

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXV

Noviembre-Diciembre 1959

Núms. 378-379

La filiación ilegítima

PRELIMINAR

Resulta difícil de comprender que los aspectos jurídicos de la filiación ilegítima no hayan sido objeto de una elaboración más cuidada por parte de la doctrina, tanto más cuanto que de antiguo se viene notando la deficiencia. «Nada es claro cuando se trata de hijos ilegítimos», afirmaba ya Gutiérrez en el siglo pasado al comentar la materia en su obra *Códigos o Estudios fundamentales de Derecho civil*, y la deficiencia doctrinal de entonces había acaso de repercutir en la obra legislativa posterior que al rectificar en algún punto el Derecho antiguo lo hizo sin la debida y deseada claridad, que tampoco ha conseguido la doctrina posterior del Código, por lo que recientemente de nuevo, y desde las páginas de una acreditada revista jurídica, se llamaba la atención sobre el tema y la parquedad de su estudio, más especialmente en lo atinente a los hijos ilegítimos, en quienes no concurre la condición de naturales (1).

(1) MARTÍNEZ RADIO, en «Rev. de Der. Priv.», abril de 1957.

Es verdad lo acusado y no es difícil imaginar sus causas. Tal vez es que entre nosotros el supuesto no se patentiza con frecuencia, porque la regulación jurídica de la filiación y las bases de fijación de la paternidad o maternidad tal como se desenvuelven en nuestras leyes, enmascaran la condición de los hijos adulterinos e incestuosos, que es, como veremos, la que constituye el presupuesto de la máxima ilegitimidad. La rigurosa presunción de los arts. 108 y 109 del Código civil (necesaria en principio, aunque de posible corrección), hace que los hijos concebidos por la madre adúltera sean tenidos normalmente como legítimos, y los engendrados por los padres casados en mujeres solteras se benefician de la posibilidad del reconocimiento unilateral, y, mientras el padre permanece ignorado legalmente, la condición de la madre les lleva a la calificación de naturales.

Otras veces los hijos nacidos de uniones ilegítimas, como efecto de la vergüenza o de la maldad de los padres, considerados por éstos como un estorbo o un testimonio de su torpeza, son abandonados al nacer y entran en la categoría de los expósitos, y al ser legalmente, y aun de hecho, desconocidos sus progenitores no hay lugar a calificarles de ilegítimos. Son sencillamente hijos sin padres.

Pero, aun restringida de esta suerte la hipótesis de la filiación ilegítima no natural, no por ello deja de presentarse y requiere un tratamiento adecuado que acaso no ha merecido más atención, porque ante las circunstancias de miseria moral que suelen descubrirse al tratar de estas cuestiones, ha sido siempre más fácil pronunciar un cómodo *ignoramus* que abordar a fondo la cuestión en la que, sin embargo, la superficialidad o la indiferencia pueden llevar a la injusticia, ya para alguno de los padres ya para el hijo.

Y es que la ilegitimidad se presentó siempre en contraste con la situación normal y deseable del matrimonio, como una infracción de éste o de los fundamentos sobre que reposa, y si las justas nupcias merecieron todo el favor del Derecho, como «*principium urbis et quasi seminarium reipublicae*» y fueron tratadas con amplitud y detalle, lo contrario a ello había fácilmente de ser considerado con disfavor, parva y someramente.

No obstante, de antiguo se consideró que no era adecuada una

visión demasiado rigurosa que llevara a desconocer la relación de los sexos y sus consecuencias jurídicas fuera del matrimonio. De éste dijo Justiniano (*Novela*, CXL): «Nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium». Pero también viendo la consecuencia del extremado rigor para con los hijos no matrimoniales, decía el propio emperador: «Misericordia indigni non sunt qui alieno laborat vitio» (*Cod.* VII, 26 p.).

Estas dos visiones: el matrimonio digno de protección y la misericordia para los que no tienen culpa de su condición, han sido las que siempre se han hallado presentes ante los juristas, moralistas y sociólogos, con variantes en el detalle de la reglamentación legal inexorable ante una realidad que por desagradable que resulte se impone como fenómeno social a la contemplación del legislador.

