§ 4.º

Paternidad establecida mediante la adopción

117. Para la paternidad ó parentesco civil establecido por la adopción ó por otros medios, debe regir la regla general de que el estado de padre ó de hijo adoptivo adquirido según la ley anterior, debe ser reconocido y respetado como tal, á pesar de que la ley nueva hubiese modificado después las condiciones establecidas para poder adoptar ó ser adoptado.

Es natural que únicamente deban quedar sujetas á las disposiciones de la nueva ley aquellas adopciones que no estuviesen terminadas aún al ser ésta publicada, y sólo en cuanto á las condiciones para dar lugar á la adopción y en cuanto á los procedimientos para llevarla á efecto. Esto ha sido objeto de expresa disposición en el art. 8.º de la ley transitoria italiana, que dice así: «Los procedimientos de adopción iniciados ya en el día de la promulgación del nuevo Código, continuarán ante el Tribunal de Apelación, según las reglas establecidas en el mismo Código.»

Estos principios fueron adoptados también en la ley transitoria francesa (1), la cual dispone expresamente que la adopción hecha antes de la publicación del Código, debe ser regulada según la ley anterior, siempre que no concurriese ninguna de las condiciones impuestas después á este contrato.

Esta máxima ha sido después constantemente aplica-

(1) Ley 25 Germinal, An. II.

da por la jurisprudencia para fallar muchas contiendas ó litigios en cuanto á la validez de la forma de la adopción y á la capacidad del adoptante y del adoptado (1).

De los efectos de la adopción respecto de los bienes, hablaremos en su lugar. Aquellos que se pueden considerar como un efecto inmediato del estado, como son las relaciones civiles entre el adoptante y la familia del adoptado ó entre el adoptado y los parientes del adoptante, dependen enteramente de la ley vigente en el tiempo en que tuvo lugar la adopción y deben regirse por ella. Tal sucede, por ejemplo, respecto de la obligación que incumbe al adoptante de dar alimento á los hijos del adoptado, y por lo tanto, en el caso de que haya tenido lugar la adopción bajo el imperio de la ley civil austriaca, que concede tal derecho, deberá admitirse y declararse la obligación de dar tales alimentos, aún cuando estos se pidan estando ya en vigor el Código civil italiano, según el cual no tienen los hijos del adoptado acción alguna para pedir alimentos al adoptante (2).

En todas las cuestiones de derecho transitorio referentes á la adopción, es necesario tener presente la naturaleza verdadera y propia de esta institución, la cual tiene el carácter de convención permitida por la ley.

De la adopción estipulada bajo las condiciones establecidas por la ley vigente, se derivan derechos convencionales, los cuales deben ser respetados como derechos adquiridos, aun cuando las consecuencias jurídicas de los mismos vengan á desenvolverse después de la muerte de uno ú otro de los contrayentes verificada estando en vigor una ley distinta.

(1) Confr. Cass. Fran. 21 de Noviembre de 1806, 13 de Septiembre de 1809, 12 de Noviembre de 1811, 23 de Septiembre de 1816. — PASICRESIE, Ser. 1, par. I, vol. IV, pág. 355; vol. V, pág. 414; vol. VI, pág. 277; vol. VIII, pág. 436.

(2) Confr. Cass. de Turin, 3 de Diciembre de 1881. (*Monitor de los Tribunales*, 1815-I.)

§ 6.°

Paternidad y filiación natural

118. El estado de hijo natural se adquiere cuando es hecho el reconocimiento con arreglo á la ley.—119. El reconocimiento no terminado aún al tiempo de publicarse la ley nueva se halla sujeto á las disposiciones de ésta.—120. Cuestiones acerca de las indagaciones sobre la paternidad.—121. Disposiciones relativas á este particular, según algunas leyes transitorias.—122. Se discute la cuestión de si es un derecho adquirido ó no el de suministrar la prueba de la paternidad.—123. Teoría sancionada por el Tribunal de Casación de Turín.—124. Opinión nuestra.—125. La ley transitoria que deroga la prohibición sobre las indagaciones de la paternidad tiene distintas interpretaciones.—126. La ley intermedia sobre las indagaciones de la paternidad no tiene eficacia.—127. Del hijo procreado en país distinto de aquel en que hubiere nacido.—128. De la ley que regula las excepciones.—129. De los medios de prueba.—130. Condición jurídica del hijo natural.—131. Si la declaración de paternidad conforme al párrafo 163 del Código *austriaco* puede atribuir el estado civil de filiación en Italia.—132. Doctrina establecida por el Tribunal de Casación de Turín.—133. Observaciones críticas y argumentos aducidos para sostener la opinión contraria.

