

## Ambito y duración de la acción nacida del artículo 138 del Código civil

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA

SUMARIO.—1. Planteamiento.—2. Estado de la cuestión: jurisprudencia y doctrina.—3. Replanteamiento del problema; cuestiones previas y generales.—4. Sentido y alcance del artículo 138 C. c.: A) El presupuesto de la paternidad biológica. B) El presupuesto de la naturalidad legal. C) Sistema que forman los artículos 130, 132 y 138.—5. Ambito de la acción: A) Positivamente determinado: supuestos de inclusión. a) Falta del requisito naturalidad. b) Falta de las prescripciones de la Sección. c) Personas perjudicadas. B) Negativamente determinado: supuestos de exclusión. a) Nulidad absoluta por faltar el requisito de la paternidad. b) Impugnaciones negociadas. c) Impugnación discrecional por el reconocido menor al llegar a su mayoría de edad. d) Impugnación consiguiente al ejercicio de una acción de estado preferente.—6. Algunas observaciones sobre la naturaleza de la acción ex artículo 138.—7. Prescriptibilidad de la acción. A) El estado civil y el orden público. B) La acción de impugnación y el artículo 1.936 C. c. C) ¿Caducidad o prescripción? D) Plazo de duración.

### I.

El artículo 138 C. c. dispone que *el reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119, o en el cual se hayan faltado a las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique*. Previamente, en el párrafo tercero del artículo 133, establece el mismo Código que *el menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad*. Esta última acción, como se ve, tiene concedido un tiempo determinado para su ejercicio y la doctrina es unánime en entender que se trata de un plazo de caducidad. Pero en el artículo 138 nada se dice en cuanto a la duración—limitada o ilimitada y, en su caso, plazo—de la acción de impugnación en él concedida ni hay indicios, a primer examen, para deducir si una posible limitación temporal sería encuadrable en la figura de la prescripción o de la caducidad.

Contribuir a la solución de estos problemas—capitales de muchas cuestiones prácticas—será el objeto de la presente indagación.

## 2

El problema puede decirse que pasó desapercibido hasta que se planteó ante los Tribunales la primera contienda en que su solución era determinante de la del litigio y hubo de tomar partido la Jurisprudencia. Lo cual ocurre por primera vez en Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1929.

En ella se dice textualmente que «al impugnar la actora el reconocimiento hecho por su padre respecto del demandado, como hijo natural, indudablemente ejercita una acción personal, la cual sólo tiene de duración quince años, conforme al artículo 1.964 del C. c., toda vez que el artículo 138 del Código no le señala plazo especial». Como fundamento de esta solución aduce, además, la Sentencia que «no es legal ni moral que toda la descendencia de una persona quede pendiente por tiempo indefinido de la voluntad ajena en algo tan esencial para la vida jurídica y social como lo es el derecho a usar el apellido del progenitor» y que la estabilidad de las familias «no puede quedar a merced de las impugnaciones tardías hechas por otros parientes, contrariando actos de su causante que están obligados a respetar».

La publicación de esta Sentencia motivó ya algún comentario doctrinal. CASTÁN (1) consideró su doctrina muy discutible, inclinándose más hacia la, a la sazón dominante en la doctrina extranjera, es decir, la imprescriptibilidad, por tratarse de derechos que están fuera del comercio y que no son susceptibles de disponibilidad por los particulares, como lo confirma el artículo 1.936 C. c. que sin dificultad puede ser aplicado a la prescripción extintiva igual que a la adquisitiva; dicha institución—concluía—en el Derecho de familia está sustituida por la de la caducidad.

Con posterioridad a esta fecha los autores, en general, siguen silenciando el problema o se limitan a incluir una alusión a la Sentencia transcrita. Apenas si se encuentra alguna alusión crítica como la de MUCIUS SCAEVOLE en la edición revisada por ORTEGA LORCA (2), donde se afirma que «dado que toda acción tiene un término para su ejercicio, es de sentir que el Código no haya completado la doctrina del artículo determinando el tiempo durante el cual puede impugnarse. Ante este silencio debe acudir a las reglas generales de duración de las acciones, o sea a las relativas a su prescripción, de las cuales es pertinente la contenida en el artículo 1.964... El plazo resulta largo en demasía y hubiera sido

(1) En la «Rev. de Der. priv.», 1931, pág. 91.

(2) *Código civil*, 5.ª ed., III; Madrid, 1942, pág. 362 y 424.

conveniente que el Código fijase de manera expresa uno más limitado».

Todavía, el Tribunal Supremo ha tenido nueva ocasión de pronunciarse sobre la materia y lo ha hecho en el mismo sentido. En la Sentencia de 11 de diciembre de 1943 se vuelve a afirmar, en efecto, la aplicabilidad del artículo 1.932 C. c., así como la del 1.961, por lo que, como «se trata de una acción personal y han transcurrido desde que pudo ejercitarse los quince años que para la prescripción de tales acciones señaló el artículo 1.964 para cuando, como en este caso sucede, no tiene término especial de prescripción, por lo que no puede dudarse que la acción está prescrita». Se aduce en el quinto considerando que «no es admisible la equiparación que en el recurso se hace, a los efectos de la prescriptibilidad de las acciones, entre aquella por la que el interesado reclama su propio reconocimiento como hijo y aquella por la que otra persona, alegando derechos perjudicados, que no pueden considerarse imprescriptibles, impugna el reconocimiento ya hecho, pues en la primera se ejercita un derecho que puede considerarse inherente a la personalidad del hijo, y la segunda ataca una situación posesoria de un estado legal reconocido por ambas partes primariamente interesadas y, por tanto, cualquiera que sea la solución que se adopte en el primer caso, no puede extenderse al segundo, esencialmente diferente». Invoca, además, la doctrina de la Sentencia de 1929 y la de 29 de diciembre de 1927, la cual «expresa que el derecho consagrado en la Ley 11 de Toro es sustantivo en lo que afecta a la subsistencia de la acción, que puede ser ejercitada en cualquier tiempo, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de las acciones personales».

Comentándola en relación con la precedente, dice BONET RAMÓN (3) que aunque la solución es muy progresiva y digna de alabanza, no tiene sólido fundamento positivo.

Es natural que una alusión a esta orientación jurisprudencial sea suficiente, dentro de los Tratados Generales (4), para completar el estudio del artículo 138 C. c. Pero no pensamos que ha habido absoluto quietismo en la aceptación de tal criterio. Aparte los comentarios ya aludidos de CASTÁN y BONET, voy a detenerme en tres posiciones doctrinales interesantísimas por su significación: la de ROYO MARTÍNEZ, la de ALBALADEJO y la de DE CASTRO; las dos primeras, por la significación que sus obras—general la del primero, monográfica la del segundo—han tenido en la renovación y floreciente impulso de los estudios sobre filiación en nuestra Patria durante los últimos años; la tercera, por el rigor científico que le caracteriza en la precisión del enfoque y solución de las cuestiones.

(3) En la «Rev. de Der. priv.», 1944, pág. 143.

(4) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7.<sup>a</sup> ed. V-II; Madrid, 1958, pág. 63; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, II-2.º, Madrid, s. f., pág. 84; etc.

ROYO MARTÍNEZ (5), aun reconociendo que puede ser correcta en pura hermenéutica legal y por aplicación literal del artículo 1.964 la doctrina jurisprudencial expuesta, la considera desacertada por cuanto «los derechos de familia y los referentes al estado de las personas, o son imprescriptibles y el transcurso del tiempo no les afecta, o están sometidos a términos de caducidad mucho más breves de quince años, porque ninguna razón puede autorizar que se mantenga por tan prolongado lapso la incertidumbre e inseguridad respecto del estado de una persona. A mi juicio—añade—el silencio del Código no debió ser suplido por una norma que, al contraponer las acciones personales a las reales, denuncia por sí misma que está pensada para acciones de carácter patrimonial, sino por aplicación analógica de los términos de caducidad que respecto de la filiación legítima se señalan: pero, en todo caso, debe tenerse en cuenta que las acciones rescisorias y de nulidad duran sólo cuatro años (arts. 1.209 y 1.301), y si bien es cierto que estas son reglas consignadas al regular los contratos en general, no menos cierto es que, por carecer nuestro Código de una teoría general del negocio jurídico, las normas sobre los vicios del consentimiento y demás causas de invalidez de los negocios han de ser buscadas en las reglas de los contratos en general. Para corroborar esta opinión tenemos el dato de que el Código no confiere al hijo más que cuatro años para que impugne el reconocimiento (art. 133, párrafo 3) aunque los cuente desde el día en que puede ejercitar por sí la acción».

Tras estos razonamientos concluye el profesor Royo que «la acción de impugnación del artículo 138 no puede durar sino *a lo sumo* cuatro años contados, en principio, desde la inscripción o anotación marginal expresivas del reconocimiento en el Registro civil o, por excepción, desde que se conozca la causa de impugnación o se adquiriera capacidad para el ejercicio de la acción, aunque todavía me parece preferible aplicar por analogía los lapsos de caducidad más breves que el Código establece para las restantes acciones de estado».

ALBALADEJO (6), después de afirmar que «el problema de la duración de las acciones tiene como vértice la consideración de que, por un lado, su larga duración deja inseguro el estado civil de las personas y, por otro, la duración corta puede provocar la consolidación de un estado que discrepe con la realidad» y tras aludir al criterio jurisprudencial expuesto, distingue la duración de las acciones según se trate de nulidad o de impugnabilidad, en relación con la clasificación que propone de los supuestos de ineficacia.

Para él, el reconocimiento es nulo: 1.º, si el reconocido no es hijo natural del que lo reconoció; 2.º, por defecto de forma, y 3.º, por incapacidad psíquica del reconocedor. El reconocimiento es

(5) *Derecho de familia*, Sevilla, 1940, pág. 284.

(6) *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, pág. 211.

impugnabile: 1.º, por error obstativo; 2.º, por error vicio; 3.º, por intimidación; 4.º, por violencia, y 5.º, por dolo. Y, aunque válido, el reconocimiento es ineficaz: 1.º, por no haberlo consentido el hijo reconocido mayor de edad, y 2.º, por no haberlo aprobado el juez en los casos de aplicación del artículo 133, 2.º. Finalmente, considera que el reconocimiento, aunque sea válido en sí, es impugnabile, no obstante, por el reconocido, conforme al 133, 3.º.

No encuadran de una manera directa en este cuadro general los supuestos de actuación del artículo 138. Pero parece que los considera como casos de nulidad al afirmar que, conforme al 129, a *contrario sensu* no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo; «tal reconocimiento—añade—sería nulo por ir contra lo dispuesto en la ley (art. 4, C. c.) y atacable a tenor del 138» (7). Por otra parte, los supuestos de invalidez por defecto de forma, hemos visto que los encuadra dentro del grupo de la nulidad y que, desde luego, ninguno de los supuestos de hecho del artículo 138 son encuadrables en los casos que él considera de impugnabilidad (pues es una impugnabilidad de tipo negocial) o de ineficacia; a lo sumo, alguno de aquellos supuestos de hecho podrían encuadrarse en este último grupo, dada la ubicación, dentro de la Sección, del artículo 133. Pero el autor no lo especifica.

Pues bien, con estos antecedentes, entiende ALBALADEJO que en caso de reconocimiento nulo, la acción debe ser imprescriptible (y no caducable) aunque sea por la consideración de que la inexistencia (nulidad), como tiene reiteradamente dicho el propio Tribunal Supremo con referencia a los contratos, es perpetua e insubsanable (8). Invoca también el artículo 263 del Código italiano de 1942, donde la acción para impugnar el reconocimiento contrario a la realidad es imprescriptible.

