LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD EN EL CODIGO CIVIL, DESPUES DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981.

Tesis doctoral

VOLUMEN I

Francisco M. Lledó Yagüe

LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD EN EL CODIGO CIVIL, DESPUES DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981.

Tesis doctoral

VOLUMEN I

Francisco M. Lledó Yagüe

I N T R O D U C C I O N

"Cada época tiene un sentido
según el cual el derecho se desplaza"

Esquilo

Ciertamente, cada etapa histórica está influida por unas creencias o valores, de suerte que la perspectiva jurídica de cualquier hecho social depende de la moral filosófica que domine en ese momento determinado. Es decir, como muy bien afirma RUIZ VADILLO, "toda norma está condicionada por los factores de tiempo y lugar". (1)

Es fácil deducir que la reforma atinente al Derecho de familia se encuadra dentro del cambio socio-político producido en nuestro país con la aprobación de la Constitución en 1978. En concreto, en la filiación se ha superado la iniquidad de la discriminación de los hijos ante la ley, y la restricción, o para ser más exactos la prohibición, de la investigación de la paternidad, porque el legislador de 1899 estuvo más interesado en reforzar el vínculo formal

o legal, que en patentizar la verdad real. No nos - puede causar extrañeza que con aquella realidad so - cial y la ideología imperante entonces, se impidiese cualquier constatación que contradijera el vigor del vínculo matrimonial. (2)

De manera que la jefatura familiar, omnipotentemente monopolizada en el rector de los intereses connubiales y filiales, cual era el marido, delegaba en su persona las decisiones familiares más relevantes. Ciñéndonos a la filiación, basta reseñar que era el marido el único legitimado válido y capaz para impugnar la paternidad, -entonces por obligación de las diferenciaciones tildada de "legítima"; hoy la conceptuaríamos de matrimonial-. Además, esta legitimación procesal exclusiva en aquél encontraba muy cercenado su ámbito probatorio.

Presumimos que esta atribución exclusiva en favor del marido era consecuencia de lo aducido - con anterioridad: la pretensión del legislador de reforzar el vínculo formal; y por otra parte como la - paternidad de aquél era deducida de modo indirecto, a través de indicios (*pater is quem nuptiae demonstrant*), había que estrechar el ámbito probatorio. - *A sensu contrario*, la maternidad no encontraba pro - blemas; se infería directamente. De esta manera, con acierto opina MEULDERS KLEIN. "La regla *mater semper*

certa est, se funda sobre una constatación de hecho; la maternidad, sea legítima o natural, es un hecho - que no escapa a la prueba directa; por contra, la - paternidad es siempre oculta". (3)

A nuestro juicio, la reforma operada en la filiación ha cambiado la filosofía en este sentido también. Porque si hasta ahora la paternidad matrimonial se deducía de forma objetiva del matrimonio, de suerte que se presumían matrimoniales los - hijos nacidos de la esposa de aquél, ello no dejaba de ser un favor iuris en el status filii matrimonial de éstos, amparándose quizá en una filiación que no les competía por naturaleza.

Estimamos que ahora la realidad del vínculo, el interés real del hijo, la libre investigación de la paternidad, implicarán que la presunción indiciaria, es decir, el viejo adagio canonista pater is quem nuptiae demonstrant, transforme su redacción literal, de suerte que de ahora en adelante tendremos que referirnos a esta máxima en la expresión de pater is quem sanguis demostrat. Ello es obvio, pues si aquella presunción era la constatación de - una verdad formal o legal, la reforma, al supeditar esta realidad a la verdad biológica real, determinará que padre es aquél que científicamente se compruebe que es el auténtico progenitor.

Podemos concluir que de la comparación - llevada a cabo entre el texto de 1899 y el actual - la diferencia sustancial radica en que aquél defendía una moral reaccionaria, lo cual tenía que traducirse en una normativa que impidiese cualquier intento de rebatir la legalidad del vínculo, aunque no - fuese éste el que correspondiera a la realidad; de manera que la llamada familia legítima salía beneficiada en detrimento de la conceptuada como natural.

Procede traer a colación la opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIROS, que confirma nuestra tesis cuando dice: "La razón tradiconal de las discriminaciones - está, según hemos visto, en la licitud de las relaciones sexuales en que el hijo tiene el origen. Aunque la finalidad de las discriminaciones era la protección de la moral social y de la familia legítima". (4)

De modo que era fácil comprender que esta moral aglutinara en el hombre la exclusividad de la patria potestad, con lo cual la mujer quedaba reducida a una posición desigual, subordinándose su rol familiar en comparación con su cónyuge. Es interesante constatar el punto de vista de BRANCA, cuando en este sentido afirma: "La subordinación de la mujer - dentro de la familia correspondía a la subordinación en el conjunto de la sociedad". (5)

La reforma llevada a cabo en nuestro Código civil en mayo de 1975 introdujo importantes modificaciones en lo concerniente a la igualdad conyugal, sobre todo en el campo de las relaciones personales; sin embargo, en la esfera jurídica patrimonial la mujer aún permanecía en plano de desigualdad con su marido. Ahora, con la reforma de 1981, en el plano personal la equiparación es total; basta remitirse al ejercicio de la patria potestad; no obstante, tenemos que manifestar nuestras reticencias cuando en la filiación matrimonial la igualdad no llega a la legitimación procesal, de modo que la legitimación a matre en el ejercicio de la acción de impugnación se condiciona a que detente la patria potestad, cuestión ésta que se omite para el marido ....

Por lo cual estamos de acuerdo con SANTORO PASARELLI cuando dice que, desaparecida la potestad marital, establecida la igualdad en sentido absoluto, se comprende que las obligaciones lleguen a ser verdaderamente recíprocas, idénticas, tanto para el marido como para la mujer. (6)

Es decir, que si nuestro legislador establece que el hombre y la mujer son iguales en derechos y deberes (art. 66), esta equiparación tiene que llegar hasta sus últimas consecuencias, tanto en la esfera personal cono en la patrimonial.

La igualdad jurídica en el matrimonio es una realidad, porque el legislador la ha entendido - como una manifestación del principio de solidaridad conyugal, de modo que resulta imprescindible el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, tanto en las relaciones personales como en la esfera patrimonial.

Consideramos que el principio de solidaridad que dimana de la concepción igualitaria de la familia en relación a sus componentes (padres e hijos) es la manifestación más plausible de la superación - del concepto de familia patriarcal, centrípetamente orientado en la persona del hombre como rector unipersonal de los fines familiares.

Por todo lo cual coincidimos con MAGNANI NOJA cuando expresa que otro principio constitucional, que no es ciertamente inferior al principio de igualdad, es el de "solidaridad", principio que debe implicar a todos los componentes de la familia, comprendida la prole nacida fuera del matrimonio. (7)

Es obvio, porque esta "igualdad" no se entiende si al mismo tiempo no se protegen otros aspectos de necesaria observancia, cuales son el interés real del hijo o la realidad biológica de su filiación.

Corroboramos la opinión de RUIZ VADILLO, cuando afirma que "el deber de la ley es conceder al hijo, cualquiera que sea su condición y cualquiera - que sea su origen matrimonial o no matrimonial (y dentro de esta última expresión quedan incluidas todas las hipótesis posibles), la preferencia absoluta sobre cualquier otro interés protegible. (8)

La Constitución española de 1978 ha consagrado todos estos principios desterrando cualquier - concepción discriminatoria. De suerte que encontramos claras manifestaciones programáticas en su contenido; por ej., en el art. 14: "Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento ..."; o en el - art. 39, donde se posibilita la investigación de la paternidad. La conclusión o la respuesta a esta nueva filosofía social no es otra que la reforma llevada a cabo el 13 de mayo de 1981, que patentiza y desarrolla la igualdad y el respeto a la verdad real - hasta sus últimas consecuencias.

Las críticas que ha recibido nuestro legislador son las mismas que en su momento tuvieron - que escuchar el francés, italiano, portugués, belga luxemburgués o alemán, cuando llevaron a cabo la reforma de su derecho de familia. Por ejemplo, en la equiparación de los hijos a pesar de su origen, se - ha aducido por parte de sus detractores que esta igua

lación degrada la institución del matrimonio favoreciendo la consolidación de un connubio natural y espontáneo. (9)

La consecuencia de esta no discriminación por el simple hecho del nacimiento será tratar de aunar en una misma realidad la identificación de la verdad formal o legal vis a vis la realidad fisiológica o real.

Ratifica nuestra afirmación similar pensamiento de los hermanos DE LORENZO cuando concluyen: "... dimanan en nuestro derecho positivo del artículo 39 de la Constitución de 1978, y se plasman en la ley de 13 de mayo de 1981, pretendiendo ajustar el componente jurídico formal de la filiación al biológico real de la misma, sacrificando consideraciones éticas a la verdad biológica y permitiendo al efecto toda clase de pruebas, entre ellas, precisamente, las de investigación biológica". (10)

Lógicamente, en aras de la consagración del verdadero vínculo filiacional se ha tipificado constitucionalmente la libre investigación de la paternidad, cuya manifestación práctica es el actual artículo 127 del Código civil, que permite, en orden al cumplimiento de este mandato, la admisión generalizada de todo tipo de pruebas, entre las cuales destacan por su relevancia los peritajes biológicos. (11)

No obstante, estas pruebas han encontrado críticas en aquellos países, en los cuales la práctica de las mismas ya es habitual en los procesos de paternidad. En este sentido, HORSMANS, recogiendo esta polémica, opina que los principales inconvenientes o reticencias en su admisión proceden de que se considera que estos peritajes son largos e insuficientemente controlados, además de excesivamente costosos. (12)

Nosotros pensamos que la admisión generalizada de las pruebas biológicas es una digna manifestación de uno de los principios rectores de la reforma, cual es la verdad biológica real.

Sin embargo, no creemos que la crítica negativa en orden al encarecimiento de las pruebas y a su tardanza sean suficientes para desviar al juez en el convencimiento que tenga de las mismas. A nuestro juicio, él deberá atender exclusivamente cúal es la eficacia, competencia y profesionalización de los laboratotios que lleven a cabo los peritajes sobre la paternidad; por otra parte, un oportuno asesoramiento pericial tendría que orientarle sobre aspectos tan importantes como el rango jerárquico en su utilización; por ej., ¿qué resultará más procedente: comenzar con una prueba eritrocitaria o con una heredobiológica?.

Otro aspecto que juzgamos de imprescindible referencia en estas reflexiones introductorias - es el papel del juez, activo o pasivo en las relaciones familiares. Si nos decantamos por la primera - postura, esta actividad dinámica del juez implicará inexorablemente un mayor acercamiento a las estructuras familiares. Concretando esta argumentación a nivel de derecho positivo, pensamos que su manifestación más diáfana vendrá dada por el rol que se reserva al Ministerio Fiscal en los conflictos familiares (por ej., su legitimación y presencia activa en los litigios en los que se dilucida el status del hijo).

En sentido contrario, un posicionamiento pasivo de las instancias judiciales en estos problemas se traducirá en un cercenamiento y limitación de los poderes del ente público (por ej., minusvalorando su actuación de oficio).

VAN COMPERNOLLE opina que, como consecuencia de las profundas transformaciones que ha conocido el derecho de familia, tiene que exteriorizarse - una penetración creciente del juez en la vida familiar, lo cual implicará que las competencias de aquél se multiplicarán, obligando a replantearse las concepciones tradicionales de la jurisdicción. (13)

La conclusión, a nuestro entender, es clara: nuestro legislador ha apostado en pro de una pos

tura activa del juez en las relaciones familiares. - Un claro exponente de lo dicho es que a raíz de la - aprobación de la reforma en mayo de 1981 se hayan - creado los Juzgados de Familia, que han singulariza do las competencias del juez en esta materia.

Ahora bien, tenemos que ser conscientes de que esta nueva concepción de la familia tendrá que ir acompañada de un desarrollo constitucional de la pro tección efectiva de la misma en el campo de lo social, jurídico y económico. De suerte que el nuevo modelo de familia se traduzca en un entendimiento integral de ésta, a fin de que los poderes públicos orienten sus funciones en este sentido de intervencionismo so lidario con aquélla.

Hay otra cuestión que nos parece fundamen tal en este examen introductorio, y es el problema de la unificación del derecho de familia analizado bajo un prisma supranacional.

Lógicamente, la anterior redacción de nues tro Código civil en los temas concernientes al dere- cho de familia tenía que enfrentarse en su concepción discriminatoria y paternalista a los principios igua latorios que se imponían en las principales legisla- ciones comparadas.

Como muy acertadamente dice PEÑA BERNALDO

DE QUIROS, refiriéndose a la vieja redacción de nuestro Código civil, el sistema que inspiraba este Código tenía que chocar abiertamente con los principios cardinales que imperaban en los ordenamientos jurídicos de los distintos países, o si se quiere, empleando términos tomados de otro ámbito normativo, enfrentarse con los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. (14)

Basta que nos remitamos a las actividades legislativas llevadas a cabo últimamente en el Consejo de Europa en el campo del derecho de familia; se observan unas claras directrices de unificación en esta disciplina; de forma que así intenta evitarse la contradicción entre la legislación familiar de cada país miembro en relación a la normativa de la comunidad supranacional.

De manera que, por ej., en el campo del derecho matrimonial, los principios de igualdad y de solidaridad, que hemos examinado anteriormente, se perfilan como aspectos imprescindibles en el derecho de familia en cada una de las legislaciones de los países europeos, tipificándose tanto la igualdad jurídica de los esposos, como la independencia jurídica de la mujer en relación a su marido.

Respecto a los hijos, se observa el fenómeno legislativo a nivel de países miembros de unifi

car criterios en relación al estatuto de igualdad - que debe tener el hijo nacido fuera del matrimonio, en relación al que tienen los hijos nacidos constante matrimonio; como asimismo la sustitución del poder de jefatura paternal por el principio más equitativo de autoridad de los padres. (15)

Naturalmente, a pesar de finalidad tan - loable, cuas es la de armonizar criterios legislativos de los Estados miembros, no obstante pueden surgir problemas de interpretación y de acatamiento de estas directrices o recomendaciones.

Repararemos en la polémica que puede suscitarse si el Estado miembro se mostrase reticente a la ejecución de una decisión adoptada en el seno de la comunidad internacional; ¿se puede hablar de una aplicabilidad directa de los efectos de una decisión judicial extranjera en el orden interno del Estado con el cual se suscita la polémica?. (16)

A nuestro modo de ver, no basta con el laudable interés de una armonización supranacional del derecho de familia. Creemos que por encima de todo contingente jurídico formal está la realidad social, que tiene que ser educada y mentalizada en estas nuevas concepciones. Por ello estamos de acuerdo con - NICOLO cuando afirma que el problema del derecho de familia no es sólo una cuestión jurídico formal, si-

no un problema de fondo que se debe resolver de otro modo, atendiendo a la costumbre, a la ética, a los - nuevos principios de orden moral y social que influyen decisivamente en la vida colectiva. (17)

Hemos analizado de forma sucinta la conveniencia de una armonización de la legislación de - los Estados miembros, en orden a desterrar las posibles contradicciones en la aplicación del derecho de familia; por lo cual se concluía en la urgente necesidad de la unificación del mismo.

Mientras este deseable fenómeno no se produzca, el estadio previo por parte de la comunidad - internacional será insistir por vía de la recomendación en la finalidad de homogeneizar los criterios de interpretación de las instituciones jurídicas.

Esto lo vemos con claridad recurriendo al fenómeno de la inseminación artificial, el cual entraña no sólo problemas médicos o morales, sino especialmente jurídicos; por ej., qué consentimientos son los exigibles, cúal es el status filii del hijo así concebido, etc. En suma, la necesidad de una reglamentación jurídica uniforme y armónica en las legislaciones internas de los Estados. (18)

La excepción a uno de los principios rectores de la reforma de filiación, cual es la verdad

biológica real, se da con el fenómeno inseminatorio puesto que en él por encima de la verdad fisiológica deberá primar la verdad formal.

La conclusión a nuestro juicio más evidente que podemos deducir del fenómeno inseminatorio, es que con él se excepciona la regla rectora de la reforma de filiación, es decir, la consolidación de la verdad biológica por encima de la verdad legal o formal; de suerte que cuando de inseminación artificial se trate, deberá primar por encima de la verdad genética, la verdad formal.

La razón diferenciadora estriba en el anonimato y secreto que debe observarse severamente en la inseminatio artificialis. En cambio, cuando de inseminación natural se trate, lógicamente la verdad real del status de filiación deberá coincidir con la realidad formal, reflejo fidedigno de aquélla; de modo que para cuando surja la contradicción entre una y otra se recurrirá a la investigación de la paternidad para que se constate con ella la filiación biológica real. Mientras que en la inseminación artificial resultaría un contrasentido que en aras del interés real del hijo se exigiese la comprobación de la paternidad biológica, por todo lo cual la investigación de la paternidad deberá estar prohibida y tendrá que prevalecer la verdad legal.

No podemos estar de acuerdo con el razonamiento de MARTINEZ VAL, cuando se inclina por la negativa de la institucionalización de la inseminación artificial. (19)

Tampoco cabe duda que los hijos así nacidos son tan matrimoniales como los concebidos por inseminación natural. Por otra parte, no estimamos que se pueda poner en riesgo la institución familiar cuando los cónyuges de consuno prefieran acudir a la inseminación artificial, que, por ej., a la adopción. Pensamos que con aquélla la maternidad siempre será no - sólo legal como en ésta, sino biológica, lo cual puede contribuir a una aceptación total del hijo, en las relaciones familiares.

¿Se puede concluir por tanto que la inseminación artificial puede resultar el sustitutivo de la adopción? (20)

No podemos terminar esta introducción sin hacer mención de la relevancia de la posesión de estado en la filiación matrimonial o extramatrimonial, como protección aquélla de una apariencia que trata de proteger el interés del hijo; no obstante, discrepamos del criterio legislativo, que si muy bien ha - acogido este concepto en la filiación, sin embargo - no ha previsto en la filiación matrimonial la caducidad para la presumible acción interpuesta trnscurrido

un largo período de tiempo, cuando el hijo hubiese consolidado su status filii en las relaciones familiares, cuestión que a sensu contrario si dispone para la filiación extramatrimonial (21); desigualdad que a nuestro juicio atenta gravemente a los principios constitucionales de no discriminación.

En conclusión, podemos decir que el nuevo modelo de familia atiende a la efectiva y real unidad de la misma, a la solidaridad, integridad e igualdad que debe de existir entre todods los componentes de las relaciones familiares, bien desde una perspectiva personal, o bien bajo un prisma o aspecto patrimonial.

NOTAS A LA INTRODUCCION

(1) RUIZ VADILLO. La filiación y la Constitución. Centro de estudios sociales del Valle de los - Caidos. Madrid 1981.

(2) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA, RIVERO HERNANDEZ. El nuevo régimen de la familia. II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar. Cuadernos Civitas. Primera edición 1981.

En concreto RIVERO HERNANDEZ en la - pag. 15, concluye:

"Era también la más necesitada de una determinada refacción más que de parciales modificaciones, por haber quedado la vieja redacción de 1899 cada día más alejada de una realidad social cálida y evolucionada, y en desacuerdo tanto con los principios ideológicos y valores a - que es más sensible nuestra sociedad, cuanto con los conocimientos biológicos modernos que pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de la filiación".

En el mismo sentido conviene que nos remitamos a un reciente artículo publicado por los hermanos DE LORENZO: DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. Innovaciones jurídicas y técni-

cas en la investigación biológica de la paternidad (II), en "Tribuna Médica" 22 de enero de 1982, año XIX. Núm. 929, específicamente en la pag. 25 comentan:

"La modificación del ordenamiento jurídico tradicional, permitiendo la investigación general de la peternidad, aparejaba como indefectible corolario, la admisión a efectos jurídicos, de la específica investigación biológica de la paternidad, aún con las iniciales limitaciones de ésta.

(3) MEULDERS KLEIN. Le secret de la maternité, en "Journal des Tribunaux" 19 juin 1976, pag. 418. Belgique.

En el mismo sentido se manifiesta la legislación chilena; por ej., MEZA BARROS. Manual de derecho de familia. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1979, pag. 481.

"En el estado actual de la ciencia, la paternidad no es susceptible de una prueba directa que permita establecerla con certidumbre".

(4) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Necesidad de la reforma del Código civil español en materia de filiación. Estudios de Derecho Civil. Editorial Universidad Buenos Aires 1980, pag. 226.

En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA, RIVERO HERNANDEZ. El nuevo régimen de la familia.I Matrimonio y divorcio. Cuadernos Civitas, primera edición 1982, pag. 16.

"El carácter no autoritario del derecho constitucional de familia no se manifiesta sólo en la eliminación de relaciones de subordinación entre los miembros del grupo familiar, o en su funcionalización en atención al bien del sujeto a la potestad, sino también en la renuncia razonable a imponer a los ciudadanos, diferentes en ideas y creencias, un modelo único de moral familiar más allá de las estrictas exigencias del orden público".

(5) BRANCA. La riforma del diritto di famiglia. - Relazione storica introduttiva. Accademia nazionale dei Lincei. Atti dei Convegni Lincei 1978, pag. 17.

Sin embargo,a nuestro modo de ver, - no podemos reducir la polémica a términos tan - drásticos como concluye GREER.

"El poder de las mujeres significa - su autodeterminación. En otros términos es preciso arrojar por debajo las cadenas de la sociedad paternalista".

Extractado del artículo de ARNAUD; -

L'importance de l'utopie communautaire des années 70 pour l'étude du droit familial contemporain, en C.N.R.S. París, pag. 17.

(6) SANTORO PASARELLI. La riforma del diritto di - famiglia I rapporti personali tra coniugi e tra genitori e figli. Roma. Accademia Nazionale dei Lincei, 1978, pag. 27.

(7) MAGNANI NOJA. La riforma del diritto di famiglia ad un anno della sua applicazione. Convegno nazionale promosso dal comune di Bologna 1977. Camera dei Deputati. Biblioteca, pag. 59.

(8) RUIZ VADILLO, op cit., (La filiación y la constitución) pag. 7.

(9) SAVATIER. Le projet de loi sur la filiation. - Mystique ou réalisme?. Filiation naturelle et - filiation légitime. Doctrine 1971. SJ/G-1-20. - 2400.

"Afirmar la igualdad de los hijos del matrimonio, es hacer al matrimonio, y a los padres que educan a sus hijos una injuria gratuita, y sugerir al público una falsa sociología de la familia".

(10) DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. Innovaciones jurídicas y técnicas en la investigación biológica de la paternidad (IV) en "Tribuna Médica". Núm. 931. Madrid, 5 de febrero de 1982, pag. 57.

(11) DE LORENZO ANTONIO, DE LORENZO JAIME. Innovaciones jurídicas y técnicas en la investigación biológica de la paternidad (V) en "Tribuna Médica". Num. 932. Madrid, 12 de febrero de 1982, pag. 47.

"Dentro de la prueba pericial, está, como queda dicho, la médico legal, que en los juicios de filiación puede adoptar dos variantes fundamentales que se complementan: 1. Verificación de las condiciones biológicas-médicas determinantes de las presunciones legales de filiación: época de la concepción, duración del embarazo y correlación del estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo de la concepción y al tiempo del juicio de filiación.

2. Investigación biológica-médica de caracteres hereditarios de identificación: a) no grupales -morfológicos, funcionales y clínicos-, y que pueden ordenarse en físicos o antropológicos y psicológicos; b) grupales -eritrocitarios de carácter inmunológico o enzimático, séricos, leucocitarios y plaquetarios, y cromosómicos-".

(12) HORSMANS. L'expertise. Examen de jurisprudence, (1960-1966) au regard de la réglementation nou-

velle du Code judiciaire en "Journal des Tribunaux", 30 mars 1968. Bruxelles, pag. 213.

(13) VAN COMPERNOLLE. Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial. En Bibl. Louvain. Famille.-36. Bruxelles, pag. 561.

En el mismo sentido, de la inquisitorialidad del Estado en las relaciones familiares, ya había sido sugerido por CARBONNIER. Derecho - Civil. Tomo I. Volumen II. Situaciones familiares y cuasifamiliares. Bosch. Barcelona 1961, - pag. 11. Traducido de la primera edición francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel María Zorrilla Ruiz.

"El creciente intervencionismo estatal en las relaciones familiares, a través de una pluralidad de fórmulas que no sólo tocan el aspecto docente (esta es la forma más antigua de intervencionismo, hasta el punto de que en otro tiempo era la iglesia la que lo practicba) sino que también se refieren a la asistencia infantil, seguridad social, salud pública".

(14) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. op cit., pag. 227

(15) Conviene destacar en este sentido:

Conseil de l'Europe, conférence euro-

péenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre 1977. Activités legislatives des états membres du Conseil de l´Europe en matière de - droit de la famille, 1971-1976. Strasbourg 1977

Conseil de l´Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre. Sujet I. Mesures d´integration des enfants dans une nouvelle famille. Strasbourg 1977.

Conseil de l´Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre 1977. L´obligation des parents envers leurs enfants et l´autorité parentale. Stras - bourg 1977.

Conseil de l´Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre 1977. Conclussions de la conférence. - Strasbourg 1977.

Conseil de l´Europe, conférence européenne sur le droit de la famille. Vienne 19-22 Setembre 1977. Sommaire des travaux du Conseil de l´Europe dans le domaine du droit de la famil le. Strasbourg 1977.

Conseil de l´Europe. Rapport explicatif sur la Convention européenne en matière - d´adoption des enfants. Strasbourg 1969.

Conseil de l´Europe. Rapport explicatif concernant la Convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage. Strasbourg 15-Octobre-1975.

Conseil de l´Europe. Rapport explicatif concernant la Convention européenne sur - la reconnaissance et l´execution des décisions en matière de garde des enfants et le retablissement de la garde des enfants. Strasbourg 1980.

(16) Conseil de l´Europe. Cour européenne des droits de l´homme. Affaire Marckx, arrêt. Strasbourg - 13-Juin-1979, especialmente páginas 4, 9, 10.

Asimismo, RIGAUX. Le droit belge de la filiation après l´arrêt Marckx. Rapport de - synthèse en "Annales de droit". Belgique 1979 - pag. 382 y siguiente.

"Recordemos por tanto el affaire suscitado entre el Estado belga y la Corte europea de derechos del hombre, en relación al asunto de Paula y Alejandra Marckx. En derecho belga, el establecimiento de la filiación materna natural

tiene efectos restringidos en lo que concierne tanto a la extensión de la familia, que en cuanto a los derechos del hijo y de su madre en materia de sucesiones y de liberalidades. Para la filiación materna natural, el legislador belga no utiliza las nociones de familia y de padres.

La Corte marca un pleno acuerdo con la jurisprudencia constante de la Comisión, sobre un punto capital el artículo 8 de la Corte, que no distingue entre familia legítima y familia natural.

¿Cuál es el posicionamiento del legislador belga después de fallada el asunto de Paula Marckx en la Corte Europea de los derechos del - hombre?.

De forma resumida, se pueden aducir dos razones prara rechazar una interpretación extensiva del art. 8 de la Convención en su pretendida aplicación directa a posteriori por el legislador belga. La primera de estas razones es la incompatiblilidad entre el carácter directamente aplicable de la disposición de un tratado internacional y la interpretación evolutiva dada a este tratado por la jurisdicción internacional competente para interpretar el texto. La segunda razón es el contenido mismo de la regla nueva introducida por la vía de la interpretación judicial en el art. 8 de la Convención, exige que los Estados otorguen un estatuto civil a la familia, esta regla pone a cargo de los Estados un hacer legislativo que no se reconoce a la aplicación directa.

(17) NICOLO. La filiazione illegittima nel cuadro - dell art. 30 della Costituzione. Democrazia e - diritto. "Rivista Critica di Diritto e Giuris - prudenza. Anno 1, nº 2, aprilegiugno, pag. 17.

(18) Conseil de l´Europe. Bulletin d´information sur les activités juridiques au sein du Conseil de l´Europe et dans les Etats membres, 7-Juin-1980, pag. 23.

Conseil de l´Europe. Bulletin d´information sur les activités juridiques au sein du Conseil de l´Europe et dans les Etats membres, 5-Janvier-1980, pag. 33.

(19) MARTINEZ VAL. La eutelegenesia y su tratamiento penal. Publicaciones del Instituto de Estudios manchegos. Madrid 1954, pag. 95.

"La inseminación artificial en seres humanos, por producir hijos de condición jurídica extraordinariamente dudosa, que pone en riesgo a la institución familiar y a la propia felicidad de tales hijos, debe de ser legalmente prohibida".

Interesante resulta recurrir a la doctrina clásica, uno de cuyos exponentes más representativos es sin duda VECIANA. La eutelegenesia ante el Derecho Canónico. Bosch. Barcelona 1957, pag. 117 y s. Este autor distingue en el status jurídico del hijo, el supuesto de que la madre fuese soltera, viuda y casada. De manera

que si la madre es casada se distinguiría la eutelegenesia homóloga, y la eutelegenesia heteróloga (con semen de tercero) con o sin consentimiento del marido.

A nuestro modo de ver, el recurso a la inseminación heterólogа estaría subordinado a la imposibilidad de la práctica de la homóloga. De manera,que si se lleva a cabo la inseminación heterólogа con consentimiento consciente y libre del marido y de la mujer, el status del hijo será matrimonial y además inimpugnable.

(20) Nosotros pensamos que sí. En el mismo sentido recogemos el comentario de MEULDERS KLEIN. Le secret de la maternité, en "Journal des Tribunaux", 26-Juin-1976, pag. 435. Belgique.

(21) Art. 140 C.c. En concreto su párrafo segundo dice:

"Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente".

Para una mayor comprensión del término "posesión de estado" es obligado remitirse al excelente trabajo de LOPEZ Y LOPEZ. La posesión de estado familiar. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho Nº 12. Sevilla 1971, pag. 168.

"En suma, como ya hemos afirmado en repetidas ocasiones, la tutela de una exterioridad jurídica, independientemente de su conexión con lo que venimos denominando "situación jurídico real", es algo determinado a priori, en sus condiciones y límites, por el sistema normativo".

C A P I T U L O 1º

LA PRESUNCION

DE LA

PATERNIDAD MATRIMONIAL

Sección 1ª

INTRODUCCION JURIDICO SOCIAL

La reforma jurídica que se producido sustancialmente en el derecho de familia es consecuencia del cambio operado en la sociedad española en estos últimos años; constituyendo el exponente máximo de este nuevo orden social la Constitución de 1978.

Esta nueva filosofía social ha incidido - como imperativo categórico absorbente en las reformas jurídicas que ineluctablemente se están produciendo en nuestro país.

Esta labor de acompasamiento se dilucida de forma nítida al comprobar la interrelación existente entre el supuesto de hecho social y la nueva - norma jurídica que lo contempla.

Sirva de ejemplo la igualdad jurídica de los hijos ante la ley, su no discriminación por ra -

zón de sexo, raza, religión, nacimiento; consecuentemente, no se debe hablar de categorías de hijos por razón de su origen.

Ello implica, que el mandato constituyente, que regula la nueva convivencia social, entraña de modo inexcusable una nueva concepción jurídica que deberá comtemplar y regularizar las exigencias de la comunidad.

En este sentido, conviene traer a colación el informe a la Cámara del Senado, por el que fue Ministro de Justicia FERNANDEZ ORDOÑEZ, sobre el alcance del proyecto de ley sobre modificación del Código civil (C.c.) en materia de filiación, Patria Potestad, Régimen Económico en la sesión 31-III-1981. (1)

"El cambio que se propone, con ser un cambio radical, no tiene la pretensión de significar -- una mutación para las instituciones sociales españolas; es más bien la respuesta legislativa del profundo cambio que se ha operado en la sociedad a través de los siglos. Es decir, que no es que cambien las leyes, sino que es la sociedad la que ha cambiado, - y son las leyes las que tienen que dar la respuesta a este cambio de la sociedad".

No podemos nosotros por menos que incidir someramente en un punto objeto de polémica, y de desavenencias doctrinales, cual es el relativo a la - concesión a los hijos no matrimoniales de un *status familiae*, como ocurre para la filiación matriminial.

En nuestra opinión, mucho más adecuado e idóneo sería el concederles a aquéllos un status filii que les ligase inexcusablemente y de forma exclusiva a sus progenitores, pues extender su vínculo de filiación también a la familia de los progenitores resulta quizá excesivo.

Bien; se nos podría objetar que si ello no fuera así, ¿dónde quedaría la igualdad de los hijos ante la ley?. De suerte que desde una óptica constitucional no cabe duda que devendría la equiparación de forma irremisible en una contradicción vejatoria.

Sin embargo, a nuestro parecer, a sensu contrario se desiguala la institución del matrimonio; si no es así, ¿qué diferencias sustanciales encontraremos entonces entre el concubinato more uxorio y el matrimonio legalmente celebrado?.

Conviene que aportemos las siguientes opiniones al respecto. Entre ellas cabe destacar la del senador VILLODRES GARCIA: (2)

"Ya se ha ido muy lejos, tal vez demasiado, al sancionar una total equiparación entre la filiación matrimonial, otorgando a ésta no sólo un status filii idéntico al de la primera sino también un status familiae, casi igual también, lo que es ir más allá de lo que la propia Constitución pide (el art. 39.2 sólo proclama la igualdad de los hijos, pues no en tanto nietos o en tanto hermanos)".

Pero también encontramos voces en contra, como la del senador RUIZ RISUEÑO en la sesión plenaria nº 98, 31-III-1981, en el informe del Proyecto - de la Cámara del Senado. (3)

"En efecto, esta equiparación a la que he cho referencia en cuanto a los hijos se extiende además a los hermanos, suprimiéndose toda diferencia de trato entre los mismos. Los hijos no solamente poseen el status filii, esto es, el estado de hijos, - sino que también deben tener y poseer ese status familiae al que anteriormente me refería; son miembros de la familia de pleno derecho y por consiguiente no solamente la relación de padres e hijos o de hijos - y padres sino entre los hermanos, sean o no matrimoniales, debe dárseles el mismo tratamiento".

Sin embargo, no debemos olvidar que la relación familiar es hoy una institución nuclearizada exclusivamente en los cónyuges.

Se ha superado en nuestros días la fórmula ancestral de la familia jerarquizada, en la cual existía una supeditación omnímoda al paterfamilias, bien fuese por vínculos de consaguinidad, o de agnación.

No obstante, la tónica dominante en la sociedad moderna es que la relación familiar se decante irremisiblemente al binomio "pareja-hijos", independizándose cada vez más del otro sucedáneo que constituía propiamente el status familiae ampliamente con-

siderado, es decir, parentesco, de suerte que si hoy es una evidencia que el status filii es colorario de la familia nuclearizada, no parece lógico vincular a los hijos no matrimoniales con la familia troncal de sus progenitores.

Conviene que traigamos a colación la opinión de los profesores DIEZ PICAZO y GUILLON BALLESTEROS sobre el concepto de la familia núcleo. (4)

"Al término de esta evolución -se señala también- podrían existir relaciones puramente segmentarias entre individuos aislados (por ej. de cada uno de los progenitores con el hijo, como ocurre con la madre natural, con el padre divorciado etc.)— Sea de ello lo que fuere, parece evidente que la familia es un grupo humano o agrupación de individuos, conexionado en virtud de unas determinadas características y de unos determinados fines o funciones que está llamado a cumplir".

Sección 2ª

PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD

Centrándonos exclusivamente en lo que es el objeto de este estudio, cual es la impugnación de la paternidad matrimonial, tendremos que empezar analizando la finalidad de la acción constitutiva de impugnación de la paternidad matrimonial, que no será otra que destruir la presunción de hijo matrimonial. Nuestra pretensión es su examen a la luz de la reciente ley aprobada por el Parlamento, publicada en el B.O.E. el día 19-V-1981, procurando aportar con nuestra perspectiva y análisis un modesto apoyo doctrinal que colabore en la exégesis de la ley de reforma de filiación.

La filiación matrimonial reposa en el adagio de la presunción indiciaria del pater is est quem nuptiae demonstrant.

De tal manera que el marido nunca podrá presentar una prueba positiva concluyente de su paternidad.

Tenemos que basarnos en indicios más o menos fuertes que nacen de las obligaciones conyugales como la cohabitación y la fidelidad, que por ende exclusivizan las relaciones sexuales intraconyugalmente, presuponiendo que el esposo es el padre de los hijos que fecunda la esposa.

Claro está, el proclamar como principio rector de la reforma la verdad real ha obligado al legislador a posibilitar unos cauces de refutación de la vieja máxima canonista, por vía de la prueba libre que tipifica el actual art. 127 C.c.

Pero mientras tanto se sigue presumiendo iuris tantum la indivisibilidad de la filiación, de manera que se permitirá contradecir su legalidad, en pro de la veracidad real del vínculo en cualquier momento.

En este sentido es oportuno mencionar la opinión de MEULDERS KLEIN. (5) Según la cual, el hijo concebido o nacido en el matrimonio conserva el privilegio de la filiación indivisiblemente constituida en consideración a su padre y madre por el simple juego de la presunción pater is. Sin embargo el

hijo nacido fuera del matrimonio no le queda más remedio que obrar por vía de reconocimiento (sus progenitores), o entablar una acción en búsqueda de su paternidad.

Aplicando estas ideas a nuestro Derecho, observamos que ha cambiado la filosofía que ha venido inspirando nuestro Código, pues si uno de los pilares básicos de la reforma es la "verdad biológica", no se considera justo mantener una verdad legal que conceda un status falso de paternidad matrimonial al hijo; pues claramente entonces se contradiría con ello otro de los principios rectores de la nueva legislación, cual es el interés real del hijo.

Sección 3ª

ITER LEGISLATIVO EN RELACION CON EL PRECEPTO DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

A continuación vamos a recorrer el iter - legislativo de la reforma sobre la filiación, y nos ceñiremos exclusivamente al presupuesto normativo que intentamos rebatir con la impugnación de la paternidad matrimonial, que no será otro que la presunción de la paternidad legal.

En nuestra opinión, no se han contemplado con la suficiente claridad en el precepto sobre la - presunción de paternidad todos los supuestos que a - buen seguro plantearán importantes dudas en su aplicación práctica a la hora de su interpretación.

De tal suerte podemos deducir que una misma redacción ha dominado desde la génesis de este precepto en los primeros anteproyectos y proyectos, hasta llegar a la aprobación por el Congreso de los Diputados el 31-XII-1980, en que se corrigió con acier

to el precepto legal, y que fue definitivamente adaptado por el Dictamen de la Comisión en el Senado el 27-III-1981, al rechazarse una enmienda que después analizaremos más específicamente, y que de haberse aprobado hubiese supuesto mayor claridad, y una aplicabilidad más justa y real de la presunción de la paternidad matrimonial.

Pues bien, de forma sucinta expondremos las distintas etapas de formación del precepto que hoy, lege data, expresa el artículo sobre la presunción de paternidad matrimonial.

De tal manera que, como hemos dicho precedentemente, hasta la aprobación por el Congreso dominó la siguiente redacción: (6)

"Se presumen hijos del marido los nacidos de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de su disolución o de la separación efectiva de los cónyuges".

Francamente nos parece a nuestro modo de ver una redacción confusa, superficial y limitada.

Aludimos a continuación a las razones siguientes:

No se explicita claramente si la disolución sea por muerte, o por divorcio; incluye asimismo el supuesto de la declaración de fallecimiento. -

Entendemos que el matrimonio también se disuelve por dicha causa, luego la presunción operará con la misma fuerza en el referido supuesto.

En este sentido el Código civil es suficientemente expresivo. (7)

"El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio".

Por otra parte, al referirse al concepto de "separación efectiva" ¿qué debemos entender con el adjetivo "efectivo"?, ¿quiere hacer referencia tanto a la separación legal como a la de hecho?; si ello es así, ¿cuándo deberá interpretarse que es realmente "efectiva" una separación de hecho?, ¿puede colegirse que el término "efectivo" vendrá a colación exclusivamente cuando hubiese decisión judicial, permitiendo a los cónyuges vivir separados?; ¿qué ocurre si deviene per se una reconciliación a posteriori, cuando los cónyuges están separados?

Por último, para no extendernos ahora en el desarrollo de otras cuestiones que hemos analizado más extensamente en páginas posteriores, sólo nos vamos a detener en un supuesto esbozado y no contemplado de forma positiva, y que de seguro planteará -

en la doctrina y en la interpretación jurisprudencial arduos problemas, cual es el juego de la presunción de la paternidad con las instituciones de la ausencia legal o declaración de fallecimiento, de suerte que el problema a solucionar será la condición jurídica del hijo nacido después de los 300 días siguientes a la desaparición del marido. ¿Será o no matrimonial?.

Una segunda etapa, en la cual tenemos forzosamente que detenernos, es aquélla en la que respetando la razón de ser del precepto legal de la presunción de la paternidad, sin embargo formalmente cambia la dicción del parágrafo.

En este sentido se manifiesta un proyecto de reforma de la filiación. (8)

"Se presumen hijos matrimoniales salvo prueba concluyente en contrario los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes de su disolución o de la separación efectiva de los cónyuges. A estos efectos podrá referirse la prueba a las características biológicas de las personas".

Asimismo conviene remitirnos a otro proyecto. (9)

"Se presumen hijos matrimoniales, salvo prueba en contrario los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de su disolución o separación efectiva de los cónyuges".

En realidad, en nuestra opinión, son modificaciones estilísticas, pero que no profundizan en ninguna tajante diferencia.

Tanto la expresión "salvo prueba concluyente en contrario" como su homóloga, "salvo prueba en contrario" resultan a nuestro parecer innecesarias cuando, como ahora, los plazos legales no son irrefutables, y la presunción de paternidad no es iuris et de iure, ello es así porque la filosofía que inspira la reforma busca la verdad real biológica, y no sólo la verdad legal, buscando sobre todo que con aquélla se beneficie el interés del hijo en ver constatada su filiación auténtica.

El último inciso, referido a la prueba biológica, resultaba reiterativo si lo cotejamos con el artículo 127 C.c. cuando de manera explícita en éste se admite en los procesos de paternidad la aplicación de las pruebas biológicas. Lógico será pues deducir que para probar una gestación prolongada o un embarazo prematuro las pruebas que en primer lugar deberán aportarse serán las de la maduración fetal, o las pruebas de los sistemas genéticos, especialmente la del sistema tisular (HLA) y no cualquier otra (testifical o documental insuficientes per se)

Respecto a la tercera y última etapa, vie

ne constituida por la redacción definitiva que se le dio la aprobación por el Congreso (31-XII-1980). (10)

"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Notamos una pequeña modificación; desaparece el adjetivo "efectivo" y se concreta con mayor nitidez la clase de separación a que alude el precepto; sin embargo, la crítica que realizábamos a la limitada formulación del artículo no se ha corregido.

Del camino recorrido desde la aprobación en el pleno del Congreso hasta el dictamen de la Comisión del Senado, no varió su formulación, rechazándose las enmiendas que se le presentaron y que serán objeto de análisis con posterioridad; recapitulamos a continuación el tenor del precepto de la presunción de paternidad durante su itinere legislativo, desde la remisión del proyecto del Congreso de los Diputados hasta llegar a las enmiendas que fueron aprobadas en el Senado, y que para nada afectaron la redacción del artículo aludido. (11)

"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

A continuación, vamos a analizar críticamente la enmienda más importante que se presentó al artículo 116, enmienda Nº 119 presentada por el grupo parlamentario UCD. (12)

"Se añadirá un segundo parágrafo que dirá lo siguiente: Si el hijo hubiese nacido después de transcurrir 300 días desde la disolución del matrimonio o desde la separación de los cónyuges, cualquiera de ellos o el hijo, podrá pedir que se declare la paternidad del marido, probando la duración prolongada del embarazo o demostrándola por los medios establecidos en el artículo 135".

A nuestro modo de ver, sólo añadir a lo expuesto, que desde luego, aunque no se hubiere aprobado este parágrafo, de forma aupletoria o subsidiaria podría aún reclamarse la paternidad a través del art. 132 C.c. (13)

"A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible corresponderá al padre, a la madre y al hijo".

También es motivo de encomio el que por fin se materialice con este artículo (116 C.c.), cúal es la condición jurídica del hijo así concebido (matrimonial); ello fue sin duda caballo de batalla en la doctrina y jurisprudencia anteriores. (14)

"El marido o sus herederos podrán descono

cer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos 300 días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal o efectiva de los cónyuges, pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

En nuestra opinión, la actual redacción del art. 116 no ha colmado todas las lagunas; pensemos en el ejemplo de una sobrevenida reconciliación conyugal. Si en el período de la concepción están los cónyuges separados legalmente o de hecho de forma fehaciente, ¿se hará renacer la decaída presunción de paternidad por la circunstancia de una mera reunión de hecho o será necesaria una reconciliación que implica por sí misma perdurabilidad en la convivencia?.

En nuestra opinión, una espóntanea reunión de hecho en el momento de la concepción no sería suficiente para hacer renacer la presunción, y ello porque la diferencia de la reconciliación conyugal es que en aquélla no hay continuidad en la convivencia; en cambio en ésta su característica principal radica en la estabilidad en las relaciones conyugales.

Sección 4ª

EXAMEN DEL REGIMEN LEGAL DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Lo primero que colegimos a sensu contrario de la literalidad del artículo (116 C.c.) es la condición de no matrimonial del hijo nacido después de los 300 días de la disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges. La enmienda presentada nos conduce a las siguientes reflexiones y conclusiones.

La remisión del art. 131 C.c. es porque se parte del supuesto de que no existe lógicamente posesión de estado de hijo matrimonial; ello es evidente, pues el matrimonio disuelto, por ej. por divorcio, o la separación legal o de hecho de los cónyuges, impedirá que el hijo nacido más allá de los 300 días de las disolución o la separación se vea amparado en la presunción del pater is, y como consecuencia de la ausencia de la presunción el hijo no -

podrá disfrutar de la posesión de estado de hijo matrimonial.

Por su parte, el párrafo in fine de la enmienda comentada nos da la pauta probatoria del principio de prueba suficiente, que el art. 127 C.c. exige como prius de admisibilidad de cualquier demanda: "El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

Obviamente, esto nos remite a las pruebas biológicas en los procesos de paternidad, objeto de capítulo aparte. Si el legitimado activo en la acción (padre, madre, hijo, Ministerio Fiscal) hubiesen de probar la duración prolongada del embarazo, la prueba idónea que el legitimado deberá incoar será la de la maduración fetal.

Por ello estimamos que deberá practicarse inicialmente esta prueba de maduración fetal cuando se recurriese al concurso de las pruebas biológicas en todos los procesos de impugnación de las paternidad. Como sus resultados son de un valor probatorio del 100%, pensamos que la convicción del juez, su discrecionalidad, deberá correr pareja a estos dictámenes periciales médicos.

En este sentido, conviene que nos remitamos a la doctrina alemana; en concreto a los autores más representativos en esta materia BEITZKE, HOSEMANN, DARH. (15)

"El peritaje de tiempo de embarazo tiene la misión de aclarar si un coito confesado o un coito repetido eventualmente ha conducido o no a la procreación del niño. Por vía de exclusión se intenta estrechar el círculo de hombres cuestionables en el coito vario repetido (o tal vez con varios hombres). Efectivamente, los plazos de cohabitación están tan próximos unos de otros que con harta frecuencia no es posible llegar a conclusiones seguras. Finalmente hay que aludir a que la aplicación muy frecuentemente de antiovulatorios (píldora antibaby), sólo facilita la prestación de un peritaje de tiempo de embarazo en casos excepcionales, pero en la generalidad de ellos lo dificulta".

Pero también puede el legitimado activamente en la acción de declaración de la paternidad recurrir al art. 135 C.c., como nos recuerda la enmienda.

A nuestro parecer, el recurso a los medios probatorios del citado artículo suplen la evidencia de la presunción de paternidad. (16)

"Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia conla madre en la época de la concepción o de otros hechos de los

que se infiera la filiación de modo análogo."

Nosotros pensamos que un buen sistema sería recurrir a la prueba de duración prolongada del embarazo, que debería solicitar en primer lugar el juez,- y para el supuesto de que no resultase viable, entonces se acudiría de forma subsidiaria a estos medios - expresados en el art. 135 C.c.

En nuestra opinión, si el párrafo in fine del art. 135 C.c. alude a "otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo", resulta indubitado e inconcuso que podrá declararse la filiación matrimonial como consecuencia de una inseminación artificial homóloga o de una inseminación artificial - heteróloga (I.A.D.) con consentimiento del marido.

Imaginemos el supuesto de que la mujer hubiese recurrido a la inseminación artificial homóloga; pero que por contraindicaciones médicas no pudo llevarse a cabo la referida inseminación. Si el marido tenía forzosamente que ausentarse durante un largo período de tiempo, nada obstaría a que el mismo - semen fuese conservado criogénicamente.

Si al regreso del marido, la pareja se hubiese separado de hecho y la mujer lograse inseminarse homólogamente, ¿podría pedir ésta que se declare

la paternidad del marido alegando que durante el período de separación mantuvo relaciones sexuales con su marido, y que la cohabitación casual fue la producida como consecuencia de la inseminación vera copula y no por la inseminatio artificialis?.

Por lo que respecta a la relación existente entre el art. 116 y 118, recordemos que este último dice: (17)

"Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos".

Vamos a analizar la antedicha relación, - pero previamente aludiremos a la enmienda que se le adujo en el Senado. (18)

"Resulta aconsejable no prescindir de un supuesto que estaba expresamente contemplado, y que al dejar de ser objeto de reglamentación, podría conducir a una interpretación demasiado drástica del art. 116 sobre todo si se tiene en cuenta lo que dispone el art. 118. Poniendo en relación ambos preceptos podría sostenerse que el hijo no amparado por la presunción de paternidad del marido solamente será matrimonial si concurre al consentimiento de marido y mujer".

Si el art. 116 C.c. nos manifiesta una presunción de paternidad absoluta y objetiva tomando como módulo el matrimonio, los hijos que nazcan después

de éste y antes de los 300 días siguientes de la separación de aquél o de la separación legal o de hecho de los cónyuges, son per se matrimoniales.

Sin embargo, el art. 117 C.c. relativiza más la presunción de paternidad, al permitir que por ej., por medio de un expediente, en el que conste una declaración autentificada de no paternidad, se contradiga con éxito la presunción, sin que ello obste a que se recurra posteriormente al ejercicio procesal de su derecho, cual es la impugnación de la paternidad, en un juicio declarativo ordinario por vía del art. 136 C.c.

En cambio, el art. 118 conforma una presunción de paternidad consensual.

Planteamos el siguiente supuesto en el cual puede venir a colación el artículo 118 C.c.

Imaginemos que nos encontramos con el examen del caso de una inseminación artificial homóloga, es decir, en la cual el marido puede generar pero no copular; sin embargo no se llevó a cabo la operación porque la mujer padecía una enfermedad hepática en aquel tiempo que impedía la inseminación. Como consecuencia de una ausencia forzosa del esposo y pensando en cualquier contingencia, se congeló criogéni

camente el semen de éste; al regreso del marido se - instó por parte de ambos cónyuges la demanda de separación personal.

Si la mujer, hubiese logrado inseminarse artificialmente con el semen de su esposo, en época en que no jugase la presunción de paternidad al estar separados y existir decisión judicial permitiéndoseles vivir en domicilios distintos; aun así, por el - consentimiento común de ambos cónyuges se podría conferir el status matrimonial al hijo. Pero ¿y si la mujer cohabitó durante el período de concepción con un tercero?. La mujer podía pretender hacer creer - al marido que el hijo había sido fruto de la inseminación artificial homóloga, de suerte que el consentimiento que libremente otorgase el marido para inscribirlo como matrimonial resultaría viciado; no obstante aquél (el esposo) dispondría todavía de la acción de impugnación del artículo 136 C.c., empezándose a computar ésta desde que hubiese cesado el vicio del consentimiento.

Naturalmente, también puede alegar la mujer la acción que demuestre la no veracidad de su maternidad. (19)

"La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo".

De lo cual deducimos que ésta es una acción que no está sometida a caducidad, sino que por ende es imprescriptible. Sin embargo, para el supuesto de impugnación de la filiación matrimonial cuando subsista posesión de estado de la misma, la madre no está legitimada activamente en interés propio para la acción sino sólo cuando detentase la patria potestad del hijo. Tampoco podrá impugnar al no estar legitimada como demandante en esta apócrifa filiación matrimonial, la madre auténtica o biológica del hijo.

Otro punto que tenemos que examinar, es que ahora se ha corregido un aspecto en el cual nuestro anterior legislador no fue muy diáfano. Puesto que se adjetivaba la presunción como de legitimidad, cuando hubiese sido más correcto emplear el término "paternidad", como es el tenor seguido por el legislador actual en el art. 116 C.c., corrigiéndose de iure la defectuosa redacción del anterior art. 108 C.c. De haberse mantenido esta dicción, sin duda se hubiese incurrido en un craso error inconstitucional, al provocar la desigualdad de los hijos ante la ley.

La probabilidad de mantener la condición de status de hijo matrimonial va en consonancia con el período de nacimiento del hijo, de suerte que la fragilidad de la presunción dependerá del exiguo índice probabilístico de paternidad.

Resulta interesante en este punto, remitirse a un trabajo de la doctrina portuguesa como es el del autor DE OLIVEIRA.

"Se trata de un hijo nacido dentro de los primeros 180 días posteriores a la celebración del matrimonio de la madre, es por ello un hijo concebido antes del matrimonio. Esta circunstancia lleva al legislador a admitir que el marido es el padre pero no a hacer un juicio de probabilidades tan fuerte como aquél que se haría si el hijo hubiese sido concebido durante el matrimonio de la madre. Así a una probabilidad menor corresponde una presunción de paternidad más frágil, esto es, susceptible de ser desmentida a través de una mera declaración que haga fe".

En nuestra opinión, creemos que debía haber matizado más el autor portugués cuáles son las razones diferenciadoras de ese juicio cabalístico de probabilidades de paternidad. Puesto que cotejándolo con el art. 117 C.c. español, de nacimiento dentro de los 180 días siguientes al matrimonio, el juicio de probabilidades dependerá, a nuestro modo de ver, de la convicción judicial que se tenga de la imposibilidad manifiesta de cohabitación acreditada por el hecho de una separación conyugal, de una convivencia more uxorio de la mujer con un tercero durante todo el período de la concepción de forma ininterrumpida, o por una ausencia legal o incluso por una declaración de fallecimiento.

Analizando el contenido de la presunción de nuestro art. 116 C.c., deducimos que ésta debe ser más fuerte que aquélla en la que el hijo ha nacido dentro del matrimonio pero ha sido concebido antes (art. 117 C.c.); por ello las diferenciamos ambas presunciones con criterios absolutos o relativos. El juicio apriorístico de probabilidad de paternidad correrá parejo a la exclusión de la misma constatada científicamente, lo cual impone de facto el recurso a las pruebas biológicas que evidencian una exclusión o probabilidad de la paternidad con una verosimilitud confinante en la certeza.

Conviene que nos detengamos en otra obra del autor portugués DE OLIVEIRA, comentando la probabilidad de la cohabitación, antes de la reforma operada en 1977. (21)

"Las legislaciones acostumbran a procurarse ese índice (probabilidad añadimos nosotros) en el comportamiento del marido de la madre. Así nuestro art. 1816 (anterior, no el actual) da relevancia en este sentido a la circunstancia de haber conocido el embarazo de la mujer antes del matrimonio o a la asunción de él por cualquier forma de la cualidad del padre".

Algo semejante a lo que nuestro actual art. 117 preceptúa. Es decir, el supuesto en el que el marido puede destruir su presunción de paternidad, cuando el hijo ha nacido dentro de los 180 días siguientes a la

celebración del matrimonio, exceptuándose los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio.

La presunción de paternidad es aceptada por él, pero no se desencadena como consecuencia de una concepción matrimonial, y ello lógicamente porque en el momento de la cohabitación no existía todavía la obligación en la pareja de respetar cualquier tipo de deberes conyugales, es decir ni la cohabitación ni la fidelidad.

Sección 5ª

LA PRESUNCION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación vamos a realizar una labor de comparación crítica de la presunción de paternidad, cotejándola con las principales reformas europeas para que nos ilustren sobre la problemática que aquélla presenta en su aplicación.

Comenzamos remitiéndonos al derecho positivo luso. (22)

"Se presume que el hijo nacido o concebido constante el matrimonio de la mujer, tiene por padre al marido de la madre".

La conclusión que deducimos del artículo luso es que por una parte omite deliberadamente cualquier tipificación sobre el cómputo de los plazos. - Sin embargo en nuestro art. 116 como en la mayoría de los Códigos europeos se concreta unos perídos a quo en la gestación, que aún admitiendo prueba en contra

rio, no obstante hace que en principio un hijo nacido más allá de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges no esté amparado en la presunción de paternidad. El legislador portugués posibilita incluso una acción judicial para fijar la concepción. (23)

"Es admitida acción judicial destinada a fijar la concepción dentro del período referido en el artículo 1798, o a probar que el período de gestación del hijo fue anterior a 180 días, o superior a 300".

Por lo que hace referencia a la legislación germánica, en concreto tanto la Alemania Federal como la Democrática, la presunción de paternidad matrimonial extiende su ámbito de forma inexcusable hasta un dies certus estricto. Como motivo de disolución por lo - que se ve omite la declaración de fallecimiento.

Remitiéndonos a la legislación Soviética, también extiende la presunción a los hijos nacidos - más allá de los 300 días de la disolución del matrimonio; pero a diferencia de lo que tipifica nuestro legislador prescinde del supuesto de separación, aunque no obstante confiere el status de hijo matrimonial a aquéllos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la nulidad del matrimonio. (24)

Interesante resulta asimismo constatar -

que en los países escandinavos parece que el no establecimiento de cómputos legales en la concepción es la tónica dominante; el omni meliore momento es susceptible de ser refutado puesto que el período de la concepción no viene regulado por fechas legales. Por otra parte, estimamos desacertado el amplio plazo de impugnación, desde el conocimiento del hijo (tres años), pues ello va en contra del interés real de éste al no ver afianzada una posesión de estado firmemente consolidada, sino expectante ante la presumible actuación del "padre legal".

A su vez los países del Este, como el checoslovaco o el polaco, resuelven el conflicto de presunción de paternidad del hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la muerte del primer marido de la madre, responsabilizando de la paternidad al nuevo cónyuge de la mujer.

Por último conviene queaportemos unas notas en torno a la legislación mejicana y filipina, las cuales tampoco aluden a la condición jurídica de la filiación del hijo nacido antes de los 300 días siguientes a la separación legal o de hecho, o a la declaración de fallecimiento como causa de disolución. Al mismo tiempo criticamos en estos sistemas el limitado y tasado objeto de prueba, que nos hace remembrar nuestro anterior art. 108-2º C.c. al tener el -

marido que demostrar la imposibilidad física de acceso en el período de la concepción.

Por su parte las leyes filipinas concluyen en la extramatrimonialidad de los hijos nacidos después de los 300 días de la separación o anulación. - (El divorcio no está permitido).

Sección 6ª

OMISION DE LA AUSENCIA LEGAL EN EL PRECEPTO LEGAL

A continuación examinaremos las principales cuestiones que a nuestro juicio conformarán las críticas doctrinales más relevantes.

Empezaremos expresando en primer lugar que no se contiene en nuestra actual reforma legislativa sobre la filiación un apartado en su articulado sobre la presunción, como por el contrario preceptúa el legislador helvético. (25)

"Si el marido ha sido declarado ausente, el tiempo de los 300 días corre a partir del peligro de muerte o de las últimas noticias".

Evidentemente, no podemos eludir el problema que se le va a presentar a nuestro juez, cuando tenga que dilucidar el dies a quo del cómputo de

los 300 días; ello porque o bien puede considerar que empezarán a contarse dichos plazos desde la fecha de la declaración de la ausencia legal; o por el contrario fundamentándose en la literalidad del art. 116 - C.c., comenzará a transcurrir el tiempo legal desde el momento de la disolución del matrimonio.

Si bien es cierto que en el supuesto de - ausencia declarada del marido no se aplica la presunción de paternidad, puesto que no existe convivencia matrimonial. ¿Será lo mismo en el caso de ausencia del desparecido?; lógicamente hasta el transcurso de los plazos especificados en el art. 183 C.c., no podrá instarse la declaración de ausencia legal. Ahora bien, creemos que probado el hecho físico de la - separación del marido, el hijo nacido más allá de - los 300 días siguientes a aquélla no será matrimonial.

En este sentido conviene que reparemos en el criterio de un Proyecto de ley luxemburgués. (26)

"Por otra parte se ha propuesto por los - autores del proyecto de ley completar el artículo - 315. En este sentido la presunción de paternidad no se aplica en el hijo en caso de ausencia declarada - del marido si ha nacido más allá de los 300 días después de su desaparición.

A pesar del silencio de los textos del Código civil la Jurisprudencia francesa ha admitido que tal hijo no está amparado por la presunción de pater

nidad y que tendrá que considerársele como hijo natural simple.

En efecto para poder ser considerado legítimo el hijo tendría que establecer que el marido de la madre vivía en la época de la concepción".

En nuestra opinión, esta prueba será "odiosa". ¿Cómo se acompasarán entonces esas reglas, para el supuesto de que hubiese acontecido por ej., una - inseminación artificial homóloga?.

La exigencia probatoria de la demostración de que su padre vivía en la época de la concepción, es a nuestro parecer exigua e insuficiente, pues podrá darse el supuesto, fácilmente presentable, de que la mujer hubiese sido inseminada homólogamente; con lo cual el hijo realmente lo que tendrá que demostrar es que casualmente en la referida época de la concepción se dió la mencionada inseminación artificial homóloga fecunda.

