

cado efecto de cualesquiera otros que no resulten autorizadas de la manera indicada por el padre (1).

Si bien los derechos otorgados por la ley pueden dejar de ejercitarse por las personas á cuyo favor se hallan constituidos, y en este sentido es potestativo en el hijo natural demandar ó dejar de pedir su reconocimiento como tal, principio á que, aparte de otras consideraciones, obedece el art. 133 del Código civil, que exige el consentimiento del hijo natural para que puedan reconocerle sus padres, ni de aquella facultad inherente al concepto de todo derecho, ni del necesario concurso de la voluntad del hijo, se deriva lógicamente y legalmente, sin notoria infracción de los artículos 4.º, 133, 151, 1.231 y 1.814 del Código civil, que sea renunciable el derecho familiar de filiación legítima ó natural, porque evidentemente afecta al estado civil de las personas y está comprendido entre los que se refieren al orden público, que exceptúa de la renuncia el párrafo 2.º de dicho art. 4.º (2).

El reconocimiento que de su hijo hace un padre natural produce análogos efectos á la presunción de legitimidad de los hijos habidos de matrimonio legalmente celebrado, y aun cuando por dimanar el reconocimiento de la exclusiva voluntad de aquél sea susceptible de ser anulado por error, dolo ó intimidación ó violencia, es preciso que se compruebe y derive de hechos trascendentales que afecten directa y notoriamente á la creencia equivocada en que pudo estar el padre de que la madre sólo de él pudo concebir, sin que sea lícita de otro modo la suposición del error, pues equivaldría á autorizar un arrepentimiento y cambio de voluntad que es en absoluto incompatible con las condiciones de permanencia de todo estado civil, permanencia que afecta al interés social, y consiguientemente al orden público, que es la razón de la prohibición consignada en el art. 1.814 del Código civil (3).

Los derechos de los hijos naturales con relación al padre deben establecerse, no sobre la presunción ó la prueba de la paternidad, cuya investigación no autoriza la ley, sino sobre la base del reconocimiento, ya expreso, ya derivado de la posesión continua á que se refiere el caso 2.º del art. 135 del Código civil (4).

Esta posesión de estado, consistente en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto á su padre natural, ha de revelarse necesariamente, según doctrina del Tribunal Supremo, por actos directos que demuestren con evidencia la voluntad libre y espontánea del padre, ó de su familia en su caso, de tener como hijo natural al que pretenda su reconocimiento y acrediten cumplidamente la continuidad de la posesión, ó sea que el hijo mantiene con aquél, y como tal hijo, relaciones constantes y no interrumpidas, no siendo legal confundir actos que puedan revelar más ó menos la presunción ó convencimiento en que una persona esté de su paternidad con relación á hijos naturales, con los que demuestren su propósito de poner á estos hijos en la posesión de tal estado (5).

Los actos atribuidos al padre deben calificarse según las circunstancias de cada caso, para definir sobre la base de los mismos la posesión continua del estado de hijo natural (6).

- (1) Sent. 13 Febrero 1907.
- (2) Sent. 25 Junio 1909.
- (3) Idem id.
- (4) Sent. 12 Octubre 1907.
- (5) Idem id.
- (6) Idem id.

**41. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.**—Estimando un incidente de inconstestación á la demanda sobre reconocimiento de prole adulterina y prestación de alimentos, dirigida por la madre contra el supuesto abuelo de los menores, en cuyo beneficio deduce aquélla dichas peticiones, no se infringen los artículos 140 y 141 del Código civil, ni la regla 1.ª de las transitorias, dictadas para la aplicación del mismo, si el Tribunal sentenciador funda su fallo en la regla 4.ª, y la demandante no dedujo su acción antes de regir el Código, quedando por ello sujeta, en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento para hacerla valer, á lo que ordena el art. 141, en el cual, y como consecuencia del derecho establecido por los artículos 139 y 140, se determina el procedimiento, negando la admisión de la demanda que, directa é indirectamente, se dirija á investigar la paternidad (1).

