

# El reconocimiento incidental de la paternidad natural

JESUS DIEZ DEL CORRAL RIVAS

Ltrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: I. NOCIONES PREVIAS.—II. LA DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTOS DIRECTOS Y RECONOCIMIENTOS INCIDENTALES. *a)* No equivale a la existente entre reconocimiento-admisión y reconocimiento-confesión. *b)* Ni a la formulada entre reconocimiento expreso y reconocimiento no expreso.—III. REFERENCIA A LA DOCTRINA ESPAÑOLA.—IV. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN ESCRITO INDUBITADO (art. 135, 1.º, C. c.). *a)* Interpretación gramatical. *b)* Interpretación lógica. *c)* Interpretación histórica. *d)* Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—V. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN DOCUMENTO PÚBLICO (artículo 131 C. c.). 1) *Nuestra postura*: *a)* Interpretación gramatical. *b)* Interpretación lógica. *c)* Interpretación histórica. *d)* Interpretación sistemática. 2) *Refutación de posibles objeciones*: *a)* Que el reconocimiento incidental puede ser no expreso. *b)* Que puede exceder de las funciones autenticadoras atribuidas al fedatario. *c)* Que puede ser incompleto. 3) *Eficacia del reconocimiento incidental: su inscribibilidad*. *a)* Presentación del título inscribible. *b)* Individualización del reconocido. *c)* Justificación de la capacidad del reconocedor.

## I. NOCIONES PREVIAS

En nuestro Código civil, fuera de los casos de violación, estupro y raptó (art. 135 *in fine*), los efectos atribuidos por la ley a la filiación natural pueden nacer, respecto del padre, de un triple orden de fuentes: 1.º Del reconocimiento voluntario en documento público (artículo 131). 2.º De un escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad (art. 135, n. 1.º) y 3.º De la posesión continua de estado de hijo natural del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia (art. 135, n. 2.º).

Aunque estos dos últimos supuestos vienen englobándose por la doctrina y la jurisprudencia, junto con los casos de delito, bajo la denominación común de reconocimiento forzoso, esta rúbrica, como se ha puesto de relieve insistentemente, resulta inadecuada. Tanto en el caso del escrito indubitado como en el de la posesión de estado estamos ante un acto o conjunto de actos libres y voluntarios del padre y que realiza sin coacción ni obligación jurídica alguna, prescindiendo

ahora de su indudable deber moral de reconocer a sus hijos. La única posibilidad de imponer el reconocimiento a un padre natural al margen totalmente de su voluntad estaría en entender —dando trascendencia a la expresión disyuntiva “del mismo padre o de su familia” que emplea el art. 135, 2.º— que los actos en que consista la posesión de estado pueden haber sido realizados exclusivamente por la familia del padre. Pero esta interpretación literal del precepto ha sido reiteradamente rechazada por nuestro Tribunal Supremo y a su doctrina, hoy por hoy, debemos atenernos (1).

Le expresión “reconocimiento forzoso” resulta, pues, en estos casos, cuando menos, equívoca. El único sentido en que es forzoso el reconocimiento estriba en que, una vez exteriorizada la voluntad del padre, pueden imponerse al mismo coactivamente las consecuencias jurídicas oportunas, pero, en rigor, esto no es sino una aplicación más del principio general de prohibición del *venire contra factum proprium*, que impide al autor de cualquier acto jurídico válido decirse de él. Lo poco oportuno de la expresión queda demostrado si se observa que también en el mismo sentido se podría calificar de “forzoso” al reconocimiento voluntario del art. 131.

Tenemos, por tanto, que el reconocimiento paterno de los arts. 131 y 135, números 1.º y 2.º, emana de un acto voluntario (2). Pero conviene precisar más cuál es el papel exacto que juega o debe jugar la voluntad del padre en el reconocimiento. Para nosotros ese papel es mínimo: basta el grado de voluntad necesario para que el acto pueda calificarse de voluntario. Siempre que exista una afirmación voluntaria de la paternidad, y se hayan cumplido los demás requisitos de forma o de fondo, el acto debe ser valorado como auténtico y válido reconocimiento. Con ello estamos rechazando el grupo de teorías que, concibiendo el reconocimiento como declaración de voluntad o negocio ju-

(1) Se ha declarado, en efecto, por las Ss. de 25 de junio de 1946 y 29 de noviembre de 1958 que “la posesión de estado ha de iniciarse por actos personales y directos del presunto padre, sin que cuando ellos falten tengan los de sus parientes, por allegados que sean, eficacia bastante por sí solos” y, en la S. de 4 de mayo de 1964 que “parece arriesgado llegar a una declaración de paternidad fundada tan sólo en actos realizados por la familia, sólo apreciables cuando los haya realizado el presunto padre y continuado, en todo caso, su familia”; porque (recalca la S. de 25 de junio de 1946) “en la constancia cierta de haber el padre exteriorizado su voluntad de tener como hijo suyo al hijo natural, de alguna de las maneras que establece el art. 135 en sus dos números, se basa el reconocimiento legal que el mismo impone”.

No obstante, Royo Martínez (Derecho de familia, Sevilla 1949, pág. 278) entiende que bastan los actos de la familia para conferir la posesión de estado en los casos en que el padre *no pueda* manifestar su voluntad.

(2) Precisamente para circunscribirnos a estos casos hemos elegido la rúbrica “el reconocimiento incidental de la paternidad natural” y no de la maternidad natural. En efecto, el principio de que las madres son siempre ciertas, que inspira la modalidad del reconocimiento forzoso materno del art. 136, 2.º, C. c., viene a cambiar el planteamiento del problema, puesto que la madre, en todo caso (y no sólo como ocurre respecto del padre en los supuestos de delito), puede ser obligada jurídicamente a reconocer a sus hijos (cfr., en este sentido, el nuevo art. 47 de la L. R. C.).

rido de diferentes clases, coinciden en exigir un mayor grado de voluntad en el reconocedor, consistente en que éste quiera dejar constituida la nueva relación jurídica de la filiación natural, y que suelen englobarse, prescindiendo de diferencias de detalle, bajo la rúbrica general de teoría del reconocimiento-admisión. Seguimos, pues, la teoría opuesta del llamado reconocimiento-confesión que, en síntesis, estima que es suficiente exista una afirmación de la paternidad, conceptuando el reconocimiento como una declaración de conocimiento o de ciencia, un acto jurídico en sentido estricto, encuadrable en el tipo de los que ha llamado Enneccerus actos semejantes a los negocios.

No es, desde luego, nuestro propósito terciar en la polémica entre los partidarios de una u otra teoría. Como punto de partida para nuestro estudio, nos basamos en estimar que la conclusión de que el reconocimiento-confesión es la categoría acogida en nuestro Derecho es cuestión que no debe dudarse después de las sólidas razones, en pro de dicha tesis, que nos ha proporcionado Albaladejo en su profundo trabajo sobre la filiación natural (3). Solamente a la serie de argumentos que suministra este autor: que dicha teoría es la más justa, la más razonable, perfectamente encuadrable en el articulado del Código, que los efectos jurídicos del reconocimiento se producen *ex lege* y no *ex voluntate*, etc., etc..., nos interesa añadir dos consideraciones:

1.<sup>a</sup> *La tesis del reconocimiento-confesión es la más acorde con las concepciones sociales actuales.*

Es evidente que la filiación y el matrimonio son las dos materias del Derecho de familia y, en general, de todo el Derecho, más directamente influidas por las ideas sociales: matrimonio y filiación son puntos que pueden sublevar a un pueblo, herir su susceptibilidad, llevarle a saltar la ley haciendo caso omiso de sus preceptos. Recuérdese, por ejemplo, el fracaso de la ley española de matrimonio civil de 18 de junio de 1870. Este íntimo enlace entre Derecho y Sociedad supone, de un lado, que al legislar sobre filiación natural ha de tenerse forzosamente en cuenta la situación social de la época (la necesidad de evitar los conocidos pleitos escandalosos y la frase de Napoleón: "La Société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus" explican el criterio fuertemente restrictivo del Código francés) y, de

(3) Vid. su obra "El reconocimiento de la filiación natural". Bosch, 1954, especialmente págs. 23 y ss. Sin embargo, la doctrina española más reciente parece orientarse en el sentido de atribuir al reconocimiento del art. 135, 1.º, la naturaleza, sí, de reconocimiento-confesión y, en cambio, al del art. 131 la de reconocimiento-admisión. Vid., en este sentido, Díez Picazo, A. D. C. 1962, págs. 224 y 231, y Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida, Derecho de familia, Bosch 1966, págs. 396 y 407. Pero téngase en cuenta que la opinión de Díez Picazo es, más bien, *de lege ferenda*, y que las únicas razones para atribuir carácter negocial al reconocimiento del art. 131, que dan los segundos autores citados, son que la necesidad de aprobación por parte del mayor de edad y la libre impugnabilidad del menor son características que no se compaginan con la naturaleza de una declaración de ciencia.

otro lado, que si transcurren los años y cambian las concepciones sociales, éstas se imponen sobre las leyes no modificadas y consiguen, al menos, que sus preceptos sean interpretados de acuerdo con las nuevas ideas (un ejemplo español reciente: el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de restrictiva a declarativa en la interpretación del art. 135 del C. c.).

