

La protección del menor en el seno familiar: El *stato de filiazione* en el Derecho Civil italiano

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ
Doctora en Derecho
Profesora Adjunta de Derecho Civil
Universidad Católica San Antonio de Murcia

SUMARIO

1. EL *STATUS* DE HIJO LEGÍTIMO.
2. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN. TÍTULO DE ESTADO Y POSESIÓN DE ESTADO.
3. LAS ACCIONES DE ESTADO LEGÍTIMO.
4. EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.
5. LA IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD.
6. LA RECLAMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD.
7. EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO NATURAL:
 - 7.1. NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO.
 - 7.2. EFECTOS.
 - 7.3. CAPACIDAD PARA EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO.
 - 7.4. LA FORMA DEL RECONOCIMIENTO.
8. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD.
9. LA FILIACIÓN NO RECONOCIBLE.
10. LA LEGITIMACIÓN DEL HIJO NATURAL.

1. EL STATUS DE HIJO LEGÍTIMO

Paradójicamente, el Ordenamiento jurídico italiano, pese a asegurar una presumible igualdad plena entre los hijos nacidos de progenitores casados entre sí y los hijos de progenitores que no lo están, sigue manteniendo una diferencia incuestionable entre las categorías de hijo legítimo e hijo natural (1).

Según se desprende de la normativa vigente, hijos legítimos son aquellos cuya procreación tiene lugar entre los cónyuges constante matrimonio (2). El Ordenamiento reconoce, de hecho, al matrimonio la capacidad de determinar el *status* personal de los hijos concebidos entre los cónyuges, toda vez que comporta la obligación de fidelidad y con ella la exclusión de otras relaciones sexuales, permitiendo al legislador afirmar que «*el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio*» (art. 231 CC).

En este sentido, deben ser considerados presupuestos de legitimidad de la filiación, el matrimonio de los progenitores, el parto de la mujer, la concepción constante matrimonio y la paternidad del marido. Algunas de estas circunstancias son plenamente comprobables: así, la celebración del matrimonio resulta de la constancia en el Registro Civil, y el parto de la mujer de la declaración realizada ante el encargado del Registro Civil en el momento de proceder a la inscripción del nacimiento, cuya veracidad se encuentra penalmente protegida. Sin embargo, la fecha de la concepción y la paternidad del marido son, de por sí, inciertas, viniendo por ello determinadas mediante las presunciones contempladas en los artículos 231 y 232 del Código Civil italiano.

En cuanto al primer requisito, el matrimonio de los padres puede ser civil o religioso con efectos civiles. Sin embargo, no es necesario que el matrimonio sea válido, pues conforme al artículo 128 del Código Civil: «*Los efectos del matrimonio válido se producen también respecto de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio declarado nulo, así como respecto de los hijos nacidos antes del matrimonio y reconocidos con anterioridad a la sentencia que declara la nulidad*». Respecto de los hijos, los efectos del matrimonio válido se producen también aunque cualquiera de los dos cónyuges hubiera actuado de mala fe, salvo que la nulidad proceda por causa de bigamia o de incesto.

En relación con el segundo presupuesto, la comprobación de la maternidad debe ponerse de manifiesto que no necesariamente la mujer que ha dado a luz un hijo resulta jurídicamente la madre. La ley impone que, dentro de los diez días siguientes al nacimiento, se realice por los sujetos legitimados la relativa

(1) BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005. DOSETTI: «La disciplina dello status di figlio», en *FPS*, 2006, pág. 416. SESTA, M., *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007, pág. 239 y sigs.

(2) BUCCIANTE: Voce «Filiazione legittima», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989. COSSU, «Filiazione legittima», en *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I.

declaración, en base a la cual el encargado del Registro Civil practica la inscripción de nacimiento (3). En esta inscripción deberán constar el lugar, año, mes, día y hora del nacimiento, los datos personales, la nacionalidad y la residencia de los progenitores legítimos, así como los de aquellos que realicen la declaración de reconocimiento de filiación natural. También deberá constar el sexo de nacido y el nombre que se le impone (4). En consecuencia, el declarante debe necesariamente expresar algunas circunstancias, mientras otras, en concreto aquellas relativas a la maternidad y a la paternidad, pueden ser recogidas en la inscripción solamente si el nacimiento procede de una unión legítima, por ejemplo, si la madre está casada, salvo la obligación del declarante de respetar la eventual voluntad de la mujer de no ser mencionada (5).

El artículo 231 del Código Civil establece que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio; se trata de una presunción en base a la cual la paternidad del hijo nacido de una mujer casada viene atribuida por ley, sin que sea necesaria declaración alguna por parte del marido, y mucho menos una investigación concreta de la efectiva paternidad. El artículo que comentamos se integra con aquellos que regulan la inscripción de nacimiento. Si el declarante menciona en la inscripción a la madre, lo que sólo es posible si consta que está casada, viene automáticamente determinada la paternidad del marido; desde el momento en que la madre, aunque esté casada, no venga mencionada, no se podrá realizar la atribución de paternidad del marido.

La presunción de paternidad del marido opera sólo con respecto al hijo concebido durante el matrimonio. La determinación del momento de la concepción, que reviste una importancia decisiva toda vez que condiciona la atribución de la paternidad, se alcanza también a través de una presunción. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 232 del Código Civil, se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido cuando hayan transcurrido ciento ochenta días desde la celebración y siempre que no hayan transcurrido todavía los trescientos días siguientes a su nulidad, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio (6). En aplicación del *favor legitimitatis*, la ley (art. 233 CC) considera también legítimo, salvo desconocimiento de la paternidad, al hijo nacido antes de que hayan transcurrido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Con respecto a la presunción de la concepción constante matrimonio, debe recordarse que, por aplicación del artículo 232.2 del Código Civil, la misma no opera transcurridos los trescientos días siguientes a la sentencia

(3) Artículo 30, d. p. r. (Decreto del Presidente de la República), 3 de noviembre de 2000, n. 396, que disciplina el ordenamiento del Registro Civil.

(4) Artículo 29.2, d. p. r. n. 396/2000.

(5) Artículo 30.1, d. p. r. n. 396/2000.

(6) BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002.

judicial de separación, o desde la separación acordada de mutuo acuerdo, o desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el Juez cuando los mismos han sido autorizados a vivir separadamente tras el juicio de separación o después del juicio previsto en el primer párrafo de este artículo.

La adquisición de la condición de hijo legítimo por haber nacido antes de que hayan transcurrido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio puede ser impugnada, según la previsión del artículo 233 del Código Civil, mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento. En este caso, algunos autores estiman que el actor deberá probar simplemente que el hijo ha nacido antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; sin embargo, para otros deberá dar un resultado negativo en las pruebas de paternidad.

Con el artículo 234 del Código Civil, el legislador ha regulado el caso del hijo nacido *«después de los trescientos días siguientes a la nulidad, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio (...) a la sentencia de separación judicial o de la separación acordada de mutuo acuerdo, o desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges delante del Juez cuando los mismos han sido autorizados a vivir separadamente por mor del juicio de separación»*. La solución acogida es que el hijo nacido después de los trescientos días no adquiera el *status* de legitimidad, salvo que se pruebe que el embarazo ha tenido una duración excepcional.

2. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN. TÍTULO DE ESTADO Y POSESIÓN DE ESTADO

En orden a la prueba de la filiación, cabe destacar la pluralidad de mecanismos admitidos por el Ordenamiento jurídico italiano, toda vez que la filiación legítima puede ser probada por medio de la inscripción de nacimiento y, faltando ésta, mediante la posesión de estado o recurriendo a los otros medios de prueba previstos en los artículos 241 y 242 del Código Civil. Estos medios de prueba se encuentran jerárquicamente ordenados, de modo que la posesión de estado adquiere relevancia solamente a falta de la correspondiente inscripción de nacimiento (art. 236.2 CC); los demás medios de prueba son tomados en consideración a falta de la inscripción de nacimiento y la posesión de estado (art. 241.1 CC) (7).

