuturi, *Studi sulla dichiar. giud. della paternità dei figli nat.* (*Arch. Giur.*, XXV, pág. 422); Lomonaco, *Il divieto delle indagini sulla paternità nat.* (*Filang.*, 1884, I, páginas 241 y siguientes); Cimbali, *Due riforme urgenti, divorzio e ricerca della paternità nat.*, Turín, 1902; Martini, *Indagini sulla pat. e mat. nat.* (en *Diz. prat. dir. priv.*).

violento cometido en la persona de la madre (art. 189). Límite absoluto en cuanto al padre y en cuanto a la madre es la adulterinidad o incestuosidad del hijo, que impiden tanto el reconocimiento voluntario como el forzoso. Respecto al hijo natural, el padre no podrá ser declarado judicialmente a consecuencia de la acción ejercida por el hijo, si no media uno de los antedichos delitos, y el tiempo de la comisión de éstos corresponde al de la concepción (1).

Este rigor de la ley cuyos precedentes históricos se hallan en la legislación revolucionaria francesa y en el art. 340 (hoy derogado) del Código napoleónico, fué explicado y justificado por el legislador con el recuerdo de los graves y escandalosos procesos a que dió lugar en los pasados tiempos el sistema de la libre investigación de la paternidad. Como ésta constituye un hecho deducible y presumible, jamás rigurosamente demostrable, y como en el derecho común regía la máxima *creditur virgini parturienti, dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo praegnantem esse*, ocurrió por abuso a que dió lugar esta máxima, no obstante contener la misma una precisa limitación: *meretrici non idem*—que mujeres de costumbres licenciosas atribuían a su capricho el hijo a uno cualquiera de sus amantes, sirviendo la investigación como medio para efectuar vengonzosas especulaciones. Cierta que en estos casos se otorgaba una defensa en favor del presunto padre, la llamada *exceptio plurium concumbentium*, pero esta excepción no era siempre eficaz, ni evitaba, por otra parte, el escándalo de los procesos. Tales razones tenían y tienen aún hoy un innegable fundamento; pero no bastan a justificar la prohibición en la forma rigurosa con que fué establecida, pues es indudable que a más de aquellos dos casos excepcionales de

(1) Debe aplicarse por analogía el art. 160: para determinar si el rapto o el estupro corresponden al tiempo de la concepción, habrá que remontarse desde el día del nacimiento a no menos de ciento ochenta y a no más de trescientos anteriores al nacimiento y ver si en el período intermedio de ciento veinte días que es tiempo legal de concepción, se cometieron o no los hechos criminales. Pero se discute sobre esta aplicación extensiva de la norma dada para la filiación natural: Dusi, *Filiazione*, pág. 555.

rapto y de estupro violento hay otros en los que por concurrir indicios serios y sin haber los peligros aludidos, es posible con relativa certeza obtener la prueba de la paternidad. Ya el Código albertino (art. 135) admitió además de estos dos casos aquellos en que hubiese un escrito proveniente del padre o en que éste hubiere hecho a su hijo objeto de sus cuidados y asistencia. Más tarde el propio legislador francés abolió la prohibición del artículo 340 (ley de 16 de Noviembre de 1912). Otras legislaciones modernas no acogieron ésta. A esto responde en Italia el creciente movimiento de opinión en favor de la supresión del artículo 189 y de la admisión, no de la libre investigación de la paternidad, pero sí de un mayor número de casos en que ésta sea procedente. La deseada modificación legislativa está muy próxima a convertirse en realidad (1).

(1) Numerosos han sido los proyectos de ley y las proposiciones tendentes a la reforma del art. 189. De los proyectos más antiguos de Morelli y Gianturco (1892-1893), se llega al propuesto por la Comisión creada para la reforma del Derecho privado en 1906 (texto comentado por Dusi, *Sul disegno di legge circa le indagini della paternità naturale* en *Riv. dir. civ.*, I, 1909, páginas 33 y siguientes), a otro presentado por Scialoja en el Senado el 22 de Febrero de 1910 (con comentario de Del Giudice, *Le indagini sulla paternità e il progetto Scialoja* en *Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 71 y siguientes); al presentado por Meda y Nava en 1914 representado en 1920 (*Atti parl.*, legisl. 25, Ses. 1919-20, doc. n. 470), y finalmente a la relación del Ministro Oviglio de 10 de Febrero de 1923 para la reforma del Código civil que ahora se halla sujeto a examen por la R. Comisión creada para la reforma y que llevará a cabo la modificación deseada. Recuerdo también un esquema redactado por mí para el Círculo Jurídico de Nápoles (texto y relación en *Dir. e Giur.*, 1913, I, páginas 273 y siguientes). Todas estas proposiciones concuerdan en que deben admitirse otros casos y determinarse con rigor las condiciones que en cada caso hacen procedente la indagación de la paternidad. Los casos de admisión más importantes son los de seducción fraudulenta, confesión escrita por el padre, convivencia de los padres *more uxorio*, posesión de estado.