Conviene que nos remitamos a la opinión - de los autores galos COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU. (27)

"En cuanto a los hijos nacidos, en caso - de ausencia declarada del marido, más allá de los - 300 días después de la desaparición, el art. 315 los declara ilegítimos y, sobre este punto, la regla no es nueva; se consideraba anteriormente, ante el si -

lencio de los textos, que el hijo no estaba amparado por la presunción de paternidad; para estarlo, tendría normalmente que probar que el matrimonio de sus padres existía incluso en el momento de su concepción, y aportar la prueba que el marido de la madre estaba todavía vivo: prueba imposible puesto que el ausente ni es presunto muerto ni presunto vivo; el hijo era en consecuencia considerado como un hijo natural simple de su madre".

Parece que el legislador galo, al exigir la prueba de la existencia del marido durante la época de la concepción pensase exclusivamente en la vera copula fruto de una inseminación natural y no en la copula artificialis. Ahora bien, una interpretación extensiva y válida de la prueba de que el marido vivía realmente en la época de la concepción, ¿podría venir dada por la constancia de su existencia genética aunque no física?.

No solamente nuestro legislador ha omitido toda referencia a los supuestos de ausencia o declaración de fallecimiento; sino que también el legislador italiano ha prescindido prima facie de toda relación expresa de estos supuestos. Pensamos que porque quizá incluye estos eventos dentro del Nº 1 del art. 235 C.c. "si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los 300 y 180 días antes del nacimiento".

En este sentido opina FINOCHIARO (28)

"No puede de hecho hablarse de decaimiento de la presunción de concepción desde el momento - que también en el caso de la desaparición, ausencia o muerte presunta se está siempre en presencia de un matrimonio; no puede hablarse de decaimiento en la - presunción de paternidad. La circunstancia que la declaración de ausencia excluye en el modo más categórico, que el hijo concebido constante matrimonio lo haya sido por obra del marido desaparecido no impide la operatividad de la presunción de paternidad, sino que permite solamente considerar probado indiscutiblemente uno de los presupuestos de la acción de impugnación precisamente el art. 235 C.c. nº1".

Nosotros no estamos de acuerdo con este razonamiento, pues si objetivamente el vínculo conyugal subsiste, se ha interrumpido no obstante el deber de cohabitación que dimana del hecho del matrimonio, debido a la circunstancia por ej. de la declaración de ausencia legal o declaración de fallecimiento; de modo que si no hay objetivamente cohabitación no puede desencadenarse la presunción de paternidad. Luego el hijo no estará amparado en el favor iuris de hijo matrimonial.

Pensamos que la impugnación de este hijo vendrá dada por la acción de desconocimiento que nuestro art. 117 posibilita en un proceso de jurisdicción voluntaria, probando de manera exclusiva que durante la época de la concepción hubo imposibilidad física

de acceso; pero no se tendrá que recurrir a la acción de impugnación del art. 136 y demostrar por cualquier medio que él no puede ser el padre, más que cuando - aquel proceso no diese resultados satisfactorios.

Tenemos que precisar, asimismo, que si - atendiendo exclusivamente a la letra de la ley, en - concreto el art. 116, nuestro legislador considera como hemos visto que gozan de la presunción de paternidad los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la - disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges. ¿Debemos entender que a sensu contrario no - debe jugar la presunción de paternidad para los hijos nacidos más allá de los 300 días siguientes a la desaparición en la ausencia o declaración del fallecimiento del marido?. De suerte que este hijo nacido objetivamente "constante matrimonio" pero en período de ausencia legal no podría beneficiarse del status de hijo matrimonial.

Sin referirse a este supuesto explicitado por nosotros anteriormente, RENATO TERESI habla so - bre las hipótesis tipificadas en el art. 232 C.c. italiano y llega a la conclusión siguiente. (29)

"Fuera de estas hipótesis, pues, obra la presunción de ley por lo que por efecto del nacimien

to acontecido constante matrimonio el hijo adquiere, tratándose de presunción iuris et de iure, el estado de hijo legítimo y consiguientemente de hijo del marido de la mujer misma unida en matrimonio en la época de la concepción".

Si nos apoyamos en el apotegma de que donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir, concluiremos que muy bien podría deducir el intérprete que cuando el legislador en el artículo - transcrito de la presunción de paternidad omite toda referencia al supuesto expreso de la condición jurídica del hijo nacido en período de ausencia legal o de declaración de fallecimiento, ¿será porque estima que constante matrimonio juega con toda su fuerza la presunción de paternidad?, ¿ o por el contrario debe interpretar que el hijo nacido en tales circunstancias no es matrimonial, de modo que éste tendrá que probar que durante la concepción hubo posibilidad biológica de cohabitación y no limitarse en pensar de - forma exclusiva en la "física posibilidad"?. De seguir este criterio, ¿cómo enjuiciaremos entonces el supuesto de la inseminación artificial homóloga?.

Sección 7ª

IMPOSIBILIDAD PSIQUICA DE COHABITAR Y LOS EFECTOS LEGALES DE LA RESIDENCIA SEPARADA DE LOS CONYUGES

Empezaremos definiendo lo que queremos expresar con la mencionada denominación de la imposibilidad psíquica de cohabitar.

Creemos que en estos supuestos en el período de la concepción no es que físicamente no hubiese probabilidad de acceso carnal, sino que por el contrario a pesar de que pudiese existir de forma objetiva comunidad conyugal y posesión de estado en las relaciones familiares, sin embargo subjetivamente hay una ruptura en la relación intraconyugal que implica un alejamiento fáctico y real de la comunidad conyugal, lo cual provocará de forma inexorable el decaímiento de la presunción de paternidad.

Por lo que hace referencia al domicilio de los cónyuges en la separación, consideramos que es una

condición sine qua non la constatación no sólo objetiva sino notoria de la residencia de ambos cónyuges en lugares distintos, de suerte que el período de concepción coincida con dicho período de ruptura de la vivienda común connubial que paralice la presunción de paternidad.

Supongamos que (A) casado con (B) hubiesen planteado una demanda de divorcio; ¿cómo jugará la presunción de paternidad y cómo podría alegarse una imposibilidad psíquica de cohabitar?.

Lo más congruente será pensar que desde el momento de la presentación de la demanda incluso mucho antes los cónyuges vivían separados, de forma que si durante el proceso aún sub iudice naciese (C) la presunción pater is no convertirá al marido, actor en la demanda de divorcio en padre legal de (C).

Ello es obvio puesto que la presunción de paternidad decaerá con la cesación efectiva de la convivencia conyugal, de suerte que admitida la demanda de divorcio actuará ope legis la suspensión pater is quem nuptiae demonstrant.

En este sentido conviene traer a colación las medidas provisionales en los procesos de nulidad, separación y divorcio.

El demandante en la instancia de divorcio presunto padre podrá destruir la mencionada presunción demostrando no sólo la imposibilidad física sino psíquica de cohabitación con su mujer. La prueba, pensamos, vendría dada por la constatación de que en el período de separación él hubiese vivido en domicilio independiente; pero al mismo tiempo tendría que demostrar que su mujer durante dicho período convivió more uxorio con un tercero coincidiendo con la época de la concepción. En cuanto a la alegación de la imposibilidad psíquica, creemos que una manifestación notoria de la misma vendría dada por el hecho comprobado y adverado del mantenimiento de la residencia separada, o por el mismo planteamiento de acciones judiciales por parte de los cónyuges.

Consideramos oportuno recoger la opinión de un proyecto de ley luxemburgués. (30)

"La instancia de divorcio constituye en efecto ella misma una imposibilidad moral de cohabitación. La misma imposibilidad moral debe de ser presumida en caso de separación de hecho, al menos cuando los esposos han obtenido conforme al art. 215 nuevo del C.c., la autorización de residir separadamente".

Lógicamente, tendremos que preguntarnos cúal es la posesión de estado de este hijo; si la de hijo matrimonial o la de extramatrimonial.

Creemos que si hubiese una decisión judicial autorizando a los cónyuges a vivir separados - (ej. por el mero hecho de la presentación de la demanda de separación), corolario de la misma será la interrupción de la presunción de paternidad, de suerte que si el hijo que naciese durante la pendencia de - esta situación sería no matrimonial, aunque claro está correspondiéndole la carga de la prueba en contrario a la mujer, que tendría que demostrar que durante el tiempo hábil de la concepción su marido mantuvo relaciones sexuales con ella, lo que haría renacer de nuevo la presunción. A sensu contrario pensamos que incluso aunque no hubiese decisión judicial autori - zando la residencia separada a los cónyuges, la separación fue de hecho y no hubo tampoco constatación - fehaciente de la misma; si no obstante se lograse demostrar la no posesión de estado de hijo matrimonial y que el período de separación fáctica coincidía con el de la concepción del hijo con un tercero que no - fuese el marido de la madre sino muy probablemente su progenitor biológico real, tampoco creemos que en estos supuestos pudiese jugar en contra del marido, presunto padre legal , la presunción de paternidad matrimonial.

Lo que si resulta evidente es que en el - supuesto de que no se hubiese presentado la demanda

de separación no cesará legalmente la presunción de paternidad, si bien es cierto que lo más lógico será que de facto en la mayoría de los casos hubiesen roto los cónyuges la convivencia conyugal; pues bien, si el hijo naciese en el transcurso del período de - separación, ¿podrá el marido desconocer su paternidad a través de una declaración auténtica en contrario formalizada ante el encargado del Registro?; ¿o al no - constar una decisión judicial concediendo la residencia separada, el presunto padre legal tendrá que ejercitar su acción de impugnación por vía de un juicio declarativo ordinario?.

Conviene asimismo resaltar la opinión de MEULDERS KLEIN. (31)

"Inversamente el proyecto no ha utilizado la técnica de la ley francesa que consiste en suprimir la presunción pater is en una serie de supuestos o circunstancias donde ella aparece suspendida, esto no es en el caso de ausencia declarada del marido - (art. 316). El hijo nacido de una mujer casada durante un período de separación legal (separación de cuerpo, instancia de divorcio o separación de cuerpos) de facto queda pues presumido del marido, bajo reserva de una facultad de impugnación por simple denegación".

A nuestro juicio, si la esposa alegase en su favor que durante el período de separación, y en concreto durante el período de la concepción, existió "reconciliación" puesta en conocimiento del juez, el

marido no podrá entablar una simple acción de impugnación del art. 136 C.c. español; y ello porque había vuelto a renacer con toda su fuerza la presunción de paternidad decaída previamente por el hecho objetivo de la separación conyugal.

Llegamos a la conclusión de que una vez presentada la demanda de separación legal ipso iure, por ministerio de la ley, cesa la obligación legal de la convivencia matrimonial, de suerte que los cónyuges podrán residir en domicilios diferentes; consecuentemente desde este momento decae de plano la presunción de paternidad pues objetivamente se ha suspendido el deber conyugal de cohabitación, y por supuesto también su efecto desencadenante cual es la presunción de paternidad ex marito, competiéndole al marido destruir cualquier indicio de su paternidad por medio de un acción de desconocimiento, igual que la que le concierne para desconocer al hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

Resulta interesante volver a incidir en los proyectos de filiación luxemburguesa (32). Según los cuales en caso de residencia separada judicialmente autorizada, el marido puede impugnar por simple denegación al hijo concebido durante la separación de los esposos.

Resulta obvio señalar que si los esposos viviesen separados legalmente y naciese un hijo fruto de la convivencia more uxorio de la madre con un tercero, el hijo tendrá la posesión de estado de hijo no matrimonial. ¿Podrá inscribirlo en el Registro civil a nombre suyo omitiendo el de su marido?.

Con respecto al hijo nacido más allá de los 300 días de la disolución o separación legal o de hecho, de nuevo recabemos la opinión de FINOCHIARO: (33)

"La presunción de concepción no obra con respecto a quien haya nacido después de los 300 días de la anulación, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio, asimismo en relación a los nacidos después de los 300 días del pronunciamiento de la separación judicial de la homologación de la separación consensual, o bien de la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el juez cuando los mismos fuerosn autorizados a vivir separadamente en el acto del juicio de separación, de anulación, de disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio".

Nuestro legislador no ha establecido de forma tan sutil en el art. 116 distintos tipos de presunción de concepción, como por su parte sí establece su correspondiente italiano en su derecho positivo de filiación. (34)

"Cada uno de los cónyuges y sus herederos pueden probar que el hijo nacido después de los 300 días de la anulación, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio ha sido concebido durante el matrimonio. Pueden análogamente probar la concepción durante la convivencia cuando el hijo ha nacido después de los 300 días del pronunciamiento de la separación consensual o bien de la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el juez cuando han sido autorizados a vivir separadamente en el acto del juicio de separación o de los juicios previstos en el apartado precedente".

A nuestro juicio, no basta con situar la concepción "constante matrimonio" para que ipso iure se desencadene la presunción de paternidad. Es decir, que si por ej. el marido hubiese fallecido la viuda lo que realmente tendría que probar es que aquella concepción fue provocada ex marito, y no bastarle el hecho objetivo de su acontecimiento en el matrimonio para beneficiarse el hijo automáticamente del status matrimonial.

El segundo tipo de presunción que establece el legislador italiano es para el caso de nacimiento del hijo más allá de los 300 días de la separación, de tal suerte que los legítimos cónyuges y herederos deberán de probar, no su concepción durante el matrimonio, sino durante "la convivencia".

Imaginamos que una aplicación práctica de lo expuesto sería cuando el hijo naciese por ej. en

una "reunión de hecho" que tuviesen los cónyuges durante el período de la separación legal, de modo que inexcusablemente tendría que coincidir aquélla con el período de la concepción para que volviese a desencadenarse en forma activa la presunción de paternidad.

Nuestro legislador no ha matizado estos extremos en el art. 116, pero lógicamente la filosofía elíptica del contexto del articulado sobre la filiación nos conduce de facto a las mismas conclusiones. De manera que si el hijo ha nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio, la prueba de la maduración fetal demostrará de plano la concepción sobrevenida o no durante el matrimonio.

Llegamos a la conclusión de que en caso de disolución por muerte o por divorcio, o por nulidad del mismo; la primera prueba que podrá desencadenar de nuevo la presunción, sería la duración prolongada del embarazo, fracasada ésta, se recurriría entonces a las pruebas serológicas y antropoheredobiológicas.

Sin embargo con la separación, la versatilidad de la presunción es más endeble existiese o no disposición judicial de residencia separada de modo

que la presunción de paternidad es siempre iuris tantum; cabrá no obstante la posibilidad de prueba en contrario por ej., "reunión de hecho constante" durante el período de separción. De manera que si el hijo - hubiese nacido durante esta época reconciliatoria estando vigente una disposición judicial de residencia separada, al estar suspendida legalmente la convivencia y consecuentemente la presunción de paternidad, la mujer tendrá que demostrar que el período de la - concepción coincidió con la época de la reconcilia - ción ininterrumpida durante aquél tiempo ad hoc.

En este sentido, CLAUDIO DELITALA opina sobre la distinción entre los efectos de la disolu - ción y los de la separación. (35)

En nuestra opinión, no podemos compartir el criterio según el cual un simple encuentro aunque fuese ocasional servirá para renacer la decaída presunción; y ello porque creemos que la concepción tendrá que coincidir con el período de la reconciliación, pero ésta habrá de ser una situación estable, continua, e ininterrumpida, de suerte que aquélla hiciese renacer de nuevo la posesión de estado de convivencia - conyugal.

Vamos a tratar ahora el supuesto de res-

tablecimiento de la presunción de la paternidad. Sirva de prolegómeno el supuesto contemplado en el código potugués. (36)

"Renace la presunción de paternidad si en la acción intentada por uno de los cónyuges o por el hijo se prueba que en el período legal de la concepción existían relaciones entre los cónyuges, que hacen verosímil la paternidad del marido o que el hijo con ocasión del nacimiento se beneficie de la posesión de estado que corresponda a ambos cónyuges".

Claro está, en nuestra legislación no se contiene un precepto tan taxativo y tajante sobre el restablecimiento de la presunción de paternidad.

Ahora bien, como hemos deducido que la presunción de paternidad del art. 116, no tiene un valor iuris et de iure sino que lato sensu admite cualquier prueba en contrario. Si lo aplicamos en el supuesto de separación conyugal, nacido el hijo más allá de los 300 días en principio no juega la presunción de paternidad; pero si logra demostrarse que durante el período de la concepción existió reconciliación entre los cónyuges, se desencadenará la presunción.

Tendremos que matizar congruentemente si se trata de una reconciliación de facto o de iure, de suerte que en este último caso deberán notificarla los cónyuges al juez ad hoc competente en el litigio.

La consecuencia que se producirá es que concluirá la separación, y la presunción de convivencia matrimonial recobrará todo su vigor. De tal manera que un hijo nacido con posterioridad al conocimiento judicial de la reconciliación, será matrimonial a todos los efectos.

Es interesante constatar sobre el aspecto de la reconciliación lo dispuesto en la ley sobre Regulación del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (37)

"La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del juez que entienda o haya entendido en el litigio".

De lo cual deducimos que la reconciliación deberá ser expresa, pues de ser tácita (por ej. los cónyuges no pusiesen en conocimiento del juez su reconciliación de facto) ello provocaría que no pudiese producirse legalmente la presunción de paternidad.

Nuestro legislador, cuando expresa la presunción de paternidad en el art. 116 C.c., no explicita el supuesto de la reconciliación sobrevenida.

Conviene destacar comparativamente el juicio que expresa GIONMARIA DEIANA al 232 C.c. italiano. (38)

"Lea el lector la norma del apartado de nuestro art. 232; no se habla de la hipótesis en que después de los 300 días los dos cónyuges se hayan reconciliado.

Bastaría con esta sola circunstancia para hacernos dudar que la norma sea fruto de una gran superficialidad por parte de aquellos que la han redactado".

En nuestra opinión, la omisión de nuestro legislador en el art. 116, de la sobrevenida reconciliación después de los 300 días de la disolución o separación legal o de hecho no es deliberada sino que su mención resultaría superflua, sobre todo contando con un precepto ad hoc que posibilite que por el mero consentimiento de consumo por ambos cónyuges renazca la decaída presunción. (39)

"Aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos".

Nosotros estimamos que su intelección puede acoger dos interpretaciones:

1º) Que los cónyuges se hubiesen reconciliado, de suerte que se pondrá término al procedi-

miento de separación, entendiendo que si esta reconciliación fuese expresa, aunque hubiese acontecido después de 300 días de la separación bastará con el consentimiento de ambos cónyuges para que elhijo ostentase el status de matrimonial.

2º) Se podía entender que también para el supuesto de que no hubiese una reconciliación, sino simplemente una "reunión de hecho", los cónyuges motu proprio podrán consentir ambos en inscribirle como matrimonial.

Imaginemos el supuesto de que (A) --- (B) se casaron en 1970, y el 1-I-1980 se separaron legalmente; reconciliándose el 25-IX-1981.

Lógicamente, durante el período comprendido entre el 1-I-1980, hasta el 25-IX-1981 no jugaba la presunción de paternidad porque no existía legalmente convivencia matrimonial. De manera que el marido, para el supuesto de que su mujer tuviese un hijo durante dicho período (partimos de la base de que existe decisión judicial permitiéndoles vivir separados), no tendrá que incoar ninguna acción ni desconocimiento, ni de impugnación. La mujer tendrá que demostrar que la concepción coincidió con un momentánea reunión de hecho con su marido, y que casualmente esta cohabitación fue la que provocó el embarazo.

Asimismo, para el supuesto de que naciese el hijo dentro de los 180 días siguientes a la reconciliación legal, también creemos que podrá incoar una acción de simple desconocimiento. Imaginemos que resulta probado el hecho de que antes del 25-IX-1981, fecha de la reconciliación legal, no podía haber cohabitado con su esposa, porque estuvo recluido en prisión desde el 15 de Enero hasta el 20 de Septiembre de - 1981; y además se demuestra biológicamente que el hijo ha nacido como fruto de una gestación normal y no prematura. Sería injusto que tuviese que remover todo un procedimiento declarativo ordinario para impugnar su paternidad, obstaculizándole que procediese de forma más sencilla por vía de expediente de denegación de la paternidad ante el juez encargado del Registro.

Sin embargo, creemos que para el supuesto de una separación de hecho, legalmente no queda contradicha la presunción de la paternidad. ¿Qué - pasaría si los cónyuges con posterioridad se vuelven a unir de nuevo naciendo un hijo dentro de los 180 - días siguientes a esta reconciliación? A nuestro entender no valdrá la simple acción de desonocimiento, sino que el marido tendrá que demostrar por cualquier tipo de pruebas que él no pudo ser el padre, teniendo que acudir de modo inexorable a la acción del art. -

136 C.c. y plantear por tanto un juicio declarativo ordinario.

Interesante resulta contrastar la opinión de LAURE RASSAT (40). Se manifiesta en el sentido de que la presunción de paternidad legítima es automáticamente restablecida en la hipótesis de un hijo concebido durante un período de separación legal, si el hijo tuviese la posesión de estado de hijo legítimo en relación a ambos esposos. ¿Sería lo mismo para el supuesto de separación de hecho?.

Nosotros creemos que el legislador galo querrá aludir de manera implícita a que el período de la concepción coincida con el momento de la reconciliación conyugal, que es muy distinto de una espontánes reunión de hecho.

La diferencia entre una y otra es la posesión de estado, que se da exclusivamente en la reconciliación, y no así en una esporádica reunión de la pareja en la que no implica de por si la continuidad de la convivencia conyugal que se reinicia en la reconciliación.

Según el autor francés aludido, sólo se restablece la presunción de paternidad si el hijo ostentase la posesión de estado de hijo legítimo en el

momento del nacimiento. Ahora bien, ¿habrá que entender que también es necesaria la reconciliación en la época de la concepción?. Nada obstaculiza el pensar que si en el momento del nacimiento los cónyuges estuviesen separados de nuevo el hijo no tendrá la posesión de estado de hijo matrimonial (legítimo pora el sistema galo).

De manera que lo lógico será pensar que si la reconciliación implica posesión de status; si nace el hijo en ese período será matrimonial a todos los efectos, retrotrayéndose la presunción legal al momento de la concepción aunque durante la misma no hubiese existido más que una esporádica reunión de - hecho....

De suerte que no creemos que un simple - encuentro (en el cual se intente hacer coincidir el período de la concepción con el acceso carnal fecundo) implicase fundamento suficiente para desencade - nar la presunción de paternidad; cuando se hubiese - constatado como hecho notorio que durante dicho período la mujer había cohabitado con otros hombres. Lógicamente se producirá entonces un conflicto de pa - ternidades, que se dilucidará por la verosimilitud - más probable de paternidad, computada o resuelta a - través del recurso a las pruebas biológicas.

En este sentido, nos podemos remitir a - la opinión del autor portugués MOITINHO DE ALMEIDA . (41)

"En ausencia de una prueba pericial hematológica que haga más (verosímil) probable la paternidad de uno de los individuos con que la madre ha cohabitado durante el período legal de la concepción, existirá un conflicto de filiación que la ley francesa permite resolver por la posesión de estado (art. 311-12); pero la ley portuguesa no conoce una disposición parecida".

Nosotros pensamos que el principal escollo o dificultad en su resolución cuando como en el supuesto la madre hubiese cohabitado en el período - de la concepción con varios hombres, vendrá dado por el hecho de que el marido demandante, no podrá demandar más que a su mujer y a su presunto hijo, pues son los únicos que tienen legitimación pasiva, no así al progenitor real, a quien no se le podrá coaccionar - para que compareciese en juicio como demandado contra su voluntad.

Ha ciendo una sucinta recopilación de la fundamentación de la presunción de paternidad recalcaremos que la regla pater is no es más que una presunción iuris tantum, y ello creemos que es consecuencia de que nuestra reciente legislación sobre filiación no se acoje a un sistema de causas de impugnación determinadas.

Se ha adoptado un sistema de prueba libre (art. 127), no como ocurría en nuestra legislación anterior, que se limitaba a cercenar el objeto de la prueba, y así el marido, único impugnante entonces, tenía que demostrar la "imposibilidad física de acceso". Creemos que este exiguo recurso probatorio estaba imbuido por una idea paternalista de organización de la estructura familiar. La verdad se decantaba en este sistema como dogma rector, de suerte que era coherente de acuerdo con esta filosofía reforzar el vínculo, eludiendo tangecialmente cualquier atisbo de permisibilidad probatoria, lo cual no es de extrañar que en la práctica se convirtiese en una presunción iuris et de iure.

Conviene que nos remitamos, a la doctrina portuguesa; en concreto a OLIVEIRA GUILHERME. (42)

"Los principios clásicos del favor legitimatis y de jerarquía de filiaciones que presidían la reglamentación positiva de los derechos de filiación hace que se consagrase una regla pater is tan fuerte que garantice la atribución de la paternidad al marido de la madre en el mayor número posible de situaciones, y que no pudiese ser desmentida por la acción impugnatoria sino en casos contados. Estos objetivos se persiguen fundamentalmente con la limitación taxativa en las hipótesis de cesación de la regla pater is y con la adopción de un sistema impugnatorio de causas determinadas".

Es imprescindible asimismo que matizemos por último una cuestión de relevancia, cual es la debida interpretación de la imposibilidad de cohabitar durante el período legal de concepción.

Supongamos que (A) y (B) están casados. El matrimonio no está disuelto, ni está anulado, pero viven separados de hecho sin haberlo constatado fehacientemente; si por ej. al año y medio de dicha separación naciese un hijo, el marido deberá demostrar - su imposibilidad física de cohabitar.

Vamos a remitirnos a una no muy lejana - sentencia lusa que conceptúa los tres términos y da su interpretación. (43)

Hablaba del primer término cohabitar refiriéndolo a la comunidad de habitación, de vida en común. El adverbio de modo "físicamente" a los efectivos contactos sexuales, es decir, a la copulación. Y la "imposibilidad de éstos" a cualquier obstáculo que impidiese su realización.

En nuestra opinión, ello se ajusta perfectamente a una correcta interpretación literal; pero creemos que jugará un transcendental papel, tanto como la constatación objetiva de la ausencia de relaciones sexuales la conducta personal de los cónyuges,

que manifestará una notoria y más que verosímil imposibilidad psíquica de acceso.

Si además lograse evidenciarse que la convivencia de la mujer en notorio concubinato more uxorio coincidía con el período legal de la concepción, no se puede atribuir automáticamente la presunción de paternidad al padre legal, sino que éste podrá acudir a un simple expediente de denegación de la paternidad, aunque si bien es cierto ello no empece a que pueda recurrir a posteriori a un juicio ordinario.

Lo que sí es claro es que por supuesto la mencionada convivencia more uxorio debe ser duradera y constante durante todo el período de la concepción para que no tenga fuerza la presunción legal de paternidad. Por lo cual deducimos que la imposibilidad - física de acceso, si se alegase la separación de hecho de los cónyuges sin solución de continuidad durante el período de concepción, tendrá que ir unida de forma inseparable a una convivencia cuasimatrimonial con el tercero, progenitor real de la criatura, para que asimismo la presunción de paternidad no tuviese eficacia.

Consideramos acertado el criterio que sobre estos extremos sentó la jurisprudencia lusa (44).

Según la cual, a pesar de que demandante y acusada - vivían en la misma casa, hacían vida separada, omi - tiéndose cualquier tipo de relación social, afectiva y sexual. Con posterioridad la esposa vivió un año aproximadamente (Octubre 1970-Junio 1971) en compañía duradera de lecho, mesa y habitación con un tercero en condiciones análogas a dos cónyuges.

Por ello no bastará creemos nosotros para fundamentar la imposibilidad de cohabitación de - los cónyuges la simple relación de "amante de la esposa con el tercero", pues ello implicará aleatoriedad y no continuidad de la relación more uxorio.

Finalmente vamos a resaltar uno de los - considerandos de otra sentencia portuguesa que viene a colación. (45)

"Ahora, en el caso concreto, se prueba - que la menor fue concebida durante el matrimonio de la madre con el marido de ésta, que éste no reconoció a la menor como a su hija, no cohabitó con la madre de ésta en el período legal de la concepción, habiendo vivido siempre en casas diferentes y con economías separadas desde 1969. Después de la separación de - los cónyuges la mujer pasó a tener relaciones de "amante" con otro hombre incluso en el período legal de la concepción de la menor, y que él mismo y posterior - mente sólo con él mantuvo contactos sexuales siéndole pues enteramente fiel. El amante considera a la menor su hija y le presta asistencia como también a

la madre de ella. La generalidad de las personas - que conocen tal situación creen que la menor es hija del amante de su madre".

De lo cual deducimos que una vez destruí da la presunción de paternidad e incoada la oportuna acción de impugnación por el marido de la madre, el status del hijo en cuestión devendrá el de hijo no - matrimonial.

Pero indudablemente continuando con el - análisis interpretativo de la sentencia portuguesa , que estamos comentando; la conclusión de su contenido sería un supuesto que homologaríamos en nuestra recien te reforma sobre filiación en el art. 131 C.c.

"Cualquiera persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifes tada por la constante posesión de estado. Se excep- túa el supuesto en que la filiación que se reclame - contraiga otra legalmente determinada".

Pues bien, el mencionado artículo otorga una legitimación activa amplísima; sólo basta acredi tar un interés legítimo y estar detentando la pose - sión de estado (en este caso filiación no matrimonial) para que se inste au declaración.

El segundo párrafo del mencionado precep to se refiere que a sensu contrario si se hubiese in

coado la impugnación de la filiación matrimonial, ésta habrá dejado de estar legalmente determinada, de modo que entonces la reclamación de la filiación no matrimonial no contradirá ya a aquélla por haber dejado de existir formalmente.

Lo que sí creemos que será motivo de polémica doctrinal y jurisprudencial será el correcto entendimiento de la palabra "interés legítimo". Lato sensu debemos entenderlo de modo literal y llegar a la conclusión que cualquier interesado podrá ejercitar dicha acción. Algo parecido a lo que ocurre en la legitimación para pedir la nulidad matrimonial. (46)

"La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al ministerio fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella".

Sección 8ª

POSIBILIDAD DE INSCRIPCION DEL HIJO QUE TIENE LA POSESION DE ESTADO A MATRE, OMITIENDO EL NOMBRE DEL MARIDO DE ESTA

Precedentemente habíamos aludido al supuesto de que la mujer pudiese inscribir en el registro al hijo por ella concebido, omitiendo el nombre del marido, siempre y cuando aquél tuviese la posesión de estado en consideración a la madre.

Sin referirnos de momento a la legislación francesa que analizaremos después. Otras legislaciones también han adoptado esta fórmula, (inscripción del hijo por la madre omitiendo el nombre del marido) por ej., la legislación luxemburguesa, en su reciente ley sobre reforma de filiación. (47)

"La presunción de paternidad es descartada cuando el hijo, inscrito sin indicación del nombre del marido, no tiene la posesión de estado más que en consideración a la madre".

Por lo que hace referencia a nuestra reciente reforma sobre la filiación (en concreto, la presunción de la paternidad y el apartado de la impugnación), no se deduce que la esposa constante matrimonio pueda acudir al Registro e inscribir a su nombre el hijo, no matrimonial sin mencionar el nombre del marido. Sin embargo, éste, amparándose en su presunción de paternidad, ¿podrá inscribirlo como matrimonial ? La inscripción de éste hijo adulterino a matre (según la terminología actual extramatrimonial) ¿encontrará entre otros el obstáculo de que el juez encargado del Registro exigirá a la madre del hijo que pretenda la inscripción de éste que diese el nombre de su marido?.

Por ello, como después tendremos ocasión de examinar, la Dirección General de Registros y Notariado ha marcado unos criterios de interpretación sobre los procedimientos registrales de la filiación (Circular 2-Junio-1980), de suerte que los dos principios necesarios que han de traerse a colación de modo inexcusable son: la refutación de la presunción legal de paternidad y la prueba de la no posesión de estado de hijo matrimonial.

Por ello criticamos que no se haya tipificado también la legitimación activa en la impugnación de la paternidad matrimonial al progenitor real. Cuan

do la realidad fuese que el hijo inscrito como matrimonial sin embargo en la realidad fáctica viniese ostentando posesión de estado consolidada en las relaciones familiares extramatrimoniales.

Basta con remitirse a la reciente reforma. (49)

"Si falta en las relaciones familiares - la posesión de estado de filiación matrimonial, la - demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo - por el hijo o sus herederos".

Es obvio, que de su interpretación literal se deduce que al progenitor real se le imposibilita toda legitimación para impugnar una filiación - que no se corresponde ni con la verdad biológica ni con el interés del hijo, curiosamente principios rectores de la reforma sobre la filiación.

La Ley recientemente aprobada de filia - ción, con respecto a la inscripción del hijo de mu - jer casada omitiendo el nombre del marido (padre legal pero no biológico), no clarifica suficientemente la problemática. Por ello resulta obligado examinar una reciente Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado, que da por fin normas interpretativas al respecto. (50)

"Sólo podrá inscribirse, en virtud de declaración formulada dentro de plazo, la filiación no matrimonial de hijo de casada, así como el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido, si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción legal de paternidad de éste".

De manera que ahora la mujer podrá inscribir la filiación no matrimonial de su hijo (imaginemos que vive separada de su marido), pudiéndose adjuntar asimismo en el expediente de inscripción el reconocimiento del progenitor real que resulta no ser el marido de la madre.

Deberá comprobarse como paso previo a la inscripción que no existía en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, de suerte que ello supondrá que en dicha convivencia conyugal no rija la presunción de paternidad matrimonial con lo cual desaparecerá el obstáculo para la inscripción de filiación no matrimonial del hijo de casada.

La prueba de esta ruptura de la presunción legal puede venir dada por la propia admisión de la demanda de separación, pues como sabemos por ministerio de la ley cesa la presunción de convivencia conyugal (art. 102, pag. 1ª)

Creemos que es imprescindible esta ampliación de la legitimación al progenitor real cuando el marido quisiera beneficiarse de la presunción de paternidad que le confiriese el hecho de ser el marido de su mujer, y no desease impugnar la paternidad de quien es su hijo legal pero no realmente.

Opinamos que hubiese sido más conveniente adoptar la fórmula del legislador francés o luxemburgués, que posibilitan que la madre pueda inscribir al hijo omitiendo el nombre del marido cuando aquél tuviese exclusivamente la posesión de estado en consideración a su madre; soslayándose así quizá el interés del marido interesado en no impugnar una filiación ficticiamente matrimonial.

Si hubiesemos aceptado el sistema francés o luxemburgués se hubiese obviado que el marido tuviese que impugnar su paternidad al descartarse la presunción de la misma; de suerte que si la esposa se divorciase de él casándose *a posteriori* con el progenitor real legitimarían *de iure* al hijo al *status* de matrimonial.

Conviene que resaltemos la opinión de los ponentes de la Comisión Jurídica sobre el Proyecto de filiación luxemburgués. (51)

"Según opinión de ciertos miembros de la Comisión, el artículo propuesto (313-1) presentaría sin embargo el inconveniente de hacerlo depender de la buena voluntad del tercero declarante. Dependiendo la no aplicación de la presunción de paternidad - de la declaración de este tercero suspendiendo pues el carácter de legitimidad o ilegitimidad de su de - claración".

La tipificación de este parágrafo especial en nuestro articulado sobre la filiación, hubiese implicado la aceptación tácita de la impugnación por parte del marido. De tal forma que se hubiese permitido a la esposa inscribir en el Registro Civil al hijo con indicación exclusiva del nombre de ella misma.

Es interesante a este respecto remitirse a la conclusión del Consejo de Estado luxemburgués. (52)

Por su parte, el Derecho positivo francés que en este sentido dispone lo siguiente: (53)

"La presunción de paternidad es descartada cuando el hijo inscrito sin indicación del nombre del marido no tiene la posesión de estado más que en consideración a la madre".

Un supuesto que lógicamente se planteará y que será uno de los caballos de batalla de la aplicación hoy ya de lege data en nuestra ley sobre la - filiación, vendrá dado por el siguiente ejemplo: un -

matrimonio se ha separado de hecho, viviendo ambos cónyuges en concubinato more uxorio. Si la mujer diera a luz un hijo, cuando fuese a inscribir al mismo al Registro, ¿podrá admitir el nombre del esposo y en su lugar dar el del padre real?. (Partimos del supuesto de que no existía prueba fehaciente de la tácita separación, lo cual implicaba que legalmente no se había interrumpido la presunción).

Nacido el hijo más allá de los 300 días de la separación de hecho, la presunción de paternidad puede ser combatida por cualquier medio. Pero; ¿y si el marido de la esposa, conociendo el hecho del nacimiento, no desea impugnar su paternidad (vía art. 136)?

Consecuentemente, se dará el supuesto anecdótico de la posible contradicción con lo que transcriba el acta del nacimiento.

Imaginemos que el encargado del registro no hubiese accedido a la petición de la madre porque no se ha demostrado que no regía la presunción de paternidad antes de la inscripción, y exigiese el nombre de su marido. ¿Podría adoptar esta aptitud el encargado del Registro cuando la realidad fuese que este hijo no tuviese la posesión de estado de hijo matrimonial en las relaciones familiares?.

En estos supuestos en que el hijo tiene la posesión de estado en relación exclusiva y única con la filiación materna, ¿esta posesión de estado - a matre implicará el ejercicio exclusivo de la patria potestad detentada y ejercitada por ella misma?. La solución sería afirmativa, desde el momento que el - legislador para el supuesto de separación concede la patria potestad al progenitor con el cual el hijo con viviese en constante posesión de estado.

En este sentido nuestro derecho positivo. (54)

"si los padres viven separados, la patria potestad se ejercitará por aquél con quien el hijo con viva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir en tre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

Nosotros preferimos terminológicamente la expresión "cuidado de los hijos", más correcta, semán tica y jurídicamente, que la de patria potestad.

Recordemos que nuestro legislador no con cede a la mujer, por derecho propio, legitimación ac tiva para impugnar la paternidad matrimonial, nada - más que cuando ostentase aquélla la "patria potestad

del hijo" (art. 137 p. II, aludido precedentemente).

Tendremos que llegar a la conclusión de que el espíritu de la reforma sobre filiación ¿alude exclusivamente al hecho de la posibilidad legitimatoria de la madre sólo cuando existiese posesión de estado de hijo matrimonial en las relaciones familiares?. Si lo entendemos así entonces la madre se verá limitada en ser legitimada activa en la impugnación de la paternidad matrimonial cuando el hijo ostentase sólo la posesión de estado a matre.

¿Podía quizá darse una interpretación extensiva y entender que el hecho de que el hijo tenga la posesión de estado en consideración exclusiva y única con la madre, supondrá por tanto que ella ostenta y ejercita la patria potestad, consecuentemente podrá impugnar también en interés del hijo su paternidad matrimonial, homologándose este supuesto, al contenido en el párrafo segundo del art. 137?.

Nos parece que tal como está redactado los artículos de la filiación, de su exégesis llegamos a la conclusión que tampoco cuando el hijo no tenga la posesión de estado de hijo matrimonial; pues en este caso solamente al hijo o sus herederos -en caso de fallecimiento de aquél una vez incoada la acción- les competerá de forma exclusiva la legitimación

para impugnar la filiación matrimonial. Dicha acción por otra parte no está sometida a caducidad (según deducimos del párrafo final del art. 137).

No entendemos por qué para estos supuestos se ampara una verdad legal que va en claro detrimento del interés real del hijo, cual es la verdad biológica.

En este sentido nuestro articulado sobre filiación se manifiesta al respecto. (55)

"Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo y sus herederos".

Concluimos, pues, argumentando que hubiera sido deseable añadir un parágrafo al art. 116, cuyo tenor podía ser el siguiente a nuestro juicio: "La presunción de paternidad queda asimismo destruida cuando el hijo ostenta de facto una posesión de estado ex matre, pudiendo ésta inscribirle en el Registro omitiendo el nombre del marido".

Lo que sí es cierto, y no podemos eludirlo, es que el status de hijo matrimonial dependerá en buena medida del interés de su progenitor real. De suerte que si la madre se divorciase y se casara con

el padre real del hijo, éste obtendría de iure el estado de hijo matrimonial pero, ¿y si aquél (progenitor real) no quisiera casarse?. Obviamente entonces el hijo quedaría relegado a la condición de hijo no matrimonial.

Conviene destacer a este respecto la opinión de COLOMBET, POYER, HUET-WEILLER, LABROUSE-RIOU. (56)

"Será posible inscribir al hijo, bajo el solo nombre de la madre o bajo el solo nombre de la mujer casada y de otro hombre que no sea el marido. Y esto no entrañará consecuencias en cuanto a la paternidad del marido que quedará descartada, si por lo menos el hijo tiene la posesión de estado en consideración a su madre, es decir que la presunción de paternidad no se aplica y una impugnación no sería necesaria".

La doctrina francesa se pregunta si la presunción legal de paternidad debiera de ser también omitida para el supuesto de que no existiese incluso "posesión de estado a matre". Extractamos a continuación la opinión de MASSIP sobre este punto. (57)

"¿Debe de admitirse que la presunción de paternidad sería descartada, si el hijo de una mujer casada cuya acta de nacimiento es incompleta no tenía posesión de estado ni en consideración de su padre ni de su madre?".

Nosotros pensamos que ante todo deberá atenderse al interés del hijo, de manera que lógica-

mente en el caso de posesión de estado en relación - a la madre automáticamente se descartará la presun - ción de paternidad del marido; y ello porque el hecho de individualizar la posesión de estado a la madre - presupone que no existe comunidad conyugal.

Otra consecuencia, sería quizá que para el supuesto de que el hijo fuese inscrito como de madre desconocida (supuesto de no posesión de estado - ex matre), al no existir en las relaciones familia - res posesión de estado de filiación matrimonial; una rigurosa interpretación de nuestro art. 137 in fine impedirá la legitimación activa a la madre, si pretendiese a posteriori incoar una acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

A sensu contrario, cuando no existe posesión de estado en la filiación no matrimonial, resulta poco equitativo a nuestro juicio el amplio elenco de legitimadosactivos para incoar la acción. Es decir, que en situaciones como las que se dan, cuando la madre no ha inscrito al hijo como no matrimonial y tampoco de facto éste tiene consolidado el status de hijo extramatrimonial con sus progenitores, o porque por ej. estuviese recogido en un orfanato lo cual implica que no existe posesión de estado de filiación extramatrimonial, sin embargo para impugnar esta filiación se legitima a cualquiera que demuestre un perjuicio lesivo. De lo expuesto es digno corolario nues-

tra reciente ley de filiación (58). "Cuando falta en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique".

Consecuentemente, parece que el legislador hubiese beneficiado la impugnación de la filiación no matrimonial con una legitimación activa amplísima, - cuando en aquélla no existiese la posesión de estado de hijo no matrimonial. Sin embargo hubiese cercenado tal legitimación activa para la impugnación de la filiación matrimonial cuando no existiese posesión - de estado, concediendo sólo la legitimación al hijo o a sus herederos, como si fuesen los únicos interesados.

A nuestro parecer, esta discriminación - en la legitimación va en contra de la verdad biológica y de su constatación real que tanto se proclama como principio rector de la reforma, favoreciendo en muchos casos la consolidación de la verdad legal, en detrimento de la igualdad de filiación constitucionalmente amparada para ambas filiaciones (matrimonial y extramatrimonial).

De suerte que, ciñéndonos a la filiación matrimonial, si el marido no impugna su paternidad, resulta que ni la mujer ni el progenitor real podrán invocar su derecho a impugnar la ficticia paternidad

matrimonial que formalmente el hijo ostenta. ¿Cómo se protegerá entonces la verdad real y el interés del hijo en ver constatada de forma inconcusa su filiación?.

Es interesante que resaltemos la enmienda que se presentó en el Senado por el grupo parlamentario de UCD, sobre estos extremos que hemos examinado anteriormente. (59)

Analicemos a continuación otra cuestión que se relaciona directamente con el problema legitimatorio como veremos, es el supuesto de los efectos de una sentencia de separación y la cesación de la presunción de la paternidad matrimonial al producirse la suspensión de la vida en común.

Si la mujer diera a luz un hijo más allá de los 300 días de producida la separación, ¿podrá la mujer impugnar la paternidad de este hijo que por error figurase inscrito en el Registro Civil como matrimonial?.

Una respuesta rápida e irreflexiva nos podrá contestar que será de aplicación el art. 137 - párrafo segundo. "El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado correspon-

de asimismo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal".

Nosotros somos de la opinión contraria; ello sin embargo no quiere decir que estemos en contra de la ampliación de la legitimación activa a la madre, que por imperativo constitucional es categóricamente necesaria.

En este sentido tenemos que remitirnos a la Constitución. (60)

"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en régimen de plena igualdad jurídica".

Y en la reciente ley de regulación del matrimonio, y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación, divorcio se desarrolla esta "reserva legal" a la que alude el precepto constitucional materializando esta igualdad jurídica conyugal que dimana del ius connubii. De tal manera se consagra la igualdad legitimatoria en el ejercicio procesal de la acción de impugnación matrimonial en el mismo desarrollo de la ley ordinaria. (61)

"El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes".

Pero la realidad de los hechos es que esta presunta igualdad conyugal, constitucionalmente amparada, es un derecho programático cuya consolidación fáctica resulta desigualada discriminatoriamente en la reforma de la ley de filiación.

Nos sirve de claro ejemplo de esta injusta desigualdad el caso reseñado anteriormente de la impugnación de la paternidad matrimonial; la madre debe ostentar la patria potestad del hijo, y detentar éste la posesión de estado de hijo matrimonial.

Luego, para el supuesto de que exista una separación legal o de hecho constatada notoriamente, como se interrumpe ope legis la presunción de paternidad, el hijo no podrá disfrutar de facto de una posesión de estado de hijo matrimonial, y naturalmente la madre tampoco podría impugnar la paternidad matrimonial, si como consecuencia de la separación la patria potestad la ejerciese el marido pues es con quien el hijo convive.

Lógicamente la segunda consecuencia es que tendremos que remitirnos al párrafo in fine del art. 137, pues de modo inexplicable se le está denegando también la legitimación activa para obrar a la madre del hijo, cuando en las relaciones familiares

no haya posesión de estado de filiación matrimonial. Cuando lo normal serán los supuestos de matrimonios separados en los cuales el hijo sólo tenga posesión de estado en relación a la madre, pero no al marido de ésta; consiguientemente la conclusión sería que - aquélla (la madre) no podría ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. ¿Por qué?. Conviene que nos remitamos a una sentencia de jurisprudencia italiana que planteaba un supuesto análo - go. (62)

Sección 9ª

DIES CERTUS EN EL MOMENTO O PERIODO CRITICO DE LA CONCEPCION

Pasamos a continuación a desarrollar otra de las cuestiones concernientes a la presunción de la paternidad, que asimismo resultará objeto de polémica y discusión en la interpretación doctrinal. Nos referimos al momento de la concepción.

La importancia de la precisión del momento de la concepción resulta decisiva para el desarrollo de la presunción de paternidad.

Supongamos el supuesto siguiente:

(A) - (B) se casaron el 1-V-1980; nace el hijo el 11-X-1980.

Se constata, pues, que el hijo nace dentro de los 180 días siguientes a la celebración del

matrimonio, concretamente a los 162 días.

De ello colegimos fácilmente que el hijo habrá sido concebido antes de la celebración del matrimonio.

Si logra demostrar que la esposa, dos meses antes de casarse con su actual esposo, mantuvo convivencia more uxorio con un tercero; y si a ello añadimos que la oportuna prueba de maduración fetal demuestra que el hijo no puede haber tenido un nacimiento prematuro sino que por su talla, peso, etc. es fruto de una gestación normal, coincidiendo la misma, es decir, su concepción a primeros de Marzo, lógicamente el marido no tendrá más que probar su ausencia absoluta durante los meses de Febrero y Marzo. El hecho de su imposibilidad física de acceso se debía por ej. a que durante ese término o período permanecía recluido en prisión cumpliendo condena, quedando en libertad el 30 de Abril de 1980.

Es evidente que no tendrá necesidad de incoar inicialmente la acción de impugnación de su paternidad por vía del art. 136 C.c., sino desconocer su paternidad por medio de expediente ante el juez encargado del Registro, puesto que si bien es cierto que el nacimiento del hijo se originó constante

matrimonio, su concepción aconteció cuando no jugaba presunción de paternidad alguna.

Conviene que traigamos a colación un sucinto considerando de un a sentencia de la jurisprudencia suiza cuyo tenor es el siguiente: (63)

"No es necesario que la imposibilidad de la concepción durante el matrimonio sea establecida; basta que la madre pueda seriamente admitir la posibilidad de la paternidad no de su marido, sino del amante que ella había tenido antes del matrimonio y por consiguiente de un nacimiento no prematuro sino a término".

Conviene a nuestro modo de ver que matizemos la expresión "período de la concepción". ¿Quiere ello decir que cuando se aluda a la época, momento o período crítico de la concepción, tendremos que recurrir a una interpretación restrictiva?; es decir, ¿considerar tajantemente como prueba iuris et de iure, los 120 días de la concepción?.

Por su parte AUBERT opina que (64)

"El período crítico natural es presumido, se extiende sobre 121 días (período crítico legal) - pero no es preciso sostener que el mismo se situe necesariamente entre estas fechas. En resumen nosotros podemos decir que el hijo es legítimo cuando su madre se ha casado en un momento cualquiera entre la concepción y el nacimiento".

En nuestra opinión, lo lógico será atender al desarrollo del recien nacido, por ej. si consta en los autos que (A) y (B) se casaron en 1980 (Diciembre) y que la fecundidad causal de sus relaciones sexuales se remontaba a la primera quincena de Junio (1980), si el hijo nace en Febrero, no llegará a 220 días .

La conclusión, no obstante, ha sido que la prueba de maduración fetal con aplicación de la prueba de ultrasonidos al recien nacido, ha permitido - confirmar una duración real del embarazo de 280 días. Es obvio, que entonces devendrá inidónea la concep - ción en Junio, siendo lo más cierto que ésta se hubiese producido en Mayo (mes en el cual hay constancia fehaciente de la ausencia forzosa del marido, presunto padre).

De manera que el marido (presunto padre) tendrá que probar durante esa fecha (Mayo íntegro) su imposibilidad física de acceso. Si en los autos constaba que ininterrumpidamente durante ese período hasta el 12 de Junio, estuvo cumpliendo el presunto padre legal servicio militar por ej. en Melilla, la presunción decaerá, como asimismo si se encontraba en - tal fecha cumpliendo condena.

Luego probada esta ausencia, que imposibilita la cohabitación vera copula, e incluso la im-

posibilidad de una inseminación artificial; se podrá perfectamente destruir la presunción de paternidad - por vía del art. 117 C.c., correspondiendo a la parte demandada "madre e hijo", la carga de la prueba (de la cohabitación que restablezca verosímilmente la concepción ex marito).

En este sentido conviene traer a colación una sentencia clásica de la jurisprudencia suiza.(65)

"Se deduce de ello que debe de ser tenido en cuenta el desarrollo del hijo en el nacimiento para establecer el momento de la concepción en los términos del art. 225 p. 1º siendo así que este desarrollo determina más exactamente el alcance de la expresión "época de la concepción" del p. 2º".

Ello nos viene a significar, qu en el - omni melliore momento de la concepción, no se han tenido en cuenta parámetros irrebatibles. De suerte que en atención al interés del hijo, si nace constante matrimonio se presume del marido, no obstante la presunción será iuris tantum, admitiendo prueba en contrario.

En este sentido conviene analizar la opinión del Dr. HEGNAUER. (66)

"Cuando el hijo nace durante el matrimonio de su madre, el tiempo de la concepción es indiferente.

Poco importa que los esposos hayan vivido o no en comunidad doméstica desde la concepción - o desde el nacimiento, que el marido sea o no apto pa procrear o que los esposos hayan o no cohabitado durante el período de la concepción, la presunción existe incluso si la madre se encontraba encinta por inseminación artificial heteróloga".

El último inciso aludido en nuestra opinión lo encontramos oportunamente acertado, reparemos sino en el supuesto de disolución del matrimonio por muerte del marido; una cercenativa interpretación literal de nuestro art. 116 C.c., nos llevará a considerar a priori no matrimoniales a aquéllos hijos nacidos después de los 300 días de la disolución fruto de una inseminación artificial homóloga o heteróloga.

Supongamos que el esposo no pudiese copular pero sí generar, y se recurriese a una inseminación artificial homóloga que no se ha practicado en su día por contraindicaciones médicas, congelándose el semen del esposo, si éste falleciese y la mujer - lograse inseminarse homólogamente después de transcurridos los 300 días ¿acaso el hijo no será matrimo - nial?.

Una solución tan drástica del art. 116 no contemplando estos supuestos reduciría injustamente el ámbito extensivo de su aplicación.

Criticamos también a nuestro legislador, que no haya expresado un parágrafo en el art. 116 - que ampliase la presunción de la paternidad, para el caso de que el hijo hubiese nacido después de los - 300 días de la disolución o de la separación legal - o de hecho, cuando la concepción hubiese sido realiza antes de la disolución. A nuestro parecer hubiese sido aconsejable un párrafo como tipifica el legislador suizo. (67)

"Cuando el hijo ha nacido después de los 300 días, esta presunción no vale más que si ha sido concebido antes de la disolución del matrimonio".

Lógicamente con la no aceptación de una fecha legal para la concepción, quiere refrendarse - con ello la idea de la no irrefutablilidad del tiempo de la concepción. Puesto que sino iría en detrimento de la prueba libre que ahora consagra nuestro Código civil (art. 127). "En los juicios sobre filiación se admitirá todo tipo de pruebas incluidas - las biológicas".

Ello quiere decir, que si mantenemos plazos prefijados, estamos contraviniendo el espíritu - de la reforma. Pero es que además estos criterios - rozarían la inconstitucionalidad, pues mal podría - aducirse una prueba de maduración fetal o ginecológi

ca para demostrar la duración prolongada del embarazo, si tuviese que enfrentarse vis a vis frente a unos plazos de gestación fijos en el cómputo de la concepción.

Resulta coherente, que en beneficio del hijo in dubio pro filio situemos el período de la concepción tomando como término inicial el momento de la celebración del matrimonio, y como término final antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación legal o de hecho. De esta forma podemos colocar el omni meliore momento de la concepción indistintamente entre los períodos citados; por lo cual una fecha preestablecida o unos cómputos legales, no constituyen más que una presunción iuris tantum de veracidad puesto que no tienen en ningún momento valor absoluto.

Conviene que traigamos a colación del profesor MUNDEL, médico especialista en ginecología, su opinión respecto a la impugnación de los plazos de gestación. (68)

"El carácter estricto e irrefragable del Código civil luxemburgués limitando la fecha de la concepción entre el 180 días y el 300, no es conforme con los cálculos de la medicina moderna, ni por el límite inferior de los prematuros ni por el límite superior de los hijos nacidos después de este término. Una modificación de los términos de la ley sería pues

deseable más que por razones médicas por razones puramente humanas. Si la necesidad de una extensión de los límites no se pone en duda, sería sin embargo, - anormal, visto la evolución continua de la medicina, querer reemplazar las fechas clásicas, por otras que tendrían el mismo carácter irrefragable, desde el punto de vista médico sería más razonable conservar las nociones clásicas de 180 a 300 días pero la ley no - debería de atribuirlas un valor absoluto, y preveer excepciones inspirándose en la tendencia general de las legislaciones europeas".

Respecto al elenco de pruebas biológicas que podrían aportarse para dilucidar estos supuestos, pensamos que la prueba de la madurez fetal es la que por su valor y prioridad sobre las demás debiera ocupar el primer lugar en los procesos de impugnación de paternidad.

Naturalmente su aportación resultará de extraordinaria utilidad para los supuestos tan con - trovertidos como los que hemos expresado del nacimiento del hijo después de los 300 días de la disolución del matrimonio, o de la separación. No dabe duda pues que para la correcta ubicación del momento de la concepción antes de disuelto o separado el matrimonio, y con ello pretender hacer renacer la presunción de paternidad; la prueba de la maduración fetal devendrá de perentoria y prioritaria utilización por encima - de cualquier otro peritaje.

Vamos a remitirnos, a los profesores VILLANUEVA E. y CASTELLANO Mª. (69)

"La aplicación de los ultrasonidos al diagnóstico de la maduración fetal ha sido empleada como prueba de exclusión de la paternidad. En estos casos se mide el diámetro biparietal del feto, que está estrechamente correlacionado con la edad de la gestación.

La ventaja de este método estriba en que se pueda establecer desde el segundo mes de la gestación.

Nacido el feto todos los parámetros que indican la madurez fetal, peso, talla, perímetros, diámetros podrán fijar con precisión y en consecuencia la fecha más probable de fecundación".

Entendemos, que por el hecho de que se hayan explicitado fechas en el período de concepción matrimonial, ello no es óbice para que usando de la facultad del omni meliore momento situemos al tiempo de la concepción donde resultase más verosímil. Lo cual no obstará que dentro de este período (después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de la disolución o separación legal o de hecho) se pueda rebatir estos plazos por el hecho de una duración prolongada del embarazo o el nacimiento de un hijo prematuro.

La presunción sí admitirá prueba en contrario, y ésta vendrá dada sin lugar a dudas prefe -

rentemente por la prueba ginecológica o de maduración fetal.

Continuando con el mismo problema de la no irrefragabilidad de los cómputos legales, en el - mismo sentido EBENE COBELLI. (70)

"No se puede decir que en este punto el art. 311 C.c. francés afirme cosa nueva. Ha cambiado el espíritu y la aplicación ha sido el haber abandonado el carácter absoluto de esta presunción admitiendo la prueba en contrario; esto es según la lógica de una normativa que se propone fundar el ligamen jurídico de la filiación sobre la mayor veracidad posible".

Convendrá finalmente acudir a la exégesis del derecho lusitano comparándolo con lo tipificado por nuestro legislador.

Resultará interesante cotejar la acción judicial para establecer la concepción del Código civil portugués (sobre todo en el campo de la legitimación activa para proponerla) en relación con lo regulado al respecto en nuestra reforma sobre filiación.

De suerte que el Código civil portugués se manifiesta en el siguiente sentido. (71)

"Es admitida acción judicial destinada - a fijar la fecha probable de la concepción dentro -

del período referido en el art. 1790 o a probar que el período de gestación del hijo fue inferior a 180 días o superior a 300. La acción puede ser propuesta por cualquier interesado o por el Ministerio Público, si fuere juzgada procedente debe el Tribunal fijar la fecha probable de la concepción en cualquiera de los casos referidos en el número anterior".

Nuestra ley sobre reforma de filiación, con respecto a la fijación judicial de la concepción, no expresa de iure una legitimación tan amplia como a sensu contrario el art. 1800 C.c. portugués, pues si en éste la acción puede ser propuesta por cualquier interesado, lógicamente deducimos, que el mismo progenitor biológico real podrá incoar una acción para fijar la duración real del embarazo.

Sin embargo en nuestra legislación, se circunscribe tal ejercicio procesal de forma exclusiva a los que fuesen los legitimarios activos en la impugnación de la paternidad matrimonial (padre e hijo en interés propio, y la madre cuando ostentase la patria potestad, y por último al Ministerio Fiscal).

Sección 10ª

LA PRESUNCION RELATIVA DE LA PATERNIDAD

Pasamos a continuación a analizar, el supuesto de la presunción relativa de paternidad.

Nos explicaremos; queremos referirnos al hecho de que la concepción del hijo hubiese acontecido antes del matrimonio, de suerte que la presunción de paternidad será más un favor iuris, que un desencadenamiento causal de una cohabitación constante matrimonio.

Esto supuesto, si el hijo nació después de 180 días de la celebración del matrimonio, no podrá refutarse su status matrimonial sin tener que recurrir a un juicio declarativo ordinario; no pudiendo por tanto instarse un expediente registral de desconocimiento de la paternidad. Ello lo deducimos - porque en este planteamiento (hijo nacido después de 180 días) la presunción de paternidad es absoluta; -

de manera que el padre tendrá que demostrar con una verosimilitud confinante en la certeza que él no pudo ser el padre.

Nuestro Código civil actual manifiesta la relativización de la presunción del modo siguiente. (72)

"Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción de paternidad, mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto.

Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que en este último supuesto la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el conocimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo".

Consideramos procedente exponer nuestro parecer sobre las principales enmiendas que se le presentaron al citado artículo presuntivo.

En primer lugar nos remitiremos a la Enmienda Nº 56 propuesta en el Senado. (73)

"El plazo de seis meses que establece el Proyecto parece de todo punto excesivo, tanto por la

incertidumbre jurídica que resulta de este precepto como por la instrumentación que cabe haga el marido de su declaración, resulta aconsejable reducirlo. - El término de dos meses que propone la enmienda se - presenta como una opción razonable en este sentido".

No vamos a detenernos en analizar la conveniencia de los seis o dos meses, cuestión por otra parte, que a nuestro juicio resulta banal e innecesaria; sino repararemos en dos aspectos que creemos más graves, cuales son el conocimiento del parto y la legitimación activa en el ejercicio de la acción de desconocimiento.

Respecto al "conocimiento del parto", nos parece el evento insuficiente, per se, porque el marido podía evidentemente saber que antes del matrimonio su mujer estaba embarazada por haber cohabitado con ella, y creer aquél, que el hijo era fruto causal de esa cohabitación que tuvo con ella. ¿Pero y si la mujer hubiese mantenido relaciones con otros - hombres en la época de la concepción? ¿de que servirá conocer el hecho objetivo del parto, si desconocía - el marido cuál fue realmente la fecundación que provocó el embarazo?.

¿Cómo tendría que entenderse el conocimiento del parto en el supuesto de ausencia justificada del marido?.

Imaginemos que se encontrase fuera de España el marido, y ha sido notificado epistolarmente del nacimiento de su presunto hijo, haciéndole saber que éste ha sido fruto de una gestación prematura.