El artículo 236 del Código Civil establece que la filiación legítima se prueba a través de la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil. Esta inscripción prueba legalmente la filiación legítima, proporcionando con ello la prueba de todos los elementos que la constituyen: ma-

(7) MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, Milano, 2002.

ternidad, matrimonio, concepción constante matrimonio y paternidad, esta última atribuida por ley en base a la inscripción misma (8). La inscripción de nacimiento en el Registro Civil es el título del estado de filiación, pero no tiene carácter constitutivo, de modo que, a falta de dicha inscripción, la filiación legítima puede ser probada mediante la posesión de estado continuada del *status* de hijo legítimo (arts. 236.2 y 237 CC).

Por su parte, el artículo 237 del Código Civil dispone que «*la posesión de estado resulta de una serie de actos que vienen a demostrar las relaciones de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la cual se pretende que pertenezca*». Las figuras de la posesión de estado y de la inscripción de nacimiento se diferencian desde un punto de vista estructural, toda vez que la primera se resume en un conjunto de actos que, a su vez, deben ser probados, mientras la segunda es una prueba documental. Sin embargo, ambas se parecen desde un punto de vista funcional, pues son pruebas legales del estado de hijo legítimo y en este ámbito se encuentran en una relación de subsidiariedad, ya que la posesión de estado vale como prueba del *status* de hijo legítimo solamente en ausencia de la inscripción de nacimiento.

La posesión de estado está constituida por una serie de indicios que el legislador valora como prueba suficiente a los fines de atribuir a un sujeto el *status* de hijo legítimo. En esta serie de actos que viene a demostrar la existencia de la posesión de estado deben, en todo caso, concurrir los tres requisitos previstos por el artículo 237.2 del Código Civil, es decir, *nomen, tractatus y fama*.

En orden a la legitimación, del artículo 237 del Código Civil, referido a la demostración de las relaciones de filiación y parentesco entre una persona y la familia a la cual se pretende que pertenezca, se desprende que para que el hijo sea legitimado se requiere una sentencia que admita la existencia de la correspondiente posesión de estado.

Cuando falta la inscripción y la posesión de estado o el hijo haya sido inscrito bajo un nombre falso o como nacido de padres desconocidos, la prueba de la filiación legítima puede estar constituida por un testimonio, como dispone el artículo 241 del Código Civil. No obstante, dicha prueba resulta condicionada en su admisibilidad, exigiendo el principio de prueba por escrito (art. 242 CC). Un supuesto ulterior de admisión de la prueba constituida por el testimonio tiene lugar cuando existan presunciones o indicios lo bastante importantes como para determinar la admisión de esta prueba.

(8) DOSSETTI, *op. cit.*, 2006, pág. 216. MUSACCHIO, *Manuale di diritto minorile*, CEDAM, 2007, pág. 122.

3. LAS ACCIONES DEL ESTADO LEGÍTIMO

Con la expresión acción de estado se está haciendo referencia al mecanismo a través del cual se solicita del Juez una sentencia sobre el *status* de la persona (9).

Las acciones de estado legítimo reguladas por las leyes son: las acciones de desconocimiento de la paternidad; las acciones de impugnación de la legitimidad y las acciones de reclamación de la legitimidad. Todas se dirigen a obtener un pronunciamiento judicial sobre el *status* de hijo legítimo.

Estas acciones presentan entre sí diferencias considerables, y los principios comunes a todas ellas se reducen hasta el punto de no permitir la formulación de una categoría unitaria. Únicamente subrayar el principio general de indisponibilidad de la situación familiar, del que se desprende la aplicabilidad a las controversias seguidas sobre el estado civil de los artículos 1.966, 2733.2 y 2934.2 del Código Civil.

Desde el punto de vista procesal conviene recordar lo dispuesto por el artículo 9 CPC (10) que reserva a la exclusiva competencia de los Tribunales todas las causas relativas al estado civil de la persona, así como los artículos 806 a 819 CPC, que prohíben someter al arbitraje las controversias que se refieran a las cuestiones de estado civil.

De las acciones de estado se diferencian las acciones de rectificación de las inscripciones del Registro Civil (reguladas, entre otras disposiciones, por los arts. 454 y 455 del Código Civil y 95 y sigs. del d. p. r. n. 396/2000). Estas últimas, en líneas generales, se diferencian netamente de las primeras en cuanto que se dirigen esencialmente a la corrección de los errores materiales o a completar asientos incompletos. También, desde el punto de vista procesal, las dos categorías de acciones resultan netamente diferentes en cuanto a la legitimación y procedimiento.

4. EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

La acción de desconocimiento de la paternidad (arts. 233 y 235 CC) se dirige a privar al hijo del estado de legitimidad que le ha atribuido la presunción prevista en los artículos 231, 232 y 233 del Código Civil; precisamente esta acción tiene como finalidad destruir la presunción de paternidad, pretendiendo, quien la ejerce, demostrar dicha falsedad (11).

(9) SEDA, *op. cit.*, 2007, pág. 244.

(10) Codice di Procedura Penale.

(11) BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 373, dice que la acción de desconocimiento de la paternidad se dirige a remover el estado de hijo legítimo, en contra de la presunción legal de paternidad, en las dos hipótesis de hijo nacido antes o después de que hayan transcu-

Las acciones de desconocimiento de la paternidad son dos, unificadas bajo una misma expresión pero fundamentadas en diferentes presupuestos: una, regulada por el artículo 233 del Código Civil, permite el desconocimiento del hijo nacido antes de que hayan transcurrido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y, por tanto, concebido también con anterioridad; otra, prevista en el artículo 235 del Código Civil, se ejercita en el caso del hijo concebido, con base en la presunción legalmente prevista, durante el matrimonio (12).

Antes de la reforma de 1975, la legitimación para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad correspondía exclusivamente al marido (presunto padre). Se decía que el marido tenía el «monopolio» de la acción, subrayándose la absoluta discrecionalidad que la ley le atribuía para valorar la oportunidad de ejercitarla o no. Hoy en día la legitimación para ejercitar esta acción corresponde también al hijo y a la madre (13).

Partiendo de la disposición contenida en el artículo 244 *in fine*, la acción puede ser, por otra parte, promovida por un curador especial, nombrado por el Juez, una vez adquirida cierta información, a instancia del hijo que haya cumplido dieciséis años, o del Ministerio Fiscal cuando se trate de menores con edad inferior. Sobre este particular ha existido un interesante debate doctrinal y jurisprudencial, considerándose que el Tribunal, antes de proceder al nombramiento del curador, deberá valorar si el ejercicio de la acción de desconocimiento es conveniente al menor.

Por otra parte, el ejercicio de la acción de desconocimiento está subordinado a la concurrencia de dos presupuestos: el nacimiento del hijo y la existencia del título de *status* de hijo legítimo.

Doctrina (14) y jurisprudencia (15), salvo excepciones aisladas, están de acuerdo en considerar, como presupuesto de la acción, el nacimiento del hijo vivo, no considerándose un obstáculo para el ejercicio de la acción de desconocimiento la muerte del hijo nacido vivo, incluso aunque haya fallecido súbitamente después del parto. Sin embargo, sí está excluida la posibilidad de ejercitar esta acción antes del nacimiento, porque la inexistencia del título

rido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Vid. MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 129.

(12) TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2006.

(13) Dice BONILINI, G., *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005, pág. 247, que promoviendo esta acción se permite probar que el hijo nacido constante matrimonio no ha sido verdaderamente engendrado por el marido, haciendo así prevalecer la realidad en contra de una situación derivada de una presunción legal. La ampliación de la categoría de los legitimados para proponer la acción testimonia que, pese a la importancia del *favor legitimitatis*, prevalece el *favor veritatis*.

(14) FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, Milano, 1994.

(15) Cass. 10-10-1992, n. 11073, en *DFP*, 1993, I, pág. 468. Cass. 29-12-1990, n. 12211, en *FI*, 1992, I, pág. 198; Cass. 1988, n. 4281. Cass. 21-4-2000, n. 5248, en *FD*, n. 6/2000, pág. 562.

impide el nacimiento de los intereses tutelados por la acción. De hecho, presupuesto para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad es la existencia del título de *status* de hijo legítimo (o de la posesión de estado). Se considera que, hasta que no se haya verificado el acto de nacimiento —que es título de estado, en tanto contiene la certeza de la maternidad y da eficacia a la presunción de paternidad del art. 231 del Código Civil—, no surge estado de legitimidad que desconocer. De esto se desprende que la acción sólo será admitida si se dirige a contestar un *status* cierto y documentado del acto del nacimiento.