Para los casos que considera de impugnabilidad, entiende que, si se admite la tesis prescripción, la acción durará quince años conforme al artículo 1.964—plazo que considera excesivamente largo—y que acogiéndose a la tesis caducidad, podría aplicarse por analogía el plazo del artículo 133, 3.º, a contar desde que la intimidación o violencia cesaron o desde que se desvanezca el error o se aperciba el reconecedor de que fué objeto de una maquinación dolosa (9).

El profesor DE CASTRO considera indudable que a la caducidad corresponde remediar lo inseguro y claudicante de las situaciones amenazadas de impugnación, como la del hijo natural reconocido, señalando un plazo para el ejercicio de las acciones que no lo tienen

(7) *Op. cit.*, pág. 188.

(8) *Op. cit.*, págs. 212 y 213, donde se citan sentencias del Tribunal Supremo en materia de contratos.

(9) *Op. cit.*, pág. 215. Se refiere, como se ve, a la impugnación de tipo negocial y apoya su afirmación en el argumento de los arts. 102-2.º y 1.301-3.º y 4.º del C. c.

señalado en el Código, en especial, la nacida del artículo 138 (10). Y entiende que la laguna del Código es sólo aparente; porque, al no distinguir terminológicamente entre prescripción y caducidad y al no separar externamente el ámbito de ambas figuras, permite entender el precepto disponiendo que las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo (art. 1.961, C. c.), referido tanto a la hipótesis de la prescripción como a la de la caducidad, y así, en efecto, lo ha entendido el Tribunal Supremo. Admitido este punto de partida—concluye—se puede contestar la cuestión (en otro caso, sin respuesta) sobre cual sea el plazo de la caducidad cuando el Código no lo señale; por analogía con la situación de las acciones personales, que no tienen señalado término especial de prescripción, caducarán si durante quince años no se han ejercitado (art. 1.964, C. c.) (11).

Había, empero, cierta oscuridad en esta doctrina si se tenían en cuenta anteriores consideraciones del autor sobre el mismo artículo 138. Porque, clasificadas las facultades de estado en «dirigidas a la declaración del estado civil» y «para cambiar el estado civil», incluía el artículo 138 en el primer grupo, dominado por el principio de orden público, cuyo corolario sería la imprescriptibilidad (12). Posteriormente lo incluye, aunque implícitamente, dentro del grupo de las modificativas y, concretamente del subgrupo de las de impugnación por falta de requisitos esenciales. Este tipo de acciones—dice—tampoco es susceptible de prescripción (artículo 1.936), pero regularmente tiene fijado un plazo para su ejercicio, pasado el cual caducan (13); en esta construcción es en la que encaja aquella aplicación analógica del artículo 1.964. Finalmente, con motivo de la reciente reforma del C. c. por ley de 24 de abril de 1958, ha añadido una distinción muy interesante al decir que «las acciones de impugnación dirigidas a destruir *ex tunc* un estado ci-

(10) *Derecho civil de España*, II-1.º Madrid, 1952, pág. 93, en donde añade: «Sólo durante un tiempo limitado—y el menor posible—consiente la técnica jurídica un estado civil provisional.» Hay en este terminología una ligera contradicción con las consecuencias del tratamiento dado por él mismo a la materia, porque el reconocimiento sujeto a impugnación no origina un estado civil provisional, sino un estado sometido a impugnación, categoría diferenciada de aquella e integrante, con ella, del género «estado civil carente de firmeza» (cfr. págs. 86 y 87).

(11) *Op. cit.*, pág. 93. En la nota 2 analiza la Sentencia del T. S. de 18 de enero de 1929 y atiende que, aunque su técnica es imprecisa, como lo es también la del Código, sus resultados, que es lo que más importa, son exactos, puesto que la solución dada por ella, de que la acción de impugnación del artículo 138 del C. c. prescribe a los quince años, equivale a decir que con el transcurso de este plazo caduca la acción y hay que aplicar por analogía el artículo 1.964 del C. c., que señala el plazo más general de extinción de acciones por falta de ejercicio.

(12) *Op. cit.*, págs. 90 y 91; cfr. también págs. 97 y 98 y nota 1 de esta última. Debido, seguramente, a incluir en el artículo 138 la impugnación del reconocimiento hecho por quien no sea padre del reconocido. Acción que, como veremos, no nace del artículo 138.

(13) *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1957, págs. 156 y 157.

vil existente (aunque éste tenga la condición de claudicante mientras no caduca o se ejercita la acción), se distinguen, no sólo de las que persiguen la creación de un nuevo estado (con la consiguiente extinción del anterior) y de las declarativas de nulidad, sino también de aquellas otras que ponen término a un estado para volver al que se tenía antes» (14).

3

Por falta de un estudio específico sobre él, ha quedado el artículo 138 un tanto desdibujado: y sin una previa determinación de su ámbito de aplicación y de la naturaleza de la acción que regula, no es posible dar una solución de cierta garantía al problema de su prescripción o caducidad.

Respecto a la naturaleza de la acción, de un modo u otro, expresa o implícitamente, se viene considerando como *acción de estado*. Pero respecto del ámbito, la cuestión está completamente confusa; la acción nacida en artículo 138 o se considera como una categoría genérica y residual que abarca todas las hipótesis de impugnación del reconocimiento de la filiación natural, excepto la regulada en el artículo 133, 3.º (partiendo de este presupuesto implícito: el reconocimiento puede impugnarse o por el hijo menor al llegar a su mayoría de edad, conforme al 133-3, o por los demás—incluyendo, generalmente, también a aquél—, conforme al 138) (15); o bien se establece un cuadro exhaustivo de categorías doctrinales de ineficacia, en el cual queda el artículo 138 más o menos difuminado.

A mi modo de ver, ha influido mucho en esta situación de la doctrina la consideración—cierta, por otra parte—, del influjo del Código Napoleón y del italiano de 1865 sobre el nuestro, en materia de filiación, descuidando quizá el estudio del posible influjo de los precedentes patrios—Ley 11 de Toro, Proyecto de 1851, base 5.ª de la Ley de 1888 (16)—y la consideración lógica de la importancia que tiene un desvío o diferencia de matiz respecto al modelo, cuando en la institución se ha seguido al mismo en sus líneas generales: es evidente que si la regulación de la filia-

(14) *Apéndice al Compendio* cit., Madrid, 1958, pág. 27.

(15) Cfr. DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, VII, Madrid, 1927, pág. 277.

(16) Quizá el influjo más salutar de la obra del profesor ROYO, además de haber determinado un reflorecimiento de esos temas en nuestra doctrina, según he indicado antes, haya sido de destacar la importancia que las leyes de Toro tienen para el estudio e inteligencia de la regulación de la filiación en el C. c. y la constante atención—junto a los modelos extranjeros que sirvieron de pauta—a los precedentes patrios, principalmente al Proyecto de 1851, a las leyes de matrimonio y Registro civil y a la Ley de Bases de 1888. Se podrían enumerar muchas citas en comprobación de esta influencia.

ción natural en nuestro Código sigue fielmente al francés en casi todo, cualquier diferencia concreta puede tener importancia decisiva y debe ponernos en guardia respecto de su significado (17).

Y aquí radica precisamente, como veremos, una de las diferencias. Tanto el artículo 339 del C. c. francés, como el 188 del italiano de 1865 responden a un supuesto de hecho mucho más amplio que el de nuestro artículo 138. Aquél—339 del francés—permite la impugnación de *todo reconocimiento* del padre o de la madre, lo mismo que *toda reclamación* por parte del hijo y concede la acción a *todos* los que tengan *interés*; el italiano proclamaba también que *el reconocimiento* podía ser impugnado por el hijo o por *cualquiera* que tuviera *interés* (art. 188) y que la demanda para la *declaración de paternidad o de maternidad* podía ser impugnada por cualquiera que tuviera *interés* (art. 191). Sólo con considerar que no existe un precepto equivalente a nuestro 133-3.º y que es *communis opinio* la inaplicabilidad del 138 al impropiamente llamado «reconocimiento forzoso», ya se observa una primera diferencia de ámbito que aconseja insistir en ello hasta precisar a qué acciones de impugnación se refiere el artículo 138 y a cuáles otras posibles no se refiere, para mejor dictaminar sobre la duración de las en él comprendidas.

Esta primera diferencia de ámbito justifica el que los autores franceses e italianos (18) encuadren toda hipótesis específica de impugnación del reconocimiento en aquellos preceptos, distinguiendo, junto a ellos, las hipótesis genéricas de impugnación negocial, generalmente por vicios del consentimiento. Algunos incluyen también estos en la posibilidad del artículo 339 o 188, respectivamente; y ciertamente que los términos amplios en que se producen no significan obstáculo para ello. Y, sin embargo, es dudoso que ello pueda hacerse con referencia a nuestro artículo 138.

(17) Véanse consecuencias interesantes de este *modus operandi* en cuanto a lo que él llama «reconocimiento de hijos ilegítimos no naturales», en MARTINEZ RADÍO: *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural*, en la «Rev. de Der. Priv.», 1957, principalmente págs. 370 y sigs.

(18) Cfr., entre los primeros, como autores de distintas épocas: LAURENT: *Principes de Droit civil français*, IV, 3.ª ed., Bruselas-París, 1878, págs. 105-109; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, 5.ª ed., IX (revisado por BARTIN), París, 1917, págs. 260 y 261; BEUDANT: *Cours de Droit civil français*, 2.ª ed. por R. BEUDANT y LAREBOURS-PIGEONNIERE, III (con la colaboración de BRETÓN), París, 1936, págs. 262-270; COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. de la 2.ª ed. francesa, anotado por DE BUEN, 2.ª ed. (revisada por CASTÁN), I, Madrid, 1941, págs. 584-587; PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, 2.ª ed., II (por RONAST), París, 1952, págs. 708-715; SAVATIER: *Cours de Droit civil*, I, 2.ª ed., París, 1947, págs. 208-210; MEZEAUD-MEZEAUD y MEZEAUD: *Leçons de Droit civil*, I, París, 1955, págs. 511-512; MARTY y RAJNAUD: *Droit civil*, I, París, 1956, págs. 908-911. Entre los autores italianos anteriores a la reforma pueden citarse, como más significativos, DUSI: *Della filiazione* en el *Trattato de Vassalli*, Nápoles-Turín, 1924, págs. 648-651; CIGU: *La filiazione*, Turín, 1938; CARRESI: *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milán, 1940.



Pero, en este caso, la diferencia no se limita a una distinta formulación de los preceptos homólogos: la diferencia entre nuestro artículo 138 y el 339 del Código francés (o 188 y 191 del italiano de 1865) es más honda y responde a una diferencia matiz en la *concepción total* de la institución «reconocimiento» en uno y otro sistema; la diferencia de matiz yo me atrevería a sintetizarla en estos términos: en nuestro sistema, el reconocimiento tiene más de *negocial—de «convencional»*, diría, si el término no se prestase a equívocos—que en sus habituales modelos; pesa, más que en ellos, la voluntad frente a la realidad biológica.

En efecto; si se compara, por ejemplo, nuestro artículo 135 con el 340 francés (aun en la redacción que le dió la Ley de 16 de noviembre de 1912) se observa que, mientras el nuestro—con propiedad o impropiedad, pero evidenciando una concepción determinada del instituto—habla de que «el padre está obligado a reconocer», el francés dice que «la paternidad puede ser judicialmente declarada» (y los 189 y 191 del italiano se refieren a la indagación de la paternidad, añadiendo el 192 que la sentencia que declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento). Lo mismo respecto de la maternidad: cfr. artículo 136 C. c. español y 341 del francés (190 italiano).

A continuación, tanto el 135 nuestro como el 340 francés (tras la reforma de 1912) enumeran supuestos más o menos semejantes; pero aun en los que presentan mayor semejanza late la misma diferente concepción; el número 1.º del nuestro habla de «escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad», mientras que el 3.º del francés, de «cartas o cualquier otro escrito privado emanado del pretendido padre y de los que resulte una confesión inequívoca de paternidad».