Durante la guerra se facilitó la solución del problema con la ley de 17 de Julio de 1917, núm. 1.143, que para procurar asistencia y protección a los huérfanos de guerra, admitió la indagación de la paternidad natural en los tres casos últimamente mencionados. Pero tal indagación no influía en el estado familiar y personal; solamente atribuía al hijo la condición

Sólo el hijo puede investigar la maternidad y la paternidad (en los casos en que esta indagación es admitida). Ninguna otra persona puede ejercitar el derecho de investigación, pues ésta es una acción personal. Sin embargo, es indudable que si el hijo es menor o incapaz, puede obrar por su cuenta su representante legal (1). El hijo, o quien accione por él, deberá ofrecer la prueba pertinente, cual, en orden al padre consistirá en acreditar la coincidencia del hecho delictivo con el período legal de concepción; en orden a la madre recaerá (como vimos al tratar, de la filiación legítima) sobre el hecho del parto de la madre y la identidad del reclamante con el hijo que tal madre dió a luz (art. 190). Podrá utilizarse también la prueba testifical, pero a condición de que haya un principio de prueba por escrito o de que medien presunciones e indicios resultantes de hechos ciertos y suficientemente graves.

A la contestación de la demanda puede admitirse cualquiera que tenga un interés moral o patrimonial en el asunto (art. 191). Pero inversamente nadie puede ser admitido a entablarla, sobre todo cuando la deducción de la demanda no tenga más objeto que el de perjudicar al hijo. Si, por ejemplo, una persona que ha tenido un hijo natural y no lo ha reconocido lo tiene en cuenta en el testamento y dispone en él en su favor, no podrán los descendientes legítimos del testador practicar indagación alguna que tenga por objeto comprobar la relación de filiación natural y hacer valer la incapacidad del favorecido para recibir por testamento más de lo que la ley atribuye a los hijos naturales reconocidos en la sucesión intestada (art. 768). Y esto se aplica lo

de huérfano de un militar muerto en guerra. Semejantemente para las pensiones de guerra el Decreto-ley de 12 de Noviembre de 1916, número 1.598.

(1) En cambio es dudoso si la acción es transmisible a los herederos. Hay quien admite su transmisibilidad, hay quien la niega, y hay, finalmente, quien aplicando analógicamente el precepto del art. 178, dado para la reclamación del estado de hijo legítimo, la admite dentro de los mismos límites con que este artículo le otorga a los herederos o descendientes del hijo legítimo. Vid. Dusi, *Filiazione*, pág. 680; Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 591, n. p; Gabba, en *Quest. dir. civ.*, I, páginas 37 y siguientes.

mismo al caso en que el tercero investigue la paternidad como al caso en que investigue la maternidad; y la razón de esto es que cuando el reconocimiento no es voluntario, sino forzoso, éste es admitido por la ley en favor, no en perjuicio del hijo.

Este punto es discutido cuando se trata de casos en que la investigación (de la paternidad o de la maternidad) es admitida. No es discutido en los demás en que la investigación es prohibida, o sea respecto a la paternidad en general, por el carácter absoluto que tiene la prohibición de su indagación, respecto a la paternidad y maternidad en los casos de hijos incestuosos y adulterinos, dada la prohibición absoluta de su reconocimiento voluntario o forzoso.

*Efectos del reconocimiento.*—Importantes son los efectos que el reconocimiento produce, y en orden a los mismos el reconocimiento voluntario y el forzoso son equiparables, pues la ley (artículo 192) atribuye a la sentencia que declara la filiación natural la misma eficacia que a la confesión espontánea. Dichos efectos son a la vez personales y patrimoniales, ya que, establecido el vínculo de descendencia, de las relaciones personales surgen consecuencias patrimoniales. En su conjunto recuerdan tales efectos los que se producen en la relación del hijo legítimo con su padre, pero los recuerdan sólo en parte, pues aquéllos son menos intensos y plenos, ya que la posición del hijo natural es de orden inferior a la del hijo legítimo. El legislador se ha inspirado aquí en la idea de que para defender la familia legítima y combatir las uniones libres debe darse al parentesco natural una eficacia más reducida y al hijo reconocido una condición menos favorable, aunque con ello se perjudique a un inocente (1). Esta inferioridad se manifiesta en la limitación personal del vínculo parental restringido a las relaciones del hijo con el padre o madre que le reconoce y que no se extienden a las demás personas; de modo que para el hijo natural no hay una familia en el

(1) Esta inferioridad del hijo natural es cosa que ciertamente repugna al sentimiento; a impulsos del sentimiento se ha acusado a la ley de ser dura e inicua y se ha propuesto elevar la condición del hijo natural. Puede elevarse esta condición aminorando en algunos respectos la diferencia existente entre los hijos legítimos y los naturales; pero no es po-

sentido que tiene la que deriva de matrimonio. El hijo natural tiene un *status familiae*; pero es un estado menos pleno en el que no se reconocen hermanos, hermanas ni otros colaterales, ni tampoco más ascendentes que el padre o madre que reconocen.