Sin ánimo de estudiar el problema en el detalle de su desenvolvimiento histórico, hemos de subrayar que en nuestro ordenamiento actual las normas son inadecuadas e injustas, porque no muestran la clemencia y caridad necesarias para aquellos que padecen la culpa de otro sin que por ello aumenten la consideración y la protección al matrimonio, que es primordial, pero no incompatible con la protección de los inocentes, ya que los hijos siempre lo son, y aun en ocasiones alguno de los progenitores que puede hasta ser una persona honesta y respetable, como sería, por ejemplo, la mujer violada por un hombre casado, que a su humillación y vergüenza uniría la congoja de tener un hijo sobre el que legalmente vería disminuidos y desconocidos derechos que la naturaleza impone.

En la política legislativa moderna se puede ver el deseo de borrar las injusticias observadas, pero entre tanto que el problema se debate *lege ferenda*, compete a los iusprivatistas la misión de completar el estudio de la situación legal actual para descubrir los puntos de posible reforma y para señalar, *lege lata*, criterios interpretativos adecuados para que las normas alcancen la máxima flexibilidad de adaptación a la realidad y a la exigencia de justicia.

Por ahora, nosotros, con tal deseo, nos limitamos al estudio de algunos puntos en concreto.

Previamente, para mayor claridad, fijamos la terminología. Aun-

que fué múltiple el léxico con el que se designó a los hijos ilegítimos, acaso como más general aceptamos el término de hijos espúreos para nombrar aquellos a que queremos referirnos, y resultan llamados por el Código civil, con amplio circunloquio, «hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales».

QUIENES SON HIJOS ESPUREOS O ILEGITIMOS EN SENTIDO ESTRICTO

Esta materia fué objeto de grandes controversias en la doctrina anterior al Código civil motivadas por la deficiente redacción de la famosa ley XI de Toro. Hoy, el texto del Código nos dispensa del examen de aquellas cuyo interés se relega a las cuestiones de Derecho transitorio e histórico, pero en la interpretación de la ley vigente los tratadistas se mueven con una cierta superficialidad.

La cuestión se resuelve a base de la definición legal del artículo 119 del Código, y partiendo de la conceptualización de los hijos ilegítimos que resulta de los artículos 108 y 110 del mismo. Son ilegítimos *estricto sensu* los que no siendo legítimos no son naturales, y como son hijos naturales «los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella» (art. 119), el concepto de los espúreos resulta así: «Aquellos engendrados en relación no matrimonial, cuando los padres, al tiempo de la concepción, no podían casarse ni aun con dispensa».

O sea que la clave de la calificación está en la posibilidad de casarse los padres, pero contemplada en el aspecto negativo, es decir, el de la imposibilidad.

Inmediatamente surge la pregunta: ¿Cuáles son las causas de imposibilidad?

In genere es fácil la respuesta: tales causas de imposibilidad son las que señala la ley. Pero apenas esto dicho, surge una cuestión grave que hasta la época de la codificación no pudo plantearse. La primera impresión, la que en la doctrina domina, o al menos lo parece, por la carencia de razonamientos acerca del

particular, es la de buscar estas causas en la regulación del matrimonio en el propio Código. Mas al acudir a él, nos encontramos con una autolimitación de su propia competencia, nacida de la fórmula de su artículo 42, que hace que no sea lícito acudir a sus preceptos sustantivos acerca del matrimonio antes de fijar como cuestión previa si sus requisitos y posibilidad se han de regir por él o por el derecho de la Iglesia católica, ya que se reconocen dos clases y dos disciplinas del matrimonio: la canónica y la civil.