En este mismo orden de cosas, es muy interesante observar que en el Código Napoleón el reconocimiento no requiere consentimiento del hijo mayor ni aprobación judicial del hecho a favor de un menor, como tampoco acción de impugnación «discrecional» a éste al llegar a su mayoría de edad (19); y lo mismo sucedía en el derogado Código italiano. Nuestro artículo 133 es, por tanto, plenamente original y contradictorio con sus habituales modelos.

Cabría también observar que la prohibición de reconocer hijos adulterinos e incestuosos es directa en el artículo 335 del Código francés (con las excepciones establecidas en la Ley de 30 de diciembre de 1915) y en el 180 del Código italiano; en el nuestro se deduce *a contrario* del artículo 129 y su impugnabilidad es, como veremos, condicionada (20).

(19) Vid. PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, pág. 708.

(20) Véanse interesantes consecuencias de esta última diferencia en MARTÍNEZ RODÍO (*Op. cit.*, pág. 373), quien observa, además, que no hay en nuestro Código precepto que prohíba su reconocimiento, semejante al 119 para la legitimación por subsiguiente matrimonio, y que del 129 y 138 sólo se deduce que no pueden ser reconocidos «como naturales». Cfr. también

Aquel diferente papel que la voluntad desempeña en el sistema de nuestro Código, ha sido ya destacado por algunos autores modernos, aunque quizá excesivamente referido y limitado al problema de su naturaleza. DÍEZ PASTOR, por ejemplo, se expresa en estos términos: «El reconocimiento de los hijos naturales se aproxima, en el C. c. al reconocimiento-admisión— Es un negocio jurídico voluntario que otorga al hijo un estado civil con cierta independencia del hecho biológico en que la filiación tiene su origen» (21). DE BUEN había ya señalado que «los derechos del hijo no nacen, en relación con su padre, del hecho de la filiación, sino del hecho del reconocimiento, pues la filiación, aun probada, no produce efectos si no le acompaña aquél, a no ser que la prueba resulte de una acción criminal por violación, estupro o raptó» (22); naturalmente, esta última afirmación hay que entenderla referida a la llamada investigación de la paternidad, no a la de la maternidad. ROYO MARTÍNEZ obtiene, sobre la base de esta voluntariedad, la admisibilidad en nuestro sistema del reconocimiento privado y del tácito (23). También aparece destacado tal carácter en los anotadores de ENNECERUS: «Constituye—escriben PÉREZ y CASTÁN (24)—más bien que un medio de prueba un acto de voluntad o negocio jurídico dirigido a establecer un vínculo de familia. Aunque su carácter sea un tanto complejo, participa más, dentro de la concepción de nuestro Código y de la jurisprudencia, de la naturaleza de reconocimiento-admisión que de reconocimiento confesión... en nuestro Derecho el reconocimiento presenta un cierto carácter *bilateral* más o menos acentuado según los casos; si el reconocido es mayor de edad, es necesario su consentimiento, cualquiera que sea la forma del reconocimiento (art. 133-1.<sup>o</sup>) y si el hijo es menor de edad se requiere la aprobación judicial—que equivale en cierto sentido a una aceptación del reconocimiento—cuando se practique éste, no en el acta de nacimiento ni en testamento, sino en otro documento público (art. 133-2.<sup>o</sup>). Por otra parte, el beneficiario menor de edad puede, en todo caso, impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad (art. 133-3.<sup>o</sup>), lo que implica una fática aceptación del mismo en cuanto no se ejercite esa acción dentro del plazo legal». Por su parte, BORRACHERO dice: «Pues bien, si en el reconocimiento se exige el consentimiento del hijo cuando es mayor de edad; si cuando éste es menor se precisa la aprobación

---

GONZÁLEZ PÉREZ: *La inscripción en el Registro civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales*, en la «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 1954, págs. 12 y sigs., y PERÉ FALUY: *La filiación y el Registro civil*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, págs. 860 y sigs.

(21) *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución*, en «Rev. de Der. Priv.», 1933, pág. 30 de la separata.

(22) *Notas a la Op. cit.* de COLIN y CAPITANT, I, pág. 602.

(23) *Op. cit.*, págs. 267-278.

(24) *Notas a la trad. esp. del Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP y WOLF*, IV-2.<sup>o</sup>, pág. 210.

judicial; si a pesar de ello se le concede un plazo de cuatro años para impugnar el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad, no cabe duda de que el legislador al regularlo pensó atribuir a dicho negocio jurídico carácter bilateral»... etc. (25).

Yo no creo que pueda llegarse a tales consecuencias en cuanto a la naturaleza y caracteres del reconocimiento en nuestro sistema; me parecen más técnicas las obtenidas por ALBALADEJO (26) que lo considera «acto jurídico en sentido estricto» y le atribuye carácter unilateral. Pero juzgo de interés aportar aquellos testimonios, en los que late la preocupación por destacar la importancia de la voluntad en el reconocimiento que regula nuestro Código porque, en este aspecto y frente a los Códigos francés e italiano, la observación es absolutamente justa y puede ser fecunda.

En una medida simplemente *per relationem*, diríase que, frente a tales modelos, la filiación natural reconocida está en nuestro sistema más cerca de la adoptiva y menos inmediata a la legítima de lo que aparece en aquéllos. Y es muy interesante que, recientemente, en la doctrina francesa, para censurar y combatir los abusos que, sobre la base precisamente del artículo 339, se vienen cometiendo al impugnar—generalmente tras el divorcio—por falta del presupuesto biológico los llamados «reconocimientos de complacencia», se haya argumentado brillantemente sobre la irrevocabilidad de la filiación *ficticia* que supone la adopción (27): ello, pese a las diferencias señaladas, principalmente la innecesariedad del consentimiento expreso o tácito del reconocido en el sistema francés.

Estas observaciones habrán de ser tenidas en cuenta al analizar los casos de impugnación por la falta de presupuestos—falta de paternidad o de naturalidad legal—en el reconocimiento.

Una última observación, con relación a la supuesta laguna legal del artículo 138.

Ciertamente, nuestro Código civil es parco e insuficiente al regular la invalidez del reconocimiento (como lo es en tantas otras cuestiones relativas al mismo). Ciertamente, por ende, que sus lagunas deben ser suplidas con criterios obtenidos del Derecho comparado, de la doctrina del negocio jurídico—y de la regulación legal del contrato—(28) y con lo que pudiéramos llamar «criterios ins-

---

(25) Reconocimiento sucesivo de hijos naturales, en la «Rev. de Der. Priv.» 1953, pág. 292. Cfr. también PÉREZ PEÑA: *Tratado* cit., pág. 71.

(26) *Op. cit.*, págs. 33-52 y 70-74.

(27) RALINCOURT: *Reflexions sur l'article 339 du Code civil*, en «La semaine juridique», 16 julio 1958, 1442-II. Se alude también a la «legitimación adoptiva» introducida en los artículos 368-370 del Código por Decreto-Ley de 29 de julio de 1959 y ampliada por Ley de 17 de abril de 1957.

(28) No interesa aquí determinar si el reconocimiento es un negocio jurídico o un acto jurídico en sentido estricto; bástenos—y creemos que en ello no hay duda—afirmar que es un acto jurídico en sentido amplio y genérico. Y no interesa ulterior precisión, porque, en tema de impugnación,

titucionales», criterios deducidos del conjunto de la institución, pero—entiéndase bien—de la institución «legal», aunque haya que recomponerla para ello: no con criterios teóricos deducidos de la institución tal como doctrinalmente se conciba.

Pero no es menos cierto que en esta tarea integradora es preciso contar con lo poco que hay: no parece método adecuado, afirmada aquella insuficiencia, construir dogmáticamente un cuadro teórico y científico de la invalidez del reconocimiento para luego obtener de él las consecuencias relativas a la duración de la acción de impugnación al margen quizá, desvinculadas, de *lo poco* que hay en el Código relativo a estos problemas. Cuando se encuentra el fósil parcial de una especie extinguida, no se reconstruye su estructura, so pretexto de insuficiencia, prescindiendo de lo hallado, sino en función de ello. Y, mientras los resultados, tal vez injustos o poco prácticos, de la investigación no aconsejen una interpretación correctora de la ley, el método a emplear deberá ser el de la interpretación integradora de la misma. Interesa, pues, aquí, partir de lo poco que en la ley existe—teniendo en cuenta que, muchas veces, en ella *existe* también el silencio—para acometer la búsqueda de la solución adecuada al problema propuesto.

## 4

Con estas ideas tratemos de obtener ahora el sentido y alcance del artículo 138 C. c.

La base de partida viene determinada por tres afirmaciones directamente obtenidas del Derecho positivo:

1.<sup>a</sup> El reconocimiento exige el consentimiento del reconocido mayor de edad (art. 133-1.<sup>o</sup>).

2.<sup>a</sup> Cuando el reconocido es menor, aparte la aprobación judicial, en su caso, (art. 133-2.<sup>o</sup>), puede impugnarlo dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad (art. 133-3.<sup>o</sup>).

3.<sup>a</sup> Cuando el hijo reconocido fuese ilegítimo *stricto sensu* (29), o cuando en el reconocimiento se haya faltado a las prescripciones de la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo IV, Título V, Libro I, del Código civil, puede ser impugnado por aquellos a quienes perjudique.

Sobre estas afirmaciones, y recordando lo dicho en el apartado anterior respecto de las diferencias con el sistema francés, observemos, en primer lugar, que, dándose el presupuesto bioló-

---

el resultado es el mismo: los autores que defienden la tesis «acto jurídico en sentido estricto» lo consideran *semejante a los negocios jurídicos* y reconocen que prácticamente su regulación es análoga a la de éstos. (Cfr. ALBALADEJO, págs. 51 y 52; BORRACHERO, pág. 292, nota, 2, etc.).

(29) De la definición de «hijo natural», contenida en el segundo párrafo del artículo 119, se excluyen, justamente, los legítimos, además de los ilegítimos *stricto sensu*; pero ello es intrascendente—por prácticamente implantable y teóricamente absurdo—a los fines de nuestro estudio.

gico de «paternidad» y la condición legal de «naturalidad» el reconocimiento es, por lo menos, ineficaz (30) si el reconocido no lo acepta (simplemente, porque no quiera aceptarlo) y pierde su eficacia si el reconocido, que por su minoridad no lo aceptó, lo impugna al llegar a su mayoría de edad (simplemente, porque quiere impugnarlo) (31).

Por otra parte, es ocioso entrar aquí en el análisis de si la acción de declaración de paternidad es o no personalísima del hijo—y su ejercicio, por tanto, discrecional en él—como parece deducirse del artículo 137-1 (32) porque, como luego veremos, el 138 no se refiere a tales supuestos.

Tenemos, en suma, que desde un punto de vista *limitativo*—poniendo la oración por pasiva—los presupuestos constitutivos del reconocimiento, es decir, la paternidad y la naturalidad, ceden ante la voluntad del reconocido. Si éste *no quiere*, no hay reconocimiento eficaz, aunque sea hijo y lo sea natural.

Ante esta realidad del valor prevalente de la voluntad del reconocido, junto a la por todos admitida del carácter voluntario, incoercible, del reconocimiento por parte del reconocedor (33), vale la pena replantear el problema en la voz activa de la oración, y preguntarnos, desposeídos de todo prejuicio doctrinal, sobre la validez del reconocimiento sano en su voluntariedad, pero desposeído de alguno de sus presupuestos fácticos, la paternidad o la naturalidad.

A. Los autores, tanto franceses (34) o italianos (35) como

(30) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 160-167, 180 y 209.

