

El artículo 135, *in fine*, del Código civil: nuevo criterio jurisprudencial

ENRIQUE RUBIO

Profesor Adjunto de Derecho civil
en la Universidad de Navarra

SUMARIO.—I. La necesaria reforma del Derecho de filiación ilegítima; coordenadas de dicha reforma.—II. La investigación de la paternidad en nuestro derecho patrio. A) Tradición histórica. B) Código civil C) Derecho foral: 1) Compilación de Cataluña. 2) Compilación de Navarra.—III. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la imposición judicial del reconocimiento en los supuestos del artículo 135, *in fine*, del Código civil.—IV. Hacia una interpretación correctora de la norma. 1) Escasa atención doctrinal. 2) Reciente criterio jurisprudencial. 3) Consideraciones finales.

I. LA NECESARIA REFORMA DEL DERECHO DE FILIACION ILEGITIMA; COORDENADAS DE DICHA REFORMA

A la hora de estudiar un precepto cualquiera de nuestro Código civil como el de otro cuerpo normativo se hace necesario su debido encuadramiento en su *sedes materiae*. Será esta superior división dentro de la cual el precepto se halla, la que nos ofrecerá, en la mayoría de los casos, los principios concretos de los que debemos partir en una primera aproximación a la norma que nos interesa. Un ejemplo que por académico no es menos válido nos presenta, en sede de eficacia contractual, el artículo 1.280. La interpretación de este precepto no es posible si no se tienen presente los dos artículos que le preceden e, incluso, en una consideración más general, el título en el que han sido colocados. Pues bien, en materia tan distante de la contractual, como es la referente al Derecho de familia, no es posible apartar una norma para su estudio y comentario sin tener especialmente en cuenta el entorno «ambiental» en el que la misma despliega su eficacia.

El artículo 135 del Código civil, en el que se halla la norma objeto de nuestra consideración, prescribe: «El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole».

Es el inciso último del artículo citado el que me propongo comentar. Pero como acabo de señalar y como a la postre se verá, sería ingenuo por mi parte prescindir en la primera aproximación al tema de un dato que me facilita la propia ordenación de nuestro primer Cuerpo legal, a saber: que este precepto se encuentra enclavado dentro del capítulo IV («de los hijos ilegítimos»), del título V («de la paternidad y filiación»), del libro I («de las personas») de nuestro Código civil; es decir, que se halla colocado en una de las *sedes materiae* más críticas de nuestro actual Derecho civil y por la que la doctrina actual siente una especial predilección: el Derecho de filiación ilegítima. Si acabamos de hablar de crisis respecto del Derecho de filiación ilegítima, lo hacemos conscientes del alcance de la expresión empleada. No ofrece la menor duda que el Derecho de familia y, en particular, el Derecho de filiación están siendo objeto de una profunda evolución cuya meta no es otra que la de alcanzar una situación más justa, que adecúe el Derecho, en la medida que le es lícito, a la realidad social fluyente. Esta inadaptación entre las necesidades naturales y sociales, por un lado, y las normas jurídicas, por otro, exige la reforma.

Esta reforma en materia de filiación debe inspirarse en un doble principio: el derecho de todo hombre a saber quiénes son sus padres y a recibir de ellos ayuda moral y material, y el deber de la sociedad de proteger la familia legítima. Se trata de proteger al hijo reconociéndole cuantos derechos le corresponden por lo que es, un ser humano, a la par que se debe impedir que la dignidad y solidez de la familia sufra menoscabo (1). En esta difícil pero realizable combinación de principios ha de encontrarse el norte que guíe toda investigación científica en torno a tema tan fundamental.

Señaladas las coordenadas de una posible reforma, el Derecho comparado y la tradición jurídica patria en esta materia se nos presentan como valiosos instrumentos de aquélla. Esta vuelta al pasado a la que aludo me parece de indudable actualidad porque en ella tal vez encontramos criterios válidos para problemas que hoy se nos presentan como insolubles. Por eso, dejando a un lado el Derecho comparado —nuestro propósito no es tanto hallar criterios de reforma, cuanto aportar ideas para una más actual interpretación de nuestro Derecho positivo en materia de filiación— parece oportuno centrar nuestra atención en un punto concreto, nuclear, de toda la problemática del Derecho de filiación, cual es la investigación de la paternidad. Y vamos

(1) FUENMAYOR, *Contestación al discurso leído por De la Cámara en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1975, pág. 275.

a hacer referencia a esta cuestión por un doble motivo: de un lado, porque tanto nuestro Derecho pretérito como una importante parcela del actual han conocido la investigación de la paternidad, y, de otro, porque no debemos olvidar que el artículo 135, *in fine*, del Código civil es, en opinión generalizada, un ejemplo típico de admisión positiva de este principio dentro del sistema del Código civil.

II. LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO PATRIO

Es sin duda el tema de la investigación de la paternidad uno de los puntos más controvertidos doctrinalmente, a la par que pieza imprescindible de una futura reforma del Decreto de filiación. El porqué de traer en estos momentos esta cuestión aquí nos viene explicado por el precepto mismo que tratamos de comentar. Este precepto ha sido comentado por los autores señalando que estamos ante un supuesto de «investigación de la paternidad» y de «reconocimiento forzoso» de la misma. En los números primero y segundo del artículo 135, más que de averiguar la paternidad, nos encontramos ante supuestos de petición de la declaración judicial de la relación de filiación ya existente *in natura* (2). La doctrina moderna, posterior a la publicación del Código civil, a la hora de explicar el significado del último párrafo del precepto comentado, ha incurrido en notorias imprecisiones que han contribuido a oscurecer el entendimiento de la norma. La causa de tales imprecisiones y oscuridad se encuentra como acertadamente señalan Lacruz y Sancho en los precedentes del sistema (3), de aquí que, aunque con brevedad, nos debamos detener en nuestra tradición histórica.

Con gran agudeza se ha señalado que la facilidad o restricción de la investigación de la paternidad en cada ordenamiento es proporcional a la mayor o menor riqueza de efectos jurídicos concedidos por el mismo: cuanto más limitados son los efectos, mayores las facilidades concedidas para el establecimiento de la relación paterno-filial y viceversa (4). Esta observación puede explicar en parte, aunque nunca justificar, la exposición siguiente.

A) TRADICIÓN HISTÓRICA.

La investigación de la paternidad se plantea cuando no existe certeza sobre la filiación natural, al par que se quieren atribuir a los hijos ilegítimos unos determinados derechos.

En el Derecho romano los hijos nacidos fuera del matrimonio son los *filiis spurii* o *vulgo quaesitae*. El calificativo de natural conlleva un

(2) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*. II, Barcelona, 1975, página 79.

(3) *Ob. cit.*, pág. 79.

(4) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949, pág. 264.

doble matiz: supone frente a los hijos adoptivos un vínculo biológico de procreación, a la vez que este nacimiento ha tenido lugar fuera del matrimonio, especialmente en concubinato.