El fallo tiene mayor fundamento si la demandante no ha acompañado á su demanda de reconocimiento de sus hijos, que califica de adulterinos, y prestación de alimentos á los mismos, los documentos que determina el art. 140, ó sean el reconocimiento espontáneo del padre, ó el impuesto por la ley, en méritos de un proceso criminal ó civil, ni ha logrado justificarlo con la prueba documental, careciendo por ello de fundamento la petición de la demandante, formulada después de muerto el supuesto padre de sus hijos, esto es, pasada la oportunidad para su solicitud; y, por consecuencia, la no admisión de la demanda está ajustada á lo preceptuado en el art. 141 del Código, en atención á que cualquiera que sea la época origen del derecho que se reclama, el simple hecho de nacer no es suficiente para los hijos ilegítimos, y de tal modo, que la ley Recopilada y el Código exigen un acto de parte del padre que demuestre serlo, salvando con ello el inconveniente que ofrece la investigación de la paternidad, que es un misterio de la Naturaleza (2).

Alegándose por la demandante que el art. 141 no prohíbe la presentación de la demanda, y por ello ha debido admitirse, se olvida de que el acto de presentarla significa la comparecencia en juicio, pero no prejuzga la pertinencia de lo que se pide, y sería notoriamente improcedente aplazar para sentencia la admisión de una demanda que no reúna los requisitos taxativos ordenados por la ley, cuando ésta, terminantemente, dice «que no se admita» (3).

Prohibido por nuestro Derecho moderno la investigación de la paternidad, puesto que el Código civil, en su art. 135, sólo obliga al padre á reconocer al hijo natural, fuera de los casos de violación, estupro ó raptó, en que ha de estarse á lo dispuesto en el Código penal, cuando existe escrito suyo indubitado en que expresamente lo reconozca ó cuando el hijo se halle en posesión continua de tal estado, justificada por actos directos del padre ó de su familia, no autorizando este precepto la prueba de la filiación como la autoriza el artículo siguiente con relación á la madre, es claro, que debiendo ajustarse á estos moldes rigurosos los pleitos sobre reconocimiento paterno, la Sala ha podido y debido prescindir, como impertinente, de toda la prueba que se practicó con la mira de demostrar el origen de la niña y concretar sus apreciaciones á aquella parte de la prueba testifical, encaminada propiamente á la justificación de la posesión de estado, en que la parte actora fundó su demanda (4).

- (1) Sent. 20 Abril 1892.
- (2) Idem id.
- (3) Idem id.
- (4) Sents. 21 Mayo y 7 Noviembre 1893.

**42. HIJOS LEGITIMADOS POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO.**—Tratándose, no sólo del reconocimiento, sino de la legitimación de un hijo por el matrimonio de los padres, ajustándose en su celebración á las prescripciones del Código, no puede menos de reputarse como documento público la partida sacramental para hacer constar solemnemente lo que los padres consignaron en ella (1).

Según disposición expresa de los arts. 122 y 123 del Código civil, la legitimación por subsiguiente matrimonio produce sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio mismo (2).

**43. HIJOS LEGITIMADOS POR CONCESIÓN REAL.**—Legitimadas en 1884 las hijas de..., por autorización ó rescripto Real, adquirieron, según las leyes 4.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, tít. 15 de la Partida IV, la plenitud de los derechos de la legitimación, y entre ellos el de gozar en la sucesión de su madre, cuando no concurrieran con otros descendientes legítimos, de los mismos derechos que éstos, cual si hubieran sido habidas de legítimo matrimonio, cuyos derechos se desconocen en la sentencia recurrida al reputar á las hijas como simplemente naturales para los efectos de la sucesión, confundiendo erróneamente los derechos hereditarios que, en relación á la cuantía de la herencia, nacieron con la muerte de la testadora, ocurrida bajo el régimen legal establecido por el Código civil, con la condición y capacidad jurídica que, en orden á la familia y por virtud de la legitimación, habían adquirido en toda su integridad al amparo de una legislación preexistente (3).