Que las ideas de la época que inspiraron nuestro Código en materia de filiación y de filiación natural han evolucionado grandemente con el paso de los años, es un hecho incontrovertible. Creemos que hoy puede afirmarse, trastocando aquella célebre frase de Napoleón, que la Sociedad española tiene interés en que los hijos naturales sean reconocidos. Y no es que se llegue a esta conclusión hablando simplemente con el hombre de la calle (quien, por cierto, no deja nunca de mostrar su extrañeza cuando se le explican muchas de las normas del Código sobre filiación), es que, como no podía ser menos, las nuevas ideas han trascendido a las esferas que pudiéramos llamar oficiales: la jurisprudencia antes aludida del Tribunal Supremo, la Ley y el Reglamento del Registro Civil, la Compilación de Cataluña, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notario..., son buen ejemplo de que “la obligación moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos” (4) debe constituir punto de partida para toda interpretación actual de nuestro Código. Y si es cierto que hay un límite que no es lícito traspasar (el del art. 5.º del propio Código), en todo lo demás es posible y justo interpretar el Código de acuerdo con las ideas actuales y así, por cuanto favorece la constancia de la filiación natural, estimar suficiente el reconocimiento-confesión de la paternidad.

*2.ª La tesis del reconocimiento-admisión presenta graves inconvenientes en la práctica.*

Si se exige en el reconocimiento la declaración de voluntad del padre encaminada a conferir al hijo el estado de la filiación natural, ocurrirá que como, salvo supuestos realmente excepcionales, esa voluntad no aparecerá explícitamente declarada, será necesario investigar caso por caso si ha existido o no tal voluntad en el padre. Desde luego, si éste puede y quiere reiterar su declaración, ello será preciso para evitar dudas, a pesar de las molestias e inconvenientes de todo tipo que entrañará la repetición del acto. Ahora bien, si por cualquier causa no es posible esa reiteración, o se establece una regla de interpretación general en el sentido de presumir que el reconocimiento-confesión implica reconocimiento-admisión, con lo que prácticamente se fundirían ambas categorías, o bien se obliga al Juez a una labor interpretativa verdaderamente nebulosa, sin elementos de juicio en que

---

(4) Palabras del Excmo. Sr. Ministro de Justicia en su discurso ante las Cortes al defender la aprobación de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

apoyarse y que llevaría en la práctica a soluciones contrarias, discriminatorias e injustas (4 bis).

Claro está que todas estas dificultades e inconvenientes desaparecen cuando se admite que toda afirmación de la paternidad implica válido reconocimiento.

## II. LA DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTOS DIRECTOS Y RECONOCIMIENTOS INCIDENTALES

Hemos sentado que el reconocimiento es un acto voluntario por el que consta una declaración de ciencia en el sentido de afirmar la paternidad (5). Ahora bien, sobre todo cuando la declaración se efectúa por escrito, puede revestir dos modos o formas diferentes que interesa separar.

La primera forma existirá cuando la declaración vaya dirigida a la exclusiva finalidad de constatar la paternidad o cuando, si se injerta en ella otra declaración, pueda considerarse la primera como declaración principal. La segunda forma se dará cuando la declaración vaya encaminada a constatar un hecho distinto, pero en la declaración se injerte incidentalmente, de pasada, una afirmación de paternidad. A falta de una terminología mejor, en el primer caso estamos ante los que podemos denominar reconocimientos directos; a los supuestos de la segunda modalidad los calificamos de reconocimientos incidentales.

Reconocimientos directos serán, por ejemplo, las declaraciones siguientes: "Reconozco que X. es hijo mío", "X. es mi hijo", "Bien sabes que soy tu padre, aunque no lo quieras". Reconocimientos incidentales son, en cambio, estas manifestaciones: "Instituyo heredero a mi hijo X.", "Siempre he cuidado de mi pobre hijo", "Tu padre no te olvida" (6).

---

(4 bis) La tesis del reconocimiento-admisión lleva forzosamente a la extraña conclusión de que el padre pueda declarar, incluso solemnemente, que alguien es su hijo natural, negándole al mismo tiempo la investidura de la cualidad de hijo natural. Esta posibilidad la admitió expresamente una Sentencia de la Casación italiana de 31 de julio de 1939: "Sobre la base de la indagación de la voluntad del declarante el juez, con libertad de apreciación, debe determinar si el padre ha querido declarar solamente la paternidad o si ha querido reconocer al hijo; como criterio general puede decirse que en la duda o hasta prueba en contrario, se debe considerar preferentemente que existe reconocimiento en vez de declaración de paternidad."

(5) Precisamente por la circunstancia de ser innecesaria la voluntad del padre de conferir al hijo el estado civil de la filiación natural, es indiferente que se califique o no al hijo en la declaración como tal hijo natural o, incluso, que, por un error de conceptualización jurídica, se le designe como hijo legítimo o ilegítimo no natural. Lo fundamental es sólo que se afirme la paternidad: la calificación jurídica de la filiación es algo que se hará *a posteriori* por la ley al margen de la voluntad de los particulares, en términos generales.

(6) Aunque nos referimos en el texto a los supuestos de reconocimientos escritos, en rigor, dentro de los actos constitutivos de la posesión de estado del art. 135, 1.º, podrían también distinguirse los actos "directos" de los actos

La distinción que propugnamos entre reconocimientos directos y reconocimientos incidentales está basada, desde luego, en la intención o finalidad del declarante. Pero no se crea, por ello, que es una distinción meramente subjetiva que obligaría a una interpretación imposible de la voluntad interna del agente. Al contrario, la intención de éste aparece plenamente objetivada y únicamente hay que atenerse a lo externamente declarado. Podría incluso decirse que la distinción alcanza rango gramatical: compruébese, en efecto, que si el verbo de la oración principal constata la paternidad, se tratará de un reconocimiento directo y, en cambio, si aquel verbo tiene otro significado, estaremos ante un reconocimiento incidental.

Interesa también destacar que para que exista reconocimiento directo no es preciso que aquél sea la única declaración del escrito en su conjunto, ni tampoco que esté contenido en una cláusula separada. Lo único necesario es que la manifestación pueda considerarse aislada y no subordinada a las que la rodean.

Para precisar más el alcance de la distinción propuesta, conviene exponer sus relaciones y diferencias con otros tipos de reconocimientos más generalizados en la doctrina.

a) *La distinción entre reconocimientos directos y reconocimientos incidentales no equivale a la existente entre reconocimientos-admisión y reconocimientos-confesión.*

Es evidente, desde luego, que los que llamamos reconocimientos incidentales pertenecen a la categoría reconocimiento-confesión, ya que en ellos no hay sino la afirmación escueta de la paternidad, sin poder presumirse voluntad alguna en el declarante de conferir un estado civil al hijo. A su vez, es también indudable que todo reconocimiento-admisión será también, forzosamente, reconocimiento directo, porque no parece posible expresar esa voluntad de conferir estado de una manera puramente marginal y subordinada a otras declaraciones.

Pero, en cambio, no todos los reconocimientos directos han de ser necesariamente reconocimientos-admisión. Basta pensar en cualquiera de los ejemplos que hemos indicado. Lo más que podría afirmarse es que —a diferencia de lo que ocurre con los incidentales— en los reconocimientos directos es más fácilmente presumible la existencia de la voluntad paterna de ser y tenerse por padre natural.

Resumiendo: el reconocimiento incidental es reconocimiento-confesión. El reconocimiento directo puede ser reconocimiento-admisión o reconocimiento-confesión.

---

“incidentales”. Ejemplo de los primeros sería el caso del padre que reúne a su familia para comunicarle que X es hijo suyo. Pero claro está que la mayoría de aquellos actos aisladamente considerados merecerán el calificativo de incidentales y que debido, sobre todo, al hecho de que la posesión ha de ser continuada la distinción no tiene trascendencia práctica alguna al no poder predicarse una diferencia de efectos entre ambas categorías.

b) *Tampoco equivale la distinción a la formulada entre reconocimientos expresos y reconocimientos no expresos.*

Estas dos últimas categorías han gozado en la doctrina española—seguramente por influjo del adverbio “expresamente” que utiliza el art. 135, 1.º, del C. c. y, también, como reacción contra nuestro Derecho histórico en que llegaron a admitirse reconocimientos de tipo conjetural— de un gran predicamento. Así, prácticamente, no hay autor que no indique que el reconocimiento debe ser expreso. Para nosotros, si por reconocimientos expresos entendemos lo que realmente deben ser: aquellos que contienen afirmaciones explícitas de la paternidad, nos parece indudable que tanto los reconocimientos directos como los incidentales pertenecen a la clase de los reconocimientos expresos y, más aún, que admitir reconocimientos no expresos supone en el plano lógico una *contradictio in terminis* o, dicho de otro modo, que la frase reconocimiento expreso en cierta manera implica una auténtica tautología. Más adelante tendremos ocasión de ocuparnos extensamente de la cuestión.

Pues bien, ante la posibilidad evidente de la existencia de reconocimientos incidentales, el problema concreto que nos planteamos en este trabajo es el siguiente: ¿Qué efectos debe producir el reconocimiento incidental? ¿Gozará de la misma eficacia que el reconocimiento directo? En una palabra, ¿cuál es el régimen jurídico, en nuestro Derecho positivo, de los reconocimientos incidentales? A estas preguntas intentaremos contestar en los epígrafes siguientes, distinguiendo dos casos: el reconocimiento incidental en escrito indubitado (art. 135, 1.º, C. c.) y el reconocimiento incidental en documento público (artículo 131 C. c.). Pero conviene antes ver qué postura adopta nuestra doctrina en esta materia (7).