¿Será suficiente ésta cognosciencia para que ipso iure empiece a computarse el tiempo de la acción de desconocimiento de la paternidad?, ¿o por el contrario lo que ha querido expresar el artículo es el hecho físico del conocimiento del parto o embarazo?, ¿de manera que el tiempo de la acción deberá computarse a su regreso, una vez que personalmente constate dicho conocimiento?.

El segundo problema, que hubiese tenido que ser objeto de enmienda y ni siquiera se ha hecho mención; es el relativo a la legitimación activa ¿por qué sólo el marido?, ¿es quizá el único interesado en el desconocimiento de la paternidad del hijo?, ¿no hubiese sido más preferible emplear la expresión presunto padre en lugar de marido?, entonces el progenitor real resultando legitimado, podría destruir la presunción de paternidad probando que durante la época de la concepción había mantenido una convivencia more uxorio constante e ininterrumpida con la madre.

Tal circunstancia a nuestro juicio hubiese supuesto un gran acierto, sin embargo el legisla-

dor a la hora de redactar loa artículos atinentes a la presunción ha obviado dicha tipificación en favor de aquél (progenitor). Pensamos que es un craso - error, máxime cuando el marido (padre legal) no esté interesado en desconocer y mucho menos en impugnar - el status matrimonial del hijo, quedando éste amparado en su paternidad legal. ¿Cómo queda justificada entonces la verdad real, paladín rector de la reforma de filiación?, ¿cuándo el hijo ostente la posesión de estado de hijo matrimonial, que no obstante resulta no ser real y verazmente la que le corresponda?.

Se nos objetará, que esta acción de desconocimiento no es incompatible con la de impugnación del art. 136 que amplía la legitimación a la madre - (cuando tenga la patria potestad) y al hijo cuando - hubiese llagado a su mayoría de edad o recuperada la plena capacidad; entonces, ¿por qué tampoco se ha considerado oportuno legitimar a las mismas personas que en la acción de impugnación, para los supuestos de - desconocimiento de la paternidad?.

Recordemos que tanto el Código civil italiano, como por ej. el portugués amplían la legitimación que en nuestro derecho de forma inexplicable no se concede. (74)

"El hijo nacido antes de que hayan transcurrido 180 días de la celebración del matrimonio, es presumido legítimo si uno de los cónyuges o el hijo mismo no desconocen la paternidad".

"Por lo que respecta al hijo nacido dentro de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, cesa la presunción del art. 1826 si la madre - o el marido declaran en el acto de inscripción del nacimiento que el marido no es el padre".

Recapitulando el capítulo de enmiendas - que se adujeron a nuestro art. 117, presunción de paternidad que nosotros hemos tildado de relativa, debido a que si bien el hijo nació constante matrimonio sin embargo su concepción se originó antes del casamiento. Pues bien, la aludida enmienda que ahora - transcribimos hacía referencia más a cuestiones formales que de fondo. (75)

"Consiste únicamente en sustituir las palabras "podrá el marido destruir la presunción", por la de "podrá el marido impugnar y dejar sin efecto - la presunción de paternidad mediante...."

En nuestra opinión, no nos parece acertado introducir el verbo impugnar, cuando se trata como en el caso de un simple expediente ante el encargado del Registro, pudiendo dar origen a confusionismo puesto que da la sensación que el verbo impugnar implica una cierta concomitancia procesal.

Nos parece por tanto, que si se hubiese aceptado la enmienda hubiera dado lugar a equivocaciones, haciendo creer erronéamente que el marido estuviese ejercitando una auténtica acción de impugnación por vía de una declaración auténtica en contrario, es decir, por medio de un expediente de denegación de la paternidad; cuando lo más correcto hubiese sido en nuestra opinión que los enmendantes hubiesen empleado el verbo desconocer, que era strictu sensu de lo que se trataba.

Resumiendo diremos, que la presunción relativa de paternidad opera con toda su fuerza, posibilitándole al impugnante que provoque la destrucción de aquélla por vía de un simple expediente de denegación de paternidad ante el encargado del Registro.

Es obvio, que de la comparación por ej., de las legislaciones española y lusitana existe una diferencia a nivel de legitimación impugnatoria, pues como hemos visto en la legitimación portuguesa pueden incoar la acción el marido y su esposa, y ello porque el art. 1839 C.c. explicita que la paternidad del hijo puede ser impugnada por el marido de la madre, por ésta, por el hijo, o en los términos del art. 1841 - por el Ministerio Público.

Presupuesto que no ocurre en nuestra legislación sobre la filiación, que legitima exclusivamente al marido para rebatir la condición jurídica - del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio (presunción relativa de paternidad). Nos parece que nuestro precepto presuntivo roza la inconstitucionalidad, sirva de argumento el art. 32 p. 1º de la Constitución que proclama la igualdad de los cónyuges ante la ley, y en el art. 66 del C.c. que desarrolla ese mandato constituyente en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio. Sin embargo en la práctica lo que ocurre es que se desigualan el ejercicio de los derechos de uno y otro cónyuge; no ya sólo como hemos visto en la presunción absoluta de la paternidad (art. 116 C.c.) sino también en la presunción relativa del art. 117 (hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio).

Centrándonos en nuestro art. 117 C.c., - observamos que el legislador ha adaptado sustancialmente el tenor de otras reformas europeas, como la de su homónimo el legislador francés.

Interesante resulta la opinión de GROS - LIERE en este punto. (76)

"Estos hijos nacidos dentro de los 179 - primeros días del matrimonio, podrán ser impugnados por simple denegación. El marido deberá simplemente establecer la fecha del alumbramiento. Sin embargo su acción podrá ser rechazada si prueba que tuvo conocimiento del embarazo antes del matrimonio o que - él se ha comportado después del nacimiento domo padre del hijo.

En realidad la facilidad de este tipo de impugnación constituye la sanción de un fraude, es - una ocultación del embarazo sin la cual el matrimo - nio no habría tenido lugar".

La prueba que bastará para rebatir la presunción de paternidad relativa respecto a los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes al matrimonio de los padres; será precisamente la de fijar la concepción real de la gestación del hijo. En el supuesto de que no se llegase a una convicción plena, entonces como esta declaración de desconocimiento no es excluyente de las acciones procesales que se le - reconocen al impugnante de la paternidad, podrá aún éste incoar la oportuna acción de impugnación de la paternidad matrimonial, aportando cualquier tipo de pruebas que demuestren verosímilmente la imposibilidad de cohabitación, por ej. en el caso de una separación legal o de hecho, la prueba de la ausencia declarada del marido, o del abandono del hogar conyu - gal.

La presunción de paternidad en el C.c. - portugués encuentra su justificación, como expresa - RODRIGUES BASTOS en lo siguiente: (77)

"Para los hijos nacidos o concebidos constante el matrimonio, la ley supone la concepción por el marido, sin embargo como no existe ningún método científico que permita determinar al autor de la concepción, es imposible al hijo presentar una prueba - positiva de su filiación paterna, por eso el legislador beneficia al hijo de mujer casada de una presunción legal de paternidad fundada en la obligación de cohabitación entre los cónyuges y en el deber de fidelidad de la mujer casada".

A nuestro juicio, la presunción debe ser rebatida por la prueba de la imposibilidad manifiesta de esa cohabitación, situando la misma legalmente desde la celebración del matrimonio.

El hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio, como ha sido legitimado por subsiguiente matrimonio, y ostentará legitimamente el status de hijo matrimonial, participará en la sucesión hereditaria de su presunto padre. como heredero forzoso, de la misma manera que también resultaría sucesor legitimario aunque fuese su status de hijo extramatrimonial.

Queremos decir que el testador, padre legal del hijo nacido dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio (como hemos reiterado precedentemen

te la condición jurídica de este hijo es la de matrimonial) aquél (presunto padre), podrá mejorarle del mismo modo que al hijo matrimonial nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio, puesto que tanto uno como otro hijo son nacidos constante casamiento. Aún en el supuesto de que el padre legal tuviese un hijo no matrimonial la igualdad sucesoria tanto para unos como para otros sería idéntica.

Ello lo podemos corroborrar con nuestro Código civil actual. (78)

"El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes ya lo sean por naturaleza ya - por adopción plena de una de las dos terceras partes destinadas a legítima".

Pero no podemos por menos que hacer mención a la idea originaria de esta artículo, y para - ello también tenemos que remitirnos a un anteproyecto que configuraba una disposición que de haberse - aceptado hubiere sido evidentemente inconstitucional. De modo que discriminaba la participación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales en su concurso en el tercio de mejora, en el derecho a la legítima hereditaria. De manera que mal se podía relacionar con el imperativo constitucional de la igualdad de los hijos ante la ley, ¿dónde quedaba entonces el principio programático de la no discriminación de los hijos por ra

zón de nacimiento?.

Pues bien, el citado precedente artículo que más arriba hemos esbozado, es el siguiente: (79)

"El padre o la madre podrán disponer a - favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes matrimoniales de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima en concepto de mejora.

La misma facultad ostentará los padres - respecto de sus hijos o descendientes naturales o - adoptados plenamente cuando carezcan de descendencia matrimonial.

Si el causante tuviera hijos o descendientes matrimoniales no podrá dejar a cada hijo natural o adoptivo o a sus estirpes de descendientes, en los dos tercios que constituyen la legítima más que la - parte alícuota que les corresponde en éstos".

Naturalmente, la aceptación de este parágrafo hubiese supuesto para el hijo nacido más allá de los 300 días de la disolución o de la separación legal o de hecho, además de ostentar el status de descendiente no matrimonial, la solución inicua que de - concurrir a la herencia de su progenitor con descendientes matrimoniales, no hubiese podido participar del tercio de mejora más que cuando casualmente el - testador no tuviese progenie matrimonial.

Todo ello nos parece que hubiese producido en la práctica de haberse consagrado de lege data,

un ingente número de recursos de inconstitucionali - dad. Superada esta redacción, la ley de filiación - teleologiza su interés tuitivo más importante en la protección del hijo, fuese cual fuese su condición - jurídica o estado de filiación (matrimonial o no matrimonial), igualándole sea cual fuera su status sucesional. De lo contrario mal se podría compaginar un principio de igualdad programática, cuando en la práctica se les discriminaría en su delación o llamamiento sucesorio por razón de su nacimiento extramatrimonial.

Continuando con el análisis de nuestro - art. 117 C.c., si se fundamenta la destrucción de la presunción en un simple desconocimiento por vía de - expediente, es porque creemos que nuestro legislador está pensando en evitar con ello procesos largos, - costosos, e innecesarios de impugnación de paterni - dad; cuando por ej. la presunción de paternidad no se desencadene porque exista una declaración de falle - cimiento o una ausencia legal, que lógicamente des - truya la eficacia de la presunción pater is.

Lógico era entonces, que para estos su - puestos u otros homologables, como en el del abandono del hogar conyugal judicialmente constatado por - ej. en una demanda de separación; se posibilitase al

presunto padre legal un recurso efectivo sin tener que recurrir ab initio a un dilatado y complejo juicio - declarativo, de modo que con aquél, tuviese la oportunidad de desconocer su paternidad por vía de expediente tramitado ante el encargado del Registro Civil sin oposición de parte. No obstante no teniendo éxito en tal instancia podría aún recurrir a posteriori a la acción de impugnación de la paternidad demostrando que él no pudo ser el padre por cualquier medio.

En este sentido, conviene que nos remitamos al Gabinete del Ministerio de Justicia portugués, que justifica el recurso a la acción de desconocimiento. (80)

"Trátase fundamentalmente de apartar o - separar el funcionamiento de la presunción de paternidad en los casos en que ha perdido toda su verosímilitud, como acontece si los cónyuges estando desde hace mucho separados de hecho, se les dispensa del - recurso a una acción clásica de impugnación de la paternidad".

Interesa constatar que así como nuestro art. 117 C.c., el marido puede desconocer por simple denegación, a través de expediente ante el encargado del Registro, exceptuándose por ej. el caso de conocimiento del embarazo de su mujer antes del matrimonio. En otras legislaciones se omite cualquier excepción, contrariamente a lo que tipifica nuestro legislador en la redacción del art. 117.

Prueba de lo dicho, es el criterio taxativo del legislador italiano que prescinde de cualquier excepción tipificando que para el supuesto de hijo nacido antes de transcurridos los 180 días de la celebración del matrimonio, podrán los cónyuges o el hijo mismo impugnar la paternidad.

Evidentemente, prima facie, encontramos una diferencia sustancial en orden a la legitimación activa, pues así como el art. 117 español legitima exclusivamente el ejercicio de la acción de desconocimiento al marido, excluyendo de su ejercicio a la esposa e hijo; sin embargo el art. 233 C.c. italiano - la extienda a éstos aboliendo todo tipo de excepciones que se expresaban como condicionantes al ejercicio de la acción.

TAMBURRINO justifica la supresión de las excepciones en los siguientes términos. (81)

"El nuevo texto ha abolido completamente la excepción que el viejo texto del art. 233C.c. aportaba a la admisibilidad de la acción de desconocimiento, excepción basada sobre el conocimiento del marido del embarazo de la mujer antes del matrimonio, o sobre la aceptación de la legitimidad por haber sido - declarado como su hijo. Actualmente tal excepción - no es pues reconocida y consiguientemente independientemente de cada conocimiento o de cada declaración - el desconocimiento es siempre posible".

Por último solo matizar una pequeña cuestión, nuestro legislador con el tenor literal del art. 117 C.c., creemos que no ha pretendido legitimar con ello al hijo por subsiguiente matrimonio.

Naturalmente, que el dilucidar la condición jurídica del hijo así nacido, bien la de legitimado por subsiguiente matrimonio o bien la de hijo matrimonial, ocasionará a nuestro parecer problemas cara al ejercicio de la acción ejercitable. Así si se es "legitimado", es porque indefectiblemente habrá existido un reconocimiento, que resulta ser el que se impugnará por vicio del consentimiento (ej. la mujer le ha hecho creer al marido que es hijo prematuro cuando en realidad es fruto de una gestación normal).

Siguiendo la tónica establecida por el legislador italiano, éste en el art. 233 C.c., se expresa también en términos de presunción de legitimidad (el hijo nacido antes de que hayan transcurrido 180 días de la celebración del matrimonio es reputado legítimo).

Su fundamentación nos viene dada por DI SALVO. (82)

"Por cuanto concierne al fundamento teórico de este estado de legitimidad, la norma ahora aprobada, así como la precedente, ha acogido la teo-

ría de la legitimidad legal que se contrapone a aquélla de la legitimación por efecto del matrimonio. En este punto dispone la fórmula de reputado legítimo, por lo cual se deduce que el hijo es considerado como tal por beneficio de la ley".

Y si por el contrario entendemos que el status del hijo es el de matrimonial, entonces el impugnante podrá destruir su presunción de paternidad por dos vías. La primera por medio del art. 117 C.c. (presunción simple) cuando el hijo hubiese nacido antes de cumplidos los 180 días de la celebración del matrimonio, teniendo que incoar un expediente de desconocimiento de su paternidad ante el juez encargado del Registro, limitándose a probar que la concepción aconteción antes del matrimonio.

Por el contrario para el caso de que hubiese nacido constante matrimonio, es decir, después de 180 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho; el impugnante tendrá entonces que demostrar por cualquier medio que él no pudo ser el padre, de suerte que recurrirá de forma inexorable a las pruebas biológicas para que éstas confirmen su no paternidad, aun cuando de iure la presunción de paternidad obrase en su contra, es decir recurrir al art. 136 en relación con el art. 127, el cual explicita la admisión generalizada y libre de todo tipo de pruebas en los procesos de paternidad.

Por su parte ESPIN CANOVAS, interpreta que la condición jurídica o status de filiación del hijo es desde un principio la de matrimonial. (83)

"La presunción se inicia desde el momento de la celebración del matrimonio, contra lo que tradicionalmente establecen las legislaciones, al formular esta presunción combinadamente con los plazos legales de gestación del ser humano. Se amplía así el tiempo en que opera la presunción a los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio".

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

(1) Cortes. Diario de sesiones del Senado, año 1981, núm. 98. Presidencia del excmo. Sr. D. Cecilio Valverde Mazuelas. Sesión plenaria núm. 98, celebrada el martes, 31 de marzo de 1981, pag. - 5025.

(2) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. I Legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24-II-1981 Nº 154 (c). Proyecto de ley de Modificación del Código civil en materia de Filiación, patria potestad y Régimen económico del matrimonio. Enmiendas nº de la enmienda lla (grupo parlamentario UCD) portavoz Francisco Villodres García, pag. 86.

(3) Cortes Diario de Sesiones del Senado, op cit., (sesión plenaria 31-III-81) exposición del Sr. Ruiz Risueño sobre el Dictamen de la Comisión, pag. 5029.

(4) DIEZ PICAZO - GULLON BALLESTEROS. Sistema de -

Derecho civil. Vol. IV. Derecho de Familia y - Derecho de Sucesiones. Edit. Tecnos. Madrid 1978, pag. 37.

(5) MEULDERS KLEIN. La réforme du Droit de la filiation en Belgique. Le contexte et les lignes de force du Projet Nº 305. Journée d'étude en "L'annuaire du droit", Lovaina. Namur, 4-X-1979, pag. 167.

(6) Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación. Capítulo II, hijos matrimoniales, art. 114, pag. 2. Madrid, 28 de - Junio de 1978.

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación, de la determinación de la filiación matrimonial, art. - 116, pag. 3, ponente Manuel Peña. Madrid, 24 de Octubre de 1978.

(7)

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación. Capítulo

(8) II, de la determinación y prueba de la filiación, sección II, de la determinación de la filiación matrimonial, art. 116, pag. 4. Madrid, 14 de - Noviembre de 1978.

Anteproyecto de ley por el que se modifica el Código civil en materia de filiación. Capítulo II, sección II, de la determinación de la filiación matrimonial. Madrid, Diciembre 1978.

Boletin oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A, proyectos de ley, 22 de Mayo de 1980, núm. 71 - I. Informe de la Ponencia. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y Régimen económico del matrimonio, art. 116, pag. 320.

Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A, proyectos de ley, 1 de Diciembre de 1980. Nº 71 - II. Dictamen de la Comisión y Enmiendas. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, art. 116, pag. 348/51.

(7) Art. 85 Código civil.

(8) Proyecto Articulado sobre reforma del Código civil en filiación. Capítulo II, de los hijos matrimoniales, art. 109 p II, 1979, pag. 2.

(9) Texto presentado por RUIZ VADILLO. Capítulo segundo, de los hijos matrimoniales, art. 113 p II, Madrid, Agosto 1978.

(10) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A, proyectos de ley, 31 de Diciembre de 1980. Núm. 71-III. Aprobación por el Congreso. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, art. 116, pag. 348/90.

(11) Boletín oficial de las Cortes generales. Senado. I legislatura. Serie II Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24 de Marzo de 1981, nº 154 (d). Informe de la Ponencia, art. 116, se ha formulado a dicho artículo, la enmienda número 119 suscrita por el portavoz del grupo parlamentario UCD. La Ponencia considera preferible mantener el texto que figura en el Proyecto remitido por el Congreso de los Diputados sin perjuicio de numerarlo como art. 115.

Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado. I legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Con

greso de los Diputados. 27 de Marzo de 1981, - nº 154 (e). Dictamen de la Comisión. Sección 2ª, de la determinación de la filiación matrimonial art. 115.

Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado. I legislatura. Serie II Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 8 de Abril de 1981, nº 154 (f). Proyecto de ley. Enmiendas aprobadas por el Senado, art. 115 (Texto igual al artículo 116 remitido por el Congreso).

(12) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado. I legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24-II-1981. Proyecto de ley. Enmiendas, nº 154 (c), pag. 84.

(13) Art. 132 Código civil.

(14) Art. 111, anterior redacción del Código civil español.

(15) BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, y SCHADE: Vaterschaftsgutachten für diegerichtliche praxis, 3 neubear

beltete Auflage. Verlag Otto Schwartz y Co, - Göttingen, 1978, pag. 204.

(16) Art. 135 Código civil.

(17) Art. 118 Código civil. Conviene traer a colación la opinión de ESPIN CANOVAS. Manual de derecho civil español, vol. IV. Familia, edito - rial de derecho privado, editorial de derecho financiero 1981, pag. 291.

"Prudentemente esta norma no extiende a los supuestos de disolución por divorcio en que no subsiste el vínculo conyugal desde la sentencia firme. Sin embargo, durante el proceso divorcista la situación de separación legal provisional puede dar lugar a la aplicación de esta presunción ulterior de paternidad".

(18) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (Enmiendas), pag. 84 y ss.

(19) Art. 139 del Código civil.

(20) DE OLIVEIRA. Estabelecimiento da Filiaçao. Livraria Almedina. Coimbra, 1979, pag. 62 y ss.

(21) DE OLIVEIRA. Impugnaçao da paternidade. Boletím

da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, pag. 21. 1979.

(22) Art. 1826 Código civil portugués. Livraria Almedina. Coimbra, 1979.

(23) Art. 1800 Código civil portugués.

(24) International Encyclopedia of Comparative Law. Volume IV. Persons and family. Aleck Chloros, chief editor. Chapter 6, creation of realitionship of Kinship. Legitimacy, pag. 15 y ss. Harry D. Krause 1976 Mouton, the hagne, and j.c.b. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen.

De suerte, que haciendo un acopio de la legislación comparada, reseñamos a continuación los puntos más relevantes sobre la filiación en la Europa del Este, en los países de corte occidental, sudamericanos e incluso asiáticos.

La ley inglesa continúa otorgando una presunción de legitimidad al hijo nacido constante matrimonio. Como proposición general, la presunción también alcanza aquellos hijo nacidos - después de la disolución del matrimonio, pero - dentro del posible período de gestación. Se ha dicho que la presunción de legitimidad en Inglaterra opera en dos niveles. Se presume que el marido y la esposa tenían relaciones. Por lo - tanto la presunción se desencadenará sólo si la

oportunidad de acceso carnal durante el período relevante se demuestra.

En Alemania Federal, un niño se legitima si nació durante el matrimonio de los padres o dentro de los 302 días de su terminación (1593 C.c.). Si el niño nació más tarde de los 302 días desde su disolución se aplica una fuerte presunción de legitimidad (C.c. 1591-1592). La presunción, puede ser rebatida mediante prueba de que el marido no había tenido posibilidad de acceso a su mujer en el período relevante (C.c. art. 1591 p. I).

En Alemania del Este, un niño está legitimado también si nace durante el matrimonio de sus padres o dentro de los 302 días de su terminación (F.C. 54 pr. 5). Alemania del Este, difiere de la del Oeste en las presunciones formales de determinación de la legitimidad. En Alemania del Este, el código de Derecho de Familia no distingue entre nacimiento legítimo o hijo ilegítimo, en vez de ello la distinción se hace entre hijos cuyos padres están casados y aquéllos que no lo están.

En la Unión Soviética, es solemne en el énfasis que da de la legitimidad. Un niño se le reputa legítimo si desciende de padres que están casados uno con otro. La inscripción de un nacimiento en el Registro civil, se puede hacer por uno o por ambos padres, y una falsa inscripción como legítimo puede ser atacada dentro de un año. Un hijo puede probar su descendencia connubial, monstrando la inscripción de matrimonio de sus padres. La inscripción como hijo de un matrimonio, también se extiende al hijo nacido dentro de los diez meses siguientes, después del divorcio o la anulación del matrimonio o después de la muerte del marido de la madre.

En Noruega, un hijo nacido de una madre casada es legítimo a menos que a su marido judicialmente se le haya declarado como no padre del hijo u otro hombre haya estado sosteniendo ser el padre ilegítimo del niño. Un hijo nacido después de la disolución del matrimonio, que pudo haber sido concebido durante el matrimonio, es hijo legítimo procreado por el marido.

No hay fechas definitivas que definan el período de gestación y limiten con precisión el período durante el cual la presunción opera. La presunción puede ser rebatida por el marido dentro de los tres años de tener conocimiento del nacimiento del niño. Para tener éxito, el marido debe de probar, o que otro hombre había tenido relaciones sexuales con la madre y que es probable que sea el padre del hijo, o que es cierto que el marido no es el padre del niño. Se aplican reglas especiales a la impugnación de la legitimidad de un niño, después de la muerte del marido de la madre.

En Checoslovaquia y Polonia, continúan expresando la tradicional presunción de que el niño nacido durante un matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, es el hijo legítimo del marido de la madre, a menos que la madre se haya vuelto a casar, en cuyo caso el niño se presume hijo legitimado de su nuevo marido. La impugnación debe de hacerse dentro de los seis meses siguientes de obtener conocimiento del nacimiento. De modo que la prueba de la imposibilidad actual de la paternidad, se requiere cuando el niño nació más tarde de los 180 días del matrimonio y antes de los 300 días de su conclusión.

Por lo que respecta a Méjico y Filipinas, presumen que el hijo nacido al menos 180 días después del matrimonio o dentro de los 300

días de su terminación, es legítimo. En ambos países, esta concluyente presunción, puede ser refutada sólo mediante prueba de que el marido no tuvo posibilidad de haber mantenido relaciones con su esposa durante los primeros 120 días de los 300 inmediantamente predentes al nacimiento del niño.

Por otro lado, las leyes filipinas proveen expresamente la no presunción de legitimidad o ilegitimidad aplicable al niño nacido después de 300 días de la separación o anulación (el divorcio no está permitido en la legislación filipina), y la legitimidad o ilegitimidad de esta clase de niños debe ser probada en sentido afirmativo.

En Méjico (C.c. art. 328), y en Filipinas (C.c. art. 258) un niño nacido dentro de los 180 días desde el matrimonio se presume legitimado, si el marido conocía el estado de ingravidez de su esposa antes del matrimonio o si estuvo presente en la certificación del nacimiento. (25) En Filipinas, se considera legitimado si estando presente él consintió ponerle los apellidos al inscribir el nacimiento del hijo, o si tácitamente reconoció el niño como suyo. En Méjico, el niño nacido dentro de los 180 días desde el matrimonio, también se presume legitimado, si el marido de la madre ha reconocido expresa y formalmente el hijo como suyo, o si el niño estaba concebido (C.c. art. 328). (26) Finalmente, las leyes filipinas mantienen una presunción prima facie de legitimación del niño nacido dentro de los 180 días desde el matrimonio que sea incapaz de llenar plenamente los requerimientos de la concluyente presunción (C.c. art. 258). (27)

Aunque ambos sistemas legales prohiben expresamente el nuevo matrimonio de la mujer

dentro de los 300 días de la disolución de su primer matrimonio, se hace específica provisión para regir el status de un niño nacido dentro de este período de una mujer que se ha casado de nuevo violando la prohibición. De este modo un niño nacido dentro de los 300 días de la disolución del primer matrimonio, se atribuye a ese primer matrimonio a menos que su nacimiento acontezca después de los 180 días del último matrimonio, en cuyo caso ese niño se estima que es el hijo del último matrimonio. Em ambos países esas presunciones son rebatibles. También, hay que notar que las leyes mejicanas, estiman específicamente un niño como ilegítimo, si éste ha nacido dentro de los 180 días desde el último matrimonio, pero después de los 300 días desde la disolución de aquél (C.c. art. 334).

Mientras que las leyes filipinas bajo esas circunstancias, emplearían una rebatible presunción de paternidad.

(25) Art. 255 p. 3º Código civil suizo, editado por la cancillería federal. Berna, 1978.

(26) Projet de loi, portant réforme du droit de la filiation. Chambre des Deputés. Session ordinaire, 1975-1976. Nº 2020, pag. 35. Service Central des Imprimés de l'état. Luxembourg.

(27) COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RIOU. La filiation legitime et naturelle, étude de la loi du 3 Janvier 1972 et de son intrepretation. Dalloz, 1977, pag. 106.

(28) FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO. Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, nº 151, vol. II. Tomo I, art. 90-130, Giuffré, editore . Milano - 1975, pag. 16 y ss.

(29) TERESI. Consiglio Superiore della Magistratura. Rapporti personali nella famiglia. Incontro di studio e documentazione per i magistrati 6/12 - maggro, 1979. Roma Arti. Grafiche jasillo, - 1980, pag. 236.

(30) Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, op., cit. (session 1975-1976), pag. - 13. Luxembourg.

(31) MEULDERS KLEIN. La réforme du droit de la filiation en Belgique. Analyse du projet de loi, nº 305. "Revue Droit Famille", 1979, pag. 16.

(32) Projet de loi portant réforme du Droit de la filiation, op. cit., (session 1975-1976) pag. 33. Luxembourg.

(33) FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 37.

(34) Art. 234 Código civil italiano.

(35) DELITALA. La filiazione legittima nei progetti di riforma. "Giurisprudenza italiana". Vol. - CXXV, 1973, parte IV, pag. 70.

"El hijo concebido después de la disolución o anulación del matrimonio no podrá - considerarse legítimo incluso cuando fuere cierto que el autor de la concepción es el marido. Porque después de la disolución o anulación el único caso en que es posible reconocer la legitimidad al hijo es aquélla del embarazo de duración excepcional.

A sensu contrario, puesto que la separación no elimina todos los efectos del matrimonio, aunque el hijo venga a ser concebido a - distancia de años de la disposición del juez, - basta que se demuestre que el hijo ha sido concebido por el marido durante su encuentro aun - que sea ocasional con la mujer para que el hijo tenga derecho a la legitimidad".

(36) Art. 1831 Código civil portugués.

(37) Art. 84 Código civil español.

(38) DEIANA. Commentario alla riforma del diritto - di famiglia. Tomo Primo, parte seconda. Padua Cedam, casa editrice. Dott Antonio Milani, 1977, (a cura di LUIGI CARRARO-GIORGIO OPPO-ALBERTO TRABUCCHI), pag. 537.

(39) Art. 118 Código civil español.

(40) LAURE RASSAT MICHELE. Propos critique sur la - loi du 3 Janvier 1973 portant réforme du droit de la filiation, en "Revue Trimestielle de droit civil", 1973, pag. 247.

(41) MOITINHO DE ALMEIDA. La filiation dans la ré - forme du code civil portugais du 25 Novembre - 1977. Lisboa 1979, separata do Boletim do Mi - nistério da Justiça. Nº 285, pag. 18.

(42) DE OLIVEIRA, op. cit., (impugnaçao da paternida de) pag. 35.

(43) Supremo Tribunal da Justica. Acordao de 2 de - Novembro de 1977, processo nº 66832, impugnaçao da paternidade legitima. Boletim do Ministério da Justiça, nº 271, pag. 237 y ss.

(44) Acordao de 30 de Octubro de 1973, processo nº - 64646. Boletim do Ministério da Justiça, nº 230, impugnaçao de legitimidade, pag. 116.

(45) Acordao de 29 Janeiro de 1976, processo nº 166/75.

Boletim do Ministério da Justiça, nº 255, pag. 164. Tribunal da Ralaçao de Euora.

(46) Art. 74 Código civil español.

(47) Loi du Avril 1979 portant réforme du droit de la Filiation, art. 313-1º. Doc. parl. nº 2109, - sess. ord. 1977-1978 et 1978-1979. Palais de - Luxembourg le 30 Avril 1979. Imprimerie de la Cour Victor Buck, s. a r. l. Luxembourg.

(48) Senat de Belgique. Proposition de loi apportant diverses modifications aux titres II, III, V, - VII, VIII, IX et X du livre premier et aux titres I et II du livre III du Code civil, art. 319. Session extraordinaire de 1979, 17 Juillet 1979, 231. C.S.E. 1979 -nº 1 R.A. 11559.

(49) Art. 137 p. III Código civil eapañol.

(50) Circular de la Dirección General Registros y Notariado de 2-Junio-1981 (B.O. 5, 1294).

(51) Projet de loi portant réforme du droit de la filiation. Chambre des Deputés, session ordinaire 1977-1978, nº 2020 rapport de la Comission

juridique, 24-V-1978, pag. 5. Service Central des Imprimés de l'état. Luxembourg.

(52) Projet de loi portant réforme du droit de la filiation. Chambre des Deputés, session ordinaire 1978-1979. Avis du Conseil d'état sur la texte adopté en première lecture par la Chambre des Deputés (12-10-1978) pag. 1. Service Central des Imprimés de l'état. Luxembourg.

"Inspirándose en el texto del articulado francés el Consejo de Estado ha propuesto para este artículo en párrafo concebido como sigue: "Cuando la presunción de paternidad es descartada en las condiciones previstas en los artículos precedentes la filiación es establecida en consideración a la madre como si hubiese habido impugnación judicialmente. La maternidad se encuentre pues establecida de la misma forma que en el caso de que una acción en impugnación de paternidad hubiese sido incoada y acogida por el juez"".

(53) Art. 313 - 1) Código civil francés.

(54) Art. 156 p. V. Código civil español.

(55) Art. 137 p. in fine Código civil español.

(56) COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RIOU, op. cit., pag. 100.

(57) MASSIP, MORIN, AUBERT. La Réforme de la Filiation. Commentaire de la loi nº 72-3 du 3 Janvier 1972 3ª edition, pag. 41.

(58) Art. 140 Código civil español.

(59) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado op. cit., (Enmiendas) 24-11-1981, pag. 96.

"Finalmente, la legitimación concedida a cualquier interesado contrasta con el criterio restrictivo que en este punto se sigue con la filiación matrimonial cuando el hijo matrimonial carece de la posesión de estado, desaparece el plazo de caducidad de la acción pero ésta se otorga únicamente al propio hijo o a sus herederos. Si se tiene en cuenta que, en sede de la filiación no matrimonial, el reconocimiento cumple una función hasta cierto punto similar a la establecida respecto de la paternidad del marido (en ambos casos se trata de una paternidad presunta) resulta discriminatorio conceder a cualquier tercero interesado acción para impugnar la presunción, si se trata de filiación no matrimonial, y negar terminantemente dicha posibilidad en el supuesto de que la filiación sea matrimonial. Ello contradice, sin razón suficiente el principio de igualdad entre ambas filiaciones y por eso el Proyecto en este punto, como en algún otro, roza la inconstitucionalidad".

(60) Art. 32-1º Constitución española.

(61) Art. 66 Código civil español.

(62) Tribunal Roma, 16-Setembre-1976, en "Giurisprudenza del diritto di famiglia", pag. 166 y ss. Dott. A. Giuffré editore Milano 1980.

"En el sentido del art. 232 C.c. modificado por la ley 19 de Mayo 1975 D 151, la presunción de paternidad del marido no obra cuando el nacimiento del hijo de la mujer casada acontezca después de 300 días del pronunciamiento de las medidas provisionales, con las cuales el presidente del Tribunal según la norma del art. 708 c.p.e. había autorizado a los cónyuges a vivir separados. En tal hipótesis, la mención del estado de casada de la mujer en el acto del nacimiento del hijo es inidónea, para hacer adquirir a éste el estado de hijo legítimo del marido. En el caso los cónyuges B.M. y F.B., habían comparecido ante el presidente del Tribunal de Roma en causa de separación personal habiéndoseles sido autorizado el vivir separados, por la providencia del 29 de Julio de 1974. El error en que incurrió el oficial del Registro civil de Roma en la fórmula del acto del nacimiento (atribución de la paternidad al marido de la mujer) se podía obviar por vía de rectificación, la demanda de comprobación del status de la hija, debe ser acogida".

(63) A. T. F. (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fedéral), 83, II, 171 M. H. y M. C. M. 16 Mai 1957; también en J. T. (Journal des Tribunaux) 1958 I 556, pag. 557.

(64) AUBERT. Les actions de la filiation en droit - civil suisse. Essai de clasification imprimerie. H. Messeiller Neuchatel 1955, Université de Neu chatel, faculté de droit, pag. 160 y 162.

(65) R. O. (Recueil officiel des lois fédérales), 69, II, 215 = J. T. (Journal des Tribunaux), 1943 - I 562 Margrit F. e hijo c. Wilhelm F., 25 Junio 1943.

(66) HEGNAUER. Droit suisse de la filiation. Precis de Droit Staempfli. Adaptation francaise par Ber nard Sheneider. Editions Staempfli Cie S.A. Ber ne, 1978, pag. 34.

(67) Art. 255-2º) Código civil suizo. Edité par la Chancellerie fédérale Berne, 1978. Conviene - asimismo que confrontemos lo que ya es lege data en el Código civil suizo con la opinión que se tuvo en el Proyecto (60) Message du Conseil Fédé- ral à l´asamblée Fédérale concernant la modifica- tion du code civil suisse de 5 de Junio 1974, - pag. 29.

"La naturaleza del matrimonio, comu nidad de vida exclusiva entre el marido y la mu jer, justifica la presunción según la cual el -

marido es el padre del hijo nacido de su mujer (pater is quem nuptiae demonstrant).

El art. 255 I del proyecto toma la definición de la presunción de paternidad del art. 252 I. El texto alemán es adaptado al texto francés, que sustituye al término legítimo, una definición clara y pertinente.

Según el art. 252 2º) Código civil el hijo nacido después de los 300 días que siguen a la disolución del matrimonio no es reputado legítimo. Se piensa sin embargo que un embarazo dura más de 300 días que siguen a su disolución. Según la doctrina, en tal caso el marido es reputado el padre del hijo a condición que sea establecido que el hijo ha sido concebido antes de la disolución del matrimonio".

(68) Projet de loi portant réforme du droit de la filiation op. cit., (session 1975-1976) pag. 26. Luxembourg.

(69) VILLANUEVA Y CASTELLANO. La investigación de la paternidad ante la nueva perspectiva constitucional. III Congreso de Medicina Legal y Social. Madrid, Diciembre 1979, pag. 31.

(70) EBENE COBELLI. Riforme in Francia diritto di famiglia. "Rivista di diritto civile", 1976, parte I, pag. 411. En el mismo sentido de no dar una irrefragabilidad a la presunción del pater is RUSSO y MAJELLO "Rivista di diritto civi

le" 1974 p. (II) pag. 128. La riforma del regime della filiazione nel diritto francese.

"En los límites del período que se extiende desde el 300 al 180 día antes del nacimiento, el momento de la concepción podrá ser - elegido (311-2º) según el interés del hijo, (presunción omni meliore momento). En respeto sin embargo al principio de la verdad, la presunción pierde su carácter de absolutividad, contra esto podrá ser prevista la prueba de una diversa duración de la gestación (311-3º)".

(71) Art. 1800 código civil portugués. Librería Almedina. Coimbra 1979.

(72) Art. 117 Código civil español.

(73) Boletin oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (24-II-1981), pag. 60.

(74) Art. 233 Código civil italiano. En el mismo sendido, art. 1828 Código civil portugués (redaccao do dec lei nº 496/77 de 25/11). Livraría Almedina. Coimbra, 1979.

(75) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (24-II-1981), enmienda nº 68.

(76) GROSLIERE. Chronique le desaveu et le conten -

tieux de la presomption de legitimité. "Recueil Dalloz Sirey", 1976, 31 cahier, pag. 197.

En el mismo sentido se manifiestan: MASSIP, MORIN, AUBERT, op. cit., pag.37.

"La legitimidad de un hijo concebido antes del matrimonio, es un poco más frágil que la legitimación de aquél que ha sido concebido en el matrimonio, él podrá ser impugnado, no solamente según el procedimiento de derecho común art. 314-2º, sino incluso por simple denegación, si el marido no ha tenido conocimiento antes del matrimonio y si no se ha comportado como el padre del hijo".

(77) FERNANDES RODRIGUES BASTOS. Direito da familia. IV, 1979 pag. 138 y ss. compuesto e imprimido - Tipografía Guerra. Lisboa.

(78) Art. 823 Código civil español.

(79) Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación. Madrid, 28-Junio-1978, art. 823.

(80) Decreto ley nº 496/77 introduz alteracoes ao Código civil. Ministerio da Justiça. Diario da República Sexta Feira 25 de Novembro de 1977. Gabi

nete do Ministro da Justiça. I Serie, nº 273, pag. 2818-(6).

(81) TAMBURRINO. La riforme relative alla filiazione, pag. 313. Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano. Seconda edizione. Unione tipográfico, editrice Torinese, 1978.

(82) DI SALVO. In nuovo diritto di famiglia e delle sucessioni. Quarta edizione. Pirole editore, Milano 1979, pag. 157.

(83) ESPIN CANOVAS. Manual de derecho civil español, vol. IV. Familia. Editorial Revista de derecho privado, editorial de derecho financiero, 1981, pag. 289.

C A P I T U L O 2º

LA IMPUGNACION
DE LA
PATERNIDAD MATRIMONIAL

Sección 1ª

PRINCIPIOS BASICOS DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Antes de comenzar a examinar lo que dispone la reforma de filiación en relación a la legitimación activa y pasiva en el ejercicio procesal de la acción, debemos reparar en la interesante discusión sobre aspectos tales como la suspensión y transmisión de la misma, los efectos *a posteriori* de la sentencia firme sobre la impugnación en relación al *status* jurídico en que queda el hijo etc... Por ello, resulta obligado incidir antes en el análisis de una serie de matizaciones que devienen de imperativa colación al proemio de este capítulo.

Iniciaremos este elenco de consideraciones, profundizando en el principio constitucional de la igualdad y en el desarrollo de la ley ordinaria que consagra los derechos y deberes de los cónyuges. (1).

"El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes".

Si ésto lo aplicamos coherentemente a - la legitimación iure proprio que concede nuestro legislador en el ejercicio de la acción, nos encontramos de lege data con una aplicación desigualatoria e inconstitucional de las personas que pueden incoar la acción, de suerte que la mujer no tiene por derecho propio acción para impugnar la apócrifa condi-- ción o status de filiación de su hijo (basta remi-- tirse al art. 137 C.c., que legitima sólo a la ma-- dre para el supuesto de que ésta tenga la patria potestad).

Como este punto lo hemos analizado detenidamente en el presente capítulo, baste aquí la referencia circunstanciada del hecho.

Otra consideración digna de mención, -- que parece ha prevalecido en la mens legislatoris - de nuestro legislador, ha sido la unidad de la familia, punto por otra parte en clara concomitancia con el derecho europeo en la materia. (2)

De suerte que en nuestra reciente le-- gislación sobre filiación una manifestación de este principio familiar lo encontramos en el reforzamiento

preventivo y previo al planteamiento de toda acción, y en la exigencia judicial de un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde la demanda; por ej. en la prueba indubitada de la convivencia more uxorio de la madre en la época de la concepción con otro hombre distinto de su marido, o en la aportación de una prueba genética que evidencia la incompatibilidad de los sistemas sanguíneos del presunto padre y del hijo. (3)

"El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda".

Consecuentemente, colorario de este principio, es sin lugar a dudas la verdad real del vínculo de la filiación, de manera que la prueba biológica resultará de inconcusa aportación a los procesos de impugnación de la paternidad. Esto supuesto, la verdad sanguínea se decanta de perentoria constatación en los procesos de impugnación de la paternidad. (4)

Otro punto, que en nuestra reciente reforma es considerado por el legislador decisivo en la impugnación de la paternidad, es el referido al relevante juego de la "posesión de estado" constante e ininterrumpida en las relaciones familiares.

De manera que ahora los titulares de la acción, bien sea para reclamar o impugnar la filiación matrimonial o no matrimonial se les hará depender su legitimación activa del rol que éstos tengan en las relaciones familiares.

Habrá que examinar detenidamente, la homogeneidad de la filiación formal (la que consta -- inscrita en el Registro civil) con la veracidad de la filiación de facto, presumiblemente en oposición con aquélla.

Sección 2ª

ITER LEGISLATIVO DE LA EVOLUCION DEL ARTICULADO SOBRE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

Existe en nuestra opinión dos principios paradigmáticos, que fundamentan el sustrato de esta acción constitutiva de estado, objeto de nuestro -- trabajo.

El primero, la idónea nominación de los legitimarios activos en el ejercicio de la acción.

El segundo, es la dificultad de encon-- trar el momento a partir del cual debe comenzar a - computarse el plazo de caducidad.

En estos dos puntos, difiere la doctrina y la jurisprudencia no sólo hispana, sino europea.

De manera que, si nuestra anterior legislación monopolizaba el ejercicio de la acción en el marido como único interesado en el vínculo de filiación. Nuestro reciente legislador ha ampliado el ejercicio de esta acción también al hijo, pero ha periclitado su ejercicio iure proprio a la madre, quizá todavía imbuído reticentemente de cierta etiología moralista, al considerar que ello es poco menos que esteriotipar públicamente el adulterio de la mujer (madre).

Este punto, ha sido objeto atento y minucioso de nuestro estudio en el apartado de la legitimación activa a la madre, cotejándolo con lo explicitado de lege data por las principales reformas europeas.

Respecto de la debatida discusión del momento a quo del ejercicio perentorio de la acción, las posiciones se diluyen en una doble dicotomía de pareceres; los que opinan que ha de empezar a transcurrir el término desde el conocimiento del evento natalicio, o los que arguyen que la idoneidad del plazo ha de computarse desde el conocimiento de las circunstancias que manifiestan indubitadamente el origen extramatrimonial del hijo.

En este sentido, resulta interesante recurrir a uno de los primeros anteproyectos de reforma en materia de Filiación, que enjuiciando de modo sincrético la cuestión arbitraba una fórmula ecléctica, cual era, la concurrencia de ambos supuestos. (5)

"El marido sólo podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad durante el año siguiente a la inscripción de la filiación en el Registro civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras dure el obstáculo que impida de hecho la interposición de la demanda o en tanto el marido ignore el nacimiento".

Con respecto a la polémica sobre la otorgación o no a la madre de la legitimación activa en la impugnación de la paternidad, sólo recordamos un anteproyecto que igualaba la posición jurídica de los cónyuges en este sentido, si bien con una serie de matizaciones que expresamos a continuación.

Dicho proyecto igualaba *de iure* y *de facto* a los cónyuges, *vis a vis* para ejercitar procesalmente su derecho a la impugnación de la paternidad matrimonial del hijo. (6)

No obstante, este Proyecto otorgaba un sistema indeterminado de causas previsibles de impugnación a favor de la mujer. Es decir, no regía

para ella un sistema taxativo como por el contrario se establecía para el marido, nos remitimos al p. - II del art. 112, del proyecto citado.

Somos de la opinión, que los ponentes - de este proyecto recogieron de forma sistemática -- las causas de impugnación que por ej. el legislador italiano tipifica en el art. 235 C.c. Sin embargo, es cierto que entre ambos subsisten diferencias --- esenciales.

El transcrito proyecto español no conce de legitimación activa al hijo cuando tuviere posesión de estado de filiación matrimonial, lo cual -- nos parece desde cualquier perspectiva iniquo.

Llegamos a esta conclusión, porque bien podía suceder que la mujer y el marido no deseasen impugnar el status matrimonial que ostentase legalmente el hijo, y éste se viese en la situación in-- justa de que llegado a su mayoría de edad o a su salida de la incapacitación no tuviese legitimación - activa para impugnar.

Además pensamos, que los ponentes de este proyecto incurrían en una discriminación evidente, cuando para reclamar la filiación matrimonial -

o extramatrimonial, contaba el hijo con una acción imprescriptible para declararla. (7)

"El hijo matrimonial tiene acción durante toda su vida para reclamar su filiación. Durante la minoría de edad o en situación de incapacidad, la acción podrá ser entablada indistintamente por su padre, madre, tutor o por el Ministerio Fiscal".

Nos parece incongruente, que este Proyecto concediese al hijo acción para desvanecer la verdad legal y reclamar en pro de la verdad biológica su auténtico vínculo filiacional; y en cambio se le negase capacidad procesal para impugnar una filiación que en aras de la verdad real no es la que obviamente le correspondía.

Los sucesivos proyectos, decantarán la literalización sustancial del contenido del articulado concerniente a la cualidad de obrar en la acción.

De suerte que, se cercenará de la legitimación activa por interés propio a la mujer, sólo concediéndole aquélla cuando detentase la patria potestad, lo cual nos parece inconstitucional, basta remitirse a su art. 32, o al art. 66 C.c. (derechos y deberes de los cónyuges).

Por lo que concierne al hijo, estos proyectos se manifiestan a favor de la legitimación de éste, cuando tenga posesión de estado consolidada - de hijo matrimonial; de manera que podrá impugnar - la filiación que fácticamente ostenta siendo su acción de caducidad. Por otra parte, cuando no tuviese el hijo posesión de estado en la filiación matrimonial entonces su acción sería per se imprescriptible. (8)

Conviene que asimismo traigamos a colación, el texto propuesto por RUIZ VADILLO que concedía la legitimación a la madre en interés propio, - pero el plazo para impugnar resultaba francamente - exiguo (tres meses). (9)

"También podrá ser impugnada la filiación matrimonial, en todo caso, dentro de los tres meses siguientes a su inscripción o conocimiento de ella, por el varón y la mujer, pero sólo en cuanto al primero si la mujer hubiera ocultado el embarazo, si hubiera existido imposibilidad para engendrar -- con ella en los primeros 120 días de los 300 que hubieran precedido al matrimonio, o si durante el mismo período la mujer hubiera tenido acceso carnal -- con otro varón (art. 115).

El hijo podrá ejercitar la acción de impugnación hasta tres meses después de alcanzada la mayoría de edad o en su caso hasta seis meses de conocido el hecho en que base su impugnación (art. 116)"

En nuestra opinión, coincidimos en otorgar la legitimación al marido, a la mujer, y al hijo, pero nos parece insuficiente el plazo expresado por este autor. Supongamos que el marido se encontrase en el extranjero, tuviese conocimiento de la inscripción que ha efectuado su mujer en base a la notificación remitida por su esposa; con franqueza pensamos que el planteamiento de la presunta impugnación por su parte, le obligaría a una recopilación excesivamente precipitada de los fundamentos básicos de la hipotética acción que pretendiese incoar.

Además, tal como está redactado el artículo que estamos comentando, el mero conocimiento de la inscripción no es suficiente, sino que a nuestro juicio el marido tendría que haber tenido constancia fehaciente del embarazo; de este modo si el presunto padre creyese que el hijo había sido fruto de una fecundación ex marito y dejase transcurrir el plazo de tres meses, vería posteriormente caducada su instancia procesal para ejercitar la acción.

Tampoco nos resuelve el tenor literal de este artículo propuesto por este autor, si el hijo tiene o no posesión de estado de filiación matrimonial, puesto que de no hacer este distingo se llegaría a una injusta equiparación.

Si el hijo está inscrito como matrimo-- nial y vive en las relaciones familiares con la posesión de estado de hijo matrimonial, ¿el hecho de haber impugnado sin éxito en los tres meses siguientes a la mayoría de edad la paternidad matrimonial, le impedirá de nuevo su ejercicio cuando conociese de modo apodíctico un hecho relevante de su origen extramatrimonial (por ej., unas pruebas biológicas de inconcusa veracidad)?.

Creemos, que lo más lógico hubiese sido distinguir si el hijo se hallaba o no en la posesión de estado de hijo matrimonial, de suerte que para - el caso afirmativo, opinamos que sería insuficiente un tiempo de ejercicio tan breve y un objeto a im-- pugnar tan difuso como comenta este autor: "Hasta seis meses después de conocido el hecho en que base su impugnación". Lo que traducido a cualquier su-- puesto fáctico ocasionaría un grave detrimento en - la condición o *status* consolidado por el hijo, si - la verdad biológica real fuese descubierta cuando el hijo tuviese ya una edad madura, o si estos he-- chos son descubiertos en su senectud, ¿resultaría - justo que entonces pudiese impugnar su filiación?.

Naturalmente, si el hijo no tenía en -- las relaciones familiares la posesión de estado de

hijo matrimonial, entonces sí juzgamos idóneo que - la acción que le competiese al hijo fuese imprescriptible.

Hemos dado cumplida referencia con anterioridad a un aspecto, que en nuestra opinión constituía un punto conflictivo en el desarrollo de la acción, cual era el momento a partir del cual debía de empezar a transcurrir el plazo.

Resulta interesante en este sentido recordar lo que expuso el Grupo especial de Revisión del Proyecto de Filiación. (10)

"El marido sólo podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad durante un año a -- contar desde la fecha de la inscripción en el Registro civil. En caso de fraude, el plazo empezará a contarse desde su descubrimiento.

La paternidad podrá ser impugnada por - el hijo o sus herederos, o por la madre, cuando falte la posesión de estado de filiación matrimonial. El ejercicio de esta acción, en interés del hijo -- que sea menor o incapacitado, corresponde al Ministerio Fiscal".

Somos de la opinión, que por lo que respecta al transcurso del plazo, esta fórmula del Grupo de Revisión es mucho más acertada que la redacción de lege data impera en nuestro actual art. 136 C.c.

"Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento".

Nuestro parecer se motiva en el siguiente razonamiento: el marido puede conocer el nacimiento, pero ignorar el fraude. Creemos que la versión revisada del Proyecto debió de influír posteriormente en la redacción del art. C.c. del Dictamen de Comisión de Enmiendas (Congreso) y en el de la aprobación por el Congreso. (11)

"El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad por causa distinta a - vicio del consentimiento hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras - el marido ignore el nacimiento".

Volviendo a la redacción del Grupo especial de Revisión, nos parece oportuno el párrafo *in fine* que contempla el presumible fraude.

Reparemos en el supuesto descrito precedentemente de que el marido se encontrase ausente; el hecho objetivo de la inscripción y su conocimiento por el marido, no obstará sin embargo a que sí - existió un ánimo fraudulento, el plazo empezará a - computarse desde su veraz descubrimiento, es decir, en el momento del regreso del marido.

Ello es evidente, pues al existir un vicio del consentimiento no puede considerarse justo que empiece a transcurrir el plazo desde su inscripción, tal circustancia provocaría a nuestro juicio indefensión en el marido desconocedor de tal evento.

Ahora bien, si nos quejamos que el actual art. 136 C.c. no recoja una redacción como la expresada por el Grupo de Revisión, o el Dictamen de Comisión y Enmiendas, y el de la Aprobación por el Congreso; sin embargo, el párrafo II del citado Proyecto del Grupo de Revisión es a nuestro juicio claramente inconstitucional al negar a la madre legitimación activa para impugnar por derecho propio el - falso status del hijo.

De suerte que el citado párrafo concedía la acción a la madre cuando no existiese posesión de estado de filiación matrimonial.

No podemos estar de acuerdo en tan injusta discriminación; supongamos que el hijo inscrito como matrimonial y que vive en las relaciones familiares detentando este status, en realidad su filiación biológica correspondiente es no matrimonial. Si el marido aun sabiendo el origen extramatrimonial del hijo omite por la razón que sea la impugnación

de su paternidad. La consecuencia será que como el hijo tiene posesión de estado matrimonial desde un punto de vista formal (inscripción en el Registro), y desde un punto de vista fáctico (relaciones familiares), ¿la madre no tendría legitimación activa - para impugnar el falso status de filiación del hijo?

Por lo que respecta al hijo, sólo estaba legitimado cuando no tuviese la posesión de estado de hijo matrimonial disponiendo de toda su vida para impugnar la apócrifa verdad legal que regía formalmente su filiación. De forma que la versión del Grupo especial de Revisión que criticamos severamente en este aspecto, parece desprestigiar el estado del hijo cuando viniese ostentando posesión de estado matrimonial y quisiera regularizar y descubrir - su auténtica filiación.

A sensu contrario, se beneficia por el legislador al hijo que no esté disfrutando de la posesión de estado de filiación matrimonial con una - acción imprescriptible para impugnar su status que no es el que biológicamente le corresponde.

En los sucesivos proyectos, se perfecciona ya la redacción definitiva de los actuales art. 136 y 137 C.c. (12)

A continuación vamos a remitirnos a la enmienda nº 119 propuesta en el Senado. (13)

La enmienda concede, y ésta es la novedad más importante, legitimación en interés propio a la madre juntamente con el hijo, y se la denegaba al Ministerio Fiscal.

Recabaremos nuestra atención, en el -- párrafo segundo del citado artículo enmendante que concedía sin ningún tipo de cortapisas acción para impugnar la falsa paternidad a la madre en su propio nombre y no en interés del hijo.

Si lo comparamos con lo que hoy es lege data, deducimos que se ha hecho caso omiso de este párrafo, de suerte que el actual art. 137 p. II es claramente inconstitucional pues concede la acción a la madre sólo en el hipotético caso que ésta de-- tentase la patria potestad.

Como hemos dicho, vamos a detenernos en el cotejo o comparación de lo que a nuestro juicio constituye una discriminación inconstitucional cual es el precitado párrafo parangonándolo con la libertad legitimatoria que en sentido contrario se le -- concede al marido.

En primer lugar, analizaremos la alusión a la patria potestad, creemos que ésta entraña una falsa visión de la realidad, ¿por qué?; pensemos si no en el supuesto de que los cónyuges viviesen separados, según el párrafo in fine del art. 156, la patria potestad va unida en su ejercicio al concepto de convivencia. (14)

"Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo el juez a solicitud fundada del otro progenitor podrá en interés del hijo atribuír al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuír entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

Por lo cual, deducimos que cuando los cónyuges vivan separados legalmente, si en el Convenio Regulador que ha de adjuntarse a la demanda de separación ha quedado determinado siguiendo el tenor literal del art. 156 p. II (atribución total a uno de los cónyuges de la patria potestad), que será la madre quien detente la misma, si el juez ha aprobado este acuerdo del convenio conyugal, la mujer de forma lícita podrá impugnar la paternidad matrimonial al ostentar la patria potestad.

A nuestro parecer creemos que este ejercicio sobre la patria potestad de los hijos cuando

los cónyuges estén separados, no resultará un acuerdo fácil, de suerte que la anuencia sobre el ejercicio de sus funciones totales o parciales, siempre - tendrá como árbitro contemporizador al juez.

De suerte que cuando recurramos a éste, sus argumentaciones eclécticas pueden sustancialmente en el fondo arropar una concepción organicista y autoritaria de la familia; de manera que el ejercicio dual de la jefatura familiar por ambos cónyu-- ges, se traduciría en la práctica en una pura entelequia.

No pretendemos moralizar lo más mínimo sobre una cuestión, cual es la institución de la -- mal llamada patria potestad, (debiera de haberse suprimido el término "patria" y quedar exclusivamente potestad de los padres).

Nuestra preocupación, es que al haber - dispuesto el legislador la posibilidad de que pueda impugnar la paternidad matrimonial la madre cuando ella detente la patria potestad, es cercenarla y limitar su campo de actuación al depender la mayoría de los supuestos la concesión de dicha potestad -- "del criterio judicial".

A continuación nos remitiremos a una - sentencia de la Corte Constitucional italiana, que venía a exclusivizar el monopolio de las funciones de la patria potestad al marido. (15)

Trasladado el razonamiento de la sentencia aludida al supuesto que estamos analizando, supondría que quizá el juez en aras de la unidad e integridad familiar denegase la atribución total de - la patria potestad a la mujer, considerando más su propia concepción ético moral en base a una configuración autoritaria del vínculo matrimonial, desnaturalizando por ende el espíritu de la norma en aplicación, (art. 156 por ej.,).

No podemos politizar jurídicamente estos supuestos, pero asimismo, no debemos olvidar que toda concepción ética entraña en el fondo un factor - ideologizante.

Con ello queremos decir, que la pretendida igualdad de los cónyuges puede chocar de facto con un doble orden de problemas.

Aparte del mencionado factor ideologi-- zante del organismo judicial, con un factor sociológico que ataña a la propia interpretación del principio constitucional de la igualdad.

Creemos que el mandato legal ha de encontrar su -- fundamento en la recepción de su mensaje por el colectivo social; lo cual aplicado al principio constitucional de la igualdad, podría suponer que el entendimiento real de aquélla se minusvaloraría por - los propios miembros de la Comunidad que harían de ella un uso interesado y partidista.

En este sentido, conviene traer a colación la opinión de MAGNANI NOJA sobre la ideologiza del juez, opinión dicho sea de paso que subscribimos totalmente. (16)

Sección 3ª

LA EXTENSION
DE LA LEGITIMACION ACTIVA A LA MADRE

Para una mayor intelección del problema planteamos el siguiente supuesto. Es obvio que el art. 137 C.c. que otorga la impugnación de la paternidad a la madre cuando ésta detente la patria potestad y el hijo sea menor o incapacitado, está pensando en una convivencia conyugal normal; sin embargo, si resulta que los cónyuges vivían separados y la madre ejercía la patria potestad, le bastaría al marido para impedir que la madre instase la acción de impugnación, solicitar del juez que revoque el acuerdo sobre el cuidado de los hijos adoptado en el convenio regulador, y que consecuentemente en aras del interés del hijo se deniegue el ejercicio de la patria potestad a la madre o se distribuyan las funciones a uno y a otro.

La conclusión parece evidente, siempre parece quedar supeditado el ejercicio procesal impugnatorio de la madre al supuesto expectante de que causalmente ostente la patria potestad. Luego a sensu contrario ¿si pierde el ejercicio de la patria potestad por las causas vistas, perderá también la legitimación para impugnar la paternidad?, ¿acaso el marido le ha supeditado el legislador su legitimación activa en la impugnación, a la conditio sine qua non de que ejercitase la patria potestad?, ¿por el contrario a pesar de ser privado de ella podría aún ejercitar su derecho?.

Es procedente que transcribamos a continuación una enmienda presentada en el Senado que argumenta lo siguiente. (17)

"La mala conducta de la madre no debe de ser óbice ni siquiera en ese caso para que se despoje al marido de su falsa paternidad, lo que no quiere decir que por eso la madre recupere la patria potestad de que fue privada".

¿Qué ocurrirá en la práctica?; pues todo lo contrario, y ello porque la redacción del párrafo II del art. 137 es suficientemente ilustrativo y su contenido taxativo y explícito.

La acción la ejercita la madre, no por sí misma sino en interés del hijo. Lo cual nos conduce a la injusta conclusión, de que si ha sido privada de la patria potestad porque por ej., la sentencia de separación le hubiese sido desfavorable en ese aspecto, o por grave incumplimiento de los deberes que la patria potestad entraña. La conclusión sería la imposibilidad de tener legitimación activa en la impugnación de la paternidad matrimonial.