**44. CRITERIO DE TRANSICIÓN.**—Para el ejercicio de estos derechos no obsta, en el caso de haberse abierto la sucesión bajo el régimen legal establecido por el Código civil, lo dispuesto en los artículos 844 y 837 del expresado Código, según los que están equiparados á los hijos naturales, en cuanto á su legítima, los legitimados por autorización Real, señalándose al cónyuge viudo, en concurrencia con ellos, una cuota usufructuaria de la mitad de la herencia, si la legitimación se llevó á efecto antes de la publicación de dicho Código, porque la aplicación de esas prescripciones derogatorias de la antigua legislación, respecto al derecho hereditario de tales hijos, implicaría el desconocimiento de la condición y capacidad jurídica que les correspondería con arreglo á las leyes de Partida, antes citadas, y no pueden tener virtualidad y efecto retroactivo, conforme á las reglas 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> de las disposiciones transitorias del Código, toda vez que el hecho generador del derecho se realiza con la legitimación, y, por lo tanto, su derecho á la condición de hijos legítimos arranca, en el caso citado, de la legislación precedente al Código, y los que éste declara por primera vez á favor del cónyuge superviviente, en concurrencia con los hijos naturales, legitimados ó ilegítimos, sólo son estimables en cuanto no perjudiquen otro derecho legítimamente adquirido por leyes anteriores (4).

Tratándose de la declaración de hijo natural, y según la regla 1.<sup>a</sup> de las disposiciones transitorias, en virtud del derecho que por primera vez define el Código, en su art. 135, á favor de quien haya estado en la posesión de tal estado, y fundada dicha posesión en hechos realizados en su mayor parte, aunque no en su totalidad, antes de estar en vigor el Código, puesto que D..., nació en 1869 y D... falleció el 18 de Agosto de 1889, debe decidirse con arreglo á las prescripciones del expresado Código, y al hacerlo así, la Sala sentenciadora no

- (1) Sent. 11 Abril 1898.
- (2) Sent. 4 Marzo 1901.
- (3) Sent. 8 Noviembre 1893.
- (4) Sent. 8 Noviembre 1892.

infringe el art. 3.<sup>o</sup> del Código civil, ni las disposiciones transitorias del mismo (1).

Siendo los hechos en que principalmente funda su acción la demandante anteriores al Código civil deben juzgarse y regirse por la legislación de su tiempo con arreglo á lo dispuesto en la regla primera de las disposiciones transitorias, y constituyendo tales hechos un estado de Derecho, se trata en primer término no del ejercicio de una acción de reconocimiento de filiación, sino de que se declare que dicho reconocimiento se hizo ya por el padre, y, por consiguiente, no son aplicables el art. 137 del Código civil ni la regla 4.<sup>a</sup> transitoria (2).

Debiendo subsistir en su extensión y en los términos que le reconociera la legislación precedente, las acciones y los derechos nacidos antes de la publicación del Código, según la regla 4.<sup>a</sup> de las transitorias, es evidente que el derecho de los menores... á ser reconocidos como hijos naturales de... se halla condicionado, no por los arts. 131, 133 y 135 del Código, sino por la ley 1.<sup>a</sup> de Toro, porque la fecha del nacimiento de dichos menores es anterior á aquella en que empezó á regir el expresado Código; cuyo reconocimiento, con arreglo á la ley de Toro, no puede confundirse con la posesión de estado (3).