La filiación natural comienza a tener entidad cuando el Derecho romano ha obtenido altas cotas de evolución, fundamentalmente por influjo de las ideas cristianas (5). En la época clásica, mientras respecto de la madre se admite la obligación recíproca de alimentos (D. 25, 3, 5, 4), al padre se le niega claramente (Mod. 5 resp.). Ya Justiniano establece un derecho recíproco de alimentos entre padres e hijos naturales, a menos que se trate de filiación adulterina o incestuosa (Nov. 89, 12, 6; 13; 15) (6). No existía una verdadera relación jurídica paterno-filial como consecuencia de la filiación natural. Si bien la patria potestad sólo se derivará de la legitimación por subsiguiente matrimonio o por rescripto, Justiniano, aun no haciendo referencia a ella, tiende a asimilar los hijos naturales a los legítimos con relación a los deberes éticos que se crean por el hecho mismo de la generación. En este primer estadio de evolución histórica se puede concluir afirmando que los hijos naturales de algún modo son fácilmente cognoscibles por cuanto son consecuencia, la mayoría de las veces, de uniones estables, como el concubinato. Ahora bien, junto a este hecho hay que señalar que el Derecho romano está impregnado de una justa aspiración a la verdad real y paternidad auténtica o biológica. Este principio, y referido a la filiación matrimonial, queda recogido en el texto fundamental de Ulpiano (Ulp., lib. IX ad. Sabinum), posteriormente incorporado al Digesto (D. 1, 6, 6). En él se admite una amplia gama de posibilidades de impugnación de la paternidad, hecho, por otro lado, lógico si se precisa que en el Derecho romano clásico existía el régimen de prueba libre y de libre apreciación judicial (7).

Esta misma preocupación por la verdad biológica y libertad de prueba de la verdadera paternidad se hace también ostensible para la filiación extramatrimonial, como puede verse en D. 35, 1, 83.

Ya en nuestro Derecho histórico patrio, las Partidas conservan la doctrina romanista. Será «natural» frente a los restantes hijos ilegítimos el hijo nacido de concubina o barragana (P. 4, 15, 1). Al igual que sucedió en el Derecho romano respecto de estos hijos, no se producirá relación jurídica paterno-filial en tanto no se produzca la legitimación; ésta, como acertadamente advierte Díez Picazo (8), se verá considerablemente facilitada (por testamento, carta, etc.) (9).

Visto el problema de la identificación de los hijos naturales, relativamente sencillo por cuanto son fruto de relaciones permanentes, de

(5) BIONDI, *Istituzione di Diritto Romano*. Milán, 1956, págs. 587-588.

(6) BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano*. III, Milán, 1954, pág. 196.

(7) Pueden consultarse las referencias que en este sentido hace RIVERO HERNÁNDEZ en: *La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña*, en "Rev. Jur. de Catal.", abril-junio 1973, pág. 224.

(8) *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, 1962, enero-marzo, pág. 216.

(9) Part. 4,15,5 y siguientes.

carácter estable, debemos preguntarnos por el contenido de los derechos de que gozan esta categoría de hijos. En este sentido, el hijo mantiene el derecho —que como vimos aparecía recogido en el Derecho romano— a los alimentos, por parte del padre (10). Sin embargo, los posibles derechos sucesorios del hijo natural se presentaban con evidentes signos de oscuridad. Por todo ello, las leyes 9 y 10 de Toro regularon los derechos sucesorios del hijo natural. Con el fin precisamente de fijar la titularidad de este derecho sucesorio —advierde Díez Picazo (11)— se dio por la ley 11 una nueva definición de los hijos naturales: «Entonces se digan ser los hijos naturales cuando al tiempo que nasceren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger, de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las cualidades suso dichas, mandamos que sea hijo natural». Esta ley, al tratar de precisar el concepto de hijo natural, se aparta del precedente romano, puesto que extiende el concepto a los hijos nacidos de mujeres que no vivieran en la casa de los padres. Es precisamente en este momento, a partir del cual el concepto de filiación natural se ensancha hasta cubrir supuestos nuevos, en el que se pueden plantear —y de hecho así va a resultar— problemas de identificación de los hijos. Se va a exigir desde ahora una declaración de voluntad —reconocimiento— a la cual le acompañarán los efectos de la filiación natural, hasta entonces dependientes únicamente del concubinato. Ahora bien, como expone Sancho Rebullida (12), puesto que la barraganía había quedado configurada sobre el esquema del matrimonio —por lo que hace referencia al carácter monogámico y a la doctrina de los impedimentos—, al reconocimiento se le exigió el requisito de la aptitud matrimonial de los progenitores que reconocían.

Respecto de la ley 11 de Toro se suscitaron muchos problemas, como, por ejemplo, el de si el reconocimiento debía ser voluntario o podía ser forzoso, si había de ser expreso o bastaba que fuera tácito. Prevalció el criterio de que no hacía falta que fuera expreso y también el de que era posible la investigación de la paternidad en un sentido amplio (13).

Esta ley fue recibida por la Novísima Recopilación como ley 1.^a,

(10) P. 4,19,15.

(11) *De nuevo...*, cit., pág. 216.

(12) *Las clases de filiación en el Código civil*, en R.G.L.J., 1969, julio-agosto, pág. 51.

(13) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. IV, 2. Barcelona, 1970, pág. 101. Parece más correcto señalar que con esta ley se sostiene el principio de libertad de forma en el reconocimiento, a la vez que se mantiene un criterio de no tasación de los medios de prueba del reconocimiento, aunque no se encuentre permitida, en cambio, la investigación de la paternidad en un sentido técnico; así: ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, pág. 275; MELÓN INFANTE, *Reconocimiento de la paternidad natural*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, 1952, enero-marzo, página 371; y DÍEZ PICAZO, *Reclamación de la filiación natural*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, 1959, octubre-diciembre, pág. 1417.

título V del libro X, y el criterio que acabamos de sostener como más firme quedó recogido por las sentencias de 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873 (14).

Podemos preguntarnos ahora qué tratamiento merecía esta cuestión en el otro gran componente de nuestra tradición jurídica, el Ordenamiento Canónico. En Las Decretales de Gregorio IX, pieza fundamental para el estudio de este tema en el Derecho canónico, se advierte una clara tendencia progresiva en materia de filiación ilegítima. En su libro IV, título XVII, capítulo III, con ocasión de una consulta sobre un caso en el que un joven pretendía ser hijo de cierto marido y mujer que negaban que aquel fuera hijo suyo ni legítimo ni espúreo, sino que lo habían recogido y criado por piedad (*sed dicebant quod eum pietatis intuitu nutritissent*), se responde a la cuestión planteada en los términos siguientes: «A tu consulta respondemos que en tal caso hay que estar a la palabra del hombre y de la mujer: a no ser que te constara por testigos e indicios ciertos que el joven citado es hijo» (15). Este pasaje de Las Decretales nos invita a deducir las siguientes consideraciones:

a) Puede sostenerse un amplio margen de libertad en materia de prueba de la maternidad y paternidad, puesto que se alude a alguna, como la de indicios ciertos o la de testigos.

b) Frente a la palabra de los supuestos padres, que en principio se tiene como válida, se defiende la búsqueda de la verdadera filiación como máximo criterio rector.

c) Este doble principio de libertad en materia probatoria y de averiguación de la filiación real es predicable tanto de la filiación ma-

(14) Esta última sentencia, ante la afirmación de los demandados en su curso de casación de que se había infringido “la jurisprudencia vigente que prohíbe la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio después de muerta la persona a quien la paternidad intenta atribuirse”, establece en su primer considerando: “que no es jurisprudencia admitida por los Tribunales ni establecida por este Supremo la que se invoca vigente en el primer motivo de recurso que prohíba pretenda (*sic*) la calidad de hijo natural después de la muerte de aquél a quien intente atribuirla”.