### III. REFERENCIA A LA DOCTRINA ESPAÑOLA

La doctrina patria se ha ocupado del reconocimiento incidental haciendo honor a este nombre: también de una manera verdaderamente incidental. Pero este desinterés obedece, como vamos a ver, a varias causas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en nuestro Derecho histórico, el sistema instaurado por la ley XI de Toro, de acuerdo, al menos, con su interpretación doctrinal y, sobre todo, con una serie de resoluciones jurisprudenciales del siglo pasado, era de una extraordinaria amplitud y libertad en orden al reconocimiento de la filiación

---

(7) Por tratarse de una cuestión que enfocamos exclusivamente desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, hemos prescindido deliberadamente de toda referencia a legislación y doctrina extranjera. Téngase en cuenta, además, que el problema, por lo antes dicho, ha de resolverse no sólo a la luz del Derecho, sino también de la *Sociedad* española.

natural. Se llegó a entender, en efecto, que el reconocimiento podía probarse *por cualquier medio*, con lo que, si bien se investigaba el reconocimiento y no la paternidad, al no estar tasados los medios probatorios, se aproximaba el sistema al de la libre investigación de la paternidad, quedando desdibujada la voluntad del padre, fácilmente acreditable por testigos, por presunciones y, en fin, por medios no específicamente tasados, entre los que podía contar, claro está, el reconocimiento incidental. Resultaba, pues, lógico que con un sistema de este tipo el reconocimiento incidental ni tenía sustantividad propia ni planteaba problemas en relación con los reconocimientos directos. Y, al contrario, se comprende que en cualquier sistema opuesto, de tipo más o menos restrictivo y, sobre todo, cuando el reconocimiento asuma por ley un matiz formal, surjan inmediatamente cuestiones en orden a la procedencia y efectos del reconocimiento incidental.

Esto nos explica por qué García Goyena, con agudo sentido práctico, al comentar el Proyecto de Código civil de 1851 (en el que, como es sabido, se establecía un sistema absolutamente prohibitivo de la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad, admitiéndose solamente el reconocimiento voluntario en documento público) se preocupa inmediatamente de aclarar el alcance de un posible reconocimiento incidental. Así, después de afirmar que el reconocimiento ha de ser expreso, añade textualmente que “puede hacerse por incidencia” y que “basta, pues, la simple indicación de hijo natural suyo que haga el testador en la persona del legatario” (8).

Por ello hubiera sido lógico que, al publicarse el Código civil, se hubiera preocupado nuestra doctrina de precisar los efectos del reconocimiento incidental y, sin embargo, no fue así. Los autores más inmediatos al Código se ocupan preferentemente de explicar el cambio que suponía aquél con relación al Derecho anterior, de exponer sus consideraciones sobre las implicaciones éticas de la investigación de la paternidad y, a lo sumo, de acentuar el aspecto voluntarista del reconocimiento en escrito indubitado del artículo 135, 1.º La única excepción a este silencio la constituye Manresa, quien se refiere al reconocimiento incidental tanto al tratar del artículo 131 como del 135.

Al comentar el primero, se adhiere al parecer de García Goyena, aunque no con mucha convicción. Escribe, en efecto, lo siguiente: “Los términos en que se haga el reconocimiento son indiferentes, y así, puede admitirse la opinión de Goyena, que, refiriéndose al artículo 124 del Proyecto de 1851, se mostraba favorable a que el reconocimiento pudiera hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, *con tal que de ellos aparezca suficientemente la intención de hacerlo*” (9). Obsérvese la salvedad de este último inciso que, por cierto, no empleó García Goyena.

(8) García Goyena. “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. Madrid, 1852. T. I, pág. 139.

(9) Manresa. “Comentarios al Código civil español”. 5.ª edición. Madrid, 1924. T. I, pág. 592.

Más adelante, al comentar el artículo 135, afirma que, por lo dispuesto en la base 5.<sup>a</sup>, el reconocimiento en escrito privado no basta hacerlo por incidencia. “No llena, pues, este objeto —escribe— la manifestación que incidentalmente haga el padre de ser hijo natural suyo la persona a quien se refiera y mucho menos el dar a una persona el título y tratamiento de hijo en cartas familiares” (10). Pero tampoco está muy convencido el autor de esta conclusión, pues inmediatamente agrega: “Sin embargo, *en cada caso* decidirán los Tribunales, y cuando el escrito por sí solo no reconozca de un modo suficientemente expresivo la paternidad servirá de base para acreditar, en unión de otros datos, la posesión constante del estado de hijo a los efectos de este artículo y con arreglo a su número 2.<sup>o</sup>”

También Angulo Laguna (11), al interpretar el artículo 135, 1.<sup>o</sup>, sigue fielmente la opinión de Manresa de negar validez a los reconocimientos incidentales.

No conocemos ningún otro autor de la época que se ocupe específicamente de este tipo de reconocimiento. Y este mismo silencio continúa entre los tratadistas posteriores, con la sola excepción de Albaladejo, que, si bien bajo un enfoque a nuestro juicio equivocado al englobar la cuestión con la de los reconocimientos no expresos, no deja de aportar sugerencias positivas al problema. De su postura nos ocuparemos después ampliamente.

Es cierto que, con relación al reconocimiento incidental en escrito indubitado, el silencio de la doctrina tiene su justificación, en cuanto que, teniendo a la vista la evolución de la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 135, 1.<sup>o</sup>, lógicamente sienta su postura desde este ángulo; y cuando, como es regla general, aboga por la interpretación declarativa del precepto, implícitamente admite la doctrina con ello la eficacia del reconocimiento incidental.

Del mismo modo pudiera decirse, en cuanto al reconocimiento incidental en documento público, que para aquel grupo de autores (De Buen, Pérez González, Royo Martínez, Lacruz, etc.) que defienden el carácter negocial, voluntarista, del reconocimiento formal, la cuestión del reconocimiento incidental está resuelta implícita y negativamente en cuanto que éste no puede tener ese carácter negocial. Pero obsérvese que, con tal conclusión, caeríamos en el método de inversión, propio de la jurisprudencia de conceptos, cuyas consecuencias funestas han señalado insistentemente en nuestra doctrina De Castro y Puig Brutau. En efecto, la naturaleza jurídica de una institución no debe constituir nunca un *prius* para resolver los casos prácticos de la realidad. Operando de ese modo se llega a un alejamiento total de las

---

(10) Obra citada, pág. 606. Véase, pues, que en oposición a la doctrina más reciente, a que hemos hecho referencia en la nota tercera, resultaría que para Manresa el reconocimiento del art. 131 tendría la naturaleza de reconocimiento-confesión y, en cambio, el del art. 135, 1.<sup>o</sup>, la de reconocimiento-admisión.

(11) “Estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos”. Madrid, 1906, pág. 105.

realidades sociales, a un exceso de abstracción al margen del juego de intereses que intenta regular el Derecho. El camino adecuado es, naturalmente, el opuesto: examinadas esas realidades y esos intereses en pugna deben deducirse los efectos jurídicos dentro de las normas positivas y concepciones sociales vigentes. Tras esto, la naturaleza jurídica aparecerá sólo como un *posterius*, para utilidad didáctica y comodidad del lenguaje técnico, pero sin que deba influir para nada en la operación primordial del Derecho: la determinación de los efectos jurídicos de un caso práctico.

#### IV. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN ESCRITO INDUBITADO (ART. 135, 1.º, C. c.)

El artículo 135 del Código civil dice así: “El padre está obligado a reconocer al hijo natural... 1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.” Pues bien, que el reconocimiento incidental cumple los requisitos de este precepto y, por tanto, que sin necesidad de que el escrito indubitado envuelva un reconocimiento directo, en todo caso de reconocimiento expreso (12) deben derivarse los efectos jurídicos previstos en la norma, es cuestión que ha de considerarse hoy definitivamente resuelta por obra de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y a cuya solución se llega a través de la interpretación gramatical, lógica e histórica del precepto.

##### a) *Interpretación gramatical.*

La afirmación incidental de la paternidad constituye reconocimiento expreso, lo mismo que la afirmación directa. La distinción entre reconocimientos directos e incidentales no escriba en que los primeros sean expresos y los segundos no, sino sólo en que, como antes apuntamos, es más fácil en los primeros que en los segundos presumir la voluntad del padre de conferir al hijo el estado civil de la filiación natural. Pero esta voluntad no viene exigida gramaticalmente por la norma.

##### b) *Interpretación lógica.*

Si nos detenemos a pensar en los supuestos en que pueda tener aplicación el precepto, en seguida comprobaremos que no imaginamos sino casos de reconocimientos incidentales: cartas, fotografías con dedicatoria, diarios, etc., en los que en una manifestación cualquiera,

---

(12) En el caso de que no exista reconocimiento expreso o, mejor dicho, de que no exista reconocimiento, la única solución será la ya indicada por Manresa (vid. nota 10) de considerar el escrito como uno de los elementos integrantes de la posesión de estado a efectos del número 2.º del mismo artículo.

dirigida a finalidad distinta, se injerta la afirmación por incidencia de la paternidad. No es fácilmente imaginable, en cambio, un escrito privado del padre dirigido primordialmente a constatar su paternidad. Y si repasamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo llegamos igualmente a idéntica conclusión. En efecto, la inmensa mayoría de los casos resueltos se han referido a reconocimientos incidentales y solamente en algún supuesto excepcional, como el contenido en la Sentencia de 10 de julio de 1894, a reconocimientos directos (13).