Si bien el Código actual, en el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 119, restringe el concepto de los hijos naturales con relación al de la ley 1.<sup>a</sup> de Toro, los términos absolutos del primer párrafo no autorizan para excluir los beneficios de la legitimación á éstos, y mucho menos teniendo en cuenta los preceptos de las reglas 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> de las transitorias, según las que es forzoso reconocerles todas las consecuencias civiles que se derivan de su condición, entre las que se encuentra la de su capacidad para poder ser legitimados por subsiguiente matrimonio, porque establecida por la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 13 de la Partida IV, para los hijos que dicho cuerpo legal reputaba como naturales, la modificación que de éstos hizo la de Toro, desde la que dejaron de considerarse como adulterinos los que nacían en momento en que sus padres podían casarse sin dispensación, aun cuando hubiesen sido concebidos en adulterio, obliga racional y legalmente á hacer á éstos extensivo el beneficio de la legitimación, puesto que para los hijos naturales se hallaba establecida, y porque implicaría una notoria é injustificada contradicción el mantenimiento de dos conceptos distintos de esta clase de hijos (4).

La variedad habida en la legislación de Castilla acerca del concepto de hijos naturales antes y después de la publicación del Código vigente, no puede menos de afectar á sus derechos cuando éstos derivan de dicho concepto; sin que haya fundamento alguno para distinguir entre ellos por sólo la consideración de que al definirse quiénes son hijos naturales no se haya cuidado la ley de hacer referencia á los diferentes preceptos legales que han regulado aquéllos sobre la base de determinado concepto, pues si la razón de tales preceptos ha consistido en la cualidad de naturales reconocida á los hijos, no es posible, sin introducir en la legislación una discordia injustificada, sin infringir la razón de la ley y sin contrariar el sentido de nuestra jurisprudencia, admitir el supuesto de que sólo para unos efectos y no para los demás, fundados en la misma base, hubieran de ser tenidos como naturales los hijos en quienes concurren determinadas condiciones (5).

- (1) Sent. 28 Junio 1895.
- (2) Sent. 13 Abril 1897.
- (3) Sent. 9 Julio 1896.
- (4) Sent. 11 Abril 1898.
- (5) Idem id.

Las condiciones que han de concurrir en los hijos ilegítimos para ser reputados como naturales, según el párrafo 2.º del art. 119 del Código, no afectan ni en pro ni en daño á los nacidos con anterioridad y sometidos consiguientemente á las requeridas por la ley 1.ª de Toro, cualquiera que sea la época del reconocimiento de tales hijos, porque siendo condiciones esenciales é inherentes á su propia personalidad, determinada por el momento del nacimiento, no es posible prescindir de ellas sin admitir y establecer una ficción contraria á la realidad y no autorizada por la ley; pues la regla 1.ª de las disposiciones transitorias del Código, si bien consiente dar efecto á los derechos nuevos en tanto en cuanto no perjudiquen á otros adquiridos, esto no puede entenderse de lo que constituye esencialmente la personalidad del sujeto desde el instante en que nace, por ser la que tiene que servir de base para la adquisición de otra clase de beneficios ó ventajas con el carácter de derechos (1); y hubiera sido menester, en consonancia con lo que preceptúa el art. 3.º del Código, que resolución tan trascendental como la de convertir en hijos naturales aquellos que no lo eran ni podían serlo con arreglo á la legislación anterior, se hubiera consignado explícitamente, dadas las consecuencias que había de producir á las relaciones familiares y sociales (2).

Cuando se trata de un hijo natural cuyos derechos se hallan regulados por la ley 1.ª de Toro, y resulta acreditado y estimado por el Tribunal sentenciador que estos derechos le han sido reconocidos por el padre con anterioridad á la publicación del actual Código, se impone la aplicación de la regla 1.ª de las transitorias de este Cuerpo legal en toda su integridad, sin que en tal supuesto pueda entenderse restringido el ejercicio de la acción encaminada á recabar de los Tribunales la sanción de tal reconocimiento por el precepto del art. 137 del expresado Código, puesto que la misma regla 4.ª de las transitorias prescribe que los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán en la extensión y en los términos que le reconoce la legislación precedente (3).