(15) El texto íntegro del capítulo III (“*Statur verbo viri et mulieris, qui negant aliquem filium, nisi indiciis et testibus probetur contrarium*”) dice así: “*Transmissae nobis tuae literae continebant, quod, quum N. civis tuus usque ad iuventutem quendam puerum nutritisset, uxore sua M. tunc non desponsata sibi cohabitante, postmodum ipsam, sicut dicitur, legitime desponsavit, et filios sustulit ex eadem. Quibus paternam hereditatem petentibus, praedictus iuvenis contradicit, gerens se filium et heredem, quamvis a vicinia, quae ipsum filium eorum esse credebat, spurium diceretur. Praedicti vero N. et uxor eius Matilda praefatum iuvenem spurium suum aut legitimum filium esse negabant, sed dicebant, quod eum pietatis intuitu nutritissent. Quum autem quaestio coram te mota esset, et praedictus iuvenis pro eo, quod iuri stare nolebat, vinculo sit excommunicationis adstrictus, quid de hoc agere debeas, nos consulere voluisti. Super hoc itaque Consultationi, tuae taliter respondemus, quod in tali casu standum est verbo viri et mulieris, nisi certis indiciis et testibus tibi constiterit, esse filium iuvenem memoratum*”; puede consultarse el *Corpus iuris canonici*, de E. FRIEDBERG, Graz, 1959, pág. 710.

trimonial como de la extramatrimonial, puesto que en el caso al que acabamos de aludir los padres negaban por igual el carácter de hijo legítimo o ilegítimo (16).

El sistema cambió una vez que el Code Napoleón prohibiera de manera clara y rotunda no sólo la investigación de la paternidad, sino cualquier tipo de reconocimiento que no fuese voluntario y solemne. Fuera del reconocimiento solemne no hay filiación natural. Con arreglo al artículo 340 del Code, en su redacción originaria, «la investigación de la paternidad está prohibida»; únicamente en «el caso de raptor cuando su época coincida con la de la concepción, el raptor podrá ser, a demanda de parte interesada, declarado padre del niño». Este criterio tuvo plena acogida en el Proyecto de Código civil de 1851: «Se prohíbe —prescribía su artículo 127—, en todo caso, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.» De acuerdo con el artículo 131 del citado Proyecto, «en los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 del Código penal (17), cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad» (18). Este criterio fue desechado por Alonso Martínez, quien en su Proyecto de 1882, concretamente en su artículo 114, establece: «El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1) Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad. 2) Cuando se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los

(16) En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación en el Derecho civil...*, cit., págs. 225 y 226.

(17) Artículo 363: «La violación de una muger será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la muger en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2.º Cuando la muger se halle privada de razón o de sentido por cualquiera causa. 3.º Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores». Artículo 364: «El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho de prisión correccional a prisión menor». Artículo 366: «El estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 23, cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años. El estupro cometido por cualquiera otra persona interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional. Cualquiera otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias, será castigado con la prisión correccional.

(18) Señala García Goyena en el comentario a este precepto: «El artículo 340 francés contrae la disposición de este artículo a sólo el caso de raptor, pero se ha entendido igualmente del caso de fuerza o violación, que realmente es un raptor momentáneo y más culpable que el otro»; ver: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid (1852), Zaragoza, 1974, pág. 83.

casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole». Esta nueva orientación parece directamente inspirada en el Código civil portugués de 1867 (19) y responde —como advierte Royo Martínez— no tanto a los modelos francés o italiano, sino al «peso e inercia de la inveterada tradición peninsular hispano-portuguesa» (20).

La Base 5.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888 parece adoptar una posición intermedia (21) entre el Proyecto de 1851 y el de 1882, al sostener en su párrafo 1.º que «no se admitirá la investigación de la paternidad, sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie la posesión de estado».

B) CÓDIGO CIVIL

Nuestro actual artículo 135 del Código civil desarrolla la Base 5.^a en orden al reconocimiento de hijos ilegítimos (22). Este precepto recoge tres grupos de supuestos en los que el reconocimiento se produce como consecuencia de una declaración judicial. La doctrina subsiguiente al Código civil no ha sido pacífica a la hora de explicar el carácter de estos supuestos (23). En mi opinión, en el primer supuesto —existencia del escrito indubitado en que expresamente reconozca su paternidad— estamos ante una declaración judicial sobre la base de un

(19) Prescribe el artículo 130 del Código civil portugués de 1867: «E proibida a acção de investigação de paternidade ilegítima, excepto nos casos seguintes: 1.º Existindo escrito do pai, em que expressamente declare a sua paternidade. 2.º Achando-se o filho em posse de estado, nos termos do artigo 115, 3.º No caso de estupro violento ou de raptó, coincidindo a época do nascimento, nos termos indicados no artigo 101, com a época do facto criminoso».

(20) *Derecho de Familia*, cit., pág. 275.

(21) Así sostiene DÍEZ PICAZO, *Reclamación de la filiación natural*, cit., pág. 1418; se ha defendido también que la Ley de Bases presenta un mayor rigor, en este sentido, respecto del Proyecto de 1882: ver FALCÓN, *Código civil español*, Madrid, 1888, I, págs. 164 y ss.

(22) Parte de la doctrina ha considerado que el Código civil ha experimentado alteraciones respecto de las Bases: ver, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, cit., pág. 275; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid, 1956, pág. 251 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, *Comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1943*, en R.G.L.J., 1944, enero, pág. 78; otros autores, como De Diego, han defendido la fidelidad de este precepto a la Base 5.^a, ver DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959, II, pág. 638.

(23) Lacruz-Sancho hacen notar que mientras Royo Martínez sobrevalora los supuestos primero y segundo del artículo 135 al considerarlos reconocimiento negocial, aunque en forma privada y aun tácita, Albaladejo los califica de mera prueba confesoria, posible base de una declaración judicial, aproximándolos al reconocimiento formal, desde el momento que a éste le asigna naturaleza de simple declaración de ciencia: LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, cit., págs. 80 y 81.

reconocimiento no negocial expreso; en el número 2 del artículo 135 del Código civil —posesión continua del estado de hijo natural— la declaración judicial tiene su apoyatura en un reconocimiento no negocial tácito; por último, y respecto del supuesto que aquí más nos interesa —«en los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole»—, estamos en presencia de una imposición judicial de la paternidad como accesoria de un determinado tipo de delito.

En torno a la Base 5.^a del Código civil y al artículo 135 del mismo giran la casi totalidad de los problemas referentes a la prohibición de la investigación de la paternidad. Pienso que una prohibición expresa de la misma no aparece recogida a lo largo del articulado de nuestro primer cuerpo legal (24). Junto a esta afirmación de principio hay que añadir que nuestro Código, con un carácter que no se nos oculta excepcional, admite que los Tribunales puedan conferir el estado de filiación reconocida en base a un reconocimiento privado y no negocial. Sin embargo, en el artículo 135 se hace necesario distinguir, partiendo de la idea que acabo de exponer, dos supuestos: el primero la constituirán los números 1.^o y 2.^o de este precepto, que son casos de reconocimiento no negocial que fundamentan —si así se solicita— una declaración judicial constitutiva del *status* de hijo reconocido; el segundo se refiere al párrafo último del artículo 135, y constituye un caso típico de imposición de los efectos de la relación jurídica paterno-filial consiguiente a la investigación de la paternidad.