Decimos que la cuestión no pudo plantearse con anterioridad al Código, porque era única la disciplina del matrimonio, pues hasta 1870 regía plenamente en la materia el Derecho canónico. No se pensó que pudiera haber una dualidad en las causas para calificar a los hijos de naturales o espúreos. Y tan es así, que sobre este supuesto se redactó el artículo 118 del Proyecto de 1851, que entendiendo la materia regida por la ley canónica (reconocida expresamente como ley única en su artículo 48), sólo hizo una excepción a ésta, la de que «no podrá ser reconocido el hijo habido por un tío en su sobrina carnal» (art. 122), «aunque, según el derecho canónico, sea dispensable este impedimento», aclaraba García Goyena en sus *Concordancias*.

Durante la vigencia exclusiva de las leyes de matrimonio civil, tanto la de 1870 como la de 1932, también existía unidad de causas de calificación, pues se atendía solamente al Derecho civil. Sólo la dualidad del Decreto del Ministerio Regencia de 1875, recogida en la fórmula del artículo 42 del Código, ha podido mantener, como derivada de la doble disciplina del matrimonio, un sistema diverso para calificar a los hijos no legítimos, que resulta absurdo y fácilmente remediable con sólo adoptar el criterio canónico por lo menos en su resultado que es lo que han hecho otros países como Italia, en donde al distinguir de los hijos naturales los incestuosos y adulterinos, se ha llegado al resultado coincidente en esencia con lo que proclama la legislación de la Iglesia.

Acaso se piense que, puesto que una cosa es contraer matrimonio y otra diferente la calificación de los hijos, cuando de ésta se trata hay que acudir únicamente, y en todo caso al Código civil.

Esto es cierto en cuanto al criterio a seguir para declarar la clase de filiación. Serán los artículos del Código civil antes citados, y no los cánones al respecto los que determinen la condición de los hijos, pero el propio Código, al referirse a la posibilidad de las nupcias de los padres hace un reenvío implícito a las normas que regulan el posible matrimonio. Posición correcta, porque la calificación de naturales, o no, de los hijos se viene haciendo de antiguo, en función de la posible legislación y el deseo de que por un ulterior matrimonio se ponga remedio a una situación irregular, lo que hace ineludible que la idoneidad matrimonial se contemple en función de la legislación que al propio matrimonio sería aplicable.

Así, pues, cuando uno al menos de los progenitores profese la religión católica, puesto que le obligaría la forma matrimonial canónica, los obstáculos para el matrimonio serán los que de modo no dispensable establece el *Codex Iuris Canonici*.

Este será el supuesto normal, porque el matrimonio civil puede calificarse de matrimonio de excepción para los españoles, que en su inmensa mayoría profesan la religión católica.

Pues bien: según el Derecho de la Iglesia, resultan ser dispensables todos los impedimentos, excepto los que los canonistas llaman de Derecho divino natural, por lo que sólo éstos pueden dar lugar a la ilegitimidad de los hijos. Tales impedimentos son, según Knecht (2), en síntesis, de los cánones y de la doctrina más autorizada: el vínculo matrimonial, la impotencia *coeundi*, la consanguinidad en línea recta, y en el primer grado de la línea colateral (hermanos según la computación canónica). Todos los demás impedimentos pueden removerse mediante la dispensa, algunos con dificultad, pero como ésta no significa imposibilidad, no serán fuente de ilegitimidad a la vista del artículo 119 del Código civil.

O sea que no habrá más hijos ilegítimos ilegítimables o no naturales que los adulterinos y los incestuosos en los términos dichos, porque el impedimento de impotencia no puede considerarse en el supuesto de la filiación, que requiere un acto negativo excluyente de tal circunstancia, y a falta de consentimiento «que no puede ser suplido por ninguna potestad humana» (canon 1.081), se re-

(2) KNECHT: *Derecho matrimonial católico*, trad. española. Madrid, 1932, página 123

fiere a la creación del estado matrimonial, que es puramente voluntario, pero no al supuesto de la generación, totalmente distinto.

No tan ampliamente generoso se muestra el Código civil, porque examinando en él los impedimentos llamados dirimentes, nos encontramos con un mayor número de circunstancias obstativas que no pueden ser objeto de dispensa.

Precisa que reproduzcamos los textos fundamentales para hacer a continuación su glosa.