Pero a sensu contrario, si resulta que el marido es quien fuese privado de la patria potestad por las mismas causas, sin embargo él podrá aún impugnar su paternidad. Como éste (el marido) obra en interés propio y no del hijo, parece deducirse que poco le ha importado al legislador que ejercite o no las funciones inherentes a la patria potestad.

Llegamos pues a la conclusión ineluctable de que el art. 137 es claramente inconstitucional, basta remitirse al art. 32-1º de la Constitución (18). "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en régimen de plena igualdad jurídica". Y si ello lo ponemos en concomitancia con el art. 66 C.c. (19). "El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes";

no podemos por menos que opinar que la igualdad -- constituyente es contradicha en el seno de la ley - ordinaria que desarrolla dicho principio.

Este mismo punto que nosotros hemos tildado de discriminatorio e inconstitucional, ha sido esbozado por las principales reformas del Derecho - de filiación en la legislación comparada.

No comprendemos cómo nuestro legislador ha adoptado una fórmula que allende nuestras fronteras no ha encontrado justificaciones suficientes. - En este sentido sirva de exponente, la reforma italiana, de la cual recogemos a continuación la opi-- nión del diputado GIUDI. (20)

"A nuestro modo de ver el hecho de no - atribuir a la madre la titularidad de la acción para la impugnación de la paternidad, basándose sobre el presupuesto de que ésto podría dar lugar a fraude de naturaleza no especificada (lo que a decir -- verdad no logra uno fácilmente imaginar) comporta - la introducción de un grave elemento de discriminación".

Un claro ejemplo de la inconstitucionalidad del tratamiento, viene asimismo reflejado en el art. 244 C.c. italiano, en este sentido conviene recoger la opinión del Consejo Superior de la Magistratura. (21)

"La diversa disciplina del transcurso - del término en relación al marido, a la madre y al hijo, ha sido considerada por algunos una violación a la igualdad de tratamiento en dos sentencias del Tribunal de Roma 18 de Abril y 21 de Octubre de 1977, habiendo recurrido la cuestión a propósito de la legitimidad constitucional con referencia al art. 3 de la Constitución". (22)

Pues bien, si para la jurisprudencia -- italiana, la discriminación en cuanto a los distintos plazos que concede el art. 244 C.c. (6 meses para la mujer, 1 año para el padre y el hijo) es motivo de inconstitucionalidad. ¿Qué decir del articulado 136 y 137 de nuestra ley, que sólo conceda un plazo de 1 año a la mujer que ejercite la acción -- cuando detente la patria potestad, puesto que sino es de este modo, mutatis mutandis no estará legitimada para incoar la acción?.

A nuestro juicio, este trato desigual - y discriminatorio del hombre y de la mujer, debiera verse traducido del lege ferenda en una aplicación herméutica del art. 9-2º de la Constitución. (23)

"Corresponde a los poderes públicos -- promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Queremos decir, que los obstáculos que los poderes públicos deberán remover en la desigualación producida en los derechos de los cónyuges en la filiación matrimonial; serán aquéllos que imposibiliten que la legitimación para actuar resulte homologable en igualdad de condiciones para ambos consortes, cuando como en el caso de impugnación de la paternidad se trate.

Por ello no entendemos, cómo siendo la filiación teleológica del precepto de impugnación - no exclusivamente la paternidad sino en última instancia la filiación matrimonial; sin embargo la -- aplicación del principio de igualdad conyugal no se desarrolla en la práctica en un ejercicio procesal homónimo para ambos, sino que se les desiguala en - la legitimación iure proprio para incoar la acción constitutiva de impugnación de la paternidad.

No cabe duda, que hay que ponerlo en relación con la concepción del matrimonio como una relación jurídica que lleva consigo en esencia un haz de derechos y obligaciones.

En este sentido DIEZ PICAZO - GUILLON - BALLESTEROS. (24)

"El vínculo que del acto de celebración deriva reviste todos los caracteres de una relación jurídica, pues entraña un conjunto de derechos y de obligaciones que a las partes se atribuyen; derechos que pueden ejercitar y obligaciones que tienen que cumplir pertenece al núcleo de las relaciones jurídico familiares y presenta dentro de ellas unas características especiales".

Pues bien, si ello ha de ser ejercitado dentro de la máxima constitucional de la igualdad - jurídica plena que nace por el hecho de contraer matrimonio; esta igualdad resulta corolario de otra - norma programática cual es la no discriminación. -- "Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social". (25)

Naturalmente que aparte de la no dife-- renciación por razón de sexo, dentro de cualquier - otra condición o circunstancia personal o social incluímos con toda evidencia la institución jurídico social del matrimonio. En consecuencia, dentro de ella no debe de prevalecer ningún tipo de discriminación, de suerte que una diferenciación odiosa sería el limitar de forma monopolística el ejercicio de la impugnación vía ex marito y no también a ma-- tre en la filiación matrimonial.

En conclusión, que como hemos afirmado precedentemente, la tipificación del actual art. -- 137 C.c. que concede la legitimación activa a la madre si ésta ostentase la patria potestad; a nuestro parecer es inconstitucional y deberá aplicarse en - su remodelación obligada el precitado art. 9-2º de la Constitución "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas".

De manera que, deberá concederse legitimación activa a la mujer en las mismas condiciones que al otro cónyuge (presunto padre).

Por ello estamos de acuerdo con DE OLIVEIRA cuando dice que en la sociedad conyugal la -- igualdad constitucional de derechos y deberes de cada uno de los cónyuges es totalmente paritaria y homónima. (26)

Muestra fehaciente de la destrucción de esta absurda discriminación en orden al derecho a - impugnar la paternidad, es el actual art. 1839 C.c. portugués. (27)

"La paternidad del hijo puede ser impugnada por el marido de la madre, por ésta, por el hijo o en los términos del art. 1841 por el Ministerio Público".

De lo cual deducimos, que el legislador portuguás a diferencia del nuestro no distingue si en las relacions familiares existe o no posesión - de estado de hijo matrimonial, sino que para ambos supuestos concede la impugnación a los mismos legitimados. Tampoco, distanciándose de nuestro legislador acertadamente concede la acción a la madre bajo la condición de que ostentanse la patria potestad, sino que por el contrario, posibilita tal ejercicio vis a vis en igualdad de oportunidades a cada uno de los cónyuges, y ello porque es más fiel al - mandato constitucional de la igualdad de aquéllos - que nuestro legislador.

Pero esta ampliación de la legitimación a la mujer, no es solamente obligado corolario de - los derechos conyugales que dimanan del matrimonio, sino que tan importante como esta relación interindividual entre los consortes resulta por ende la filiación, efecto obligado del matrimonio que constituye a su vez la causa generadora de aquélla.

Cuando se dice por tanto que se rompe - el poder monopolístico de la omnímoda jefatura patriarcal del marido, quiere hacerse referencia a la

equiparación de derechos entre los cónyuges, de suerte que por ej., en la impugnación de la paternidad matrimonial se tendría que conceder también legitimación activa a la mujer sin condicionarla al ejercicio por ella de la patria potestad.

La realidad es que el legislador no lo ha visto así limitando esta legitimación en la esposa, lo cual puede posibilitar que el marido amparándose en la presunción de paternidad matrimonial, desistiese con ánimo doloso de la intención de plantear la impugnación del hijo concebido por su esposa, y al no poder ésta incoar la acción impugnatoria per se, sino ostentase la patria potestad, la consecuencia es que no puede ejercitar este derecho procesal por derecho propio, lo cual es a todas luces inconstitucional.

En este sentido, conviene que traigamos a colación un Decreto del Ministerio de Justicia portugués. (28)

"Se termina de esta forma el condicionalismo estricto a que estaba sujeto la impugnación de la paternidad en acatamiento una vez más de la preocupación de asentar el vínculo de filiación a la verdad biológica".

Parece pues, que nuestro legislador ha incurrido en el craso error al considerar que la filiación matrimonial es competencia monopolística -- del marido, unilaterizando sus consecuencias a las relaciones paternofiliales y no maternales; cuando la realidad evidente es que ambos son los elementos básicos en la relación de filiación, sea ésta matrimonial o extramatrimonial, diferenciándose una de - otra, por el hecho de si la concepción ha sido ex - marito y constante matrimonio.

Por todo ello, juzgamos acertada la opinión de DE OLIVEIRA cuando justifica los mismos derechos conyugales en la igualdad constitucional de ambos consortes. (29)

Incluso desde un punto de vista terminológico hubiese sido preferible a nuestro modo de -- ver, que se hubiese omitido la expresión de "patria potestad" del art. 137 pues coloca a la madre en -- una clara situación de indefensión frente a su marido, cuando aquélla debiera tener los mismos derechos y deberes que su esposo.

Por ello, aceptamos plenamente la crítica enmendante que se le efectuó a dicho artículo, y nos lamentamos que no haya sido aceptada tal enmienda, pues esta pleonástica igualdad constitucional -

queda de facto rotunda y totalmente soslayada.

Como bien se adujo por el portavoz de - la enmienda nº 119 en el Senado, Francisco VILLODRES GARCIA. (30)

"No parece que esta igualdad se respete, y la decisión de impugnar la condición de un hijo - matrimonial presuntivamente común, adoptada por el marido sin restricción alguna y solamente por la mujer bajo ciertas condiciones, siendo así que ella - aunque no siempre, por supuesto, es la que mejor -- puede saber quien es el verdadero padre de su hijo".

Nos parece un criterio de justicia formal esta legitimación a matre, pues de esta forma - evitamos móviles de extorsión y de chantaje del marido en su exclusividad en el ejercicio de la acción. En este mismo extremos, se manifiesta DELITALA Claudio. (31)

Parece que nuestro legislador, al impedir el ejercicio de la acción en interés propio a - la madre, le ha impulsado una aptitud antirreformista y de desprecio por aquello que tan demagógica y programáticamente proclama, cual es, la verdad biológica real, el interés real del hijo, o la igual-- dad de los cónyuges en derechos y obligaciones.

Lo que ha conseguido con esta filosofía tan restrictiva, es reforzar el vínculo de la paternidad legal em detrimento de la paternidad real.

Nosotros consideramos, que el interés real del hijo no será el verse formalmente investido de una apócrifa paternidad matrimonial, pues es de suponer que su padre legal si no ha impugnado su paternidad no será por móviles altruistas, sino la mayoría de las veces pretenda con ello extorsionar o chantajear a la madre, resultando dañado el hijo en su status.

Es interesante que aportemos la sugestiva opinión de los autores FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO. (32)

"El problema de fondo será siempre ---aquél de ver si entre los cónyuges continúa o no el acuerdo, si existe tal acuerdo el trauma constituído por la infidelidad de la mujer puede incluso ser superado y la unidad de la familia reconstituída. - Si el acuerdo falta y el adulterio no ha sido un hecho ocasional, sino consecuencia de un mal profundo que desemboca en la separación primero y en el divorcio después, no será esta impugnación querida sólo por la madre, quien sufrirá particulares consecuencias dañosas, sino que la impugnación impedirá ulteriores daños de carácter psicológico con respecto al hijo".

En nuestra opinión, con todo ello parece que se ha querido soterrar la presunta infidelidad de la mujer reprobando su conducta extraconyugal, con la prohibición que ejercite en interés personal la impugnación de la ficticia paternidad que detenta su hijo.

Pero no sólo ésto, sino que la redacción del art. 137 en la cual se habilita a la madre en interés del hijo a ejercer la acción cuando ella tenga la patria potestad, es una pura entelequia, y mucho nos tememos que serán pocos los supuestos en los cuales la mujer se vea arrogada de tales facultades.

Así por ejemplo, si los cónyuges están separados legalmente y el marido no desea impugnar la paternidad, difícil será que se avengan los cónyuges para que en el Convenio Regulador el marido no plantee serios inconvenientes en el ejercicio conjunto de la patria potestad con su mujer, siendo en última instancia el juez quien decidirá examinados los hechos ej. (concubinato more uxorio si por ej. los desacuerdos fueran reiterados) lo más procedente.

Llegamos a la conclusión, que nuestros redactores de la ley de filiación han sopesado la

dicotomía entre la concepción ética matrimonial de los cónyuges y la igualdad jurídica de éstos; inclinando la balanza hacia aspectos moralistas, sancionando el adulterio de la mujer con la imposibilidad de conceder la legitimación de la paternidad matrimonial que falsamente disfruta el hijo.

Parece como si nuestro legislador, hubiere tenido muy presente las palabras del senador italiano ARENA cuando se presentó la ley de filiación el 19-II-1.975 en el Senado de la República italiana. (33) De modo que este senador se mostraba partidario acérrimo de la no extensión de la legitimación a la madre. En su opinión, semejante concesión atentaba violentamente al deber conyugal de fidelidad que derivaba del matrimonio; concluyendo por tanto que a su juicio los únicos interesados en el ejercicio de la acción eran el padre o el hijo exclusivamente.

Es nuestro parecer que, con semejante actitud se hace un flaco servicio a la igualdad conyugal, discriminando de forma injusta su derecho impugnatorio.

En nuestra opinión, en la reforma de filiación española se han extrapolado las competencias jurídicas al permitir que las de orden moral o ---

ético decidan la conveniencia de un desigüal tratamiento de los derechos de los cónyuges, de manera - que en el planteamiento de las acciones constitutivas de estado (como es la acción de impugnación) la legitimación ad hoc es discriminatoria para cada consorte.

No encontramos a nuestro modo de ver -- justificada la omisión de la legitimación iure proprio a la mujer, parece que el legislador ha estado más atento a penalizar un adulterio o una infidelidad conyugal, que en reparar el injusto agravio u - oprobio que se le podía inferir con ello al hijo.

Remitiéndonos de nuevo a la reforma italiana, el senador FILETTI era fiel partidario de la desigualdad legitimatoria en contra de la madre --- (34). Era de la opinión: que la extensión de la legitimación en la impugnación de la paternidad del - hijo concebido constante matrimonio a la madre, suponía una exagerada aplicación y una interpretación errónea del principio de igualdad vis a vis entre - el hombre y la mujer. De forma que es poco menos - que ofensivo que la mujer autoreconozca su propio - adulterio públicamente, con el fin de negar al hijo la paternidad legal del marido.

La conclusión es que nuestro legislador ha hecho un flaco favor a la verdad biológica y -- real de la filiación, beneficiando una hipócrita -- verdad legal tal como está redactado el art. 137, - puesto que soslaya la posibilidad de que se le permitiese a la madre per se impugnar una falsa paternidad restableciendo la filiación real o lo que es lo mismo, la verdad biológica.

Conviene traer a colación también al -- respecto, lo expresado por el legislador galo, se-- gún el cual, la madre resulta legitimada activamente pero se condiciona a que una vez divorciada de - su marido, ella se despose con el verdadero progenitor del hijo y ambos impugnen la ficticia paternidad matrimonial que el hijo ostenta.

En este sentido el Código civil francés dice (35) "incluso en ausencia de impugnación, la - madre podrá impugnar la paternidad del marido, pero sólo con el fin de la legitimación, cuando ella después de la disolución del matrimonio, se haya vuelto a casar con el verdadero (progenitor) padre del hijo".

La discusión parlamentaria tendió a suprimir este texto del articulado, la razón era que la madre podía manifestar con ello su propio ---

adulterio u obrar por motivos deshonrosos en inte-- rés propio y no del hijo. Los debates en el Senado coincidían en que esta acción era peligrosa pues po día suceder que el hijo fuese realmente del primer marido, y la madre estuviese guiada por móviles insanos. (36)

Nuestro legislador, no ha condicionado por el contrario, el derecho a la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la madre (esposa del padre legal) a que aquélla se desposase en - segundas nupcias con el verdadero progenitor de su hijo. Sino que ha circunscrito su ejercicio a las siguientes condiciones:

1º) Que el hijo sea menor o incapaz y - ella detente la patria potestad.

2º) Es nuestro parecer, que tal como están redactados los preceptos impugnatorios (136 y - 137 C.c.) el hijo ha de tener en las relaciones familiares dicha posesión constante e ininterrumpida de hijo matrimonial, de suerte que si aún inscrito como matrimonial sin embargo no tuviese en las relaciones familiares la aludida posesión, la madre no tendría dicha legitimación para impugnar.

Aunque el párrafo in fine del art. 137 C.c. habla de la posibilidad discrecional del ejercicio de la acción por el hijo, ¿significa ello que no sería de aplicación homologable el párrafo segundo del mismo artículo que legitima a la madre precisamente cuando en las relaciones familiares exista dicha posesión de estado?.

Nuestra opinión es que al no manifestarse en términos imperativos el párrafo final del art. 137, el empleo del término potestativo "podrá el hijo". pretende asimismo significar que la madre podría impugnar el falso status de hijo matrimonial.

Supongamos que el hijo habiéndosele inscrito como matrimonial en el Registro; sin embargo, de facto no tiene en la relación familiar dicha posesión de estado, pues los cónyuges se separaron, y el hijo vive con su madre y el progenitor real detentando la posesión de estado de hijo extramatrimonial.

A nuestro juicio, cotejando este supuesto párrafo segundo del art. 137, la madre creemos que podría impugnar dicha paternidad al año siguiente de la inscripción, siempre y cuando ejerciese ella la patria potestad a pesar de no existir en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial.

Pensamos que es más justo una interpretación extensiva, puesto que no se puede reclamar una filiación no matrimonial mientras exista una filiación contradictoria como en este supuesto (filiación matrimonial registralmente formalizada). Un reforzamiento legal a lo argumentado por nosotros sería el tenor literal del art. 131-2º C.c. ("Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada").

En suma, las razones que se han esgrimido para encontrar alguna argumentación convincente a la negación de la legitimación activa a la madre, han sido a veces de una sutileza grotesca, resulta interesante en tal sentido remitirse al modelo de la reforma italiana para discrepar de la opinión del subsecretario PENNACCHINI que rechazaba la legitimación a la madre, porque ocultando el embarazo de un hijo legítimo, pudiese ir después en contra de su status matrimonial. Por ello, presentó en este sentido una enmienda particular que no prosperó. (37)

Naturalmente, trasladando esta artificiosa argumentación a la legislación española llegamos a la conclusión que estas dudas no podían tener un fundamento solvente en nuestra reforma desde el momento en que se admiten todo tipo de pruebas, ---

incluídas las biológicas sin distinción; de tal manera bastaría simplemente argüir la prueba de las características genéticas y sanguíneas de los implicados. Siguiendo el tenor literal del C.c. italiano (38) "en tal caso el marido es admitido a probar que el hijo presenta características genéticas o de grupo sanguíneas incompatibles con aquéllas del presunto padre".

En el amplio casuismo del legislador hispano, al admitir indistintamente cualquier peritaje biológico (art. 127), podrá aportarse al proceso cualquier prueba de sistemas genéticos, prueba tisular, o heredobiológica, las cuales permitirán confirmar sin lugar a dudas un concubinato more uxorio o un adulterio idóneo.

Interesante y de valiosa aportación son los últimos proyectos de regulación de Filiación del Derecho belga, que concede la legitimación activa a la madre en clara contraposición con otras legislaciones como la suiza que claramente prescinde de la consideración legitimatoria a la madre.

De suerte que, por ej. los aludidos proyectos belgas de reforma de la filiación se manifiestan del siguiente tenor. (40)

"La paternidad puede ser impugnada por el marido, por la madre y por el hijo. La demanda del marido o de la madre debe de ser introducida -- dentro de los cinco años a contar del nacimiento".

"La acción en impugnación de paternidad puede ser intentada por el marido, la madre o el hijo".

Naturalmente, en nuestra opinión, lo -- único que reprobaríamos sería el alargamiento desmesurado del plazo de ejercicio de la acción, cinco - años nos parece que va en detrimento de la posesión de estado del hijo, cuando amparado en la presun--- ción de la paternidad matrimonial, vería condicionado su status a una extemporánea e intempestiva acción incluso fuera de plazo.

Refuerza esta argumentación el primer - Proyecto belga citado que en su art. 319 decía "si la demanda es introducida después de estos plazos - el Tribunal puede sin embargo declararla admisible por justos motivos".

Nuestra opinión al respecto de este parágrafo no es todo lo optimista que desearíamos, -- pues si bien es cierto que ello supone objetivamente la inconcusidad del vínculo, la seguridad, y certeza de la verdad biológica real. No obstante, la justicia de su aplicación, deberá etimamos, ser atemperada

de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, es decir, habrá de valorarse principalmente si el - hijo tiene o no en consideración a sus padres la posesión de estado de hijo matrimonial. De suerte -- que naturalmente el juez a nuestro entender, deberá de rechazar de plano la acción si examinado el su-- puesto de hecho concreto se coligiese del mismo que el hijo vive en la posesión de estado de hijo matrimonial; ahora bien, si *a sensu contrario* no tiene - la posesión de estado de hijo matrimonial, puesto - que por ej., viven sus padres separados legalmente y él convive con su madre, entonces veríamos justo que el Tribunal examinase la viabilidad de la acción y pudiese declararla admisible por justos motivos.

En nuestro sistema, una disposición homóloga a lo aquí expuesto, resultaría el párrafo *in fine* de nuestro art. 137, aunque claro está, con alguna matización.

El inciso aludido, es que para nuestro legislador, los justos motivos que harían admisible la acción, sería casualmente que el hijo se encon-- trase sin posesión de estado de hijo matrimonial, - de manera que entonces la acción podría ser admitida en cualquier tiempo, o por decirlo de otra manera, la acción devendría imprescriptible *per se*.

Pero a diferencia del legislador belga, el nuestro circunscribe el ejercicio de la acción - exclusivamente al hijo o a sus herederos (en el párrafo final del art. 137). Aunque volvemos a insistir, somos de la opinión ya referida con anterioridad de que la madre también en estos supuestos podría al - año siguiente de la inscripción de la filiación si ejercitaba total e integramente la patria potestad incoar asimismo en interés del hijo la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

Una conclusión que deducimos de la redacción literal del art. 137 p. II, es que no se expresa con claridad si es conditio sine qua non la - posesión de estado, o si por el contrario lo trascendental es que ejercite ella la patria potestad - para que pueda instar la acción impugnatoria, aun - a pesar de que en las relaciones familiares no existiese posesión de estado.

A nuestro juicio es este segundo aspecto el que debe de primar, reforzando nuestra argumentación el propio art. 156 manifestándose en el - sentido de que incluso estando separados los cónyuges, cualquiera de ellos por ej., la mujer podría - ejercer totalmente las facultades inherentes a la - patria potestad. Lo cual implica que en la separación no existe lógicamente posesión de estado matrimonial.

Luego si la madre ostenta la patria potestad, cumple el requisito del art. 137 y puede legítimamente impugnar la paternidad matrimonial de su hijo.

La doctrina belga, en concreto la profesora MEULDERS KLEIN es de la opinión que hemos suscrito también nosotros del interés legítimo y personal que tiene la madre en la acción; en cambio otros derechos como el suizo o el alemán la deniegan la legitimación por considerar que aquélla mantiene un interés contradictorio con el propio hijo. (41)

Antes hemos aludido de modo sumario a la legislación francesa, que consagra en el art. 318 C.c. con la legitimación a la madre, el resquebrajamiento monopolístico de la acción de impugnación de paternidad por el marido.

Sin embargo comparándolo con el supuesto español, que como sabemos sólo concede legitimación a la madre en interés del hijo y no en el suyo propio, existe una clara diferencia en orden a la legitimación procesal.

El legislador francés, consagra de lege data la posibilidad de que la mujer divorciada de su marido casándose de nuevo con el progenitor real del hijo impugne junto con su nuevo marido dentro -

de los seis meses de su matrimonio y antes de que - el hijo tenga siete años la impugnación de la paternidad legítima que venía ostentando el hijo; no obstante, éste no ha de tener dicha posesión de estado en consideración al marido divorciado de su madre, puesto que haría inadmisible la acción que incoasen su madre y el progenitor real. En este sentido conviene que nos remitamos al texto articulado francés. (42)

Hemos criticado prolija y con extensión en nuestro Derecho, la omisión de una acción impugnatoria en interés propio en favor de la madre, -- viéndose limitado irremisiblemente su derecho a la impugnación al condicionante de que ejercite este - derecho en interés del hijo no per se, y que ella - ostente la patria potestad de éste.

Sin embargo no podemos por menos que -- puntualizar también una serie de someras reflexio-- nes al supuesto legitimatorio a matre en el Derecho galo, que ahora es objeto detenido de nuestra reflexión.

Nos parece, que el condicionar la acción al matrimonio con el verdadero progenitor y que ambos actúen en litis consorcio en contra del marido o sus herederos, no resulta lo más conveniente.

Podría suceder, que el tercero rechace el matrimonio propuesto por ella, encontrándose la madre del hijo con la situación de que a pesar de - haberse consumido su divorcio no ha podido casarse con el progenitor de su hijo, al cual no le interesa reconocer a éste y mucho menos legitimarlo por subsiguiente matrimonio.

En este sentido conviene recoger alguna enmienda que se adujo al respecto en los debates senatoriales de la reforma de filiación francesa. (43)

"En sentido opuesto tanto en la Asamblea Nacional como en el Senado, fueron propuestas otras enmiendas que tendían a una extensión del texto del art. 318, permitiendo a la madre impugnar la paternidad del marido en las condiciones previstas por - el marido mismo, pero sin obligar al matrimonio en segundas nupcias, por el motivo de que a veces la - madre no desea volver a casarse o no puede hacerlo porque el padre del hijo no quiere o no puede (casarse) estando casado".

Esta enmienda nos remite directamente - a la reciente reforma de filiación luxemburguesa, y en concreto a uno de sus primeros proyectos de ley sobre la filiación, de modo específico a la sesión ordinaria de 1.975-1.976. De suerte que en el texto propuesto por el Gobierno decía (44): "En ausencia de impugnación en el caso del art. 313 la madre

podrá impugnar la paternidad del marido". (45)

A diferencia del sistema galo, no exigía como conditio sine qua non la necesidad de que una vez disuelto su primer matrimonio contrajese nuevas nupcias con el progenitor real. La razón pensamos nosotros, es que criterios de pura sociología estadística manifestaban cómo en muchos casos el padre real no deseaba contraer matrimonio con la madre de su hijo, o que ésta tampoco se encontraba en disposición de casarse con quien veraz y fisiologicamente era el progenitor de su hijo.

Incluso también creemos, que a pesar de no existir ningún obstáculo de este cariz; no obstante, si el interés del hijo aconsejaba por una parte ciertamente impugnar la paternidad matrimonial que el hijo ostentaba, quizá por otra parte imponía la no consecución de un nuevo matrimonio con el verdadero padre, debido a que las condiciones de desarrollo y relación paterno-filial que éste le otorgaría devendrían traumatizantes para el interés del hijo en estas relaciones familiares. La conclusión sería una nueva argumentación en pro de la innecesariedad de condicionar la impugnación por parte de la madre, a que ésta se desposase de forma obligatoria con el progenitor real de su hijo.

Remitiéndonos de nuevo a los proyectos de ley de filiación luxemburguesa, en concreto al - texto propuesto en la sesión ordinaria de 1975-1976, con el progenitor real (46). Dicho Proyecto concedía la acción a la madre cuando el matrimonio de ésta fuese disuelto. Ahora bien, la legitimación ulterior por el nuevo casamiento de aquélla con el -- progenitor real se consideraba ilógico; sobre todo cuando la madre no sólo rehusaba a vivir con el marido (padre legal), sino que tampoco quería casarse con el progenitor de su hijo, prefiriendo educar sola a su hijo. La única condición al ejercicio de - la acción, era que ésta fuese propuesta antes de -- que el niño hubiera alcanzado cinco años (con ello pensamos nosotros que se evitaba beneficiosamente perturbar una consolidada y estabilizada posesión - de estado por el hijo).

La solución que ha prosperado en los sucesivos Proyectos y que hoy es lege data en Luxem-- burgo, es considerar que en estos supuestos al no - haber presunción de paternidad puesto que la condición matrimonial del hijo es más que improbable, el status será el de natural, o según la terminología adoptada por nuestro legislador "extramatrimonial"; de suerte que si la madre se desposase después con el progenitor real, podía legitimar el estado de filiación de su hijo sin que fuese un prius ineludible

la impugnación de la paternidad legítima (matrimo-- nial para nuestro legislador). Según el Consejo de Estado luxemburgués, estos hijos no son, ni han sido legítimos, sino naturales desde un principio. - En cambio, con la sesión ordinaria de 1977-1978 del Proyecto de ley de filiación luxemburguesa se sus-- pende definitivamente la presunción de paternidad - en las hiótesis planteadas. (47)

Ahora bien, ¿qué ocurre en nuestra re-- ciente reforma de filiación?. Nuestro legislador - sin embargo, resulta más benévolo y no condiciona - la acción de la madre a que además ella se haya -- vuelto a casar casualmente con el progenitor real - del hijo.

Si bien es cierto, que nuestra postura ha sido ya expresada en contra de la regulación de lege data ha tipificado nuestro legislador en la reforma de la filiación sobre la legitimación activa a la madre, no por ello vamos a retraernos en no cotejar ambos sistemas, el español y el francés.

Es posible, que la doctrina gala nos argumentase que si bien nuestro legislador no condi-- ciona la acción al casamiento de la madre con el -- progenitor de su hijo, sin embargo, resulta mucho -

más cercenativo el hecho que la madre sólo pudiese obrar cuando ella tuviese la patria potestad, lo -- cual traducido a la práctica supondría que la mayoría de los casos quedaría condicionado su ejercicio al arbitrio y discrecionalidad judicial ...

Por su parte, la contraréplica que le - alegaría nuestro legislador, sería que el sistema - francés, a pesar de no condicionar la acción de la madre a la detentación de la patria potestad, sin - embargo, sí que la condiciona a que cuando se ejercite la acción, el hijo tenga la posesión de estado de hijo común en el nuevo matrimonio de su madre.

Ello lo deducimos de la obligada remi-- sión que efectúa el legislador del art. 318-1º; al 331-1º. (48)

"Cuando la filiación de un hijo natural no ha sido establecida en consideración a su padre y madre o a uno de ellos más que posteriormente a - su matrimonio, la legitimación no puede tener lugar más que en virtud de un juicio. Este juicio debe - de constatar que el hijo ha tenido después de la celebración del matrimonio la posesión de estado de - hijo común".

De todo ello colegimos, que si no existe dicha posesión no podrá impugnarse la paternidad.

Y como bien dice MASSIP (49) si el marido divorciado reivindica la custodia del recién nacido, sucedería que éste al ostentar la posesión de estado de hijo legítimo del primer marido, obstaculizaría que la madre pudiese accionar impugnando la paternidad de su marido.

En nuestra opinión, una posesión de estado que no corresponda con la realidad biológica de la filiación, (como en el caso expuesto por el autor citado con anterioridad) supondría una indefensión y desamparo total, cuando ciertamente el recurso de las pruebas biológicas autentifica una probabilidad de paternidad del presunto padre real del 99% en comparación al bajo índice probabilístico del primer marido de la madre cuya exclusión de la paternidad es más que fehaciente.

A este respecto, nos remitimos a nuestro capítulo en que de forma detallada exponemos los peritajes biológicos y el recurso a los sistemas genéticos y el óptimo convencimiento judicial de los mismos.

En el mismo sentido, conviene que citemos la opinión de la jurisprudencia francesa extractada en una sentencia reciente que avala el peritaje biológico (50).

En concreto, recurriendo al sistema de marcadores - múltiples de inmunogenética, permiten omitir la exclusión de la necesariedad de la posesión de estado en consideración al segundo marido.

Con lo cual se quiere hacer referencia a que por el hecho de que después de la celebración del matrimonio de la madre con el progenitor real, no exista aún posesión de estado constante del hijo en relación a sus progenitores reales, sin embargo, la prueba genética resultará el sucedáneo idóneo para recurrir, sin necesidad de tener que consolidar una posesión de estado de facto que no se corresponde con la realidad biológica.

No obstante, también es cierto que últimamente la jurisprudencia gala, ha adecuado el art. 318 C.c. (de la impugnación por la mujer con su nuevo cónyuge) a la verdad biológica real, considerándose menos el hecho fáctico de la posesión de estado que pudiera ostentar el hijo con el padre legal, supuesto que por otra parte obstaculizaría el ejercicio de la acción por la madre y su cónyuge. Por ello, se ha admitido en la actualidad la impugnación a pesar de que el hijo tuviese la posesión de estado de hijo matrimonial en consideración a su padre legal que no real.

En este punto resulta de imprescindible aportación traer a colación una recientísima sentencia francesa. (51)

No nos convence la fórmula adoptada por el legislador galo, entre otras razones porque omite la legitimación activa al hijo para obrar en impugnación.

Pero es que además, con la fórmula adoptada en el art. 318-1 de conceder la legitimación activa a la madre condicionando su acción a un precedente divorcio con el marido (padre legal) del hijo y un nuevo casamiento con el padre real de aquél; está exponiendo el ejercicio de la acción a un sinfín de contingencias limitadoras. Supongamos sino, que el segundo marido, progenitor fisiológico del hijo, hubiere asimismo fallecido, ¿podría la viuda de éste impugnar junto con los herederos de su segundo cónyuge, la paternidad del primer marido de aquélla?.

Bastará que nos remitamos al párrafo segundo del citado art. 318, "la demanda debe de ser introducida por la madre y su nuevo cónyuge en los seis meses de su matrimonio y antes de que el hijo tenga la edad de siete años".

Del tenor literal del parágrafo citado, colegimos que no tipifica ninguna legitimación activa para el supuesto de muerte del nuevo marido, o - de la mujer; de suerte, que los herederos por ej. - en el caso de fallecimiento del segundo marido de - la mujer no podrán obrar conjuntamente con ésta en litis consorcio activo para demandar la paternidad del primer marido de aquélla.

La jurisprudencia gala se ha manifestado en este sentido, considerando que ninguna disposición figura en favor de los herederos del nuevo - cónyuge, y que la demanda tropezaría con el principio de intransmisibilidad de las acciones de estado. (52)

Por último, nos interesa recalcar que - la titularidad de la acción en el supuesto de la legitimación en el Derecho galo, resulta a nuestro -- juicio un tanto peculiar, pues no parece que hubiese que demandarse al hijo, sino que de modo exclusivo al marido o a sus herederos.

Deducimos nuestra afirmación, del tenor literal de la doctrina francesa. (53)

"En cuanto a los titulares, la acción - debe ser formada por la madre y por su nuevo cónyuge.

Su acuerdo es indispensable, ella es dirigida contra el marido o si ha fallecido contra sus herederos".

Parece desprenderse, que ha de formarse ineluctablemente un litis consorcio activo entre la madre y su nuevo marido, pero no se explica como la acción ha de resultar dirigida al marido sin que tenga que ser demandado el hijo, ¿qué ocurrirá en el supuesto de que el marido hubiese devenido incapaz?; imaginamos que habría de proveérsele de un tutor ad hoc.

En el supuesto de fallecimiento del marido, la acción deberá ser dirigida contra los herederos descendientes de aquél, lo cual piensan algunos autores que puede ello suponer un motivo de retraimiento psicológico en el ejercicio de la acción por la madre. (54)

Sección 4ª

LEGITIMACION ACTIVA CONCEDIDA AL MINISTERIO FISCAL EN LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

A continuación, expresaremos nuestra -- opinión sobre la legitimación concedida al Ministerio Fiscal.

Como hemos visto anteriormente, la enmienda nº 119, al tipificar los legitimados activos en la acción, omitía olímpicamente toda referencia al Ministerio Fiscal.

No nos vamos a detener en elucubrar sobre la oportunidad o no de que en las acciones de estado sea parte dicho Ministerio Público. Nuestra postura en este aspecto, es la de criticar, tanto a los ponentes de la enmienda, como asimismo la redacción que de modo taxativo explicita hoy el art. 137 C.c.

Por lo que respecta a la enmienda que prescindía de otorgar la legitimación a dicho Ministerio Público; se argüían razones tales como la conveniencia familiar, si los padres no impugnaban, -- ¿por qué iba a hacerlo el Ministerio Fiscal?.

Naturalmente tenemos que transcribir al respecto un extracto de la referida enmienda. (55)

"Cuando el marido y la mujer se abstienen de impugnar la presunción de paternidad del primero, no se ve claro por qué ha de inmiscuírse al Ministerio Público en tal delicada cuestión. Su papel en orden a la protección de los intereses del hijo debe de quedar concretado al que le asigna el Proyecto al otorgarle una función de vigilancia en orden al correcto ejercicio de la potestad que corresponde a los padres sobre los hijos menores. Permitirle llegar más lejos, hasta el punto de considerarle legitimación activa para impugnar una filiación que respetan tanto la madre como el presunto padre, es abrir la puerta a la posibilidad de actuaciones subrepticias pues normalmente la actuación del Fiscal sólo es imaginable si alguien de buena o de mala fe le pone al corriente de hechos o circunstancias que autoricen la duda sobre la veracidad de la paternidad marital".

Suele comentarse en el refranero español que "la peor de las mentiras es una verdad a medias", y es lo que nos parece que ha ocurrido con la redacción de esta polémica enmienda.

Resulta evidente y en ello estamos de - acuerdo que cuando los padres que son los interesados primigenios en la acción no impugnan, quizá entre las razones que tuviesen podría pesar en su ánimo el que presumiblemente el interés del hijo pudiera verse denostado ante la constatación de la filiación real, pues ésta iría en detrimento de su formación integral y le perjudicaría afectiva o psicológicamente (ésto sucedería siempre que hipotéticamente las relaciones de familiaridad con su progenitor real fuesen indeseables); de suerte que la verdad - legal en estos casos podría quizá redundar beneficiosamente para él como persona, en supuestos en -- los que su aceptación en las relaciones familiares matrimoniales es un hecho consumado, a pesar de su origen extramatrimonial.

Pues bien, si el hijo ha sido inscrito como matrimonial y detenta esa posesión de estado - de facto, ¿por qué motivo el Ministerio Fiscal podría actuar?.

Examinados así los hechos con objetividad, no habría nada que añadir. Pero claro está, - la idea rectora que ha conducido a la supresión del presunto legitimante público, se ha fundamentado para los redactores de la Enmienda en el razonamiento

nada desdeñable de que pudiera utilizarse al Ministerio Público como correa de transmisión, por la -- cual terceras personas pusieran al corriente a aquél de la autenticidad biológica de la filiación del hijo, seguramente el mismo progenitor que no es el marido de la madre sino un tercero que al no ser parte actora en el proceso de impugnación recurriera - al Ministerio Fiscal para que actuase en su lugar.

Por su parte el criterio que hoy es lege data, es que sólo cuando exista posesión de estado de hijo matrimonial, el Ministerio Fiscal estará autorizado a actuar en interés del hijo, cuando fuese éste menor o incapacitado. Así el art. 137 p. - II "el ejercicio de la acción en interés del hijo - que sea menor o incapacitado, corresponde asimismo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal".

Si falta en las relaciones familiares - la posesión de estado, ¿podrá asimismo el Ministerio Público impugnar al año siguiente a la inscripción de la filiación?. Resulta obligado remitirnos al - párrafo final del citado art. 137 C.c. (56) "si la falta en las relaciones familiares la posesión de - estado de filiación matrimonial, la demanda podrá - ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o -

sus herederos".

Nuestra duda radica en el hecho controvertido de que si no ha sido instada su actuación - al año siguiente a la inscripción, ¿significa ello que le quedará vedada su actuación?, ¿o tenemos que pensar con mejor criterio, que dadas las circunstancias (no posesión de estado) el Ministerio Fiscal - no está en disposición de conocer dicha inscripción, y por tanto podría impugnar a instancia de parte interesada (progenitor real) la acción hasta que el - hijo llegara a la mayoría de edad?.

Tenemos que remitirnos inexcusablemente al ejemplo expresado por el legislador luso, que ha tipificado la legitimación principal al Ministerio Fiscal, pudiendo éste proponer la acción a instancia directa del progenitor real.

En este sentido el legislador portugués, (57) "la acción de impugnación puede ser propuesta por el Ministerio Público a requerimiento de quien se declare padre del hijo, si fuera reconocida por el Tribunal la viabilidad de lo solicitado".

No podemos dejar de exponer el siguiente comentario de imprescindible práctica.

Esta legitimación activa principal, encontrará detractores en aquellos que juzguen que lo que de forma reticente implica esta legitimación pública, es que se dispone de modo arbitrario de una acción que por su esencia es personalísima, siendo en último extremo el Ministerio Fiscal quien ponderaría la conveniencia o no de su ejercicio, cuando su juicio decisivo debía corresponder al padre real, siendo a él quien le competería en buena lid la --- suerte del estado civil de su hijo ...

Sin embargo, otra crítica a la cual nos adherimos nosotros, destacaría el acento de la admisibilidad de la acción, en la permeabilidad previa del examen intencional de quien dice ser el progenitor real del hijo analizado con rigurosidad por el ente público.

De manera que lo primero que en nuestra opinión debería requerir el Ministerio Fiscal a quien dice ser el padre real, sería entre otras valiosas aportaciones, el examen genético y la prueba tisular de los implicados (a ser posible), para cerciorarse con un juicio cabalístico razonable del primer requisito sine qua non, cual es la adveración - comprobada de que realmente el sujeto que dice ser el padre, es fundada y biológicamente el progenitor como muy probable.

Las demás aportaciones resultarían valoraciones mucho más discrecionales, donde radica crítica y acerbamente en buena medida su polémica, - cual es juzgar intenciones, valorar actitudes, conveniencias, deseos de paternidad por parte del presumible progenitor.

Por ello juzgamos oportuno, remitirnos de nuevo a la doctrina portuguesa, en concreto DE - OLIVEIRA, opina sobre esta cuestión afirmando que - es necesario no permitir al progenitor real obrar per se sino ad alius, es decir a través del Ministerio Fiscal, para refrenar un tanto las motivaciones poco ortodoxas de su voluntad (58). De manera que a su juicio, un derecho ejercido autónomamente por el progenitor real de modo precipitado o con mala - fe, causaría perjuicios irreparables a los miembros de la familia conyugal.

De todas formas, habrá que examinar cada caso en concreto y valorar el perjuicio ocasionado tanto a la familia por naturaleza como a la legal. Naturalmente la mutación de status siempre supondrá el detrimento de una filiación para beneficiarse en los favores de otra.

Otro peligro que observamos nosotros, - es aquél de juzgar la conveniencia o no de la acción

en manos del Ministerio Fiscal, de modo que pensa-- mos que en su discreción, o en su ratio decidendi - podría verse influenciada con problemas de ideologi zación, de manera que si aquél (ente público) consi derase como prius ineludible la unidad de la fami-- lia o el fortalecimiento del vínculo, quizá estima- ría que el intento de promover la acción por el pro genitor real supondría la mayoría de las veces una actitud negligente y temeraria por su parte.

Así en este sentido conviene recoger la opinión de FERNANDES RODRIGUES BASTOS, que critica la concesión de la acción a una tercera persona, -- pues implicaría ello ir en detrimento de la paz y - honor de la familia. (59)

"Se entrega la iniciativa de la impugna ción a un extraño a quien se permite invocar su pa- ternidad en relación al hijo de mujer casada. Es -- cierto que se condiciona la proposición de la acción, su viabilidad a ser previamente reconocida por el - Tribunal. Así mismo, nos imaginamos que esta innova ción puede ser gravemente lesiva para la paz y ho-- nor familiar, sabido como es que la prueba testimo- nial se presta a todo orden de atropellos a la ver- dad".

Del mismo modo, también el Proyecto de filiación belga omite toda referencia explícita a - la legitimación al Ministerio Fiscal para que pudie se obrar en impugnación. (60)

Recordamos una sentencia lusitana que - concedía la acción al Ministerio Público, sin que - el padre real tuviese que presentarle a aquél nin-- gún principio de prueba suficiente de los hechos en que se fundase su petición. En la citada resolución se interpretaba la anterior versión de este artículo (entonces art. 1820 en la D.L. 47344 del 25-II-66) concluía: "El artículo 1820 del C.c. consiente la - acción de impugnación por el Ministerio Público, -- a requerimiento del presunto padre, sin exigir ex-- presamente cualquiera otros presupuestos". (61)

Nosotros pensamos, que ante todo el Ministerio Fiscal deberá de tener muy presente si -- existe o no existe en las relaciones familiares posesión de estado de hijo matrimonial.

Si en el supuesto hipotético, el hijo - detentase dicha posesión, el Ministerio Fiscal debería de ponderar cual es en atención al interés real del hijo lo más procedente.

De manera que tendría que escrutar con detenimiento, la táctica renunciabilidad del padre legal a incoar la acción de impugnación, si en la - familia existen o no hijos matrimoniales, y el mismo modo cuál es la situación personal y patrimonial del presunto padre real.

De todas formas (criticando lo expresado por nuestro legislador) opinamos que, hubiese sido conveniente que el Ministerio Fiscal pudiese -- obrar a instancia del progenitor real no con una -- acción que caducaría al año siguiente de la inscripción de la filiación en el Registro civil del hijo menor o incapaz, sino que durase hasta que éste fuese mayor o recobrase la capacidad; de suerte que si en ese período el hijo sufriese las consecuencias - de su origen extramatrimonial en un trato y forma-- ción educacional nada aleccionador, no tuviese que esperar años hasta llegar a la mayoría de edad o recobrase la capacidad para que se impugnase aquella filiación, sino que el progenitor real pusiese inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal -- las consecuencias negativas que para el hijo ocasiona el continuar amparado formalmente en una filia-- ción matrimonial que realmente le rechaza, siendo - en estos supuestos casualmente cuando vemos idónea la actuación del Ministerio Fiscal, pero no con una acción que caducase al año de la inscripción de la filiación que tuviese un período de ejercicio más - amplio (hasta llegar a la mayoría de edad o recobrase la capacidad el hijo).

Por ello, no estamos muy de acuerdo con el sistema adoptado de lege data por nuestro legislador en el art. 137 C.c., que juzgamos insuficiente

por las razones expuestas precedentemente. Pero -- asimismo, tampoco juzgamos afortunado el tenor literal expresado por el legislador portugués, de forma que para la acción del Ministerio Público el informe del progenitor real debe hacerse en un período - de tiempo preclusivo. (62)

"El requerimiento debe de ser dirigido por el Tribunal en el plazo de 60 días a contar de la fecha en que la paternidad del marido de la ma-- dre conste en el Registro. El Tribunal procederá - a las diligencias necesarias para averiguar la viabilidad de la acción, después de oir siempre que -- fuera posible a la madre y al marido".

Nuestra objeción radica en lo siguiente:

Puede suceder que el plazo de los 60 -- días, no resulte suficiente para que el Tribunal se haga una composición de los hechos con una base fundada, y al final ello pudiese redundar en detrimento del interés del hijo.

Supongamos que no se ha aceptado la viabilidad de la acción a requerimiento del progenitor real porque la mujer adúltera ha regresado con su - marido, y éste finge perdonarla y aceptar al hijo.

Si la instancia del progenitor real al Ministerio Fiscal se hubiese visto rechazada, ---

motivándose la negativa a la actuación de éste (Ministerio Público), debido a que en las diligencias previas para averiguar la viabilidad de la acción que se pretendía incoar por el presunto progenitor, se hubiese tenido en cuenta sobre todo por el Ministerio Fiscal el reconocimiento expreso del marido - (padre legal), y la estabilidad de la posesión de - estado del hijo en las relaciones familiares matrimoniales; la conclusión que el ente público llegar a deducir, es que el interés real del hijo se vería mucho más protegido, amparado en la filiación matrimonial, que frente a la inseguridad familiar que le ofrecería su progenitor real.

Ahora bien, también es posible que el - hijo sufriese la desaceptación en la filiación ma-- trimonial que inicialmente le acogió en su seno. -- ¿Sería justo que el hijo sufriese entonces las consecuencias del rechazo del marido de la madre, pa-- dre legal del hijo?.

Imaginemos, que el representante legal del hijo por ej., la madre se abstuviese de impug-- nar (según el art. 1842 C.c. portugués, el hijo tiene acción hasta un año después de haber llegado a - la mayoría de edad o de haber sido emancipado), de suerte que durante este tiempo la acción es ejercitada

por el representante legal, pero si resulta que en el caso concreto la madre se abstuvo de impugnar -- por presiones o extorsiones de su marido, y que al progenitor real le denegó el Ministerio Fiscal su requisitoria de impugnación; la consecuencia sería que éste ya no podría ejercitarla de nuevo, y la impugnación del hijo no podría ser incoada sino hasta que llegase ésta a la mayoría de edad y fuese instada por el mismo. ¿No sería más justo, pensamos nosotros, entender que el Ministerio Fiscal podría actúar a instancia del progenitor real desde que el hijo es menor de edad o incapaz hasta que llegue -- a la mayoría de edad o recobre la capacidad?. Opinamos que sería ésta la solución más idónea, que -- nuestro legislador tampoco ha contemplado en los art. 136 y 137 C.c., concretamente como hemos visto el p. II de este artículo concede un plazo preclusivo a la acción del Ministerio Público (1 año, después de la inscripción de la filiación cuando el hijo es menor o incapacitado), de suerte que estimamos que de haber concedido un plazo más dilatado concreta-- mente, hasta que el hijo llegase a la mayoría de -- edad, se hubiese juzgado con mayor veracidad la viabilidad de la acción y las pretensiones del progenitor real que pone en conocimiento del Ministerio -- Fiscal hechos reveladores de la no matrimonialidad del hijo.

Examinaremos a continuación el supuesto de que no existiese en las relaciones familiares posesión de estado de hijo matrimonial. No vemos ningún inconveniente insalvable para que el progenitor real pudiese obrar directamente sin tener que supeditar el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal que erróneamente podría denegar su admisibilidad. De modo que en tales circunstancias el hijo inscrito como matrimonial, pero que de hecho no vive en dicha posesión de estado sino por el contrario con su padre real, no podrá éste impugnar la paternidad matrimonial que tiene su hijo y tampoco instar la reclamación de la filiación no matrimonial, cuando se contradice la que formalmente figura en el Registro. Así en este sentido, basta remitirnos a nuestro Derecho positivo. (63)

"Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada".

Esto supuesto, llegamos a la conclusión que cuando se reclama la filiación no matrimonial que contradice a la filiación matrimonial que formal y legalmente figura en el Registro civil, consideramos oportuno diferenciar si en las relaciones familiares existe o no posesión de estado, puesto que lo único que debe importarnos es el interés real del hijo.

Explicaremos este razonamiento con la crítica a la argumentación de MOITINHO DE ALMEIDA (64) que ve en la proposición de la acción de impugnación por el - Ministerio Público, un medio de venganza del amante celoso que ha sido abandonado por la mujer que ha - preferido regresar al hogar conyugal arrepentida, - de manera que ello comprometería la integración del hijo en la familia.

A nuestro modo de ver, el vivir el hijo en la posesión de estado de hijo matrimonial, puede ser debido a que el marido de la madre hubiese aceptado como suyo al hijo de ésta, comprometiéndose a integrarle completamente en la familia, de suerte - que una extemporánea y dolosa impugnación de la paternidad por el padre real podría acarrear francamente graves perjuicios; por ello para juzgar la -- idoneidad o no de la acción del tercero, el Ministerio Fiscal deberá examinar todas estas circunstancias; de tal forma que, tendrá que analizar entre - otras consideraciones el grado de integración real del hijo en relación a su padre legal, la aceptación o no de su condición, la intencionalidad del padre real con el pretendido ejercicio de su acción, cuáles son sus móviles, (paternales o económicos), de suerte que exegetizando estos extremos, juzgue --- aquél sobre la admisibilidad o no de la acción que desea incoar el presunto progenitor.

Ahora bien, si en esa misma situación - planteada, el hijo no viviese en las relaciones familiares con la posesión de estado de hijo matrimonial, entonces a nuestro parecer, podría prescindir se enteramente de la actuación del Ministerio Fiscal, de modo que el progenitor real pudiese impugnar la ficticia filiación matrimonial; sin embargo, en nuestra legislación no ha sido ésta su previsión de lege data, así en el párrafo in fine del art. -- 137 excluye esta posibilidad porque si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo, sólo por el hijo o sus herederos.

El problema de la legitimación activa - al Ministerio Fiscal, habrá que enfocarla necesariamente también desde un punto de vista de sociología jurídico política, al observar la interconexión creciente entre la familia y el Estado, y la relevante labor de contemporización que éste puede jugar en - la problemática familiar.

Evidentemente, no podemos por menos que dejar constancia de la heterogénea composición de - intereses que se dilucidan en las relaciones familiares, que no son solamente privadas como a primera vista pudiera pensarse, sino que tienen un componente

transcendente de interés público, pues al Estado - le interesa primordialmente el establecimiento real del vínculo de la filiación.

La posesión de estado, no es más que un fácil corolario de la firme estabilidad de las relaciones familiares. Por ello, juzgamos que el papel creciente del Ministerio Fiscal viviendo de cerca - la polemización de toda la delicada relación de las cuestiones paternofiliales, le convertirán en un -- factor de imperiosa intervención.

Manifestación práctica de estas ideas, es la consolidación de los Tribunales de Familia como sección independiente de los Juzgados de Primera Instancia.

En este sentido, viene a posicionarse - las conclusiones a que se llegó en los trabajos de VIII jornadas de estudios Jurídicos GAVIN (65), que trata sobre la oportunidad o no de ciertas intervenciones en cuanto a las decisiones civiles en el seno del círculo familiar. (65)

Pues bien, desarrollo de ello, bien pudiera ser la delicada situación que pueda competerle al Ministerio Fiscal, cuando en nuestro derecho

siendo el hijo menor o incapaz tuviese que decidir la viabilidad operativa o no de la acción en pro -- del interés del hijo; puesto que tendrá que exami-- nar entonces cuidadosamente entre otras cuestiones, la situación fáctica de la posesión de estado del - hijo matrimonial, el análisis del requerimiento del progenitor real examinando los móviles que le ins-- tan a actuar, como asimismo, considerar atentamente la relación personal de la madre del hijo como suyo y desea integrarlo en el hogar matrimonial).

El ánimus decidendi que parece ha debi- do de primar en la mens legislatoris, es que cuando el hijo inscrito como matrimonial, tuviese la pose- sión de estado de filiación matrimonial, si la ma-- dre resultase privada de la patria potestad, (por - ej. por desatender los deberes inherentes de ésta) entonces el Ministerio Fiscal podría obrar en su lu gar para rebatir una falsa paternidad que va en con tra del interés real del hijo.

Sin embargo, podría surgir un problema, supongamos que la madre hubiese fallecido, entonces como expresa el art. 137 C.c. p. II, será el Minis- terio Fiscal (cuando el hijo es menor o incapaz) -- quien resultase legitimado ad hoc.

Encontramos lógica la actuación del Ministerio Público, cuando la madre al no tener la patria potestad no puede por tanto impugnar la paternidad de su hijo, de suerte que entonces solicitará del ente público que promueva la acción en su lugar para evitar que el hijo ostente una filiación que no le corresponde.

¿Pero y cuando la madre hubiese fallecido y el padre no desease impugnar la paternidad de su hijo?, ¿el Ministerio Fiscal podría actuar cuando quizá el progenitor real le reclamase su actuación?.

Nosotros pensamos que sí; resultaría algo parecido a lo que sucede con la legitimación que concede el legislador italiano al curator; sin embargo, no hay que olvidar que en la reforma de filiación italiana se criticó arduamente la concesión de la acción a dicho tutor. (66)

"Se trata en sustancia de atribuír a un tercero (el curator especial) la valoración de los intereses, ciertamente graves, que pueden llevar a la parte interesada a renunciar o bien a no renunciar a la cualidad de hijo legítimo".

Nosotros no podemos compartir la opinión del ponente PENNACHINI, pues ello supondrá --

indirectamente que criticamos la legitimación del - Ministerio Fiscal en nuestra legislación cuando la madre no tuviese la patria potestad o hubiese fallecido.

Estimamos que el Ministerio Público valorará justamente las diferentes circunstancias del caso concreto y las motivaciones que impulsen a --- quien provaca su actuación; de suerte que delegamos al Ministerio Fiscal el papel de árbitro moderador y catalizador real de los intereses del hijo, en -- aras de que prevalezca la verdad real que ha de dominar la constatación de la filiación.

A nuestro juicio creemos que mucho peor resultará la situación en la cual el hijo se viese compelido a sufrir las consecuencias de una filia-- ción que no es la que le corresponde, perjudicándole psicológica y afectivamente; por ello, el Ministerio Fiscal deberá ponderar con mesura su actua--- ción, examinando minuciosamente cada supuesto, para asegurarse de cuáles son los intereses reales que - mueven en realidad al marido, presunto padre legal, para permanercer inactivo en su actividad impugnatoria.

No olvidemos, que también durante la reforma de la filiación italiana se adujo la posibilidad

de que el Minsterio Fiscal fuese quien propusiese la acción a través de un curator especial. (67)

Es oportuno que aludamos a una recentísima sentencia portuguesa que negó la legitimación activa al Ministerio Público para representar al hijo menor en la impugnación de la paternidad de éste, debido entre otras razones, a las dificultades de la obtención de los elementos necesarios para la proposición de la acción, y en el perjuicio que podría ello ocasionar en la valoración del interés real del hijo. (68)

Recordemos que según el citado art. 1842 C.c. lusitano, la acción de impugnación puede ser intentada por el hijo hasta un año después de haber llegado a la mayoría de edad o de haber sido emancipado.

Pues bien, supongamos que el matrimonio vive separado legalmente, el fruto de una relación de la mujer con el que convive ahora con ella de una forma constante e ininterrumpida como si de una comunidad conyugal se tratase naciese un hijo, éste no tendría en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial (como ahora se expresaría nuestro legislador).

En nuestra actual legislación la madre no podría impugnar la paternidad, ni tampoco el marido de ésta, y ello porque el art. 137 C.c. *in fine* es taxativo. "Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo y sus herederos" pero a *sensu contrario* no por los progenitores reales.

En cambio el legislador lusitano, legitima a un representante legal durante la menor edad del hijo para que ejercite la acción; sin embargo, este representante legal no podrá ser el Ministerio Fiscal pues según la jurisprudencia lusa, (nos remitimos a la sentencia comentada) parece que no se concede esta acción en representación del menor, porque se teme que no conozca con suficiencia los hechos al ser un extraño, pudiendo ir ello en detrimento de la conveniencia del hijo.

Francamente no entendemos la escrupulosidad legal del juzgador portugués, al denegar la acción al ente público o Ministerio Fiscal en representación del hijo menor o incapaz, cuando por otra parte como hemos visto concede en un artículo *ex profeso* legitimación a dicho Ministerio Fiscal para proteger el interés del tercero presunto padre real (art. 1481).

Si bien es cierto, a pesar de todo ello en última instancia la viabilidad de la acción del presunto progenitor dependerá de la discrecionalidad del Tribunal, que podría recabar como objetivo teleológico la protección del status del hijo y la finalidad de evitar una destrucción de la filiación matrimonial.

Tampoco entendemos la dicotomía de intereses, que el legislador luso juzga distintos según de quien proceda la acción, o bien del presunto progenitor o del representante del menor, de suerte que los de éste no pueden encontrar legitimación indirecta en el Ministerio Fiscal.

Nuestra opinión es que no ha estado acertado el juzgador lusitano y ha adoptado una postura inicua en relación al ente público.

Por lo que respecta a nuestra legislación, una interpretación extensiva del párrafo in fine del art. 137 C.c. que como hemos visto concede una acción imprescriptible al hijo o a sus herederos para impugnar la paternidad cuando aquél no viva en la posesión de estado de hijo matrimonial; posibilitaría dicha exégesis omnicomprensiva que cuando el hijo fuese menor o incapaz la acción pudiese

ser propuesta igualmente por el Ministerio Fiscal, y ello porque análogamente cuando existe posesión - de estado en la filiación matrimonial, el menor -- o incapaz puede verse representado con legitimidad por aquél (art. 137 p. II). ¿Por qué entonces a -- sensu contrario vamos a cercenar esta posibilidad - en el supuesto aleatorio que no existiese posesión de estado?. A nuestro modo de ver sería injusto, - discriminatorio e inconstitucional que al no haber en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial, no estuviesen legitimados los progenitores reales, y que tampoco pudiese estarlo el ente público (Ministerio Fiscal), de forma que - no se puede salvaguardar los intereses reales del - hijo que redundan asimismo tanto en beneficio del - interés público como del estatuto de filiación que corresponde auténticamente al hijo.

Por ello es conveniente, que traigamos a colación un extracto de una sentencia del Tribu-- nal de Segunda Instancia de Portugal. El problema muy sucintamente comentado es que si el Ministerio Fiscal puede obrar o ser parte legitimada activa en pro de los intereses de un menor que estando inscrito como ilegítimo, resulta en verdad legítimo, de-- biendo pues, instarse la modificación de la inscrip ción del nacimiento. (69)

Sección 5ª

LA OMISION DE LA LEGITIMACION ACTIVA A LOS PADRES CUANDO EL HIJO NO TENGA LA POSESION DE ESTADO DE FILIACION MATRIMONIAL

Remitiéndonos de nuevo a lo que expresa nuestro texto legal, en concreto al párrafo *in fine* del art. 137 C.c., se deduce que el hijo está legitimado para impugnar la filiación matrimonial, cuando no disfrute de hecho de la posesión de estado de hijo matrimonial. ¿Por qué el legislador no ha considerado oportuno conceder también la legitimación en estos supuestos a los padres del hijo?, es decir sólo cuando el hijo no tuviera *de facto* la posesión de estado de filiación matrimonial. Tenemos que entender que del tenor literal del art. 137 C.c. ¿tampoco está legitimado el Ministerio Fiscal, de modo que el legislador sólo le concede legitimación cuando el hijo detente de hecho la posesión de estado -

de hijo matrimonial, pero no en el caso contrario?.

Nuestra opinión es que el legislador no ha examinado con equidad los distintos supuestos que puedan presentarse en orden a saber quienes son los legitimados más idóneos, cuando exista o no posesión de estado en las relaciones familiares matrimoniales.