Es éste, en puridad de expresión, el único supuesto en el que en nuestro Código civil aparece configurada la investigación de la paternidad, entendida ésta como la averiguación y comprobación judicial de la relación paterno-filial e imposición de sus efectos, con independencia de la confesión del progenitor y aún a pesar de su negación e inadmisión (25).

Importa ahora saber qué tratamiento merece en nuestro Código civil la investigación de la paternidad; de cuál sea, dependerá en buena medida la explicación y hasta la interpretación de un precepto que expresamente excepciona un posible principio prohibitivo. Díez Picazo señala que la regla prohibitiva de la investigación de la paternidad natural, tal como cristalizó en el Code Napoleón y en los que de él tomaron inspiración, tiene un fundamento sobremanera parcial (26). Según este autor, el temor a las falsas imputaciones de paternidad y el deseo de reprimir y evitar que se pudieran producir procesos escandalosos no justifican suficientemente el principio prohibitivo. Las falsas imputaciones de paternidad pueden ser evitadas sancionándolas adecuadamente, sin necesidad de yugular las verdaderas. Los posibles escándalos, en ocasiones, pueden resultar sanos y convenientes, y el temor a los mis-

(24) En este sentido, SCAEVOLA, *Código civil*, T. III, Madrid, 1942, página 412.

(25) Así la entienden LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, págs., 79 y 80.

(26) *De nuevo sobre...*, *cit.*, pág. 219.

mos puede actuar como medida preventiva (27). En definitiva, el fundamento del principio que prohíbe la investigación de la paternidad natural se encuentra a todas luces insuficiente y la regla prohibitiva, en la medida que tiene su reflejo directo en el sistema del Código civil, constituye un exponente diáfano de Derecho excepcional (28).

También, en este momento, parece oportuno indicar, para una más recta comprensión de esta problemática en el sistema de nuestro Código, que no es posible adoptar un criterio firme y seguro en materia de filiación sin tener presente la orientación y principios que la nueva ordenación registral aportan en este campo (29). La técnica registral se sirve de postulados tales como el de agilizar la constancia registral, tender al paralelismo entre el hecho biológico y el hecho social, mantener una clara orientación hacia la deseable concordancia entre Registro y realidad (artículo 26 de la Ley del Registro Civil), etc. Es tal la incidencia de los preceptos registrales sobre el mismo Código civil que se considera criterio reiterado de la Dirección General que «no es la concepción del Código según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación la que debe inspirar la interpretación de los nuevos preceptos, sino justamente lo contrario, incluso los preceptos del Código deben ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente, cuando la contraríen» (Resolución de 26 de diciembre de 1968). Obsérvese que se habla de «nueva concepción jurídica»; en último término, esta expresión no hace sino confirmar algo que es sentido unánimemente por los juristas: la necesidad de una reforma del Derecho de filiación ilegítima, que ha de venir dado por una concepción jurídica nueva, conciliadora con el principio de protección a la familia y consecuente con la idea de una fecunda y seria mejora en el tratamiento de los hijos ilegítimos.

Estas nuevas ideas y por lo que a nuestro tema hace relación —concretamente al artículo 135 del Código civil—, se han visto plasmadas en una nueva modalidad de reconocimiento recogida en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, y en la línea de una interpretación progresiva y amplia por parte de la jurisprudencia. Veamos: tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se había cuestionado la interpretación restrictiva o amplia del artículo 135. Como afirma Doral, en general —aunque con muchas fluctuaciones— hasta las Sentencias de 25 de mayo y 3 de julio de 1945 el Tribunal Supremo mantuvo el criterio restrictivo, tanto en el caso del escrito indubitado como en el de posesión de estado (30). A partir de las sentencias señaladas se abandona el criterio restrictivo en la interpretación de este artículo (31).

(27) *Ob. cit. últimamente*, págs. 219 y 220.

(28) DÍEZ PICAZO, *ob. cit. últimamente*, pág. 220.

(29) A este respecto, considero de gran interés el trabajo de DORAL, *La interpretación de los preceptos del Código civil según la nueva Ordenación registral en tema de filiación*, en "Documentación Jurídica", abril-junio, 1974, págs. 9-54.

(30) *Ob. cit.*, pág. 48.

(31) Ver SS. T. S. de 24 de mayo de 1956 y de 16 de mayo de 1963, entre otras.

Este cambio de orientación está inspirado «en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otros tiempos disposiciones odiosas y en una más generosa concepción de los deberes de la paternidad en favor de los hijos, según las ideas sociales imperantes» (Sentencia 22 mayo 1969). Pues bien, en este sentido, el artículo 49 de la Ley del Registro Civil añade a las modalidades de reconocimiento recogidas en el Código civil otra distinta, a saber: la de que éste puede hacerse mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos; deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial. Esta modalidad de reconocimiento se puede ejercitar —cuando se produzcan las circunstancias del escrito indubitado o la posesión de estado y, respecto de la madre, una vez que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo— mediante procedimiento gubernativo (registrar), aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no haya oposición; si la hubiere, deberá acudir al procedimiento ordinario.

En esta línea de interpretación amplia y progresiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de la Dirección General, ayudadas por el nuevo rumbo de la normativa registral, nos hemos de preguntar si las cuestiones interpretativas que suscita —o puede suscitar— el último párrafo del artículo 135 del Código civil son susceptibles de un tratamiento evolutivo que acerque, en la medida que esto es posible, el Derecho a la biología, o, dicho desde otra perspectiva, el ámbito normativo a la realidad social. Pero antes de pasar al estudio de la escasa jurisprudencia que sobre este punto concreto se ha producido, se me va a permitir hacer una breve referencia a dos sistemas que difieren del Código civil en esta materia y cuyo estudio puede contribuir a desprendernos de resabios dogmáticos y de criterios apriorísticos.

C) DERECHO FORAL

Parece conveniente aludir, aunque sea con la brevedad que este trabajo exige, a dos sistemas de filiación distintos al que sigue nuestro Código civil, fundamentalmente para comprobar que principios que, desde la perspectiva de nuestro primer Cuerpo legal, se presentan poco menos que contrarios a un orden jurídico superior e inspirador de todo el Ordenamiento, sirven de base y sustento a una normativa diferente, vigente en grandes zonas del país. Me estoy refiriendo a los sistemas de la *Compilación de Cataluña* y al de la *Compilación navarra*, que aunque no en la línea de la anterior, sí presenta novedades importantes respecto del seguido por el Código.

1. *Compilación de Cataluña*.—Al contrario de lo que sucedió con el Código civil, la tradición que arranca del Derecho canónico, fundamentalmente de las Decretales de Gregorio IX, ha supuesto la pervivencia del principio permisivo de la libre investigación de la paternidad natural en el Derecho catalán. Esta continuada vigencia del Derecho

canónico, que aparece recogida con reiteración por la doctrina (32), queda plasmada en la Compilación catalana, la cual regula dos acciones que, positiva y negativamente, hacen referencia a la investigación de la paternidad.