(31) SÁNCHEZ ROMÁN entendió que la impugnación cuatrienal del artículo 133-3.º era referible sólo a la falta de verdad en la relación paterno-filial y no al perjuicio que del reconocimiento pudiera seguirse para el reconocido, y sobre esta base y la tesis del «reconocimiento-confesión» emitió juicio favorable del párrafo 3.º del artículo 133, junto a las críticas que le mereció el párrafo 1.º por hacer depender la eficacia del reconocimiento de la voluntad del hijo (*Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., V-2.º, Madrid, 1898, págs. 1028, 1029 y 1035). Tal interpretación (en la que el propio autor parece dudar, cfr. pág. 1039), seguida por algunos autores, no parece objetivamente exacta y resulta mejor fundada la que sostiene la impugnabilidad del 133-3.º, aun en los casos de reconocimiento objetivamente inatacable. (Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 221-223.)

(32) Véase, sin embargo, el sentido de la jurisprudencia en Sentencias de 13 de mayo de 1902, 26 de marzo de 1904, 29 de diciembre de 1916, 24 de febrero de 1917 y 25 de junio de 1955.

(33) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 57-59.

(34) LAURENT: *Op. cit.*, pág. 121; AUBRY y RAU: *Op. cit.*, pág. 260; BÉDANT: *Op. cit.*, págs. 265-268; COLIN y CAPITANT: *Op. cit.*, pág. 585; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, págs. 708-715; CARBONIER: *Droit civil*, I, París, 1955, pág. 512; MARTY y RAINAUD: *Op. cit.*, pág. 908, etc. No todos, sin embargo, consideran, según veremos, la acción imprescriptible.

(35) DUSI: *Op. cit.*, pág. 648. COSATTINI, en su original clasificación de la invalidez, dimanante de su concepto y virtualidad del título de estado, lo califica de «anulabilidad absoluta» (*Il riconoscimento del figlio naturale*, Pauda, 1942, págs. 220-243). Ciertamente lo considera como un supuesto de impugnación del estado» (pág. 164 de la 2.ª ed., Turín, 1951), etc.

los que en nuestra doctrina han abordado la cuestión (36), afirman que es nulo de pleno Derecho o inexistente el reconocimiento de quien no sea hijo, es decir, aquel en el que falte el presupuesto biológico de la paternidad.

Considero que, con referencia a él, la conclusión es correcta, en base al argumento que ALBALADEJO refiere por igual a ambos presupuestos (también al de naturalidad) (37): el artículo 4.º C. c., en relación con el 129 interpretado *a contrario*: Porque el que no es hijo no puede ser reconocido y si lo fuese, el reconocimiento sería un acto ejecutado contra lo dispuesto en la Ley.

Ello referido, naturalmente, a los casos en que conste o se pruebe la no paternidad del autor del reconocimiento. Dada la naturaleza de esta prueba existirán, de hecho, muchos reconocimientos funcionando como plenamente válidos en los que, sin embargo, faltará el presupuesto biológico de la paternidad. Pero este resultado contrario a la verdad, se da también, y con mayor energía, en la filiación legítima por efecto de las presunciones de legitimidad; nótese que, efectivamente aquí la abstracción de la realidad es todavía más fuerte, pues se trata de una paternidad *impuesta*, con prueba contraria absolutamente tasada y referida sólo a un *numerus clausus* de situaciones, de tal forma que la prueba plena de la no paternidad, si no sigue los cauces de la ley, es totalmente inoperante; en cambio, en la filiación natural reconocida se trata de una paternidad *presunta*: demostrada mediante la prueba plena la no paternidad, sea cual sea esta prueba, la presunción queda del todo destruída. La diferencia, como se ve, es esencial.

B. En cuanto al presupuesto de la naturalidad creo que no puede seguir la misma suerte que el de la paternidad biológica, a pesar de que los autores lo involucran siempre con ella: «Por propia esencia de la institución—dice ALBALADEJO—sólo pueden ser reconocidos los hijos del reconocedor y, además, tales hijos han de ser naturales. El artículo 129 dice que el hijo natural puede ser reconocido por el padre o por la madre. *A contrario sensu* no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo. Tal reconocimiento será nulo por ir contra lo dispuesto en la ley (artículo 4.º C. c.)» (38).

Este argumento podrá ser válido referido al Código francés o al italiano de 1865 que prohíben expresa y directamente el reconocimiento de los hijos adúlteros o incestuosos y que estructuran la acción de impugnación en términos muy amplios. También, como he dicho ya, lo juzgo válido con referencia al requisito de la paternidad: pero con referencia a la naturalidad, la situación es muy diversa en nuestro Código.

(36) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 187.

(37) *Op. cit.*, pág. 188.

(38) *Op. cit. y loc. cit.*

La diferencia me parece notoria: El artículo 138 presupone la paternidad: «El reconocimiento hecho a favor de un hijo...»: luego sólo es aplicable a los casos en que exista esta realidad biológica: cuando falta, el precepto no es aplicable y el artículo 4.º encuentra expedito el camino de su vigencia. Pero cuando, supuesta la paternidad biológica, falta el requisito de la naturalidad («... que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119», sigue diciendo el 138) es cuando se dan los presupuestos de actuación de este último precepto, es decir, es cuando el reconocimiento resulta *impugnabile* con una *impugnabilidad*, además, *limitada* a aquellos que resulten perjudicados y *condicionada*, por tanto, a la existencia efectiva del perjuicio.

Los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son, efectivamente, nulos, con nulidad de pleno Derecho: pero añade el artículo 4.º: «salvo los casos en que la misma ley ordene su validez»; y cuando regula su impugnación limitada y condicionada, de rechazo, ordena su validez en los casos en que no han podido ser impugnados porque no causan perjuicio, o, de hecho, no han sido impugnados por quienes estaban legitimados para ello: los perjudicados con el reconocimiento del hijo ilegítimo no natural. Y no creo que quepa alegar aquí imprecisión técnica en la redacción del artículo 138, si se tiene en cuenta en qué distintos términos están redactados los artículos 101 y 102: y, aun así, a la vista de este último precepto, nadie podrá afirmar que el matrimonio entre raptor y raptada, por ejemplo, es nulo de pleno Derecho por imperio del artículo 4.º.

Si, pues, en nuestro sistema pesa más la voluntad que en el sistema francés: si los términos del artículo 138 dan lugar a una interpretación progresiva (30) que no cabe conforme a los artículos 335 y 339 del francés, ¿por qué hemos de seguir admitiendo como dogma importado que el reconocimiento del hijo ilegítimo no natural es nulo de pleno Derecho?

Que el reconocimiento de los hijos ilegítimos *stricto sensu*, no es, en principio, nulo en nuestro sistema, sino simplemente impugnabile, lo corroboran, además, sus precedentes pre-legislativos:

El artículo 127 del Proyecto de 1851, inmediatamente después de prohibir, en todo caso, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, añadía en el segundo párrafo: «Sin embargo, todo reconocimiento del padre o de la madre, o de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, después de muerto el que hizo el reconoci-

---

(30) Deliberadamente quiero evitar en este trabajo toda consideración de eutelegenesia. Pero que la posibilidad de reconocer la filiación ilegítima no natural, mientras no perjudique a la familia legítima—en cuyo caso ya hay «perjudicados» y es por ellos impugnabile—, supone una interpretación progresiva, me parece evidente. (Vide, por todos, el elocente estudio de PERÉ RALTY: *Op. cit.*, págs. 861-864 y las citas allí consignadas.)

miento», con lo cual se da a entender: 1.º que la impugnación supone una excepción a la prohibición de investigar la paternidad e maternidad extramatrimonial; y 2.º que tales reconocimientos impugnables por falta de naturalidad legal eran válidos durante la vida del autor del reconocimiento y aun después de su muerte si no había ningún *tercer interesado* que lo impugnase.

Y la base 5.ª de la ley de 1888, después de trazar las directrices a que había de acomodarse la investigación de la paternidad y la legitimación de la prole, añadía: «... y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar así los reconocimientos como las legitimaciones cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley». No parece que el legislador se fijase en el modelo francés, ni pensase en la nulidad de pleno Derecho a la hora de establecer los cimientos de lo que habían de ser los artículos 128 y 138 del futuro Código.

Ahora bien; esta interpretación del artículo 138, esta posibilidad, en principio, de que sean reconocidos hijos ilegítimos no naturales. ¿abarca todos los supuestos? ¿Son simplemente anulables todos los reconocimientos de hijos extramatrimoniales?

Evidentemente, no. Aquella interpretación del artículo 138, ya lo he dicho, significa sólo la posibilidad, en principio, la ruptura de la barrera que opone el artículo 4.º. Pero el «sistema» es necesario completarlo, para ulteriores precisiones, con otros preceptos.

En primer lugar, con el artículo 130: Si el autor del reconocimiento no tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción no entra en juego la llamada «presunción» de naturalidad y, conforme al 129, no puede ser reconocido (40).

En segundo lugar, el 132 que demuestra que aquel «reconocimiento presunto» del 130 se refiere sólo a hijos cuya ilegitimidad *stricto sensu* no resulta del autor del reconocimiento.

En tercer lugar, con referencia al reconocimiento procedente de la madre, el artículo 109 en relación con el 108: el hijo se presumirá legítimo *aunque la madre hubiese declarado contra su legítimidad*. Si lo reconoce como natural, el reconocimiento es nulo y el hijo sigue presumiéndose legítimo. Y no parece que, aun después de reconocida la paternidad por el marido quepa, en hipótesis normal, tal reconocimiento; cabría acaso admitirlo en los casos excepcionales en que, nacido el hijo pocos días después de los ciento ochenta siguientes a la celebración del matrimonio, fuese desconocido por el marido, conforme al párrafo segundo del artículo 108 y pudiera la madre demostrar, por la madurez del feto, que fué concebido antes del matrimonio; pero, sobre ser hipótesis muy rara, ello no resta fuerza como argumento al artículo

(40) Tampoco quiero abordar el problema de si puede serlo en concepto de hijo ilegítimo no natural. Vide, respecto de tal problema, los interesantes trabajos, ya citados, de GONZÁLEZ PÉREZ, PERÉ RALUY y MARTÍNEZ RABÍO.



109, porque seguiría pudiéndose aplicar la presunción del 130: la madre casada tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

Finalmente—y creo que ello es decisivo—el artículo 140-2.º del C. c.: El reconocimiento por parte del progenitor casado, o el reconocimiento conjunto por parte de los progenitores con impedimento indispensable, no confiere al hijo el estado civil de hijo natural reconocido sino que, conforme al 139, sólo le confiere derecho a alimentos.

El nuevo Reglamento del Registro civil, de 14 de noviembre de 1958, parece concebido también sobre este presupuesto; establece, en efecto, que «para inscribir el reconocimiento se requiere acreditar: 1.º Si es de padre y madre conjuntamente, que al tiempo de la concepción pudieron casarse, sin dispensa o con ella. 2.º Si es por uno sólo, que en tal tiempo tenía capacidad legal para contraer matrimonio (41).

También son nulos y no simplemente impugnables los reconocimientos de hijos no naturales, aun realizados, conforme al artículo 130 por el progenitor soltero o viudo, cuando el hijo está inscrito como legítimo del progenitor casado o, de cualquier modo, se halla amparado por un título de estado en concepto de tal. A ello se oponen: el artículo 109 si es la madre la casada y libre el reconocedor, ya que si la propia madre no puede declarar contra su legitimidad, menos se admitirá tal declaración procedente de un tercero (42); y si el casado es el padre y reconocedora la madre libre, existirá la cuestión prejudicial del delito de suposición de parto (arts. 468 y 469 del C. p.) y, en el mejor de los casos, entraría en juego el artículo 140 C. c., incompatible con el 130.

C. Con todo ello nos encontramos ante un sistema trabado, en el que el artículo 138—éste es, a mi juicio, su verdadero sentido—es una pieza que completa las de los artículos 130 y 132. Trataré de explicarme.