Una emmienda al art. 137 C.c. fue aducida en el Senado en parecidos términos, cuyo tenor - si bien planteaba la legitimación al presunto padre para un supuesto distinto, no obstante su fundamentación iba en consonancia con el efectivo interés - en descubrir la verdad biológica. (70)

"Se podría añadir al artículo un nuevo párrafo que diría así: "Al que reclame en juicio su propia paternidad, si el hijo fuese menor de edad o incapaz y la madre hubiese fallecido o estuviese incapacitada. La acción sólo podrá entablarse previa autorización judicial y caducará al año de la fecha de inscripción del nacimiento".

A nuestro parecer, si bien la intención de ampliar la legitimación al presunto padre real - era loable, no era sin embargo tan laudatorio el supuesto para el que se concedía (cuando la madre hubiese fallecido o estuviese incapacitada), pero -- ¿y si por ej. viviendo y estando en su sano juicio, sin embargo no deseara impugnar?.

Tal como están redactados los artículos concernientes a la impugnación de la filiación matrimonial, resulta una omisión trascendental a nuestro juicio no otorgar la legitimación activa a los padres cuando el hijo no tuviera la posesión de estado consolidada de hijo matrimonial. Es obvio, claro está que la acción será caducable para ellos, y no imprescriptible como resulta la que ostenta el hijo pudiéndola ejercitar éste durante toda su vida.

Esto supuesto, en la redacción del art. 137 C.c. se ha hecho caso omiso de tal posibilidad legitimatoria a los padres cuando el hijo no tenga en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial.

Pensamos, que se debiera haber añadido un párrafo al art. 137 C.c. que contemplara esta circunstancia, de suerte que se manifestara del siguiente tenor: cuando en las relaciones familiares, el hijo no tenga la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en el plazo de un año por el padre y la madre a partir de la inscripción de la filiación en el Registro civil, sin embargo el plazo no correrá sino a partir del efectivo conocimiento del nacimiento. No obstante, el

hijo podrá interponer la demanda en cualquier tiempo.

Con ello queremos aludir al supuesto - que si el hijo inscrito como matrimonial no tiene la posesión de estado que formalmente refleja su acta de nacimiento, porque por ej. la mujer está separada de su marido y éste no desea impugnar la paternidad matrimonial, viviendo el hijo con su madre y el presunto padre real, si el legislador en tal circunstancia de inexistencia de posesión de estado de filiación matrimonial la hubiere concedido legitimación a la madre, se evitaría que ésta tuviera que reclamar la filiación manifestada por la constante posesión de estado, siempre y cuando no hubiese otra que la contradijera legalmente.

En este supuesto, tenemos que remitirnos de forma inexcusable al actual art. 131 p. II (71). "Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada".

Analicemos a continuación, en una remisión a nuestro parecer imprescindible la interconexión entre el citado art. 137 C.c. y el art. 132 C. c. (72)

"A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre o a la madre o al hijo".

Pues bien si lo que se pretende es hacer prevalecer la verdad biológica real, no entendemos por qué este trato discriminatorio con relación a la impugnación de la filiación matrimonial cuando no exista posesión de estado en las relaciones familiares, pues sólo se concede en tal coyuntura legitimación al hijo o a sus herederos para impugnar la referida filiación. Mientras que cuando se reclame curiosamente la aludida filiación matrimonial (y no hubiese tampoco posesión de estado) el legislador se siente más benévolo, y en tal circunstancia amplía esta legitimación a sus padres también.

Si en el fondo la razón teleológica que domina en uno u otro caso es la constatación de la filiación real, la literalización del parágrafo in fine del art. 137 paragonándolo con el art. 132 p. I resulta claramente inconstitucional.

Hubiere sido deseable haber cambiado el tenor del art. 137 C.c., y ampliar la legitimación para el supuesto de que no exista posesión de esta-

do a los padres del hijo. Como sucede cuando se quiere reclamar la apócrifa filiación matrimonial y en - la convivencia de hecho no se ostentase la posesión de estado correspondiente, de modo que en tal supuesto el texto legal amplía la legitimación al padre,- a la madre o al hijo.

Creemos, que en estos supuestos que hemos planteado, resultaría de una importancia cualificada que el tercero (presunto padre biológico) fuese llamado al proceso, con la finalidad de hacer más verosímil la exclusión de la paternidad del presunto padre. Resulta curiosa una reciente sentencia alemana que posibilitaba la intervención del progenitor real en el proceso. De suerte que, en la aludida resolución se razonaba que en los pleitos sobre impugnación de la legitimidad de un hijo, puede el hombre que es considerado padre ilegítimo intervenir como coadyuvante, e interponer recurso contra la sentencia estimatoria de la demanda de impugnación, de acuerdo con las disposiciones generales sobre intervención procesal. (73)

Sección 6ª

LEGITIMACION ACTIVA CONCEDIDA AL MARIDO Y AL HIJO

Nuestro legislador, cuando se ha referido a los sujetos legitimados en interés propio en el ejercicio de la acción de impugnación, ha explicitado con claridad que son el marido (padre legal) y el hijo.

En nuestra opinión, tenemos que comenzar por criticar la terminología empleada, pues somos del parecer que hubiese sido más conveniente emplear la expresión presunto padre, como por cierto establece el legislador italiano.

Así por ej. como muy bien dice DEIANA, el legislador ha empleado en el art. 235 C.c. (italiano) una expresión polivalente, (marido, padre, presunto padre) con lo cual la polémica estriba en saber si casualmente el marido (padre legal) es a -

su vez el progenitor (padre real) del hijo. (73)

"El lector podría objetar que no es nada extraño en cuanto que podía darse que Tizio sea el marido de Caia, mujer, y que Sempronio sea el padre del hijo parido por Caia, y que Mevio sea aquél que alguien supone ser el padre del hijo de Caia".

Naturalmente, con la aceptación de la - fórmula "presunto padre" se hubiere posibilitado en nuestro sistema que el progenitor real pudiese ser parte activa en la impugnación de la paternidad matrimonial del hijo de aquél.

Por lo que respecta a la precisión terminológica en el derecho portugúés nos llama la atención la distinta expresión aludida por el legislador luso, de modo que, cuando se refiere a la impugnación de la paternidad en la legitimación activa,- emplea la expresión marido, pero en la legitimación pasiva en cambio, acude al tenor de "presunto padre".

En este sentido, la legislación portuguesa dice: (74)

"La paternidad del hijo puede ser impugnada por el marido de la madre".

"En la acción de impugnación de la paternidad deben de ser demandados la madre, el hijo,

y el presunto padre cuando en ella no figuren como autores p. II. En caso de muerte de la madre del - hijo, o del presunto padre".

Evidentemente, del examen del contexto en que están encuadrados estos artículos, deducimos que la expresión marido y presunto padre son términos homológos en la mens legislatoris lusitana; -- cuando por otro conducto para el progenitor real -- (que no es el marido de la madre) permite que a través del Ministerio Fiscal puede éste tutelar si llegase el caso la pretensión de aquél. Ahora bien, - no cabe la menor duda que quien tiene la legitimación activa principal es el Minsterio Fiscal quien juzgará discrecionalmente la viabilidad o no de la pre-- tensión del tercero (presunto padre biológico).

De lo referido hasta el momento, que si se hubiese acogido la expresión "presunto padre", - en lugar de marido, nada nos impide pensar que una interpretación extensiva pudiera legitimar al padre real (que no es el padre legal) en el ejercicio de la acción de impugnación.

Sin embargo, pensamos que se le podrá - objetar a esta afirmación un escollo importante, -- cual es el considerar que el presunto padre, sólo - es aquél que tiene dicha posesión de estado en las

relaciones familiares, de modo que será el marido de la madre quien se beneficiará de la presunción de - paternidad legal, cercenando la posibilidad legitimatoria al padre real, al no poder éste lógicamente demostrar una posesión de estado matrimonial.

Nosotros no obstante, a pesar de esta - objeción, creemos que el proceso hubiese salido ganando en veracidad, concediendo la legitimación al progenitor real, pues no se admitirá ninguna demanda que no presente un principio de prueba suficiente, lo cual significa un límite restrictivo a pre-- tensiones infundadas, además pensamos que también - se hubiese favorecido el interés del hijo, pues de esta forma hubiera resuelto el progenitor real el - obstáculo de no poder reclamar la filiación por oponérsele otra legalmente determinada (ej. la filia-- ción matrimonial que ostentase el hijo de aquél, pero que no es la que por justicia le compete).

Entrando de lleno en el capítulo de la legitimación es imprescindible a nuestro juicio cotejar nuestros art. 136 y 137 C.c., en relación con el 235 C.c. italiano; de manera que si nuestro le-- gislador ha optado por explicitar quiénes son los - investidos de la legitimación activa en la impugnación de la filiación matrimonial, sin embargo, ha -

omitido hacer un elenco de las causas por las cua-- les puede invocarse el petitum de la demanda; en -- cambio, el legislador italiano ha preferido adoptar una aptitud silente con relación al círculo de los legitimados, y precisar no obstante, explícitamente los supuestos de impugnación ad hoc.

Nosotros pensamos que en este sentido, es acertada la redacción por parte de nuestro legislador, porque de lo que se trata es de refutar la - presunción de paternidad de un hijo nacido constante matrimonio y antes de los 300 días de la disolución, o de la separación legal o de hecho de los -- cónyuges.

Además, creemos que con la prueba libre que ahora domina en los procesos de paternidad, obviamos el casuismo de supuestos impugnatorios, es - decir, su numerus clausus. Si bien es cierto se exigirá como correctivo a la admisión generalizada de demandas, un principio suficiente de los hechos en que se funden éstas.

En este sentido, nuestro derecho positivo se manifiesta al respecto (75). "El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un --- principio de prueba de los hechos en que se funde".

Lo cual quiere decir, que en pura lógica el marido o el hijo o la madre cuando tenga la patria potestad, o el Ministerio Fiscal; su principio de prueba suficiente, resultará indudablemente cualquiera de los casos elencados, por ej. por el legislador italiano. (76)

No estamos muy de acuerdo con la solución de tipificar cláusulas tipo, puesto que podría implicar una serie de injustas consecuencias, por ej. en el nº I del art. 235 C.c. italiano. "Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre el 300 y el 180 día anterior al nacimiento", creemos que plantear tanta rigurosidad en los plazos o cómputos legales, haría más difícil una gestación fuera de plazo.

Como muy bien dice DEIANA ratificando nuestras palabras. (77)

"El legislador se ha olvidado que para él, ahora una gestación puede durar incluso más de 300 días".

Otra diferencia con la legislación italiana, es que en caso español, la legitimación activa la detenta exclusivamente el marido y el hijo, como ocurre de igual modo en la legislación suiza. (78)

Conviene en este sentido recordar, que en nuestra anterior legislación de filiación, la impugnación de paternidad era monopolizada por el marido excluyéndose al hijo, que ahora por el contrario sí resulta parte activa principal, y a la madre que sólo tiene la acción para el supuesto de que el hijo sea menor de edad o incapaz y ella la patria - potestad.

En este sentido, conviene que nos remitamos a nuestra doctrina clásica más representativa. (79)

Se monopolizaba unilateralmente la acción en el marido de la madre, pues con ello se reforzaba el vínculo de la familia, de suerte que para la unidad de ésta no quedase sometida a los avatares de - una hipotética impugnación, había que fortalecer de forma inexorable la verdad legal por encima de cualquier realidad biológica que la contradijese, de ahí la prohibición de la investigación de la paternidad.

Con respecto a la legitimación activa - que compete al hijo, creemos que es interesante sucintar precisamente algunas comparaciones cotejando el supuesto de legitimación activa que concede al - hijo el legislador lusitano con el que por el con-- trario otorga su homónimo hispano.

Imaginemos el caso de que ambos cónyu-- ges están separados, el legislador portugués en este supuesto concede la acción en impugnación de la paternidad, a aquél de los padres que tuviese la - custodia del hijo; de este modo el Código civil portugués lo corrobora. (80)

"El poder paternal es ejercido por el - progenitor a quien el hijo le fue confíado".

Naturalmente que entonces nos encontramos con la dificultad de que existe un interés compuesto con respecto al estado de filiación del hijo; sin embargo, el legislador luso resuelve el problema nombrándole al hijo curator especial, puesto que los intereses personalísimos como son las acciones de estado se extralimitan de la administración que compete a los representantes legales del menor.

De manera que vendría a colación el p. II del art. 1881 C.c. portugués. (81)

"Si hubiera conflicto de intereses cuya disolución dependa de la autoridad pública, entre - cualquiera de los padres y el hijo sujeto al poder paternal, o entre los hijos, aunque en este caso alguno de ellos sea mayor, están los menores representados por uno o más curadores especiales nombrados por el Tribunal".

Por tanto, en todos estos supuestos en que los cónyuges estuviesen separados, para el legislador luso, prescindiendo del hecho de que uno de los cónyuges tuviese la patria potestad del hijo, sin embargo, la representación legal del hijo no se ampliará al ejercicio de la acción de impugnación en interés del mismo, sino que imperativamente al existir un notorio interés contrapuesto deberá nombrarse un curator al hijo.

En el mismo sentido viene a manifestarse el legislador español cuando dice:

"Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban complementar". (82)

De manera que lo dicho tenemos que relacionarlo con el art. 137 p. II que concede la acción al Ministerio Fiscal, cuando el hijo es menor o incapaz, siendo éste el legitimado principal y el Ministerio Fiscal quien ejercita la acción en su nombre.

Pero claro está, ésto ocurrirá cuando el hijo tenga la posesión de estado de hijo matrimonial,

(ello porque no olvidemos que nuestro legislador ha dado preminencia a que en las relaciones matrimoniales exista o no posesión de estado de filiación matrimonial); de suerte que entendemos que si no existe dicha posesión, y ello ocurrirá cuando los padres vivan separados de hecho o legalmente, será de aplicación el citado art. 163 C.c. y se nombrará al hijo un defensor judicial que accione en interés del mismo si hubiere lugar a la impugnación de la paternidad matrimonial.

¿Qué ocurre en otras legislaciones con respecto a la legitimación al hijo?. Francamente - tampoco nos parece muy aleccionador las cortapisas que impone por ej. el legislador suizo para que el hijo pueda impugnar la paternidad; puesto que la -- presunción de paternidad puede ser destruída aparte del marido, también por el hijo; pero el legislador helvético concluye: "Por el hijo, si la vida en común de los esposos ha concluído durante su minoría de edad" (83)

A diferencia de nuestro legislador, que dicotomiza la cuestión según exista o no posesión - de estado de filiación matrimonial; el legislador - suizo implícitamente viene a decirnos, que si el matrimonio subsiste cuando el hijo es menor de edad, poco importa que exista o no posesión de estado de

hijo matrimonial, pues al hijo se le veda toda posibilidad de ejercitar su derecho a la impugnación -- (claro está, representado por un curator), entonces a sensu contrario, ¿tampoco podría obrar el hijo si la disolución del matrimonio, por muerte o por divorcio, aconteciese una vez llegado éste a la mayoría de edad?.

Nos parece mucho más equitativo en este aspecto nuestro legislador, pues el hecho cierto, - es que en su raciocinio ha sopesado la existencia - o no de la posesión de estado. El legislador suizo parece omitir el supuesto de que el hijo se encon-- trase ostentando la posesión de estado de hijo ma-- trimonial, y el matrimonio no se hubiese disuelto - durante su minoría de edad, de suerte que el hijo - no podrá impugnar por su representante legal la impugnación. ¿Qué pasa por ej. en los supuestos de - una separación de hecho o una ausencia legal, el hijo tampoco podrá ejercitar su derecho a la impugnación?.

Es decir, imaginemos que el marido no - impugnase la paternidad matrimonial que el hijo ostentase, y asimismo la madre tampoco incoase la separación o el divorcio. Pensemos en concreto en el supuesto de una separación, en la cual existió una

reconciliación entre los cónyuges, de suerte que ha habido una aceptación expresa del hijo por ambos. - La consecuencia será que al no haberse llegado a - la conclusión de la vida en común durante la mino-- ría de edad del hijo, ¿éste no podrá impugnar la pa ternidad que ostenta formal y legalmente, aunque no es la real, ni incluso cuando llegase a su mayoría de edad?.

No podemos estar de acuerdo con lo tipi ficado por el legislador helvético, pues cercena -- gravemente a nuestro juicio, la capacidad legitima- toria del hijo, al condicionar su ejercicio a una - suerte de eventos objetivos, limitándose injustamen te la voluntad y el interés real del hijo. Por ello juzgamos idóneo, el tenor literal de nuestro articu lado al no circunscribirse a un elenco casuístico - en la capacidad de obrar procesal del hijo, ni con- dicionar tampoco su legitimación a una serie de cir cunstancias inciertas. Creemos que de haber actua- do así nuestro legislador, hubiese supuesto un cri- terio inconstitucional en detrimento del interés -- real del hijo.

Reparemos nuestra atención en un aspec- to que a nuestro entender no ha sido suficientemen- te examinado por el legislador

Como sabemos, cuando el hijo es menor - o incapaz, el plazo de ejercicio de la acción se -- contará desde que alcance la mayoría de edad o recupere la plena capacidad. Sin embargo, nuestro legislador creemos que deja sin resolver un problema de trascendencia práctica fundamental, cuál es el - supuesto de que el hijo se hubiese emancipado por - ej. por matrimonio o teniendo 16 años cumplidos, lo hubiesen consentido los padres que ejercen la patria potestad (art. 317), o por la concesión judicial -- igualmente si el hijo tiene 16 años.

La problemática plantea a nuestro juicio irresolubles cuestiones, es decir, ¿ello dará - lugar de modo inexcusable a que el plazo de un año para ejercitar la impugnación de la paternidad se - deberá retrotraer a la formal cumplimentación de estos supuestos ad hoc?, o por el contrario, ¿deberá esperarse a que el hijo cumpla legalmente la mayoría de edad para ejercitar su derecho a la impugnación? o por último, ¿quizá deberá entenderse que -- elíptica y tácitamente queda de iure amplíado el -- plazo, de suerte que podría ejercitarlo indistintamente desde que se emancipase legalmente hasta incluso un año después de haber llegado a la mayoría de edad?.

Nuestra opinión, es que de lege data el art. 137 C.c., es notoriamente taxativo. (Si fuera menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal); no obstante, debemos buscar siquiera, alguna analogía en otro artículo de nuestro Código civil (84). "El menor emancipado podrá por sí sólo comparecer en -- juicio".

Lo cual, bien pudiera entenderse que -- una vez emancipado legalmente y legitimado para actuar en interés propio para comparecer judicialmente, podría ejercitar su derecho a la impugnación -- sin tener que estar representado.

Pensamos que es ésta una cuestión en la cual nuestro legislador no ha dilucidado claramente una solución ad hoc.

Otras legislaciones como por ej. la suiza, son del tenor de que el tiempo no se acorta por estas circunstancias. (85)

"La accesión anticipada a la mayoría -- por matrimonio (art. 14 p. II) o por emancipación - (art. 15) no acorta el plazo".

Sección 7ª

LEGITIMACION PASIVA EN LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

Por lo que hace referencia a la legitimación pasiva; si el marido es quien entabla la susodicha acción de impugnación de la paternidad, deberá demandar no solamente a éste, sino que también - a la madre, pues ambos deben formar inexcusablemente un litis consorcio pasivo necesario.

La doctrina francesa, es de la opinión de que la madre es asimismo parte activa en el proceso. (86)

"La acción tiene lugar en presencia de la madre, puesto que ella deviene en el mejor lugar para defender al hijo. Conviene admitir siempre -- que es importante procedimentalmente que ella sea - en verdad parte en la instancia".

Si fuese el hijo quien accionase, deberá demandar asimismo al marido y a su madre, si por el contrario fuese ésta quien accionase, deberá demandar al marido y también tendrá que dirigir su -- acción contra el hijo, más concretamente, dirigirla contra su representante legal en nombre de aquél.

Por lo que respecta a los herederos, se tendrá en cuenta para ellos las mismas reglas. Conviene que traigamos a colación la opinión de RIVERO HERNANDEZ (87), viene a manifestarse en el mismo -- sentido, sin embargo, emplea una expresión un tanto confusa, cuando en vez de marido habla de presunto padre, que puede dar lugar a discusiones a la hora de su correcta intelección.

A nuestro modo de ver el empleo del término "presunto padre", por el profesor Rivero, podría dar lugar a cierta reticencia comprensiva; --- puesto que, ¿tenemos que entender que el presunto - padre es el marido de la madre, padre legal del hijo o por el contrario el progenitor real?. Es obvio que no podremos extender la legitimación a éste ya que no resulta ser el marido de la madre, además porque esta intelección iría en contra del tenor de nuestro reciente articulado sobre la filiación.

Si tuviésemos que posicionarnos en pro de uno u otro criterio, nosotros aceptaríamos también la expresión de presunto padre, si con ella pudiésemos extender en el círculo de los legitimados al padre real, puesto que con ello se favorecería - la verdad biológica en detrimento de la verdad legal. En estas circunstancias hubiese sido más justo y coherente, haber prescindido de la expresión - marido, y en su lugar haber empleado el término presunto padre.

Basta que nos remitamos a la legislación lusitana o italiana que son claros exponentes de lo aquí suscrito. (88)

"En la acción de impugnación de la paternidad deben de ser demandados la madre, el hijo, y el presunto padre cuando en ellos no figuren como autores".

"El presunto padre, la madre, y el hijo son litis consorcio necesario en el juicio de impugnación".

La conclusión que lógicamente puede --- plantearse como corolario de lo expuesto, es que sí debemos de entender que existe o debe existir un litis consorcio necesario entre los implicados en la acción.

En este sentido, conviene recordar por ej., que dicha fórmula consorcial que ahora es la - letra de la ley en el Código civil italiano, fue -- una solución de confluencia de pareceres en la Comisión parlamentaria. (89)

Ahora bien, ¿qué pasa en nuestra legislación, con la necesariedad o no del litis consor-- cio pasivo necesario?, ¿la omisión de la madre en - la demanda podría constituír un supuesto de excep-- ción dilatoria, de forma que el demandado no contestaría a la demanda?.

En este sentido tenemos que acudir a la solución legal que nos da nuestra Ley de Enjuicia-- miento Civil, en concreto la excepción dilatoria ad hoc. (90)

"Defecto legal en el modo de proponer - la demanda. Se entenderá que existe este defecto - cuando no se llenen en la demanda los requisitos -- a que se refiere el art. 524".

O por el contrario, ¿debemos de enten-- der que basta que se demande al hijo, y que la ma-- dre podría en cualquier momento ser llamada a jui-- cio?.

La jurisprudencia italiana, ha considera do esta última solución y ha permitido que la mujer (madre del hijo demandado) se le notifique más tarde su obligada comparecencia. (91)

"En el juicio de impugnación de la pa-- ternidad, viene a ser un litis consorcio necesario entre el padre, madre e hijo impugnado. Se deduce que en la impugnación relativa a tales juicios, con el fin de la admisibilidad de tal carga en relación a todos los implicados, es suficiente que el acto - venga tempestivamente notificado dentro del término perentorio de la ley a una sola de las partes, contra las cuales dicha carga es propuesta, valiendo - la tardía notificación (a la otra) como integración necesaria del contradictorio en el sentido del art. 331 c.p.c. (código procesal civil)".

Tenemos que matizar dos sucintas aseveraciones como epílogo a los expuesto:

En primer lugar, nosotros estimamos, -- que la interpretación doctrinal más corriente, será exigir que el demandante (si por ej., es el marido presunto padre) quien incoase la acción, deberá dirigirla contra el hijo y la madre simultáneamente, de manera que si no lo hace así se le podría oponer al actor la excepción dilatoria expresada con anterioridad.

En segundo lugar, respecto a la desavenencia terminológica al referirse, al marido con expresiones análogas como la de "padre o presunto padre", es obvio que estas últimas denominaciones encontrarían sus detractores en aquéllos que opinasen que se estaba con ello de forma solapada legitimando al progenitor real o padre biológico, de suerte que se llegase a la conclusión de que fuese parte - activa también en el litis consorcio.

El problema con que nos enfrentamos en nuestra reciente reforma sobre filiación en lo concerniente al problema de la legitimación pasiva en la impugnación de la filiación matrimonial, es que como sucede ahora de ius conditum la madre no tiene nunca legitimación activa en interés propio, luego, ¿deberá formar ésta un litis consorcio con su hijo cuando el marido (presunto padre) pretendiese impugnar su paternidad?.

En nuestra opinión, es indudable que deberá demandarse al hijo y a la madre (sopena de --- plantearse la excepción dilatoria).

Nuestra duda radica en que si la madre no tiene capacidad procesal para actuar en la acción "activamente" en interés propio, ¿tendría sin embargo legitimación pasiva de igual modo en interés ---

personal para ser demandada en la acción?, ¿o tendremos que entender que si la madre no ha sido demandada, el plazo de caducidad no se interrumpirá?.

Conviene en este sentido que colacionemos la resolución que la doctrina italiana ha dado al problema. (92)

"La legitimación pasiva compete al presunto padre, a la madre y al hijo que son litis consorcio necesario en el juicio de impugnación. Así dispone ahora expresamente el nuevo art. 247 párrafo I, a diferencia del viejo art. 247 que después de haber dispuesto que la acción es propuesta contra el hijo añadía, en el párrafo 2º, que en el juicio debe en todo caso ser llamada la madre. A pesar de la fórmula poco feliz, la doctrina intuía ya que en una hipótesis de litis consorcio necesario se consideraba que deberían ser parte ambos progenitores, porque el hijo pierde para con ambos progenitores, el propio estado de legitimidad".

Nos parece evidente que al tratarse de una acción que intenta destruír el status de hijo matrimonial, los interesados en la acción, son los padres que detentan esa filiación y el hijo que disfruta de dicha posesión de estado.

A nivel de Derecho comparado, resulta imprescindible que reparemos en la innovación que sobre la legitimación pasiva preveen por ej., los últimos proyectos de reforma del Derecho de filiación belga. (93)

Conviene pues, que hagamos unas sucintas matizaciones al referido proyecto cotejándolo con lo dispuesto por nuestro legislador.

Nos llama poderosamente la atención en el derecho positivo belga, la distinción operada en la transmisión, de forma que si se trata del marido, la transmisión de la misma competería a los herederos, pero, ¿cuáles?, ¿se referirá a los herederos forzosos, de suerte que entonces incluiremos como sucesor del titular originario por ej. al padre de éste?, ¿y si el legislador belga no pretendía legitimar a éstos, sino a los herederos abintestato?, ¿entonces entenderemos que podrían continuar la acción del marido los colaterales en tercer grado por ej.?.

En cambio si se trata del hijo, se circunscribe aún más el círculo de los legitimados deritativos en la transmisión, de manera que sólo compete la acción a los descendientes del mismo; por lo cual entendemos nosotros que tendrán la misma legitimación los matrimoniales que los no matrimoniales, pero ¿incluso un hijo adoptivo plenamente podría tener la misma capacidad procesal?.

A nivel terminológico, como vemos, a diferencia de los sistemas italiano o portugués, y homologándose

al sistema actual español, cuida mucho el legisla-- dor belga la conceptuación de marido o presunto padre y se decide por el primer término. Pensamos -- que ha pretendido evitar con la expresión presunto padre la posibilidad de que se incluyese con ella, en el círculo de los legitimados, al progenitor --- real.

Sin embargo, resulta mucho más curioso y paradógico, el p. II del citado art. 320: "La demanda del precedente marido de la madre, prevista - en el art. 317, es dirigida contra el hijo, la ma-- dre y el nuevo marido".

La solución de este conflicto de pre--- sunciones es la siguiente: el hijo ha nacido después de los 180 días de la celebración de las segundas - nupcias, pero poco antes de que expirasen los 300 - días de la disolución de su primer matrimonio; pues bien, el tercero, exmarido, presunto padre real, es parte activa principal para impugnar la paternidad del nuevo marido de su exmujer, padre legal del hijo.

Este pensamiento es coherente con el citado proyecto belga. (94)

"Las decisiones judiciales en materia de filiación son oponibles a las personas que no han - sido parte, pero pueden éstas formar tercera oposición. El Tribunal puede ordenar incluso de oficio, que sean llamados a la causa todos los interesados a los cuales él estima que la decisión puede serles común".

Por su parte, en un Proyecto posterior, se omite toda referencia a los descendientes y se - expresa claramente que tanto en el supuesto del fallecimiento del marido o del hijo la acción debe -- ser dirigida contra los herederos. (95)

Deducimos pues, que se viene a manifestar el legislador belga del mismo modo que nuestro legislador en los art. 136 y 137 cuando expresa su opinión sobre los herederos.

Ahora bien, tanto uno como otro sistema, no explicitan si los herederos a los cuales se re-- fieren, son los forzosos, o por el contrario ¿con - esta expresión tan cautelosa como reticente, pretenden extenderlo también al círculo de los herederos abintestato?.

A nuestro juicio, la razón de fondo que se infiere de todo ello, es la perentoria necesidad

de que todos los implicados actúen en juicio, de esta forma se esclarecería la verdad biológica real - y sobre todo actuaríamos sinceramente en aras del - interés del hijo al dilucidarse su status.

Por todo ello, juzgamos que ha supuesto una grave omisión que en la formación del litis consorcio pasivo necesario, nuestro legislador no haya previsto legalmente la necesidad de que el progenitor real fuese demandado. De este modo, de lege data en nuestro articulado sobre la filiación resulta hoy por hoy inviable dicha posibilidad, al no preveerse en la ley procesal ninguna disposición al respecto. De suerte que, el padre legal demandante de la impugnación, verá decaída la mayoría de las veces - su acción, cuando por ej., una prueba pericial genética, no diese un resultado altamente satisfactorio de exclusión de su paternidad, por no contar con la presencia en los exámenes biológicos de la paternidad del presunto padre real y llegar seguramente -- con esta comparecencia a conclusiones más convincentes; no obstante, nos remitimos al capítulo de las pruebas biológicas, donde este inciso que aquí esbozamos encuentra en aquellos comentarios cumplida -- respuesta.

Conviene traer a colación la opinión de DE OLIVEIRA. (96)

"La necesidad de congregar todos los esfuerzos que permiten esclarecer la verdad de la filiación justifica que el legislador haya impuesto - en litis consorcio necesario con todas las conse--- cuencias substanciales y procesales".

Resumiendo un poco lo precedentemente - aludido sobre la legitimación pasiva a la madre y a modo de conclusiones finales diremos: que si la madre no puede actuar en interés propio cuando el hijo sea menor o incapacitado y ello detenta la patria potestad, entonces, el marido cuando impugna el status de hijo matrimonial de su hijo, ¿cómo va a reclamar al proceso a la madre?, ¿demandándola como un - legitimado pasivo más?, de modo que el marido la demandaría por sí misma, o por el contrario, ¿el de-- mandar a la madre es para completar la legitimación pasiva del hijo, y aquélla es llamada a juicio en - interés del mismo ya que en el suyo propio no puede ser parte activa ni pasiva en la acción?.

Creemos que hubiese sido preferible, -- que el legislador hubiese expresado con claridad -- que también la madre tiene legitimación para ser demandante y demandada en interés propio; con lo cual al posibilitar este litis consorcio entre los progenitores y el hijo, se hubiesen obviado los proble-- mas en cierto modo insólitos, si pensamos que el --

juez entendiese que si el hijo falleciese y no tu-- viese más herederos que la madre, ésta sería parte principal en la legitimación pasiva.

La jurisprudencia italiana se ha mani-- festado al respecto. (97)

"Sobre el presupuesto que el legítimo - demandado era sólo el hijo en caso de su muerte, -- desde el momento que la madre era un sujeto secundario y accesorio que intervenía ope legis el deman-- dante no podía proseguir el juicio en confrontación a ninguno".

Naturalmente pensamos, que es absurdo - que pudiese llegarse a esta conclusión, pues no se impugna una paternidad abstractamente considerada, sino dentro del contexto de unas relaciones familiares que responden en este caso a una filiación ma-- trimonial, de forma que cuando al hijo se le impugne su paternidad, en última instancia se pretende rebatir aquella filiación de la cual responden ambos -- progenitores, vis a vis.

De suerte que, en caso de que muriese - el hijo, el marido como ha tenido que demandar a éste (su presunto hijo) y a su madre, ¿continuará ahora ésta en su posición de única demandada en la --- acción?; lógicamente se ha extinguido la acción por

un hecho sobrevenido cual es la muerte del hijo, -- quedando sobreseído el derecho de la impugnación in coada por el demandante.

Naturalmente, cuestión discutida será - si falleciese la madre en el transcurso de la acción pues entonces continuaría el itínere de la misma te niendo como único demandado principal al hijo en la persona de su representante legal; a nuestro pare-- cer, obstentaría el cargo aquél que le competiese - la tutela legítima.

Una vez más, reiteramos nuestra opinión favorable a la inclusión del progenitor real (pre-- sunto padre) en el círculo de legitimados activos - y pasivos en el litis consorcio.

En otras legislaciones, como por ej., - la italiana o la lusitana, podrían incluír su compa recencia en la expresión aludida por dichos legisla dores de "presunto padre". Pero en cambio, nuestro legislador no deja lugar a dudas y explicita con -- claridad la denominación de "marido", eludiendo de esta forma elíptica y tangencialmente, cualquiera - homologación con aquellas expresiones que le acerca ría más a la autenticidad y veracidad del vínculo - real en la filiación.

En sentido contrario a lo que nosotros hemos manifestado, la doctrina italiana no se muestra muy conforme con que el "padre real" sea parte activa en la acción. (99)

"En el curso de la causa de impugnación el padre natural no es portador de un interés igual que aquél de las otras partes, ni su interés en el acogimiento de la demanda puede justificarse en su intervención adhesiva ex art. 105 p. II c.p.c. y ésto porque el carácter personal de la acción no decae a pesar de la ampliación de la categoría de los legitimados activos.

Sección 8ª

LA PROBLEMATICA DE LOS PLAZOS EN LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

Se ha superado la defectuosa redacción del anterior art. 113 C.c.; (100) pues entre otros puntos que después examinaremos, se define por fin con claridad cual es la naturaleza jurídica de los plazos en la acción. De suerte que ahora el legislador expresamente en los art. 136 y 137 C.c. alude al concepto de caducidad; cuando por el contrario, con el anterior art. 113 se discutió arduamente sobre si los plazos estipulados eran de prescripción o de caducidad.

Resulta comprensible que ante tales confusionismos antaño se recurriese de modo imprescindible a la opinión jurisprudencial para que se posicionase sobre el carácter de caducidad de dichos -- plazos. (101)

Otro de los problemas que planteaba el anterior art. 113 C.c., era el referido a la correcta intelección de su contexto literal, pues podía perfectamente transcurrir el plazo de los 2 meses del párrafo primero del art. 113, y con absoluto desconocimiento del marido inscribir el nacimiento del hijo en el Registro civil, de suerte que al transcurrir dicho período (plazo de caducidad) aquél no podría impugnar ya su paternidad legal.

Nuestra doctrina clásica no se puso de acuerdo, de manera que algunos autores llegaron a nuestro entender a la correcta interpretación de que la ocultación tenía como homónimo la ignorancia del nacimiento. (102)

No obstante, otros autores defendían un criterio diferente, cual era que nuestro anterior art. 113 describía claramente dos supuestos, uno de inscripción y otro de no inscripción. La inscripción otorgaba para este sector de la doctrina, la suficiente publicidad como para proteger el supuesto de una ocultación.

En este sentido PEREZ ARDA (103)

"Si el nacimiento se inscribió dada la publicidad que ésto implica, se entiende que no hubo ocultación del hecho, y únicamente cabe impugnarlo dentro de los dos, tres o sis meses con arreglo a las diversas circunstancias marcadas".

Afortunadamente, esta polémica doctrinal ha quedado disipada cuando con el tenor actual del art. 136 C.c., se manifiesta ya taxativo y concluyente: el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. De suerte que si se hubiese adaptado este criterio en la legislación anterior, a pesar de la inscripción, no hubiese corrido el plazo sino desde el momento en que el marido hubiese conocido el nacimiento.

Parece que en el pensamiento del legislador actual, hubiese influído la solución ecléctica que proponía la doctrina clásica más representativa. En este sentido CASTAN TOBEÑAS (104)

"Si se practicó la inscripción y el marido conoció el nacimiento, el plazo de caducidad de la acción se cuenta desde la inscripción. Si se practicó la inscripción pero el marido no conoció el nacimiento, el plazo corre desde que llegue a conocer aquél. No habiendo inscripción ni conocimiento el plazo cuenta desde que el nacimiento se descubra".

Sin embargo, nuestra opinión es que tampoco el legislador actual debe estimar que ha encontrado la panacea o fórmula idónea, pues la expresión transcrita que el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento suscita ingentes interrogantes, ¿tendremos que entender que a sensu contrario, si el marido se encontraba trabajando fuera de su domicilio conyugal y es notificado por su mujer o por un tercero del nacimiento de su hijo, será suficiente esta cognosciencia epistolar?, ¿empezará a correr a partir de ese momento el plazo de caducidad de la acción?.

Conviene que extractemos el parecer en este punto de la jurisprudencia y doctrina italiana, para cotejarlo con lo dispuesto por nuestro derecho positivo actual de lege data; de manera que aquélla como sabemos explicita los distintos momentos iniciales del cómputo de la acción, y cuánto ésta va a poder ser ejercitada por el marido.

De manera que tendremos que remitirnos al art. 224 C.c. italiano. (105)

"El marido puede desconocer al hijo en el término de un año que transcurre desde el día del nacimiento cuando él se encontraba en este tiempo en el lugar en que ha nacido el hijo; desde el

día de su retorno en el lugar en que ha nacido el - hijo o en el del domicilio conyugal si él se encontraba lejos".

Ahora bien, si nos remitimos a la anterior versión del art. 244 el plazo era inferior. -- (106)

"La acción de desconocimiento (impugnación) tanto en el caso del art. 233, cuanto en el - supuesto del art. 235 debe de ser propuesta por el marido en el término de tres meses que transcurren.."

De suerte, que se consideraba no sin -- fundamento que el término era tan exigüo que devenía el marido en un estado de indefensión, al no -- disponer en plazo preclusivo, de pruebas indubitadas sobre la extramatrimonialidad del recién nacido. (107)

Pues bien, traslademos esta hipótesis - a nuestro actual art. 136 C.c.. El legislador hispano ha subsumido en una sola fórmula toda la presumible problemática sobre la heterogeneidad de los - distintos momentos de la cognosciencia del nacimiento; de suerte que si el marido con este conocimiento que tiene de la noticia del evento por ej. epistolarmente, hállese donde se halle, ¿le empezará a transcurrir el plazo de un año?.

Creemos que es una situación injusta, - es obvio, si el marido (presunto padre) se encontraba en el lugar del nacimiento, nada tenemos que objetar; pero si se encontraba ausente, su alejamiento le provocaría una situación de indefensión, pues siempre tendría un conocimiento muy parcelado de la realidad; si a ello añadiésemos la imposibilidad de regresar hasta transcurridos unos meses puesto que se encontraba enfermo, vería cómo por el hecho de - no ignorar el nacimiento, su presunción de paternidad matrimonial conferirá al hijo dicho status, consecuentemente en semejante tesitura, ¿transcurrido el año de su inscripción en el Registro civil, no - podrá entonces impugnar?.

Claro está, naturalmente si el plazo -- transcurrido desde el momento en que el marido no - ignora el nacimiento, puede implicar otra cuestión, cual es la que se deriva del supuesto de hecho si-- guiente: estando ausente, consideramos que la única constatación fehaciente de dicho conocimiento natalicio sería el personal, de manera que a nuestro parecer, cuando el marido no se encontrase en el lu-- gar del nacimiento, no deberá desencadenarse la presunción, ni por el conocimiento epistolar, ni a través de otros medios de comunicación, sino por el conocimiento físico in situ.

Ahora bien, se nos podría objetar que - quizá el marido se abstuviese de retornar deliberadamente, entonces continuando con el mismo razonamiento, ¿el plazo permanecería en suspenso hasta su definitivo regreso?.

El legislador lusitano a diferencia del español, considera que el conocimiento no es suficiente para desencadenar la acción, pues puede --- ocurrir que se desconozcan las circunstancias reales de cómo se produjo el mismo.

De forma que, resulta interesante conocer los supuestos de lege data establecidos por tanto por el legislador luso como por su homónimo alemán. (108)

"La acción de impugnación de la paternidad puede ser intentada: por el marido en el plazo de dos años contados desde que tiene conocimiento - de circunstancias de las cuales pueda concluírse su no paternidad".

"El plazo comienza desde el momento en que el padre tuviese conocimiento de aquellas circunstancias que deben hacer prueba de la legitimidad. No dará comienzo mientras no haya nacido el - hijo".

Esto supuesto, ¿tenemos que deducir -- que para el legislador portugués, por ej. si el --

marido está ausente y no regresase cuando tuviese - adverado y cabal conocimiento de su paternidad, provocaría con ello la caducidad de la acción?.

En este sentido comenta DE OLIVEIRA: no se puede dilatar el plazo de la acción, basándose - en el hecho que ha sido después cuando ha llegado - a la conclusión de la ilegitimidad de su presunto - hijo. (109)

En realidad, nuestra mayor preocupación en la redacción de estos párrafos radica en su claudicante carácter suspensivo y en su indecisa clarificación; pues bien, pudiera suceder que el conocimiento de las circunstancias que hacen presumible - la creencia al marido de la madre de su no paternidad matrimonial pudiesen salir a la luz cuando el - hijo hubiese consolidado suficientemente una posesión de estado constante y adquirida sin interrupción alguna.

Por lo que concierne al legislador alemán, considera que el plazo de dos años que tiene - igualmente el marido para impugnar la legitimidad - del presunto hijo, su cómputo se hace depender como hemos visto de un móvil subjetivo, y no como expresa nuestro legislador hispano que lo hace depender

de un hecho objetivo, cual es el conocimiento del - nacimiento (art. 136 C.c.).

En opinión de la jurisprudencia germánica, esta literalización del conocimiento real en el hecho generador de la extramatrimonialidad, implicaría situaciones tan desconcertantes como el creer - que la ignorancia de la ley excusase del cumplimiento del ejercicio de la acción.

En este punto, la jurisprudencia teutona opina que el plazo para la impugnación de la paternidad matrimonial de un hijo, empieza según las condiciones expuestas en el art. 1594 BGB a correr también si el marido de la madre en base al desconocimiento del Derecho supuso que el hijo era extramatrimonial, aún sin una impugnación de la paternidad matrimonial. (109)

Volviendo al problema del cabal conocimiento del nacimiento, tenemos que hacer las siguientes matizaciones: si consideramos que es más importante el conocimiento objetivo de la noticia del nacimiento, que el conocimiento subjetivo de la noticia que aconteciese con su retorno, entonces, el -- plazo inexcusablemente empezará a correr desde el - preciso momento que el nacimiento fuese conocido -- por el medio que fuera, y hállese o no ausente el -

marido del lugar en que hubiese nacido su presunto hijo.

Consideramos oportuno remitirnos a la doctrina italiana, prolija en estos extremos como sutil y aguda en sus planteamientos. En este sentido descolla el razonamiento de DEIANA. (110)

"Si la ley hace transcurrir el término desde el día del retorno, es porque presume que antes del retorno, el marido nada sabía del nacimiento; presunción bien justificada, siendo normal (a su parecer) que el marido ignore el nacimiento hasta cuando no se halle en uno de los lugares indicados en la norma; tratándose sin embargo, de presunción, es posible probar lo contrario; presentada la prueba en contrario, si descubre que el término había comenzado a transcurrir desde el día de la noticia; solución justa, no pudiendo la ley querer que se pueda alcanzar un resultado más grave como aquél de permitir a un marido permanecer inactivo tanto tiempo y de obrar por motivos abyectos".

Continuando con el problema de la ignorancia del nacimiento, hemos reiterado anteriormente que un decisivo problema será el de compaginar uno y otro supuesto. Así pensamos, que no será suficiente el hecho de que el marido hubiese conocido el embarazo de la mujer en un súbito y repentino retorno; supongamos de que el marido fuese marino y hubiese efectuado una escala técnica; el hecho de -

que la mujer le hiciese saber a su esposo que está embarazada, no puede ser motivo suficiente en nuestra opinión, para que después cuando aconteciese el nacimiento (momento en el cual el marido se encontrase ausente) pretendiese ampararse aquella en la simple notificación por carta o por télex para presumir un conocimiento autosuficiente por parte del marido; de modo que ipso iure tuviese que comenzar a transcurrir el plazo de caducidad de un año.

Creemos que obrar así, sería desconocer la evidencia de los hechos, de manera que la auténtica cognición del nacimiento, el veraz conocimiento del mismo lo tendrá a su regreso, momento en el cual podrá recoger todo tipo de pruebas y de indicios.

Por ello corroboramos la opinión de FINOCHIARO cuando dice: (111)

"Con la expresión "retorno" se indica - el restablecimiento de una relación, entre la persona y el lugar, no meramente ocasional que permite - asumir o venir en posesión de noticias ciertas e - inequívocas: la noticia del nacimiento debe de hecho consistir en una cognición no genérica ni aproximativa, sino tal que contenga en sí elementos de concreción, actos para eliminar cada duda o sospecha, mientras que son irrelevantes en tal sentido - las "voces" del nacimiento que puedan correr en un determinado ambiente".

Centremos nuestra atención en la expresión, posesión de noticias ciertas e inequívocas, -¿puede el marido, presunto padre real, cerciorarse con todo lujo de detalles y recabar todo tipo de información estando ausente del nacimiento?.

Creemos que no, por ello es indispensable un conocimiento cabalístico que no somero (notificación epistolar) del nacimiento; resultando que dicha adveración de los hechos los tendrá in situ; de manera que concluímos que será a su regreso cuando los mismos empiecen a cobrar carta de naturaleza, sinó resultaría injusto que valorásemos como fundado el conocimiento que tiene el marido por cábalas, sospechas, rumores, infundios etc.

En este sentido, conviene traer a colación una reciente sentencia germana de 1.973, en la cual se matiza diáfanamente la distinción entre sospecha e indicio. (112)

Resumiendo lo dicho, tenemos que precisar una serie de matizaciones:

En primer lugar, de la somera comparación que a nivel de plazo deducimos con respecto a la legislación italiana y la nuestra;

nos parece prima facie que nuestro legislador ha obviado cualquier complicación, resumiendo en una sola frase cuantos supuestos heteróclitos pudiesen -- presentarse, de suerte que no ha elucubrado sobre - si cuando nació el hijo estaba o no en el lugar del nacimiento, o si estando ausente el cómputo debiera hacerse a su retorno; sino que por el contrario, ha glosado en esa expresión "el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento", cuantos su--- puestos pudiesen colegirse en cada situación ad hoc.

En segundo lugar:

Creemos que la ampliación actual del -- plazo de impugnación a un año, viene a manifestar - que los dos, tres, o seis meses que establecía la - legislación anterior eran claramente exigüos, ciertamente ahora la mens legislatoris ha sido inclinarse por la fundamentación de que si el marido se encontraba ausente, el plazo de un año comience a --- transcurrir desde que tuviese noticia del nacimiento, de modo que así tiene, creemos con objetividad, tiempo suficiente para regresar y plantear la referida acción de impugnación en el referido plazo.

Sin embargo opinamos que no siempre --- ello resultará equitativo, sinó reparemos en el ---

supuesto de que el marido trabajando en el extranjero, hubiese tenido que ser hospitalizado por accidente laboral, conociendo dicha noticia en el hospital donde se encontraba internado; regresando a la sazón cuando ha transcurrido un año después de dicho nacimiento del cual tuvo cumplida noticia. --- ¿Ello supondrá tal como está redactado el art. 136 C.c., que ha caducado para él la acción de impugnación?; no podemos por menos que sorprendernos de la solución tan injusta de este planteamiento que hemos esbozado.

Pensamos que hubiese sido preferible -- que el legislador hubiese matizado más dicho conocimiento del evento natalicio, y añadir quizá un parágrafo al tenor *in fine* del art. 136 C.c., significando su contenido que para el caso de ausencia del marido el plazo de un año se computará desde que pudo retornar, o no hubiere ninguna causa justificada que lo impidiese.

Claro está, si hubiésemos empleado la fórmula que el legislador anterior utilizaba para el caso de ausencia: "Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residiesen en España; y de seis si fuera de ella (p. II art. 113)", el resultado sería *a posteriori* iniquo; puesto que llegaríamos --

a la peregrina conclusión, de que podría darse el - supuesto de que el marido se abstuviese de retornar sine die quedando en suspenso la filiación del re-- ción nacido; por ello, vemos la conveniencia de ad- juntar junto a la imposibilidad del retorno una cau sa legítimamente justificada.

Sucede por el contrario, que de lege da- ta ello no ha sido así, de suerte que la conclusión será que resultando que el marido estuviese en la - física imposibilidad de regresar cuando hubiese si- do notificado del nacimiento; si volviese transcurri do un año de la inscripción de la filiación, y cuan do en las relaciones familiares se viviese en la po sesión de estado de filiación matrimonial, habría - periclitado para él la acción y vería inimpugnada - una falsa e irreal verdad legal.

Puede suceder que el marido no regrese voluntariamente, o que aun retornando a tiempo no - pueda impugnar, y ello puede acontecer cuando se vi va en las relaciones familiares sin la posesión de estado de filiación matrimonial; pues entonces en - este supuesto el único legitimado para impugnar se- ría el hijo o sus herederos, y la acción no es cadu cable sino por ende imprescriptible para él (art. - 137 in fine).

A sensu contrario, el legislador fran-- cés ha homogeneizado los plazos en la impugnación, pero ha considerado oportuno discernir su cómputo - para las diversas circunstancias que puedan presentarse, por ej., lugar del nacimiento, retorno, alejamiento.

De forma que el legislador galo se ex-- presa del siguiente tenor. (113)

"El marido debe formar la acción de impugnación en los seis meses del nacimiento, cuando él se encuentra en el lugar. Si él no estaba en el lugar, en los seis meses de su retorno, y dentro de los seis meses que siguen al descubrimiento del --- fraude, si el nacimiento del hijo le había sido --- ocultado".

Con franqueza, no nos convence la fórmula del conocimiento cuando el marido se encontrase ausente, pues parece que el hecho fáctico de cono-- cer el nacimiento sería suficiente para que el cómputo del plazo comenzase a transcurrir de modo inexorable, desobjetivizándose el hecho del alejamiento justificado.

En este sentido, COLOMBET , FOYER, HUET WEILLER, LABRÜSSE-RIOU. (114)

"Como para el pasado conviene sin embargo admitir que el punto de partida del tiempo en caso de alejamiento no se remite a la fecha del retorno del marido, más que si éste no ha tenido conocimiento del nacimiento. Si a pesar de su alejamiento, sucede el nacimiento, el tiempo de seis meses debe de partir desde el día de este conocimiento".

Otro problema concomitante con la interpretación de la expresión in fine del art. 136 C.c. español (el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento), será entender si el nacimiento a que se refiere nuestro legislador, será el hecho físico biológico del referido evento natalicio, o por el contrario debemos de entender que el nacimiento a que alude es el acta de inscripción del mismo, pues es entonces cuando legalmente tiene efectos civiles dicho nacimiento; de suerte que como consecuencia de la inscripción se adquirirá la condición jurídica de hijo matrimonial o extramatrimonial. A ello podemos argumentar positivamente lo siguiente (115). "La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente 1º) por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres".

De todo lo cual, deducimos que hasta el preciso momento de la inscripción del nacimiento no existe filiación matrimonial legalmente determinada.

De manera que continuando con la cohe-- rencia de este hipotético razonamiento, el plazo de un año comenzaría a transcurrir desde el momento en que el marido tuviese constancia fehaciente de di-- cha inscripción de nacimiento en el Registro civil.

Recogemos a continuación la opinión del Consiglio de la Magistratura italiana. (116)

"La casación, por tanto, considerando - que el estado de hijo legítimo no se adquiere con - el nacimiento de mujer casada, sino como consecuencia del acto del nacimiento, ha sostenido que hasta que no se forma el acto de nacimiento de filiación legítima, la acción de impugnación no es proponible de suerte que hasta tal momento no empieza a transcurrir el término de caducidad".

Nosotros pensamos que nuestro legisla-- dor ha sido suficientemente explícito, y dicho nacimiento se refiere al hecho fisiológico del nacimiento de mujer casada, cuyo marido se presume que es - el padre de los hijos de aquélla.

Creemos que, si el legislador hubiere - querido expresar que dicho nacimiento se refiere al que figura en el acta de inscripción, lo hubiere dicho y no se hubiese expresado con tanta reticencia.

Conviene traer a colación la opinión de CATTANEO, (117) que viene casualmente a reiterarnos que la presunción de conocimiento es iuris tantum, y que un cabal conocimiento podría venir dado precisamente por la inscripción del nacimiento.

Con respecto al plazo o término que se le concede para ejercitar la acción al hijo; existe una sustancial diferencia entre lo que prevee nuestra legislación, y lo que ha dispuesto el legislador italiano:

De forma que se expresa éste del siguiente modo: (118)

"La acción de impugnación de la paternidad puede ser propuesta por el hijo, dentro de un año del cumplimiento de la mayoría de edad o desde el momento en que viene sucesivamente en conocimiento de hechos que hacen admisible la impugnación. -- La acción puede ser además propuesta por un curator especial nombrado por el juez a instancia del hijo menor que ha cumplido 16 años".

Las diferencias resultan tajantes a nivel de somera comparación. Nuestro legislador, concede la acción al hijo en dos momentos; cuando es menor de edad o incapaz, o si ya es mayor de edad y ha salido de la incapacitación; en ambos supuestos el plazo es el mismo, un año, cambiando ---

exclusivamente los legitimados, pues en el primer - caso al no tener capacidad de obrar el hijo es re-- presentado por su madre o el Ministerio Fiscal; en el segundo momento, cuando el hijo ha llegado a la mayoría de edad, a él le compete el ejercicio exclu sivo de la acción, pues se le supone que tiene la - madurez suficiente para renunciar o no a su condi-- ción de hijo matrimonial que por ende detenta for-- malmente.

Si exegetizamos los dos sistemas, el co rrespondiente al legislador italiano y el correspon diente a su homónimo hispano, deduciremos que: en - el supuesto italiano, el plazo de ejercicio de la - acción que le compete al hijo, podemos arriesgarnos a asegurar que deviene per se imprescriptible, he - aquí una fundamental diferencia con el precepto le- gal español, el cual expresa diáfanamente que el -- plazo en cualquier caso es de un año y además cadu- cable.

¿Dónde apoyamos nuestra argumentación?, precisamente acudiendo al art. 244 C.c. italiano, - en concreto, al penúltimo apartado de dicho parágra fo donde dualiza el plazo de ejercicio, o bien al - año siguiente de llegar a la mayoría de edad, o bien si llegado este momento no conoce aún los hechos --

reveladores de su condición o status de hijo no matrimonial, el legislador sintiéndose extremadamente benévolo, concede la acción sin plazo de caducidad, de suerte que deberá ejercitarla desde el momento - en que viniese sucesivamente en conocimiento de los hechos que hiciesen admisible la impugnación. Claro está, como señaló la doctrina italiana, estos hechos pueden suceder cuando el hijo llegase a una -- edad decrépita y vetusta.

En este sentido, DEIANA concluía (119):

"Qué utilidad puede tener el permitir - ejercitar la acción hasta los 90 años, si hasta este momento no ha descubierto hechos ciertos?".

En cambio, ha habido voces en la jurisprudencia italiana que consideran que al marido debiera habérsele provisto de un plazo como el establecido para el hijo; desde el momento en que viene en conocimiento de los hechos que hacen admisible - la impugnación, incluso tildando tal omisión de inconstitucional. (120)

Parece pues, que para el foro italiano la unidad de la familia, la consolidación de una posesión de estado de hijo matrimonial, es menos --

relevante que la justicia material llevada a cabo - muchos años después, cuando la verdad biológica --- real intentase imponerse a la verdad legal formal-- mente consolidada en beneficio de la posesión de estado de hijo que ha adquirido ya en las relaciones familiares matrimoniales.

Evidentemente, el legislador italiano - ha extremado su agudeza en este punto; quizá ha pretendido dar a entender elíptica y subrepticiamente algo parecido a lo que dicotomiza el legislador español en el ejercicio de la acción, según haya o no posesión de estado en las relaciones familiares; de suerte que si existe posesión de estado de filiación matrimonial, el plazo es de un año y además de caducidad, pero si por el contrario no existe dicha posesión de estado de hijo matrimonial, entonces la - acción deviene imprescriptible cercenándose el círculo de los legitimados activos en la impugnación - (ésta es sucintamente la mens legislatoris de nuestro legislador).

Claro está, entre una y otra legisla--- ción subsiste un criterio cronológico distinto, de manera que la reforma italiana es anterior en el -- tiempo; luego esta sutil dicotomía que ejemplifica nuestro legislador no ha podido por ende ser adoptada por el sistema italiano.

O por el contrario, debemos de entender, que lo que ha querido expresar el legislador italiano de modo tácito, ¿es que casualmente cuando no -- exista en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, el hijo podrá plantear la acción desde el preciso momento en que tuviese conocimiento de los hechos que hacen admisible la impugnación?. Lógicamente, esta circunstancia tendrá lugar según el raciocinio de nuestro legislador, cuando el hijo no estuviese detentando la posesión de estado de hijo matrimonial, resultando con verosimilitud este momento como el más idóneo - para justificar el desconocimiento de los referidos hechos que patenticen su condición de hijo extramatrimonial.

Pero no cabe duda, que ésta es una interpretación que hacemos desde nuestra peculiar óptica exegética, escrutando las razones o impulsos - que han motivado a nuestro legislador a conceder -- una acción imprescriptible en el último apartado -- del art. 137 C.c., para cuando no exista en las relaciones familiares la posesión de estado en la aludida filiación matrimonial.

Ahora si bien es cierto, también nuestro legislador permite al hijo proponer la acción -

cuando tenga conocimiento de los hechos que manifiesten su condición de hijo extramatrimonial. Pero a diferencia del legislador italiano ello será sólo posible cuando no exista en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial; en cambio, el legislador italiano, según nuestra interpretación admite por el contrario, que el hijo pueda plantear dicha acción tenga o no tenga posesión de estado de hijo matrimonial.

Otra diferencia en nuestra opinión, es que el legislador italiano concede la acción al hijo antes de que llegue a la mayoría de edad, cuando tenga 16 años; ahora bien, deberá ser ejercitada -- por un curator especial, no resultando legitimado activamente en interés propio, sino que obrará en representación del menor; de lo cual se deduce que al hijo se le amplía su plazo de la acción desde -- los 16 años hasta los 18, y si aun así no ha tenido exacto conocimiento de su falsa paternidad, se deja en suspenso la condición o status del hijo ilimitadamente. Creemos que ello va en claro detrimento de la seguridad de las acciones de estado, que pueden quedar supeditadas sine die a cualquier evento expectante que prorrogue indefinidamente la no clarificación de la filiación real.

Sin embargo nuestro legislador, no ha razonado del mismo modo; sino que cuando la madre no tuviese la patria potestad o hubiese fallecido y el hijo fuera menor o incapaz, el Ministerio Fiscal podrá plantear la acción de impugnación, pero tendrá que hacerlo de forma inexcusable al año siguiente de la inscripción como hijo matrimonial en el Registro civil; de suerte que si el interregno que va desde que ha transcurrido dicho año hasta que llegue a la mayoría de edad, se hubiese tenido conocimiento fehaciente de los hechos que demuestren la condición extramatrimonail del menor o incapaz, no podrá actuar sino que tendrá que esperar a que el hijo llegue a su mayoría de edad para que pueda plantear la acción de impugnación. En nuestra opinión ello va en contra del interés real del hijo; puesto que supongamos, que éste siendo menor o incapaz y habiendo fallecido la madre, la acción como hemos visto - compete al Ministerio Público, pero deberá incoarla al año siguiente de la inscripción de la filiación de aquél, pero si resulta que durante el año en --- cuestión en que está legitimado no ha conocido los hechos que revelen sospechas, indicios, etc. veraces de la no matrimonialidad del hijo, ¿es que acaso transcurrido dicho año caducaría la acción?, y - si por ej. estos hechos o indicios, son conocidos - cuando todavía al hijo le faltan seis o siete años

para llegar a la mayoría de edad, ¿tendríamos que - concluír que según la literalidad del precepto la - única posibilidad será esperar que el hijo llegase a su mayoría de edad para que entonces pueda ejercitar la acción?.

En nuestra opinión, es una solución injusta e iniqua, ¿por qué el hijo ha de verse compelido a vivir forzosamente en una posesión de estado de hijo matrimonial que no es la que se corresponde realmente con su filiación?, ¿por qué motivo se le prohibe al Ministerio Público que en tales circunstancias no pudiese proponer la acción?, ¿no va claramente en perjuicio de su formación y desarrollo - psicoafectivo el verse sometido a un trato quizá vejatorio por parte de su padre legal durante este período de tiempo?.

Se nos ocurre la solución, de que hubiese sido más ecléctico y justo que el Ministerio Fiscal mientras el hijo fuese menor o incapaz pudiese plantear la acción hasta que el hijo fuese mayor de edad o saliese de la incapacidad.

Ciertamente, nuestro legislador delega la acción cuando el hijo es menor o incapaz en el - Ministerio Fiscal (121) "las acciones que corresponden al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ---

ejercidas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal", sin embargo, creemos - que ésto no quiere decir que pueda ser ejercitada - durante toda la vida; sin duda este artículo debe-- mod de ponerlo en conexión con el párrafo II del ci tado art. 137 C.c., que concretiza específicamente el tiempo hábil en que el Ministerio Fiscal podrá - incoar la acción; de suerte que el tenor literal de este artículo dice: "La paternidad podrá ser impug- nada por el hijo durante el año siguiente a la ins- cripción de la filiación. Si fuera menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de -- edad o la plena capacidad legal. El ejercicio de - la acción en interés del hijo que sea menor o inca- pacitado, corresponde asimismo, durante el año si-- guiente a la inscripción de la filiación, a la ma-- dre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal".