El artículo 4 de la Compilación establece: «Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida. Excepcionalmente podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo cuando aquél hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o, si siendo menor de edad, no se hubiere promovido. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieren fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos.» En el artículo siguiente —5— la Compilación dice: «La acción para impugnar la filiación natural o cualquier otra ilegítima corresponde a los que por ella resulten aceptados; puede ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que se impugne y caduca a los cuatro años.»

Así pues, se trata de investigar y probar la relación biológica real para hacerla constar jurídicamente y de ahí derivar los efectos jurídicos que procedan. Responde, como se ve, a un criterio ampliamente permisivo de la investigación de la paternidad.

El sistema es absolutamente diverso al del Código civil; su total adecuación a la realidad biológica le lleva a prescindir de supuestos tipificados, no sólo para la declaración de reconocimientos (supuestos de los artículos 135, 1.º y 2.º, y 136, 1.º, del Código civil), sino incluso para la imposición del mismo (artículo 135, *in fine*, y 136, 2.º, del Código civil); le lleva también a comprender tanto los casos de filiación natural cuanto los de filiación no natural.

2. *Compilación de Navarra.*—En el Derecho de Navarra el número 1 de la ley 70 de la Compilación, junto al ladillo *Declaración de paternidad*, dispone: «Los hijos naturales podrán ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos siguientes: Uno. Cuando la madre y el padre presuntos hubieren convivido notoriamente en el tiempo de la concepción...»

Como puede observarse, se incluye como causa de la declaración judicial —que se refiere al igual que el Derecho histórico a los hijos naturales— el concubinato notorio que, en realidad, constituye un supuesto de investigación de la paternidad. La declaración judicial supone una verdadera imposición del *status* de reconocido, puesto que no se funda en la voluntad del progenitor, expresa, tácita o presunta.

Es, pues, el navarro un sistema ecléctico entre el restrictivo del Código civil —que salvo en las hipótesis de delito sexual, no permite al Juez investigar quién es el padre— y el ampliamente permisivo de

(32) Puede consultarse: BORRELL Y SOLER, *Derecho vigente en Cataluña*, 2.ª edic., t. 4.º, Barcelona, 1944, págs. 82 y ss.

la Compilación catalana —que sanciona, sin ambages, el principio de la libre investigación de la paternidad ilegítima (33)—.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA IMPOSICION JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO EN LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 135, «IN FINE», DEL CODIGO CIVIL

Una vez que hemos señalado la necesidad de un nuevo tratamiento del tema de la investigación de la paternidad como lógica consecuencia de un moderno planteamiento de la reforma del Derecho de filiación ilegítima; después de haber apuntado, por un lado, que este tema ha tenido en nuestro Derecho histórico unos cauces más abiertos y progresivos que los actuales, y, por otro, que en la actualidad coexisten junto con el del Código civil dos sistemas que, en diferente medida, dan cabida a la investigación de la paternidad, es oportuno preguntarse por el trato que a nuestro más alto Tribunal ha merecido el artículo 135, párrafo último, único caso en el que parece aceptarse la investigación de la paternidad en el Código.

Interesa aquí contemplar una hipótesis que es la que va a decantar la postura del Tribunal Supremo en orden a una interpretación progresiva o no de este precepto. La hipótesis se centra en un interrogante: ¿Cabe la imposición judicial de las consecuencias de la paternidad, si en el proceso penal queda acreditada la cohabitación en tiempo hábil, aunque se produzca absolución del delito? Tras reiterar la escasa producción jurisprudencial en torno a la norma comentada, recogeré aquí las sentencias que, de modo más o menos directo, han abordado esta cuestión.

En el primer resultando de la sentencia de 9 de abril de 1908 se lee: «Que doña ... dedujo querrela por estupro contra don ..., en la que, seguidas las actuaciones por sus trámites, la Audiencia provincial de ... dictó sentencia en 16 de diciembre de 1906, que fue declarada firme, por la cual, después de declarar en su primer resultando como hecho probado que el niño que la querellante había dado a luz en 30 de diciembre de 1902 era fruto de unión carnal con don ... absolvió a éste del delito objeto de la acusación...» Esta sentencia en su considerando primero establece que «las sentencias que se dictan en los juicios criminales, en tanto pueden tener trascendencia para el reconocimiento de una filiación, en cuanto tal reconocimiento se impone por consecuencia de un fallo condenatorio como complemento de la respectiva sanción penal aplicable». Así pues, en este caso, si bien quedó probada en el proceso penal la cohabitación y el nacimiento del niño como consecuencia de la misma, el Tribunal Supremo, al existir

(33) Así, DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, discurso leído en su recepción como académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 185.

absolución del delito de estupro, niega toda posible trascendencia civil de estos hechos en orden al reconocimiento de la filiación.

La sentencia de 25 de febrero de 1914 no aborda directamente el problema que estamos tratando; sin embargo, en su segundo y último considerando se recogen afirmaciones que resultan de interés. Dice así: «Considerando que es del todo improcedente estimar, según se pretende en el motivo único de este recurso, que la sentencia dictada en la causa criminal seguida contra don ... por el presente delito de estupro de la aquí recurrente, sea ni pueda ser en ningún caso el escrito auténtico de que va hecho mérito, puesto que nada contiene de la propia letra del recurrido, porque nada expresa en orden al reconocimiento de hija natural, y porque de todas suertes, siendo la sentencia absolutoria, si el orden penal declaró la inexistencia del delito con todas las consecuencias legales inherentes a la absolución, mucho menos puede producir en el orden civil efectos de ninguna especie.» En el caso que contempla esta sentencia no se pretendía tanto el reconocimiento por vía del párrafo último del artículo 135, cuanto el hacerse valer la sentencia penal —en la cual se declaraba probado el acceso carnal del recurrido con la recurrente y la paternidad biológica de ellos respecto de la niña—, como documento indubitado que al amparo del número primero del artículo 135 acarrearía el necesario reconocimiento. Como acabamos de ver, el Tribunal Supremo termina su último considerando con una afirmación tan amplia —«siendo la sentencia absolutoria, si el orden penal declaró la inexistencia del delito con todas sus consecuencias legales inherentes a la absolución, mucho menos puede producir en el orden civil efectos de ninguna especie»— que puede alcanzar, aunque éste no sea el supuesto específico del caso, a la cuestión que estudiamos.

Indudable interés presenta la sentencia de 25 de febrero de 1928, por cuanto abre un portillo a una posible interpretación del artículo 135, *in fine*, más acorde con los nuevos criterios que parecen inspirar el Derecho de filiación ilegítima. Veamos: por fallecimiento del procesado por delito de estupro quedó extinguida la acción penal y paralizado definitivamente, por tanto, el procedimiento criminal. La Sala de lo criminal de la Audiencia dictó auto, por el que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 132 del Código penal, según el cual la responsabilidad penal se extingue por muerte del reo, declaró extinguida dicha responsabilidad en que pudiera haber incurrido dicho reo, sin perjuicio de las acciones civiles que competieran al querellante y a su hija, a quienes quedaban reservadas. En efecto, en vía civil, el Juzgado dictó sentencia declarando hija natural del reo fallecido a la niña que dio a luz la hija del querellante. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en todas sus partes. El hijo y heredero del reo fallecido interpuso recurso de casación, fundado en los motivos siguientes:

Primero.—La sala sentenciadora ha cometido abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción al condenar al heredero de don ... a las penas que el artículo 464 del Código penal establece para los reos en

violación, estupro y raptó; porque el fallo no se apoya en que el difunto don ... reconociera a la niña ... como hija, aplicando las leyes civiles correspondientes, sino que se apoya en el artículo 464 del Código penal, y condena no en concepto de obligación del orden civil, sino como pena establecida por este artículo a lo que tal precepto ordena, y esto ni puede hacerse por el Tribunal del orden civil, ni por medio de un juicio ordinario que no es el medio adecuado para imponer sanciones penales; y si a esto se añade que el Tribunal competente, o sea, la Audiencia provincial, conociendo del sumario, no halló siquiera méritos para declarar el procesamiento, se verá cómo el concepto moral convalida y robustece el criterio legal de la doctrina expuesta:

Segundo.—Con infracción por indebida aplicación, por la Sala sentenciadora, del artículo 135 del Código civil en su segundo párrafo, porque lo determinado en ese precepto no consiste en permitir el reconocimiento de hija natural, declarándola habida entre el actor y la víctima de un delito de estupro, sino que exige someterse y acomodarse a los preceptos del Código penal; o sea, que haya habido causa y sentencia condenatoria; y que en esa sentencia condenatoria se haya impuesto el reconocimiento de la prole, porque puede darse el caso de que haya delito de estupro, de que el estuprador se castigue y de que no haya prole originada por aquel delito, y no exista, por tanto, posibilidad legal, ni se realice la imposición del número segundo de la ampliación de condena que para los delitos comprendidos en el artículo 458 establece el 464 del Código penal. Precisa, por consiguiente, que esos hechos precedan al reconocimiento de la hija natural; y cuando no precedan, no pueden sustituirse con una acción civil en un juicio declarativo de mayor cuantía, que tiene que dar por supuesta la existencia de un delito, la de la hija natural a quien fuera forzoso reconocer. Así lo tiene declarado este Supremo Tribunal en su sentencia de 9 de abril de 1908, cuya doctrina claramente establece que sólo tiene trascendencia para el reconocimiento de una filiación que las sentencias que se dictan en los juicios criminales en cuanto esa filiación se impone, por consecuencia del fallo condenatorio, y «como complemento de la respectiva sanción penal aplicada». Véase, pues, cómo no es posible admitir que sin esa previa condena establecida por quien jurisdiccionalmente tenga competencia, y con las debidas garantías procesales, se pueda derivar en otro pleito la consecuencia de una declaración de hija natural. Al hacerlo no sólo se aplica indebidamente esa parte del precepto, sino que además se quebranta la primera parte del artículo y se va contra el principio establecido y sancionado por numerosa jurisprudencia de no ser lícita la investigación de la paternidad. Cuando se declara cometido un estupro y que de este estupro se ha producido un hijo, y se condena al actor a la pena correspondiente del artículo 458 del Código penal, y además, a las complementarias del artículo 464; entonces esa condena y esa sentencia ejecutoria constituyen el título para reconocer a la hija natural. Pero aun suponiendo que se hubiera declarado la existencia de un estupro mientras no estuviera asimismo establecido en el fallo, la condena del reconocimiento

de la prole, que presupone el hecho de ser esta prole por el delito producida, hay que procurar demostrar, inquirir y probar que por las relaciones carnales entre el supuesto estuprador y la persona estuprada se engendró esa prole; o lo que es lo mismo, hay que investigar y descubrir quién fuera el padre de la niña habida por la estuprada en este caso, sustituyendo con esta investigación y probanza en un juicio civil, los dos únicos casos que permite y sanciona el artículo 135 del Código civil, que en este sentido se infringe expresamente; y reemplaza el mayor o menor acierto del Juez que investiga o de la sala que se fía de los testigos presenciales de la cohabitación, con aquella expresa o tácita voluntad del padre, única que puede conceder título a se reconocimiento, sancionada por nuestras leyes. Lo mismo el juzgador que la sala sentenciadora reconocen que en este caso no puede haber seguridad metafísica del hecho; pero que hay elementos probatorios bastantes a poder justificar no el estupro, que sería lo de menos, sino que la hija inscrita como hija natural de doña... se engendró en aquellas relaciones carnales, por don..., padre de su representado. Y como esta declaración y aquellas probanzas suponen la investigación de esa paternidad, para declararla, resulta evidente el concepto jurídico que infringe y quebranta el fallo recurrido.

De entre los considerandos de esta sentencia expondré los que, a mi juicio, son de mayor interés para nuestro tema:

Considerando que «bien puede afirmarse que la jurisdicción criminal, con la muerte del querellado, tuvo necesariamente que dejar de conocer y dar por terminadas su competencia y facultades, las cuales, por las disposiciones citadas, por la doctrina de la jurisprudencia y por la fuerza y realidad de los hechos, se transmitieron al Tribunal civil, único ya competente para conocer y apreciar la existencia y trascendencia del hecho delictivo de que arranca la responsabilidad civil, a los efectos de ésta, con libertad de criterio, ya para no estimar justificado el delito, como ocurrió en el caso de la sentencia de 17 de enero de 1880, que, por ello, absolvió fallo que, aunque confirmando por este Tribunal, no se fundó en nada que afectara a la jurisdicción, sino en la inexistencia del estupro; o ya para, según ha hecho en el presente caso el Tribunal «a quo», estimarlo, así como sus consecuencias, juicio que si fue o no aceptado, podría afectar al fondo; pero no presupone el abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia a que se refiere el número 6.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, porque, además de lo expuesto, después de todo, el fallo no impone penas personales, ni como tales se consideran las reparaciones específicas a que alude el artículo 464 del Código penal, que bien claramente indica que la dote y el reconocimiento de la prole a que se refiere, son por vía de indemnización; todo lo que, en concordancia también con lo prevenido en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que declara a la jurisdicción ordinaria de tal índole única competente para conocer de los negocios civiles, impone como corolario la desestimación del primer motivo del recurso.»

«Considerando, en cuanto al segundo motivo, que el reconocimiento

de hijos naturales que se impone al padre por el artículo 135 del Código civil, reconoce dos orígenes: uno, de naturaleza exclusivamente civil, cuando existe documento indubitado de aquél reconociendo la paternidad, o bien han mediado actos directos del mismo o de su familia, que justifican la continua posesión de estado, que son los dos casos del primer párrafo de aquel precepto, que no afectan al pleito presente; y otro, derivado de actos punibles del progenitor realizados con violencia, seducción, engaño u otro medio adecuado, para dar vida a los delitos de estupro, violación o raptó, expresados en el último párrafo del mencionado artículo 135 a que se contrae el problema con relación al estupro planteado en esta litis, en la que huelga hablar de la prohibición de investigar la paternidad, porque esta doctrina no es aplicable en casos de delito en que compete al Tribunal apreciar si el acto carnal produjo prole y el estado y condición de sus generadores, para la calificación de la filiación de ésta, sin que se haya infringido bajo este aspecto el citado artículo 135 del referido Código civil, que tampoco exige, como se supone en el recurso, la previa condena a las penas que señala el artículo 458 del Penal.»