---

(41) Claro que al añadir en su último párrafo «para acreditar estos extremos basta la declaración del padre o padres, bajo su responsabilidad y con las formalidades del reconocimiento, en el mismo acto o en otro ulterior; la afirmación contenida en la correspondiente aprobación judicial o la comprobación, sin edictos o proclamas, en expediente gubernativo», podría pensarse que el reconocimiento que examinamos es también sólo impugnabile. No creo que sea así: la consideración de que no es la inscripción o anotación en el Registro civil el título de estado de hijo natural reconocido (reafirmada, a mi juicio, en la nueva regulación registral) y, sobre todo, el «bajo su responsabilidad» con que se produce este párrafo son suficiente indicio para estimar el caso como de nulidad invocable por todos.

TORRES AGUILAR, sin embargo, y con referencia al C. c., dió por supuesto que el reconocimiento hecho por el progenitor casado de un hijo adulto era sólo impugnabile (*La anotación del reconocimiento de hijo natural*, en la «Rev. Crif. de Der. Inn.», 1952, págs. 48, 49 y 51).

(42) Cfr. MARTÍNEZ RADÍO: *Op. cit.*, pág. 372.

Recién promulgado el Código, produjo cierta perplejidad el que, prohibiéndose que en el reconocimiento unipersonal su autor revelase el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo (art. 132), se permitiese luego impugnar tal reconocimiento en base, precisamente, a la prueba de que aquella persona tan sigilosamente velada (cfr. su párrafo 2.<sup>o</sup>) no podía casarse con el autor del reconocimiento al tiempo de la concepción (art. 138). En el propio GARCÍA GOYENA se aprecian ciertas dudas al respecto cuando, comentando el artículo 127 del Proyecto, dice que la impugnación deberá hacerse «atacando la forma del instrumento, por no ser auténtica o ser irregular, o bien su contesto, si ha sido dictado por el fraude o la mentira, pero sin entregarse por esto a averiguaciones odiosas ni a pesquisas infamantes, de las que no hubiera prueba ni aun indicio en el mismo instrumento» (43); en otros pasajes, sin embargo, duda de esta opinión, hasta el punto de que NAVARRO AMANDI, al exponer la suya, no sabe si citarlo a favor o en contra. Este último, NAVARRO AMANDI, dice: «Si en el Código estuviese sólo el artículo 138 no cabría duda de la posibilidad de impugnación fundada en que la persona que no concurrió a reconocer estaba incapacitada legalmente para casarse, pero el artículo 130 conduce a la solución contraria, porque si la presunción admite prueba en contrario, el artículo es totalmente inútil»; y con referencias al Derecho francés, añade: «además, carecerían de razón todas las precauciones que la ley toma para que no se revele ni se sepa el nombre de la persona que no concurre al reconocimiento. Fácil es de ver todo lo que puede producir ésta facultad de una declaración solitaria, pero vale más para la sociedad tolerar lo que ignora que saber lo que debe castigar» (44). La influencia francesa en tales apreciaciones es manifiesta. También MAURESA entendió que la presunción del artículo 130 y la prohibición del 132 quedaban subsistentes en toda su fuerza, pese al artículo 138 y que la impugnación podría sólo establecerse cuando el padre que reconoce aisladamente no tiene el requisito del artículo 130, es decir, cuando no pudiera casarse libremente al tiempo de la concepción y, por tanto, el hijo no fuese natural; «de este modo—concluye—la impugnación se contrae al hecho mismo del reconocimiento y a la persona que lo realiza, sin invalidar lo dispuesto en el artículo 132» (45).

Sin embargo, la opinión contraria, la opinión de que el artículo 138 exceptuaba la prohibición impuesta en el 132, fué dominante: la mantienen, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (46),

---

(43) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pág. 145.

(44) *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid, 1880, pág. 222.

(45) *Comentarios del Código civil español*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1943, I, página 650.

(46) *Op. cit.*, págs. 1010-1021; con alguna reserva en la pág. 1041.

VALVERDE (47), DE DIEGO (48), etc., y, entre los autores recientes, PUIG PEÑA (49), ESPÍN (50), etc. Y ésta fué la interpretación que prevaleció en la Sentencia de 9 de junio de 1893. En ella el Tribunal Supremo, afirmando que «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse mediante la prueba en contrario, excepto en los casos en que la misma ley prohíbe combatirlas», consideró permitido «contrariar la presunción establecida en el artículo 130, puesto que el 138 concede a las personas que resultasen perjudicadas por el reconocimiento del hijo, acción eficaz para impugnarlo, no solamente cuando se hubiera faltado a las prescripciones relativas al acto del reconocimiento, sino también cuando éste recayere en favor de un hijo que no reúna las condiciones que, para ser calificado de natural, requiere el artículo 119».

Por consiguiente, ni parece exacto afirmar que los hijos ilegítimos *stricto sensu* son reconocibles como naturales al amparo del artículo 130 (51), ni calificar de «provisional» el reconocimiento hecho, conforme al mismo (52), ni entender siquiera que «no es posible en Derecho—aunque lo sea de hecho—el reconocimiento de los hijos naturales presuntos que no sean realmente naturales» (53), o que «esta posibilidad de reconocimiento por uno solo de los padres del hijo no natural es tan sólo una *posibilidad de mero hecho*, pero no una posibilidad legal (54).

No. A mi modo de ver el sentido del Código es otro: ante las ventajas e inconvenientes que tenían las dos soluciones extremas—reconoscibilidad de los hijos incestuosos o adulterinos; prohibición absoluta de este reconocimiento—optó por una solución intermedia que, además, no es mala: tales hijos son reconocibles por el progenitor que pudiera serlo en concepto de natural, omitiendo los datos del otro progenitor (incompatibles con el carácter de naturalidad) y sólo en tanto en cuanto esta permisión no causase perjuicios o, si los causaba, los perjudicados

(47) *Tratado de Derecho civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1921, IV, págs. 418, 419 y 435.

(48) *Op. cit.*, pág. 272.

(49) *Op. cit.*, pág. 85.

(50) *Op. cit.*, pág. 240.

(51) NAVARRO AMANDI: *Op. y loc. cit.*; MANRESA: *Op. y loc. cit.*

(52) PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN: *Notas cit.*, pág. 210; DE BURN: *Op. cit.*, pág. 602.

(53) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 112, nota 230. Sin embargo, considera tal reconocimiento como válido hasta la impugnación. «El padre—dice—no debe reconocer tal hijo, pero si lo reconoce, sólo mediante Sentencia provocada por una impugnación, se podrá acreditar, a los efectos de la nulidad de su reconocimiento, que éste recayó sobre un hijo no natural.»

(54) ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, IV, pág. 240. Si se tiene en cuenta el segundo párrafo del artículo 132 no parecen exactas las apreciaciones de estos dos últimos autores, porque entoncec, cuando los datos revelasen la ilegitimidad no natural no se habrían de tachar simplemente, sino que producirían la nulidad total del reconocimiento.

no quisieran impugnarlo. Si los «perjuicios» los referimos a la familia *legítima*, el sistema puede considerarse hasta bueno.

Véase cómo en esta descripción del sistema aparecen sucesivamente los artículos 130, 132 y 138.

En tales circunstancias no podemos decir que el reconocimiento sea presunto o provisional ni que sea nulo. Aparte de que lo presunto es el carácter de natural y no el reconocimiento (55), lo que verdaderamente caracteriza al acto y al *status* resultante es su carácter válido pero claudicante. De las dos categorías en que divide DE CASTRO los estados civiles «carentes de firmeza», el que ahora nos ocupa no es implicable en la primera («estado civil provisional»), sino en la segunda («estado civil sometido a impugnación») (56).

Con tal de que no cause un perjuicio hecho valer y de que no conste el origen y la causa de su ilegitimidad *stricto sensu*, nuestro Código civil *permite el reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales en concepto de naturales* por parte del progenitor que podía tener este carácter (57).

Que esta interpretación de nuestro sistema encaja perfectamente en el articulado del Código, me parece evidente; y que resulta beneficiosa y progresiva—sin entrar aquí en argumentaciones de eutelegenesia—se induce con una atenta consideración de la reforma italiana: El artículo 180-2.º del Código de 1865 prohibía terminantemente el reconocimiento de hijos incestuosos; el 251 del vigente lo prohíbe también, pero añade: «salvo que éstos—los padres—al tiempo de la concepción ignorasen el vínculo existente entre ellos. Cuando uno solo de los padres haya tenido buena fe, el reconocimiento del hijo puede ser hecho sólo por él». También prohibía el núm. 1 del mismo artículo del Código derogado el reconocimiento de los adúlteros; y hoy, el artículo 252 del vigente lo permite por parte del progenitor que al tiempo de la concepción no estuviese unido en matrimonio; e incluso por el que estuviese unido, si lo reconoce después de muerto el otro cónyuge, aunque en este caso, habiendo hijos legítimos o legitimados, o descendientes legítimos de ellos, se necesita Decreto real, y no cabe si aquéllos no han cumplido la mayoría de edad o no han sido oídos (58).

(55) AFBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 113.

(56) *Op. cit.*, págs. 86 y 87.

(57) Con el mismo criterio deben interpretarse los artículos 135 y 136 del C. c. Cuando se accione a su amparo contra *uno solo* de los progenitores que fuese soltero al tiempo de la concepción, no incumbirá al actor probar que el otro también lo era, sino que bastará con que el demandado *no pruebe* quién sea el otro progenitor y el impedimento indispensable para que judicialmente se declare la paternidad. Es el corolario del art. 130.

Cabe, efectivamente, que el demandado alegue y pruebe la paternidad del otro progenitor y el impedimento indispensable y entonces no prosperará la demanda. La estructura es la misma que en la impugnación.

(58) Véanse interesantes comentarios sobre este aspecto de la reforma (y que refuerzan las razones que se dan en el texto para la interpretación

Por lo demás, no debe asustar el que pueda tener válido estado civil de hijo natural reconocido el que, en realidad, ha sido concebido en circunstancias distintas a las del artículo 119, pues ello no es consecuencia privativa de esta interpretación del 138. En efecto; también respecto del artículo 119 aplica la doctrina la presunción *iuris et de iure* de que la concepción ha podido tener lugar indistintamente en cualquiera de los instantes comprendidos en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al parto (59), con lo que resulta que un hijo concebido de hecho cuando sus padres no eran libres para contraer matrimonio entre sí, puede, sin embargo, ser reconocido si desaparece el impedimento indispensable (disolución del vínculo preexistente) después de la concepción, pero todavía dentro de aquellos ciento veinte días primeros de los trescientos que precedieron al parto.

## 5

Este es el sentido «institucional» del artículo 138 C. c. Es muy posible que su alcance, intencional o subjetivamente, no fuese otro en el legislador; y que la doble alusión—al art. 119, 2.º y a las «prescripciones de esta Sección»—fuese debida, únicamente, a que los artículos 130 y 132 estaban ubicados en distinta Sección que aquél. Con todo, sus términos nos obligan a inquirir su alcance objetivo y a determinar, en suma, el ámbito de la acción nacida *ex* artículo 138.

Para mayor claridad, conviene determinarlo positivamente (A) y negativa o limitativamente (B), pues sólo enunciando qué acción nace de él y qué otras posibles impugnaciones del reconocimiento quedan fuera de él, aparecen precisadas sus fronteras con la nitidez deseable y necesaria a una adecuada solución del problema de su duración.

A) Fundamentalmente, la acción *ex* artículo 138 precisa la concurrencia de dos requisitos: el primero es alternativo: que el hijo reconocido no tenga la condición legal de natural (a), o que se haya faltado en el reconocimiento a las prescripciones de la Sección (b); el segundo es común: que, con el reconocimiento, se origine perjuicio al impugnante (c). Los examinaré por separado:

a) Ya hemos visto en el apartado anterior que el supuesto

propuesta de nuestro Código) en MESSINEO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., II-1.ª, Milán, 1952, pág. 138, y en DUCA: *La filiazione illegittima*, Roma, 1954, págs. 78-82.