El artículo 235 del Código Civil permite el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio en los siguientes casos: *a*) si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento (16); *b*) si durante el período anteriormente expuesto el marido estaba afectado por impotencia (17); *c*) si en el antedicho período la mujer ha cometido adulterio o ha tenido oculto al marido el propio embarazo y nacimiento del hijo.

Mientras en los dos primeros supuestos, demostración de ausencia de relaciones sexuales o de impotencia, la carga de la prueba corresponde al actor, en el último supuesto, el adulterio o la ocultación del embarazo o del nacimiento pueden de por sí excluir la efectiva paternidad del marido. El texto de la norma, artículo 235 del Código Civil, precisa que *en tales casos*, es decir, probado el adulterio o la ocultación, podrá el actor proceder a demostrar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatibles con las del presunto padre, o cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad.

La Corte constitucional ha declarado recientemente *illegittimo* el artículo 235.1.3. del Código Civil (18), en la parte que subordina la apreciación de la prueba genética a la previa demostración del adulterio de la mujer. Recogiendo las críticas presentadas casi unánimemente por la doctrina, la Corte ha establecido que esta subordinación probatoria es, de una parte, irracional, con la consiguiente violación del artículo 3 de la Constitución italiana, atendida

(16) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 247, entiende que por lo que respecta a esta primera hipótesis, es necesario y suficiente probar la ausencia de cohabitación y, por tanto, la ausencia de relaciones íntimas entre los cónyuges durante todo el período legalmente previsto para la concepción. A diferencia de lo establecido por el artículo 235.3 del Código Civil, el legislador no ha mencionado, con respecto a la falta de cohabitación, la posibilidad de recurrir a la prueba genética, por lo que la doctrina la considera inadmisibles.

(17) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 248, pone de manifiesto que, en el caso de que el marido impotente haya consentido la inseminación heteróloga de la mujer —pese a la prohibición legal—, no podrá ejercitar la acción de desconocimiento.

(18) Corte cost., 6-5-1985, n. 134, en *FI*, 1985, I, 1905, 2532 con nota de AMATUCCI; en *GI*, 1985, I, 1, 1153, con nota de DE CUPIS; en *DFP*, 1985, 397, con nota de ADAMI. Corte cost. 14-5-1999, n. 170, en *GorG*, 1999, 1097, con nota de CARBONE; en *FD*, n.4/1999, 313, con nota de FIGONE.

la irrelevancia de la prueba del adulterio a los efectos de admitir la demanda de desconocimiento interpuesta por el padre y, de otra, implica un impedimento sustancial para el ejercicio del derecho a la tutela judicial previsto por el artículo 24 de la Constitución.

Por otra parte, el párrafo inicial del artículo 235 establece que «*la sola declaración de la madre no excluye la paternidad*», principio que deriva del carácter indisponible de la acción y, por tanto, de la irrelevancia de la confesión. No obstante, aunque a la declaración de la madre no se le puede reconocer eficacia de prueba plena y determinante, esto no excluye que dicha declaración pueda ser valorada por el Juez como otro elemento de prueba, en el marco de las otras actuaciones procesales.

El tiempo de prescripción para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad está regulado en el artículo 244 del Código Civil de manera notablemente diferente para cada uno de los sujetos activamente legitimados para su ejercicio (19).

Así, la madre debe proponer la acción dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo. El marido (presunto padre) puede desconocer la filiación en el plazo de un año, que comenzará a computarse desde el día del nacimiento, cuando se encuentre al tiempo de éste en el lugar en que haya nacido el hijo, o desde el día de su regreso al lugar en el que haya nacido el hijo o donde se encuentre la residencia familiar si, al tiempo del nacimiento, se encontraba ausente. La ley admite en todo caso que, si el padre prueba que no tenía conocimiento del nacimiento, el plazo se compute desde el día en que haya tenido noticia del mismo. La acción podrá ser promovida por el hijo en el año siguiente al cumplimiento de su mayor edad o desde el momento en el que tenga conocimiento de los hechos de los que se deriva el desconocimiento.

5. LA IMPUGNACIÓN DE LEGITIMIDAD

La acción de impugnación de legitimidad, prevista por el artículo 248 del Código Civil, se dirige a declarar la inexistencia del estado de filiación legítima del sujeto contra quién se ejercita, estado que resulta del acta de nacimiento (20).

(19) Señala MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 133, que la acción de desconocimiento de la paternidad está sujeta a plazo de prescripción (*termini di decadenza*), que se justifica por la preocupación de garantizar la certeza jurídica de las relaciones familiares y de proteger los intereses de los menores. Vid. Cass. 21-4-2000, n. 5248, en *GC*, 2000, I, 1637. Corte europea diritti dell'uomo, 24-11-2005, n. 74826, en *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 2, 188.

(20) Vid. BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 370; SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 251; CATTANEO, *op. cit.*, 1988, pág. 224 y sigs.

No habiendo el legislador italiano establecido un elenco de los casos en los que esta acción es procedente, sostiene la doctrina (21) que podrá ser ejercitada en la hipótesis de impugnación de la maternidad, en la que se debe practicar la prueba de suposición del parto o de sustitución de recién nacido; en el caso de falsedad o error en la determinación de los progenitores legítimos en la inscripción de nacimiento; en el supuesto de filiación legítima resultante de la inscripción de nacimiento aunque no subsista la presunción de paternidad por haber nacido el hijo después de los trescientos días siguientes a la separación de los cónyuges y, finalmente, en el caso de falta de vínculo matrimonial entre los padres.

Con respecto al primer caso, la impugnación de la maternidad, cobran particular importancia la suposición del parto o la sustitución del recién nacido: la acción de impugnación se dirigirá de hecho a oponerse a los datos del acta de nacimiento, en la que consta no sólo el hecho del parto sino también la identidad de la mujer. El actor se dirige, entonces, a probar que la mujer que aparece como madre de un determinado sujeto no es en realidad la madre biológica.

La acción de impugnación de la legitimidad tiene carácter residual con respecto a la acción de desconocimiento de paternidad antes expuesta. Por tanto, la impugnación de la legitimidad del hijo que se presume concebido constante matrimonio, en relación al presupuesto de la paternidad, puede ser efectuada sólo con la acción de desconocimiento prevista por el artículo 235 del Código Civil y, por tanto, por parte de los sujetos, en los términos y con las condiciones antes expuestas (22).

Tampoco en los casos en los que haya sido declarada la nulidad del matrimonio (salvo el caso de matrimonio contraído de mala fe) es procedente el ejercicio de la acción de impugnación de la legitimidad, en los términos previstos por el artículo 248 del Código Civil, toda vez que no tiene incidencia sobre el *status* de los hijos (23).

La legitimación activa está reconocida a quienes constan como padres en el acta de inscripción del nacimiento y, en general, a cualquiera que pueda tener interés. En tan amplia expresión se encuentra indudablemente comprendido el hijo, porque quien tiene un título de estado de hijo legítimo tiene siempre interés en conservarlo, aun cuando dicho título documente un *status*

(21) BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 370 y sigs.

(22) Esta es la tesis mantenida por MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 142, y Cass. 24-3-2000, n. 3529, en *FI*, 2000, I, 3206. En sentido contrario, SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 251 y sigs.

(23) Entiende SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 251, que el caso en el que la invalidez del vínculo matrimonial permite la admisión de la acción de impugnación es el de nulidad del vínculo, contraído de mala fe por parte de ambos cónyuges, procediendo la nulidad de bigamia o de incesto y habiendo sido declarada en juicio. Todas las demás razones de nulidad no repercuten sobre el *status* de hijo.

que no es el suyo. La acción de impugnación tiene siempre carácter independiente de una eventual acción de reclamación. No incumbe a quienes ejercitan esta acción la carga de probar sus intereses, que pueden ser de naturaleza patrimonial o de índole exclusivamente moral (24). La legitimación pasiva corresponde a quienes son titulares de estas relaciones, es decir, en el juicio deben ser llamados ambos progenitores y el hijo, constituyendo un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

La acción es imprescriptible, por tanto, su ejercicio no está sujeto al plazo de prescripción previsto para la acción de desconocimiento de la paternidad.

La sentencia que admita la demanda declarará la inexistencia del estado de hijo legítimo, con los consiguientes efectos retroactivos y de modificación del apellido.