«Considerando a mayor abundamiento que en caso de delito bien claramente expresa el precepto legislativo en el final del repetido artículo 135 del Código civil, que se estará a lo dispuesto en el Código penal, lo cual, por sí, excluye las reglas civiles preceptuadas para los dos casos primeros del mismo artículo, en concordancia con la base quinta de la ley de 11 de mayo de 1888, sin exigir que necesariamente sea la jurisdicción criminal la que tenga que dar previamente su fallo, sino que éste, a efectos civiles sobre la base siempre, como es consiguiente, de la existencia del acto punible, hállese o no castigado, y en su caso, la calidad de origen, ha de someterse a las normas procesales dictadas para el ejercicio de la acción civil que puede ejercitarse separadamente y con independencia de la penal, como antes queda dicho, para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado; y es más, como esta separación no es consecuencia de la pena personal, sino derivación del hecho que la mereciera, a veces es de imposible realización, dado nuestro sistema penal y procesal el previo castigo cuando, por defunción o rebeldía, entre otros casos, no hay reo que pueda ser juzgado por el Tribunal Criminal, en quien, para ese objeto, radica exclusivamente la competencia, y en tales excepcionales casos, al no quedar extinguida, sino reservada y transmitida a los sucesores la consecuencia civil del delito, ni el legislador que señala el derecho constituido, ni los principios generales del derecho, ni la equidad pueden admitir que al abuso del seductor suceda la adicción (*sic*) de su víctima, cuando aquél ha sido declarado por el juzgador a quien la ley concede potestad para formar su juicio y lo ha formado con diversos elementos probatorios y las garantías procesales exigidas y audiencia del Ministerio fiscal, como ha ocurrido en el caso de autos, y viene a reconocer implícitamente el recurrente al no impugnar el extremo referente a la dote de la madre seducida, que es, lo propio que la declaración de filiación, la reparación específica ordenada por

el artículo 464 del Código penal, al que, sin citarlo, alude el último párrafo del 135 del civil.»

El Tribunal Supremo, en esta ocasión, falló declarando no haber lugar al recurso. Interesa destacar de esta sentencia dos afirmaciones aparecidas en sus considerandos: 1.^a La aplicación del artículo 135 del Código civil no exige, en el caso del párrafo último, la previa condena a las penas que señala el Código penal. 2.^a El ejercicio separado de la acción civil, efectuado con independencia de la acción penal, no es consecuencia de la pena personal, sino derivación del hecho que la mereciere.

En la Sentencia de 28 de octubre de 1954, el Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— entra en los hechos probados para desestimar toda posible pretensión civil que hubiera podido derivarse de una calificación penal de los mismos. En el segundo y último considerando de esta sentencia se lee: «Que la sentencia acoge igualmente la existencia de delito para el reconocimiento de la prole, sin detallar con precisión en qué sentido lo efectúan ni sentar los hechos adecuados y precisos que lo demuestren, porque los hechos probados quedan reducidos a la existencia de relaciones amorosas entre la actora y don..., a las cartas ya consignadas, al accidente y defunción de éste y otros sin trascendencia para el caso debatido, no apareciendo que las relaciones íntimas consentidas, fueran obtenidas con fuerza ni engaño ni otras circunstancias para integrar carácter penal, por lo que carecen de viabilidad para conceder el reconocimiento de la paternidad, pues aun admitiendo la promesa de matrimonio, esta promesa fue mantenida siempre por el citado don... en todas sus cartas y si en definitiva las nupcias no tuvieron lugar fue debido al fallecimiento del mismo, dos meses después del conocimiento del estado de la actora; y en esas condiciones no cabe admitir la existencia de hechos delictivos como hace la sentencia recurrida...». Dos notas destacaremos del párrafo transcrito: por un lado, el Tribunal Supremo para poder decidir sobre la pretensión civil —reconocimiento de filiación— entra, a estos efectos, en la calificación penal de los hechos probados; por otro, al considerar que estos hechos no son constitutivos de delito, rechaza toda consecuencia civil.

En la misma línea que la anterior se encuentra la sentencia de 15 de abril de 1958. Su primer considerando establece: «Que la Sala de Instancia llega a la absolución de la demanda por la parte actora deducida en solicitud primordialmente de que se la declare hija natural del fallecido, don..., por haber sido autor de un delito de estupro consumado con la madre de la accionante, del que derivó su nacimiento, sentando como hechos:

Primero. No haberse acreditado por quien demanda, la fidelidad de una fotocopia presentada con el escrito inicial del procedimiento de las declaraciones en que basa su petición, ni su fecha, ni la autenticidad del original de que se haya obtenido, pues si bien se afirma que la reproducción fotográfica se hizo al presentar el original en otro juicio que se entabló en el año 1926, el informe pericial obrante en los autos asevera que se consiguió a partir de los años 1937 ó 1938.

Segundo. Que no está acreditado que el supuesto seductor reconociese la comisión del delito de estupro, y sí sólo que, para librarse de la renuncia del mismo, accedió a entregar 30.000 pesetas a la su-puesta ofendida.

Tercero. Que la prueba testifical practicada a instancia de la parte actora revela la no existencia del estupro, sino que descubre unas re-laciones no lícitas consentidas.

Cuarto. Que no existe en los autos la menor alusión a la edad de la ofendida, salvo la vaga frase «menor de edad»; y

Quinto. Que para apreciar la existencia del delito de estupro, e imponer como consecuencia del mismo el reconocimiento de la prole, es necesario probar la realidad de tal hecho, y si la actora es fruto del acto carnal ilícito, cuya justificación no ha sido realizada.

En el considerando segundo de la sentencia dice el Tribunal Su-premo: «... por lo que respecta al artículo 135, en su párrafo segundo, como la pretendida declaración de hija natural implica un concepto jurídico, para que pueda ser revisado es preciso demostrar el error en la valoración de los hechos apreciados por la Sala sentenciadora, lo que no se logra mediante los razonamientos que contiene el motivo, por estar rechazada la autenticidad y fidelidad de la fotocopia presen-tada con la demanda, y en cuanto a la manifestación que la sentencia recurrida atribuye al demandado respecto al reconocimiento por éste de que su causante suscribió un documento privado en 15 de diciembre de 1925, por virtud del cual se comprometía a satisfacer a la madre de la actora 30.000 pesetas en varios plazos, también asevera el propio demandado en el escrito de contestación a la demanda en que aquella afirmación se sienta, que no puede asegurar que el texto del documento en cuestión fuese el que refleja la reproducción fotográfica, por lo que siendo así, como queda en pie la afirmación de la Sala de Instancia de no haberse probado la realidad del delito de estupro, ni que la accionante sea fruto del acto carnal ilícito que achaca al causante del demandado, es de ello corolario que la sentencia recurrida no ha violado ni interpretado erróneamente el citado artículo 135 del Código Civil, al haber fundado su fallo en apreciaciones de hecho, que no permiten hacer la calificación de la filiación natural que se ha postulado». Tam-bién en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo, sin previo proceso penal, valora los hechos que le presenta la Audiencia, estimando que de ellos no aparece probada la realidad del delito de estupro, por lo que no se produce, a juicio del Tribunal, el supuesto de hecho del que el artículo 135, párrafo último, hace depender el reconocimiento de la filiación.

En la Sentencia de 14 de marzo de 1963, la Sala Segunda del Tribu-nal Supremo vuelve a insistir de forma clara y de modo que no deja lugar a dudas en el criterio que ya sentase en vía civil la sentencia de 9 de abril de 1908; el segundo considerando establece que «si no existe el delito de estupro por el que fue acusado no hay posibilidad de hacer aplicación del artículo 444 del Código Penal respecto a las obliga-ciones que este precepto impone, por vía de indemnización, a los reos

condenados como autores de este delito, y de los de violación y raptó, de dotar a la ofendida, mantener a la prole y, en su caso, reconocer a ésta».