Art. 45. «Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponde otorgarla.

2.º A la viuda durante los trescientos y un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

3.º Al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo, se aprueben las cuentas del mismo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública.»

Art. 83. «No pueden contraer matrimonio:

1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto*, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal, hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación.

2.º Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

3.º Los que adolecieron de impotencia física, absoluta o relativa para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable.

4.º Los ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de cas-

tividad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

5.º Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial.»

Art. 84. «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural.

2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado.

4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado.

5.º El padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

6.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción.

7.º Los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme.

8.º Los que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.»

Art. 85. «El Gobierno, con justa causa, puede dispensar, a instancia de parte: el impedimento comprendido en el núm. 2.º del artículo 45; los grados tercero y cuarto de los colaterales por consanguinidad legítima; los impedimentos nacidos de afinidad legítima o natural entre colaterales, y los que se refieren a los descendientes del adoptante.»

De todos estos artículos y primordialmente del último registramos los siguientes obstáculos como no dispensables:

1.º La locura o falta de razón (art. 83-2.º).

2.º La impotencia física (art. 83-3.º).

3.º El orden sacro (art. 83-4.º).

4.º El ligamen o matrimonio (art. 83-5.º).

5.º La consanguinidad en línea recta (art. 84-1.º).

6.º La afinidad en línea recta (art. 84-1.º).

7.º La consanguinidad colateral entre hermanos.

8.º La adopción con respecto al adoptante, sus descendientes legítimos y su cónyuge, de un lado, y el adoptado y su consorte, de otro (art. 84-5.º y 6.º).

9.º Los co-reos de adulterio condenados por sentencia firme (art. 84-7.º).

10. Los coautores o cómplices de la muerte del cónyuge de uno de los progenitores (art. 84-8.º).

Hemos eliminado de estos obstáculos la falta de edad núbil, porque, según el número 1.º del artículo 83, cuando la filiación se produce desaparece el obstáculo, ya que rige el antiguo principio *nisi malitia suplet aetatem*, y por ello no obsta que el art. 85 no recoja la posibilidad de dispensa.

También prescindimos aquí de los impedimentos señalados en el artículo 45 del Código. Del primero, licencia de los menores de edad, porque el recurso o suplencia del disenso paterno es una verdadera dispensa. Del segundo, plazo de espera vidual, porque explícitamente figura como dispensable en el artículo 85. Del tercero, prohibición del matrimonio entre el tutelado y su tutor de distinto sexo, porque no tiene un alcance absoluto, sino relativo, porque puede ser objeto de permisión por el padre y porque su infracción no impide nunca como la de los restantes números del artículo 45, la validez del matrimonio, y sólo lleva aparejada consecuencias de orden económico (las del art. 50), sin afectar para nada al estado civil que del matrimonio deriva ni en los contrayentes ni en la prole. Manresa (3), en sus Comentarios, vió este problema concreto, y coincide en la solución, puesto que ve «un impedimento, aunque no dispensado, *posible de dispensar*», y Navarro Amandi (4) abunda en el mismo criterio, entendiendo que si el impedimento no es dispensable por el legislador, lo es por el padre del pupilo.

Ahora veamos si los otros casos enumerados constituyen o no verdaderas causas de ilegitimidad.

1.º *La locura o falta de razón*.—No cabe duda que hace imposible el matrimonio y que conforme a la letra de los artículos 83 y 119, los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de engendrar un hijo atribuyen a este la nota de ilegitimidad en el sentido más absoluto.

(3) *Comentarios*. Art. 119.

(4) *Cuestionario del Código civil reformado*. Madrid, 1889, tomo I, artículo 119, cuestión 2.ª

Sin embargo hay algo que repugna en esta afirmación, formulada *prima facie*, hasta tal punto, que, sin demostración, hay quien tiene por evidente la proposición contraria. Así dice Albaladejo, con extrañeza y con protesta: «¿Es que no son hijos naturales los que tuvo una persona loca al concebirlos?». Si, pero ante el texto legal no podemos excusar el razonamiento para justificarlo (5).