Si esto es así, es indudable que entender el artículo 135, 1.º, reduciendo su ámbito de aplicación a un campo limitadísimo y excluyendo los supuestos de hecho más frecuentes en la práctica, supone seguir una interpretación ilógica, absurda y antisocial, no justificada tampoco por los términos literales de la norma, ni mucho menos por las ideas sociales vigentes.

### c) Interpretación histórica.

Para comprender el verdadero sentido del artículo 135 del Código es preciso tener en cuenta sus precedentes históricos.

El concepto de hijos naturales que las Partidas habían tomado del Derecho romano, considerando como tales los habidos de concubina, no se compaginaba con la evolución de las ideas sociales y suponía un perjuicio para la mayoría de los hijos extramatrimoniales que, no hallándose en esa situación, carecían de toda protección jurídica. Por ello las Leyes de Toro se vieron obligadas a ampliar el concepto de los hijos naturales. La Ley 11 dice textualmente: "E porque no se pueda dubdar cuales son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan ser los fijos naturales, quando al tiempo que nasieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación, *con tanto que el padre lo reconozca por su fijo*, puesto que no haya tenido la muger de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola, ca concurriendo en el fijo las calidades susodichas, mandamos que sea fijo natural."

Tenemos, pues, que esta Ley introdujo en nuestro Derecho el reconocimiento de la filiación. Pero la Ley calla sobre la forma del reconocimiento y sobre los medios de prueba del mismo. Ambas cuestiones fueron resueltas con gran amplitud por los comentaristas (14). Se admitió así el reconocimiento expreso y el tácito y que su existencia

---

(13) Se trataba de una anotación de puño y letra del padre con todas las circunstancias del nacimiento, nombre y apellido del hijo, en un libro particular destinado a inscripciones análogas de otros hijos y asuntos familiares.

(14) Pueden consultarse: Antonio Gómez, "Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri". Salamanca, 1560. Fol. 41, y Diego del Castillo, "Utilis et aurea glosa ... super leges Tauri". Medina del Campo, 1553, que en el fol. 71 afirma "non solum verbo potest quis in filium recognosci, sed etiam signis".

podiera probarse por cualquier medio, incluso por la prueba de presunciones (reconocimiento conjetural).

Este mismo criterio amplio pervive entre los autores de nuestro siglo XIX. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, Sala (15) y Gutiérrez (16), quien afirma: "El reconocimiento es siempre indispensable; mas la ley no exige que sea expreso, ni lo exigía otra alguna... Basta que el reconocimiento sea tácito, porque en el derecho son de igual condición, cuando éste no distingue lo tácito y lo expreso; y no puede por lo mismo haber duda de que en falta de reconocimiento expreso, ya verbal, ya escrito, no hay infracción de dicha ley, por reputarse suficiente el tácito." Y este mismo criterio amplio fue el acogido sin vacilaciones por una larga serie de Sentencias del Tribunal Supremo (17).

Así se comprende la dificultad de la tarea con que se enfrentaban los redactores de nuestro Código civil. Tenían que elegir o compaginar criterios totalmente diversos entre sí. De un lado, el criterio abierto del Derecho histórico y del Derecho vigente en aquel momento. De otro, el criterio restrictivo dominante en la doctrina científica por influjo del Código francés y que, aún con mayor rigor, al prohibir en absoluto toda investigación de la paternidad y de la maternidad y admitir únicamente el reconocimiento formal, inspiraba los artículos 124 y 127 del Proyecto de 1851. Y tampoco hay que olvidar la influencia, agudamente observada por Royo Martínez (18), debida a la instauración del Registro civil en España en 1870 que obligaba a admitir sólo la inscribibilidad de los reconocimientos que constaran en forma auténtica.

Ante influjos tan dispares es natural que los redactores de nuestro Código se decidieran por un sistema intermedio o de conciliación. Recuérdese que la Base 1.<sup>a</sup> de la Ley de 11 de mayo de 1888 indica que el Proyecto de 1851 debía tomarse como punto de partida, pero sólo

(15) Ilustración al Derecho Real de España. Madrid, 1820. 2.<sup>a</sup> ed., t. I, pág. 223.

(16) Código o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1871. T. I, pág. 639.

(17) Las de 8 de octubre de 1853, 13 de junio de 1863, 25 de enero, 2 de marzo, 4 y 20 de abril, 30 de junio, 16 de septiembre y 9 de octubre de 1865, 18 de marzo de 1873, 14 de octubre de 1875, 12 de junio de 1885, etc. Pero no puede llegar a afirmarse, como parecen hacer Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (ob. citada, pág. 404), que en nuestro Derecho se llegara a una verdadera investigación de la paternidad en contra, incluso, de la voluntad del padre. Lo que se investigaba en esas sentencias era si había habido o no reconocimiento paterno, cualquiera que fuere la forma de éste, pudiendo acreditarse su existencia por presunciones o conjeturas. Cierto que admitir estos reconocimientos conjeturales supone, en la práctica, un acercamiento al sistema de libre investigación de la paternidad, pero no pueden confundirse en teoría ambas soluciones, en cuanto que en la primera se respeta y en la segunda se prescinde de la voluntad del padre. Gutiérrez (ob. cit., pág. 654) cita en apoyo de su tesis de que el reconocimiento es indispensable y *personalísimo* las Sentencias de 10 de julio de 1846 y 23 de junio de 1858.

(18) Ob. cit., pág. 270.

“en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”. Y a aquella finalidad de procurar implantar un sistema intermedio obedece la redacción de la Base 5.<sup>a</sup> de la misma Ley, cuyo primer párrafo dice así: “No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado.” Prescindiendo de la incorrección técnica que supone considerar como supuestos de investigación de la paternidad los casos del escrito del padre y de la posesión de estado, en los que sólo hay investigación de un reconocimiento previo, la cuestión fundamental que interesa resolver es la de precisar qué modificaciones pretendían introducir los redactores de la Base en el Derecho vigente o, en otras palabras, qué tipo de sistema intermedio propugnaban.

Para nosotros está suficientemente claro que lo que se proponía esta Base era respetar el Derecho histórico en el sentido de admitir tanto el reconocimiento expreso (escrito del padre) como el tácito (posesión de estado), pero, en cambio, impedir que de un escrito paterno pudiera deducirse, a través de su interpretación y por medio de presunciones, la existencia de un reconocimiento no declarado explícitamente, es decir, proscribir los reconocimientos conjeturales. Y es que este era el punto que preocupaba, sobre todos, a la doctrina de la época, que ponía de relieve las injusticias y peligro de abusos a que daban origen los llamados reconocimientos por conjeturas (19). Y, desde luego, una vez publicado el Código, todos los autores insisten en destacar el cambio que implicaba el artículo 135 con relación al antiguo Derecho.

Ahora bien, si esta era, a nuestro juicio, la finalidad que perseguía la Base 5.<sup>a</sup>, hay que reconocer que su dicción literal iba bastante más allá de sus propósitos, pues no sólo excluía los reconocimientos conjeturales, sino también los que hemos llamado incidentales. Exigir, en efecto, una voluntad deliberadamente expresada con el fin de reconocer equivale a circunscribir la validez del reconocimiento a la esfera de los reconocimientos directos y rechazar aquellos otros, los incidentales, en que la declaración persigue otro fin, aunque a ella se incorpore una afirmación de la paternidad.

Creemos que esto explica suficientemente el cambio de redacción luego operado en el artículo 135. Los redactores del articulado se encontraron con un texto que quería suprimir los reconocimientos por conjeturas, pero que, a la vez, acababa con los reconocimientos por incidencia. Forzosamente debieron constatar que en la inmensa mayoría de escritos privados sólo existían reconocimientos de esta última clase y, no queriendo excluirlos, redactaron el artículo de tal modo que, persistiendo la eliminación de los reconocimientos conjeturales o

---

(19) Vid. por todos Gutiérrez, ob. cit., pág. 654. Al comentar el Proyecto de 1851, escribe textualmente: “De desear es ciertamente una disposición concreta que cierre la puerta a las presunciones y a las conjeturas.”

presuntos, no alcanzara a los incidentales. La expresión resultante: "cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad" cumple fielmente la finalidad propuesta.

Se nos objetará posiblemente que este intento de explicación del cambio de redacción entre la Base 5.<sup>a</sup> y el artículo 135 no deja de ser una hipótesis sin posible comprobación. Ciertamente es, pero esta hipótesis viene avalada por una circunstancia que interesa destacar: necesariamente los redactores del Código debieron tener constantemente a la vista el texto de las *Concordancias* de García Goyena que, como antes dijimos, interpretaba el artículo 124 del Proyecto de 1851 en sentido favorable a la admisión del reconocimiento incidental, y tenemos también que el cambio de redacción entre la Base y el Código es un hecho que lógicamente a algún motivo debe responder. Así no parece aventurado concluir que tal cambio de redacción obedeció al influjo de un precedente tan autorizado (20).

Interpretar, por tanto, el artículo 135 de acuerdo con la Base 5.<sup>a</sup>, como hicieron en principio la doctrina y la jurisprudencia, es un procedimiento equivocado que, afortunadamente, hoy debe considerarse superado. La doctrina más reciente (21) se muestra concorde en dar trascendencia a aquel cambio de redacción, aunque sin llegar a profundizar en sus causas.