Llegamos a la conclusión que el conoci- miento de los hechos que fundamentan el status ma-- trimonial del hijo serán diferentes para la madre - que conoce inconcusamente la paternidad real, que - para el Ministerio Fiscal que ignora este extremo. Por ello, hubiese sido más equitativo, entender que cuando actúa el ente público será porque estos he-- chos reveladores de la condición o status real del

hijo, lo mismo puede haberlos conocido al año si--- guiente de la inscripción, que después de haber --- transcurrido el plazo anual de la inscripción del - acta del nacimiento. Pero la situación es diferente para la madre, pues dichos hechos reveladores de la no paternidad matrimonial de su hijo los conoce de forma indubitada desde el primer momento.

Como hemos visto, el legislador italiano ha concedido dicha acción a un curator especial, no es que resulte él el legitimado ad hoc, sino que obra en representación del hijo a quien se le debe completar su capacidad procesal.

A este respecto dice FINOCHIARO (122).

"Fijada en los 18 años la mayoría de -- edad, es evidente que el hijo pudiendo proponer la acción por medio de un curator especial hasta que - haya cumplido los 16 años, tiene tiempo hasta el -- cumplimiento de los 18 años para ejercitar la acción".

El hecho de que nuestro art. 137 párrafo II tipifique que interés del hijo que sea menor o incapacitado el ejercicio de la acción corresponderá a la madre que tenga la patria potestad o al - Ministerio Fiscal, ello no obstante no quiere significar que legitimados activos sean éstos últimos, -

pues su única finalidad en su actuación es comple-- mentar la insuficiente capacidad del hijo por no haber alcanzado la mayoría de edad o resultar incapacitado.

No obstante, nos parece mucho más ecuánime el legislador portugués, acercándose con mayor acierto en líneas generales a nuestra proposición; si nos remitimos a lo tipificado por el legislador luso. (123) "La acción de impugnación de la paternidad podrá ser intentada: c) por el hijo, hasta un año después de haber llegado a la mayoría de edad - o de haber sido emancipado, o con posterioridad dentro de un año a contar de la fecha en que tiene conocimiento de las circunstancias por las cuales pueda concluírse no ser hijo del marido de la madre".

Estamos plenamente de acuerdo, con el - primer supuesto del apartado transcrito, no tanto - sin embargo, en la segunda oportunidad o ampliación del plazo, es decir del momento en que tenga cabal conocimiento de su origen extramatrimonial.

De manera que, respecto al primer plazo que se concede al hijo debemos de matizar la siguiente observación:

Cuando el hijo es menor o incapaz hasta que llega a la mayoría de edad o recobra la capacidad existe un plazo dilatado que deviene caducable sólo cuando el hijo ha alcanzado su mayoría de edad o ha salido de la incapacitación; porque el legislador portugués, a diferencia del nuestro, ha considerado justa y acertadamente que establecer el plazo riguroso de caducidad justo al año siguiente de la inscripción de la filiación en el Registro civil -- cuando el hijo es menor o incapaz, y conceder esta acción en interés del hijo a la madre o el Ministerio Fiscal, supondría relegarle al hijo a una clara situación de indefensión, cuando quien pudiere obrar en su lugar en estas circunstancias, no conociere - fundadamente en el plazo de un año hechos fundados y sospechas serias sobre su status extramatrimonial; de suerte que transcurrido este término tan preclusivo desconociéndose la filiación real del hijo, -- éste tendría que esperar injustamente hasta que llegase la mayoría de edad o saliese de la incapacitación para impugnar su filiación matrimonial, como - es el supuesto ad literam que expresa nuestro legislador en su articulado de filiación (137 p. II).

Por todo lo cual, el legislador luso -- más consciente que su homónimo hispano de esta circunstancia, ha considerado que debe de repararse legalmente en esta trilogía de plazos.

En primer lugar, podríamos decir que nace como prescripción, deviene *a posteriori* en caducidad condicionada, y concluye como imprescriptibilidad asimismo suspensiva.

Es decir, inicialmente desde que el hijo es menor o incapaz hasta la mayoría de edad o hasta que devenga capaz, no hay un plazo de caducidad, sino que el representante legal del hijo puede obrar en cualquier momento de este período, cuando tuviere sospechas fundadas de que su representado no es hijo del marido (padre legal) de su madre. Sin embargo, cuando el hijo llegase a la mayoría de edad o saliese de su estado de incapacitación, entonces el plazo de impugnación deviene caducable, y tendrá obligadamente que impugnar durante el año siguiente de haber alcanzado dicho *status*; pero incluso después la acción vuelve a metamorfosearse de naturaleza imprescriptible, de manera que aún se podrá incoar su ejercicio durante toda su vida, si transcurridos los años viniese en conocimiento inconcuso de su origen extramatrimonial; *ipso iure* desde este momento vuelve a nacer un último plazo de caducidad anual, durante el cual deberá de interponerse la demanda, si no lo hace así, su ejercicio procesal habrá periclitado de forma indefectible *in perpetuum*.

Corroborando lo dicho la doctrina portuguesa se manifiesta en el sentido de que una vez conocidos de modo indubitado los hechos reveladores del *status* extramatrimonial del hijo, el plazo debe de ser de un año.

En este sentido se manifiesta DE OLIVEIRA. (124)

"Con respecto al Derecho del hijo, la ley pretende condicionarlo al plazo de un año a partir del momento en que el titular se encuentra en condiciones tales que sabe o debía razonablemente haber percibido que no era el hijo del marido de la madre, sin perjuicio de que el hijo pudiera obrar durante la minoría de edad a través del representante legal, y por sí mismo durante el año (siguiente) posterior a la mayoría de edad o emancipación".

De todas las maneras, en lo que no ha sido suficientemente diáfano el legislador portugués es que si habiendo incoado la acción durante el año siguiente a su mayoría de edad, y no habiendo tenido éxito en su instancia procesal; ¿podría *a posteriori* volver a remplantearla, cuando tuviese en su poder pruebas fundadas de su *status* extramatrimonial?

Esta duda nos surge de la redacción literal del parágrafo, "hasta un año después de haber llegado a la mayoría de edad o de haber sido emancipado o posteriormente ...".

Pensamos que la seguridad jurídica no saldría muy - bien parada manteniendo durante tanto tiempo irresoluble el status del hijo.

Resumiendo, pensamos que durante la minoría de edad o la incapacidad del hijo, nuestro legislador no tenía que haber tipificado un plazo tan riguroso de caducidad, como por desgracia corrobora en el párrafo II del art. 137 C.c. ("El ejercicio - de la acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde asimismo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal").

Creemos asimismo que el mencionado plazo viene a colación, cuando el hijo llegase a la mayoría de edad o recobrase la capacidad y estuviese en la posesión de estado de hijo matrimonial de -- suerte que si no se encontrase en dicha posesión la acción devendría imprescriptible.

Nosotros estimamos que en el momento -- que se supiese de forma apodíctica que la concepción del hijo no fue ex marito sería cuando el plazo de un año debería empezar a computarse; por ello creemos que el legislador hispano, tenía que haber ---

previsto de lege data la posibilidad que el Ministerio Fiscal pudiera obrar no sólo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, sino desde este momento hasta que el hijo llegase a la mayoría de edad o saliese de la incapacidad; de manera que sería precisamente a partir de este mismo instante, cuando el hijo podría ejercitar la acción en el plazo caducable de un año.

Hemos omitido deliberadamente mencionar junto al Ministerio Fiscal a la madre (cuando el hijo es menor o incapaz), porque como hemos dicho en páginas anteriores, la madre desde el primer momento conoce adveradamente quien es el progenitor real de su hijo; por todo lo cual, no sería justo alargar de modo innecesario para ella la proposición de la accion, y perjudicar en última instancia la consolidación de una posesión de estado del hijo en las relaciones familiares matrimoniales.

Otra crítica que se puede argüir con respecto al término en el cual se plantea la acción, es que quizá el plazo de un año fuese en detrimento de la definitiva consolidación del status de filiación del hijo.

En este sentido, la doctrina italiana - en concreto TAMBURRINO opina que (125). Ha habido una extensión de carácter general de los términos - o plazos de un año (anteriormente 3 meses). Lo --- cual contribuye a disminuir el valor de la presun-- ción de legitimidad y mantener en una situación de precariedad la situación de filiación del hijo.

Tendremos que matizar con respecto a la legislación italiana, que una ampliación a un año - corresponde exclusivamente al marido (presunto pa-- dre) y al hijo, no así a la madre, pues para ello - el plazo queda reducido a seis meses desde el momen to del nacimiento.

Nuestro legislador, como hemos visto a diferencia de la anterior (que establecía como he-- mos visto en el art. 113 C.c., 2, 3, 6 meses) ha -- subsumido todos los supuestos en un mismo plazo de ejercicio, es decir, en un año.

Nuestra opinión, es que un tiempo infe- rior resultaría insuficiente para que los legitima- dos en la acción pudiesen proveerse de los medios - probatorios, de modo que, obrarían con precipitación y quizá ante el temor de ver caducado su derecho -- plantearían infundadas demandas; con lo que la ---

judicialización de estos problemas familiares devendría más perjudicial con un brevísimo plazo impugnatorio, que por el contrario manteniendo condicionado el status de filiación durante el plazo de un -- año; de suerte que durante este período podrá refutarse la apócrifa filiación que ostenta el hijo, imponiendo en su lugar el favor veritatis de su status más acorde con el interés real del hijo y con la -- verdad biológica.

Estimamos que el plazo de un año es un criterio lógico de política legislativa; supongamos que el marido se encontrase ausente (ej. fuera navegante); si considerásemos que el plazo de la acción fuese de seis meses o menos, podría suceder que conociendo el nacimiento pero encontrándose fuera del país, regrese quizá a tiempo de impugnar, puesto -- que sólo habían transcurrido cuatro meses, quedándole todavía dos meses hábiles para hacerse con todo el acervo probatorio; pero podría pasar que debido a la premura de tiempo no le diese tiempo a presentar un principio de prueba suficiente de los hechos en que fundase su pretensión, de modo que no le fuese aceptada la acción. También podemos imaginar -- que cuando regresase (partimos del supuesto de que ignora el nacimiento, y que se interpreta la sufi-- ciencia de este conocimiento, como el que provee --

cualquier notificación del evento natalicio), ya hubiese transcurrido el plazo de ejercicio de la --- acción, con lo cual vería impuesta contra su voluntad una verdad legal, que no la real en la filia--- ción.

Sin embargo, puede replicarse en sentido contrario razones como que la premura del tiempo y su limitación es consecuencia de los graves intereses morales y patrimoniales en juego.

En este sentido opina TARTAGLIONE. (126)

"Se suele justificar la previsión de -- breves y rigurosos términos, con la siguiente argumentación: que no se necesita tener suspendido por largo tiempo importantes intereses, cuales son aquellos unidos a una acción de impugnación; no parece comprensible una tardía reacción del marido traicionado o de los herederos defraudados, se trata de -- cuestiones las cuales pueden ser resueltas sólo con pruebas frescas y palmarias".

Dentro de la extensa casuística sobre - la distinta tipología de plazos en el derecho comparado, no podemos pasar por alto el plazo extraordinario que tipifica el legislador suizo, para después compararlo con lo expresado en nuestro sistema le-- gislativo.

En este sentido el Código civil suizo - dice (127):

"La acción puede ser intentada después la expiración del tiempo cuando por justos motivos hagan el retraso excusable".

No encontramos en nuestra legislación - de filiación de lege data una disposición similar - ad hoc; sin embargo, conviene que tangencialmente - traigamos a colación por una parte el art. 138 C.c. en relación al art. 141 C.c., los cuales aluden a - los reconocimientos que implican una filiación ma-- trimonial que puede verse impugnada por los vicios del consentimiento; y de otra parte analizar la dis posición transitoria sexta de la ley 19-V-1.981 -- (128)

"Las sentencias firmes sobre filiación, no impedirán que puede ejercitarse de nuevo la --- acción que se funde en pruebas o hechos sólo previs tos por la legislación nueva".

Exegetizando ambos supuestos con lo explicitado por el legislador suizo, deducimos lo siguiente:

En primer lugar transcribiremos el tenor literal del art. 138 C.c. "Los reconocimientos que determinen conforme la ley una filiación matrimonial podrán ser impugnadas por vicio de consentimiento".

Este supuesto, se refiere a nuestra opinión al art. 117 C.c. cuando el hijo ha nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio está amparado en una presunción relativa iuris tantum de paternidad; de suerte que un reconocimiento expreso del marido (presunto padre) otorgará a éste una filiación matrimonial que sólo podrá impugnarse si ha existido un vicio del consentimiento.

Esto supuesto, creemos que la mens legislatoris que ha llevado al legislador suizo a adoptar esta fórmula que en principio parece atentar contra la estabilidad del vínculo, no es otra que la inidoneidad del consentimiento, es decir, devenir este viciado.

Como muy bien dice HEGNAUER. (129)

"Como en el antiguo Derecho (art. 257 al 3 C.c.) la acción de impugnación es igualmente admisible después del transcurso de los plazos, cuando por justos motivos hagan el retraso excusable (art. 256 al 3 C.c.). Como en el anterior derecho (art. 257 al 1 C.c.) el dolo de la esposa o del tercero es igualmente justo motivo de retraso en el sentido del nuevo derecho".

Vemos pues, como los vicios del consentimiento, bien sea el dolo, el error, la violencia o la intimidación, constituyen el supuesto de hecho de la norma tipificada; de suerte que podemos asimismo alegar que también constituirá para nuestro legislador un retraso excusable por ej., el error, luego también éste sería un justo motivo que una vez desvanecido, posibilitará que se incoe la oportuna acción.

En este sentido, conviene que expresemos la conclusión a la que llega AUBERT (130), el error que vicia el consentimiento y constituye un justo motivo para poder justificar el retraso de la acción como excusable, puede ser incluso un error de Derecho.

"La sentencia citada (55-II.11) ha estimado que un error de derecho excusable constituirá un justo motivo: el demandante se había dirigido a un juez incompetente (Comp. art. 139 CO) ".

Sin embargo, nos interesa asimismo cotejar la norma helvética cuando no ha acontecido un reconocimiento, sino que por el contrario la presunción de paternidad se deduzca ope legis después de los 180 días de la celebración y antes de los 300 días de la disolución del matrimonio o de la separación legal o de hecho, es decir, lo expresado por nuestro art. 116 C.c. en realización con los art. 136 y 137 C.c.

El hijo nacido en estas circunstancias está amparado ipso iure en su posesión de estado de hijo matrimonial en las relaciones familiares.

El plazo de un año para impugnar su filiación matrimonial, no empezará a transcurrir mientras el marido ignore el nacimiento; de manera que, si éste tuviese un conocimiento indubitado e inconcuso del evento natalicio transcurrirá sin dilación el plazo de caducidad; de suerte que finalizado éste, el ejercicio de su derecho devendrá extemporáneo, y ello pensamos nosotros es así por el contenido de ius conditum de nuestro articulado que no permite la solución del legislador helvético; pues éste incluso posibilitaría de nuevo la acción, cuando por justos motivos hiciesen el retraso excusable.

Creemos que hubiere sido necesario incluír un tenor como la que se transcribía en algún proyecto anterior a la redacción definitiva de nuestra ley de filiación (131). "El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad por causa distinta al vicio del consentimiento hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil".

Nosotros pensamos, que su omisión del - texto definitivo no es acertada, y no nos vale el - razonamiento de que supondría una repetición tautológica del art. 138 C.c., cuando éste explicita el supuesto del vicio del consentimiento.

Nos reiteramos en nuestra afirmación, - pues el referido precepto transcribe únicamente el supuesto de reconocimiento que implica una filiación matrimonial; pero no olvidemos que ésta, también -- puede ser determinada legalmente por sentencia firme o por inscripción del nacimiento junto a la del matrimonio de los padres, y que este nacimiento puede producirse lógicamente una vez transcurridos 180 días después de la celebración del matrimonio; luego hay una presunción de matrimonialidad ipso iure y no se necesita de ningún reconocimiento ad hoc.

Pues bien, la omisión en el articulado de la filiación, en concreto en el art. 136 C.c., - del inciso aludido del consentimiento viciado, imposibilita a nuestro juicio que una vez conocido el - nacimiento y transcurrido un año pudiera incoarse - ulteriormente la acción porque se alegase el conocimiento precisamente en este momento de los hechos - que fraudulentaron su convicción.

De manera que, supongamos que el naci-- miento fuera prematuro y la mujer le hiciera creer al marido que el hijo fue fruto de una gestación -- normal y aquél no ha tenido dudas fundadas de su paternidad hasta mucho tiempo después (ej. tres años); pues bien, para nuestro legislador el demandante habrá dejado caducar su derecho a la impugnación; en cambio para su homónimo suizo, el marido podría aún incoar su acción impugnatorio. (132)

"El retraso es por lo demás excusable - por justos motivos (art. 257 al 3 C.c.). Según la jurisprudencia existe cuando el demandante no ha tenido razones suficientes para dudar de su paterni-- dad e impugnar antes al hijo. Pues es solamente el informe del 17 Agosto 1.955, el que ha hecho nacer semejantes dudas fortalecidas el 12 de Septiembre - de 1.955 por confesión del antiguo amante de la demandada, por el motivo de sus relaciones sexuales - el 31-XII-1.953/1 Enero 1.954 aproximadamente a la mitad de este mes. Desde que el marido fue informado, él interpuso la acción en justicia".

La conclusión es que para el supuesto - del art. 116 C.c. español (presunción de paternidad absoluta), y su correlativa impugnación a través de los art. 136 y 137 C.c., no se posibilita un *favor iuris* en el ejercicio *a posteriori* de la acción, -- (transcurrido el plazo preclusivo de caducidad) --- cuando por cualesquiera motivos justificasen excusable su retraso en la operatividad objetiva del plazo.

Por lo que respecta a la aludida disposición transitoria sexta pensamos que también indirecta y elípticamente podría ser una forma velada - de incoar de nuevo la acción por justos motivos.

Claro está, es necesario que aclaremos que no es un supuesto de clara analogía; y ello porque la previsión de la norma, a nuestro tenor contradice no ya la seguridad jurídica sino que pone - en entredicho la eficacia de la cosa juzgada, el -- permitir que aun existiendo sentencias firmes sobre filiación no se impide que vuelva a incoarse de nuevo la acción que se funde en pruebas (pensamos que biológicas en su más amplio sentido, ej. genéticas, heredobiológicas, etc.) previstas en la legislación nueva; concretamente en el art. 127 C.c., por el -- cual se admite en los juicios sobre la paternidad - y maternidad todo tipo de pruebas.

Naturalmente, partimos de la base de su no homologación con lo dispuesto por el legislador suizo, puesto que en la disposición transitoria de nuestra reforma sobre la filiación, ya se ha ejercido previamente una acción que ha concluído en una - sentencia firme; a diferencia del art. 256 p. III - suizo que prevee el supuesto de que no se ha ejercitado la acción en los plazos establecidos, y que --

a pesar de la caducidad, sin embargo por una causa motivada se desencadena de nuevo la tempestividad - para incoar la acción.

Esto supuesto, el único punto de analogía que nosotros observamos fueraparte de lo aquí - expuesto, es que para nuestro legislador actual, -- constituirá un justo motivo para ejercitar la acción la verdad biológica real, por encima de la verdad legal establecida, cuando genética y fisiológicamente se hubiese excluído la paternidad del marido (presunto padre) o se confirmase su probabilidad de paternidad como muy verosímil.

Resumiendo lo dicho, a nuestro parecer, esta disposición transitoria sexta será operante sólo en el caso de que no se haya consolidado ya una posesión de estado correspondiente a la filiación - que se viniese ostentando; pues de no ser así, pensamos que la seguridad jurídica quedaría vilipendiada. Creemos pues, que esta disposición podrá venir a colación siempre que en las relaciones familiares no existiese una posesión de estado, bien de filiación matrimonial o no matrimonial, pero no cuando - constante e ininterrumpidamente el hijo viniese detentando una posesión de estado consolidada firmemente en el tiempo.

Puede servirnos de argumentación el párrafo II del art. 140 C.c., que aludiendo al supuesto de filia-- ción no matrimonial dice. (133)

"Cuando exista posesión de estado la -- acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herede-- ros forzosos. La acción caducará pasados cuatro -- años desde que el hijo, una vez inscrita la filia-- ción goce de la posesión de estado correspondiente".

Naturalmente, sabemos que cuando en la filiación matrimonial no exista posesión de estado, el hijo puede impugnar la paternidad en cualquier - tiempo, que viene a ser lo mismo que decir que cuan do el justo motivo (no posesión de estado) quede pa tentizado y conocido por el demandante (legitimado activo en la acción). Pero a sensu contrario esta acción imprescriptible se torna caducable, cuando - en las relaciones familiares exista la referida po- sesión de estado; de suerte que si no ejercita la - acción en tiempo idóneo, después su pretendido ejer cicio devendría extemporáneo (y no se podrá ya argu mentar el hecho del restablecimiento de la acción - por justo motivo).

Resulta asimismo interesante, comparar nuestros artículos impugnatorios (art. 136 y ss.) --

con lo dispuesto por el legislador italiano (art. - 244); de manera que éste si bien ha concedido la -- acción de la madre tenga o no la patria potestad, - sin embargo el tratamiento no es paritario ni afín con respecto a los otros legitimados en la acción - (padre e hijo), pues aquélla en lo dispuesto por el legislador italiano tendrá que plantear la acción - en el plazo de seis meses a partir del nacimiento - del hijo.

Creemos, que si tildábamos de inconstitucionalidad al legislador español por el hecho de haber desigualado la posesión de los cónyuges en su derecho a la impugnación, impidiendo que la madre - cuando en las relaciones familiares existiese posesión de estado de filiación matrimonial pudiese impugnar por derecho propio la presunción de paternidad; del mismo modo, creemos que el legislador italiano no ha andado extremadamente ecléctico, cuando asimismo ha desoído una igualación en el trato legitimatorio para los cónyuges.

Desde luego, las razones que en su día se aludieron en la reforma de filiación italiana -- son ciertamente inconsecuentes. (134)

"Habíamos considerado conformemente que la diversidad de los términos se justificaba por la diversidad de situaciones en que venían a encontrarse el marido y la mujer en la misma circunstancia; el marido de hecho tiene cierta necesidad de investigaciones o averiguaciones más complejas y pues de un período más largo para comprobar la paternidad - real".

¿Qué es a sensu contrario, lo que ha expresado nuestro legislador?, si bien ha unificado - todos los plazos de impugnación en el período de un año y en este supuesto ha actuado con equidad; sin embargo por lo que hace referencia a los legitimados ad hoc para proceder en ese plazo a la impugnación, ha actuado con profunda iniquidad y con un -- claro talante inconstitucional.

Para la doctrina italiana, su legislador actuó del mismo modo quebrantando la ley fundamental, al haber formulado la admisibilidad de la - acción en términos tan restringidos en el tiempo, - y en móviles subjetivos de actuación tan reducidos (la acción debe ser propuesta a partir del nacimiento del hijo); con lo cual exegetizando ambos sistemas legislativos, ¿qué tenemos que opinar de nuestro legislador, que con un talante mucho más cercenativo, condiciona el ejercicio de la legitimación activa de la madre a que ésta detente la patria potestad?; ¿se respeta acaso con esta postura la ---

igualdad de derechos de los cónyuges?.

Por ello, no compartimos el criterio -- del ponente CASTELLI, cuando aducía que el hecho -- del tratamiento desigual no era motivo de inconstitucionalidad en la reforma de su derecho de filia-- ción. (153)

¿Quizá la razón diferenciadora, habría que buscarla en el distinto conocimiento del evento natalicio por cada uno de los cónyuges?. Es obvio que resulta ser una razón justificadora la certeza de la madre sobre la paternidad real del hijo. También nuestro legislador ha evidenciado esta doble - óptica, expresando dos momentos diferentes, uno para el marido, cual es el conocimiento del nacimiento y otro para la mujer si ostenta la patria potestad al año siguiente de la inscripción en el Registro civil, de suerte que para ella no hay duda so-- bre el veraz conocimiento del embarazo; pero al mismo tiempo ha concedido también el mismo plazo de un año al Ministerio Fiscal, cuando el hijo sea menor o incapaz, sin embargo el Ministerio Público, puede conocer los hechos reveladores de la condición ex-- tramatrimonial del hijo mucho tiempo después que se cumpla el plazo preclusivo de caducidad, es decir - quizá superado el plazo legal de un año.

En conclusión, en nuestra opinión no resulta demasiado justo, igualar la legitimación y el cómputo del plazo de la acción del Ministerio Fiscal con el de la madre, pues ésta como hemos dicho no tiene dudas sobre la identidad del progenitor biológico de su hijo, cuestión por otra parte distinta en el caso del Ministerio Público.

La doctrina portuguesa también dualiza el conocimiento del evento natalicio tanto para el marido (presunto padre) como para la madre, DE OLIVEIRA es partidario de esta postura, puesto que la madre sabe desde el nacimiento si el marido (padre legal) es el padre de su hijo. (136)

Sin embargo las razones aludidas por el legislador italiano para justificar el tratamiento desigual con respecto al plazo de ejercicio en la acción, radica en la certeza de la concepción del hijo.

En este sentido, la reforma de filiación italiana en concreto la comisión legislativa de la Cámara de diputados se manifestó al respecto del siguiente modo. (137)

"En nuestro caso, sin embargo parece -- difícil sostener la posición de la madre (que sabe con certeza a quien pertenece el hijo que ha concebido) sea análoga con la del padre, creo pues legítimo establecer una diversificación de los términos".

Parece por el contrario, que nuestro legislador hubiese temido que el adagio mater semper certa est unido a presumibles móviles de extorsión o de chantaje, pudiese menoscabar de una forma libérrima la presunción de paternidad, y que al ser ésta un simple indicio, pero nunca una prueba irrefutable, se viese con ello el marido compelido a creer de forma indubitada que los hijos concebidos por su mujer son también hijos suyos.

Ahora bien, del tenor de nuestro art. - 137 C.c. p. II, concede como sabemos la legitimación a la madre si ostenta la patria potestad o al Ministerio Fiscal, cuando el hijo es menor o incapaz; no obstante, no podemos olvidar que el plazo de un año que dichos legitimados tienen, lo es cuando en las relaciones familiares existiese casualmente posesión de estado de filiación matrimonial, ¿y si la madre hubiese fallecido?, ¿el hijo tendría que esperar a que llegase a su mayoría de edad o saliese de la incapacitación porque quizá al Ministerio Fiscal no - se le instó su actuación en su momento oportuno?.

Nuestro legislador es categórico, cuando exista en las relaciones familiares posesión de estado de filiación matrimonial entonces se decanta irremisiblemente en pro de un criterio de caducidad; en cambio, cuando faltase en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial el término de la acción se torna imprescriptible.

Ahora bien, ¿qué plazo sería, el que viniese a colación en una situación heterogénea?. Supongamos que el hijo cuando era menor de edad vivió un tiempo en la posesión de estado de hijo matrimonial, pero después llegado el dies a quo de su mayoría de edad no existía ya posesión de estado de filiación matrimonial, ¿el plazo de ejercicio de la acción será el de caducidad o el de imprescriptibilidad?, ¿los herederos, podrán plantear en cualquier tiempo sin sujección a plazo de caducidad, la impugnación de la filiación matrimonial?.

De nuevo tenemos que remitirnos a páginas precedentes, e incidir en el citado art. 130 -- C.c. "A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas". De modo que si el hijo vivió sin la posesión de estado de hijo matrimonial en las relaciones familiares, no tendrá que sujetarse al plazo de un año, sino que en ---

cualquier momento podrá entablar la acción, de forma que si antes de fallecer la incoó oportunamente sus herederos continuarán la acción ya entablada.

Al mismo tiempo entendemos, que una vez iniciada la acción por el hijo, (no habiendo posesión de estado consolidada en la filiación matrimonial) si la misma la interpuso por ej., cinco meses antes de su repentino fallecimiento, sus herederos la continuarán durante el plazo que restase para completar la acción iniciada en vida por su titular originario, es decir siete meses.

Por ello estimamos que devendría per se injusto que los herederos planteasen la acción mucho tiempo después, amparándose equivocadamente en la condición de imprescriptibilidad de la acción; hacerlo así sería un craso error, pues lo que ha querido diferenciar el legislador con la caducidad o la imprescriptibilidad, es casualmente "la idoneidad del momento operativo de la acción". Es decir, con la caducidad, una vez acontecido el supuesto de hecho legal, ipso iure empieza a transcurrir el plazo de un año para los legitimados; pero en el supuesto de la imprescriptibilidad, el legislador consciente de la imposibilidad de la cognosciencia de los supuestos fácticos para el legitimado en la

acción de impugnación, cuando no existe en las relaciones familiares posesión de estado de hijo matrimonial, deja a su libre albedrío el veraz conocimiento de aquellos hechos que le manifiesten al hijo la naturaleza real de su filiación; ahora bien una vez conocidos éstos notoriamente, (ésto puede suceder - en cualquier tiempo) deberá ejercitarse de modo inmediato la acción en el plazo de un año. De manera que si el titular originario, por ej. el hijo antes de fenecer había ejercitado su derecho, justo seis meses antes, sus herederos continuarán en la prosecución de la acción durante el plazo preclusivo de los seis meses restantes a partir del fallecimiento del titular originario.

Sección 9ª

SUSPENSION DEL PLAZO EN LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

Con franqueza, del análisis del art. 136 C.c., que nos tipifica expresamente que al marido - le compete la acción al año siguiente de la inscripción cuando ha conocido el nacimiento; deducimos de ello, que el legislador se está refiriendo al su--- puesto de que el marido (presunto padre) sea capaz, es decir, que no esté sometido a ninguna incapacitación. Nuestra duda surge, cuando de la lectura del precepto, no parece aludirse a la solución que vaya a darse cuando el marido sufriese una interdicción o devenga incapaz.

Si nos remitimos al p. I del art. 137 - C.c. es taxativo: (la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscrip-- ción de la filiación.

Si fuese menor o incapaz, el plazo contará desde -- que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal).

Pues bien, si aplicamos analógicamente el criterio que ha observado el legislador español para el hijo, al supuesto del marido que ha devenido incapaz o ha sufrido una interdicción, concluiremos que deberá inexcusablemente impugnar la paternidad cuando recobrase la plena capacidad legal; lo - cual, nos parece tanto en uno como en otro supuesto incongruente; supongamos que el presunto padre, su incapacidad no tuviese visos de una curación real - en un corto período de tiempo, sino que por el contrario fuese problemático dilucidar cuándo podrá -- llegar a su pleno raciocinio; si ésto fuese así, el hijo podría ver supeditado su *status* a una suspen-- sión del plazo *sine die*.

A nuestro juicio hubiera sido conveniente que el legislador hubiese tipificado una solu--- ción positiva *ad hoc* para el supuesto que aludimos.

¿Tendrá que observarse la solución que tipifica el legislador en el párrafo II del art. -- 137 C.c. concediendo dicha acción cuando el legitimado sea el hijo y se encuentre en un estado de ---

incapacidad o minoría de edad, al Ministerio Fiscal?

La doctrina francesa, en concreto los - autores COLOMBET , FOYER, HUET WEILLER, LABRUSSERIOU comentan que : (137)

"La ley permanece muda sobre la apertura de la acción en beneficio del tutor del marido - sometido a tutela, y que la jurisprudencia lo había a veces admitido con el objeto de evitar el perecimiento de las pruebas, pero que sobre lo mismo la - doctrina no era favorable".

Naturalmente, nuestro legislador al omitir toda referencia al tutor del incapacitado o al Consejo de Familia, estimamos que sí debiera haber aplicado la analogía con el supuesto comentado del art. 137 C.c.; de suerte que se concediese al Ministerio Fiscal acción para obrar en nombre del marido; no obstante, nos interesa matizar más profundamente esta hipotética homologación, es decir; creemos que sí podría actuar el Ministerio Público, pero obrando por mediación o interés no directo, similar al - nuntius que manifiesta una declaración de voluntad de otro, de suerte que en nuestro caso no sería --- otro que el organismo tutelar que hubiese mediado - necesariamente.

Se puede reprochar, que la función del tutor consiste exclusivamente en la gestión patrimonial y administrativa de los negocios del incapacitado o interdictado, de manera que nada obsta a que éste ejercite su derecho procesal a la impugnación.

Como muy bien dicen DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS.

"La tutela del interdictado no afecta - a su persona ni a su esfera personal (podrá contraer matrimonio, reconocer hijos naturales, hacer testamento)".

Evidentemente, si de acuerdo con la legislación anterior podía obrar resultando legitimado para reconocer a un hijo natural, nada empece -- a que pueda ahora impugnar su filiación matrimonial.

Somos del parecer, que para el supuesto de incapacitación el organismo tutelar deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal cualquier hecho que perjudique gravemente a su tutelado; es decir, si la tutela le correspondiese por ej., al padre del incapacitado, será él quien tendrá que po-- ner en conocimiento del ente público la apócrifa filiación, puesto que se perjudica con ella los intereses del hijo tanto personal como patrimonialmente.

Sin embargo otros autores como MEULDERS KLEIN, niegan al tutor competencia y legitimación - para obrar en nombre de su pupilo, cuando de un derecho personal se trata, como es el caso de la im-- pugnación de la paternidad. (139)

"El tutor no es admitido a ejercer en - nombre de su pupilo menor o mayor, ciertas acciones de carácter personal, tales como la acción de divorcio o de separación o de impugnación, incluso con - la autorización del Consejo de Familia".

En vista de lo expuesto nuestra opinión es favorable a la legitimación ad hoc del Ministerio Fiscal, operando del mismo modo, que para cuando el hijo es incapaz (art. 137 p. II).

Supongamos que el marido resultase incapacitado pero estaba oportunamente organizada la tutela. En nuestra opinión, el plazo de un año empezaría a transcurrir desde que el tutor del incapacitado hubiese tenido cumplida noticia del nacimiento del hijo.

Ahora bien, ¿qué soluciones son proponibles, si durante el transcurso del año siguiente a la inscripción no se hubiese instado la intervención del Ministerio Fiscal o puesto en su conocimiento - la necesariedad de actuar en impugnación?.

La cuestión podría resolverse ofreciendo un doble orden de argumentaciones:

En primer lugar, considerar que caduca-ría la acción; si bien es cierto se nos podría objetar que ello supondría actuar con total indefensión con respecto al presunto padre, pues caducaríamos - para éste su ejercicio procesal a una presumible impugnación, que quizá fuera deseable para él una vez recobrado el juicio; una segunda objeción, vendría dada por la personalización de la acción que compete exclusivamente al interesado, de modo que no podrá deferirse a cualquier tercera persona.

Sin embargo nosotros nos adherimos a la segunda tesis que nos parece más defendible y ecuánime, sería la siguiente:

No caducará la acción, sino que analógicamente a lo que ocurre para el supuento del hijo - incapaz, (cuando el Ministerio Fiscal no hubiese -- instado la acción) siempre tendrá oportunidad el hijo una vez recobrada la capacidad de poder ejerci-- tar la misma, de manera que entonces homólogamente el presunto padre incapaz tendrá los mismos derechos que aquél.

No obstante, se nos podría argüir críti ca y acerbadamente que ello supone una total incertidumbre, una completa inseguridad en lo que concierne a la condición filiacional de su hijo al quedar expectante su status de una presumible acción.

Supongamos que el hijo hubiese vivido - en la posesión de estado de hijo matrimonial durante toda su vida, y cuando ya hubiese consolidado dicho status es cuando el presunto padre recobra la - capacidad, ¿pretender la impugnación ahora, no resultaría desde cualquier punto de vista vejatorio?. A nuestro parecer no podría prevalecer en este momento el interés de la verdad biológica, pues también ésta puede resultar corolario de un derecho -- (el impugnatorio), cuyo desuso y pasividad durante largo tiempo supondrá que intentarlo a posteriori (su replanteamiento) convertirá esta aptitud del impugnante presunto padre en antijurídica.

Resulta interesante, que extractemos la opinión de DEIANA, sobre el posible detrimento que puede provocar en la mujer del incapacitado el ejercicio de una acción que quizá el marido se hubiera abstenido de ejercitarla. (140)

En buena lógica la inseguridad mayor -- proviene a nuestro modo de ver en la incertidumbre legal, al haberse obviado un supuesto que presumi-- mos será fuente de conflictos constantes. Nosotros, hemos analizado el supuesto de que el Ministerio Fiscal obrase por motivación del Consejo de Familia, - que a su vez ha instado al tutor lo que procede en el supuesto impugnatorio, ahora bien, ¿podría omi-- tirse esta intervención del organismo tutelar colegiado, y dejar a discreción del tutor la oportuna - incoación?. Es obvio que bajo ningún concepto po-- dría competerle al tutor el ejercicio de la acción impugnatoria, pues éste es un acto que calificamos de personalísimo, de suerte que no entra dentro de la gestión patrimonial del tutor, por lo cual a éste se le cercena cualquier actividad motu proprio - concerniente a derechos intuitus personae que caen bajo la esfera de su titular originario.

Por todo lo cual, recalcamos y suscribimos totalmente la opinión de los autores DIEZ PICAZO Y GULLON BALLESTEROS que refiriéndose al tutor - dicen:

"Es quien administra y dispone y quien ejerce la representación legal del tutelado, completando la limitada capacidad de obrar de éste, excepto en la esfera estricta de su personalidad". (141)

Nos parece por tanto que no debiera argumentarse en su favor la circunstancia de que un derecho personal, cual es la impugnación de la paternidad entrañase en el fondo un interés patrimonialístico que pudiese redundar de forma negativa en los bienes del tutelado; por lo que resultaría conveniente la oportunidad de conceder la acción en favor del tutor. No sería correcto este razonamiento máxime cuando no tenemos que olvidar que existe previamente un prius ineludible, cual es el móvil de la conveniencia, opción subjetiva unida al tutelado, de suerte que a él indefectiblemente le corresponde desencadenar o no la acción, si lo hace así (ejercita la acción), entonces lógicamente el corolario subsiguiente será el interés patrimonial o gestión administrativa que competería al tutor de aquél.

No obstante lo referido traemos a colación un extracto de una interesante sentencia italiana, que al menos en primera instancia parece aceptar la teoría, que el supuesto de impugnación del status matrimonial del hijo, es un simple acto de administración ordinaria que no necesita autorización del juez titular. (142)

Quizá la omisión de nuestro legislador, al no hacer expresa mención al supuesto de la incapacitación del presunto padre y no proveer explícitamente el organismo de la tutela para este supuesto ad hoc; es porque quiere con ello expresar de modo tácito que sea el Ministerio Fiscal quien examinados los hechos provea qué es lo más necesario y conveniente al interés del hijo. Si fuese así consideramos que si ha sido instada su actuación por el tutor del incapacitado, aquél (el ente público) examinará con detenimiento cuales son las motivaciones reales que subyacen en la petición.

Mucho nos tememos que toda intención patrimonial encerrará la mayoría de las veces un beneficio sucesional en favor de terceros (los herederos legitimarios que se favorecerían en su cuota hereditaria, si se impugnase la paternidad del encausado, es decir, del incapaz presunto padre).

Volvemos a reiterar, que a nuestro juicio deberá aplicarse con un claro criterio de analogía lo dispuesto por el legislador para el supuesto de hijo menor o incapaz (cuya legitimación compete también al Ministerio Fiscal).

Concluímos exponiendo el siguiente comentario al supuesto expresado más arriba; estimamos imprescindible que el Ministerio Fiscal en estos casos debería examinar si el tutor que ha instado su actuación, resulta ser o no pariente en línea recta del incapacitado, es decir, considerar cuál es su parentesco de consanguinidad con el incapaz.

Reparemos asimismo, en el supuesto fáctico de que el marido no hubiese impugnado (cuando resulte incapacitado), ¿y si después recobrase el juicio?. Resulta obvio deducir, que el Ministerio Fiscal cuando no ha sido iniciada la acción tendrá que ponderar mucho estas circunstancias, para no relegar al marido que recobra la capacidad en una situación de indefensión si su animus voluntatis ahora lúcido hubiese sido no interponerla.

En este sentido, conviene que nos remitamos a una reciente sentencia de la Corte de casación italiana sobre la conflictividad de los intereses entre el tutor y el menor siendo ambos parientes. (143)

Ahora bien otra interpretación tampoco desdeñable podría entender que si el marido (presunto padre) resultase incapacitado o deviniese en un

estado de incapacitación mental; como el art. 136 - C.c. no distingue expresamente el supuesto, ello -- viene a significar que la intención del legislador es que si el marido hubiese devenido a dicho estado de incapacitación, el plazo de la acción se suspende hasta que el marido recobrase la plena capacidad; de suerte que el hijo mantendrá un status jurídico de filiación condicionado al evento expectante de - la presumible recuperación de la capacidad de aquél (el marido incapaz, presunto padre legal).

Naturalmente, esta hipotética deducción en nuestra opinión no es defendible; de manera que si porque el marido resultase incapaz tuviésemos -- que suspender el plazo de impugnación hasta que recobrase la capacidad, resultaría vejatorio que si - tal circunstancia aconteciese en edad tardía, a partir de este momento se revitalizase el período im-- pugnatorio con toda su eficacia, ¿qué sentido puede tener plantear la referida pretensión procesal en - la senectud?.

Con francueza creemos que el supuesto - resultaría ominoso para el hijo, el cual vería destruído su status de hijo matrimonial; en cuya posesión de estado se habia mantenido constante e ininterrumpidamente hasta que su padre legal una vez --

recobrada la capacidad de obrar impugnó en época -- tan vetusta su presunción de paternidad.

En nuestra opinión, el legislador hispano ha omitido una clarificación de este tema al respecto, de forma que pensamos que hubiese sido deseable la transcripción de un parágrafo en el cual se explicitase que en estos supuestos no se podrá impugnar una posesión constante y consolidada en el tiempo en favor del hijo, máxime cuando éste, su interés queda patentizado en la realidad familiar que formalmente le vincula.

Por su valiosa aportación conviene que nos remitamos a lo dispuesto por la legislación germana (144)

"A este respecto, hay que decir en primer lugar que el legislador ha concebido, en interés del niño, su derecho a impugnar de forma diferente al correspondiente al marido, quien de acuerdo con el 1594 Secc. 3 del BGB posee un Derecho que desaparece a los diez años del nacimiento del niño mientras que el niño puede ejercitar su derecho un momento muy posterior por lo tanto tras una larga posición jurídica como hijo legítimo".

De lo cual se puede inferir que se considera la situación fáctica de la posesión de estado consolidada por el hijo, imponiéndose en este --

caso la verdad legal y formal, a la biológica y --- real, en consideración al interés del hijo, tradu-- ciéndose a nuestro modo de ver, en una de las pocas excepciones a la reforma de filiación, en la cual - como sabemos, uno de sus principios paradigmáticos resulta la verdad biológica real.

No creemos que devendría como solución justa, que en aras del pleonástico principio programático, cual es la verdad biológica, se tuviese que desconocer por esencia de este rígido dogma constituyente la verdad adverada en el tiempo, cual es la posesión de estado consolidada por el hijo en las - relaciones familiares.

En consecuencia, tendremos que reprobar la opinión de aquellos que se posicionan en pro de la suspensión del término hasta que el marido recobrase la capacidad, momento en el cual podría incoar la acción de impugnación prescindiéndose de la posesión que disfruta el hijo.

En este sentido, conviene remitirnos a la enmienda que adoptó el GOBIERNO ITALIANO, al Proyecto de Filiación. (145)

"Si la parte interesada en promover la acción de impugnación de la paternidad, se encuentra en estado de interdicción, al transcurso del -- término indicado en el artículo precedente se suspende hasta que dura el estado de interdicción".

Por su parte el legislador español; sin embargo con una interpretación extensiva o mejor dicho extrema, podía llevarnos a la conclusión, que - como el plazo no transcurre mientras el marido ignore el nacimiento, y ésto sucederá lato sensu, cuando el marido devenga a un estado de incapacitación, se suspenderá el ejercicio de la acción hasta que - aquél recobrase la capacidad; omitiéndose cualquier referencia a la tutela, por ser de la opinión, que éste, el derecho a la impugnación es un derecho que entra de lleno en la esfera de los conceptuados como personalísimos que no pueden ser deferidos a ningún representante legal sino que por su misma esencia competen al titular originario.

Nuestra opinión es favorable a la analogía con el supuesto explicitado para el hijo incapaz, cuya acción es ejercitable además de por la madre que tenga la patria potestad, por el Ministerio Fiscal, de suerte que éste mismo también estará legitimado para obrar en el caso del marido incapaz.

Resulta interesante, la opinión de los ponentes en la Reforma italiana de filiación como - CASTELLI, PENNACCHINI, SPAGNOLI, que discutían acerca de la conveniencia o no de un curator especial - para que pudiese ejercitar la acción que competía - al incapacitado. (146)

Sección 10ª

PROBLEMATICA ACERCA DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

Concerniente al problema de la transmisibilidad de la acción, no podemos por menos que incidir exegéticamente en los comentarios que a nuestro parecer nos resultan imprescriptibles a la hora de analizar su problemática y que exponemos a continuación:

En primer lugar, la interconexión obligada, entre el art. 136 C.c. y el art. 130 C.c. (A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas), y el p. II del art. 136 C.c. (antes de haber transcurrido el plazo de un año, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo).

Naturalmente, con ello se quiere aludir a que únicamente están legitimados para proseguir - la acción si el legitimario originario (el marido) hubiese entablado la misma; a ello podría argumen-- tarse el hecho que estamos tratando de una acción - personalísima, que es sustancialmente intransmisi-- ble.

Ahora bien, ello no obsta a que entabla da la acción por el marido, sus herederos la consuman, naturalmente lo realizan no motu proprio sino en interés del afectado. Un argumento legal a la - imposibilidad de ejercicio de la acción en impugnación de la paternidad matrimonial por los herederos cuando no se hubiese entablado la acción, es el --- transcrito art, 130 C.c. Luego a sensu contrario - si la acción había sido incoada no subsistirá prima facie la prohibición.

Nos interesa recabar nuestra atención - en otro punto, cuando el legislador habla de herede ros, ¿quiere con ello hacer referencia a los herede ros forzosos del marido?.

No nos queda más remedio que acudir a - nuestro Código civil que en este punto establece -- quienes son herederos forzosos. (147)

"1º) Los hijos y descendientes respecto a sus padres y ascendientes.

2º) A falta de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3º) El viudo o la viuda en la forma y - medida que establece este Código".

De lo cual colegimos, que se diferencia sustancialmente de lo que disponen otras legislaciones como por ej., la italiana. (148)

"En el caso de la muerte del presunto - padre o de la madre, los descendientes y los ascendientes; el nuevo término transcurre desde la muerte del presunto padre o de la madre, o del nacimiento del hijo si se trata de un hijo póstumo".

Existe pues una trascendental distin-- ción con lo que en este punto prevee nuestro legislador; pues así como parece deducirse de la normativa italiana que se debe de formar un litis consor-- cio necesario entre todos los descendientes, sean - matrimoniales o extramatrimoniales (según su denominación legítimos o naturales) y los ascendientes; - este razonamiento lo deducimos de la conjunción copulativa "y",a diferencia de su anterior redacción

legal que empleaba diferencialmente la disyuntiva - "o"; de suerte que su tenor era el siguiente (149). "Si el marido muere sin haber propuesto la acción - pero antes de que haya transcurrido el término los descendientes o los ascendientes están admitidos a ejercitarla".

De manera que, si lo comparamos con lo dispuesto de lege data por nuestro legislador, y -- asimismo entendemos que los herederos a que se re-- fiere son los herederos forzosos, de la intelección del art. 807 que explicita quienes son aquéllos, llegamos a la conclusión que nuestro legislador no ha querido establecer un litis consorcio entre todos - los herederos, sino que por el contrario ha querido hacer referencia jerárquicamente a que en primer lugar estarán los hijos y descendientes, de manera -- que si los hubiese deberán plantear la acción con-- juntamente.

Es evidente que el sujeto pasivo al cual se le está cuestionando su filiación matrimonial debera por ende quedar excluído, pues él mismo tam--- bién es un legitimado activo que ostentará un título originario para impugnar, no como los restantes herederos cuyo título legitimatorio es propiamente deritativo.

Por ello estamos de acuerdo con FINOC-- CHIARO cuando dice: (150)

"Entre los descendientes del presunto - padre o de la madre no está obviamente comprendido el hijo en cuya confrontación está destinado a obrar la impugnación, y ésto no sólo porque él sea el demandado de la acción, sino porque el mismo es en base a la nueva disciplina titular de un poder de derecho sustancial de obrar que no deriva (aquél) de sus progenitores".

En su defecto, recurriremos a los padres y ascendientes, y en último lugar acudiríamos al -- cónyuge viudo, quedando éste descartado al resultar él demandado en la acción junto con el hijo.

El derecho portugués, tampoco establece una necesaria e insalvable formación de litis con-- sorcio entre los legitimados. (151)

Ahora bien, supongamos que si por ej. - el marido (presunto padre) hubiese fallecido habien do iniciado la acción, no existiendo más descendien tes que el hijo demandado en la misma, ni habiendo tampoco ascendientes, y puesto que el cónyuge viudo formaba con el hijo demandado litis consorcio pasivo necesario, ¿recurriremos a los colaterales en se gundo grado por consanguinidad, de suerte que compe terá su continuación a los presuntos hermanos ---

biológicos o consanguíneos del demandante?; si sucede que admitimos esta hipótesis pero éstos son menores de edad o estuviesen incapacitados, ¿habrá que proveérseles de un defensor judicial que actúe representando sus intereses?, ¿o por el contrario se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, para que éste continuase la acción?.

No nos convence que sea esta última, una solución justa, sobre todo considerando que el hijo tuviese su *status* condicionado a la interposición - más que presumible de la acción por parte de los herederos, cuando éstos por otra parte tuviesen interés en impugnar, pues ello les ocasionaría *a posteriori* un mayor beneficio en su cuota hereditaria.

Asimismo, podríamos preguntarnos, si como sucede en el Código civil portugués para el supuesto de transmisión de la acción cuando el marido hubiese fallecido, ¿proseguiría la acción su cónyuge que no resultase ser la madre del hijo de quien se impugna su paternidad?.

Trasladando este planteamiento analógico al derecho español, ¿sería admisible que argumentase aquél (cónyuge del marido fallecido, que no es la madre del hijo) su condición de heredero para impugnar la acción, con preferencia a los parientes -

colaterales del marido fallecido?.

Remitiéndonos pues al sistema portugués afirma en este extremo que: (152)

"Si el titular del derecho a impugnar - la paternidad fallece en el transcurso de la acción o sin haberla intentado, pero antes de acabar el -- plazo establecido en los arts. 1842 y 1843 tienen - legitimidad para proseguirla o para intentarla: En el caso de muerte del presunto padre, el cónyuge no separado judicialmente de persona y bienes que no - sea la madre del hijo, los descendientes y ascendientes".

Suponemos que éste será un problema que deberá dilucidar nuestro juez; no obstante atendiendo a la letra de la ley nosotros pensamos que no debería de negársele al cónyuge del marido fallecido (que no es la madre del hijo a quien el titular originario, presunto padre ha incoado la acción de impugnación de su paternidad antes de fallecer) que - pudiese proseguir la acción ya iniciada por su consorte, cuando por otra parte este cónyuge no era el que se tuvo que demandar en la acción junto con el hijo.

Somos de la opinión, que una interpretación extensiva de los arts. 807 C.c. que tipifica - al cónyuge como heredero forzoso o del 944 C.c. para el supuesto de sucesión intestada, legitimaría -

la actuación de aquél (cónyuge que no es la madre - del hijo).

Nuestro Código civil concluye lo siguiente: (153)

"En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederán en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente".

Lo cual nos hace llegar a la conclusión creemos que mucho más ecuánime, según la cual, un - derecho personalísimo y de tanta transcendencia patrimonial cual es el de la impugnación, está mejor respaldado y presumiblemente ejercido con mayor interés por el cónyuge viudo en segundas nupcias del marido fallecido, que por un colateral en tercer -- grado, por ej., un tío del causante, quizá desinteresado en impugnar a aquél (el hijo de su sobrino). Nuestro parecer es que el principio prior tempore - potior iure, aplicado al supuesto impugnatorio de - uno y otro, decantaría una posición preeminente del cónyuge con respecto a los parientes colaterales.

Otra diferencia que encontramos con respecto a la compulsión con el precepto legal portugués, es que su legislador ha previsto que se podrá

proseguir la acción sin que el titular originario - la hubiese iniciado. Para ello basta que nos remitamos al citado art. 1844 C.c. No sucede ésto en - el cuerpo legislativo español, pues según el criterio legal ya examinado previamente, sólo se puede - proseguir por los herederos las acciones ya entabladas por su causante.

Otro problema que debemos de aludir es el siguiente ¿los herederos del premuerto tendrán - que proseguir la acción o bien podrán desistir de - la misma?, ¿se les obligaría a continuar contra su voluntad una acción planteada por el presunto padre ya fallecido, o por el contrario arguyendo quizá móviles humanitarios y en interés del hijo podrían -- omitir la continuación de la acción?.

La conclusión de este razonamiento es - que sobre todo habría que atender a la voluntad del demandante originario; si su animus fue impugnar la condición matrimonial del status de su presunto hijo los herederos de aquél al transmitírseles la acción no actúan por derecho propio sino continúan el ejercicio de la acción en interés de otro, que es quien libremente podrá decidir exclusivamente el renun--- ciar o no al planteamiento de la misma.

Remitiéndonos al derecho portugués concluye con la siguiente afirmación. (154)

"Los legitimados para proseguir o intentar la acción no obstante intervienen subsidiariamente, ejercen un derecho propio, fundado en la proximidad familiar en que se encuentran con respecto al titular por vínculo de sangre o por vínculo conyugal. No obran en representación del fallecido, como si fuesen sucesores herederos".

Esto puede resultar congruente con el hecho de que para el legislador portugués, se puede transmitir la acción incluso sin haberla iniciado por el titular originario y primigenio (marido); de suerte, que claro está, los presuntos titulares sobrevenidos pueden juzgar la idoneidad o no de la viabilidad de la acción. Supuesto que no ocurre en el derecho español, donde a los titulares derivativos sólo se les transmite la acción, cuando ésta hubiese sido ya iniciada por el marido fallecido, titular principal.

Otro problema, que debemos reseñar, es el relativo a otros supuestos de transmisión de la acción que no sea el fallecimiento; cuales son por ej. la ausencia legal o la declaración de fallecimiento. Al haber una declaración oficial sobre su muerte (la del titular originario), lógicamente se

abre la sucesión del declarado fallecido; naturalmente los herederos del mismo no podrán plantear una acción que no hubiese sido iniciada por aquél; de suerte, que tendremos que entender que si el marido se encontraba ausente en paradero desconocido cuando nació su presunto hijo, éste mantendrá un status pendente, mientras que el marido desconociese el nacimiento. Si con posterioridad se hubiese instado el procedimiento para declararlo fallecido, el status de aquél no podrá ser impugnado por ningún heredero, considerando que la acción es personalísima - intuitus personae.

El problema se presentaría a nuestro -- juicio, si después a esa declaración de fallecimiento regresase el marido legalmente fallecido, cuando el hijo tuviese ya una edad madura.

Aplicando escrupulosamente la letra de la ley, el plazo de un año ¿comenzará a contar desde que ha tenido efectiva y real cognosciencia del nacimiento del hijo?; quien por otra parte ha consolidado ya una posesión de estado en las relaciones familiares de hijo matrimonial.

Espinoso problema será aquel de proveer a la continuación de la acción (cuando el marido --

hubiese sido declarado fallecido) por parte de los herederos. Imaginemos que el marido antes de ser - declarado fallecido hubiese iniciado la acción, y - que el representante del ausente es el hijo mayor - que convivía con aquél; la conclusión será que no - podrá continuar la acción, puesto que la esfera de su competencia incide de modo exclusivo en la ges-- tión patrimonial pero no personal del ausente.

Nos tenemos que remitir a nuestro Derecho positivo. (155)

"Salvo motivo grave apreciado por el -- juez corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y - administración de sus bienes y el cumplimiento de -- sus obligaciones: 1º) Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho. 2º) Al hijo mayor de edad, si hubiere varios serán preferidos - los que convivan con el ausente y el mayor al menor. 3º) Al ascendiente más próximo de menos edad que haya convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor. 4º) A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor".

Resulta un criterio evidente que el cónyuge quedaría descartado al ser parte pasiva principal en el juicio de impugnación junto con el hijo, a quien el marido ha rebatido su filiación; de suerte, que si éste tuviese un hijo mayor de edad, ---

devendría éste representante legítimo de los intereses del ausente; pero como queda reflejado más arriba su competencia se ceñiría con exclusividad a la administración de su patrimonio, luego no tendría - capacidad procesal para continuar un derecho personal que en vida de su titular, sólo le compete a él (como titular originario).

Ahora bien incluso cuando se ha declarado fallecido al marido, de nuevo nos surgiría un -- problema, y es el de dilucidar desde que momento podrían los herederos de aquél proseguir la acción, -- ¿desde que se entiende sucedida la muerte, o desde la firmeza de la declaración del fallecimiento?.

En este sentido, conviene que nos remitamos a la opinión de DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS. (156)

"Así con arreglo a la normativa general, la apertura de la sucesión debe de producirse en el momento que se señala como del fallecimiento de la persona (art. 195) pero en virtud del art. 196 hay que estar a la firmeza de la declaración. La conciliación de estos dos preceptos sería fácil si el legislador hubiese establecido la retroactividad del art. 196 al momento de la muerte pero no lo ha hecho, ¿ha de entenderse implícita por la exigencia legal que impone al juzgador el art. 195? es discutible, parece preferible por razones prácticas estar a lo dispuesto en el art. 196".

A nuestro parecer, resulta efectivamente congruente el momento en que es firme la declaración del fallecimiento; de manera que este instante será el que los herederos legitimados (por ej. el que fue representante legal del ausente) tomarán como dies certus, para presumiblemente proseguir la acción si hubiera lugar a ello.

El aspecto a nuestro juicio más polémico vendrá dado por el hecho de que durante todo este tiempo hasta la referida declaración de fallecimiento, el hijo al cual se impugna su paternidad habría vivido con toda seguridad en la posesión de estado de hijo matrimonial, ¿es justo durante tanto tiempo mantener el derecho a la impugnación de la paternidad del hijo?, ¿o hubiese sido más lícito -- proveer a la prosecución de la acción excepcional-- mente sólo cuando el marido impugnante de su paternidad había incoado la acción antes de resultar declarado fallecido?.

La cuestión se complicaría, cuando el marido no hubiese instado la acción, pues entonces, ni aún con la declaración del fallecimiento nuestro legislador permitiría al heredero legitimado que pudiese oponer la acción, que por otra parte su titular originario no interpuso en vida.

Según el criterio legal (art. 130 C.c.) sólo se permite como hemos visto que los herederos prosigan -- las acciones ya entabladas por el actor viviendo éste.

Sin embargo, nosotros opinamos que la - situación es bien diferente, resulta una clara indefensión para el marido (declarado fallecido) que -- una interpretación literalista prohibiese basándose en tal argumento, que los herederos de aquél se les trabase o impidiese su ejercicio a la acción, acogiéndose a la circunstancia objetiva que el demandante principal no la interpuso en vida.

Claro está, si con posterioridad regresase el marido presunto padre real (declarado fallecido) ¿podrá impugnar en este momento la posesión - de estado de hijo matrimonial?, ¿aún cuando su retorno aconteciese muchos años después?, ¿es justo?, ¿se respetaría con ésto los principios de la verdad biológica real, salvaguardando con ello el interés del hijo?.

Conviene que nos remitamos a los trabajos preparatorios de la reforma de filiación portuguesa, que sobre este punto o supuesto de ausencia legal, disponía que los parientes del marido ---

legitimados podían impugnar la acción desde el momento en que fuera ejecutada la sentencia proveyendo la custodia definitiva. (157)

Otro problema concomitante con la transmisión de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, vendrá dado por el supuesto de la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido, fallecido éste habiendo iniciado la acción en impugnación de su paternidad, ¿los herederos de éste deberan proseguir la acción por el tiempo que restase para completarse el plazo de impugnación?.

Naturalmente, en relación con este supuesto apuntado podrá plantearse un problema bastante complejo; y es que si por ej., la mujer se ampara en una inseminación homóloga que no se la practicó viviendo el marido, para encubrir realmente un concubinato *more uxorio* con un tercero; de manera, que fallecido el marido la mujer podría aprovecharse del efugio o recurso de una inseminación artificial homóloga, o de una inseminación artificial heteróloga (con el consentimiento del marido), para realmente encubrir bajo una falsa matrimonialidad sus relaciones sexuales con un tercero, ¿tendremos que asumir literalmente el tenor del párrafo *in fine* del art. 136:

"Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero?; - de modo que conocido el evento natalicio por el heredero, transcurrido dicho año, ¿caducaría para él la acción?.

Pensamos, que como existe un consentimiento viciado de su voluntad, el plazo de un año - empezaría a transcurrir realmente desde que hubiese cesado dicho vicio, es decir, desde que se desvaneciese el error o creencia de que el hijo fue fruto de una inseminación artificial homóloga o heteróloga (con consentimiento del marido), cuando por el - contrario lo fue de la cohabitación de la madre con un tercero.