La confusión se produce porque el legislador del Código civil con un criterio simple no distinguió, como la doctrina ya distinguía y la propia Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, entre circunstancias previas de aptitud física y racional básica en el individuo para el cumplimiento de los fines matrimoniales, relativas a la aptitud física y al consentimiento, e impedimentos propiamente dichos. A los primeros nunca se refirió la filiación ilegítima, porque sobrentendía que la filiación natural surgía *fuera* del matrimonio, mientras que la ilegítima en sentido estricto surgía *contra* aquél y con ciertos caracteres de inmoralidad que hicieron fundar la máxima ilegitimidad en los hijos *qui ex damnato sunt coitu*. Nunca fué la falta de condiciones naturales para las nupcias considerada como base de ilegitimidad.

Pero el Código, decimos, introdujo una confusión al refundir la doctrina de los artículos 4.º, 5.º y 6.º de la Ley del Matrimonio Civil en sus artículos 83 y 84, y al considerar impedimentos lo que no son sino presupuestos del matrimonio mismo. Pero histórica y racionalmente hay que excluir de los supuestos de ilegitimidad a los que no nacen de «adulterio, o de incesto, o de otro fornicio», como decían las Partidas (L. 5.ª, tit. XIX, part. 4.ª), viniendo a concretar como fundamento de la calificación la existencia de un crimen, de una contravención del orden jurídico fundamental que no se produce en el privado de razón, porque no existe el «dañado e punible ayuntamiento». Esto aparte de que, como decíamos a propósito del canon 1.081, anteriormente, la falta de consentimiento se refiere a la *creación del estado* matrimonial puramente voluntario como constitutivo de un negocio jurídico y no al hecho de la generación que como tal, e independiente de que sea o no querida, produce derechos y obligaciones.

(5) *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona, 1954, pág. 132.

2.º *La impotencia física*.—Queda excluida por su propia virtualidad de las causas de ilegitimidad, porque el impotente es el que por impedimento físico no puede realizar el acto procreador.

Solamente en una hipótesis podría surgir cuestión. Es ella cuando el impotente *coeundi*, no lo fuera *generandi*, y por mecanismos de inseminación artificial se lograra la fecundación.

Sin perjuicio de la inmoralidad de este acto y de su rareza habríamos de repetir aquí parte de las consideraciones que acabamos de hacer sobre la falta de razón. También se trata no precisamente de un impedimento, sino de un presupuesto de aptitud.

3.º *El orden sacro*.—Parece que este impedimento no puede ser causa determinante de la cualidad de espúreos de los hijos, puesto que el Código civil lo establece como dispensable canónicamente. Pero de aquí precisamente surgen las dudas, porque se dice que el supuesto es de imposible realización.

Cuando se discutió el Código civil en el Senado, el Obispo de Salamanca resaltaba la contradicción del texto legal (6). Consistía ésta en que la dispensa canónica en el supuesto ahora examinado, no se podía conceder nunca. Es decir, la Iglesia puede dispensar del orden sacro y de la profesión religiosa solemne con voto de castidad para el matrimonio canónico, pero no puede dispensar para el matrimonio civil, porque no puede autorizar éste para aquellas personas que han sido bautizadas en la propia Iglesia católica como lo son los ordenados y los profesos.

Este razonamiento es correcto en orden a la imposibilidad de contraer el matrimonio civil ante el imperativo vigente del artículo 42, pero no lo es en punto a negar la cualidad de naturales de los hijos que tradicionalmente se llamaron sacrilegos, porque lo cierto es que los padres se pueden casar (canónicamente, desde luego) con dispensa (aunque sea rara).

Determinada la competencia de las respectivas leyes, según dijimos, el problema queda claro.