#### d) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

Esta última orientación doctrinal es la acogida por las Sentencias más recientes del Tribunal Supremo, estableciendo un criterio que es de esperar no ofrezca ya las fluctuaciones e indecisiones que han jalonado el curso de la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 135 del C. c. La evolución de la interpretación voluntarista a la interpretación declarativa en la época republicana, la vuelta a la primera orientación y las indecisiones posteriores son material de que se nutren todas las exposiciones doctrinales sobre la materia y que, por demasiado

---

(20) Creemos, por el contrario, que la supresión de la palabra "voluntad" en el art. 135 ha sido una consecuencia fortuita de la necesidad de recoger el reconocimiento incidental. Y, por tanto, que aquella supresión no puede constituir argumento en contra ni a favor de la tesis del reconocimiento-admisión. Esta cuestión, es decir, la dicotomía reconocimiento-admisión y reconocimiento-confesión, era algo totalmente ajeno a la doctrina española de la época y a los redactores del Código, cuyos problemas, de muy distinta índole, eran los expuestos en el texto.

En todo caso, como apunta Albaladejo (ob. cit., pág. 28), la voluntad de que se habla en la Base 5.<sup>a</sup> "no debe tomarse en el sentido de que se exigiese una declaración de voluntad —de conferir estado—, sino que simplemente alude a la voluntad de declarar la paternidad (voluntad de declarar y no declaración de voluntad)".

(21) Albaladejo, ob. cit., págs. 28 y 62. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, ob. cit., pág. 405. Peré Raluy, Derecho del Registro Civil. Aguilar. Madrid, 1962. T. I, pág. 443.

conocido, nos excusamos de repetir aquí (22). Basta, a nuestro propósito, destacar cómo las Sentencias de 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966, confirmando un criterio esbozado ya en las de 25 de mayo de 1945, 2 de marzo de 1955, 24 de mayo de 1956 y 29 de noviembre de 1958, manifiestan explícitamente el abandono de la antigua interpretación restrictiva y la adopción de la interpretación declarativa del artículo 135, poniendo de relieve la discrepancia entre este artículo y la Base 5.<sup>a</sup> y justificando el criterio abierto en "las ideas sociales imperantes".

Con ello parece que la cuestión tratada queda zanjada también en la práctica: al no exigirse una voluntad específica del padre, es claro que el reconocimiento incidental efectuado en escrito privado debe recibir el mismo tratamiento jurídico que el reconocimiento directo. Y con vistas al problema que vamos a examinar a continuación, nos interesa destacar cómo la palabra "expresamente" del artículo 135 no ha constituido obstáculo, en la doctrina y jurisprudencia más recientes, para la eficacia del reconocimiento incidental que no, por esta característica, deja de ser explícito (23).

#### V. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 131 C. c.)

Entramos ahora en el examen de la cuestión crucial de nuestro estudio y que ha dado origen al mismo. El artículo 131 del C. c. dice así: "El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público." El reconocimiento directo, tanto de indole negocial como confesoria, entra desde luego, según antes dijimos, en la órbita del precepto, pero ¿*quid* el incidental? ¿Qué eficacia tendrá un reconocimiento de esta naturaleza efectuado en documento público?

Obsérvese que la cuestión no es meramente teórica, sino de indudable trascendencia práctica, pues el supuesto de hecho se da con bastante frecuencia en la vida real. Porque si, desde luego, cuando pensamos en el reconocimiento del artículo 131 nos imaginamos al padre que acude al notario o a otro fedatario con la finalidad exclusiva o principal de reconocer a su hijo, dando lugar al otorgamiento de un instrumento en el que constará un reconocimiento directo (incluso un reconocimiento-admisión), junto a este caso normal puede suceder que la finalidad del otorgamiento sea completamente distinta, pero que, por

---

(22) Vid. últimamente Ferrer Martín, "Sistema actual español para determinar la filiación". A. D. C., 1967, pág. 269.

(23) El mantenimiento del adverbio "expresamente", que, en rigor, constituye una redundancia innecesaria, no deja de ser útil, al menos para la comprensión histórica del precepto, en cuanto que, de un lado, sirve para aclarar la abolición de los reconocimientos por conjeturas, y de otro, para recordar la distinción entre reconocimiento "expreso" (núm. 1.º) y "tácito" (núm. 2.º), de tanto abolengo entre nuestros autores.

exigencia lógica de su contenido, sea necesario en un determinado momento de la redacción afirmar de pasada la paternidad. Así, el padre que al otorgar testamento y para instituir herederos a sus hijos manifiesta previamente quiénes son éstos, omitiendo por ignorancia de su conveniencia, o por cualquier otra causa, efectuar un reconocimiento directo o el padre que otorga escritura de licencia para el matrimonio de un hijo suyo menor de edad, etc. (24).

#### 1) NUESTRA POSTURA

En teoría, dos son las posibles soluciones al problema propuesto: 1.<sup>a</sup> Entender que el reconocimiento incidental llena todos los requisitos exigidos por el artículo 131 y, en consecuencia, que debe recibir el mismo tratamiento que el reconocimiento directo; y 2.<sup>a</sup> Entender que tal tipo de reconocimiento no cumple todas las condiciones exigidas por el espíritu del precepto y, por tanto, que no puede producir otros efectos que los propios de un reconocimiento en escrito indubitado del artículo 135, 1.º, C. c., siempre que se den los requisitos de este último (25).

Debe observarse, ante todo, que aplicar una u otra solución conduce a resultados prácticos totalmente diversos. En efecto, si se sigue el primer criterio, ocurrirá que la inscripción del reconocimiento en el Registro Civil (necesaria para su eficacia) podrá ser solicitada por cualquier persona a que se refiera el hecho inscribible, sus herederos o, incluso, el Ministerio Fiscal (art. 24 L. R. C.), sin necesidad, en principio, de promover acción judicial ni expediente gubernativo específico de ninguna clase. Por el contrario, si nos decidimos por la segunda solución, la inscripción del reconocimiento en el Registro Civil sólo podrá lograrse por estos dos procedimientos: u obteniendo sentencia favorable recaída en el oportuno juicio ordinario de mayor cuantía (arts. 135 C. c. y 483 LEC), promovido por el propio hijo presunto (26) y dentro de los plazos que señala el artículo 137 del C. c.; o bien, consiguiendo resolución estimatoria en el expediente gubernativo introducido por el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el

(24) Los supuestos de hecho podrían repetirse hasta el infinito dentro de la lista de documentos públicos aptos para el reconocimiento que señala el art. 185 del R. R. C. Únicamente es difícilmente concebible la posibilidad de injertar un reconocimiento incidental en documentos otorgados ante los propios encargados de los Registros civiles (actas de nacimiento, de matrimonio de los padres...) y, al contrario, será muy frecuente en los testamentos. En todo caso, así como el reconocimiento directo constará en la parte dispositiva del instrumento, el incidental, por regla general, irá relegado a la exposición.

(25) Si se sustenta la segunda opinión, parece claro que la exigencia de la autografía total del escrito indubitado (condición criticada por la doctrina, pero exigida por el T. S. en Ss. de 8 de junio de 1929, 30 de junio de 1958, 7 de noviembre de 1961...), no debe estimarse necesaria para este caso particular de conversión formal. Dudoso es si se podrá prescindir de la firma del reconocedor: un argumento en contrario podría extraerse del art. 1.223 C. c.

(26) Sobre la cuestión de si los descendientes del hijo premuerto pueden promover la acción, vid. Albaladejo, ob. cit., pág. 157.

cual, si bien puede ser promovido por toda persona que tenga interés legítimo o su representante legal y en cualquier tiempo (artículo 188 R. R. C.) (27), requiere que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, pues si la hay, es forzoso acudir al procedimiento ordinario (artículo 49 L. R. C.).

De las dos posibles soluciones apuntadas nos decidimos rotundamente por la primera de ellas, la cual puede fundamentarse en una doble argumentación: positiva, a través de la aplicación de los diversos elementos interpretativos, y negativa: mediante la refutación de posibles razones en contra.

a) *Interpretación gramatical.*

Desde este punto de vista, es muy claro que el reconocimiento incidental no tiene por qué ser excluido del ámbito de aplicación del artículo 131. El reconocimiento incidental no deja de ser un verdadero reconocimiento, y si consta en documento público cumple literalmente los requisitos exigidos por el precepto.

b) *Interpretación lógica.*

Las ideas sociales imperantes tienden a favorecer, por imperativos de justicia, la constancia de la filiación natural, según hemos puesto antes de relieve. Si excluimos de la aplicación del artículo 131 al reconocimiento incidental, puede fácilmente suceder que el hijo natural no tenga medios hábiles para lograr la constancia de su estado civil, al no poder acudir al juicio ordinario en base del artículo 135, 1.º, porque, por ejemplo, hayan transcurrido los plazos del artículo 137, ni tampoco al expediente del artículo 49 de la L. R. C., porque se sepa va a haber oposición de algún interesado. Existiendo verdadero reconocimiento y constando éste de forma auténtica, ¿por qué razón lógica debe dejarse sin aplicación el artículo 131 del C. c. y en la indefensión más absoluta al hijo natural? La contestación afirmativa resulta totalmente injusta a los ojos de la sociedad actual.