Nos parece obligado llegado a este punto de la explicación, comentar sucintamente nuestro juicio sobre la problemática de la transmisibilidad de las acciones no iniciadas por el titular originario en vida. Tenemos que traer a colación la compulsión del párrafo III del art. 136 con el art. -- 130, ambos transcritos con anterioridad.

Queremos referirnos, a que si el marido hubiese fallecido sin haber incoado la acción, no - debemos ipso iure traer a remisión el art. 130 C.c.:

("A la muerte del actor sus herederos podrán enta-- blar las acciones ya entabladas"); de suerte que razonando a tenor de la inteligencia del precepto, excluír la acción a los herederos por no haberla iniciado el marido en vida.

A nuestro modo de ver, se deberá examinar el exacto y cabal conocimiento del evento natalicio por el presunto padre legal, de manera que, - si no inició la acción por desconocer apodícticamente el nacimiento, los herederos podrán plantear la impugnación desde el preciso momento que ellos lo - conociesen.

Aducimos en favor de este argumento el empleo de un verbo potestativo y no imperativo, de forma que habrá que analizar con sumo cuidado cuál es o fue la auténtica y verdadera intención del titular originario en la acción de impugnación, relacionando este argumento con su ignorancia del nacimiento.

La conclusión evidente, es que si el marido murió desconociendo de forma indubitada el nacimiento, los herederos podrán impugnar con el mismo plazo que tuviese aquél (art. 136 C.c.), ¿pero - y si aun habiéndolo sabido (la circunstancia del --

nacimiento por el presunto padre) no hubiere éste - impugnado?, ¿no transmitiremos el ejercicio de un - derecho personalísimo que incumbe per se al titular primigenio y exclusivo en la acción, cual es el marido?.

El legislador español parece haber actuado con cierta premonición volitiva, cual es el de la presumible certeza de la ignorancia de quien murió sin conocer el hecho del nacimiento de su presunto hijo.

Pensamos, que en cierta medida según -- las circunstancias del caso ad hoc, serán éstas las que decantarán estos cabalísticos raciocinios.

A sensu contrario, si el marido falleció conociendo de forma inconcusa el hecho del nacimiento y no procedió en vida a impugnar el falso status matrimonial de su presunto hijo, juega con toda su fuerza la presunción de patenidad del art. 116 C.c. y los herederos del presunto padre en nuestra opinión no podrán bajo ningún concepto arrogarse una - pretendida transmisión del derecho impugnatorio.

Epilogando lo dicho, el referido art. - 130 C.c. interpretándolo de forma extensiva, hace - referencia a dos supuestos evidentísimos:

1º) La muerte del actor habiendo conocido éste realmente el nacimiento del hijo.

2º) Los herederos no podrán incoar (en la circunstancia del número 1º) una acción que no - hubiese sido entablada en vida de su causante (titular originario), quien por ende es el único con capacidad legitimatoria procesal suficiente para decidir la interposición o no del derecho personalísimo, es decir, del aludido derecho a la impugnación de la paternidad matrimonial que ostenta el hijo.

Existe una sustancial diferencia entre la transmisión de la acción en el supuesto español, que con respecto al supuesto italiano.

Escrutaremos sucintamente ambos planteamientos:

Nuestra legislación exclusivamente permite que el heredero, queremos entender, no cual--- quier heredero, sino casualmente los forzosos, o -- más específicamente aquéllos que estaban con el fallecido marido (presunto padre) en línea recta po-- drán legítimamente en impugnación, pero sólo cuando el titular originario (ahora fenecido) hubiese ya - incoado la acción que se vio casualmente interrumpida por su muerte.

Fortalece legalmente nuestro argumento el art. 130 C.c., que establece que a la muerte del actor sus herederos podrán continuar las acciones - ya entabladas; luego de ello adveramos la siguiente conclusión, no podrán proseguir la acción cuando ésta no había sido ejercitada por su titular primigenio (padre legal), por supuesto habiéndose conocido el nacimiento por éste.

Sin embargo el art. 246 C.c. italiano, su razonamiento es contrario en este punto. (158)

"Si el titular de la acción de impugnación de la paternidad muere sin haberla propuesto - antes de que transcurra el término, son admitidos - a ejercitarla en su lugar ...".

También siguiendo al modelo italiano, - el legislador lusitano concluye: (159)

"Si el titular del derecho a impugnar - la paternidad fallece en el transcurso de la acción, o sin haberla intentado, pero antes de acabar el -- plazo establecido en los arts. 1842 y 1843, tienen legitimidad para proseguirla e intentarla ...".

Podemos asegurar, examinado comparativamente los derechos de filiación italiano y portugués, que para éstos a diferencia del español, los descendientes y ascendientes que prosiguen la acción

lo hacen no como continuadores o portadores de un título derivativo de legitimación como es el supuesto que plantea nuestro legislador para los herederos que continúan la acción ya entablada; sino que aquéllos detentan parece colegirse de la mens legislatoris de su articulado un título originario de legitimación.

Otra diferencia, viene dada por la redacción literal del artículo 1844 lusitano. (160)

"El derecho de impugnación concedido a las personas mencionadas en el número anterior caduca si la acción no fue propuesta en el plazo de 90 días a contar: A) De la muerte del marido o de la madre, o del nacimiento del hijo póstumo, en el caso de los apartados a) y b); B) Por la muerte del hijo en el caso del apartado c)".

Si lo ponemos en conexión con el ya citado art. 1842 C.c. portugués que establece en plazo de impugnación por ej. para la madre o para el padre de dos años, llegamos a la conclusión que no ha sido muy equitativo el legislador luso. Por ello compartimos plenamente el criterio del autor DE OLIVEIRA. (161)

Por lo que concierne a nuestro legislador, no establece un plazo distinto para los herederos, sino que éstos continuarán la acción de su ---

causante por el tiempo que restase para concluirla, y a diferencia como hemos analizado del legislador luso, no podrán iniciar motu proprio una acción que no hubiese sido entablada por el marido (demandante originario antes de fallecer).

A su vez, con la legislación italiana observamos diferencias sustanciales si la compara-- mos con nuestra regulación de filiación; de modo -- que aquélla exclusivamente establece esa legitima-- ción (a los herederos) cuando el marido murió sin - incoar la acción, ¿pero en cambio parece prohibir - que dichos legitimados a la acción no puedan enta-- blar ésta, cuando la misma fue interpuesta en vida por el titular (presunto padre) ahora fallecido.

Refuerza el argumento que acabamos de - aducir, la communis opinio de la doctrina y jurispru dencia italiana. (162)

"El art. 246 C.c. provee que en caso de muerte del marido antes de que haya transcurrido el término de caducidad, la acción puede ser propuesta por los descendientes o por los ascendientes. A -- tal propósito la casación ha considerado que los su jetos legitimados no sólo no puedan promover, sino incluso proseguir la acción ya iniciada por el primer titular".

No podemos compartir semejante criterio, puesto que francamente el posibilitar libremente -- que los descendientes y ascendientes del fallecido titular inicial y originario en la acción, puedan - ejercitar ésta sólo con la excepción de que no hu-- biese transcurrido el plazo de su interposición, -- que naturalmente es de caducidad, y por el contra-- rio no limitar ni poner cortapisas al hecho de que en vida del presunto padre éste no hubiese impugna- do, resulta poco justo y equitativo.

¿Por qué entonces libérrimamente los -- descendientes y ascendientes de aquél, van a iniciar el ejercicio de un derecho del cual no hizo uso su titular principal en vida?.

Quizá, entre otras razones pudiese pen- sarse que la abstención en iniciar la acción, se de bió a un tácito reconocimiento de éste hijo, al --- cual voluntariamente le quiso beneficiar con el status filii matrimonial.

Es presumible que se nos puede argumen- tar en sentido contrario que quizá fuese ésto el -- dorso de la moneda, puesto que su reverso pudiese - ser la circunstancia de que murió sin conocer real- mente el verdadero origen extramatrimonial de su --

hijo, porque nunca tuvo la más mínima sospecha que le hiciese plantear la acción. Luego, si falleciese sin conocerlo, ¿sería justo, que pudiendo probar sus herederos a quienes se les ha transmitido la -- acción, el origen extramatrimonial de aquél (dentro del tiempo hábil de la acción) se les impidiese el ejercicio procesal de este derecho, ¿cuando como en el caso se debió a un vicio del consentimiento?.

La conclusión, es que ateniéndose al supuesto de lege data el art. 130 C.c., es taxativo, concediendo exclusivamente la transmisión de la --- acción cuando la acción estuviese entablada; en cambio comparativamente el legislador italiano, a pesar del tenor literal de su art. 246 C.c. que posibilita la acción a los descendientes y ascendientes cuando no la hubiese propuesto el titular originario; sin embargo, no habla de cuando la acción estuviese ya iniciada; por ello, tanto su doctrina como la jurisprudencia son de la opinión unánime de conceder asimismo la transmisión del derecho, incluso cuando la acción hubiese sido ya iniciada por el fallecido marido. (163)

A continuación, pergeñaremos de modo sucinto las líneas diferenciales más notorias entre - la legislación gala y la nuestra. (164)

El legislador francés tipifica lo siguiente: los herederos podrán proseguir la acción ya iniciada por el marido (titular originario) en vida, a menos que hubiese habido desistimiento expreso, incluso muriendo el marido sin haberla iniciado dentro del tiempo hábil de la acción, podrán sus herederos ejercitarla.

Subsiste como vemos una diferencia esencial con nuestra legislación, pues según la literalidad imperante en nuestra regulación, los herederos sólo podrán proseguir las acciones ya incoadas en vida del marido (legitimario principal), pero no aquéllas en las cuales el marido por una u otra razón se abstuvo de impugnar.

Tampoco es explícito nuestro derecho de filiación en otros aspectos, como el concerniente a la omisión de la declaración de fallecimiento, pues también en estos supuestos se abre la sucesión del causante, y sus herederos de igual modo tienen derecho a proseguir las acciones ya iniciadas por su causante; si bien es cierto, en nuestra opinión, la naturaleza jurídica del derecho personalísimo queda transmutado en un puro interés pecuniario.

Nuestro legislador ha prescindido tam-- bién de toda referencia expresa al problema del desistimiento de la acción.

Lo más interesante que al jurista estudioso de esta materia podrá llamarle la atención, - es si sustancialmente el problema del desistimiento entraña en el fondo un problema de renuncia de la - acción, que por ende como son de las que se califican de "estado" implica el carácter ineluctable de su indisponibilidad, o por el contrario, se puede - hablar de una presumible transacción. En nuestra - opinión, esta última aseveración devendría inidónea en esta clase de acciones que son de orden público, por lo cual no se permite dejarlas al arbitrio de - la autonomía privada de las partes.

Conviene que centremos nuestra atención, en lo dispuesto por los últimos proyectos de Reforma de filiación de la legislación belga, para cotejar a posteriori una serie de diferenciaciones que resultan a nuestro modo de ver enjundiosas, vis a - vis lo dispuesto por nuestro legislador; de forma - que el legislador de la reforma de la filiación belga concluye en lo siguiente: (165)

"los herederos pueden proseguir la acción ya iniciada, a menos que haya habido un desistimiento de la instancia expresa".

"Los herederos pueden igualmente continuar la acción iniciada por el hijo a menos que no haya desistido".

Naturalmente, la primera sustancial --- equiparación con nuestra legislación, y asimismo diferencia esencial con respecto a las legislaciones lusa e italiana, es que sólo podrá proseguirse la - acción por los herederos cuando el titular originario hubiese en vida iniciado la acción.

Recordemos, sin ir más lejos el art. -- 246 C.c. y el art. 1844 C.c. de los sistemas italiano y lusitano respectivamente, que preveen como hemos visto que la acción se transmita a los descen-- dientes y ascendientes aunque no hubiese interpuesto la acción el titular. A sensu contrario, nues-- tro legislador como su homónimo belga, permiten exclusivamente que la acción sea transmitida cuando - la misma hubiese sido entablada, y asimismo conocido el nacimiento por el marido. En este mismo sentido conviene remitirse a la doctrina belga. (166)

No obstante, ni en el art. 130 C.c. español ni en ningún otro precepto se tipifica una --

mención explícita al supuesto del desistimiento en la acción, lo que en los sistemas legislativos mencionados sí se ha dispuesto; de suerte que por ej. la jurisprudencia comparada, ha intentado distinguir sutilmente si dicho desistimiento obedece en su esencia a un interés moral o patrimonial, de modo que, si es exclusivamente material, no es óbice desistir personalmente. Resulta oportuno destacar el fallo de la Corte de casación belga, sobre el modo de operarse el desistimiento y sus consecuencias legales. (167)

En nuestra opinión resulta loable la decisión del tribunal de casación belga, pues el hecho de prescindir de la patrimonialidad de la acción no es más que corolario previo de la renunciabilidad del status del hijo; lo cual no puede delegarse a la voluntad privatística del demandante. Naturalmente, las acciones de estado, es cuestión afecta de la naturaleza imperativa del principio de "orden público", por tanto no será nunca materia dispositiva.

A nuestro juicio, las posiciones que se discernirán en este sentido razonarán con un doble orden de argumentaciones.

En primer lugar, los que aduzcan que no sólo no se puede desistir de la acción, sino incluso tampoco transigir; aunque sobre este aspecto admitirán variantes, es decir, transigir exclusivamente respecto al interés patrimonial de la acción dejando incólume el status filii ...

En nuestra opinión, no puede dicotomizarse ambos intereses que por esencia son individibles, y ello porque la máxima o el interés que está en juego, es el del hijo; por todo lo cual en caso de duda, ante la presumible transacción patrimonial de la acción, debiera aplicarse el adagio de in dubio pro filio, y consecuentemente rechazar dicha transacción porque atentaría teleológicamente al interés real del hijo.

La segunda pstura sería, entender que no desistiendo no se priva al hijo de su filiación, sino que se le ratifica en ella. Supongamos, que ostentase en las relaciones familiares la posesión de estado de hijo matrimonial, con aquella actitud (de negativa) consolidaríamos su posición integradora en el vínculo familiar.

Si bien es cierto, las críticas se agudizan en este sentido así HUET WEILLER. (168)

"Ello contradice el cuidado de la ver-- dad actual de la filiación, y procede de una concep ción desfasada del interés del hijo; privarle de -- una legitimación ficticia, no es forzadamente des-- graciado para él, sobre todo, si él puede adquirir otra filiación más conforme con la realidad".

Suscribimos en su totalidad su reflexión, puesto que nos parece que la verdad real, el estable cimiento del vínculo verdadero se vería imposibili- tado en aras de un interés ficticio, y de una apó-- crifa consolidación de un status que con certeza no le compete al hijo.

Por otra parte, el problema del desisti miento de la acción, hay que enjuiciarlo a nuestro modo de ver desde el preciso momento en que se hubie se instado la acción de impugnación; es decir, cuan do durante el transcurso del mismo se pretendiese - su desistimiento.

En este sentido MARTY y RAYNAUD opinan que: (169)

"Resulta que una vez la acción es inten tada por el hijo, éste no puede desistir incluso si se considera la acción fundada".

A nuestro juicio, creemos que en aras - del principio que nosotros nominamos in dubio pro -

filio, deberá de atenderse realmente a la motivación intrínseca de dicho desistimiento, examinando si -- con ello el padre legal ha querido manifestar un expreso consentimiento y reconocimiento al hijo de su mujer; de modo que, por ende su integración en la - familia es una realidad, todo ello lo deberá ponderar el juez en equidad examinando primordialmente - la intencionalidad real del desistimiento y el interés del hijo.

Creemos conveniente traer a colación -- una reciente sentencia de la Corte de Apelación francesa (1978). Examinando las circunstancias del caso en concreto, y la valoración de las pruebas biológicas aportadas al proceso, se decantaba un índice probabilístico de paternidad del impugnante del 99%; a ello se sumaba un desistimiento expreso de - éste a la acción iniciada siendo el motivo de ésta no privar al hijo de su filiación, sino por el contrario consolidarle en el status de hijo legítimo - (matrimonial para nuestro legislador), por todo lo cual el tribunal de apelación consintió el desistimiento. (170)

Incidiremos a continuación de nuevo en el apartado que hace referencia a los legitimados - en la transmisión de la acción.

Nos hemos posicionado en pro de una cercenativa limitación en el círculo de los herederos que pueden proseguir la acción.

Conviene traer a colación a modo de refuerzo argumentístico, pero que nos parece de im--- prescindible aportación, lo dispuesto por la legislación de los sitemas germánicos (suizo y alemán).

Así en estos términos el legislador suizo dispone. (171)

"Cuando el marido ha fallecido o devenido incapaz de discernimiento, antes de la expiración del tiempo, la acción en impugnación puede ser intentada por su padre o por su madre".

Nuestro legislador como hemos visto, no resulta tan explícito y se acoge a una formulación abstracta cual es la de heredero, pero deja en suspenso su correcta intelección, es decir, si se refiere exclusivamente a los forzosos o también se extiende a los legítimos.

Sin embargo, en nuestra opinión, tampoco es suficientemente diáfana la expresión acogida de lege data por el legislador suizo, pues omite a nuestro juicio, concretizar si el marido titular --

originario que fallece antes de que transcurra el - plazo, ¿si éste era a su vez hijo matrimonial o no matrimonial, o hijo adoptivo?, ¿a qué tipo de filiación se refiere, a la que es por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial) o la que es por adopción?, y para cada supuesto ¿quienes resultarán los legitimados activos ad hoc?.

Del mismo modo el derecho alemán, tam-- bién legitima en la acción a los padres del marido, y especifica con más detalle la legitimación activa en el supuesto de la filiación no matrimonial del - marido. (172)

Lo que si resuelve la legislación germánica, en concreto la suiza, es la independencia de actuación de uno y otro legitimado; de suerte, que no es necesario que formen un litis consorcio pasivo necesario. (173)

"El padre y la madre tienen cualidad para obrar independientemente el uno del otro. Ellos no son consorcio necesario, la retirada de una de-- manda por uno de los padres no afecta al derecho de obrar del otro. Si uno u otro han muerto o son incapaces de discernimiento, los otros miembros del - parentesco no pueden obrar".

Resulta obvio imaginar que con la expresión de que hace gala nuestro legislador, en lo concerniente a la transmisibilidad de la acción en el art. 136 C.c., refiriéndose de modo exclusivo y generalizante al término herederos, realmente nos puede surgir la duda de si aludirá con dicha expresión sólo a los herederos forzosos; pero ¿y si el presunto padre ahora fallecido, no tuviese herederos legitimarios que le sucedan?, ¿al abrirse la sucesión intestada, el término heredero, tendrá una interpretación extensísima que incluirá desde los hijos y descendientes del marido (presunto padre biológico fallecido) pasando por los ascendientes, cónyuge, para concluir finalmente con los demás parientes colaterales?.

En este sentido, nuestro derecho positivo expresa que a falta de las personas comprendidas en las secciones que preceden herederán el cónyuge y los parientes colaterales. (174)

Lógicamente, entendemos que el cónyuge no podrá ser llamada cuando como en el caso forma - litis consorcio pasivo necesario; pero a nuestro parecer sí cuando se tratase de un cónyuge (consorte en segundas nupcias) que no resultase ser la madre del hijo al cual se inpugna su paternidad.

En parecidos términos, DE OLIVEIRA opina que la justificación de su actuación legitimatoria radicaría en la comunidad solidaria de intereses que dimanan del matrimonio. (175)

A nuestro entender, el juez español no va a poder considerar como infundado el hecho de que por ej. los hermanos del fallecido insten la acción, como parte activa demandante que son en el proceso de impugnación, cuando no hubiese descendientes, ascendientes, ni cónyuge viudo que no fuese la madre del hijo.

No creemos, que nuestro legislador haya sido suficientemente diáfano con esta expresión terminológica, que provocará de facto una amplia polemización doctrinal y jurisprudencial a la hora de su correcta interpretación.

Conviene traer a remisión de manera inexcusable, una sentencia de la jurisprudencia italiana que excluyó a los parientes herederos ex lege del marido, de la impugnación de la paternidad. (176)

Naturalmente, no puede alegarse en el derecho italiano, que la circunstancia de no permitir

la acción de impugnación a los parientes colatera-- les del impugnante fallecido devenga por ello incons titucional, y ello porque la norma del 246 C.c. ita liano es tajante en lo concerniente a la transmi--- sión, pues habla exclusivamente de ascendientes y - descendientes. Haciendo pues, una breve remembran- za de lo expuesto en páginas anteriores, la litera- lidad del párrafo I del art. 246 resulta concluyen- te en el caso de muerte del presunto padre o de la madre, sólo los descendientes y los ascendientes.

Ahora bien, en nuestra reciente legisla ción sobre la filiación, el problema mayor que va - a encontrarse el intérprete al exegetizar la preci- tada norma, (136 C.c.), es como hemos dicho con an- terioridad, si la expresión herederos se refiere a forzosos únicamente; sin embargo, pensamos que si - éste fuera el raciocinio del legislador lo hubiese expresado con mayor claridad, y no de forma tan re- ticente.

¿Jugará aquí la regla de que el pariente más próximo elimina al más remoto, cuando por ej. de transmisión intestada se trate?. Opinamos que debemos de dar una contestación afirmativa, colacio nándose este criterio comc evidente al supuesto --- planteado.

Otra cuestión, que puede acontecer en la transmisión de la acción al heredero, es que éste puede conocer el nacimiento pero desconocer que el impugnante incoase su paternidad matrimonial.

Pensemos, en el supuesto de que devinie se heredero un tío del presunto padre impugnante, es posible esta legitimación desde el momento que en el caso ad hoc no hubiese hijos, ni descendientes, ni ascendientes, ni colaterales en segundo grado, sino exclusivamente colaterales en tercer grado o cuarto.

Puede suceder, que encontrándose este heredero (en tercer grado línea colateral) "ausente" pudiese desconocer incluso el nacimiento del presunto hijo de su sobrino; resultando que tal como está redactado el párrafo II del art. 136 C.c.; si el titular originario de la acción ejercitó la misma en vida, falleciendo al poco tiempo de plantearla, podría suceder que como el heredero no prosiguiese la acción, caducaría ésta, y por tanto el hijo devendría inexcusablemente al status matrimonial.

Sin embargo, creemos que una interpretación tan cercenativa como literalista, supondría ir en contra de la verdad biológica real y también del

verdadero interés del hijo; por ello, suponemos -- que homologándolo con el último parágrafo del art.- 136, y efectuando una interpretación extensiva podemos concluir en la siguiente deducción, una vez comparados ambos párrafos.

El interés del legislador en todo caso es que se conozca el nacimiento por el heredero; de suerte, que si no transcurre para éste cuando el marido falleció sin saber del nacimiento; no sería -- ecuánime que corriese para el heredero que desconociese igualmente dicho evento, pero que a diferencia del supuesto anterior, el marido hubiese fallecido en este supuesto conociendo el nacimiento, y - ejercitando oportunamente la acción.

Por ello concluímos, que el tiempo que que restare para completar dicho plazo, empezará a transcurrir desde que ha habido un conocimiento suficiente por parte del heredero, ahora titular derivativo en la impugnación de la paternidad.

Otro aspecto problemático igualmente, y que debemos en nuestra opinión excrutar con atención, es el siguiente:

El susodicho heredero, bien considerado desde una óptica de sucesión testamentaria o legal ha tenido que aceptar la herencia y no haberla repudiado, pues por otra parte es precisamente con la adquisición cuando deviene heredero.

La conclusión sería que los hijos o descendientes del premuerto o desheredado (padre legal), sean matrimoniales o no, pueden continuar el ejercicio de la acción que incoó el causante de la herencia en vida, y ello porque entendemos que como son herederos forzosos respecto a la legítima, y como el principal interés de la acción es el patrimonial o pecuniario, estarán legitimados para proseguir la acción, pues el derecho que ellos tienen a la acción no es el personalísimo sino el propiamente material o económico.

En este sentido nuestro derecho positivo (177)

"Los hijos descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima".

Nos preocupa saber asimismo si entre los herederos ha de formarse necesariamente un litis consorcio.

Supongamos, que el hijo ejercita la --- acción de impugnación cuando llega a su mayoría de edad, pero el demandado en la acción (el padre le-- gal ha fallecido), ¿contra quién deberá ejercitar - o dirigir la acción el hijo, fueraparte de la madre?; evidentemente también contra los herederos, pero -- nos interesará conocer en concreto "contra cuáles - y cómo".

Es decir, si el presunto padre, (falle- cido ahora) tenía además otros hijos o descendientes, el demandante (presunto hijo), ¿tendrá que demandar a todos sus presuntos hermanos?, o incluso también a los sobrinos, ¿cuando al dirigir la acción contra uno de sus presuntos hermanos biológicos, hubiese - éste fallecido ocupando su lugar, puesto o situa--- ción, los hijos del premuerto por derecho de repre- sentación?.

Pensamos que indudablemente ha de ser - así, pues a todos ellos les interesa muy directamente el éxito de la acción, como consecuencia de los intereses patrimoniales que en la sucesión de su -- causante ostentan por ser herederos legitimarios -- primigenios en la acción.

Entendemos que a nuestro juicio, no supone un obstáculo la redacción del art. 136 en su párrafo II. (178)

"Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo -- que faltare para completar dicho plazo".

Pudiera deducirse que una interpretación literalista del artículo en cuestión, nos hiciere concluir en una legitimación individual del posible legitimario en la acción; debido al empleo del adjetivo "cada", sin tener que formar litis consorcio activo o pasivo con los restantes herederos de su mismo rango.

Sin embargo, nosotros opinamos que en la mens legislatoris ha primado otro razonamiento, y es el de encuadrar a cada heredero dentro de un elenco jerárquico, de suerte que, si existe sucesión testamentaria, el adjetivo "cada" hará referencia al grupo compacto y unido, de manera que en primer lugar recurriríamos a los hijos y descendientes, en defecto de éstos a los ascendientes, y finalmente, al cónyuge viudo que no fuese el que estuviese demandado en la acción, de modo que éste resultaría ser la esposa en segundas nupcias, pero no la madre

del hijo al cual se impugna su paternidad y forma - con el mismo litis consorcio pasivo necesario.

Por ello, reiteramos que el empleo del adjetivo heredero bien testamentario o legítimo, -- aludirá expresamente al elenco jerárquico de sucesores, de modo que con cada grupo de éstos ha de formarse inexcusablemente un litis consorcio necesario; de suerte que, si por ej., hubiese dos hijos más -- del causante (presunto padre), el hijo (también presunto) que impugna su paternidad, deberá demandar - conjuntamente a sus dos presuntos hermanos consan-- guíneos, como demandados pasivos principales, sucesores directos del titular originario.

Conviene por último distinguir, con claridad, si la acción que prosiguen los herederos es la propiamente personalísima de su causante, o aquélla muda su status para transformarse en una acción con fines puramente patrimoniales.

Esta es la opinión que por otra parte - sustenta HUET WEILLER. (179)

"Cuando una acción de estado es ejercida por o contra los herederos del interesado, ella cambia de naturaleza para devenir en una acción ordinaria, fundada esencialmente sobre preocupaciones pecuniarias".

Lógicamente, en nuestra opinión esta -- transfiguración de la acción es coherente con el -- pensamiento que ha inducido a nuestro legislador a conceder la legitimación a los herederos, pero sólo exclusivamente cuando la acción resultó ya iniciada por el impugnante. (titular originario)

La razón habría que buscarla en la naturaleza de la acción, por ende personalísima, de las que se consideran intuitus personae; de suerte que, no iniciada por el presunto padre en vida, los herederos deberían abstenerse de ejercitar una acción - que para ellos ha devenido en estas circunstancias intransmisible, y por tanto indisponible. En cam-- bio, cuando el marido (presunto padre) interpuso la acción de impugnación, que como derecho personalísimo le incumbe per se, fallecido en el transcurso de la acción, los herederos continuarán aquélla no en nombre propio sino en nombre de su causante, de modo, que concluímos con la siguiente afirmación: iniciada la acción por su causante, a aquéllos (los herederos) lo que les interesa y afecta esencial y exclusivamente, serán los efectos patrimoniales o pecuniarios de la acción personalísima del titular -- originario causante de aquéllos (herederos legitimarios derivativos en la acción).

Sección 11ª

EFECTOS DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL STATUS DEL HIJO

No podemos eludir un problema que resulta corolario y epílogo obligado de la impugnación de la paternidad matrimonial, ¿cuál es el *status* en que va a quedar relegado el hijo, una vez refutado con éxito su condición de hijo matrimonial?.

La pregunta subsiguiente es obvia, dicho hijo que *ipso iure* ha devenido a la situación de extramatrimonial, ¿la madre necesitará o no reconocer formalmente a este hijo?.

Bueno, ante todo tenemos que comenzar hablando de la innovación de la reforma de filiación en este punto, de suerte que ha modificado el antiguo *status* de los hijos adulterinos *a matre*. Basta remitirse comparativamente a la legislación anterior

donde esta clase de hijos no podían ser reconocidos: "Los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales sólo tendrán derecho a -- exigir de sus padres alimentos, conforme al art. -- 143 C.c.". (180)

Naturalmente, ahora con la equiparación de todos los hijos, consecuencia del mandato constitucional que proclama la inexistencia de discriminaciones por razón de sexo, raza, nacimiento, etc., - devendría a nuestro juicio anticonstitucional no -- proveer a la filiación jurídica de cualquier hijo - haya o no nacido constante matrimonio, o fuese por ende extramatrimonial.

Si con la anterior regulación de filiación, sólo podían reconocerse los hijos que ostentaban la condición de naturales (181). "Son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella".

En la actualidad, existe un total equiparación de los hijos sean o no matrimoniales, y con los mismos efectos legales para ambas clases de filiación. "La filiación matrimonial y la no matrimonial así como la adoptiva plena, surten los mismos

efectos, conforme a las disposiciones de este código". (182)

La conclusión que se infiere de los expuesto, es que ahora se ha suprimido el requisito - sine qua non y excluyente de que los progenitores - estuviesen incursos en algún impedimento dirimente; de suerte, que por el contrario como consecuencia - de la no discriminación de hijos por razón del ma-- trimonio, resultará que tanto los adulterinos como los naturales, según la terminología de la anterior legislación, (extramatrimoniales ahora), podrán optar libremente de igual modo a que se determine legalmente su filiación.

Habíamos comenzado analizando un problema, al que ineludiblemente se enfrentará de plano - nuestro juez, cuando haya resuelto con éxito para - las pretensiones del impugnante la acción de impugnación de la paternidad de su presunto hijo. Es decir, ¿necesitaría la madre reclamar su filiación no matrimonial?, como consecuencia de que ya no hay -- ninguna a la cual se pueda contradecir, en este caso, la filiación matrimonial ha sido impugnada, o - por el contrario ¿debemos de pensar que con la acción de impugnación de la filiación matrimonial se ha refutado la paternidad, pero no la maternidad de --

forma que el hijo conservará su status de hijo ma-- trimonial con respecto a la madre?.

Este razonamiento lo deducimos de la exégesis del actual art. 120 C.c. (183): "La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente ... 4º) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento - practicada dentro de plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro civil".

¿Qué puede decidir nuestro juez?. En - nuestra opinión, creemos que no será necesario que la madre plantease una acción de reclamación de la filiación no matrimonial, como consecuencia de la - no contradicción ya de la filiación legalmente de-- terminada. (la no matrimonial)

¿Por qué?, a nuestro modo de ver, con la acción de impugnación hemos rebatido la paternidad. La configuración de que fuese o no matrimonial de-- penderá de si la concepción fue o no ex marito constante matrimonio; de suerte que de lo que no hay duda es de la maternidad del impugnado, reflejándose ésta en la inscripción del nacimiento.

Si además nos remitimos al citado art. 120 C.c. viene a confirmar nuestro razonamiento ---

(184). "La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: ... 3º) Por sentencia firme".

Esta conclusión es obvia puesto que la sentencia firme que decida supongamos a favor del actor la acción de impugnación de su paternidad ha de fallar sobre el hecho comprobado de la maternidad del hijo; de modo, que devendría a nuestro parecer absurdo que la madre tuviese que plantear una acción de reclamación de la filiación no matrimonial para conseguir con dicha resolución judicial el supuesto ad hoc de la determinación legal de la filiación no matrimonial.

Creemos, que una lógica y adecuada interpretación del parágrafo aludido del art. 120 C.c. implicará de iure que la misma pueda venir dada como consecuencia de la refutación de la paternidad, es decir, con una acción de impugnación de la filiación matrimonial exclusiva y únicamente.

Será interesante constatar la opinión de MASSIP, MORIN, AUBERT, que polemizan sobre estas cuestiones, sin llegar a un consenso unánime. (185)

"El hijo impugnado pierde su cualidad de hijo legítimo; él deviene natural, su filiación maternal se encuentra por otra parte, establecida por el efecto del juicio".

Nosotros pensamos por otra parte, que - como fruto de la impugnación con éxito de la paternidad matrimonial, el hijo perderá los apellidos paternos, pero no necesariamente los de la madre.

Con la sentencia firme a favor de la impugnación de la filiación matrimonial, perderá el - hijo los apellidos del padre legal que no real, pero no creemos que ello significará que ineluctablemente tuviese que perder también los apellidos ma-- ternos, y ello porque, hemos dicho que el hijo como consecuencia de esa sentencia firme ha devenido de iure, al status de hijo no matrimonial respecto a - la madre.

Sería injusto en nuestra opinión, que - el hijo no pudiese beneficiarse legalmente de los - apellidos de aquélla. Además, pensamos que en di-- cha sentencia firme no se ha contradicho la inscripción de nacimiento con respecto a la madre; de modo, que según el viejo adagio canonista mater semper -- certa est, lógicamente no será necesario después de la impugnación plantear en consecuencia un reconocimiento formal por parte de la madre para que el hijo conservase los apellidos de ésta.

No podemos concluir el epígrafe sobre - los efectos que provoca la interposición de la de-- manda de impugnación, sin incidir en otra vertiente que pueda derivarse causalmente del éxito de la --- acción de impugnación.

¿Sería posible que el marido una vez de mostrada su no paternidad biológica, reclamase una indemnización por parte de la madre por los gastos de manutención satisfechos al hijo de aquella que - ha estado beneficiándose del status filii matrimo-- nial.

Vamos a apoyar esta tesitura, trayendo a colación la sentencia ad hoc más reciente sobre - impugnación planteada por la jurisprudencia germana. (186)

"No es tampoco contrario a las pretensio nes de indemnización el hecho de que el demandante no pudiera hacer valer antes de la impugnación de la legitimidad su falta de obligación de costear la ma nutención según el 1593 BGB. El perjuicio producido por el engaño doloso estaría precisamente en el hecho de que el demandante se viera apartado del -- ejercicio de su derecho a impugnar".

Nos interesa recalcar que en nuestra opi nión, lo primero que debería prejuzgarse como prius

ineludible es la indubitada certeza de la existencia del matrimonio; de suerte que pudiera suceder que éste fuese nulo inicialmente debido a que el consentimiento por ej., se otorgó en atención a las cualidades personales del otro cónyuge, es decir, el marido (padre legal) contrajo matrimonio llevado de su creencia errónea en la virginidad de su prometida.

En concreto, nuestro derecho positivo se manifiesta del siguiente tenor. (187)

"Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: ... 4º) El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquéllas cualidades personales que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento".

Naturalmente, el problema radicará en la intelección apropiada de lo que por cualidad personal relevante y excusable habrá de entenderse. Es decir, el desconocimiento significativo al cual se tendrá que recurrir para justificar una presumible indemnización, ¿será el objetivo, o por el contrario el subjetivo?.

Una interpretación objetiva avalaría el razonamiento siguiente: si el marido conocía o tenía

medios valorativamente suficientes como para no excusársele de su ignorancia, el hecho de la fama o de la reputatio notoriamente licenciosa de su futuro cónyuge le impediría a posteriori ampararse en la creencia viciada de una errónea cualidad personal, puesto que la hubiere desconocido con una diligencia normal.

Ahora bien, si a sensu contrario el desconocimiento que estamos exegetizando es el subjetivo, quedaría reducido su comprensión a la esfera intrapersonal; de modo, que el consentimiento se constataría en atención a las especiales cualidades personales, como es el convencimiento y la creencia indubitada que su futura mujer en virtud de sus principios éticos y morales, y de su irreprochable conducta personal, hacía presumir la inconcusidad de su probidad; de suerte que la conclusión podía traducirse con estas especiales concausas, en un error inimputable al marido.

¿Cuál sería la postura de la jurisprudencia?. Es obvio que en nuestro derecho positivo actual es pronto para buscar razonamientos dogmáticos. Sin embargo, podemos recurrir a la opinión de la jurisprudencia lusa más reciente, la cual se posiciona al respecto, por ej., en lo concerniente a

correcta intelección de lo que por fidelidad de la esposa debe de entenderse. (188)

Conviene que nos volvamos a remitir a - la sentencia germana aludida con anterioridad; donde a nuestro parecer el marido condicionó su consentimiento en el sentido que nosotros interpretamos, además puede colegirse que hubo una declaración fehaciente por parte de la futura esposa acerca de la exclusividad de las relaciones sexuales mantenidas con el que iba a ser su marido. (189)

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

(1) Art. 66 Código civil español.

(2) DEGOUMOIS. L'evolution de la jurisprudence en matierè de filiation paternelle et la protec-- tion de l'enfant né hors mariage, in "Recueil offert au Tribunal féderal à l'ocassion de son centenaire", Bâle 1975 pag. 319.

"Ciertamente nuestra corte Suprema en razón de desalentar las acciones de impugnación temerarias, exige del marido que aporte - una prueba que alcance no solamente como en materia de búsqueda de paternidad una verosimilitud confinante en la certeza, por admitir la - fuerza probatoria del peritaje sanguíneo, sino incluso hechos constantes y estables que permitan dudar de la filiación legítima".

(3) Art. 127 Código civil español.

(4) MEULDERS KLEIN. La réforme du droit de la filiation en Belgique. Analyse du proyet nº 305, pag. 10, en "Revue Droit famille". 1979

"El principio de unidad no admite tales tergiversaciones, y encuentra un fundamento natural en la constatación que toda ----

filiación procede de un mismo fenómeno".

(5) Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación. Capítulo II, hijos matrimoniales, art. 118. Madrid 28-Junio-1978.

(6) Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación y patria potestad. Art. 112, pag. 15. Madrid 1979.

Proyecto Articulado sobre Reforma del Código civil en filiación. Capítulo II, de los hijos matrimoniales, art. 112, pag. 3 y ss.

"La acción para impugnar la filiación matrimonial únicamente podrá ser ejercida por las personas que se mencionan en los párrafos siguientes y cuando el hijo se encuentre amparado por la presunción legal establecida en el art. 109. 2º) La mujer tiene acción para impugnar el carácter matrimonial de hijo. También la tiene el marido en los tres casos siguientes: 1º) Si la mujer le hubiera ocultado el embarazo o el nacimiento del hijo. 2º) Si existiera imposibilidad para engendrar con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubieran precedido al nacimiento. 3º) Si durante el mismo período la mujer hubiera tenido acceso con otro varón. 4º) La acción podrá ejercitarse por el marido o por la mujer, hasta transcurrido un año desde la fecha de la inscripción de la filiación matrimonial en el

Registro civil. En caso de fraude este plazo empezará a contarse desde su descubrimiento. - 5º) Si el marido o la mujer fallecieran antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que falte para completar dicho plazo. 6º) El hijo cuando falte la posesión de estado de su filiación matrimonial podrá impugnar ésta durante toda su vida. El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado corresponde al Ministerio Fiscal".

(7) Proyecto Articulado sobre Reforma del Código civil en filiación, op. cit., art. 111.

(8) Proyecto Articulado sobre Reforma del Código civil en filiación, op. cit., art. 136, pag. 9 y s.

"El marido podrá ejercitar la acción de impugnación hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil. Sin embargo el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Si el marido falleciera antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior la acción corresponde a los herederos por el tiempo que faltase para completar dicho plazo.

Art. 117 p. I la paternidad podrá también ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de filiación. - De faltar en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda de impugnación podrá ser interpuesta en

cualquier tiempo por el hijo o sus herederos. El ejercicio de la acción en interés del hijo sea menor o incapacitado corresponde indistintamente al Ministerio Fiscal o a la madre que ejerza la patria potestad".

Anteproyecto de ley de Reforma del Código civil en materia de filiación, de la determinación de la filiación matrimonial, art. 119 y 120. Madrid 24 de Octubre de 1.978.

(9) Texto presentado por Ruiz Vadillo. Capítulo II, de los hijos matrimoniales, op. cit., art. 115 y 116.

(10) Art. 108 a 141 inclusive del Código civil. Según la versión del Grupo Especial de Revisión del Proyecto, art. 112, capítulo II, de los hijos matrimoniales.

(11) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., (Dictamen de la comisión y enmiendas) art. 136 pag. 348/53.

(12) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie A, proyectos de ley, 14 de Septiembre de 1979. Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico -

del matrimonio, art. 136 y 137.

"El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiacion en el Registro civil. Sin embargo el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Si el marido falleciese antes de -- transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior la acción corresponde a cada heredero - por el tiempo que faltare para completar dicho plazo. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. Art. 137. La paternidad po-- drá también ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si falta en las relaciones familiares - la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado corresponde indistintamente al Ministerio Fiscal o a la madre que ejerza la patria potestad".

Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., - (informe de la ponencia). Viene a manifestar en el mismo sentido; si bien con una ligera modificación en el párrafo primero del art. 137.

"La paternidad podrá ser también - impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación o a su mayo-- ría de edad o recuperación de la capacidad".

La expresión "por causa distinta a vicio del consentimiento se mantiene en los siguientes Proyectos:

Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., - (Dictamen de la Comisión y Enmiendas) art. 136.

Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., - (aprobación por el Congreso).

(13) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (Enmiendas). De suerte que la - Enmienda nº 119, art. 138 deberá decir en lugar de lo que dice lo siguiente.

"La acción para impugnar la presunción de paternidad del marido corresponderá -- también 1º) Al hijo, quien podrá ejercitarla - durante el año siguiente a la inscripción del nacimiento en el Registro civil. Si la inscripción se hubiera practicado siendo el hijo menor o incapaz, el año se contará desde su mayoría de edad o desde que hubiere recobrado la - capacidad.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado, la demanda podrá -- ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos. 2º) A la madre si el hijo es menor o incapaz, durante el año siguiente a la inscripción del nacimiento".

(14) Art. 156 del Código civil español.

(15) Sentenza nº 102 del 1967. (Corte Costituzionale), citado en CELONA. Matrimonio e patrimonio. Famiglia e diritto. Ipsoa Informática 1977 pag. 24 y s.

"La patria potestad, ésto es aquel complejo de poderes y deberes tendentes al mantenimiento, a la educación y a la instrucción de la prole y al cuidado de los relativos intereses patrimoniales, es atribuida de modo - conjunto a ambos progenitores, cada uno de los cuales la ejercita por derecho propio. La preponderancia reconocida en el sistema del Código civil a la voluntad del padre se expresa en la confianza a él del ejercicio de la patria - potestad, reitera su origen en la exigencia de afrontar los medios para la formación de una - voluntad unitaria en la familia que se traduce en una dirección unitaria en el mantenimiento y en la educación. La solución adoptada por - el legislador (cuya perfectibilidad en el sentido de una siempre más estrecha conexión con el precepto del art. 29-2, en adhesión a una - tendencia que va manifestándose en el mundo jurídico no puede excluir) no contrasta pues con el dictado de tal norma, que garantiza la cualidad moral y jurídica de los cónyuges con los límites establecidos por la ley para garantizar la unidad familiar; llamando el legislador ordinario a individualizar y codificar las limitaciones que sean objetivamente necesarias - a los fines de las fundamentales exigencias de organización de la familia. Como dice el citado autor: "Dado una intención (mantenimiento y educación de la prole) y la necesidad que --

tal intención sea conseguida a través de una - voluntad conjunta, comportaría que uno de los cónyuges, esto es, a la mujer, no pueda serle reconocida ningún medio para contribuir a formar aquella voluntad".

(16) MAGNANI NOJA. La riforma del Diritto di Famiglia ad un anno dalla sua applicazione. Convegno nazionale promosso da comune di Bologna, 14-15-16 Gennaio 1977, volume primo, Camera -- dei Deputati 13-Lug-1977. Biblioteca R 4906/ 77 Bologna documenti del Comune Febbraio 1977 nº 2 mensile.

"Existe un peligro de ideologización que podía correr al Tribunal de Familia, sería una grave desdicha si nosotros aportásemos una interpretación ideológica estrecha en el ámbito del Derecho de Familia. Cuando habíamos hecho el Derecho de Familia habíamos pretendido evitar expresamente un forzado carácter ideológico, ahora bien no significa que bajo el derecho de familia no existan grandes valores morales y grandes aspiraciones ideales. Pero ninguna fuerza política ha querido hacer prevalecer un determinado modelo de familia, sería extremadamente grave si atravésamos el peligro - de ideologización del juez, o si se buscase -- atribuir contenidos ideológicos al derecho de familia".

(17) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (Enmiendas) Enmienda nº 119 pag. 93.

(18) Art. 32 Constitución española. Edición comentada. Centro de estudios constitucionales. - Madrid 1979.

(19) Art. 66 del Código civil español.

(20) Camera dei Deputati Commissioni in sede legislativa. V Legislatura. Cuarta Commissione - Seducta del 7 Ottobre 1971, relatore GIUDI, -- pag. 940.

(21) MAJELLO. Consiglio Superiore della Magistratura op. cit., (Rapporte personali nella famiglia), pag. 148

(22) Art. 3 Constitución italiana.

(23) Art. 9-2 Constitución española.

(24) DIEZ PICAZO- GULLON BALLESTEROS. Sistemas de derecho Civil, vol. IV, editorial Tecnos. Ma-- drid 1978, pag. 69.

(25) Art. 14 Constitución española.

(26) BE OLIVEIRA op. cit., (Impugnaçao de paterni-- dad) pag. 71 y s.

"Actualmente, por fuerza de consagración en ley fundamental (art. 36 nº 3) del principio de igualdad jurídica de los cónyuges, difícilmente se podrá negar a la madre esta legitimación activa para impugnar en las mismas condiciones que es reconocida al marido.

En verdad tratándose al fin y al cabo de promover la declaración judicial de que el hijo nacido constante el matrimonio no es fruto de la pareja, pudiera decirse que la impugnación de la paternidad es una cuestión que excede del ámbito de relación entre el hijo y el presunto padre, que traspase los límites de la esfera individual de estos sujetos, para asumir la relevancia de un problema conyugal y familiar. Aparte del asunto concerniente a la personalidad individual del marido con reflejo en la condición jurídica de la madre, la declaración de que un hijo nacido constante matrimonio no es de ambos cónyuges, constituye un problema típico del gobierno (en sentido amplio) de la sociedad conyugal. Por fuerza del referido principio constitucional, este gobierno de la familia debe de ser distribuido en pie de igualdad por ambos cónyuges y así en cuanto cónyuge la madre debe tener el derecho igual al del marido de promover aquella declaración mediante el recurso a la acción impugnatoria de paternidad".

(27) Art. 1839 p. I Código civil portugués. Redaccao do dec-lei, nº 496/77 da 25/11. Ministerio da Justiça.

(28) Decreto ley Nº 496/77 introduz alteracoes ao Código civil op. cit., (Gabinete do Ministro -

da justiça) pag. 2c18 (6).

(29) DE OLIVEIRA op. cit., (Estabelecimiento da filiaçao), pag. 82 y ss.

"El derecho de la madre no siempre es reconocido en el Derecho Comparado. Se alega a veces que la madre no es parte en la relación paterno filial y que por este hecho no -- puede exigir más que ser obligatoriamente oída en la impugnación, dada la influencia que la decisión del pleito tiene en su esfera jurídico personal. Creo por ello que la Reforma de -- 1977 lo resuelve en el mejor sentido porque si la madre, en cuanto madre podrá ser tercera o intercesora ante la relación bilateral de pa-- ternidad, no cabe duda que en cuanto cónyuge, la madre debe de tener un derecho igual al del marido para intervenir en una de las cuestiones más importantes que puedan surgir en la dirección de la vida familiar. La legislación - activa de la madre es pues una aplicación necesaria del principio constitucional de igualdad de los cónyuges. De suerte que esta igualdad es tipificada en el art. 1671-1: "El matrimonio se basa en la igualdad de los derechos y - deberes de los cónyuges. La dirección de la - familia pertenece a ambos cónyuges que deben - de acordar sobre la orientación de la vida en común teniendo en cuenta el bien de la familia y los intereses de uno y otro".

(30) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (Enmiendas) pag. 94

(31) DELITALA op. cit., pag. 65.

"La más importante de todas (las - innovaciones) hecha a la madre de la posibilidad de proponer la acción en impugnación o denegación de la paternidad del marido. El intento de la propuesta es evidente. No se trata sólo de una intelectualística aplicación -- del principio de igualdad entre el hombre y la mujer; como alguien ha dicho se quiere más concretamente impedir que el marido de la madre - pueda utilizar el monopolio actualmente reservado sobre el ejercicio de la acción con un -- instrumento de venganza o extorsión. Y quien tenga un mínimo de experiencia en este género de controversia sabe que el fenómeno es fre--- cuente. Para sustraer al hijo y a la madre de aquel peligro era necesario autorizar incluso a la madre en impugnación".

(32) FINOCHIARO ALFIO - FINOCHIARO MARIO op. cit., pag. 56.

(33) Senato della Repubblica. VI Legislatura 401. Seduta Assemblea Recosonto Stenografico, 19 febbraio 1975, relatore ARENA pag. 18950.

(34) Senato della Repubblica op. cit., (IV Legislatura), relatore FILETTI, pag 18950.

(35) Art. 318 Código civil francés.

(36) Amendement de M. Pierre Mazeaud, debats Ass -- nat, seance, 6 Oct. 1971. J.O. 7 Oct. 1971, p. 4305 et s. citado en COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RIOU op. cit., pag. 121 y s.

"Esta acción era peligrosa podía - producir que el hijo fuese del primer marido y que la madre estuviese únicamente guíada por - la malevolencia, y que en consecuencia no fuera el interés del hijo en perder la cualidad - de hijo legítimo para adquirir la de hijo adulterino legitimado, sino que los motivos serían que esta acción era escandalosa puesto que permitía a la madre prevalerse de su propio adulterino, y que en definitiva indirectamente -- ella atentaba la institución del matrimonio".

(37) Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Commissione. Seduta del 27 Ottobre 1971, PENNACHINI (sottosegretario dei Stato per la Grazia e Giustizia). pag. 997.

"Porque estamos tratando de la reforma de una parte del Código civil incluso -- los pensamientos pueden ser importantes. La - preocupación del Gobierno está en el hecho que bastaría la circunstancia de que una mujer hubiese ocultado el embarazo y el nacimiento incluso de un hijo legítimo para obtener la posibilidad de impugnarlo".

(38) Art. 235 Código civil italiano, (Dott a Giuffre Editore Milano).

(39) FLATTET. Le nouveau droit suisse de la filiation. "Revue internationale de droit comparé". 1977, pag. 679.

"Después de deliberaciones profundas, el legislador helvético ha estimado que - la madre no tenía un interés digno de protección Si la madre quiere salvaguardar el interés del hijo, ella debe de proponer a la autoridad tutelar el nombramiento de un curator para iniciar la acción. La decisión pertenece a la autoridad tutelar y a ella sóla".

(40) Senat de Belgique. Modifications aux dispositions du livre 1er Titre VII du Code civil; de la paternité et de la filiation (1977-1978) -- N 1 art. 319 pag. 37.

Senat de Belgique, op. cit., (session extraordinaire 1979), art. 321.

(41) MEULDERS KLEIN, op. cit., (La réforme du droit de la filiation) pag. 19. Viene a decir esta autora que la madre puede encontrar en el derecho a la impugnación un interés personal. De suerte que otras legislaciones como la suiza y la alemana lo rehúsan, aludiendo que sólo la - paternidad del marido y la filiación del hijo son contradichos o puestos en duda. Efectivamente, en el derecho suizo dice HEGNAUER CYRIL op. cit., pag. 394 y s.

"Ninguna otra persona puede obrar en impugnación, en particular ni la madre ni - el padre real del hijo.

Estos últimos pueden sin embargo pedir a la autoridad tutelar que nombre un curator al hijo si éste no tiene discernimiento, en caso de fracaso de su gestión o de retraso de la autoridad ejecutiva ellos pueden recurrir a la autoridad superior conforme al art. 420 estableciendo que la decisión de la autoridad tutelar, o el retraso es perjudicial al hijo.

A pesar de las deliberaciones profundas, la Comisión de expertos ha rechazado la cualidad de obrar a la madre. Nosotros nos suscribimos a esta opinión, la madre no tiene al lado del marido y del hijo interés digno de protección para intentar la acción".

Del mismo modo la doctrina alemana más cualificada y relevante, en concreto BEITZKE, Familienrecht, 1980, pag. 166. München -- 1980 C.H. Beck Sche Verlagsbuchandkung.

"Aquí la situación del hombre y de la mujer son distintas, ya que el hombre lo -- que le interesa es la descendencia de él mismo, pero a la mujer no le interesa la descendencia de ella sino del marido, a ello se añade que - generalmente la mujer pero no el marido conoce la descendencia del hijo y el hijo procede del adulterio de la mujer, y a estas diferencias - excluyen el que fuese una cosa absolutamente - necesaria el derecho de impugnación de la madre en razón al art. 3 de la Constitución (GG).

Sin embargo otro autor WEYERS HANS LEO. La reforma del derecho de familia. ---

Cuadernos de Derecho Comparado. Departamento de Derecho Civil II. Universidad de Salamanca 1977. Especialmente el capítulo de la evolución del Derecho de Familia en la República Federal alemana desde la postguerra, pag. 115 dice el referido autor.

"El artículo 3 apartado 2 de nuestra constitución de 1949 la llamada "ley fundamental" dice que los hombres y mujeres tienen --- iguales derechos, lo cual no tiene un valor meramente programático, sino que constituye un - principio jurídico de eficacia inmediata. Así la ley fundamental ordenó al legislador reformar dentro de un corto plazo, todas las disposiciones que chocasen contra este principio lo cual en derecho de familia se llevó a cabo con algún retraso a través de la reforma del año - 1978".

Nosotros pensamos que esta efectiva igualdad de derechos en los cónyuges tenía que haberse traducido por ej., en la misma posibilidad legitimatoria activamente en la impugnación de la paternidad ...

(42) Art. 318 Código civil francés.

"Incluso en ausencia de impugnación la madre podrá impugnar la paternidad del marido, pero sólo a los fines de la legitimación, cuando ella después de la disolución del matrimonio se haya vuelto a casar con el verdadero padre del hijo".

El párrafo primero dice que:

"Bajo pena de inadmisibilidad, la acción dirigida contra el marido o sus herederos es unida a una demanda de legitimación formada en los términos del art. 331. Ella debe ser introducida por la madre y su nuevo cónyuge dentro de los seis meses de su matrimonio y antes de que el hijo no llegue a la edad de 7 años".

(43) Amendements M. Ducolohé et Mme. Chonavel, J.O., 7 Oct. 1971, p. 4307; Amendements Mme. Lagatu, M. Namy et membres du groupe communiste, débats Senat, séance, 9 Nov. 1971, J.O., 10 Nov. 1971 p. 1925 citado en COLOMBERT, FOYER, HUET WEILLER LABROUSSE-RIOU op. cit., pag. 122.

(44) Projet de loi, portant réforme du droit de la filiation, op. cit., (session 1975-1976), art. 318 pag. 2. Luxembourg.

(45) Projet de loi portant réforme du droit de la filiation op. cit., (session 1975-1976) art. - 313 Luxembourg.

"En caso de juicio o incluso de demanda sea de divorcio o sea de separación, el marido puede impugnar el hijo nacido más allá de los 300 días, desde la disposición del juez"

(46) Projet de loi portant réforme du droit de la - filiation, op. cit., (session 1975-1976), pag. 14. Luxembourg.

(47) Projet de loi portant réforme du droit de la - filiation, op. cit., (session 1977-1978) pag. 4. Luxembourg.

"En consecuencia el Consejo de Estado, abroga pura y simplemente en las hipótesis dadas la presunción de paternidad. Según el Consejo de Estado la solución mantenida por el presente, entraña la gran ventaja de facilitar en caso de nuevo matrimonio de la madre -- con el verdadero progenitor padre del hijo, la legitimación de éste sin que tenga que esperar una impugnación siempre hipotética por parte - del marido, o una acción en impugnación"(con-- testación") de la paternidad de la madre que - ésta podría ejercer conforme a las disposiciones del art. 318 del Proyecto gubernamental".

De suerte que la realidad ha sido que la primigenia disposición de la sesión de 1975-76 no ha sido recogida en ningún proyecto posterior, imperando el criterio y las líneas directrices de los expuesto en la sesión 1977-78.

Así basta remitirse al Projet de - loi portant réforme du droit de la filiation - op. cit., Luxembourg.

Como asimismo Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, (session ordinaire 1978-1979). Dépêche du Ministre de la Justice au Ministre d'état, president du gouvernement nº 20204, pag. 6. Luxembourg.

Hasta llegar a la loi de 13 Avril 1979 portant réforme de la filiation, op. cit. pag. 736. Luxembourg.

(48) Art. 331 Código civil francés.

(49) MASSIP, MORIN, AUBERT, op. cit., pag. 60.

"En la práctica la exigencia de la posesión de estado en consideración del segundo marido vaciaría el texto de una larga parte de su utilidad, es frecuente que la demanda de divorcio sea precedido de un período de desunión progresiva en el curso de la cual la mujer conoce a quien será su futuro marido, ella rehúsa a reconocer el adulterio, a veces por no arriesgarse a perder el divorcio en curso, en ciertos casos incluso ella duda en romper su unión y prosigue algún tiempo la vida en común después del nacimiento del hijo; pasa también que el primer marido, sea por ignorancia, sea más frecuentemente por malevolencia para la esposa reivindica la custodia del recién nacido. Se puede así constituirse por lo menos un principio de posesión de estado de hijo legítimo que impide o hace equívoco e inoperante la posesión de estado en consideración a la segunda pareja".

(50) París, 16 Déc. 1976, D 1977-133, note Massip - citado en COLOMBET , FOYER, HUET WEILLER, --- LABRUSSE RIOU, op. cit., pag. 125.

(51) Cour de cassation. 1 civ 16 Fevrier 1977, "Recueil Dallez Sirey", 1977, pag. 329.

"Hasta la instancia de divorcio el hijo había sido educado en el hogar del primer matrimonio, y después del juicio de divorcio - que acordaba un derecho de visita al marido éste había continuado comportándose como el padre en la medida que su separación con el hijo le permitía. Ahora bien, la decisión de los - jueces de fondo es casada por haber violado el art. 318 C.c., la acción de impugnación de paternidad prevista por este texto declara la -- Corte Suprema está abierta incluso si el hijo tiene la posesión de estado de hijo legítimo".

En otro extracto de la sentencia, concretamente la pag. 331 dice:

"Admitir la acción del art. 318 incluso si el hijo tiene la posesión de estado - de hijo legítimo, no es absolutamente inconciliable con la exigencia de una posesión de estado de hijo común de corta duración.

La prueba es prevista para el caso que ha dado lugar a la primera sentencia (16 - Fevrier 1977), desde la disposición de no conciliación el hijo había sido educado por la madre y por aquél que iba a llegar a ser su segundo marido, había pues ciertamente adquirido

en su consideración la posesión de estado de - hijo común; esta situación no había pues impedido a la Corte de apelación considerar como - justo título que la actitud del primer marido le había conferido después de su nacimiento la posesión de estado de hijo legítimo".

(52) Tribunal de Grande Instance de Paris, 14 Mai - 1974 1 ch MM. Gaschet Montanier 1 subs Massot et Louvet av, "Recueil Dalloz Sirey" 1977 pag. 152.

"Pero ateniendo a que si en los -- términos del art. 318-1 p. I C.c. la acción -- puede ser dirigida contra los herederos del -- primer esposo cuya paternidad es impugnada, -- ella debe de ser bajo pena de inadmisibilidad iniciada a la vez por la madre y su nuevo cónyuge (art. 318-1 p. II), ninguna disposición - figura en favor de los herederos de éste último, la demanda tropieza por otra parte con el principio de la intransmisibilidad de las acciones de estado dictado por el 311-8 C.c. En -- vista que la demanda es igualmente inadmisible a continuación de la ausencia de un reconocimiento del padre presunto por la falta del establecimiento previo de la filiación natural - a la legitimación, se rechazó como inadmisible la demanda formada por señora F...Q..., Claude A..., Jean Paul A... y Françoise G...".

(53) COLOMBET , FOYER, HUET WEILLER, LABRUSSE RIOU, op. cit., pag. 123.

(54) LAURE RASSAT, op. cit., pag. 254.

"Se puede pensar que gran número - de madres repugnarán obrar contra alguno de -- sus hijos legítimos, cuando la finalidad es ha cer perder su legitimidad a uno de ellos".

(55) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado, op. cit., (Enmiendas), pag. 94.

(56) Art. 137 Código civil español.

(57) Art. 1841-1º Código civil portugués.

(58) DE OLIVEIRA, op. cit., (Estabelecimiento da filiaçao) pag. 89 y s.

(59) FERNANDES RODRIGUES BASTOS op. cit., pag. 169 y s.

(60) MASSON. Le Régimen juridique des actions relatives a la filiation "Ann. Dr." (Annuaire du droit") 1979, pag. 210.

"El proyecto es mudo sobre el poder del Ministerio Público de obrar en impugnación de acción de estado, remitiéndonos al derecho alemán tendremos que decir que la ley de Refor ma del Derecho de Familia de 1961 suprimió la legitimación activa al Ministerio Fiscal".

En este sentido GUNTHER BEITKE Familienrecht op. cit., pag. 163.