118. Las reglas expuestas hasta aquí se aplican también á la paternidad y filiación natural.

La relación entre el padre natural y la prole nacida mediante la procreación ilegítima produce efectos jurídicos cuando es declarada tal procreación ó por espontáneo reconocimiento de parte del padre ó de la madre ilegítima, hecho bajo las condiciones y en la forma establecida por la ley, ó por sentencia judicial dictada en las diligencias sobre investigación de la paternidad ó de la

maternidad promovidas por el hijo en los casos y en la forma establecida por la ley que autorice tales investigaciones.

Siempre que el estado de padre ó de hijo natural sea establecido con arreglo á la ley vigente, tanto en uno como en otro de los casos citados, debe ser reconocido dicho estado aunque las leyes posteriores á su establecimiento cambien ó modifiquen las reglas relativas á ello.

También deben decidirse por la ley vigente en la época en que fuere establecido dicho estado, todas las cuestiones que se susciten acerca de las condiciones legales bajo las cuales puede ó no tenerse por constituído el estado de hijo natural, y acerca de los actos *idóneos* para constituir el reconocimiento espontáneo y sobre la condición de la prole que pueda ó no ser reconocida.

Siempre que el reconocimiento haya sido hecho en el modo y en la forma prescrita por la ley vigente en la época en que tuviere lugar dicha relación jurídica, debe ser tenido como un derecho adquirido el estado de padre y de hijo natural así legalmente establecido, cuyo derecho no puede ser después quitado por una ley posterior.

119. Si, por el contrario, no hubiese estado ya hecho el reconocimiento en el momento en que comenzase á regir la ley nueva, es evidente que tendría que ajustarse dicho reconocimiento á las disposiciones de la nueva ley por la razón, tantas veces repetida, de que no puede considerarse como un derecho perfecto y adquirido la facultad perteneciente al individuo para hacer ó ejecutar un acto jurídico según la ley vigente si no se hubiese aprovechado de ella para adquirir un derecho perfecto y determinado, antes de que cesase el imperio de la ley que le concediera tal facultad.

En conformidad con estos principios quedó resuelta en Italia la cuestión después de la publicación del Código civil, el cual en su art. 180 prohibe el reconocimiento de los hijos incestuosos y adulterinos.

En su virtud, el reconocimiento del hijo adulterino legalmente hecho en la forma y modo establecido por la

ley austriaca, es considerado como eficaz en nuestros Tribunales en cuanto á las provincias sujetas al Austria, porque resulta hecho bajo el imperio de una ley que lo permitía.

120. Más grave es la cuestión relativa á la autoridad de la ley nueva modificativa de las disposiciones de la ley anterior en cuanto á las indagaciones sobre la paternidad ó la maternidad (1).

Los hijos nacidos mientras rigiera una ley que atribuyese á los mismos el derecho de hacer declarar judicialmente la paternidad de sus genitores mediante la prueba exigida por la ley, ¿podrán deducir tal demanda y ser admitida la justificación con arreglo á la ley anterior si una nueva disposición prohibiese las indagaciones sobre la paternidad ó la maternidad?

Esta cuestión ha sido vivamente debatida por los jurisconsultos y diversamente resuelta por los legisladores.

Entre los escritores se ha manifestado una sustancial divergencia de opiniones en cuanto á este particular. Algunos sostienen que la prohibición de las investigaciones de la paternidad sancionada por la ley nueva debe considerarse como absoluta, y han negado hasta á los hijos legítimos nacidos ó concebidos bajo la ley anterior á di-

(1) El derecho de demostrar la paternidad natural admitido en el Derecho romano, fué abolido en muchos estados de Europa después que el Código francés, en el art. 340, prohibió la indagación de la paternidad, concediendo sólo por vía de excepción el derecho de acreditar la paternidad en el caso de rapto. Tal prohibición ha sido después sancionada en todas las legislaciones que tomaron por base la francesa.

El Código civil italiano contiene la misma prohibición en el artículo 189 con la excepción antes dicha en el caso de rapto ó de estupro violento cuando el tiempo de la concepción corresponda al del rapto ó del estupro. Las legislaciones de los pueblos germanos y de la Europa septentrional, permiten únicamente las indagaciones sobre la paternidad natural. En cuanto á la maternidad, todas las legislaciones citadas coinciden en permitirla, y únicamente se diferencian en los medios de prueba admitidos para tal efecto.

cha prohibición el derecho de demostrar su paternidad después de la publicación de la ley nueva que prohibiera tales investigaciones (1). Otros, por el contrario, considerando el derecho de investigar la paternidad como un derecho adquirido por el hijo nacido bajo la ley anterior que permitiese tal investigación, entienden que dicho hijo puede suministrar la prueba de su paternidad aun después de la promulgación de la ley que lo prohiba, por el respeto debido al derecho adquirido por dicho hijo (2).