6. LA RECLAMACIÓN DE LEGITIMIDAD

La acción de reclamación de la legitimidad, expresamente mencionada en el artículo 249 del Código Civil, aparece regulada en los artículos 241 a 243 del Código Civil, sin que dichos preceptos hayan experimentado modificación alguna desde que fueron redactados en 1942 (25).

Los presupuestos de hecho de los que surge el interés protegido por la acción de reclamación, contemplados por el artículo 241 del Código Civil son, en primer término, la falta de inscripción de nacimiento o de posesión de estado, o existiendo dicha inscripción, que el hijo aparezca en ésta como de origen desconocido o, por último, que haya sido inscrito bajo un nombre falso de modo que los verdaderos progenitores no son los que aparecen registrados (26).

En los supuestos contemplados en la primera y segunda hipótesis no existe título alguno de estado civil de filiación, de modo que la acción de reclamación es desde luego procedente. Sin embargo, en el tercer supuesto, el reclamante aparece siempre provisto de un título de estado civil, el de hijo legítimo de las personas mencionadas como padres en la inscripción, de modo que se considera necesaria la remoción de este título mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la legitimidad.

(24) MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 143, dice que la presencia de estos intereses puede cotejarse en relación con el hijo y con aquellos que deban percibir alimentos o se vean perjudicados en sus derechos sucesorios.

(25) Vid. BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 368 y sigs.; SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 253 y sigs.; CATTANEO, *op. cit.*, 1988, pág. 224.

(26) MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 143, pone de manifiesto que la norma del artículo 249 del Código Civil presupone la falta o la invalidez de un título de estado y tiende a la obtención de una declaración judicial que ponga de relieve la existencia del estado reclamado con la consiguiente modificación de la situación jurídica preexistente.

El ejercicio de la acción que analizamos no le está permitido a quienes sean titulares de un estado de filiación legítima derivado de una adopción plena, ya que ésta, haciendo cesar todos los vínculos con la familia de origen, hace inviable la interposición de cualquier demanda dirigida a la determinación de la filiación natural (art. 27.3, Ley 4 de mayo de 1983, n. 184).

Aquél que reclama el estado de hijo legítimo debe probar todos los presupuestos necesarios para la existencia de tal estado: la maternidad, el matrimonio entre los padres, la concepción constante matrimonio y la paternidad (27). El matrimonio entre los padres se prueba con la inscripción del mismo practicada en el Registro Civil (art. 130 CC); no basta con probar la posesión de estado de cónyuges, porque esta prueba, en materia de filiación legítima, conlleva tan sólo los efectos contemplados en el artículo 240 del Código Civil. Faltando la inscripción, serán de aplicación los artículos 132 y 133 del Código Civil. La prueba de la maternidad se practica probando el parto de la mujer que pretende ser la madre y la identidad del hijo, suyo y del reclamante. La prueba de la concepción constante matrimonio se resolverá contrastando la fecha de nacimiento con la fecha de celebración o de disolución del matrimonio. De hecho, también resulta aplicable a la hipótesis de la reclamación de la filiación legítima la presunción de la concepción en los términos previstos en el artículo 232 del Código Civil. Si el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, tendrá la carga de probar la paternidad del marido; si ha nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, debe procederse a probar que el embarazo ha tenido una duración excepcional.

El artículo 241 del Código Civil, después de haber establecido que, a falta de constancia registral del nacimiento o en presencia de inscripción del hijo como de origen desconocido o bajo un nombre falso, la prueba de la filiación puede consistir en un testimonio, dispone, en su segundo párrafo, que esta prueba no puede ser admitida sino cuando se practique respetando el principio de prueba por escrito o cuando las presunciones y los indicios resulten lo suficientemente graves como para determinar la admisión de esta prueba. El principio de prueba por escrito, que en definitiva está subordinado al ejercicio de la acción, resulta de la documentación de la familia, del Registro, de documentos privados del padre o de la madre, así como de actas públicas o privadas de cualquiera de las partes que se encuentran implicadas en la controversia o de otra persona, que, si estuviese viva, deberá ser titular de algún interés en la misma (art. 242 CC).

En cuanto a la legitimación, la acción de reclamación corresponde al hijo y a sus descendientes, si aquél no la hubiera ejercitado y hubiese fallecido

(27) Trib. Parma 17-10-1998, en *NGC*, 1999, I, pág. 46, con nota de BONILINI, y en *DFP*, 1999, pág. 221.

durante la menor edad o dentro de los cinco años siguientes a haber alcanzado la mayoría de edad.

La acción no podrá ser ejercitada por aquél que, en virtud de título, resulte progenitor y que, por tanto, sea titular de la patria potestad sobre el menor. En este caso, la acción de reclamación presupone el ejercicio previo de la acción de impugnación de la legitimidad que, una vez admitida, disminuye los poderes de representación del progenitor (28). En cambio, en los casos en que el hijo sea menor emancipado o mayor inhabilitado, la acción podrá ser autónomamente ejercitada, sin necesidad de asistencia alguna.

La acción ha sido considerada imprescriptible respecto del hijo. Deberá ser ejercitada contra ambos progenitores, si están vivos, y en caso de fallecimiento de uno de ellos o de ambos, contra sus herederos (art. 249 CC). Legitimados pasivos son los padres y, en ausencia de los mismos, sus herederos, constituyendo, pues, un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. En última instancia, será siempre necesaria, bajo pena de nulidad apreciable de oficio, la intervención del Ministerio Fiscal (art. 70.3 CPC) (29).

7. EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO NATURAL

7.1. NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento del hijo natural es un acto unilateral, espontáneo e irrevocable del progenitor, que puede ejercitarse en el momento de practicar la inscripción de nacimiento o en la pertinente declaración posterior al nacimiento o a la concepción en la forma prevista en el artículo 245 del Código Civil, en virtud de la cual un sujeto declara la propia maternidad o paternidad con respecto a una determinada persona (30).

(28) Expone BONILINI, *op. cit.*, 2005, pág. 255, que en algunos casos puede ser necesario remover, con carácter previo, el estado de filiación natural resultante de la inscripción de nacimiento, para proceder a ejercitar después la acción de reclamación de la filiación legítima. Se admite la reunión, en un único procedimiento, de la pluralidad de acciones concurrentes.

(29) Codice di Procedura Civile.

(30) Superando las discriminaciones existentes en la anterior legislación, dispone hoy el artículo 30 de la Constitución italiana que «La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima». Con la reforma del Derecho de Familia de 1975 se ha dado plena actualización a los principios constitucionales, y la filiación natural está equiparada a la filiación legítima. De hecho, se ha suprimido la prohibición de reconocer a los hijos nacidos fuera del matrimonio y se ha sancionado el principio de que el reconocimiento comporta para el progenitor la asunción de todos los derechos y deberes que tiene respecto de sus hijos legítimos; se reconoce, además, que ambos progenitores naturales tienen la patria potestad sobre sus hijos, del mismo modo que se reconoce a la familia legítima en

Constituye una característica del reconocimiento la espontaneidad, por tratarse de una decisión basada en la discrecionalidad del progenitor para efectuarlo (31). Sin embargo, se trata de una discrecionalidad condicionada: ante todo, porque presupone la veracidad de una relación biológica (art. 264 CC; art. 483 CP); de otra parte, porque la falta de reconocimiento permite la declaración judicial de paternidad (art. 269 CC); por último porque, a falta de reconocimiento por parte de ambos progenitores, se abre, como regla general, el procedimiento de adopción.

Ha sido objeto de amplia discusión por parte de la doctrina si puede hablarse de un derecho del progenitor al reconocimiento. La cuestión se plantea en la jurisprudencia a propósito de la disposición contenida en el artículo 250.3 del Código Civil, que establece que el reconocimiento del hijo que no haya alcanzado los dieciséis años no procederá sin el consentimiento del otro progenitor que ya haya efectuado el reconocimiento (32).

La posibilidad de reconocer al hijo natural menor de dieciséis años, ya reconocido por uno de los progenitores, constituye, según una consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional (33), un derecho subjetivo del otro progenitor, constitucionalmente garantizado (art. 30 de la Const.) y suprimible solamente si dicho reconocimiento compromete gravemente y de manera irreversible el desarrollo del menor.