Resultaría mermado el derecho así reconocido del hijo natural en toda su obligada extensión y desvirtuada su eficacia y virtualidad, cuando, á pesar de haberlo sido en época anterior á la publicación del Código y en las condiciones de la ley de Toro, se diese á la segunda parte de la regla 4.ª la inteligencia é interpretación de ser posible limitar el ejercicio de aquel derecho á las modificaciones establecidas en el Código civil, caso que podría ser más discutible si los actos de reconocimiento atribuidos al padre fuesen todos posteriores á la publicación del Código (4).

La circunstancia del tiempo durante el que tiene el hijo natural acción para reclamar el reconocimiento de su derecho, según la ley de Toro ó del Código civil, no implica una mera cuestión de prescripción, sino que afecta á la sustantividad del derecho (5).

La sustantividad del derecho que la ley 1.ª de Toro reconoce en favor del hijo que reúna las condiciones en ella establecidas para reputarle natural, no tiene limitación de tiempo para ejercitar su acción (6).

(1) Véase sentencia de 29 de Noviembre de 1899, inserta en el núm. 25, cap. 15, t. VI, 2.ª edic., 2.º vol., pág. 786.

(2) Sent. 9 Abril 1904.

(3) Sent. 11 Abril 1906.

(4) Idem id.

(5) Sent. 28 Diciembre 1906.

(6) Idem id.

Apoyada una demanda sobre declaración de hijo natural, en hechos acaecidos en época anterior á la publicación del Código civil, el derecho aplicable, conforme á lo prevenido en la primera de las reglas transitorias de dicho Código, es el que á la sazón regía, ó sea la ley 1.ª de Toro, que reguló el concepto de los hijos naturales (1).

En el propio caso aplicándose el art. 137 y la disposición 4.ª transitoria del mismo Código, se infringen ambos preceptos, ya que, como repetidamente tiene declarado la jurisprudencia, la transitoria indicada se refiere á materia puramente procesal y el derecho que sanciona dicha ley de Toro es sustantivo aun en lo que afecta á la subsistencia de la acción con independencia de todo trámite rituario (2).

Según doctrina admitida por el Tribunal Supremo, el nacimiento sirve de base para la aplicación de toda clase de beneficios con el carácter de derechos (3).

La declaración de los derechos de hijos naturales nacidos antes de la promulgación del Código civil debe ajustarse al contenido de la ley 1.ª de Toro, lo mismo respecto de la libertad de los padres en aquel tiempo para poder casarse sin dispensación, que al reconocimiento de los hijos, cuya necesidad expresa la citada ley en las palabras, «con tanto que el padre lo reconozca por su hijo», pues uno y otro elemento integran la filiación natural anterior al Código (4).

La regla 1.ª de las disposiciones transitorias del Código no permite la aplicación del art. 137 de aquél á los nacidos antes del mismo, porque las limitaciones impuestas á la acción para el reconocimiento de los hijos naturales, manifiestamente perjudicarían el derecho de aquéllos en lo que constituye la esencia de su personalidad; derecho que en primer término, manda respetar la propia regla (5).

La disposición transitoria 4.ª empieza por declarar subsistentes en toda su extensión y en los términos que reconoce la legislación precedente, los derechos de tales hijos, aun cuando á continuación ordena que la acción que les corresponde debe sujetarse en su ejercicio, duración y procedimiento para hacerles valer, á lo dispuesto en el Código (6).

No es necesario, según la ley 1.ª de Toro, que el padre reconozca expresamente al hijo para que éste goce la consideración legal de natural, sino que basta el reconocimiento tácito, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siempre que dicho reconocimiento resulte probado por cualquiera de los medios que admite el derecho (7).

No diciendo terminantemente el padre que determinados hijos no eran suyos, aunque ocultase por otros motivos su filiación, añadiendo al nombre de aquellos la palabra expósitos, con que nunca habían sido reconocidos, usando siempre para nombrarles los dos apellidos paternos, aquella circunstancia no podría desvirtuar el resultado de la restante prueba (8).

(1) Sent. 22 Abril 1908.