4.º *El ligamen o matrimonio*.—En nuestro sistema de matrimonio monógamo e indisoluble la unión adulterina es fuente indiscutible de ilegitimidad, tanto por parte del marido como de

(6) *El Código civil*. Discusión parlamentaria. Madrid, 1889, pág. 576.

la mujer. El ligamen es impedimento no dispensable y la falta de fidelidad al cónyuge procreando con otra persona, es tenida como caso típicamente reprobable. Por consiguiente, el hijo procreado en adulterio no puede ser sino ilegítimo. Luego veremos si este principio sufre atenuación como consecuencia de la buena fe.

5.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a causas.—*El parentesco*.—Es de notar en el Código una menor flexibilidad de estas causas con respecto a la legislación canónica. Porque en esta la afinidad en línea recta, aunque excepcionalmente es dispensable, y lo mismo sucede con la adopción. Pero no cabe duda que la unión incestuosa es, junto con la adulterina, la causa indiscutible de ilegitimidad tal y como se configuró en nuestra historia jurídica y en la de los pueblos de la cristiandad, por razones de eugenesia, y, sobre todo, de moral familiar.

9.^a y 10.^a causas.—*El crimen*.—Como impedimento para el matrimonio se desdobra esta causa en dos: adulterio y conyugicidio. Su fundamento es punitivo y protector de la fe matrimonial. Los que la quebranten de un modo tan grave como el que la ley contempla, saben que su pasión o su apetito insano no podrá acogerse en lo futuro en un ulterior matrimonio con el cómplice o coautor.

La mera unión sexual de los que cometieron el crimen lleva consigo la ilegitimidad de la prole que engendraren, aunque en el momento presunto de la concepción no existiera entre ellos ningún otro obstáculo matrimonial, porque esta sanción se proyecta por su naturaleza a situaciones futuras de la infracción.

También nos parece que en este punto el Código civil es extremado con relación al Derecho canónico. Pero hay que reconocer que en éste la flexibilidad puede ser mayor, por la posibilidad de operar sobre estados de conciencia cuya apreciación no es fácil en una pura y fría objetividad desligada de las valoraciones subjetivas, que pueden resultar del sacramento de la confesión y de la penitencia.

* * *

Examinadas las causas que pueden determinar la condición de los hijos espúreos, hay un punto en extremo interesante, cual es el

de saber si aquéllos tienen que ser apreciados objetivamente, basando su concurrencia para la calificación, o si hay que valorarlas subjetivamente en función de la voluntad de los progenitores.

La apreciación puramente objetiva es acaso la más sencilla, pero con facilidad lleva a la injusticia. Fijémonos, por ejemplo, en la filiación que se llama adulterina. Objetivamente resulta, porque uno de los progenitores (o los dos) están casados con persona distinta del otro progenitor. Ese lazo matrimonial, es decir, el impedimento de ligamen, es el que determina que la relación sexual con otro sea fuente de la ilegitimidad máxima. Sin embargo, lo punible y censurable es el adulterio, que no existe solamente por el ligamen, sino por la culpa, y puede haber casos de cohabitación extraconyugal por parte de un cónyuge, pero que no implican adulterio. Puede haber casos en que una persona se una con otra vinculada en matrimonio y lo ignore, por mediar engaño, o que aunque lo sepa no lo pueda evitar, como el caso antes referido de la mujer que sufre violación por un hombre casado o de la casada que es objeto de idéntico atentado, siempre que por separación u otra causa el hijo no es atribuido al marido. En tal supuesto, la calificación de la ilegitimidad castiga doblemente al hijo, que siempre es inocente y ve considerablemente disminuidos sus derechos y a la persona que sufre el engaño o la fuerza, que también lo es pagando culpas ajenas con la privación de la posición del padre.

La evidencia de la injusticia preocupó de antiguo, y la doctrina se preguntaba si la ignorancia concurrente en ambos padres, o en uno solo, del impedimento no dispensable que mediaba para el matrimonio en la época de la concepción, o sea la buena fe de los padres, hace natural al hijo.

Esta cuestión se circunscribía a la buena fe basada en la ignorancia, y la referían los glosadores y comentadores al caso concreto de la legitimación, por subsiguiente matrimonio de los progenitores, solamente posible para los hijos naturales.