(59) Cfr. ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 260. No creo, sin embargo, que pueda aplicarse en todo caso la presunción con este carácter *iure et de iure*. Deberá ceder su rigidez, por ejemplo, cuando se halle en conflicto con las presunciones de la filiación legítima. Véase lo dicho (*supra*, 4. B, al final) sobre la posibilidad de reconocimiento por madre casada del hijo presunto legítimo, pero cuya legitimidad ha sido legalmente desconocida por el marido de la madre.

primario de actuación del artículo 138 era que en el hijo reconocido no concurriese la condición de natural: nacer fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción pudieran casarse sin dispensa o con ella (art. 119, párrafo segundo). Si un hijo de tales características fuese reconocido por el progenitor que, al tiempo de la concepción, tenía capacidad legal para contraer matrimonio (art. 130), silenciando la persona del otro progenitor (art. 132), con el cual el matrimonio no era posible, el reconocimiento *podrá* ser impugnado por aquellos a quienes perjudique.

Incumbe al impugnante la prueba de quien sea el otro progenitor, y del impedimento indispensable existente entre ambos; en este sentido—y no en el de calificar de «presunto» al reconocimiento—está empleado el giro «se presumirá» por el artículo 130: el alcance de la presunción—*iuris tantum*—no es otro, en cuanto tal, que el común a esta clase de presunciones de desplazar el *onus probandi*.

b) Veamos ahora de cuantas maneras se puede faltar, en el reconocimiento, a las prescripciones de la Sección:

1.º Reconociendo al hijo, no su progenitor, sino un tercero.

Parece que, en tal hipótesis, se ha faltado a la prescripción del artículo 129 y que el reconocimiento será conforme al 138, simplemente impugnable por los perjudicados.

No creo sea ésta, sin embargo, la solución adecuada. El artículo 129 trata, simplemente, de dar validez al reconocimiento conjunto y al reconocimiento unipersonal y no de excluir los reconocimientos hechos por terceros, con mandato o sin él; éstos están excluidos no sólo por el artículo 129, sino de toda la Sección Primera y del Capítulo IV que trata *de los hijos*; por tanto, el reconocimiento que hiciese un extraño no faltaría a las prescripciones de la Sección, sino que caería fuera de ella y del Capítulo entero: no sería reconocimiento. Por construcción—la misma palabra lo indica—éste es un acto personalísimo, como unánimemente reconoce la doctrina (60).

Pero, además, el artículo 138 no puede ser referido a semejante hipótesis porque, según sus propios términos, cuando se haya faltado a las prescripciones de la Sección es impugnable «el reconocimiento hecho a favor de un hijo» y es absurdo referirlo a un hijo ajeno. La locución «reconocimiento hecho a favor de un hijo» es común a los dos supuestos—falta de naturalidad, falta a las prescripciones de la Sección—en que después se bifurca.

Procede, pues, excluir esta hipótesis de la actuación del artículo 138.

2.º Reconocimiento unipersonal en el que, su autor, no te-

(60) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 70, y las notas allí consignadas. Estudia también el «poder para reconocer».

nía capacidad legal para contraer matrimonio, referida al tiempo de la concepción.

Tampoco puede admitirse como reconocimiento, sólo impugnabile por haberse faltado a la prescripción del artículo 130. No; lo que ocurre es que, conforme a tal precepto, el hijo no se presume natural, no es actuable la tolerancia que el precepto supone, en el conjunto del sistema, para reconocer hijos en realidad ilegítimos *stricto sensu*, según ha quedado expuesto en apartados anteriores.

Como en el caso anterior, una cosa es faltar a las prescripciones de la Sección y otra caer fuera de ella, fuera de los presupuestos de hecho a que sus normas se refieren.

### 3.º Reconocimiento aformal.

Cuando se reconoce a un hijo natural fuera del acta de nacimiento, de testamento, o de otro documento público (61), no hay duda de que se ha faltado a las prescripciones de la Sección.

En tal caso, con la interpretación aquí mantenida, el reconocimiento será válido pero claudicante: simplemente impugnabile por aquellos a quienes perjudique... solución que resulta un poco chocante si la referimos a un reconocimiento verbal, por ejemplo.

La cosa merece, por ello, una consideración más atenta.

En primer lugar hay que distinguir entre reconocimientos inciertos o dudosos y reconocimientos aformales. Los primeros no constituyen verdadero reconocimiento, jurídicamente hablando, y hay que excluirlos: no constituyen falta a las prescripciones de la Sección.

En segundo lugar, observemos lo extraño que resulta el que, en caso de reconocimiento deliberado, consciente y libre, aunque aformal, no quiera el reconocedor formalizarlo aunque sólo sea por comparencia ante el Encargado del Registro civil.

Y, finalmente, que los reconocimientos ciertos, *indubitados*, pero aformales, no entran en la órbita del reconocimiento voluntario, sino en el supuesto de hecho del mal llamado reconocimiento forzoso, si se interpretan debidamente los números 1º y 2º del artículo 135 y 1.º del 136 del Código.

Es decir, que: o no hay reconocimiento de ningún género (si el escrito es dubitado o la actitud del supuesto autor indirecta o equívoca), o tal reconocimiento aformal no es sino el supuesto de hecho de la declaración judicial de paternidad o maternidad, en cuyo caso no es que se haya faltado a las prescripciones de la

---

(61) A las tradicionales formas de reconocimiento del artículo 131 del Código civil hay que añadir hoy la introducida por los artículos 49 de la nueva L. R. c. y 185, párrafo segundo, del Reglamento: «Declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos». Véase, además, la amplia ejemplificación de documentos públicos a tal respecto contenida en el artículo 185, párrafo primero, del R. R. c. El requisito de la solemnidad ha quedado ciertamente facilitado.

Sección, sino que se ha hecho lo suficiente para que, conforme a ella, exista reconocimiento judicialmente declarable (62). El artículo 131 viene a ser, así, el tabique distribuidor entre las dos categorías de reconocimientos o, si se quiere, entre los reconocimientos y las declaraciones judiciales de paternidad. Y a estas —como en seguida veremos— no le es referible el artículo 138.

El «reconocimiento aformal», si existe con certeza, es un reconocimiento *privado* o *tácito*, susceptible de adquirir forma solemne conforme a los artículos 135 y 136 (ROYO MARTÍNEZ) u *homologación judicial* (PERE RALUY); o bien, si se quiere, es una *prueba tasada* para la declaración de paternidad (ALBALADEJO). En todo caso, insisto, entra en la órbita de los artículos 135 y 136 del C. c. a los que no se refiere el 138 (63).

Y si algún caso excepcional y concreto de reconocimiento cierto, consciente, libre e indubitado, escapase a esta malla de exclusiones, no creo que hubiese inconveniente doctrinal alguno en admitir la consecuencia legal de su simple impugnabilidad. Aparte, claro, de su inadmisibilidad para ser inscrito en el Registro (cfr. art. 185 R. R. c.).

4.º Reconocimiento de un mayor de edad sin su consentimiento o de un menor de edad sin la aprobación judicial cuando sea legalmente precisa.

ALBALADEJO, configurando un requisito y otro como *condicio iuris*, considera tal reconocimiento como válido, pero ineficaz (64). Creo, sin embargo, que, *de lege lata*, semejante reconocimiento es más bien impugnable por aquellos a quienes perjudique (aunque, naturalmente, el consentimiento o la aprobación sobrevenidos enervarían la impugnación), ya que ni pasa ni deja de ser un reconocimiento «en el cual se ha faltado a las prescripciones de esta Sección», concretamente, al artículo 133 en sus dos primeros párrafos; y entonces entra en acción el 138. Con ello, además, la situación aparece más homogénea con la del reconocimiento del menor de edad que, conforme al párrafo tercero del mismo artículo 133, es por él impugnable al llegar a la mayoría de edad.

(62) No puedo entrar aquí, sin apartarme del tema propuesto, de la debida interpretación de los artículos 135 y 136 del C. c. y de la crítica que merece la restrictiva jurisprudencia recaída sobre ellos. Me limito, por ello, a remitirme a las continuadas censuras que cada Sentencia ha merecido de CASTÁN TOBEÑAS en sus respectivos comentarios en la «Rev. de Der. Priv.», 1920, pág. 271; 1925, pág. 71; 1927, pág. 138; 1928, pág. 26, y 1931, pág. 167. Cfr. también los excelentes comentarios de MELÓN INFANTE a la Sentencia de 8 de octubre de 1951, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, págs. 367 y sigs. y las opiniones de PERE RALUY en *La filiación y el Registro*, cit., loc. cit.

(63) Téngase en cuenta, además, que hoy, conforme al artículo 49 de la L. R. c., en los supuestos de los artículos 135-1.º y 2.º y 136-1.º del C. c., puede inscribirse la filiación natural *mediante simple expediente gubernativo* aprobado por el juez de Primera Instancia, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada, notificada personal y obligatoriamente.



Será, por otra parte, inadmisibles en el Registro: «No se puede inscribir el reconocimiento—dice el artículo 186 R. R. c.—sin que resulte acreditado el consentimiento del hijo o la aprobación judicial exigida».

Naturalmente, todo ello se refiere a la *falta o defecto* de consentimiento o de aprobación. Si uno u otra fuesen desfavorables o negativos, el supuesto escapa a la aplicabilidad del artículo 138, pues no se trataría de reconocimiento en el que se ha faltado a una prescripción de la Sección, sino que, cumplida tal prescripción, el resultado ha sido contrario al reconocimiento y éste, por ende, no llega a existir como acto jurídico completo.

5.º Que las posibles faltas a los artículos 135 y 136 (el 134 no contiene prescripción legal alguna, sino simple enunciado de derechos concedidos) no implican impugnabilidad de la declaración judicial de paternidad; es decir, que el artículo 138 no es referible a ellos, me parece evidente. Aparte otras consideraciones doctrinales, hay un argumento legal que juzgo irrefutable: la acción dirigida a obtener tal declaración judicial promueve, sin duda, una cuestión relativa al estado civil de las personas y, conforme al párrafo segundo del artículo 1.252, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Por consiguiente, aun cuando la paternidad hubiese sido declarada faltando a las prescripciones de los artículos 135 o 136, el perjudicado por ella, al impugnar tal «reconocimiento», tropezaría con la barrera, en tesis general infranqueable, de la eficacia—también respecto de él—de la cosa juzgada (65).

Estas observaciones son válidas también para el artículo 137, que es complemento de los dos anteriores.

c) Pero, además de faltar el requisito de la naturalidad en el hijo, o de haberse faltado a las prescripciones de la Sección en el reconocimiento, es necesario, para que nazca la acción *ex* artículo 138, que con tal acto se haya causado un perjuicio a otra u otras personas.

¿A qué personas y a qué perjuicios se refiere el precepto?

En orden a las personas, parece evidente que el artículo 138 no ha querido referirse ni al autor del reconocimiento ni al reconocido. Cuanto al primero, porque si su voluntad ha sido consciente y libre, es irrevocable (66); y si no lo hubiere sido, podrá atacar el reconocimiento *como acto jurídico*, conforme a la doctrina del negocio jurídico; es decir, conforme a la regulación positiva del contrato, acción que—volveremos sobre ello—es distinta de la aquí examinada, ya que mira no al acto como reconocimiento sino al reconocimiento como acto. Cuanto al segundo, porque o lo aceptó—y si su aceptación estuvo viciada le competarán tam-

(64) *Op. cit.*, págs. 165 y 168.

(65) Cfr. MUCIUS SCAEVOLE: *Op. cit.*, pág. 425.