Algunos de los que sostienen la primera de las opiniones citadas, hacen sin embargo, una excepción respecto de las acciones intentadas antes de la publicación de la ley nueva, admitiendo que debe ser respetado solamente en dichos casos el derecho de proseguir el juicio con arreglo á la legislación anterior (3).

121. En algunas de las leyes transitorias, la cuestión ha quedado resuelta por medio de disposición expresa. Ejemplo de ello es la legislación francesa durante la revolución, la cual vino á establecer que la prohibición de las investigaciones de la paternidad debía aplicarse también respecto de los hijos nacidos bajo la ley anterior. En Italia se ha puesto término también á toda controversia con la disposición del art. 7.º de la ley transitoria, la cual establece lo siguiente:

«Las disposiciones de los artículos 189, 190 y primera parte del 193 del nuevo Código *(las cuales regulan las indagaciones sobre la paternidad y sobre la maternidad)*, no son aplicables á los hijos nacidos ó concebidos antes de su publicación: son *(por el contrario)* aplicables á los mismos las disposiciones de las leyes anteriores.»

(1) Confr. MEYER, *Ques. trans.*, pág. 101.—SAVIGNI. Tomo 8, *Tratado del derecho romano.*—DEMOLOMBE, *Droit civile*, núm. 442.—THEODOSIADES, *Essai sur la non retroactivité*, pág. 78.

(2) MERLIN, *Quest. de droit.* V. Legitimité.—DALLOTS, *Rep. lois* núm. 231.

(3) Véase MEYER en la cita anterior.

De este modo se ha evitado toda controversia en Italia por la expresa disposición de dicha ley.

La prohibición de las indagaciones sobre la paternidad sancionada en el art. 189 y la restricción acerca de las investigaciones sobre la maternidad establecida en el art. 190, no alcanzan á los hijos nacidos ó concebidos antes de la publicación del Código civil, puesto que la ley transitoria ha reservado á los mismos el derecho de invocar la ley anterior para hacer declarar judicialmente la paternidad de su genitor.

En su virtud, los hijos nacidos en las provincias de Italia, regidas por la legislación austriaca ó por la pontificia, antes de la promulgación del Código civil en las mismas, pueden entablar la investigación sobre su paternidad y suministrar la prueba de la misma con arreglo á las leyes vigentes en el momento de su concepción ó de su nacimiento.

122. ¿Más qué solución debe adoptarse para resolver la cuestión propuesta en el caso de que nada hubiera dispuesto la ley positiva sobre el particular? ¿Cómo debe interpretarse la reserva sancionada por expresa disposición respecto de los hijos nacidos bajo la ley anterior? ¿Debe considerarse inspirada dicha reserva en los principios de equidad y establecida por el respeto debido á los derechos adquiridos?

Esta reserva es de suma importancia para poder apreciar exactamente el concepto de las disposiciones expresas de la ley, con objeto de poder decidir si deben interpretarse con restricción como disposiciones excepcionales que por razones de equidad derogan el derecho común ó si deben interpretarse extensamente considerándolas como una sanción de derechos precedentemente adquiridos.

Tal discusión se ha suscitado en Italia, á pesar de la expresa disposición del citado art. 7.°, y los Tribunales han adoptado fallos diversos, habiendo considerado algunos los preceptos de la ley transitoria como supérfluos en cierto modo é impuestos por el respeto debido á los

derechos adquiridos (1); y otros, por el contrario, han sostenido que el derecho de dar la prueba de la paternidad con arreglo á la ley anterior, es un derecho excepcional que se funda sólo en la disposición de la ley transitoria, de modo que faltando dicha disposición debería considerarse negado ó prohibido todo derecho de investigación sobre el particular á partir de la promulgación del nuevo Código civil, y que en todo caso es de interpretación restringida la facultad concedida por la ley para la investigación de la paternidad.