Por ello, no podemos olvidar que este derecho a la paternidad se encuentra limitado, no sólo por lo que se refiere a la prevalencia del interés del menor (arts. 250.2 y 3 y 251.2 CC) sino también por razones derivadas del Orden público y de las buenas costumbres (arts. 251.1 y 253 CC). No cabe duda, pues, de que una interpretación conjunta de esta norma permitiría confirmar la prioridad de los intereses del menor respecto del también existente derecho del progenitor al reconocimiento (34).

El reconocimiento es un acto jurídico en sentido estricto, es decir, un acto humano autónomo en el que el elemento volitivo resulta circunscrito a la

el artículo 316 del Código Civil. Vid. BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 315 y sigs.; FERRANDO, *La filiazione naturale*, Torino, 1997, pág. 96 y sigs.

(31) CRISCUOLI GRIPPAUDO, «Status genitoriale e riconoscimento del figlio naturale», en *Dir. Fam.*, 1987.

(32) AMATO, «Convenienza del riconoscimento e procedimento giudiziale ex art. 250», en *Giur. It.*, 1988, I, 1. COSCIA, «Problematiche del riconoscimento della filiazione naturale nella più recente legislazione», en *Stato Civ. It.*, 1984.

(33) Cass. Nn. 2878/2005, 21088/2004; 11949/2003; 14894/2002; 6470/2001. También Cass. 11-1-2006, n. 395, en *FI*, fasc. 9, sett. 2006, I, 2356; Cass. 11-2-2005, n. 2878, en *MFI*, 2005.

(34) El derecho a la paternidad puede, por tanto, ser condicionado y sacrificado en aras del interés del menor —dice la Corte Suprema, Cass. 16-11-2005, n. 23074, en *MFI*, 2005, 1705— sólo en presencia de un hecho de importancia proporcional al valor del derecho sacrificado, o sea, sólo cuando subsista el peligro de un perjuicio tan grave para el menor que comprometa seriamente su desarrollo psicofísico.

realización del acto y no a sus efectos, toda vez que la voluntad nada puede hacer en relación con la regulación de los mismos, por encontrarse enteramente predeterminados por la ley (35). No se trata, por tanto, de una mera declaración de ciencia, sino, como recoge el artículo 254 del Código Civil, de *una apposita dichiarazione*, de una declaración pertinente de procreación, procedente en el caso de que el reconocimiento no se haya hecho en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

7.2. EFECTOS

El artículo 258.1 del Código Civil dispone que el reconocimiento no produce efectos respecto del progenitor por el cual ha sido hecho, salvo en los casos previstos por la ley. La regla, por tanto, es que la relación de filiación se instaura entre el progenitor y el hijo; en el caso de que el reconocimiento sea efectuado por ambos progenitores, entre ellos no surgen ninguna relación jurídica, constituyéndose dos relaciones de filiación distintas (36).

El principio de exclusividad de los efectos del reconocimiento, previsto por el artículo 258.1 del Código Civil, confirma el carácter autónomo de cada una de las relaciones de filiación, en el sentido de que el reconocimiento efectuado por uno de los progenitores no produce efectos respecto del otro, que no quiera o no pueda efectuar dicho reconocimiento. Y, de hecho, en los apartados siguientes, la norma pone en conexión el principio de voluntariedad del reconocimiento y su carácter individual con la exigencia de tutelar el derecho a la reserva del progenitor que no quiera efectuar el reconocimiento, precisando que el acto de reconocimiento no puede contener indicaciones relativas al otro progenitor y que, de ser hechas, deberán ser obviadas (arts. 258. 2 y 3 CC).

De la imposibilidad de que la relación de filiación extienda sus efectos más allá de la relación entre progenitor e hijo, llega la doctrina a la convicción de la inexistencia de vínculos jurídicos entre el hijo natural y los parientes del progenitor que lo ha reconocido (37).

(35) Sobre la naturaleza del acto de reconocimiento, parte de la doctrina sostiene que es un acto jurídico en sentido estricto, y no un negocio, ya que la situación jurídica en la que incide, esto es, el *status* de hijo, se encuentra regulada por la ley (MAJELLO, *op. cit.*, 1982, pág. 28; SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 255 y sigs.). Otros consideran que el derecho del hijo a un *status* ha restado importancia a la concepción de que la relación jurídica de filiación dependa de la voluntad del progenitor y, por tanto, sostienen que el reconocimiento es un acto de declaración espontánea de la filiación que considera superflua la declaración judicial (BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 353).

(36) PETRONE, «Riconoscimento del figlio naturale», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XL, Roma, 1989.

(37) Entiende SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 258, que la cuestión nace realmente de la ausencia en el Ordenamiento de una norma que atribuya al hijo natural un *status* familiar

Según lo dispuesto por el artículo 250 del Código Civil, el hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre, aunque se hallen unidos en matrimonio con otra persona en la época de la concepción. Por tanto, la ley, superando antiguas prohibiciones, permite el reconocimiento del hijo adultérino; dicha facultad está atribuida tanto al padre como a la madre. El reconocimiento del hijo nacido de padres ligados por vínculos de parentesco, es decir, los casos de filiación incestuosa, son admitidos sólo en determinados casos (art. 251 CC).

Se permite también el reconocimiento del hijo premuerto, cuyos efectos se verificarán a favor de sus descendientes legítimos y de sus hijos naturales reconocidos (art. 255 CC).

7.3. CAPACIDAD PARA EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento del hijo natural puede ser efectuado sólo por el progenitor. De lo expuesto en los artículos 30.1 y 12.7, d. p. r. n. 396/200, se desprende que la declaración de reconocimiento simultánea al acto de inscripción de nacimiento en el Registro Civil puede ser hecha por un *procuratore speciale*, con tal que conste en documento público el consentimiento del progenitor para constar registralmente como tal.

En relación con la capacidad del progenitor que efectúa el reconocimiento, se le requiere la capacidad de obrar legalmente prevista, si bien, en aplicación del artículo 250, *in fine*, también al menor que haya cumplido los dieciséis años se le permitirá realizar dicho reconocimiento, siempre que haya alcanzado la madurez necesaria, aplicándose por analogía el artículo 84 del Código Civil, en materia de edad para contraer matrimonio, aunque en esta última situación esté prevista la autorización del Tribunal para el menor.

A fin de evitar el riesgo de que el hijo de un menor de dieciséis años sea, por este solo hecho, adoptado, el artículo 11.3 de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184, «Derecho del menor a una familia», establece que, en los casos en los que no sea posible el reconocimiento por defecto de edad de los progenitores, se aplaze el procedimiento de adoptabilidad (*Procedura di adottabilità*) hasta que el progenitor haya cumplido los dieciséis años, siendo, entre tanto, el hijo asistido por dicho progenitor o por parientes hasta el cuarto grado (38).

relativo no sólo al progenitor sino también a los parientes de éste. Un reciente proyecto de ley, en materia de filiación, en el empeño por eliminar toda diferencia residual entre el tratamiento jurídico de la filiación natural y legítima, recoge explícitamente la exigencia de que el reconocimiento produzca efectos también respecto de los parientes del progenitor que lo efectúa.

(38) MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 151, expone que, al cumplir los dieciséis años, el progenitor puede solicitar una prórroga de dos meses. Si en este plazo efectúa el reco-

7.4. LA FORMA DEL RECONOCIMIENTO

El Ordenamiento jurídico italiano viene a admitir una pluralidad de formas para el reconocimiento. En concreto, el primer apartado del artículo 254 del Código Civil dispone que el reconocimiento del hijo natural puede ser hecho en el acto de inscripción del nacimiento, o a través de la declaración pertinente, con posterioridad al nacimiento o a la concepción, ante el encargado del Registro Civil o ante el Juez, o en documento público, o en testamento, cualquiera que sea la forma de éste.

La exigencia de documento público se dirige a garantizar el mayor grado posible de certeza en orden al tiempo y autor del reconocimiento, así como a llamar la atención del declarante en relación con la importancia del acto que está realizando.

El documento del reconocimiento adquiere la publicidad pertinente a través de la inscripción en el Registro Civil, desde el momento en que sea recibido por el encargado del Registro, separadamente de la declaración de nacimiento (art. 28, d. p. r. n. 396/2000); o mediante la constancia en el mismo Registro cuando haya sido recibido de otro funcionario público (art. 46.1, d. p. r. n. 396/2000). Cuando el documento público de reconocimiento se presente mediante acto separado de la declaración de nacimiento, se practicará la correspondiente anotación en la inscripción de nacimiento (art. 49, d. p. r. n. 396/2000).