(66) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 74-77 y las citas allí consignadas.

bién las acciones correspondientes al acto jurídico de la aceptación—o, en otro caso, lo puede impugnar conforme al artículo 133-3.<sup>o</sup>. Queda, sin embargo, el caso en que, habiendo ya caducado esta acción, se entere de que falta el requisito de la naturalidad o de que se han faltado a las prescripciones de la Sección y que exista, además, perjuicio para él.

No creo, aun así, que el artículo 138 esté redactado pensando en él; y lo demuestra el hecho elocuentísimo de que la base 5.<sup>a</sup> de la Ley de 1888, precedente inmediato y vinculante de este precepto, dice: «...y reservando a *terceros* perjudicados el derecho de impugnar así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley». También el Proyecto de 1851 hablaba de *terceros* interesados.

Y es curioso que, con referencia al artículo 330 del Código francés—en el que concurren estas circunstancias—, y para evitar las impugnaciones por falta de veracidad de los llamados «reconocimientos de complacencia» (impugnaciones frecuentes en Francia tras el divorcio del reconocido y la madre del reconocido), RALINCOURT propugna una reforma del citado precepto, o su interpretación jurisprudencial correctora, en el sentido de limitarlo a *terceros* (67).

Con todo, como el supuesto cabe dentro de la letra del artículo 138 de nuestro Código, y como su interpretación en tal sentido puede ser beneficiosa, no hay inconveniente en admitir la impugnación por el propio reconocido siempre que se den los dos requisitos necesarios para su ejercicio: también el de resultar perjudicado.

: Qué clase de perjuicio?

Sucede algo parecido. El artículo está redactado, seguramente, pensando en el perjuicio patrimonial. La expresión «terceros perjudicados» de la base 5.<sup>a</sup> tiene este sabor patrimonial y casi hipotecario que se adivina haber inspirado el artículo 138. Y, desde luego, el 128—único análogo, como veremos, al que examinamos—limita la acción de impugnación de la legitimación a los que se crean perjudicados en sus derechos.

Y esta fué, desde luego, la primera interpretación doctrinal del artículo 138. SÁNCHEZ ROMÁN, por ejemplo, escribía: «debiendo, sin duda, entenderse por *perjuicio* el que les cause el indicado reconocimiento de un hijo natural en sus derechos, que no pueden ser otros que los sucesorios» (68); y, en el mismo sentido, METIUS SCAEVOLA se preguntaba: «¿y quiénes han de considerarse perjudicados para este efecto?... Todos aquellos—contesta él mismo—que por virtud del reconocimiento puedan experimentar una reducción en sus derechos sucesorios o perder éstos, por ejemplo» (69).

(67) *Loc. cit.*, principalmente VIII.

(68) *Op. cit.*, pág. 1040.

(69) *Op. cit.*, pág. 425.

También es ésta la orientación jurisprudencial:

La Sentencia de 24 de diciembre de 1913 declaró que «la facultad de impugnar la legitimación y el reconocimiento, otorgado a favor de hijos que no tengan la condición legal de naturales, consignada en los artículos 128 y 138 C. c., de modo claro y preciso se establece y confiere a los que se crean perjudicados o realmente lo hayan sido en sus derechos, y atendido que la actora asienta la acción ejercitada y funda su demanda en el hecho de ser sobrina carnal del difunto D. R. M., basta tomar en cuenta este parentesco, base primordial de la presente litis, para deducir como indudable consecuencia, que no siendo doña M. P. M. heredera forzosa de su citado tío, el testador fallecido, no le asiste derecho a oponerse a lo por él dispuesto», por lo que, «negada la acción a la demandante es innecesario entrar en el examen de la cuestión principal» que era la impugnación del reconocimiento por no tener el reconocido la condición legal de natural (70). La de 28 de abril de 1915 sentó la doctrina general de que «la acción para impugnar el reconocimiento de un hijo por carecer éste de las condiciones de natural o por haberse faltado en dicho acto a las prescripciones establecidas en el C. c., no es de carácter público, ya que el artículo 138 del mencionado Cuerpo legal sólo la atribuye a aquellas personas a quienes perjudique dicho reconocimiento». Y la de 10 de febrero de 1942 volvió a declarar que «como exigencia especial relativa a la acción impugnatoria del reconocimiento de la filiación natural, el artículo 138 C. c. establece que dicha acción sólo puede ser ejercitada por aquellas personas a quienes el reconocimiento perjudique, lo que significa que la repetida acción no es de carácter público y carecen de ella quienes no acrediten hallarse en la hipótesis del citado precepto», negando acción al demandante «toda vez que no es heredero forzoso del padre natural ni tampoco pariente del mismo en quien hubieren recaído los bienes constitutivos del caudal relicto en caso de invalidez del repetido reconocimiento, y ni siquiera podría considerarse perjudicada a tales efectos a doña M. G., de quien el actor dice, sin demostrarlo, traer causa, pues sus derechos a la cuota vidual, conforme al artículo 837 del Código no sufren modificación alguna por la concurrencia del hijo natural reconocido y el derecho eventual a la sucesión intestada que aduce el recurrente no es, en modo alguno, invocable cuando no se demuestra que puedan mediar las condiciones necesarias para la apertura de dicha sucesión».

PUIG PEÑA, en cambio, entiende que, teniendo en cuenta el criterio que en la casación existe para la reparación del daño

(70) Los tres hijos que en el testamento, otorgado durante su segundo matrimonio, reconocía el causante habían nacido estando él casado con persona distinta de la madre, con la que después casó en segundas nupcias, y uno de ellos, el primero, cuando la madre y después segunda esposa todavía estaba casada, a su vez, con distinta persona.

moral, así como que el honor y dignidad de la familia puede padecer porque lleve sus apellidos un hijo del dañado ayuntamiento, cualquiera que se considere afectado por tal situación podrá promover la nulidad del reconocimiento (71). Esta es también la opinión dominante en la doctrina francesa; pero téngase en cuenta que aquel Código no habla de «perjuicio», sino de «interés»: y no cabe invocar la socorrida imprecisión terminológica de nuestro Código por cuanto, en ocasiones, cuando concibe la acción como pública, ha empleado el término «interés» (cfr. art. 102, párrafo primero).

Con todo, como el artículo 138 no limita ni especifica la clase de perjuicios y como una interpretación progresiva aconseja incluir el perjuicio moral de la familia legítima, no veo inconveniente en aceptar esta solución, aunque siempre, como demuestra la orientación jurisprudencial transcrita, con criterio restrictivo (72).

De cualquier modo, material o moral, tiene que haber un perjuicio efectivo y objetivo, no meramente subjetivo (73). Los precedentes prelegislativos son bien reveladores a este respecto, y GARCÍA GOYENA comentaba así el artículo 127 del Proyecto: «Es necesario que el interés sea actual y de presente; no bastará un interés eventual y de futuro. Un hermano, por ejemplo, no podrá impugnar el reconocimiento de un hijo natural hecho por otro hermano aunque después de su muerte y en su herencia intestada pueda resultar perjudicado por los derechos hereditarios que el reconocimiento ha atribuido al hijo natural; el perjuicio puede, por mil causas, no resultar cierto y, de todos modos, no puede resultar cierto hasta la muerte del hermano; tendrá, pues, que aguardar hasta esta época para impugnar el reconocimiento». Y es que, de tal modo quería el Proyecto asegurar la realidad y ob-

(71) *Op. cit.*, pág. 82.

(72) Fuera de la familia legítima, y teniendo en cuenta el ámbito de la acción *ex* artículo 138, los supuestos de perjuicio moral no son tan numerosos y tan claros como se pretende. Suele citarse el caso de reconocimiento hecho por varón del hijo ya reconocido por la madre, por cuanto publica las relaciones sexuales de ésta con aquél. Observemos, sin embargo:

a) Que si no es el verdadero procreante, la acción que compete a la madre es la de nulidad por falta del presupuesto biológico.

b) Que si es el verdadero procreante y estaba casado no puede reconocerlo, conforme a lo expuesto al tratar del artículo 130. Su impugnación no nace del 138.

c) Que si es el verdadero procreante y podía casarse con la madre al tiempo de la concepción falta la base, el punto de partida de la acción de impugnación, puesto que aunque haya perjuicio—moral en este caso—no falta el requisito de la naturalidad. Y si en tales condiciones diese la causalidad de que se hubiera faltado a las prescripciones de la Sección con la impugnación *ex* artículo 138, no se desmentirían las relaciones sexuales; quizá se les diera, de momento, mayor divulgación.

(73) El «se crean» perjudicados del artículo 128 es una manera de expresarse relativa a la demanda y no a la sentencia. Y tanto sirve, en el peor de los casos, para defender la inclusión del perjuicio subjetivo en el artículo 138 como para, en base de éste, excluirlo del 128.

jetividad del perjuicio y hasta tal punto era respetuoso con la voluntariedad del acto, que prohibía la impugnación anterior a la muerte de su autor (74).

B) Con la determinación de los supuestos de actuación del artículo 138 C. c. no he querido demostrar que solamente en ellos es impugnabile el reconocimiento, sino únicamente que se trata de una acción específica en la que no caben otros supuestos—realmente existentes: pero con distinta base legal—de impugnación que los autores suelen incluir en él, según he expuesto al principio. Precisamente, el enunciado de las restantes acciones de impugnación servirá para situar mejor y perfilar el ámbito del artículo 138. Aunque su contenido no sea objeto del presente trabajo—ni siquiera en cuanto a duración—fácilmente puede deducirse de su simple enunciado:

a) Acción de nulidad de pleno derecho por falta del presupuesto biológico de la paternidad que, tanto el artículo 138 como el 132, presuponen existente. Nace del artículo 4.º en relación con el 129 del C. c.

b) Impugnación negocial por faltar la voluntad en el reconocimiento (hecho, por ejemplo, por el incapaz psíquico o determinado mediante violencia) o por hallarse viciada (error, dolo, intimidación) (75), o por defecto de forma en el acto: nótese que no me refiero ahora a la falta de formas prescritas en el artículo 131 C. c., de cuya cuestión ya he tratado, sino a los casos en que, acogida una forma legal, existen, a su vez, vicios formales en el instrumento: falta de autografía en el testamento ológrafo, notario incompetente, falta de testigos, etc. Es un aspecto de la invalidez del reconocimiento quizá un poco descuidado por la doctrina.

c) Impugnación discrecional por el propio hijo reconocido durante su menor edad. Acción nacida del artículo 133-3 C. c. (76).

d) Impugnación consecuente al ejercicio de una acción de estado preferente: de filiación legítima, por ejemplo.

## 6

Recapitulando un poco pudiéramos decir que nuestro sistema, más respetuoso con la prevalencia del elemento voluntario sobre el presupuesto legal que sus modelos francés e italiano, permite el reconocimiento unipersonal de hijos ilegítimos *stricto sensu*

(74) *Concordancias, cit.*, pág. 145.

(75) Admitida esta acción en la Sentencia de 25 de junio de 1900.

(76) Cfr., sin embargo, la Sentencia de 27 de junio de 1950 que la considera especie del género «acción ordinaria de orden general de declaración de nulidad de un acto inexistente». Y recuérdese también el sentido que atribuyen al 133-3.º NAVARRO AMANDI SÁNCHEZ ROMÁN, PÉREZ y CASTÁN en los lugares citados.

cuando por parte del autor único del reconocimiento no existe aquella cualidad impeditiva, aunque exista en el otro progenitor, o en aquél en relación con éste, silenciando lo a este último referente y en tanto en cuanto tal permisión no cause perjuicios efectivos y objetivos, solamente invocables por los perjudicados.

Confiere así nuestro sistema, a tal hijo ilegítimo *stricto sensu*, el estado civil de hijo natural reconocido con carácter pleno y regular, pero impugnabile, claudicante. Es un estado civil carente de firmeza, pero no presunto ni provisional.