A este orden de ideas deben sumarse todos los argumentos a favor del reconocimiento-confesión en general, a que hemos hecho referencia en la primera parte de este trabajo.

c) *Interpretación histórica.*

El precedente inmediato del artículo 131 lo constituye el artículo 124 del Proyecto de Código civil de 1851, y este último precepto,

---

(27) Las Resoluciones de la Dirección General de 20 de febrero de 1962, 8 de octubre de 1964, 12 de septiembre y 2 de octubre de 1967 han declarado inaplicables a este expediente los plazos contenidos en el art. 137 del C. c.

según testimonio directo de su principal autor, García Goyena, comprendía también el reconocimiento incidental (28).

d) *Interpretación sistemática.*

La confrontación del artículo 131 con el 135, 1.º, es útil a estos efectos. Confrontación justificada si partimos, con Albaladejo (29), del hecho de que el contenido del reconocimiento formal del artículo 131 y del escrito indubitado del artículo 135, 1.º, son idénticos: una declaración confesoria de la paternidad, por lo que es lícito y oportuno interpretar el primero de ellos por el segundo.

Pues bien, según hemos comprobado, la primordial razón que adujo la doctrina y la jurisprudencia para excluir el reconocimiento incidental del artículo 135, 1.º, fue el adverbio “expresamente” que utiliza este precepto, entendido conforme a su precedente inmediato de la Base 5.ª. Razón, por lo demás, que ni siquiera se ha mostrado decisiva ante el giro doctrinal y jurisprudencial expuesto. Pero es el caso que el artículo 131 ni emplea la palabra “expresamente”, ni está fundado en Base alguna de índole voluntarista: por tanto, ni sirve esta razón para excluir el reconocimiento incidental del artículo 131, ni, aunque pudiera aducirse, debería ser tomada en consideración.

## 2) REFUTACIÓN DE POSIBLES OBJECIONES

Con la argumentación expuesta podríamos considerar suficientemente resuelta la cuestión, pero nos ha parecido conveniente completarla, indicando algunas presumibles objeciones a nuestra tesis y tratando de refutarlas. Veámoslas (30):

a) *El reconocimiento en documento público debe ser expreso y el reconocimiento incidental siempre, o al menos en ciertos casos, no tiene este carácter.*

Para rechazar este argumento —que nos va a servir de paso para precisar el concepto de reconocimiento expreso— vamos a servirnos de la exposición de Albaladejo (31). Comienza este autor señalando que la doctrina española general afirma que el reconocimiento ha de ser expreso, indicando cómo, con ello, el Código se aparta del Derecho anterior. Pero observa cómo este requisito lo exige solamente el Código

(28) Vid. *supra* nota 8.

(29) Ob. cit., pág. 27.

(30) Insistimos en que no nos preocupamos de la argumentación contraria que pudiera extraerse de la pretendida naturaleza negocial del reconocimiento, tanto porque no estimamos este procedimiento válido en sí, cuanto por implicar una cuestión más general que hemos considerado resuelta *a priori* a favor del reconocimiento-confesión.

(31) Ob. cit., págs. 59 a 65, que extractamos en el texto.

civil en el artículo 135, 1.º y se pregunta hasta qué punto debe estimarse también necesario en el artículo 131, pues el que éste regule el reconocimiento formal no implica por sí solo que exija un reconocimiento expreso. No obstante, partiendo de la base de que si en el artículo 135, 1.º, no hay —para él— verdadero reconocimiento, sí hay, al menos, el contenido de un reconocimiento: una declaración de ciencia, concluye que, por analogía, debe exigirse la misma condición de expreso para la declaración de ciencia regulada en el artículo 131, cuya diferencia con el 135, 1.º, no es de contenido sino de forma.

Pero se pregunta, ¿qué significa que una declaración deba ser expresa? Para responder a ello, indica varios ejemplos: “A instituye heredero a C afirmando que es su nieto. El padre de C es hijo legítimo de M y de N, y su madre, B, es hija de padres desconocidos. La afirmación de A es, pues, afirmación implícita de ser padre de B.

A instituye herederos a todos los hijos naturales reconocidos (entre los cuales está B) por la madre D, excluyendo sólo a C, el cual A afirma excluirlo por no ser hijo *suyo*.

A instituye heredero a B, añadiendo que a sus otros hijos C y D los instituye, asimismo, herederos.

A instituye heredero a B, y al designarlo confiesa incidentalmente, o *ad demonstrationem*, ser su padre.

A en una cláusula de su testamento dice: “Reconozco como hijo mío a B”. En todos los casos anteriores —aclara Albaladejo— se exterioriza que A es padre de B. Exteriorización que A realiza consciente y voluntariamente. Pero no en todos se puede decir siempre que haya una declaración expresa de A de ser padre de B” (32).

Continúa el autor indicando que es preciso sentar un criterio de diferenciación entre las declaraciones expresas y no expresas; y recogiendo ideas de Cariota-Ferrara y de Betti, señala que este criterio puede ser objetivo o subjetivo: “Según el criterio objetivo declaración expresa es aquella realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar lo que resulta exteriorizado. Declaración no expresa es la que consiste en un comportamiento que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar lo interno, lo exterioriza, sin embargo.

Según el criterio subjetivo declaración expresa es la realizada por el declarante precisamente con el fin de exteriorizar lo declarado. Declaración no expresa sería, pues, la que, aun utilizando medios que por su naturaleza están destinados a declarar, exterioriza algo a cuya exteriorización no iba encaminada la declaración”.

---

(32) Obsérvese que de los cinco casos que presenta el autor, sólo constituyen reconocimientos incidentales el tercero y el cuarto. El quinto es un reconocimiento directo. Y los dos primeros son reconocimientos conjeturales en que a la afirmación de paternidad sólo puede llegarse a través de una presunción más o menos fundada (poco fundada en el primer ejemplo, en el que, a lo mejor, A se refería a ser padre real de C, en lugar del padre legítimo M; más fundamentada, pero presunción al fin y al cabo, en el segundo ejemplo).

Señala, a continuación, como posibles argumentos a favor del criterio subjetivo: que el artículo 135, 1.º debe interpretarse de acuerdo con la base 5.ª y que éste fue el criterio de la primera etapa jurisprudencial restrictiva del artículo 135, 1.º; y como argumentos a favor del criterio objetivo: ser el más seguro por no requerir investigación sobre el fin propuesto por el declarante; la discrepancia entre el artículo 135, 1.º y la base 5.ª; que la finalidad de tales normas fue concluir con el sentido excesivamente amplio de la jurisprudencia antigua y, finalmente, la segunda etapa, declarativa, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Naturalmente que Albaladejo, por estas últimas razones, se inclina en favor del criterio objetivo y concluye: "Basta para que haya reconocimiento la existencia de una libre voluntad de declarar la paternidad (voluntad entendida en el sentido de conocimiento de verificar una declaración de paternidad) y la existencia de una declaración de paternidad *explícita*, aunque no vaya encaminada precisa y exclusivamente a poner de manifiesto tal paternidad.

Y, de cualquier manera, pensamos que, aun si se exige una declaración de paternidad verificada expresamente (en sentido subjetivo) para reconocer, se debe sostener que toda afirmación explícita de paternidad debe presumirse hecha con ánimo de reconocer".

Hasta aquí la exposición de Albaladejo. Desde luego, estamos conformes con el resultado práctico a que llega este autor, al admitir claramente la validez del reconocimiento incidental, pero nos parece que el camino para llegar a ese resultado adolece de cierta oscuridad y confusión, causados por un defectuoso planteamiento del problema. Parte el autor, en efecto, de la necesidad de sentar un criterio de diferenciación entre las declaraciones expresas y las declaraciones no expresas y señala los dos posibles criterios subjetivo y objetivo que hemos transcrito.

Ahora bien, ocurre que el criterio subjetivo no distingue las declaraciones expresas de las no expresas, *sino las expresas directamente de las expresas incidentalmente: los reconocimientos directos de los reconocimientos incidentales*. De modo que el criterio subjetivo no cumple su objetivo de diferenciación y en todo caso debe ser rechazado, no sólo por las razones que aduce Albaladejo, sino fundamentalmente porque, si se parte de la tesis del reconocimiento-confesión, admitir un criterio distintivo basado en la intención del declarante, supone injertar en el acto un grado de voluntad incompatible con su naturaleza.

Y, ¿*quid* el criterio objetivo? Según este criterio indica Albaladejo que "declaración no expresa es la que consiste en un comportamiento que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar lo interno, lo exterioriza, sin embargo". Pero se nos ocurre preguntar, ¿un comportamiento es una declaración? La referencia a un comportamiento da a entender, más bien, que el autor está aludiendo al reconocimiento tácito, pero lo cierto es que las razones que se dan a continua-

ción en pro del criterio objetivo parecen encaminarse preferentemente a la exclusión del reconocimiento presunto.

Todo esto demuestra un defecto de planteamiento en la cuestión; defecto consistente, a nuestro juicio, en el hecho de que el término "reconocimiento no expreso", aparte de constituir, como indicábamos antes, una expresión contradictoria en el plano lógico, carece de univocidad, pues con él puede hacerse relación a situaciones totalmente diversas que es preciso deslindar previamente. Para dar luz al problema hay que partir del postulado de que el reconocimiento escrito es una afirmación de la paternidad; y una afirmación existe o no existe: no hay término medio. Si existe, estamos ante un reconocimiento, al que si le añadimos la coletilla de "expreso" no será sin incurrir en una redundancia, cuya utilidad única estribará en servirnos de término de comparación, pero sin que el calificativo añada de por sí ninguna cualidad más al sustantivo. Si no hay tal afirmación estaremos entonces, no ante un reconocimiento no expreso, sino ante un *no reconocimiento*.