Las *relaciones personales* reproducen las que median entre padre e hijo legítimo. Hay también aquí una subordinación del hijo al padre o a la madre, una serie de obligaciones recíprocas, un poder del padre sobre el hijo, que en esencia tiene el mismo contenido que la patria potestad y que es designado para distinguirlo de ésta con el nombre de *tutela legal*. Este poder corresponde a aquel de los padres que hizo el reconocimiento (o a quién fué declarado padre o madre), y si ambos padres reconocieron al hijo (o fueron ambos declarados padres) corresponde al padre dicho poder por analogía con la patria potestad, y le corresponde mientras dura la menor edad (art. 184). A este poder son aplicables muchas de las normas propias de la patria potestad y precisamente los artículos 221-227 y 233 (art. 184, párrafo 2.º); en lo demás rigen las normas propias de la tutela de menores. Se trasmite al hijo el nombre familiar de padre o madre que lo ha reconocido, y en el caso de que ambos padres lo hubieren reconocido, el del padre (art. 185). Incumbe al padre natural la obligación de mantener, educar, instruir y adiestrar al hijo para el ejercicio de una profesión, arte u oficio y la de suministrarle alimentos en caso de necesidad y si el hijo carece de cónyuge o de descendientes que puedan alimentarle (art. 186 párrafo 1.º). Como excepción al principio de limitada eficacia del vínculo de filiación natural, la ley extiende estas obligaciones del padre respecto a los descendientes (legítimos) del hijo natural premuerto; respecto a estos nietos la obligación se supone al abuelo o a la abuela natural con carácter subsidiario, o sea en defecto de la que recae en su madre o en sus ascendientes maternos, que son sus padres legítimos (art. 186) (1).

sible equiparar la condición de ambos hijos sin comprometer la base de la familia legítima. Las reformas del Código civil actualmente en estudio tienden a esta elevación corrigiendo algunas disposiciones que afectan duramente al hijo natural.

(1) La ley habla de la madre o de los ascendientes maternos de es-

La obligación de prestar alimentos es recíproca e incumbe al hijo natural con respecto al padre, pero sin que se extienda más allá de éste; además, solamente rige en el caso de faltar al padre ascendientes, descendientes legítimos y cónyuge que pueda suministrarlos (art. 187). Finalmente, así como el hijo menor tiene el deber de vivir en compañía del padre que le haya reconocido, así también éste tiene el deber de tenerlo en su compañía; pero la protección debida a la familia legítima implica una derogación de esta obligación cuando el padre o madre que reconoció al hijo hubiere contraído matrimonio con persona diversa de aquella con quien hubiere engendrado el hijo natural y el reconocimiento se hubiere efectuado durante el matrimonio; para introducir al hijo reconocido en el domicilio conyugal, la persona que lo hubiere reconocido debe obtener el consentimiento del otro cónyuge a no ser que éste hubiere prestado ya dicho consentimiento en el momento del reconocimiento (art. 183).

En cuanto a las *relaciones patrimoniales*, además de lo dicho relativamente a los alimentos, debe recordarse el derecho recíproco del padre y del hijo a la sucesión legítima, el derecho a la reserva concedido al hijo en la sucesión del padre sin reciprocidad. Estos derechos sucesorios son menos plenos cuando el hijo natural concurre con otros legítimos. La diferencia respecto a la filiación legítima se revela en que la capacidad del hijo natural para heredar por testamento viene limitada si hay hijos legítimos (art. 768) y en que la tutela legal no concede al padre el usufructo legal, pues de éste es requisito indispensable la patria potestad.

Todos estos efectos presuponen un reconocimiento (voluntario o forzoso). Puede ocurrir que la paternidad o maternidad de un hijo conste de modo indirecto por virtud de una sentencia criminal o civil, de la anulación de un matrimonio, de una ex-

tos descendientes del hijo natural premuerto, suponiendo que se trate de hijo *varón*; pero lo mismo debe aplicarse cuando se hubiere reconocido una *hija* natural, en cuyo caso tal disposición debe interpretarse en el sentido de que premuerta dicha hija, sus descendientes legítimos antes de dirigirse al abuelo o abuela natural, deberán al padre legítimo o a los ascendientes paternos.

presa declaración del padre. En estos casos, aun careciendo el hijo de estado legal, debe admitirse en su favor el derecho a obtener alimentos del [padre análogamente a lo establecido por la ley para los hijos adulterinos o incestuosos (art. 193), porque sin cometer una manifiesta injusticia no se podría hacer al hijo natural de peor condición que al adulterino o incestuoso.