Pothier (7) reproduce la discusión habida entre los doctores antiguos. La opinión favorable a la consideración de los hijos como naturales se basaba en la doctrina sobre el matrimonio putativo. En éste la buena fe del cónyuge aparente, que ignora la causa

(7) *Tratado del contrato de matrimonio*. Trad. española. Barcelona, 1846, núm. 416.

de nulidad, hace que el matrimonio produzca efectos para él y que los hijos sean legítimos. Luego por la misma razón, cuando una persona tiene relación carnal con otra de distinto sexo que está casada, por ejemplo, pero ignorándolo aquélla, está en condiciones de contraer no un matrimonio legítimo, pero sí putativo, que si se hubiera celebrado habría producido la legitimación de la descendencia, y, por esta razón, ha de ser considerada como natural y no como espúrea.

La opinión contraria señalaba que una cosa es que se haya contraído matrimonio, aún nulo, y como un efecto de él en una situación aparentemente lícita se produzca la filiación, y otra la buena fe en la procreación extra matrimonio. Eran muchos los tratadistas (el abad Panormitano, Juan Andrés, Antonio Butrigrario, Avendaño), que en todo caso llegaban a la solución contrapuesta plasmada en la afirmación de Juan Gutiérrez: «*Si sequatur matrimonium inter adulteros quoniam adhuc filius adulterinus non fit legitimus..., etiam interveniente ignorantia parentur*» (8). Expresando el propio autor en comentario a nuestras leyes antiguas: «*Opinio negativa... verior est tenenda mihi videtur*».

Y esta opinión negativa se basaba en que la unión carnal sin la apariencia y la creencia de matrimonio es siempre culpable. Se decía que no es igual, por ejemplo, la situación de una persona que se casa con ignorancia del vicio de nulidad y que contrae relaciones sexuales que cree lícitas, y la de otra que sin más consiente en las relaciones que siempre son reprobables, aunque ignore que sean adulterinas. Aunque se crea que se comete una simple fornicación se sabe que se comete un acto torpe y reprobado, y no se puede llevar el favor más allá de lo que la ley permite hasta el punto de que pueden legitimarse (por naturales) hijos engendrados en adulterio.

Así la cuestión, entre los tratadistas españoles también se adaptaron las dos posiciones. El maestro Basilio Ponce, catedrático de Salamanca (9), mantenía el criterio favorable a la naturalidad de los hijos, y consiguientemente a la legitimación. En nuestras mismas leyes, el hijo adulterino engendrado en el caso de bigamia, por

(8) *Practicarum quaestionum civilium*. Francfort, MDCVII, pág. 286, quaestio CV.

(9) *De matrimonio*. Lib. 11, cap. 2, § único.

la buena fe de uno de los cónyuges, y en homenaje a la misma, era considerado como legítimo, puesto que el rey Carlos III remitió a la Sala de Alcaldes de su Consejo, por Decreto de 20 de febrero de 1771, el dictamen formulado conjuntamente por el gobernador del Consejo, el obispo inquisidor general y el obispo de Teba, en el cual se expresa: «Que por el mismo hecho de casarse segunda vez, viviendo la primera muger, falta a la fe pública del contrato, engaña a la segunda muger,, y ofende la primera; invierte el orden de la sucesión, y de la legitimidad establecida por las leyes civiles, en quanto precisa con su dolosa malicia, á que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adulterinos, se tengan por legítimos por la buena fe de la madre, y sucedan a sus padres».

Pero claro que en este último caso sobre el adulterio se proyecta la sombra protectora y respetable de un matrimonio aparente, y en tal supuesto cobra vigor la opinión negativa común entre los canonistas, con el sutil y certero distingo de Gregorio López (10): «*nam si sub colore matrimonii, licet cum adultero vel adultera, propter alterius ignorantiam filii esent legitimi; secus, si non intervenit matrimonium: quia ex quo data fuit opera rei illicitae, nihil prodest ignorantia*», y en el mismo sentido Molina (11).

Posteriormente al Código civil, quizá con la inspiración inmediata de Escriche (12), Navarro Amandi (13) y Manresa (14), replantean tímidamente el problema.