Ahora bien, puede ocurrir que la Ley pueda permitir, en ciertos casos de *no reconocimiento*, que el Juez, apoyado en la interpretación del contexto del escrito por medio de presunciones o conjeturas, llegue a declarar que ha existido la voluntad del padre de afirmar su paternidad y atribuir a la misma idénticos efectos jurídicos a los de un verdadero reconocimiento. Nos hallamos entonces ante un reconocimiento presunto o conjetural, cuya posibilidad debe ser descartada de nuestro Código, tanto en el caso del artículo 131 como en el del artículo 135, 1.º, por exigencia del término "expresamente" de este último precepto, interpretado teleológicamente a la luz del Derecho histórico.

Y queda otra posibilidad: que el padre no haya emitido declaración alguna por escrito, pero que su conducta con relación al hijo sea de tal naturaleza que de ella pueda inferirse su íntimo convencimiento de ser padre o, incluso, su voluntad de comportarse como padre natural. Cuando la Ley da virtualidad a estos *facta concludentia* del padre, permitiendo en su base conferir al hijo natural el estado civil propio, nos encontramos con el llamado reconocimiento tácito, cuyo ámbito de aplicación está limitado en nuestro Código al supuesto del artículo 135, 2.º (33).

---

(33) Para una más completa exposición sobre estos tres términos: "expreso", "tácito" y "presunto", pueden consultarse útilmente los siguientes estudios de Vallet de Goytisolo: "Notas para la interpretación del art. 783, párr. 1.º, y 785 núm. 1.º, del Código civil". A. D. C. 1961, pág. 156. Y "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición". A. A. M. N., t. VIII, 1954, págs. 15 y ss. y 139 y ss., especialmente.

De las tres acepciones del vocablo tácito que indica este autor: secreto, expresado por hechos concluyentes y expresado con palabras, pero sin expresión formal, es claro que la posesión de estado engloba estas dos últimas acepciones y que, en cambio, un reconocimiento *escrito* no puede nunca incluir ninguna de ellas.

b) *El reconocimiento incidental puede exceder de las funciones autenticadoras atribuidas al autorizante.*

Dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1965 y 27 de septiembre de 1966, han utilizado este argumento para negar la eficacia de unos reconocimientos incidentales contenidos en documento público. Se trataba de unos documentos de licencia para contraer matrimonio, autorizados por Párroco con arreglo al artículo 48 del Código civil, en los que el progenitor otorgante, como presupuesto previo para la concesión de la licencia, calificaba de hijo suyo al menor de edad. El Tribunal Supremo, recalcando la palabra "competente" que utiliza el artículo 1.216 del C. c., estimó, en síntesis, que el Párroco o No.ario eclesiástico del artículo 48 tiene competencia para autorizar la licencia, pero no para autenticar el reconocimiento, regido por el artículo 131.

Oportunamente nos hemos ocupado de mostrar nuestra disconformidad con la argumentación del Tribunal Supremo (34). Basta ahora a nuestro propósito constatar cómo, aunque se estimen convincentes las razones de dichas sentencias, ello no obsta nada para la validez y eficacia del reconocimiento incidental en general, pues si en esos casos se le negó virtualidad, no fue por el hecho de ser incidental, sino por otros motivos. Y de ningún modo puede utilizarse la argumentación de las Sentencias para rechazar la eficacia de los reconocimientos incidentales contenidos en documento público notarial: supuesto, evidentemente, mucho más frecuente.

c) *El reconocimiento incidental puede ser incompleto.*

De una opinión doctrinal, combinada con la interpretación finalista de los artículos 131 y 135, 1.º podría extraerse el siguiente argumento contrario a nuestra tesis. La introducción del artículo 131 del Código civil obedece fundamentalmente a la implantación del Registro Civil en 1870 (35), con la consiguiente necesidad de documentación auténtica para que pueda tener acceso el reconocimiento a los libros del Registro. Si esto es así, puede pensarse que el artículo 131 está previsto para aquellos casos en que el reconocimiento es completo, en el sentido de reunir todos los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro Civil. A su vez, el artículo 135, 1.º, se refiere a un supuesto en el que falta una condición fundamental para la inscripción, cual es la documentación pública, condición que únicamente puede suplirse a través de una sentencia. Puede, pues, interpretarse que todos aquellos reconocimientos que, aun constante en documento público, no sean inmediatamente inscribibles deben caer bajo el ámbito del artículo 135, 1.º. Y como el reconocimiento incidental, por su natural

(34) Vid. nuestro comentario a la sentencia últimamente citada en A. D. C. 1967, pág. 600.

(35) Este es el parecer de Royo Martínez Ob. cit., pág. 270.

esquematismo, será frecuente no reúna los requisitos necesarios para la inscripción, debe igualmente ser excluido del campo finalista de aplicación del artículo 131.

Este argumento —que nos va a servir de enlace con el epígrafe siguiente, donde trataremos de la inscripción del reconocimiento incidental— parece, a primera vista, dotado de bastante fuerza. Pero para desvirtuarlo bastan estas dos consideraciones: 1.<sup>a</sup>) Que, del mismo modo que en el argumento anterior, si por éste rechazamos la eficacia del reconocimiento será, no por ser incidental, sino por ser incompleto, que son cosas distintas. Únicamente si el reconocimiento incidental, por naturaleza, fuera siempre y forzosamente incompleto, tendría valor la argumentación. Pero esto no es completamente cierto, como inmediatamente veremos. 2.<sup>a</sup>) Que muchos de los requisitos necesarios para la inscripción, como la capacidad del reconocedor, la aprobación judicial o el consentimiento del hijo, puede perfectamente suceder que no consten en el documento público que contenga un reconocimiento directo (o un reconocimiento-admisión, si se quiere) y no por ello hay que entender que estos casos se rigen por el artículo 135, 1.<sup>a</sup>. La inscripción en el Registro Civil es realmente cuestión ajena al artículo 131, que se limita a exigir unos requisitos de validez, que puede cumplir perfectamente el reconocimiento incidental. Y, por ello, aunque falten en éste extremos imprescindibles para la inscripción y sea preciso, como último recurso, acreditar su existencia ejercitando la acción correspondiente en el juicio ordinario de mayor cuantía, esta acción estará basada en el derecho concedido al hijo por el artículo 131 y no en el que le confiere el artículo 135, 1.<sup>o</sup>, con la importante consecuencia de que los plazos de caducidad del artículo 137 no se aplicarán a la acción ejercitada (36).

### 3) EFICACIA DEL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL: SU INSCRIBIBILIDAD

Los efectos del reconocimiento incidental en documento público, como los del reconocimiento directo, se hallan íntimamente ligados a la inscripción del acto en el Registro Civil. Pues si la inscripción en el Registro no llega a tener valor constitutivo, en cuanto que el acto preexiste jurídicamente a la inscripción, sí tiene una eficacia legitimadora y probatoria extraordinaria respecto del hecho inscrito, al constituir medio de prueba monopolístico y excluyente de cualquier otro en cuanto a aquél. El artículo 2.<sup>o</sup> de la L. R. C., desarrollando lo que ya disponía el artículo 327 del C. c., establece, en efecto, ese valor probatorio absoluto de la inscripción (37).

(36) Esta conclusión nos parece clara tanto por la colocación sistemática del art. 137, a continuación y como complemento de los 135 y 136, como porque en la hipótesis planteada no se trata de una "acción para el reconocimiento de hijo natural", sino de una acción para acreditar los requisitos complementarios de un reconocimiento ya efectuado.

(37) Téngase en cuenta que si bien es posible acudir a otro medio de prueba en los casos de falta de inscripción, tal posibilidad se subordina por el

Ahora bien, para lograr la inscripción deben concurrir ciertos requisitos ajenos e independientes del acto de reconocimiento en sí (como la aprobación judicial o el consentimiento del hijo, según los casos: artículo 133 C. c.) y otros requisitos, de fondo o de forma, propios del mismo reconocimiento. Estos últimos, y desde el punto de vista de si el reconocimiento incidental puede o no cumplirlos, son los que vamos a examinar aquí, fijándonos concretamente en estos tres extremos: la presentación del título inscribible, la individualización del reconocido y la justificación de la capacidad del reconocedor.

Pero, antes, es importante destacar una observación de tipo práctico. Cuando el propio padre que hizo el reconocimiento es el que insta la inscripción y desea realmente que se lleve a cabo, todas las dificultades desaparecerán, en cuanto que si el Encargado del Registro no estima estén cumplidas en el documento público presentado las condiciones precisas para la inscripción, siempre quedará abierto un camino sencillo para lograrla: la reiteración del reconocimiento mediante la oportuna declaración personal del padre que puede efectuar en cualquier tiempo ante el Encargado del Registro, de acuerdo con la nueva modalidad de reconocimiento introducida por el artículo 49 de la L. R. C. Por esto, todas las consideraciones que siguen deben estimarse especialmente referidas a los casos en que el padre no quiera o no pueda, por incapacidad o fallecimiento, solicitar la inscripción.

#### a) *Presentación del título inscribible.*

El título imprescindible para la inscripción es, naturalmente, la copia o testimonio auténtico del documento público que contenga el reconocimiento por incidencia.