Es indudable que la resolución de toda la dificultad depende de que se estime ó no como un derecho perfecto y adquirido con el hecho del nacimiento el derecho para la investigación de la paternidad. Admitiendo la afirma-

---

(1) El Tribunal de Milán en su sentencia de 10 de Diciembre de 1875 en el pleito *Oneró Giacinto*, dice: «que el contenido del artículo 7.°, *disposiciones transitorias*, y el espíritu que lo informa, demuestran hasta la evidencia que por un excesivo escrúpulo, y por lo tanto, para quitar toda duda posible en la materia, ya en cuanto al orden público, ya respecto del estado de las personas, ha querido el legislador dejar consignado y declarado expresamente que las nuevas leyes sobre la admisión de la prueba en cuanto á la filiación ilegítima, no surten efecto en perjuicio de los hijos nacidos ó concebidos antes de la promulgación del Código civil, á los cuales les serán permitidas sin restricción alguna las investigaciones sobre la paternidad y la maternidad; y por lo demás, que bastaban los principios sobre la retroactividad de las leyes para que no fueran perjudicados estos derechos adquiridos que se querían reservar. (*Monitor de los Tribunales*, 1876, p. 470.)

El Tribunal de Módena sostiene la misma teoría y partiendo de los mismos principios, dice: «que habiendo prohibido el Código civil, promulgado en 1.° de Febrero de 1851, en su art. 398, las indagaciones sobre la paternidad exceptuando, sin embargo, á los hijos nacidos bajo la ley precedente que admitía tal investigación, no puede deducirse de ello que con tal disposición pretendiese privar á los hijos naturales, nacidos con anterioridad, del derecho de promover la acción concedida por la legislación anterior para investigar su paternidad.» (Sentencia de 12 de Enero de 1880. De la casación, C. Santi, *Monitor de los Tribunales*, 1880, p. 490.)

tiva, se debe reconocer que la ley nueva (que como todas no se propone violar los derechos ya adquiridos anteriormente á su publicación) tiene que respetar el derecho de los hijos nacidos ó concebidos con anterioridad á suministrar la prueba de la paternidad.

123. Esta cuestión fué ampliamente discutida ante el Tribunal de Casación de Turín, á propósito de un hijo natural, nacido bajo el imperio de las constituciones del ex Ducado de Módena de 1771, las cuales permitian las indagaciones sobre la paternidad. Dicho hijo había suministrado la prueba de su paternidad después de la publicación del Código civil promulgado el 1.º de Febrero de 1852, que prohibió dichas investigaciones y no estableció nada en las disposiciones transitorias respecto de los hijos nacidos antes de su promulgación. El Tribunal de Casación citado, confirmando la sentencia del de apelación, decidió que el derecho de suministrar la prueba de la paternidad debe considerarse como un derecho adquirido, el cual no puede ser modificado ó quitado por la ley nueva sin que sea infringido ó violado el principio de la irretroactividad de las leyes.

Con el solo hecho del nacimiento, dice el Tribunal Supremo citado, surge en el hijo el derecho á ser alimentado y educado por su engendrador, y este derecho, que no es solamente natural sino un verdadero derecho civil reconocido, confirmado y protegido por todas las legislaciones, entra desde luego á formar parte de su patrimonio.

Ahora bién, si el hijo tiene el incontestable derecho de ser alimentado y de que sean provistas sus necesidades por el padre, debe también tener los medios para obligar á cumplir ese deber á la persona que resulte ser su engendrador, y puesto que estos medios consisten precisamente en la investigación y prueba de la paternidad, sin lo cual resultaría completamente ineficaz aquel derecho, por ello debe reconocerse á su favor el derecho de promover la acción judicial para la declaración de la paternidad, viniendo así á adquirirse dicho derecho y á ser

éste perfecto por el hecho del nacimiento en unión con el derecho que al hijo corresponde para obtener de su padre los alimentos y la necesaria asistencia en las necesidades de la vida y de confundirse y formar un todo con el mismo.

Por otra parte, si las indagaciones sobre la paternidad no fuesen un derecho sino una simple facultad ó mera concesión, revocable por las leyes posteriores, podría facilmente suceder tener que rechazar la acción propuesta por quien se encontrara en la imposibilidad absoluta de demandar, ya por razón de la ley antigua, ya por incapacidad personal ó por no ser conocida la persona del genitor, lo cual repugna á las reglas de la equidad (1).

124. Después de lo dicho, y partiendo de las consideraciones expuestas, entendemos, por nuestra parte, que no es aceptable la teoría de los que consideran como un derecho adquirido por el hecho del nacimiento, el de investigar la paternidad, y sostenenos, por el contrario, que la prohibición sancionada por la ley nueva quita el derecho á suministrar la prueba de la misma aun á los hijos nacidos bajo la legislación anterior si no les reservaren expresamente ese derecho las disposiciones de la ley transitoria.