De lo dispuesto en el artículo 258.2 del Código Civil, que impide hacer referencia en el documento de reconocimiento al otro progenitor, se desprende la imposibilidad por parte del padre de efectuar el reconocimiento del hijo *nasciturus*, a no ser que éste haya sido reconocido por la madre, bien con anterioridad o simultáneamente.

El carácter irrevocable del reconocimiento comporta que éste adquiera firmeza no obstante la revocación del testamento en el que haya sido realizado (art. 256 CC) (39).

nocimiento, debe declararse concluido el procedimiento de adoptabilidad, puesto que no se produce el abandono moral y material del hijo. Si transcurren los dos meses sin que se haya efectuado el reconocimiento, se procede sin necesidad de ninguna otra formalidad al pronunciamiento del estado de adoptabilidad.

(39) Cuando el reconocimiento esté contenido en el testamento tendrá efecto desde el día de la muerte del testador, incluso aunque el testamento haya sido revocado. El reconocimiento de la paternidad natural, contenido en un testamento, aunque no sea idóneo para constituir el *status* de hijo natural, por ineficacia derivada de la circunstancia de que el testador esté todavía vivo (art. 256 CC), contiene la admisión del acto de la procreación y, como tal, puede ser utilizado, como elemento de convicción, en la causa promovida para la declaración judicial de dicha paternidad natural (Cass. 30-5-1989, n. 2646, en *MFI*, 1989).

8. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La ley de reforma del Derecho de familia de 1975, además de suprimir la prohibición de reconocer a los hijos adulterinos, ha venido a ampliar el ámbito de aplicabilidad de la acción de declaración judicial de la paternidad, equiparándola a la de maternidad; ambas son admitidas en todos los casos en los que proceda el reconocimiento (art. 269 CC) (40). Tomando como base una reciente sentencia de la Corte Constitucional, la declaración es, además, admitida, aunque el reconocimiento esté prohibido, con respecto a los progenitores incestuosos (41).

Como consecuencia de la eliminación de los presupuestos taxativos a los que se limitaba el ejercicio de la acción de declaración judicial de la paternidad, la prueba pertinente puede ser realizada a través de cualquier medio, reafirmandose así el principio de la responsabilidad de la procreación.

Por tanto, el acto de la concepción es considerado desde un punto de vista objetivo, independientemente de cuál sea el vínculo con la voluntariedad de los sujetos implicados; el dato biológico, gracias al principio de libertad de prueba, revalorizado como consecuencia de los progresos científicos, se convierte en condición necesaria y suficiente a fin de que sea declarada la paternidad (42), a salvo el supuesto en que se declare preferente el interés del hijo (43). Necesaria, porque la veracidad de la generación es elemento fundamental en la declaración requerida; suficiente, porque el sistema legal despoja de toda trascendencia al elemento volitivo, de suerte que no se podrá invocar como eximente que no se deseaba el hijo, o que la madre le había asegurado que la concepción no era posible o que ésta habría podido, queriéndolo, interrumpir el embarazo.

En cualquier caso, puede decirse que la situación del hombre y de la mujer se encuentran completamente invertidas. Esta última, pudiendo adoptar medidas dirigidas a impedir la concepción, o decidiendo la interrupción del

(40) Cass. Sez. U. 8-5-1986, n. 3078, en *GC*, 1986, I, 2111.

(41) Corte cost., 28-11-2002, n. 494, en *FD*, n. 2/2003, 119, con nota de DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*.

(42) Las más recientes declaraciones de la Corte Constitucional —así la Corte Cos. 10-2-2006, n. 50 (*Fam. Pers. Succ.*, 2006, 5, 403), que ha declarado inconstitucional el artículo 274 del Código Civil, que regula la fase preliminar de la admisibilidad de la acción de declaración judicial de la paternidad o maternidad natural, y la Corte Cost. 6-7-2006, n. 266 (*Guida al dir.*, 2006, n. 30), que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 235 del Código Civil, en la parte en que, con relación a la acción de impugnación de la paternidad, subordina la apreciación de las pruebas genéticas a la previa demostración del adulterio de la mujer han atribuido definitivamente a los resultados de las indagaciones genéticas-hematológicas un papel probatorio central en los juicios en cuestión.

(43) El Juez no podrá prescindir, en ningún caso, de la valoración de los intereses del menor. Corte Cost. 20-7-1990, n. 341, en *GI*, 1991, I, 1, 625. Cass. 10-11-1999, n. 12456, en *MFI*, 1999. Cass. 16-3-1999, n. 2338, seguida de Cass. N. 6011/2001.

embarazo o no reconociendo al hijo o abandonándolo, con la consiguiente apertura automática del proceso de adopción especial que impedirá la posterior declaración de maternidad natural (art. 11.2 de la Ley 4 de mayo de 1983, n. 184), puede, de cualquier modo, decidir sobre su *status* de madre. En cambio, ante la evidencia de las pruebas biológicas, el padre no podrá, en ningún caso, sustraerse a la declaración de paternidad (44).

Por lo que se refiere a la legitimación activa, el artículo 270 del Código Civil prevé que la acción para obtener la declaración judicial de paternidad o maternidad sea promovida por el hijo, teniendo con respecto a éste carácter imprescriptible. En caso de fallecimiento anterior al ejercicio de la acción, ésta podrá ser ejercitada por sus descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos, dentro de los dos años siguientes a la muerte; si la acción ha sido ya ejercitada por el hijo, y éste fallece, podrá ser continuada por sus descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

También en relación con la legitimación activa, el artículo 273 del Código Civil permite que la acción de declaración pueda ser ejercitada, en interés del menor, por el progenitor que ostente el ejercicio de la patria potestad en los términos previstos por el artículo 316 del Código Civil o por el tutor, este último previa autorización del Juez. Ahora bien, dicha norma requiere el consentimiento del hijo que haya cumplido dieciséis años para promover o continuar el ejercicio de la acción. Al respecto, la jurisprudencia ha decidido que dicho consentimiento puede prestarse válidamente con carácter sobrevenido, a lo largo del desarrollo del proceso, constituyendo un requisito de la legitimación cuya concurrencia debe ser verificada por el Juez en el momento de tomar su decisión (45).

En orden a la legitimación pasiva cabe decir que la demanda para la declaración judicial de paternidad o maternidad natural debe ser interpuesta respecto del presunto progenitor o, a falta del mismo, respecto de sus herederos (art. 275 CC) (46).

La imprescriptibilidad de la acción es una novedad introducida tras la última reforma normativa; bajo la regulación anterior, la acción debía ser ejercitada por el hijo dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad.

(44) LUCCIOLI, «La dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale e il disconoscimento di paternità», en *CSM, Diritto di famiglia*, Roma, 1994.

(45) Cass. 14-5-2005, n. 10131, en *MFI*, 2005, 625; Cass. 10-4-1998, n. 3721, en *GCM*, 1998, 786; Cass. 6-5-1995, n. 4982, en *CorG*, 1995, 665.

(46) Se considera un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario entre todos los herederos del presunto progenitor natural. Cass. 3-4-1996, n. 3111, en *FD*, 1996, 320, con nota de VULLO. No son considerados legitimados pasivos los herederos de los herederos del presunto progenitor, como titulares de un interés contrario a la admisibilidad de la demanda, reconociéndoseles sólo la facultad de intervenir en juicio para tutelar los intereses de aquéllos (Cass. Sez. U., 3-11-2005, n. 21287, en *FI*, 2006, I, 740).

El principio de imprescriptibilidad de la acción permite que la sentencia que declare el *status* de filiación natural actúe, incluso, después de la muerte del progenitor, resultando, por tanto, incierto si, transcurridos diez años de la apertura de la sucesión, el hijo pueda aceptar la herencia. Siendo la norma general que el tiempo para la prescripción comienza a contarse desde el día en que el derecho pueda hacerse valer (art. 2.935 CC), la prescripción no puede comenzar hasta el momento en que sea dictada en juicio la sentencia que declara la filiación: por tanto, cuando la declaración sea posterior a la muerte del progenitor, el hijo podrá solicitar su parte en la herencia y la acción comenzará a prescribir desde que se haya dictado la sentencia que declara su *status* con respecto a la filiación.