(2) Idem id.

(3) Sent. 2 Abril 1909.

(4) Idem id.

(5) Idem id.

(6) Idem id.

(7) Idem id.

(8) Idem id.

## § 3.º

## Explicación.

45. Destinado el tít. 5.º, lib. I, del Código civil á reglamentar la *paternidad y filiación* y sus dos primeros capítulos á la prole *legítima*, lleva por epígrafe el tercero, «de los hijos legitimados» y el cuarto, «de los hijos ilegítimos», distribuído éste en dos secciones, la primera para el *reconocimiento de los hijos naturales*, y la segunda titulada «de los demás hijos ilegítimos».

Examinados en el capítulo anterior los dos primeros de dicho tít. 5.º, son asunto de la *explicación* del presente, el tercero y cuarto, en cuanto tratan de la *legitimación* y de la *prole ilegítima* y de sus *derechos*, en general.

Prescindiendo en este caso, como en tantos otros, de los defectos de *sistematización* de que el Código adolece, y no siendo lícito alterar los términos de la realidad legislativa, dentro de lo que ella permite, se procede á la *explicación* de sus reglas, organizándolas de una manera más conveniente para los fines de hacer aquélla más comprensible. Por este motivo, antes de hablar de la *legitimación*, como uno de los *modos* de constituir la relación *paterno-filial*, deben determinarse las diferentes *especies* de la llamada *prole ilegítima* ó procreada fuera de matrimonio.

## I. Hijos ilegítimos.

46. La *clasificación* de éstos, según el Código, reduce sus especies á tres: hijos *naturales verdaderos*, hijos *naturales presuntos* y *demás hijos ilegítimos*, no mencionando ni sancionando otras especies de aplicación legal.

47. *Hijos naturales*.— Son hijos naturales *verdaderos* (pár. 2.º, art. 119) «los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella».

Dos son las diferencias que separan este *concepto legal* del Código acerca de los hijos *naturales*, del establecido por el Derecho anterior (1), y consisten: primera, en no referir la libertad de los padres, para haber podido contraer legalmente matrimonio, más que al tiempo de la concepción, pero no alternativamente á éste y al del parto, como hizo la ley 11.ª de las de Toro; segunda, en haber derogado la exigencia de esta ley, de que dicha libertad de casarse entre los procreantes del hijo natural, se entendiera sólo en los casos en que no necesitaran dispensa, que es el valor de la frase «válidamente y sin dispensación», que aquélla empleaba.

Ambas modificaciones son dignas de aplauso: la primera, porque esa elección para reputar *natural* la prole habida fuera del matrimo-

(1) Núm. 12 de este capítulo.

nio, ya del tiempo de la concepción, ya del del parto, podía resultar peligrosa para la moral, en su aplicación, respecto de motivos que debieran privar al hijo de la condición de *natural* al tiempo de la concepción, y, sin embargo, le permitían ostentarla con relación al del parto; y la segunda, porque la circunstancia *formal* de la *dispensa* significa la posibilidad legal de aplicar este remedio á la existencia de ciertos impedimentos, que una vez dispensados, es lo mismo que si no hubieran existido, no habiendo razón alguna para que se reputara el impedimento dispensable, como cosa igualmente contraria á la libertad de dos personas para casarse, de las cuales, alguna adoleciera del defecto de capacidad ó que entre sí tuvieran impedimento no susceptible de dispensa (1).

La esencia jurídica del concepto de prole *natural*, no consiste en otra cosa, sino en que no le falta para ser *legítima* más que el matrimonio de los procreantes; pero pudo serlo si el mismo se hubiera celebrado, como fué posible legalmente que se celebrara.