Navarro Amandi no da propiamente solución y se limita a resumir la antigua doctrina. Manresa, con mucha cautela, concluye: «Sólo cabe extender el concepto de hijos naturales a los nacidos de padres que los procrearon en la creencia de no existir impedimento alguno entre ellos para contraer matrimonio, siempre que se justificase este extremo. Mas allá no puede irse, a no borrar toda distinción entre los hijos. Siempre, aunque nulo, media-

(10) Glosa a la ley II, tit. XV, Partida IV.

(11) *De primogeniorum hispanorum origine ac natura*. Lyon, MDCCXLIX, lib. III, cap. I, núm. 11.

(12) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo III, edición de 1875, pág. 73. Voz «Hijo adulterino».

(13) Obra y lugar citados.

(14) Obra y lugar citados.

rá el matrimonio entre los hijos a que se refiere el artículo 69 y los definidos en el 119, matrimonio que la ley, como hemos dicho en otro lugar, no considera inexistente, puesto que siempre, en más o menos escala, le reconoce determinados efectos civiles.

Esta opinión de Manresa, que acoge la solución afirmativa de la naturalidad, nos parece aceptable por más humana y porque favorece al inocente. Más insuficiente porque sólo operará en el caso de buena fe de los dos padres o del único conocido sobre quien basar la condición de natural del hijo por el precepto del artículo 130 del Código civil, pero en los otros casos de violación o engaño doloso, cuando junto al progenitor no malicioso surja el forzador, el seductor adúltero o el torpe incestuoso, quizá patentizado en un proceso penal, la nota de espúreo caerá como un baldón sobre el hijo y sobre el otro padre, con disminución de derechos de los inocentes y un amenguamiento de responsabilidad civil del culpable.

Quizá en una futura ordenación se pudiera encontrar la solución justa, y tal vez fuera ésta la de que el progenitor ignorante de la causa de ilegitimidad fuera considerado como padre natural y el hijo gozara de correlativa consideración respecto del mismo. Solución que no carece de precedentes doctrinales, pues según el testimonio de D'Aguesseau (15) ya era sostenida por algunos glosadores, en contra de los cuales él opina que era absurdo que un mismo hombre fuese *partim legitimus, partim ilegítimus*. El estado es indivisible y parece más equitativo recompensar al culpable por el inocente de confundir a ambos en una misma condena».

Pero no nos parece defendible, al menos con argumentos convincentes, la opinión de D'Aguesseau. El estado no es una pura categoría lógica, sino jurídica, y hay ocasiones en que se despliega con efectos diferentes, como sucede, verbigracia, con el hijo adoptivo, que, por otra parte, puede estar inserto en una familia por naturaleza, además de la civil, nacida del vínculo de la adopción. El hijo gozaría de la condición más favorable en la posición general y con respecto al padre de buena fe, tendrá, pues, un único estado, aunque se desplegara con derechos diferentes, según las personas.

Y con respecto al progenitor de mala fe, el problema habría de

(15) *Oeuvres complètes*. París, MDCCCXIX, tomo IV, inform. núm. 47.

resolverse por la ley penal y por los aspectos que regulan la responsabilidad civil, porque lo que es evidente es que la actitud dolosa de un padre no puede liberar ni disminuir su responsabilidad económica, sin que valga alegar, apartados los efectos del *status familiae*, que la mayor responsabilidad perjudicaría a su familia legítima, si la tuviera, porque es argumento peregrino que sólo perjudica a la familia legítima la relación sexual ilícita, y mientras el padre que comete un asesinato, un homicidio o una estafa, etc. ..., es sancionado en la medida del daño causado, el que comete violación, estupro o adulterio, ve limitada su responsabilidad *ab initio*, como si con el otro tipo de crímenes no se alterase el respeto debido y la economía de la familia, que merece, sí, la protección de la ley, pero sin conducir a la injusticia de castigar a los inocentes.

MANUEL BATLLE,
Catedrático de Derecho civil.