9. LA FILIACIÓN NO RECONOCIBLE

La reforma de Derecho de Familia de 1975, pese a haber ampliado la posibilidad de reconocer a los hijos nacidos fuera del matrimonio, extendiéndola también a los hijos adulterinos, y de haber abolido la dicción de hijos «ilegítimos», sustituyéndola con la expresión «hijos naturales» del artículo 250 del Código Civil, ha dejado subsistente la categoría de hijos no reconocibles, también llamados hijos incestuosos.

El artículo 251 del Código Civil define como tales a los hijos nacidos de personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco, en línea recta hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado, o bien un vínculo de afinidad en línea recta. En estos casos no podrán ser reconocidos por sus padres, salvo que, en el tiempo de la concepción, ignorasen el vínculo existente entre ellos o que haya sido declarado nulo el matrimonio del que deriva la afinidad. Cuando uno solo de los progenitores hubiese actuado de buena fe, el reconocimiento del hijo le corresponderá sólo a él.

La condición de hijo no reconocible aparece regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 278 y 279 del Código Civil. La ley, con pleno respeto a la fórmula constitucional, atribuye también a estos hijos no reconocibles el derecho al mantenimiento, a la instrucción, a la educación e incluso, alcanzada la mayoría de edad o, más exactamente, la independencia económica en relación con la condición de los obligados, a los alimentos, atendiendo a su estado de necesidad (47).

(47) DOGLIOTTI, «Sulla filiazione incestuosa», en *FD*, 1990, pág. 190. Expone MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 189, que el artículo 279.1 del Código Civil dispone que: «En aquellos casos en los que no pueda ejercitarse la acción para la declaración judicial de paternidad o de maternidad, el hijo natural pueda solicitar el mantenimiento, la instrucción y la educación. El hijo natural, si es mayor de edad o se encuentra en estado de necesidad, podrá también solicitar alimentos». Después de la reforma de Derecho de Familia de 1975

En relación con el efectivo contenido de los derechos reconocidos al hijo, y siempre que no surjan problemas derivados del mantenimiento y de la instrucción, cabe cuestionarse cómo es posible el ejercicio del derecho relativo a la educación, que presupone una influencia en la vida cotidiana del menor y, en general, el ejercicio de los poderes derivados de la patria potestad, si el progenitor que no ha reconocido al hijo está privado de ella. Entiende la doctrina que la determinación de las prestaciones no patrimoniales derivadas de la obligación de instrucción y de educación corresponde a aquél que ejercita la patria potestad o que tiene a su cargo a la persona (el otro progenitor que ha procedido al reconocimiento o quien haya sido declarado tutor), sin perjuicio de las funciones de control atribuidas al Tribunal de Menores (art. 333 CC) o al Juez tutelar (art. 371.1 CC).

En el ámbito sucesorio, a los hijos privados de *status* les será de aplicación el tratamiento previsto en el artículo 580 del Código Civil que, cerrando la disciplina relativa a la sucesión legítima de los parientes, establece que a los hijos naturales titulares del derecho al mantenimiento, a la instrucción y a la educación, en virtud del artículo 279 del Código Civil, les corresponde una pensión vitalicia igual a la parte de la herencia a la que tendrían derecho si la filiación hubiese sido declarada o reconocida. Los hijos naturales tienen derecho a obtener, a petición suya, la capitalización de la pensión que les corresponde en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior, en dinero, o, a elección de los legítimos herederos, en bienes de la herencia. Además, el artículo 594 del Código Civil obliga a los herederos, legatarios y donatarios, en proporción a cuanto hayan recibido, a atribuir a los hijos privados de *status* una pensión vitalicia dentro de los límites establecidos por el artículo 580 del Código Civil, siempre que el progenitor no haya dispuesto por donación o por testamento a favor de dichos hijos.

En cuanto a la legitimación activa, del artículo 279 del Código Civil se derivan dos problemas relacionados con la determinación de los sujetos a quienes dicha legitimación corresponde. De una parte, se trata de determinar si la acción puede ser ejercitada por los hijos reconocibles pero que no hayan sido en concreto reconocidos por los progenitores. Parece prevalecer la opinión afirmativa, en consideración al hecho de que, en caso contrario, se permitiría a los padres el incumplimiento de los deberes previstos por el artículo 30 de la Constitución.

El otro problema que se pone de relieve es si la acción podrá ser ejercitada también en el caso en que el reclamante tenga el *status* de hijo legítimo de otra persona y, por tanto, no pueda declararse la paternidad natural, en

y del pronunciamiento de la Consulta n. 494/2002, la acción derivada del artículo 279 del Código Civil se refiere hoy, según una interpretación literal de la norma, sólo a los hijos incestuosos no reconocibles que no hayan ejercitado la acción de declaración judicial de la paternidad o maternidad.

atención a la prohibición del artículo 253 del Código Civil. La Corte Suprema ha considerado que, entre los casos en los que no puede ejercitarse la acción para la declaración judicial de paternidad y maternidad, se engloba también el supuesto de quien no resulta reconocible porque omitió a su tiempo el ejercicio de la acción de impugnación. No puede, por tanto, impedirse que quien tiene el estado de hijo legítimo de otro pueda hacer valer frente a su verdadero progenitor natural los derechos contemplados en los artículos 580 a 594 del Código Civil y los previstos en el artículo 279, siempre que, en este último caso, el mantenimiento, la educación y la instrucción no se encuentren ya garantizados por su progenitor legítimo.

10. LA LEGITIMACIÓN DEL HIJO NATURAL

La legitimación es la institución en virtud de la cual se atribuye a la persona nacida fuera del matrimonio la cualidad de hijo legítimo (art. 280 CC). Esta figura ha tenido una considerable importancia en el pasado, constituyendo el mecanismo ofrecido a los hijos naturales para alejarse de la situación de inferioridad en la que se encontraban con respecto a los hijos legítimos (48). La reforma del Derecho de Familia, equiparando, aunque no de manera absoluta, la posición jurídica de los hijos naturales y de los hijos legítimos, ha reducido ciertamente la trascendencia de esta institución desde un punto de vista funcional. Desde hace algún tiempo se viene discutiendo si la conservación de esta figura encuentra alguna justificación a la luz del actual régimen de la filiación o si, como ha ocurrido en otros Ordenamientos, no sería más correcta su derogación. Estas consideraciones cobran, si cabe, mayor actualidad a la vista de la eventual aprobación del proyecto de ley que se dirige a establecer una igualdad plena entre los hijos nacidos del matrimonio y los nacidos de uniones no matrimoniales.

El Código Civil italiano contempla dos formas distintas de legitimación: a través del subsiguiente matrimonio de los padres del hijo natural o por concesión de la autoridad judicial (art. 280.2 CC) (49). La segunda modalidad representa la evolución del anterior instituto de la legitimación de naturaleza administrativa, concedida discrecionalmente por decreto presidencial, y que ha sido eliminada mediante la devolución de esta competencia al Juez.

(48) FIGONE, «Riconoscimento del figlio naturale», en *FD*, 2005, pág. 57. FERRANDO, *op. cit.*, 1997, pág. 96 y sigs.

(49) No obstante, se debe precisar que no pueden ser legitimados los hijos que no puedan ser reconocidos (art. 281 CC) y que se admite la legitimación de los hijos premuertos, también a favor de sus descendientes legítimos o de sus hijos naturales reconocidos (art. 282 CC).

El matrimonio celebrado con posterioridad entre los padres tiene el efecto de legitimar automáticamente y con independencia de la voluntad de los cónyuges a los hijos nacidos con anterioridad al mismo.

El artículo 283 del Código Civil requiere expresamente que el hijo haya sido reconocido por ambos progenitores, para el caso en que no lo hayan hecho simultáneamente (50). La disposición que examinamos prevé la posibilidad de que el reconocimiento sea efectuado con anterioridad a la celebración del matrimonio, en el acto del mismo, o incluso posteriormente, estableciendo, en este caso, que los efectos se produzcan a partir del reconocimiento. Si el reconocimiento fuese simultáneo, la correspondiente declaración se incluirá en el documento que formalice el matrimonio, pero manteniendo respecto del mismo completa autonomía, de tal manera que, si concurriesen eventuales vicios sustanciales o de forma en el matrimonio, no afectarían a la validez del reconocimiento.