Por lo demás, referido el concepto de hijo natural á dos circunstancias relacionadas entre sí, cuales son, la libertad de los padres para casarse, con ó sin dispensa, al tiempo de la concepción de la prole calificada de *natural*, la primera de ellas, ó sea dicha libertad, es causa que presumió la jurisprudencia (2) de nuestro Derecho anterior, cuyo espíritu parece mantenido en el Código, haciendo recaer el compromiso de la prueba contraria en aquellos á quienes interesa impugnar la filiación *natural*; y la segunda, ó sea la manera de fijar el tiempo de la concepción, no tiene tampoco criterio especial establecido en el Código para complementar en este punto la definición legal de los hijos naturales, que no puede ser otro que el de referir esa libertad de los padres para casarse, con ó sin dispensa, á dicho tiempo de la posible concepción del hijo natural, inducida con relación á la fecha del nacimiento y por análogo criterio respecto al término mínimo de los ciento veinte días posteriores, que para los fines de la legitimidad establece el art. 108 (3).

Otro criterio más deficiente, peligroso y de difícil práctica, es el de la prueba pericial que, aparte todos sus riesgos y facilidades, sólo

(1) Á tal calidad de ser impedimento no susceptible de dispensa, refiérese la prohibición legal de contraer matrimonio, contenida en el núm. 3.º del art. 45, respecto del tutor y sus descendientes, con la persona que tenga ó haya tenido en guarda hasta que feneció la tutela y se aprueben las cuentas de su cargo; salvo el caso de que el padre de la persona sujeta á tutela hubiera autorizado el matrimonio en testamento ó escritura pública. Sin embargo, desde el momento en que cabe remover este obstáculo, por un medio como el de la *autorización*, no parece que deba extremarse la letra de la primera parte de ese precepto legal y considerar imposible de Derecho la capacidad para casarse estas personas, sin dispensa ó con ella, á los efectos de que por tal circunstancia, no pudiera la prole procreada por las mismas fuera del matrimonio ostentar la condición de *natural*, conforme al pár. 2.º del art. 119.

(2) Sentencias de 12 de Noviembre de 1858, 11 de Octubre de 1882 y 13 de Abril de 1897, transcritas en el núm. 16 de este capítulo.

(3) Explicado en el núm. 10, cap. 25 de este tomo.

podría descansar en base algo cierta con la intervención facultativa en el nacimiento y examen de la prole inmediatamente después del parto; por lo cual, más que un medio único y suficiente para resolver el problema, podría ser, á lo sumo, en algunos casos, un elemento de *comprobación*.

Son hijos *naturales presuntos* aquellos que, con arreglo al art. 130 del Código civil, hayan sido reconocidos por *uno* solo de los padres, siempre que éste tuviera capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción de aquéllos.

En primer término, esta aparente *duplicidad* de textos legales que en el Código se refiere al concepto de hijos *naturales*, es una novedad respecto del Derecho anterior, en cuanto que, además de los hijos naturales, propiamente tales, que define el art. 119, párrafo 2.º, admite la especie de unos hijos naturales *presuntos*, por virtud del 130, ó sea un concepto *propio y definitivo*, y otro *presunto y provisional*, pues de ser ambos definitivos resultarían contradictorios, debiendo considerarse definida la *filiación natural* en el 119, y no en el 130, que sólo es desarrollo á que obliga el 129, por el cual se faculta á cualquiera de los padres para reconocer separadamente al hijo de esa especie que, en realidad, no cabe asegurar concorra en el mismo, conforme á dicho art. 119, párrafo 2.º, sino cuando, conocidos los dos padres, puede apreciarse la *posibilidad legal* que tuvieron de contraer matrimonio, con ó sin dispensa, al tiempo de la concepción (1).