"El Nacional Socialismo introdujo la impugnación de la legitimación a través del Ministerio Público fundamentalmente para establecer el origen racial. El Ministerio Fiscal podía plantear la demanda (contra el hijo) en defensa del interés público como en la del hijo ...".

En otro párrafo comenta el citado autor.

"Pero las impugnaciones en contra de la voluntad de la madre, ocasionalmente incluso en interés fiscal (ahorro de las prestaciones alimenticias en los casos de reclamación por parte del verdadero progenitor) hicieron caer en descrédito la acción de impugnación reconocida al Ministerio Fiscal. El cada vez más en auge principio de subsidiaridad --- aparta al Ministerio Público donde es posible una regulación intrafamiliar. Por ello suprimió la Ley sobre Reforma del Derecho de Familia de 11-Agosto de 1961, la acción impugnatoria a favor del Ministerio Fiscal sustituyéndo la al menos parcialmente por una acción impugnatoria en favor del hijo".

(61) Acórdao Relaçao do Porto de 11-2-77, (B.M.J. - 266º, 212) citado en CAPELO DE SOUSA-DE FRANCA PITAO. Código civil e Legislaçao complementar Livraría Almedina Coimbra, 1979, pag. 860.

(62) Art. 1841-2º, 3º, Código civil portugués.

(63) Art. 131-2º Código civil español.

(64) MOITINHO DE ALMEIDA op. cit., pag. 21.

(65) DE GRAVE. Famille, droit et changement social dans les societés contemporaines. Travaux des VIII^{e} journées d'études juridiques. Jean Da-- bin, "La Cronique judiciare". Bruxelles ets - E. Bruylan; París librairie generale de droit et le jurisprudence 1978, pag. 45 y s.

G. Denez aborda el problema difí-- cil de la ejecución de las decisiones civiles en materia familiar, incide en el desarrollo - de administraciones cuyo papel es o sería fortalecer estas decisiones (Comités de protección de la juventud, por ej. planteando de oficio - los créditos alimenticios). En conclusión, si ciertas intervenciones apremiantes no son oportunas incluso nocivas, ¿no convendría restituirle al juez su carácter de oficio pacificador?, ¿más que querer instituirle en poder?. Es evidente que en efecto la eficacia de las decisiones dependerá más de la colaboración obtenida de las partes por la negociación y el diálogo, que del carácter obligatorio de la sanción.

Un medio de aproximar el juez (o - el Ministerio Fiscal) -el paréntesis es nuestro- a los justiciables, y de hacer sus decisiones mejor aceptadas incluso más eficaces, sería sin duda reagrupar las competencias en materia familiar. Es el consejero A. Kebers (quien desarrolla este tema), él preconiza en conclusión más que la creación de una jurisdicción especializada autónoma, la constitución de secciones especializadas en el seno del Tribunal de Primera Instancia compuesto de magistrados versados en estas materias y asistidos de auxiliares pluridisciplinares.

(66) Camera dei Deputati Commissioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Commissione. - Seduta dell 11 Novembre 1971. Sottosegretario di stato PENNACCHINI, pag. 1035.

(67) Camera dei Deputati Commissioni in sede legislativa, op. cit., (seduta dell 11-Nov.-1971). Relatore SPAGNOLI pag. 1035.

"La solución podía ser aquella de establecer que la acción de impugnación pueda ser propuesta por el Ministerio Público a través de un curator especial, (que es necesario en cuanto que el menor no puede obrar en juicio) a instancia del menor cuando haya cumplido los 16 años".

(68) Acordao de 3 de Junho de 1980, processo nº --- 68.579 Boletín do Ministerio da Justiça (BMJ) 298. Supremo Tribunal de Justiça, pag. 319 - y s.

"Tenemos pues que los artículos 5º y 6º de la ley Nº 36/78 revocaron totalmente - lo dispuesto en los arts. 185 y 186 del Estatu to Judicial, y que el legislador de aquella -- ley no quiere conscientemente permitir como regla general la intervención principal del Mi-- nisterio Público como actor en representación de los incapaces o ausentes, y que de otro modo se justifica dadas las dificultades que ese magistrado tiene de obtaner todos los elemen-- tos necesarios para la proposición de una --- acción, y de apercibirse de los verdaderos intereses del menor u otro incapaz pudiendo perjudicarle grandemente o comprometerle en su -- acción futura irremediablemente. Además como resulta de nuestra Constitución y de la nueva reglamentación de este instituto, se debe evitar en lo más posible la destrucción de la filiación matrimonial".

(69) Acordao de 28 de Fevereiro de 1969. Boletím - do Ministerio da Justiça (BMJ) 184, processo - nº 14370/3 pag. 298 y s. Tribunal da Relaçao de Lisboa.

"En lo que especialmente concierne al caso en litigio, cuando el Código civil dice que las acciones de investigación de paternidad u de reclamación del estado de hijo ---

legítimo son propuestas durante la incapacidad del actor menor por el representante legal de éste (1658 y 1810), no se sigue que verificándose ese estado de incapacidad no puedan ser propuestas por quien de un modo general puede representar por fuerza de ley a los incapaces, y no sólo los padres y tutores. Y en la pag. 299 concluye: "Una gran parte de las atribuciones concedidas por estas disposiciones legales son en prosecución del interés público que reviste tal materia respecto a la capacidad y estado civil de los ciudadanos, y por influencia indirecta sobre el registro de este estado civil a cargo de los poderes oficiales. El Ministerio Público debería nombrar un curator especial, al cual sin embargo no le competería ninguna decisión de fondo en cuanto a la disposición de la acción siendo ya en tal sentido una instancia del interesado".

(70) Boletín oficial de las Cortes Generales. Senado op. cit., (Enmiendas), pag. 95.

(71) Art. 131-p. 2º Código civil español.

(72) Art. 132-p. 1º Código civil español.

(72) (bis) Z.P.G. && 66.640 e IV Zivilsenat Urt. V. 27 Februar 1960 i. s. m. h. (Beke) und A.K. (Ndebenintervenient) W HH (Kl) IV Zr. 167/78 pag. 299 y ss.

"El coadyuvante no quiere hacer valer su paternidad, sino, por el contrario lograr el mantenimiento del status legítimo del niño".

(73) DEIANA op. cit., pag. 576.

(74) Art. 1839-1ª y art. 1846 p. I, II del Código - civil portugués.

(75) Art. 127 Código civil español.

(76) Art. 235 Código civil italiano (Dott a Giuffre. Editore Milano).

"1º) Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre el 300 -- días y el 180 días antes del nacimiento. 2º) Si durante el tiempo predicho el marido estaba afectado de impotencia incluso sólo de generar. 3º) Si en dicho período la mujer ha cometido - adulterio o ha tenido ocultado al marido el propio embarazo y el nacimiento del hijo. En tal caso el marido es admitido a probar que el hijo presenta características genéticas o del -- grupo sanguíneo incompatibles con aquéllas del presunto padre, o cualquier otro hecho tendente a excluír la paternidad".

(77) DEIANA op. cit., pag. 578.

(78) FLATTET op. cit., (Droit suisse de la filiation) pag. 679.

"La acción pertenece a dos perso-- nas: el marido evidentemente y al hijo. Pero para este último el derecho de obrar es subordinado a la condición que la vida en común de

los padres haya finalizado durante su minoría de edad (art. 256 C.c.). Es preciso decir que una suspensión temporal de la vida en común no autorizaría al hijo a obrar".

(79) PUIG BRUTAU. Fundamentos de Derecho civil. Tomo IV, volumen II, Bosch, case editorial Urgel 51 bis Barcelona 1970, pag. 38.

"Por tanto la regla general es que la acción sólo corresponde al marido".

En el mismo sentido DIEZ PICAZO y GULLON, op. cit., (sistema de derecho civil -- vol. IV) pag. 321.

"La legitimación activa para el ejercicio de estado de acción corresponde exclusivamente al marido".

CASTAN TOBENAS. Derecho Civil español común y foral. Tomo Quinto Derecho de Familia. Volumen segundo. Instituto editorial Reus. Madrid 1966, pag. 31.

"La facultad de impugnar la legitimidad del hijo corresponde por regla general - al marido".

ESPIN CANOVAS. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV Familia. Tercera ---

edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1972, pag. 329.

"La acción de impugnación de la legitimidad corresponde, según el Código al marido y, excepcionalmente, también a los herederos del mismo (art. 11 y 112)".

LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA. Derecho de Familia II. Tercera edición 1978. - Librería Bosch Ronda Universidad 11 Barcelona, pag. 42.

"Del art. 108 C.c., y del mismo -- fundamento de la acción se deduce que la nor-- mal legitimación activa corresponde al marido".

Asimismo, conviene que extractemos algún considerando de la sentencia del 17 de - Marzo de 1972.

"Estas acciones dice sólo se otorgan, al padre, y excepcionalmente, después de muerto él, a sus herederos porque se tutelan - intereses matrimoniales y sólo tienden a defender la honorabilidad particular del padre, que es el único que puede conocer la verdad y me-- dir el alcance de la divulgación de un suceso que sólo a él afecta".

(80) Art. 1906-1º Código civil portugués.

(81) Art. 1881 p. II, Código civil portugués.

(82) Art. 163 Código civil español.

(83) Art. 256 p. II Código civil suizo edité par la Chancellerie fédérale. Berne, 1978. HEGNAUER op. cit., pag. 39.

"El matrimonio común de la madre y del marido, padre presunto es la expresión objetiva de un matrimonio intacto. El hijo no debe de poner en cuestión esta situación atacando la presunción de paternidad. Una tal consideración no es admitida cuando el matrimonio fracasa durante la minoría de edad del hijo. Este fracaso no aparece solamente en caso de divorcio o de separación sino igualmente por el hecho que la comunidad doméstica ha concluído definitivamente. Un motivo legal de separación en el sentido del art. 170 no es necesario, si la vida en común de los esposos finaliza después de llegar el hijo a la mayoría de edad, éste no puede obrar".

Message du Conseil Fédéral, pag. 30.

"Una suspensión provisional de la vida en común no podría ser sin embargo una condición suficiente. La cualidad para obrar es un derecho estrictamente personal que el hijo capaz de discernimiento ejerce por el mismo".

Asimismo, el derecho alemán esta-- blece un elenco de supuestos en los cuales se concede la acción al hijo, a diferencia de --- nuestro legislador que no establece un numerus clausus de causas ad hoc en la legitimación,- sino que por el contrario generaliza abstracta mente la oportunidad o viabilidad de la acción incoada por el hijo (art. 137 Código civil español).

De tal forma el BGB Código civil - alemán art. 1596-1º.

"El hijo podrá impugnar su legitimidad si a) el marido hubiese muerto o como -- tal fuese declarado sin haber perdido el derecho de impugnación según lo dispuesto en su -- art. 1594. b) el matrimonio se hubiera divor-- ciado, o hubiese sido anulado o declarado nulo, o bien si los cónyuges viviesen separados desde hace tres años y no se esperase que volvieran a llevar una vida conyugal. c) la madre se hubiere casado con el hombre progenitor del hijo. d) la impugnación se justificare moralmente por transformación deshonesta o inmoral en la forma de vivir o por falta grave del hombre (padre) contra el hijo. e) la impugnación se - justificase moralmente por padecer una enfermedad hereditaria grave el padre".

(84) Art. 323 p. II Código civil español.

(85) HEGNAUER op. cit., pag. 41.

(86) COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RIOU, op. cit., 118.

(87) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA, RIVERO HERNANDEZ. La Reforma del Derecho de Familia del Código civil Español. Fascículo I, régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad. Secretaría de Estado para el Desarrollo Constitucional. Instituto Nacional de Porspectiva, Madrid 1979, pag. 121 y s.

"Si acciona el marido deberá demandar all hijo (a quien pretende privar de su paternidad) y a la madre, a ésta en interés propio ya que le afecta muy directamente el que pretendan decir que su hijo fue engendrado por persona distinta de su marido independientemente de la representación que puede ostentar del hijo impugnado. Idéntica legitimación pasiva cuando accionen sus herederos. Y cuando sea el hijo (o en su caso, los herederos de éste) quienes ejerciten la acción, deberá de dirigirla contra el presunto padre y a la madre, por idénticas razones que el caso anterior, y fallecidos cualquiera de ellos contra sus respectivos herederos por aplicación analógica del art. 130 del Proyecto. En todo caso estará legitimado el Ministerio Fiscal".

(88) Art. 1846 p. I Codigo civil portugués. Art. 247 Código civil italiano.

(89) Camera dei Deputati. Commissione in sede legislativa, op. cit., (seduta del 7 Ottobre 1971). relatore CASTELLI, pag. 944.

"Incluso en el art. 98 en relación al cual se manifiesta una discordancia de orientación entre los componentes de la Comisión. - En sede del pequeño Comité no se había dispuesto una única formulación, sino dos textos alternativos. Sin embargo debo decir que el Gobierno ha presentado una enmienda que sustituye enteramente al artículo en cuestión, que en mi opinión podía ser aceptada cualquiera que - sea la solución que venga dada a la cuestión - abierta a continuación de los precedentes artículos. Me parece, que en sustancia, la configuración de un litis consorcio necesario representa el punto de convergencia de los diversos pareceres".

(90) Art. 533 Nº 6 Ley de Enjuiciamiento civil Española.

(91) Corte di cassazione, sez I 23 Dicembre 1977, - nº 5727, Pres. Mirabelli, est Lipari P.M. Berri (concl. conf.), Cocozza Cavv Scarpati) a Greatti Cavv Leone) e atri, en "Giustizia Civile" - 1978 (Conferma App. Napoli 30 Settembre 1976).

(92) MOSCO. Diritto di Famiglia. Cacucci, editore Bari, 1977, pag. 259. DEIANA, op. cit., pag. - 643.

"Es evidente que en ocasión de la reforma se necesitaba resolver claramente el - problema incluso por la razón que los legitimados a la acción de impugnación eran otras tres. Cualquiera de los tres que insten la acción deberá promoverla contra los otros dos. Es de - notar que el problema de la diversa posición - procesal de las partes no se puede presentar.- Ahora no existe pues la diversidad de fórmula que existía en el pasado, no se dice que la -- acción es propuesta contra el hijo y que en el juicio debe ser llamada la madre".

(93) Senat de Belgique op. cit., (1977-1978) art. - 320.

"La demanda del marido o de los herederos es dirigida contra el hijo y la madre. La demanda de la madre es dirigida contra el - marido y el hijo. La demanda del hijo o de -- sus descendientes es dirigida contra el marido y la madre. La demanda del precedente marido de la madre prevista en el art. 317, es dirigida contra el hijo, la madre y el nuevo marido. Si la madre ha fallecido, la demanda es dirigida únicamente contra el hijo o contra el marido según el caso. Si el marido ha fallecido - la demanda es únicamente dirigida contra el hijo o contra la madre. Si el hijo ha fallecido la demanda es dirigida contra sus descendientes".

(94) Senat de Belgique, op. cit., (1977-78) art. -- 333 d).

(95) Senat de Belgique, op. cit., (session extraordinaire de 1977) art. 322 p. III.

"La acción del hijo o de sus herederos es intentada contra el marido y la madre".

(96) DE OLIVEIRA, op. cit., (Estabelecimiento da Filiaçao), pag. 102.

(97) Tribunal Milano, 19 Maggio 1949 Temi 1950 264 citado en FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 133.

(98) Art. 211 Código civil español.

"La tutela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente 1º) Al - abuelo de menos edad 2º) Al mayor de los hermanos que conviva o haya convivido con el sujeto a tutela".

(99) RICHTER. Disconocimiento di paternita Intervento di terzi. Efetti sulla maternita. "Foro it", 1951. 1, 1116; citado en FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 136.

En el mismo sentido, Di Salvo, op. cit., pag. 170.

"La obligada presencia en juicio - de todas las partes interesadas, procede por - el objeto mismo de la controversia que pone en discusión la completa relación de la filiación legítima en confrontación con todos los suje-- tos que son necesariamente intercurrentes, y - por tanto incluso la madre".

(100) Art. 113 (anterior redacción del Código civil).

"La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, o en su caso cualquiera de -- sus herederos".

Observamos pues, como no se define el legislador por conceptuarlo como plazo de - caducidad o prescripción. El párrafo segundo del citado artículo tampoco clarifica la cuestión.

"Estando ausentes, el plazo será - de tres meses si residiesen en España y de seis meses si fuera de ella cuando se hubiera ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contarse desde que se descubriese el fraude".

(101) Sentencia 5 de Marzo de 1963 (Repertorio Aranzadi Nº 1627) citado PUIG BRUTAU, op. cit., -- (Filiación), pag. 41.

"La acción para impugnar la filiación legítima se halla caducada conforme a lo que previene el art. 113 del C.c., puesto que el padre, cualquiera que fuesen las declaraciones que hiciera en el testamento en que se apoya la demanda, negando la filiación de la demandada, ésta se hizo constar en el Registro civil a virtud de declaración del mismo, el -- que dejó de transcurrir el plazo de dos meses que establece el citado precepto para ejercitar la acción impugnatoria, caso de proceder la que únicamente podrán ejercitar los herederos en los supuestos del art. 112 del propio cuerpo legal, ninguno de los cuales concurre en el caso de autos y como dicho plazo no es de prescripción, sino de caducidad, resulta indiferente haya sido o no causado por las partes puesto que es apreciable de oficio".

(102) MANRESA CHAMORRO. Comentarios, T. I, pag. 567 citado por CASTAN TOBEÑAS op. cit., pag. 32.

"Para Manresa la palabra ocultación comprende todos los casos posibles de este hecho, y por tanto siempre que el marido ignore el nacimiento hay ocultación, sea cual fuere la causa; el marido que está ausente o el heredero en igual caso y aún estando presente; a veces el segundo no puede adivinar el hecho de la inscripción si se les ha ocultado el nacimiento; de modo que todos los casos se reducen

a éste, debiendo siempre la madre o la persona que en su lugar puede hacerlo (estando imposibilitada ella) avisar del nacimiento; si no lo hace, ni se le da publicidad por otros medios falta la condición fundamental y el plazo no corre desde la inscripción que resulta así un plazo puramente procesal para cuando previamente los interesados conozcan el nacimiento".

(103) PEREZ ARDA, art. 113 del Código civil, en "Revista de legislación y jurisprudencia", 1919, segundo semestre, pag. 550 y ss.

(104) CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pag. 33.

(105) Art. 244 Código civil italiano Dott A. Giuffre Editore Milano.

(106) Programma d c/7 (Democracia Cristiana). Colla na diretta da Tommaso Morlino. II nuovo Diritto di Famiglia. Art. 244 (anterior redacción del Código civil italiano). Relazione al testo unificato presentato alla Camera dei Deputati. Roma 23 Luglio 1971, relatore on Maria -- Eletta Martini, pag. 126. Edizione cinque lune.

(107) DEIANA, op. cit., pag. 604.

"Decía Bianchi: la intención del término teniendo que dejar tiempo al marido no es tanto para tomar conocimiento del hecho, si no en cuanto para aconsejarse sobre la conveniencia de promover el juicio y para recoger los medios de prueba necesaria, y este último fin no puede obtenerse oportunamente sino al retorno mismo en el lugar donde precisamente podrá buscar aquellas pruebas y prepararse para la disputa; es claro que el término de los tres meses no podrá transcurrir sino desde el retorno del marido, incluso cuando se probase que ha sido advertido del nacimiento del hijo".

(108) Art. 1642 Código civil portugués. Art. 1594 - B.G.B. (Código civil alemán).

(109) DE OLIVEIRA op. cit., (Estabelecimento da Filiaçao) pag. 93.

"Actualmente el marido tiene dos años contados desde que sabe de "circunstancias de donde se deduce, razonable y objetivamente su no paternidad". Si fuera ésta la interpretación cierta de la norma, el marido no podrá dilatar el plazo alegando que conocidas las circunstancias hace más de dos años sólo ahora extrae de ellas la conclusión de su no paternidad".

Tenemos pues que definir el concepto fidedigno de cuáles son las circunstancias cabales para presumir ciertamente la ilegitimidad del hijo, por ello resulta obligado traer

a colación la sentencia del 11 de Julio de --- 1973 que conceptúa strictu sensu el significado del término circunstancia.

Es imprescindible recurrir a la jurisprudencia alemana, en concreto B.G.B. 1594 IV Zivilsenat Urt. V II Juli 1973. Seg. (Kl) W. Sdg. (Beke), IV Zr. 36/72 I Amtsgericht Sigmaringen II Oberlandesgericht. Stuttgart 32 - Echelichkisandfechtung Frist.

"Por circunstancias hay que entender en este sentido aquellos hechos que objetivamente considerados son apropiados para despertar la duda sobre el nacimiento legítimo y para fundamentar la posibilidad de una filiación legítima. Los hechos deben de ser tales que - de ellos puedan deducirse conclusiones en contra de la filiación legítima. Como tales circunstancias aptas para provocar dudas y para - iniciar el cómputo del plazo fueron considerados por la jurisdicción un adulterio durante - el período de presunción de paternidad legítima, una gestación desacostumbradamente corta - en relación con la relación sexual que con seguridad podría ser determinada junto a signos de plena madurez, el nacimiento del hijo once meses después de la última relación sexual entre la madre y su marido; y características hereditarias discordantes (color de los ojos)".

(109) (bis) B.G.B. 1594, 203 Abs 2. IV Zivilsenat Urt. 17 April 1957, i S K (Kl) WK (Bekl), IV Zr. 311/56.

I Landgericht Köln II Oberlandesgericht Klon - 20 Ehelichkeisandfechtung pag. 136.

"Otra cuestión diferente es si la aducida ignorancia de la ley pudiera considerarse en el marco de 1594 p. II, es decir, que -- pueda frenar el curso del plazo según 203 B.G.B. si por fuerza mayor es decir por una circunstancia externa que no pueda ser superada ni -- aún con la extrema diligencia exigible al demandante. Ello no es aplicable a éste como ya estableció el Landgericht (Tribunal de apelación)".

(110) DEIANA op. cit., pag. 605.

(111) FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 90.

(112) B.G.B. 1594. IV Zivilsenat op. cit., (IV Zr. - 36/72),

"De la misma forma no es suficiente para que comience a correr el plazo que sólo en base a sospechas más o menos fuertes provocadas por propias aobservaciones del sujeto dude de la legitimidad del niño o esté incluso personalmente convencido de su ilegitimidad a pesar de que no existan indicios fundados en - un juicio objetivo sobre la situación. La inclusión de semejante supuesto en el precepto - del 1594 sección 2 del B.G.B., llevaría a un - marido desconfiado a presentar una demanda ---

poniendo con ello su matrimonio en peligro aun que no existiesen objetivamente motivos para - ello, la mera sospecha de un adulterio de la - mujer no es por ello suficiente. Antes bien, el sujeto debe conocer con independencia de sus convencimientos subjetivos, circunstancias tales, que objetivamente consideradas proporcionasen indicios suficientemente probados sobre el adulterio de la esposa. En tanto no sea éste el caso, y falten también otros indicios, - no puede comenzar a correr el plazo de impugnación".

(113) Art. 316 Código civil francés.

(114) COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RIOU, op. cit., pag. 119.

(115) Art. 115 Código civil español.

(116) Cassazione dell I Aprile 1977, (citado) en Consiglio Superiore della Magistratura, op. cit., pag. 149.

(117) CATTANEO (citado) en MOSCO op. cit., pag. 257.

"La última parte del ap. 2º del art. 244, precisa que si el marido prueba no haber tenido noticia en dichos días, el término transcurre desde el día en que ha tenido noticia. - En otros términos la presunción de conocimiento fijada por la ley cede ante la prueba en -- contrario; y el transcurso tiene lugar desde -

el día del efectivo conocimiento que sin embargo no debe de ser vago y aproximativo, sino tal, de dar una razonable certeza, así como puede ser constituída por la noticia de la transcripción del acto del nacimiento en el Registro del estado civil del lugar donde el marido se encuentra".

(118) Art. 244 Código civil italiano.

(119) DEIANA, op. cit., pag. 603.

(120) Tribunale di Roma, ordinanza 18 Aprile 1977 (Gazz uff, 7 Dicembre 1977, n. 334 Dionisi c Ferraguti ed altri), en "Giurisprudenza Constituzionale e civile", parte prima pag. 262 y s.

"No es manifiestamente infundada (y se nos remite pues el examen de la Corte Constitucional) la cuestión de constitucionalidad de los arts. 244 Código civil (texto suprimido), y 244 sub. art. 95 legge 19 Maggio 1975 n. 151; en la parte que hacen transcurrir para el padre el término para la acción de impugnación del hijo desde que ha tenido noticia del nacimiento, y no desde el momento en que viene en conocimiento de los hechos que hacen admisible la impugnación misma, en referencia a los arts. 3 y 24 de la Constitución".

(121) Art. 129 Código civil español.

(122) FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 91. Conviene pues que recojamos lo más sucintamente posible el iter legislativo italiano sobre la conveniencia de la concesión al curator de la acción; para ello nos remitimos a la opinión que expuso el ponente SPAGNOLI en el Congreso de los Diputados cuando se discutía la reforma sobre la filiación, en concreto: Camera dei Deputati Commissione in sede legislativa op. cit., (seduta 27 Ottobre 1971), pag. 1000.

"Supongamos el caso de un muchacho que a los 14 o 15 años venga a saber o se da cuenta de que el padre legítimo no es el padre natural. La situación que viene a encontrarse es dramática, en cuanto que la madre no puede ejercitar la acción y pues el joven es obligado a esperar que alcance la mayoría de edad para poder mudar la propia posición. Se trata verdaderamente de una situación anormal; considero pues que el muchacho debería de tener un curator que pudiera valorar la oportunidad, el fundamento de la acción para interponerla".

El mismo ponente SPAGNOLI. Camera dei Deputati Commissioni in sede legislativa. V Legislatura Quarta Commissione, seduta dell 11 Novembre 1971 pag. 1034.

"En conclusión, yo considero que - sería portuno aportar una modificación al texto de la enmienda gubernativa, en el sentido - de consentir al hijo menor ejercitar, a través de un curator especial nombrado por el Tribu-- nal la acción de impugnación de la paternidad".

(123) Art. 1842 Código civil portugués.

(124) DE OLIVEIRA, op. cit., (Estabelecimento da Filiaçao), pag. 93.

(125) TAMBURRINO op. cit., pag. 321.

(126) TARTAGLIONE. L'azione di disconoscimento di - paternita e i suoi limiti. Proposte di Riforme legislativa, en "Monografie e varieta", pag. 12.

(127) Art. 256 c[1)]-3º Código civil suizo. Edité par la Chancellerie fédérale. Berne 1978.

(128) Art. 138 Código civil.

"Los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial, podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el art. 141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atendrá a las normas contenidas en esta sección".

Art. 141 Código civil.

"La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél si hubiere fallecido antes de transcurrir el año".

Resulta imprescindible que nos remitamos al examen de una reciente sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, con fecha de 1982, la cual revocó a su vez la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta misma capital que había desestimado una demanda de impugnación de la paternidad. La importancia de ambos fallos es que si bien en el de la primera instancia se aplicó el articulado - filiacionista anterior a la reforma de Mayo de 1981, en cambio en la sentencia de la Audien-- cia Territorial, se razonó su resolución según los preceptos ex novo de la reforma sobre la - filiación.

A nuestro juicio el fallo en primera instancia, formal y legalmente fue correcto, pues el juez tuvo que juzgar el supuesto con - el articulado vigente entonces.

A grandes rasgos, el caso era el siguiente: (A)-(B), contraen matrimonio canónico en Mayo de 1974, naciendo (C) dos meses después. (A) se casó con (B) sabiendo que estaba embarazada, y creyendo que él era el causante de esa cohabitación. Las primeras relaciones sexuales de ambos se remontan con toda certeza al mes de Diciembre de 1973. La mujer le hace creer que la hija nacida dos meses después de contraer matrimonio era sietemesina, cuestión ésta que en principio no provoca ninguna sospecha en (A) presunto padre. Sin embargo, con posterioridad se constató que el nacimiento de la hija se debió a una gestación normal. En Agosto de 1975, en el transcurso de una acalorada discusión matrimonial, la esposa le confiesa que él no es el padre real de su hija; lo cual corrobora éste después examinando la documentación falsificada de los partes de embarazada en la cartilla médica de su esposa. En Mayo de 1977 interpone la consiguiente demanda de impugnación de la paternidad.

El fallo como hemos dicho en primera instancia, aplicó el articulado vigente entonces, en concreto el art. 113 C.c., concluyendo

que es un plazo de caducidad el que se cuestiona, cuyo cómputo de dos meses debe empezar a - transcurrir a partir de la inscripción en el - Registro civil del nacimiento.

Que era un derecho caducable era - obvio es incuestionable; puesto que como sabemos las acciones constitutivas de estado como son las de impugnación de un status de filia-- ción tienen esta incontrovertida naturaleza. - La razón habría que buscarla en la seguridad y la estabilidad del vínculo, y sobre todo en el interés real del hijo no teniendo que estar supeditada su condición jurídica filiacional a - la interposición de cualquier acción intempestiva transcurrido un largo período de tiempo, cuando a la sazón quizá entonces el hijo presumiblemente hubiese consolidado su posesión de estado de hijo matrimonial en las relaciones - familiares.

No obstante, el fallo del Juzgado de primera instancia se apeló, y la sala de lo civil de la audiencia territorial revocó la -- sentencia de aquél.

A nuestro parecer, de entrada el problema de la retroactividad de la ley de Mayo de 1981 que modifica el articulado atinente a la filiación es más que dudoso; de suerte que no consideramos procedente la aplicación de la disposición transitoria sexta de la ley (las sentencias firmes sobre la filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva), a nuestro juicio contradice no ya la seguridad jurídica sino la misma eficacia de la cosa juzgada.

Pero es que además no estamos de acuerdo con la aplicación de los artículos 138 y 141 actualizados, al supuesto planteado. El art. 138 C.c. se tiene que remitir necesariamente no el art. 116, precepto éste pensado para los hijos nacidos después de los 180 días del matrimonio, sino por el contrario al art. 117 C.c. según el cual cuando el hijo ha nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio, está amparado en una presunción relativa, es decir iuris tantum de paternidad. En el supuesto que estamos examinando, el esposo reconoció a la hija, puesto que sabía que la mujer estaba embarazada con anterioridad al

matrimonio, de modo que la hija estaba amparada en una filiación matrimonial (la que prevee el art. 117) que sólo podría impugnarse si hubiere existido un vicio del consentimiento ...

En el supuesto que la hija hubiese nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio, entonces vendría a colación no el art. 138 y 141 C.c., sino que por el contrario el art. 136, según el cual el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contando desde la inscripción de la filiación en el Registro civil, de forma que si no lo hace así caduca para él la acción de impugnación que podría interponer. Estimamos que no puede aplicarse en estos casos lo dispuesto en el art. 138 C.c. (reconocimiento que determinan conforme a la ley una filiación matrimonial) puesto que los hijos nacidos después de los 180 días y antes de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges están amparados ipso iure en la presunción del pater is, luego esta presunción de paternidad por razón del matrimonio opera o mejor dicho se desencadena automáticamente por esta causa sin necesidad de ningún reconocimiento ad hoc.

Asimismo en el presente caso no podemos estar de acuerdo con la aplicación de -- los arts. 138 y 141, sobre todo por una razón fundamental: la acción tipificada en estos preceptos caducará al año del reconocimiento o -- desde que cesó el vicio del consentimiento, entonces como en el presente supuesto en Agosto de 1975 se desvaneció el error al confesar la esposa al marido el origen extramatrimonial -- del hijo, es casualmente a partir de este preciso momento cuando tenía que haber incoado la acción, de manera que al presentar la demanda en Mayo de 1977 ya había caducado la acción -- con lo cual tampoco podría venir a colación -- aquellos preceptos.

(129) HEGNAUER, op. cit., pag. 41. Asimismo Message du Conseil Fédéral, pag. 33.

"Para el marido, pero también para el hijo, los intereses en juego son tan considerables que la impugnación no debe de fracasar por el hecho de que el tiempo no ha sido observado por motivos excusables, por ej. en razón de complicaciones de Derecho internacional".

(130) AUBERT, op. cit., pag. 178.

(131) Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, op. cit., (Dictamen de la Comisión y Enmiendas) art. 136.

(132) A.T.F. ("Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral"), op. cit., (83, II. 171). En el supuesto de A.T.F. 61 II 301.

"La madre se había limitado a negar todo comercio con un tercero. Importa saber solamente y es una cuestión de hecho, si el demandante ha sido efectivamente engañado y cuando él ha conocido su infortunio".

En este sentido AUBERT, op. cit., pag. 178.

"El caso más importante es ciertamente cuando un marido no desconfía para nada, pero conoce más tarde que su mujer le ha engañado. La creencia del marido en la fidelidad de su mujer es un justo motivo, así lo ha decidido la CA DE BÂLE-VILLE en su sentencia 23 Febrero 1951 RSJ ("Revue suisse de jurisprudence") 1952, pag. 321 (sin embargo el fraude p. I no fue admitido)".

El Tribunal federal va incluso más lejos, en este sentido dice:

"No se puede exigir al marido dice que introduzca una demanda en impugnación porque él tiene dudas o aprensiones 71. II. 260".

(133) Art. 140 Código civil español.

(134) Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa, op. cit., (seduta del 27 Ottobre 1971), relatore CASTELLI, pag. 999.

"Nos damos perfectamente cuenta -- que la nueva formulación atribuye a la madre - la posibilidad de ejercitar la acción en términos muy reducidos, mientras al padre ofrece -- condiciones mayores no sólo porque el término para el ejercicio de la acción es fijado en un año, en vez de seis meses, sino incluso por el diverso dies a quo. Pensamos por ello, a la - luz de cuanto se ha precisado con respecto a - las diversas condiciones subjetivas, que la desigualdad de tratamiento es racionalmente justificada y no cabe duda de su inconstitucionalidad".

La razón de por qué la madre debe de ejercitar la acción en un plazo menor es expresada por la ponente MARTINI, cuando en la - misma sesión de la legislatura (seduta 27 Ottobre 1971) pag. 1000, se manifestaba del siguiente tenor.

"Nosotros habíamos expresado la -- perplejidad general del hecho que la mujer que trae al mundo al hijo dispone de muchos elemen tos para dar vida a un chantaje en relación -- con la otra persona habilitada para interponer la acción de impugnación de la paternidad".

De igual forma, el mismo pensamien to recogen ALFIO FINOCHIARO, MARIO FINACHIARO, op. cit., pag. 87.

"Son evidentes los motivos por los cuales el dies a quo transcurre desde el momen to del nacimiento, la madre conoce obviamente tal fecha y sabe cual es la paternidad real -- del hijo".

(136) DE OLIVEIRA, op. cit., (Estabelecimento da filiaçao) pag. 94.

"Sólo después de establecer la ma- ternidad y que puede funcionar la presunción - legal que atribuye la paternidad al marido, só lo entonces es cuando se determina la paterni- dad -el objeto de la acción de impugnación-. - De este modo, sólo a partir de este momento se definen los titulares de la legitimación acti- va y se puede ejercitar el derecho de impugnar por eso sólo entonces los plazos comienzan a - correr. Esta regla no es extensiva al derecho de la madre por entender que ella sabe desde - el nacimiento si el marido es el padre y tiene no sólo el deber sino también la posibilidad - de esclarecer rápidamente la situación familiar en causa".

Francamente, no entendemos entonces como el legislador luso ha desoído estas - justificaciones, y por el contrario ha ampliado o dilatado el plazo excesivamente, así el - art. 1842 Código civil.

"La acción de impugnación de la paternidad puede ser intentada b) por la madre - dentro de los 2 años posteriores al nacimiento".

Concluyentemente afirma MOITINHO - DE ALMEIDA op. cit., pag. 20.

"Un largo plazo determina el riesgo de la utilización de la acción con fines -- opuestos al interés del hijo, por ej. como venganza contra el marido que la ha abandonado y con la intención de sustraer al hijo de las relaciones personales con el padre presunto".

(137) Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa, op. cit., (seduta ii Novembre 1971), - pag. 1034.

(137) (bis) COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RICU, op. cit., pag. 117.

(138) DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS op. cit., (sistema de derecho civil vol IV) pag. 423.

FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 115.

"En la hipótesis que los legitimados activos se encuentren en estado de interdicción legal por motivos diversos de la enfermedad mental, no puede pues seguirse lo sostenido bajo el vigor del Código civil de 1942, ésto es que el sujeto legalmente interdictado es plenamente capaz y puede obrar de persona pudiendo valorar todas las consecuencias acerca del ejercicio de la acción de impugnación. A continuación de la nueva interpretación impuesta en el art. 247/98 ap. 2 Código civil es de considerar que los legitimados legalmente interdictados no pueden pues promover la acción de impugnación de la paternidad, sino que lo mismo debe ser propuesta por un curator especial nombrado por el juez".

(139) MEULDERS KLEIN op. cit., (La réforme du droit de la filiation) pag. 38. La profesora de Lovaina, viene a darnos la razón, cuando alude expresamente a la necesidad del nombramiento de un curator especial a instancia o por disposición del Ministerio Fiscal, y ello debido a que proveer de legitimación a un tutor (pariente consanguíneo en línea recta del incapacitado) supondría una contraposición de intereses sucesionales o hereditarios con el propio impugnado.

Por todo ello, opina MEULDERS KLEIN.

"En fin se admite que es imprescindible representar al incapaz por un representante especial que no sea su padre o su madre, incluso en los casos donde no hay riesgo de existir intereses contradictorios entre ellos -lo que no nos parece muy cierto- se precisa - en todo caso interrogarse sobre la competencia y la calidad del representante ad hoc, y el modo de designación por el Consejo de Familia o a instancia de todo interesado o del Ministerio Público".

En el derecho alemán, se prevee la posibilidad de que un sustituto o representante legal pueda interponer la demanda, pero contando ineluctablemente con el consentimiento - del Tribunal Tutelar.

En este sentido, BEITZKE GUNTHER, op. cit., (Familienrecht) pag. 163.

"El derecho de impugnación en favor del cabeza de familia varón es personalísimo, (1595) lo podrá utilizar incluso en el caso de estar bajo limitación en el ejercicio de sus derechos mercantiles (1595 y 640 b ZPO). - En caso de incapacidad mercantil plena, sólo - podrá su sustituto legal interponer la demanda, si goza para ello del consentimiento del Tribunal Tutelar, a falta de un sustituto el plazo de ejercicio de la acción del 1594 I se verá -

interrumpido". " ... Si el cabeza de familia varón muere antes de haber recaído sentencia - en el proceso, podrán proseguir sus padres con éste ZPO (640 g)".

(140) DEIANA, op. cit., pag. 617 y s.

"Supongamos que la enfermedad del marido sea tal de poderse razonablemente pre-- veer una lejana curación. Si el tutor sin embargo quisiere proponer súbito la acción, es - cierto que podría. Supongamos que la haya propuesto, el éxito podría ser positivo y negativo. Podría ser positivo en un caso en el que el marido la habría ciertamente propuesto si - no hubiere estado incapacitado de obrar; pero podría ser negativo, en un caso en que el marido ha hecho saber a continuación de la cura--- ción acontecida, que él se hubiera abstenido - de ejercitarla. Si el éxito ha sido negativo podría haber sido tal por no haber conocido -- las circunstancias el marido".

(141) DIEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS op. cit., (Sistema de derecho civil, vol IV) pag. 432.

(142) Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 1 Aprile 1977, n. 1233. Pres A M Jannuzzi, est Santosuosso P M Raja (concl. conf.) Musa-- chia (AVV Miceli, Mormino) c Musachia (avv G - Stella Richter Marrone) conferma App Palermo - 19-Dicembre-1972 e 13-Maggio-1975, "Giurisprudenza costituzionale e civile", pag. 2723 y s.

"Con la primera sentencia no definitiva, ha considerado ante todo que no es necesario la autorización judicial del juez tutelar para el ejercicio de una acción de estado en el interés del menor y que en cada caso se trata de un acto de ordinaria administración, en cuanto dirigido a la conservación y al incremento del patrimonio del menor.

Sin embargo, entre los motivos de la cesación de esta sentencia. "La acción de impugnación de paternidad no puede considerarse de ordinaria administración natural de paternidad; el art. 273, 2º exige el consentimiento del hijo mayor de 16 años".

(143) Corte di cassazione, sez-I-23 Dicembre 1977 n. 5727. Pres. Mirabelli·Est Lipari P.M. Berri (concl. conf.) Cocozza (avv Scarpati) c Greati (avv Leone) e altri. Conferma App Napoli 30 - Settembre 1976, "Giustizia Civile", 1978, parte prima pag. 440 y s.

"El caso consiste precisamente en el cumplimiento del específico deber de hacer valer en el proceso el interés del menor, puesto que existe conflictividad connatural en la misma naturaleza de la acción considerada (se ha observado al respecto por los intérpretes - que el tutor siendo en la mayor parte de los - casos un pariente, pudiese tener personales beneficios en la exclusión del menor por la familia). El curator especial, por el 247 tiene - pues caracterizaciones eminentemente procesales reconducibles al paradigma de los arts. 78, 79, 80, C.P.C. La acción de estado que compete

al menor comporta la decisión de la posición - procesal del mismo representado por un curator ad hoc, cuya representación es para el progenitor, o del tutor en general".

(144) Zpo & 643 Satz. BGB 1596. IV Zivilsenat, Urt. v. 20 Januar, i.S.K. (Kl) wJ. (Bekl) IV Zr. -- "B.G.H.Z." 43, pag. 103.

(145) Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa. V Legislatura. Quarta Commission. - Seduta del 7 Ottobre 1971, pag. 942.

(146) Camera dei Deputati. Commissioni in sede legislativa, op. cit., (seduta 7 Ottobre 1971), relatore CASTELLI, pag. 942.

"Al texto elaborado por el Comité restringido, el Gobierno contrapone una propia formulación que en efecto parece más idónea para la intención que quiere conseguir, sin embargo, se remueve nuestra limitación por la posibilidad de nombrar a la parte durante el estado de incapacidad un curator especial".

PENACCHINI.

"El representante del gobierno se declara afligido de no poder acoger la recomendación del ponente, de la cual reconoce por otro lado su fundamento; pero su contrariedad

desciende a la consideración de la naturaleza misma del instituto de la curatela que concierne al cumplimento de los actos necesarios y -- normales, y no puede como en el caso en examen ser invocado para expresar una voluntad excepcional de la parte, cual es el acto de impugnación de la paternidad".

SPAGNOLI.

"Se tiene en cuenta el hecho que - el nombramiento del curator es una facultad remitida al magistrado, evidentemente de éste será un uso atento y adecuado, distinguiendo a - tal fin los casos en la incapacidad deba de ser considerada como un fenómeno provisional, susceptible por tanto de revocación a continuación de la curación o de la recuperación, y los casos en que incluso tal posibilidad sea impedida. En esta última hipótesis creo que es in-- dispensable no prejuzgar que la posibilidad de la impugnación de la paternidad parte de un curator del hijo menor".

(147) Art. 807 Código civil español.

(148) Código civil italiano.

(149) Art. 245 anterior Código civil italiano op. -- cit, (programa dc/7). MOSCO LUIGI, op. cit., pag. 255.

"De una transmisibilidad de la --- acción trataba ya el viejo art. 24>, que en --

caso de muerte del marido sin haber propuesto la acción, legitimaba a los descendientes o -- los ascendientes".

STELLA RICHTER (citado por MOSCO - LUIGI op. cit., pag. 255).

"La doctrina justificaba tal transmisión afirmando que los descendientes y los - ascendientes como estrechísimos parientes son considerados los naturales representantes de - los intereses familiares y son liberados de la necesidad de dar prueba de un perjuicio patrimonial o moral".

(150) FINOCHIARO ALFIO, FINOCHIARO MARIO, op. cit., pag. 121.

(151) DE OLIVEIRA op. cit., (Estabelecimento da Filiaçao), pag. 101.

"Aunque la ley haya dado legitimidad a varias categorías de familiares del titular fallecido, cónyuge, descendientes ascendientes, no parece que haya establecido una -- preferencia absoluta de los primeros sobre los segundos ni esa jerarquización se impugna entre familiares tan próximos y para el efecto - de que se trata. También no se descubre una -- preferencia de grado dentro de la misma categoría. La ley no impone, ni sería razón para -- tal un litis consorcio de todos los legitimados puede obrar uno sólo o todos en litis consorcio facultativo".

(152) Art. 1844 Código civil portugués.

(153) Art. 944 Código civil español.

(154) DE OLIVEIRA op. cit., (Estabelecimento da Fi-- liaçao) pag. 100.

(155) Art. 184 Código civil español.

(156) DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS op. cit., (Sistema de Derecho civil vol IV), pag. 474.

(157) FERNANDES RODRIGUES BASTOS op. cit., pag. 174 y s. PIRES DE LIMA. Estudo Citado, en Bol. - Min. Just., nº 89, pag. 42, art. 13.

"Los ascendientes o descendientes del marido sólo pueden impugnar la paternidad ... 3º) Si se ausentó antes del nacimiento del hijo y no tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, este conocimiento no se presume. Art. 14 la acción de los ascendientes o descendientes sólo puede ser propuesta dentro de 90 días ... en el caso del Nº 3 desde el momento en -- que fuera dada la ejecución de sentencia de haber concedido la custodia definitiva".

GOMES DA SILVA. Estudo citado, en Bol. Min. Just., nº 88, pag. 106. Art. 27.

"(Acción de parientes del marido) 2º) Haberse ausentado el marido antes del nacimiento del hijo, desde que no se pruebe que tuvo conocimiento del embarazo de la mujer ... 3º) La acción prevista en el parágrafo antecedente se extingue si no fuere propuesta en el plazo de 90 días contados respectivamente. 2º) De la sentencia firme que concede la custodia definitiva".

ANTEPROYECTO (Iª Rev. min.) Art. - 1839.

"Acción de parientes del marido. - b) Haberse ausentado el marido en paradero desconocido antes del nacimiento del hijo desde - que no se pruebe que él tuvo conocimiento del embarazo de la mujer. 3º) El derecho de impugnación concedido a los parientes del marido caduca si la acción no fue presentada en el plazo de 90 días a contar respectivamente ... b) De la sentencia firme que concede la custodia definitiva.

ANTEPROYECTO (2ª Rev. min.), art. 1819.

"(Acción parientes del marido), b) Haberse ausentado el marido en paradero desconocido antes del nacimiento del hijo, desde -- que no se prueba que él tuvo conocimiento del embarazo de la mujer. 3º) El derecho de impugnación concedido a los parientes del marido caduca si la acción no fue propuesta en el plazo de 90 días a contar respectivamente, b) sentencia firme que considera justificada la ausencia."

PROYECTO art. 1919.

"(Acción de parientes del marido), b) Haberse ausentado el marido en paradero desconocido antes del nacimiento del hijo de que no se pruebe que él tuvo conocimiento del embarazo de la mujer. 3º) El derecho de impugnación concedido a los parientes del marido caduca si la acción no fue propuesta en el plazo de 90 días a contar respectivamente, b) sentencia firme que considera justificada la ausencia en el caso del parágrafo b).

El Código civil portugués ha recogido estas argumentaciones y ha explicitado un artículo concerniente a la impugnación de los parientes del marido para caso de ausencia legal del marido. Art. 1845 Código civil (Redaccao do Dec. Lei nº 496/77 de 25/11).

"En caso de ausencia justificada del titular del derecho para impugnar la paternidad, la acción que se refiere al art. 1839 puede ser intentada por las personas referidas en el artículo anterior en el plazo de 180 días a contar de la sentencia firme".

(158) Art. 246 Código civil italiano.

(159) Art. 1844 Código civil portugués.

(160) Art. 1644 Código civil portugués.

(161) DE OLIVEIRA op. cit., (Estabelecimento da Filiaçao) pag. 100.

"Puede parecer corto el tiempo de 90 días sobre todo si el titular muere poco -- después de iniciarse su plazo de 2 años, o antes del nacimiento del hijo póstumo; no puede olvidarse tampoco que pueden verificarse casos opuestos en que el titular muere al final del plazo juzgado conveniente por el legislador, - plazo que ahora se acrecentaría con la transmisión".

(162) Giurisprudenza del diritto di famiglia, casi - e materiali a cura di Besone, raccolti da Do-- gliotti e Ferrande seconda edizione. Dott A. Giuffre Editore-Milano, 1980, pag. 170.

"Si ciertamente la ley ha conferido a los ascendientes y a los descendientes -- del primer titular el poder de promover la --- acción la acción incluso cuando el legitimado en vía primaria no haya considerado oportuno - obrar, no es motivo para no reconocer a dichos componentes del núcleo familiar un menor ámbito del mismo poder, esto es proseguir la acción, iniciada por el primer titular y que no ha consumado la potencialidad de su completo desarrollo".

(163) DI SALVO, op. cit., pag. 170.

"Iniciada por el marido la acción de impugnación de la paternidad, y verificándose la muerte del actor en el curso del pleito (juicio), la iniciativa para la prosecución -- por obra de los sujetos legitimados en el 246 no sucumbe o caduca en el término de los 3 meses de la muerte respecto al ejercicio de la - acción sino por la disciplina del evento interruptivo tipificado por el Código civil (en el caso, muerto el actor en el curso del juicio - de primer grado, el evento no había sido declarado por el procurador y en el mismo grado (o instancia) del juicio se había espontáneamente constituído uno de los sujetos legitimados por el 246 Código civil)".

(164) Art. 311-8 p. II Código civil francés.

"Sus herederos pueden también proseguir la acción que él ya había iniciado, al menos que no haya habido desistimiento o caducidad en la instancia. Art. 316-1º Código civil. Si el marido ha muerto antes de haber -- instado la acción pero incluso dentro del tiempo útil para constatar la legitimidad del hijo. Su acción sin embargo cesará de ser admisible si los 6 meses han transcurrido desde la época en que el hijo se hubiera puesto en posesión - de los bienes pretendidamente paternales, o en la época cuando aquéllos hubieran sido interrumpidos por él en su propia posesión".

(165) Senat Belgique, op. cit., (1977-1978) art. 333 a). Senat de Belgique, op. cit.,(session ex-- traordinaire 1979),art. 337 p. II, pag. 12.

(166) WOLFCARIUS. De l'indisponibilité de l'état et de la filiation. Observations à propos de --- l'arrêt prononcé le 10 Novembre 1977 para la - cour de cassation, en "Revue droit de famille", 1978, pag. 316.

"Pero aquí es preciso atender a -- que la acción no pasa a los herederos tal cual el hijo la tiene, como derecho moral; ella no pasa a los herederos más que como derecho pe-- cuario, luego este derecho es prescriptible y se extingue por renuncia. En este sentido, la acción en reclamación de estado puede no encontrarse en la herencia del hijo, bien que ella le haya pertenecido hasta su muerte. Si ha renunciado no tiene el derecho de intentarla".

(167) Arrêt prononcé le 10 de Novembre 1977 par la - cour de cassation, citado en WOLFCARIUS op. cit., pag. 313 y s.

"En el caso. Se había desistido - de la acción por acta del 9 de Julio de 1953, y este desistimiento había sido decretado por un juicio del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas del 10 de Julio de 1953; cinco días - más tarde el 15 de Julio de 1953 ella firmaba un recibo transacional por la cual él reconocía haber recibido la suma de un millón de francos de M.B. por saldo de todas las cuentas entre las partes, M.B. fallecía en Diciembre de 1971, la demandante en casación interpone entonces apelación del Juicio visto el 10 de Julio de 1953, que no le había sido nunca declarado o manifestado. Por su parte la sentencia

del 9 de Junio de 1976, la Corte de Apelación de Bruselas declara esta apelación no admisible. Esta decisión fue causada por sentencia del 10-IX-1977".

(168) HUET WEILLER. Reflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation. A propos de quelques decisions recentes CHONIQUE - XLII, "Recueil Dalloz Sirey", 1978, pag. 235.

(169) MARTY y RAYNAUD: Droit Civil, T. I, vol. 2, - 1967, nº 755 p. 753 et Nancy 15 Janvier 1865, D. 1866, 2, tomado de WOLFCARIUS op. cit., pag. 315.

(170) Arrêt de la cour d'appel de Paris, 1 CH du 5--Mai-1978. "Recueil Dalloz Sirey", 1978 Chronique XLII, pag. 239.

"Decidiendo sobre la apelación interpuesta por Jean Pierre L. de un juicio visto por el Tribunal de Grand Instance de Meaux el 23-Oct.-1975 desestimando su acción en impugnación del hijo Vicent ... Visto el informe del perito oficial concluye que los exámenes - que él ha practicado no permiten excluir la paternidad de Jean Pierre -Janvier 1978-. -Considerando que en los términos del art. 311-9 las acciones relativas a la filiación no pueden -- ser objeto de renuncia, que esta disposición - impide al marido de la madre renunciar anticipadamente a la acción en impugnación, no le --

prohíbe desistir de la instancia que él ha iniciado o de la apelación que él ha podido formar contra el juicio habiendo desestimado de su demanda cuando él es el titular único de esta acción, que él tenía el poder discrecional de no intentarla, que permaneciendo el desistimiento no ha tenido por consecuencia privar al hijo de su filiación, sino por el contrario -- consolidar el estado de hijo legítimo, que era precedentemente el suyo-. Considerando desde entonces que el desistimiento de la apelación de Jean Pierre L., que según el art. 401 nuevo Código procesal civil no hay necesidad de ser aceptado por el apelado, el cual se ha limitado a concluír en la confirmación del juicio, sin formar reclamación incidental ni demanda reconvencional, ha obtenido aquiescencia en el juicio y ha extinguido la instancia de apelación, ha lugar pues a constatar el desistimiento del Tribunal de Apelación".

(171) Art. 258 Código civil suizo.

(172) B.G.B., 1595 (Código civil).

"Si el marido era ilegítimo el derecho de impugnación existirá sólo en favor de la madre".

La justificación de esta limitada legitimación a la prosapia de ascendientes más directa, viene dada en opinión del profesor -- BEITZKE para salvaguardar más directamente el derecho personalísimo del fallecido presunto -

padre. En este sentido GUNTHER BEITZKE op. -- cit., (Familienrecht) pag. 163.

"La acción impugnatoria en favor - de terceros es limitada, ya que no es deseable que el estado personal del hijo dependa de intereses sobre derechos patrimoniales ejercitables por dichos terceros. Sólo ha concedido - la ley ese derecho a los padres del cabeza de familia varón, tras la muerte de éste en parte en interés de los propios padres en parte para salvaguardar los intereses sobre los derechos personalísimos del difunto así como los que recaen sobre derechos patrimoniales tanto de él como de su familia".

(173) HEGNAUER op. cit., pag. 38.

(174) Art. 943 Código civil español.

(175) DE OLIVEIRA, op. cit., (Estabelecimento da Filiaçao), pag. 98.

"La circunstancia del cónyuge de - tener un derecho de obrar en lugar del presunto padre, manifiesta una idea de solidaridad - conyugal, que determina muchas de las soluciones innovadoras de la Reforma de 1977 en va--- rios dominios. Nótese que ésta tiene un derecho autónomo que no recibe por transmisión, y que puede ella misma transmitir por eso mismo en la simple cualidad de cónyuge por ser cónyuge".

(176) Sentenza 12 Giugno 1975, nº 2342 Corte di Cassazione. "Giurisprudenza Costituzionale e civile", pag. 410.

"El art. 24 Cost. como expresamente especifica en su formulación garantiza la - libertad de defensa no de cualquier interés sino sólo de aquéllos que el ordenamiento jurídico sustancial eleva a derecho subjetivo, o cuanto menos, a intereses legítimos, ésto es a intereses que encuentran su protección en el respeto de la norma en el derecho objetivo. Por tanto, es un puro sofisma lamentar la imposibilidad o la dificultad de hacer valer en juicio derechos o intereses legítimos, y consecuentemente invocar la predicha norma constitucional".

En el considerando de la sentencia se concluía:

"En el caso de los hermanos Perna tal competencia no existe, en cuanto que resultando Alesio Perna muerto sin dejar testamento, su única heredera debe de ser considerada la - hija legítima, en tal situación, sus hermanos en base al ordenamiento sustancial no tienen - ningún derecho actual para hacerlo valer, ni - de naturaleza patrimonial, en cuanto que cualquier otro pariente llamado a la herencia sólo es si el decuis no hubiese tenido hijos, no se puede ostentar sobre la misma ninguna pretensión hasta en tanto la presunta paternidad de la única heredera no haya sido impugnada con - éxito, obviamente por quien tiene la legitimación necesaria para promoverla, ni de carácter personal, en cuanto el poder de impugnar a los

hijos, muerto el padre, se transmite por ley - sólo a los parientes en línea recta".

(177) Art. 857 Código civil.

En el mismo sentido, COLOMBET, FOYER, HUET WEILLER, LABROUSSE RIOU, op. cit., - pag. 117.

"Los herederos del marido disponen como en el derecho anterior, de la posibilidad de obrar, cuando el marido ha muerto, dentro - de los plazos sin haber accionado. Pero su -- acción está subordinada a la existencia de un interés pecuniario. La Corte de cesación, estimaba que era necesario que ellos fuesen perturbados por el hijo en el ejercicio de sus derechos hereditarios".

(178) Art. 136 p. II Código civil español.

(179) HUET WEILLER, op. cit. pag. 235.

(180) Art. 141 anterior redacción del Código civil - español.

(181) Art. 119 anterior redacción del Código civil - español.

(182) Art. 108 p. II del Código civil español.

(183) Art. 120 p. 4º) Código civil español.

En el mismo tenor, viene a manifestarse el Consiglio Superiore della Magistratura op. cit., pag. 150, cuando en la precitada página alude a una sentencia del Tribunal de - Nápoles.

"Ha considerado, que como conse--- cuencia de la demanda de impugnación el hijo - conserve el status de hijo natural reconocido respecto a la madre. La sentencia motiva esta decisión, considerando que el objeto de la demanda es la impugnación de la paternidad, pues la acción tiende a eliminar la paternidad, no ya la maternidad".

(184) Art. 120 p. 3º) Código civil español.

(185) De suerte que la jurisprudencia italiana discute sobre esta cuestión. En nuestra opinión, - no estamos de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Florencia cuando alude a que es imperativo denunciar el nacimiento después de la - impugnación de la paternidad.

En este sentido, el Tribunal de Firenza 6-Ottobre-1977 en "Giurisprudenza civile", parte prima pag. 787.

"A continuación de la impugnación de la paternidad y de pérdida del apellido paterno, el menor deviene, a los efectos del estado civil, hijo desconocido, desde el momento que la denuncia de nacimiento ha sido efectuada por la madre, el reconocimiento es ya concreto en tal acto y, o, refutado la cualidad de hijo legítimo subentra en la de hijo natural reconocido por la madre, con todas las consecuencias de la ley, en particular el respeto al apellido; si por el contrario la declaración ha sido efectuada por otra persona será necesario un formal acto de reconocimiento por parte de la madre".

Asimismo, la Corte di Cassazione, sezione Lavoro, sentenza 20 Gennaio 1978, nº - 251 en "Foro italiano", 1978, llegó a la conclusión de que se exigía el reconocimiento a - posteriori de la madre para que el hijo asuma los apellidos ex matre.

"No puede haber duda, que en base a la nueva normativa, una vez desconocida la - paternidad del hijo (por efecto de un accidente que en el sentido del nuevo texto del 235 - puede ser propuesta, no obstante no sólo por - el marido, sino incluso por la mujer) y pues - una vez perdido el estado del hijo legítimo -- (art. 253 nuevo texto), la mujer como previene expresamente en el nuevo texto del art. 250 -- puede reconocer al hijo adulterino como propio hijo natural, incluso en un momento sucesivo - al nacimiento, y también constante matrimonio (como claramente se deduce de la desaparición de la prohibición impuesta por el art. 252 ---

para el reconocimiento de los hijos adulterinos hasta que el matrimonio no fuese disuelto)".

(186) B.G.B. && 823, 826; echeg && 29, 33, 37 (Schadensersatzanspruch des Scheinvaters). B.G.H., Urt. v. 8. 4. 1981-IV b Zr. 584/80 (Hamm). N.J.W. 1981. Heft 27 1445.

(187) Art. 73-4º) Código civil español.

(188) DE OLIVEIRA. O direito da filiaçâo na jurisprudência recente. Separata do numero especial do Boletím da facul dade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao prof Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro 1980 pag. 24.

Dice el citado autor:

"Los tribunales procuran encontrar una base de hecho que les permita afirmar la seriedad o buenas costumbres de la madre, que exista sospecha de infidelidad, descansando sus razonamientos sobre hechos conocidos de los cuales causalmente habrán de deducirse las reglas de experiencia que les conducirán en consecuencia al "hecho desconocido" -la fidelidad de la madre, esposa del presunto padre-. - Los tribunales acuden a una presunción judicial, basada en hechos concretos y probados."

(189) B.G.B. && 823, op. cit., (Njw, 1981), pag. --- 1445.

"En Agosto de 1965 contrajeron matrimonio las partes, después de que la demandada requerida para ello por el demandante suscribiera una declaración escrita que decía lo siguiente: "Yo por la presente, declaro que sólo he tenido relaciones sexuales con mi futuro esposo el Sr. N.; la paternidad de un tercero queda por ello excluída. Sólo el Sr. N. puede ser el padre de mi hijo. Con conocimiento de (esta declaración) las consecuencias jurídicas de esta declaración, la otorgo en posesión de todas mis facultades físicas y psíquicas". En Septiembre de 1965 trajo la demandada una niña al mundo. En Febrero de 1968 fue disuelto el matrimonio entre las partes. Por sentencia de 9. 9. 1977, se declaró la ilegitimidad de la - hija de la demandada, después de que en el proceso diera como resultado de un examen de grupos sanguíneos que el demandante no podía ser el padre de la niña".