*Hijos adulterinos e incestuosos.*— Cuando a la falta de matrimonio en los padres se una el impedimento *absoluto* para contraerlo, el hijo posee una condición manifiestamente ventajosa. Adulterino es el hijo de aquellos padres de los cuales uno por lo menos, al tiempo de su concepción, se hallase ligado en matrimonio a persona distinta de aquella con quien lo hubiere engendrado (1); incestuoso es el hijo cuyos padres estuvieren unidos por vínculo de parentesco o de afinidad que constituya un impedimento al matrimonio no dispensable.

La condición que a estos hijos atribuye la ley italiana se traduce en serles negado todo estado familiar; dichos hijos no pueden ostentar vínculo alguno parental con el padre y la madre, porque la ley prohíbe su reconocimiento voluntario y forzoso (artículo 180). El reconocimiento está prohibido de modo absoluto y la prohibición se extiende a ambos padres. Esto es lógico cuando se trata de incesto, porque de este delito son culpables ambos padres; pero no es tan explicable si se trata de hijo adulterino, porque sólo en orden al cónyuge casado hubo adulterio, y sólo para él debía valer la prohibición, no para el padre libre. Pero la ley en este punto se muestra rigurosa, combate el adulterio y el incesto como hechos profundamente perturbadores del

(1) El vínculo conyugal con un tercero debe existir al tiempo de la concepción del hijo. Si Ticio, hallándose casado con Mevia, tiene un hijo de otra mujer que hubiese quedado embarazada de dicho hijo antes de contraer Ticio matrimonio el hijo no será adulterino, y el padre podrá reconocerlo. Sólo en cuanto a los efectos del reconocimiento habrá la limitación de que el hijo no podrá ser introducido en el domicilio conyugal sin el consentimiento del otro cónyuge.

Para la adulterinidad basta que uno solo de los padres estuviese casado con otra persona (art. 108, núm. 1); si los dos lo estuviesen, habrá doble adulterinidad, o sea, violación repetida del orden familiar.

orden familiar y quiere impedir que se compruebe y surta eficacia el origen delictivo del hijo (1). Nadie puede hacer indagaciones respecto al origen del hijo; ni el hijo investigando el padre o la madre (art. 193, párrafo 1.º), ni los demás interesados, por ejemplo, los hijos legítimos del mismo padre a fin de conseguir hacer valer la incapacidad de tal hijo para recibir por testamento o por donación y para privarle de las ventajas patrimoniales que uno u otro de los padres le hubiesen otorgado (artículos 767, 1.053).

Pero, no obstante tan absoluta prohibición, la paternidad o maternidad puede resultar acreditada indirecta y excepcionalmente: una sentencia civil o criminal (por ejemplo, proceso criminal de adulterio o de incesto, juicio civil promovido por el marido de la mujer adúltera por desconocimiento del hijo, juicio para obtener el resarcimiento de daños debido a la mujer seducida), una confesión escrita por el padre o la madre que declara propio el hijo de desconocidos, la anulación de un matrimonio contraído por error o dolo y por personas que no podían contraerlo, pueden revelar de modo cierto quién sea el padre o la madre del hijo nacido del adulterio o del incesto. En estos casos (sólo en estos tres) la ley otorga al hijo un derecho limitado contra el padre, derecho que excluye toda adquisición de estado familiar. El hijo tiene derecho a exigir alimentos y puede ejercitar su acción no solamente contra el padre o la madre, sino también contra la herencia de éstos; tales alimentos le serán asignados en proporción al haber del padre o de la madre y al nú-

(1) Quizás también para proteger al propio hijo. De todos modos tal prohibición debe entenderse *cum grano salis*; cuando la adulterinidad no conste, nada impide que el padre libre reconozca al hijo, el cual en tal caso *aparecerá* como un hijo simplemente natural. Para que la prohibición produzca sus efectos absolutos respecto a ambos padres, deberá darse el caso de que ambos padres quieran reconocer al hijo conjuntamente; en este caso el reconocimiento es nulo respecto a ambos padres. Esto se aplica también al hijo incestuoso porque mientras el incesto no conste, también el hijo *aparece* como simplemente natural. Dusi, *Filiazione*, pág. 731; Venzi en Pacifici, *Ist*, VII, pág. 560, núm. c.