Prescindiendo de esas *antinomias* reales ó aparentes, que los diversos textos del Código ofrezcan entre sí acerca de este punto, es lo cierto que ese concepto provisional de hijos *naturales presuntos* tiene su fundamento en la *capacidad* del padre conocido para contraer matrimonio *al tiempo de la concepción de dicho hijo*. Desde luego esa capacidad legal es únicamente la personal aptitud para contraer matrimonio, en general, que pueda tener ó de que carezca, según las leyes canónicas ó civiles, el padre que reconoce á esa prole natural *presunta*; esto es, la capacidad absoluta, no la relativa, que por razón de impedimentos estorbara su matrimonio con persona determinada, puesto que ésta es desconocida; pero aun siendo esa capacidad absoluta é individual, á la que el 130 alude, está referida al *tiempo de la concepción*, y es en este sentido *relativa*, teniendo que ser demostrada *en relación* á dicho tiempo. ¿Y qué demostración cabe de esta circunstancia, base de dicha capacidad en el supuesto procreante, fundamento de la cualidad *natural presunta* del hijo reconocido y causa de la eficacia legal del reconocimiento, autorizado en tales términos por el expresado art. 130?

Nótese que, ni en ese texto ni en otro del Código, se establece el criterio legal, por el cual se pueda computar, establecer, ni fijar ese tiempo de la concepción fuera del matrimonio, ni aisladamente, con rela-

(1) Según lo tiene ya declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Junio de 1893.

ción á uno de los procreantes, y menos respecto del padre; y no parece procedente buscar el complemento del 130 en la presunción de legitimidad del 108 (1); porque, aparte de que una cosa es la *legitimidad* y otra el *reconocimiento*, falta la base en que la presunción de legitimidad de la prole se funda, según el 108, que es el matrimonio, y se prohíbe también la referencia á la otra persona con quien la procreación se verificó.

La única manera de complementar el art. 130, en orden á este capitalísimo punto, será la de juzgar de la capacidad absoluta del que reconoce para contraer matrimonio *en relación* al término máximo de trescientos días de vida *intrauterina*, al principio de los cuales se fija el tiempo de la concepción, tomando por base para computarlos la fecha del nacimiento; y, á lo sumo, la aplicación del término mínimo de más de ciento ochenta días, para evitar que prive de esta capacidad cualquier motivo—impedimento que sobrevenga en este tiempo—que después la hiciera perder al padre que reconoce, si es que además se incorporó á una prueba pericial, bastante á justificar que la prole reconocida, cuya concepción se supone en el término mínimo, tuvo completa su gestación dentro de ese término.

Fuera de esto, la verdad es que lo de determinar el *tiempo de la concepción*, para fundar en él la capacidad del que reconoce y la eficacia del reconocimiento, tendría que ser siempre entregado á los riesgos de la prueba de peritos, pues que ninguna otra base ofrece el Código, si es que no había de resultar de imposible aplicación el difícil texto del art. 130, claramente inspirado en dos consideraciones: primera, el deseo de favorecer el reconocimiento de la prole nacida fuera de matrimonio, que se haría más difícil si siempre fuera indispensable la concurrencia en el reconocimiento de los dos procreantes; y segunda, la de evitar que un solo procreante pueda lanzar imputación de paternidad ó maternidad á otra persona en el acto del reconocimiento del hijo, á que la misma no ha concurrido.

Es indudable que esta condición de prole *natural* en la reconocida, según los términos del art. 130, es *presunta*, y, en tal sentido, queda sujeta á la influencia general de la doctrina, en materia de *presunciones*, establecida por la ley en el art. 1.251, al determinar que las de esta clase «pueden destruirse por la prueba en contrario, *excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíbe*.» Y no resulta, por cierto, que éste sea uno de ellos, sino por el contrario, existe además un precepto especial en materia de reconocimiento de hijos *naturales* que autoriza la prueba contraria, cual es el art. 138, que faculta para *impugnarlo* á aquellos á quienes perjudique, siempre que el hijo reconocido «no reúna las condiciones del párrafo 2.º del art. 119 ó cuando en el reconocimiento se haya faltado á las prescripciones del Código» (2).

Ahora bien; si se entiende genérica é indistintamente el art. 138 para

(1) Explicado en el núm. 10, cap. 25 de este tomo.

(2) En esta Sección 1.ª, tit. 5.º, lib. I.