La legitimación por concesión judicial, de carácter subsidiario a la obtenida por el matrimonio de los progenitores, está prevista para aquellos casos en los que sea imposible o concurra un obstáculo grave a la legitimación por matrimonio.

El artículo 284 del Código Civil, modificado tras la reforma de 1975, introduce algunas innovaciones relevantes, entre las cuales destaca la valoración prioritaria del interés del hijo, invirtiendo la *ratio* de la normativa anterior que se dirigía a tutelar la dignidad del progenitor que no pudiera contraer matrimonio. Fijada esta perspectiva, el legislador deja al Juez cierto margen de discrecionalidad para la valoración de estos intereses, que no deberán ser apreciados a través de criterios generales y abstractos, sino con respecto a cada caso concreto. En general, y a salvo siempre aquellos casos en los que concurren circunstancias específicas que evidencien el carácter perjudicial, el interés por la legitimación puede presumirse, toda vez que de la misma se desprende un régimen jurídico más amplio y completo para la protección del hijo (51).

De los términos del artículo 284 del Código Civil se desprende que la legitimación podrá ser concedida por disposición judicial si, además de convenir al interés del menor, están presentes las otras condiciones exigidas por la norma, a saber, la demanda, presentada separada o conjuntamente por uno o por ambos progenitores, siempre que sean mayores de dieciséis años

(50) Presupuesto necesario de la legitimación del hijo natural por el subsiguiente matrimonio de sus padres es el reconocimiento del mismo por parte de ambos progenitores, en las formas previstas por el artículo 254 del Código Civil o en el acto de matrimonio (Cass. 9-4-1992, n. 4351, en *VN*, 1992, 1154).

(51) La jurisprudencia ha considerado que el interés del menor por la legitimación judicial no puede ser negado sino en presencia de circunstancias tales que permitan entender la legitimación como perjudicial para el legitimando y, por tanto, incompatible con sus intereses (App. Roma, 15-6-2004; Cass. 7-9-1991, n. 9446; Cass. 9-12-1985, n. 6211).

(art. 284.1 CC); la imposibilidad u obstáculo grave de la legitimación de la prole a través del subsiguiente matrimonio de sus progenitores (art. 284.2 CC); el asentimiento del cónyuge del reclamante, si aquél estuviese casado y no separado legalmente (art. 284.3 CC); el consentimiento del legitimando mayor de dieciséis años, o del otro progenitor o de un curador especial, si el hijo es menor de dicha edad y, finalmente, en el que caso en que existan hijos legítimos o legitimados del reclamante, audiencia de los mismos si fueran mayores de dieciséis años (art. 284, párrafo 2 CC).

La demanda de legitimación puede ser también interpuesta, en caso de muerte del progenitor, por sus ascendientes legítimos, salvo el caso en que dicho progenitor hubiese expresado su voluntad en contra de tal reconocimiento (art. 286 CC).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMATO: «Convenienza del riconoscimento e procedimento giudiziale ex art. 250», en *Giur. It.*, 1988, I, 1.
- BIANCA: *La famiglia*, Milano, 2005.
- BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO: *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002.
- BONILINI, G.: *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005.
- BUCCIANTE: Voce «Filiazione legittima», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- COSCIA: «Problematiche del riconoscimento della filiazione naturale nella più recente legislazione», en *Stato Civ. It.*, 1984.
- COSSU: «Filiazione legittima», en *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I.
- COSTANZA: «Filiazione naturale», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- CRISCUOLI GRIPPAUDO: «Status genitoriale e riconoscimento del figlio naturale», en *Dir. Fam.*, 1987.
- DOGLIOTTI: «Sulla filiazione incestuosa», en *FD*, 1990; «La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa».
- DOSETTI: «La disciplina dello status di figlio», en *FPS* 2006.
- FERRANDO: *La filiazione naturale*, Torino, 1997.
- FIGONE: «Riconoscimento del figlio naturale», en *FD*, 2005.
- FINOCCHIARO: «Diritto di famiglia», Milano, 1994; «Il disconoscimento di paternità», en *CSM*, «Diritto di famiglia», 1994. «Il secondo riconoscimento: interesse del minore, diritto-dovere del genitore, onere della prova», en *Giust. Civ.*, 1984.
- GERMANO: «Potestà dei genitori e diritti fondamentali dei minori», en *CSM*, «Rapporti personali nella famiglia», Roma, 1980.
- LOIACONO: «Alcuni rilievi sul nuovo testo dell'art. 250 comma 4», en *Dir. Fam.*, 1978.
- LUCCIOLI: «La dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale e il disconoscimento di paternità», en *CSM*, «Diritto di famiglia», Roma, 1994.
- MANTOVANI: *I fondamenti della filiazione*, Milano, 2002.
- MUSACCHIO: *Manuale di diritto minorile*, CEDAM, 2007, pág. 122.

PETRONE: «Riconoscimento del figlio naturale», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XL, Roma, 1989.

SACCHETTI: *Commentario dell'adozione e dell'affidamento*, Rimini, 1986.

SESTA, M.: *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007.

TORRENTE: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2006.

VERCELLONE: *La filiazione*, Torino, 1988.

RESUMEN

MENOR DE EDAD

El Ordenamiento jurídico italiano, pese a asegurar una presumible igualdad plena entre los hijos nacidos de progenitores casados entre sí y los hijos de progenitores que no lo están, sigue manteniendo una diferencia incuestionable entre las categorías de hijo legítimo e hijo natural. Según se desprende de la normativa vigente, hijos legítimos son aquellos cuya procreación tiene lugar entre los cónyuges constante matrimonio. El Ordenamiento reconoce al matrimonio la capacidad de determinar el status personal de los hijos concebidos entre los cónyuges, toda vez que comporta la obligación de fidelidad y con ella la exclusión de otras relaciones sexuales, permitiendo al legislador afirmar que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio.

En orden a la prueba de la filiación, cabe destacar la pluralidad de mecanismos admitidos por el Ordenamiento jurídico italiano, toda vez que la filiación legítima puede ser probada por medio de la inscripción de nacimiento y, faltando ésta, mediante la posesión de estado o recurriendo a los otros medios de prueba previstos en el Código Civil. Estos medios de prueba se encuentran jerárquicamente ordenados, de modo que la posesión de estado adquiere relevancia solamente a falta de la correspondiente inscripción de nacimiento; los demás medios de prueba son tomados en consideración a falta

ABSTRACT

MINOR

Even though Italian law ensures presumable full equality between the children born of parents married to one another and the children born of parents not married to one another, it continues to uphold an unquestionable difference between the categories of legitimate child and natural child. It may be gathered from current legislation that legitimate children are those whose procreation takes place between spouses within a marriage. The law recognises that marriage can determine the personal status of any children conceived by the spouses, as marriage entails the obligation of fidelity and with it the exclusion of other sexual relations. This permits legislation to affirm that the husband is the father of any child conceived in marriage.

Italian law accepts a plethora of mechanisms for proving filiation. Legitimate filiation can be proved by registration of the birth or, in lieu thereof, by the child's possession of status as a child of the family, or by the other means of proof provided for in the Civil Code. These means of proof are organised hierarchically; thus, possession of status as a child of the family acquires relevance only when there is no proper registration of birth, and the other means of proof are taken into consideration if there is no registration of birth or possession of status.

Lastly, the expression «action to establish status» refers to the mechanism

de la inscripción de nacimiento y la posesión de estado.

Por último, con la expresión acción de estado se está haciendo referencia al mecanismo a través del cual se solicita del Juez una sentencia sobre el status de la persona. Las acciones de estado legítimo reguladas por las leyes son: las acciones de desconocimiento de la paternidad; las acciones de impugnación de la legitimidad y las acciones de reclamación de la legitimidad. Todas se dirigen a obtener un pronunciamiento judicial sobre el status de hijo legítimo.

whereby a court is asked for a ruling on the status of a person. The types of action regulated by law for the establishment of legitimate status are: action in ignorance of paternity, action to challenge legitimacy and action to claim legitimacy. They are all aimed at obtaining a judicial pronouncement on status as a legitimate child.

(Trabajo recibido el 22-01-09 y aceptado
para su publicación el 20-03-09)