Conviene, ante todo, hacer constar que las razones que pueden justificar la prohibición sobre las indagaciones de la paternidad están fundadas en un alto interés social, cual es el de evitar el escándalo y el desorden ó desconcierto moral en la familia, que son la consecuencia inevitable de los procedimientos seguidos para probar la paternidad, así como la suma dificultad de la prueba de la concepción.

Esto sentado, es indudable que cuando tales razones de interés social y de pública moralidad prevalecen sobre otras de no menos valor para prohibir tales investi-

(1) Véase Tribunal de Casación de Turín.—Sentencia de 20 de Julio de 1881, en el pleito del Conservatorio de sordomudos establecido en Módena. (*Monitor de los Tribunales*, 1881, p. 991.)

gaciones, á pesar de estar relacionadas éstas con la necesidad de que cada cual cumpla los deberes naturales para con la prole, no pueden menos de considerarse aquéllas bastante eficaces por su propio valor para surtir tal efecto, ya se trate de un hijo nacido antes, como del que hubiere nacido después de la publicación de la ley que prohiba dichas investigaciones. Por lo tanto, el legislador puede, sin cometer una injusticia manifiesta, negar por completo el ejercicio de dicha acción.

Comprendo que con tal prescripción resultarían perjudicados los intereses de aquellos que teniendo derecho para ejercitar la acción judicial según la legislación bajo cuyo imperio fueron concebidos ó nacidos, no la hubieren utilizado mientras estaba en vigor dicha ley, pero esto no sería más que la consecuencia natural del principio supremo de que los intereses privados deben estar sometidos á los intereses generales, lo cual justifica en ciertos casos también la expropiación de los derechos privados por razones de pública utilidad.

Del mismo modo que la ley nueva que deroga la rigorista reivindicación del derecho romano, alcanza también á las propiedades adquiridas bajo el dominio de las leyes anteriores que permitían tal reivindicación, igualmente debe suceder así con todas las demás leyes que deroguen una acción judicial como institución jurídica.

Sin una expresa reserva en contrario, que según los casos puede ser motivada por razones de equidad, la prohibición absoluta de ejercitar una acción judicial hace imposible el ejercicio de la misma y de cualesquiera derechos que de ella provengan.

No queremos contradecir con esto la doctrina sentada por el Tribunal de Casación de Turín en la sentencia citada anteriormente de 20 de Julio de 1881, que establece que con el hecho del nacimiento surgen en el hijo el derecho de ser alimentado y educado por la persona que le engendró, que esto no es solamente un derecho natural sino un verdadero derecho civil en cuanto que es reconocido por la ley civil, y que cuando para obligar al padre

á cumplir su deber concede la ley á los hijos la indagación y la prueba de su genitor, en tal caso se adquiere por el hecho del nacimiento el derecho de promover la acción judicial y se confunde formando un solo todo con el derecho perteneciente al hijo de obtener de la persona que le engendrara los alimentos y la subsistencia.

Admitimos también, como ya dijimos antes, que este derecho no se pierde como tal por consecuencia de una ley prohibitiva ó derogatoria (1). Esto no obstante, como el ejercicio de la acción no viene á constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitada ya, resulta evidentemente que siempre que en el momento en que intente ponerse en ejercicio esté en vigor una ley que derogue absolutamente dicha acción, tal precepto impediría utilizar la acción misma en virtud de una ley anterior.

Nuestra opinión, pues, se halla fundada en el principio general de que cuando la ley prohibe absolutamente el ejercicio de una acción judicial y deroga la acción misma como institución jurídica, la prohibición debe ser considerada como precepto imperativo también para el ejercicio de la acción proveniente de los derechos adquiridos estando vigente la ley anterior.

Lo que ha hecho incurrir en error á los que sostienen opiniones contrarias á las nuestras, consiste en haber querido ver en la cuestión, no el ejercicio de una acción judicial, sino un derecho de prueba, y partiendo del principio de que la prueba de un hecho del cual se deriven derechos y obligaciones debe ser suministrada con arreglo á la ley vigente en el momento en que tal hecho se realizara, han establecido que el derecho citado de suministrar la prueba de la paternidad no puede ser quitado por una ley posterior. Nosotros, por el contrario, consideramos la cuestión bajo el punto de vista de la acción. Una vez admitida la acción, reconocemos que debe regirse por la ley anterior el derecho de servirse de unos ó de otros medios de prueba si hubiere nacido la prole bajo el

(1) Véase la cita anterior, §§ 28 y 40.