Uno de los pilares básicos en que se apoya la nueva legislación sobre el Registro Civil es el de lograr y fomentar la deseable concordancia entre el Registro y la realidad. El artículo 95 del R. R. C., desenvolviendo más ampliamente lo ya ordenado por el artículo 24 de la L. R. C., sienta el principio general de que "las Autoridades y funcionarios comunicarán los hechos no inscritos, con todas las circunstancias posibles, al Ministerio Fiscal, con remisión de los documentos que puedan servir de título", a fin de que el Ministerio Fiscal pueda promover sin demora la inscripción, obligación que le incumbe por imperativo del artículo 24, 3.º de la Ley. A la misma finalidad respondía ya el artículo 254 del Reglamento Notarial, al obligar a los Notarios a expedir testimonio de los reconocimientos de hijos naturales en testamento a los efectos de la anotación marginal que determina el artículo 60 de la Ley del Registro Civil (de 1870).

Ahora bien, es indudable que, salvo casos especialísimos, no podrá

---

propia art. 2.º de la L. R. C. al requisito indispensable de que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento.

Sobre el valor de la inscripción en general, vid. Peré Raluy, ob. cit., t. II, pág. 920.

nunca saberse por el autorizante del documento público si el reconocimiento incidental se refiere a un hecho inscrito o no inscrito y, por tanto, no podrá cumplir la obligación que le impone el artículo 95 del R. R. C.

El propio hijo natural, o sus herederos (cfr. artículo 24 L. R. C.), serán los realmente obligados a procurar la inscripción, presentando la oportuna copia en el Registro correspondiente. Si se trata de una escritura *inter vivos*; la obtención y presentación de la copia no ofrecerán dificultad alguna, dado el evidente interés legítimo de aquéllos en obtenerla (cfr. artículo 224 del Reglamento Notarial). Pero si el reconocimiento incidental consta en un testamento (piénsese que el hijo ha podido saber su existencia, por ejemplo, a través de una copia simple), nos encontramos con el valladar infranqueable que supone el artículo 226 del mismo Reglamento, cuyo primer párrafo señala que: "En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado legal podrá obtener copia del testamento".

Parece, pues, que el hijo no tendrá otro recurso más que esperar a la muerte del padre para poder entonces inscribir su reconocimiento y gozar de los derechos que le atribuye su filiación natural (38).

#### b) *Individualización del reconocido.*

Requisito de eficacia de todo reconocimiento es, naturalmente, que su sujeto pasivo quede suficientemente identificado. Y desde el punto de vista de la inscripción es necesaria no solamente esa condición, sino, además, que no haya duda de que la persona identificada como reconocido sea la misma a la que se refiera el acta de nacimiento que conste en el Registro Civil. Es preciso, pues, que exista una conexión clara, en cuanto a la individualización del reconocido, entre el documento público y la inscripción de nacimiento.

Lo ideal sería, desde luego, que en el documento público constase la fecha y lugar de nacimiento del hijo y su nombre y apellidos. Pero, tratándose de reconocimientos incidentales, es difícil, aunque no im-

---

(38) La solución parece dura e injusta, pero no vemos posibilidad alguna de suavizarla... Así, no parece factible que el hijo, en base de la copia simple del testamento, inste la acción judicial correspondiente en juicio ordinario, obteniendo el testimonio o copia parcial por mandato judicial, pues el art. 226, pár. 1.º, R. N. sienta una regla sin excepción y el art. 222 del mismo Reglamento no se muestra tampoco muy abierto para dar facilidades a la expedición de copias por mandamiento judicial (cfr. en el mismo sentido la Res. de 4 de octubre de 1952).

Igualmente debe rechazarse la solución "práctica" —basada en la razón teórica de que el reconocimiento es ajeno al contenido propio del testamento— de "convencer" al notario para que expida el testimonio previsto en el art. 254 del R. N. Estimamos que, no constándole fehacientemente al fedatario la no inscripción del reconocimiento, acceder a esa pretensión supondría una excepción intolerable al secreto del protocolo, que se extiende no sólo al contenido del instrumento, sino incluso al hecho de que el mismo se haya o no otorgado. Por esto, el notario no debe ni entrar a discutir, con otra persona que no sea el testador, sobre la existencia y contenido de un testamento confiado a su custodia.

posible, que se reflejen en el documento tal cúmulo de circunstancias. Es arriesgado sentar reglas generales acerca de cuáles de estos datos bastarán para la inscripción: por ejemplo, la sola constancia del nombre y apellidos del hijo no parece identificación suficiente, pero esos datos, unidos a las menciones de identidad de la madre tal como figuran en el acta de nacimiento, harán posible la inscripción. En todo caso, ante un supuesto dudoso, siempre cabrá presentar el título y recurrir gubernativamente contra la calificación denegatoria del Encargado (artículo 29 L. R. C.).

Cuando la identificación se muestre como insuficiente para la inscripción, consideraciones de justicia obligan a conceder al hijo natural la posibilidad de probar su identidad. Albaladejo (39) cree admisible esta prueba “siempre que en el acto del reconocimiento se contuvieran ya todos los elementos necesarios para su individualización, pero ésta no sea absolutamente segura sin más, porque hubiese, por ejemplo, una equivocación en el nombre o más de una persona con el mismo”. Pero no resuelve este autor —y éste es el problema más importante— dónde y cómo podrá el hijo natural suministrar esa prueba.

A nuestro juicio, la prueba de la identificación del reconocido sólo podrá realizarse en el oportuno juicio declarativo ordinario que promueva el hijo natural en base del artículo 131 del C. c. No vemos posibilidad de admitir aquélla en un expediente gubernativo del Registro Civil, pues su legislación guarda silencio sobre este extremo y en el único expediente previsto (contra la calificación negativa del Encargado: artículo 29 de la Ley) sólo podrá discutirse si la identificación resulta o no del documento público en que conste el reconocimiento o, a lo sumo, de otro documento público complementario oportunamente presentado. Y es que, dado el matiz formal de este tipo de reconocimiento, parece que un elemento esencial del acto, cual es el sujeto pasivo, debe constar, en su totalidad, de modo auténtico, so pena de desnaturalizar el reconocimiento formal.

### c) *Justificación de la capacidad del reconocedor.*

De acuerdo con el artículo 187 del R. R. C., en su número 2.º, para inscribir el reconocimiento habrá de acreditarse, en estos casos, que el reconocedor tenía, en el momento de la concepción del hijo, capacidad legal para contraer matrimonio. Y añade el mismo artículo que, para acreditar este extremo, “basta la declaración del padre..., bajo su responsabilidad y con las formalidades del reconocimiento, en el mismo acto o en otro ulterior; la afirmación contenida en la correspondiente aprobación judicial o la comprobación, sin edictos o proclamas, en expediente gubernativo”.

Presupuesta, según dijimos, la inhibición del padre, la primera modalidad de justificación de la capacidad, que podrá aducir el hijo en el reconocimiento incidental, es la que resulte del propio documento público que lo contenga.

(39) Ob. cit., pág. 65.

Pues bien, es indudable que, tratándose de reconocimiento por incidencia, no existirá, salvo casos muy excepcionales, una específica declaración del padre en el sentido de afirmar su capacidad para contraer matrimonio, pero, aparte de que lo que exige primordialmente este artículo 187 es que se acredite dicha capacidad y no que el padre la declare (lo que no es sino una facilitación de la prueba), puede perfectamente constar una manifestación paterna que satisfaga esa exigencia.

En efecto, una de las circunstancias que han de reflejarse siempre en todo instrumento público es el estado civil del otorgante u otorgantes, que generalmente consta sólo por manifestación de los mismos. Creemos por tanto, que si el padre es soltero y así lo ha declarado, debe considerarse cumplido el requisito del artículo 187 del R. R. C., pues interpretar éste en sentido exageradamente formalista, exigiendo la declaración expresa del padre en los mismos términos que utiliza el precepto o en otros similares, parece una interpretación excesivamente literalista. Declarar que se es soltero ahora, equivale a declarar que siempre se ha sido capaz para contraer matrimonio y no hay por qué exigir más (40).

Pero, en cambio, si el padre al efectuar el otorgamiento ha declarado que es casado o viudo, será imposible la inscripción con el solo documento.

A nuestro parecer —y aunque ello sea discutible—, sólo podrá acreditarse entonces la capacidad en el correspondiente juicio ordinario y no en expediente gubernativo (41), que tratándose de la aplicación del artículo 131 del C. c. no está previsto en la legislación del Registro Civil.

\* \* \*

En resumen, el reconocimiento incidental puede llenar perfectamente todos los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro Civil. Si no los reúne, el padre puede soslayarlos en la práctica, reiterando el reconocimiento ante el Encargado. Y si es el hijo quien pretende la inscripción, sin poder contar con la voluntad del padre, sólo le quedará la posibilidad de acreditar dichos requisitos en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, en base de los artículos 131 Código Civil y 483 L. e. c. La posibilidad de justificar aquellos extremos por medio de expediente gubernativo sólo podrá utilizarla, en tesis general, si degrada el documento público a escrito indubitado y, en su base, invoca el artículo 49, 1.º de la Ley del Registro Civil, con las limitaciones y garantías de que aparece rodeado este precepto.

(40) La Resolución de 27 de diciembre de 1965 parece dar pie a la interpretación literal del art. 187 del R. R. C., al exigir que en la declaración de la capacidad del padre "no caben términos oscuros o por lo menos ambiguos". Pero es fundamental tener en cuenta que en el caso resuelto se trataba de progenitor casado en el momento del reconocimiento.

(41) La referencia al expediente gubernativo en el art. 187 no debe inducirnos a confusión, pues, naturalmente, debe referirse al expediente previsto en el art. 49 de la Ley, que tiene por base los supuestos de hecho del art. 135 del C. c.