En estas condiciones, ¿puede aceptarse, sin más, y con todas sus consecuencias, que la impugnabilidad reservada a los perjudicados es una acción de estado? Lo es en un sentido genérico, amplio; pero no le son aplicables, por su especial particularidad, todas las consecuencias de las acciones de estado propiamente dichas.

La inconveniencia de formar una masa homogénea, objeto de tratamiento unitario, con todas las llamadas «acciones de estado» ha sido perfectamente advertida por SAVATIER, quien, con referencia a los supuestos excepcionales de incoación o prosecución por los herederos de la acción de reclamación de legitimidad del causante (arts. 329 y 330 del *Code*)—acción declarada imprescriptible, respecto de él, por el artículo 328—, escribe: «Pero la acción de los herederos no es, en realidad, una acción de reclamación de estado; ellos no persiguen más que la herencia, acción pecuniaria extraña a las reglas de las acciones de estado, y puede extinguirse por transacción o por prescripción extintiva» (77). Y, en nuestra Patria, la ya citada Sentencia de 11 de diciembre de 1943, declaró que «no es admisible la equiparación que en el recurso se hace, a los efectos de la prescriptibilidad de las acciones, entre aquella por la que el interesado reclama su propio reconocimiento como hijo y aquella por la que otra persona, alegando derechos perjudicados que no pueden considerarse imprescriptibles, impugna el reconocimiento ya hecho, pues en la primera se ejercita un derecho que puede considerarse inherente a la personalidad del hijo y la segunda ataca una situación posesoria de un estado legal reconocido por ambas partes primariamente interesadas y, por tanto, cualquiera que sea la solución que se adopte en el primer caso, no puede extenderse al segundo, esencialmente diferente». Incluso algunos autores franceses e italianos anteriores a la reforma, que admiten el dogma de la imprescriptibilidad de las acciones de estado, añaden que cuando la acción se funde en un interés pecuniario, sólo será ejercitable en tanto que el interés mismo no haya prescrito (78); la misma apreciación hace en nuestra doctrina BONET RAMÓN (79).

Se impone, pues, alguna discriminación. Porque tiene razón

(77) *Op. cit.*, pág. 209.

(78) PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, pág. 715; DUSI: *Op. cit.*, pág. 658.

(79) *Op. y loc. cit.*

CICER (80) y en nuestra Patria DE CASTRO (81) cuando rechazan enérgicamente la clasificación de las acciones de estado en personales y patrimoniales. Pero ello no quiere decir que el conjunto de acciones que se consideran de estado no admita otra clasificación que la puramente formal entre acciones de reclamación y acciones de impugnación: dentro de éstas, atendiendo su sustantividad se advierte que unas afectan al estado civil o al parentesco del propio impugnante (desconocimiento de la filiación legítima, impugnación del reconocimiento *ex* artículo 133, párrafo 3.<sup>o</sup>), mientras que otras—las de los arts. 128 y 138—no afectan necesariamente al estado civil del impugnante (en el que, además, no existe parentesco con el reconocido), sino que tienden a evitarle un perjuicio generalmente económico.

La determinación de en qué medida el ejercicio de estas últimas acciones significa cuestión relativa al estado civil es importante y debe hacerse, precisamente, en base a lo positivamente regulado para, después de obtenida así la diferenciación, poder discriminar las consecuencias no reguladas expresamente.

## 7

Los autores que proclaman como dogma indiscriminable la imprescriptibilidad de todas las acciones de estado, lo hacen sobre la base doctrinal del concepto de orden público y sobre el argumento lógico de que la paternidad—con referencia a la acción de impugnación del reconocimiento—no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo y mucho menos—dicen—por un acto falso o mentiroso (82). Como base legal se aduce, en nuestro Derecho, el artículo 1.936 principalmente.

A) La noción de orden público resulta un tanto equívoca en relación con la extingüibilidad (sea por prescripción, sea por caducidad) de la acción *ex* artículo 138. Como dice ALBALADEJO, «el problema de la duración de las acciones tiene como vértice la consideración de que, por un lado, su larga duración deja inseguro el estado civil de las personas y, por otro, la duración corta puede provocar la consolidación de un estado que discrepe de la realidad» (83). Si se tiene en cuenta que el estado civil impugnabile a través del artículo 138 no discrepa de la realidad y que está previsto por la ley como válido aunque impugnabile, convendremos en que tiene mayor peso la primera consideración, al menos referida a la duración limitada, a la extingüibilidad de la acción.

(80) *Op. cit.*, págs. 48 y 49 de la 2.<sup>a</sup> ed.

(81) *Op. cit.*, pág. 97.

(82) DUST: *Op. cit.*, pág. 658; LAURENT: *Op. cit.*, pág. 121; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, pág. 715; MARTY y RAINAUD: *Op. cit.*, pág. 912; BONSNET RAMÓN: *Op. y loc. cit.*; etc.

(83) *Op. cit.*, pág. 211.

Dice RALINCOURT, basándose en el testimonio que ofrecen las resoluciones de las llamadas «jurisdicciones inferiores», que la noción de orden público, noción esencialmente subjetiva y cambiante, mejor debe apoyar el mantenimiento del estado civil del hijo y la estabilidad de la familia que no el restablecimiento a ultranza de la verdad (84). Pues cuánta más fuerza no tendrá este argumento si lo referimos a un estado civil que descansa sobre la realidad biológica de la paternidad... Porque, además, los argumentos en contra que se deducen de una noción estricta de orden público son referibles sólo a las acciones de estado propiamente dichas, y nada oponen a su limitación temporal, sino al medio técnico adecuado, caducidad y no prescripción (85).

En cuanto al argumento de que «no se llega a ser padre del no hijo al cabo de treinta años» (LAURENT), es inoperante en nuestro caso porque la impugnabilidad nacida del artículo 138 C. c. presupone la paternidad.

Pero es que, además, prescrita tal acción de impugnación, no puede decirse que el hijo haya adquirido el *status* de hijo natural reconocido por el transcurso del tiempo, sino por el reconocimiento, y no se trata de un reconocimiento falso, mentiroso, de un acto jurídico incierto, sino de un acto regularmente otorgado en el que se silencia lo que la ley, conforme al especial sistema adoptado, abliga a silenciar (art. 132 C. c.); en el peor de los casos, la falsedad procedería de la ley y entonces habríamos de llamarla *ficción legal*. A lo sumo se tratará—en los casos de impugnabilidad por faltar a las prescripciones de la Sección—de un acto jurídico incompleto respecto de su esquema legal y en el que, entonces, la acción del tiempo lo completa.

Finalmente, si la noción de orden público exigiese la prevalencia a ultranza de la verdad en cuanto a la condición legal de natural en el hijo reconocido, si la falsedad, aun velada por la misma

---

(84) *Loc. cit.*, VII. Para D'ANGELO la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación encontraría su razón de ser en estar puestas para tutela de un derecho de la personalidad duradero; por tanto, toda la vida de la persona, mientras que la duración de las acciones de impugnación tendría su fundamento en el interés político de excluir o sanar situaciones jurídicas defectuosas; fuera de estos casos permanecería firme el principio de la prescriptibilidad (*La filiazione legittima*, 1941, págs. 211 y sigs.).

(85) Cfr. DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 92. El orden público se manifiesta en el artículo 138 del C. c. en la limitación de los supuestos que son admitidos para modificar el estado civil regularmente conferido, conforme al artículo 130 (cfr. pág. 72).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de enero de 1947, declaró que «comprendidos notoriamente los derechos de familia entre los que están fuera del comercio de los hombres, bien cabe entender, conforme al artículo 1.036 del Código civil, que el de impugnar la filiación es imprescriptible, siquiera el propio Código, ante la indiscutible razón moral y jurídica de evitar que la legitimidad de la descendencia quede indefinidamente incierta, limita su ejercicio fijando para el mismo términos que no son, ciertamente, de prescripción, sino de caducidad».



ley, fuese atacable en todo tiempo, ¿qué significado de orden público daremos a la imposición de paternidad legítima?

B) El artículo 1.936 C. c., como obstáculo legal concreto, no creo que pueda prevalecer tampoco.

Porque lo que está fuera del comercio de los hombres es el estado mismo y sus facultades: la posesión de estado no es, ciertamente, una *possessio ad usucapionem* y las facultades de estado no se extinguen por la falta de ejercicio.

Pero ya he dicho cómo, en este caso, lo que coniere el *status* al hijo natural reconocido no es el transcurso del tiempo sino el acto jurídico reconocimiento; hay una relación jurídica regularmente constituida, si bien expuesta a una modificación con efecto declarativo (retroactivo) si la persona legitimada para ello ejercita la facultad o la acción pertinente» (86).

Análogamente, el no ejercicio de la acción de impugnación que el artículo 138 confiere al perjudicado, no significa inacción o abandono de una *facultad de estado*, pues la legitimación activa que el precepto atiende no se refiere al *status* del impugnante sino al perjuicio—generalmente patrimonial—que le causa el *status* conferido a otra persona.

No creo tampoco, en suma, que el artículo 1.936 suponga obstáculo a la prescriptibilidad.

Frente a ello, las peculiaridades que he tratado de resaltar en la acción nacida *ex* artículo 138 C. c. la hacen subentrar mucho más fácilmente en el enunciado de los artículos 1.930-2, 1.932-1 y 1.961 del mismo Código.

Porque hay, además, un último argumento:

Si se considera lo minucioso que es este Título para señalar plazos de caducidad a las acciones en él concedidas—arts. 113, 118, 133-3 y 137—y que únicamente omite señalárselo a las que nacen del 128 y del 138, que son análogas entre sí y distintas de todas las demás, resulta un poco sospechoso el cómodo argumento de la laguna legal; parece más lógico pensar que el Código para ellas se remitió expresamente, a través de su silencio, a los artículos 1.930 y 1.964.

C) A la vista de todo lo expuesto y en base, principalmente, a este último argumento, me parece evidente que el legislador pensó limitar el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento o de la legitimación por los perjudicados, a través de la prescripción y no de la caducidad. Por otra parte, la aplicabilidad en estos casos del artículo 1.969 pudiera reportar ventajas de orden práctico.

Con todo, teniendo en cuenta que en una interpretación progresiva pudiera incluirse como condición legitimante el daño o perjuicio moral y que su resultado es modificativo de un estado civil—así, de cara al impugnado, sería impropia la aplicación del ar-

(86) DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 87.

tículo 1.935—, no veo tampoco inconveniente en admitir que sea más adecuado el concepto dogmático caducidad, aplicando entonces, por analogía, el mismo artículo 1.964, según propugna DE CASTRO (87).

D) Podrá especularse *de lege ferenda* sobre si el plazo de quince años del artículo 1.964 resulta demasiado largo; *de lege lata* su procedencia me parece insoslayable: no me parece válido el argumento de la aplicación analógica de los artículos 1.299 y 1.301 ó del 133-3 C. c. si se reduce el ámbito del artículo 138 a su contenido verdadero, pues su fuerza como argumento radica en la inclusión de las impugnaciones que he llamado negociales. Reducida aquélla a su verdadero ámbito, aparece más cercana a las acciones para las que el artículo 1.964 está pensado que a las rescisorias o de nulidad o a la de impugnación discrecional por el menor al llegar a su mayoría de edad.

Parece, en suma, que la acción nacida del artículo 138 C. c. prescribe—o, si se quiere, caduca—a los quince años. Transcurridos, el estado civil de hijo natural reconocido adquiere plena firmeza: ya no es legalmente modificable.

Digamos finalmente que si el derecho perjudicado había prescrito previamente, no es que prescriba anticipadamente la acción del artículo 138, sino que deja de haber persona legitimada para su ejercicio; es como cuando el reconocimiento no perjudica a nadie: pese a no reunir el hijo los requisitos del artículo 119 o haberse faltado a las prescripciones de la Sección, el reconocimiento no es impugnabile.

---

(87) *Op. cit.*, pág. 93 y nota 2.