Me parece de algún interés recoger, igualmente, la Sentencia de 24 de enero de 1967, en la que, si bien el Tribunal Supremo no entra en sus considerandos en la problemática concreta que plantea la interpretación del artículo 135, *in fine* —al no acreditarse que el demandado sea el padre natural de la niña que la demandante alumbró no da lugar al recurso—, se recogen interesantes observaciones en el primer motivo del recurso. Se lee en este primer motivo: «... que articulada la acción al amparo del párrafo segundo del número segundo del artículo 135 del Código civil, es lo cierto que instruido el correspondiente sumario por el Juzgado de..., y decretado incluso el procesamiento del recurrido don ... —absuelto, sin embargo, en el proceso civil— se decretó la prescripción del delito sin que como consecuencia el juicio oral llegara a celebrarse; que la postura del recurrido ante la situación penal ya consumada consistió en sostener que no era posible que se pudiera llegar a imponer al recurrido la declaración de paternidad y la obligación de alimentar a la hija..., toda vez que articulada la acción con base en el artículo 434 del Código Penal al no haberse producido una condena del interesado, ya no resultaba posible la consecuencia civil pretendida; que la sentencia recurrida resolvió con todo acierto —a juicio de la recurrente— el problema, toda vez que sostuvo que no era necesaria una sentencia de condena de la Jurisdicción civil, bastando, en consecuencia, el examen de los hechos y siendo perfectamente posible obtener una conclusión positiva con total independencia del hecho de que el delito hubiera prescrito, tesis que refuerza la del Juzgado de Primera Instancia, que obtuvo la misma conclusión, y que, en todo caso, venía prácticamente impuesta desde la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1928; que, en consecuencia, se está ante el concreto supuesto de que el Tribunal civil es plenamente competente y está facultado para determinar si en la conducta del recurrido concurren los requisitos a que se refiere el artículo 434 del Código penal, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto quedaría obligado a reconocer como suya la hija de la recurrente...». El Tribunal Supremo, como ya he dicho, no entró en la cuestión que nos ocupa por considerar que no resultaba probado el hecho de que el demandado fuese el padre natural de la niña que la demandante alumbró: quede, de todos modos, constancia que en el pleito el tema estuvo presente y de ello es prueba el primer motivo de recurso que acabo de recoger parcialmente.

Importante y reciente es la sentencia de 30 de mayo de 1972 (34); por su indudable interés haremos un breve resumen de los hechos, para, a continuación, exponer los considerandos:

Doña ... presentó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia ... contra don ... y contra el

(34) El texto íntegro de esta sentencia me ha sido facilitado amablemente por la editorial Aranzadi, a la que agradezco esta deferencia.

Ministerio Fiscal, sobre reconocimiento de filiación natural. La actora alegó que por razón de convivencia con el demandado en el mismo pueblo, desde muy jóvenes se profesaron gran amistad que de mayores derivó en noviazgo formal y durante él y dada la proximidad del enlace matrimonial, el demandado había conseguido vencer el pudor de la actora realizando actos de cohabitación repetidas veces, quedando embarazada; que la actora se trasladó al pueblo de su novio y se alojó en casa de los padres del mismo, preparándose para el matrimonio que estaba próximo, y, en esta situación, se recibió noticias del demandado anunciando su boda, pero con otra mujer, como efectivamente sucedió; que la actora alumbró una niña que fue inscrita en el Registro Civil con los apellidos que corresponden a los de sus padres naturales, si bien el primero de ellos se asignó a efectos de identificación; que la actora denunció los hechos y el demandado fue condenado por la Audiencia Provincial a la pena de dos meses de arresto mayor y a abonar a la ofendida 25.000 pesetas como indemnización en concepto de dote, que no ha satisfecho, y, si bien en la sentencia se reconocía que había quedado embarazada como consecuencia de las relaciones íntimas habidas con el demandado, no se condenó a éste al reconocimiento de la prole. La actora termina suplicando se dicte sentencia en la que se declare: 1.º Que la niña ..., inscrita como hija natural de la actora, es también hija natural del demandado. 2.º Que dicha niña debe ostentar los apellidos ..., que corresponden a los de sus padres naturales, no sólo a efectos identificadores, sino porque son los que legalmente le corresponden como hija natural de la actora y del demandado.

El Ministerio Fiscal se mostró conforme con la demanda, teniendo en cuenta la sentencia recaída en la vía penal, siempre que se acreditara la autenticidad del documento en que consta. El demandado se opuso y solicitó la absolución. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, absolvió al demandado sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un solo motivo. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia revocando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia y, estimando la demanda, declaró que la niña, inscrita en el Registro Civil como hija natural de la actora, lo es también del demandado, por lo que debe ostentar los apellidos de sus progenitores, que legalmente le corresponden.

Una vez señalados los hechos y momentos más importantes en el transcurso del pleito, antes de pasar a los considerandos, interesa destacar el único motivo en el que el Ministerio Fiscal funda su recurso; dice así: «Autorizado por el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida infringe por interpretación errónea, el artículo ciento treinta y cinco, párrafo último del Código Civil. (Cita el último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código Civil.) Para cen-

trar la interpretación del precepto transcrito es imprescindible hacer referencia al valor que en nuestro Derecho puede tener la regla que prohíbe la investigación a (*sic*) la paternidad natural. Generalmente acostumbra a afirmarse que impera el principio prohibitivo, y que en cuanto al artículo ciento treinta y cinco del Código Civil supone una excepción al mismo, su interpretación debe ser restrictiva. A esta idea responde la base quinta de la Ley de once de mayo de mil ochocientos ochenta y ocho. Lo mismo el artículo trescientos cuarenta del Código francés en su redacción originaria: la «recherche de la paternité est interdite». El artículo ciento veintisiete del Proyecto del Código de mil ochocientos cincuenta y uno había declarado que «se prohíbe en todo caso la investigación de la paternidad o maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio». Pero lo cierto es que el Código Civil relativamente (*sic*) a la filiación natural no contiene un precepto análogo a aquellas reglas prohibitivas. Sin embargo, observamos que de modo expreso se prohíbe la investigación de la paternidad en la filiación ilegítima no natural en el artículo ciento cuarenta y uno.» Hasta aquí el motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Pasemos ahora a los considerandos de la sentencia que, por su indudable interés, transcribiré literalmente:

«Considerando: que el artículo ciento treinta y cinco del Código que recogió con variantes de expresión, motivadoras de dudas y discusiones doctrinales, el contenido de la base quinta de la Ley de once de mayo de mil ochocientos ochenta y ocho, admite propiamente la investigación de la paternidad sólo en el caso de delito sexual, prescribiendo que en los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole», reconocimiento que es consecuencia de la condena penal, y para llegar a ella tiene el Tribunal facultad para apreciar si el acto carnal produjo prole y el estado y condición de sus generadores para la calificación de la filiación, como premisas necesarias para que pueda imponer el reconocimiento que preconiza el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código Penal, y por ello, siempre que exista sentencia penal condenatoria por esos delitos, el Tribunal de lo penal ha de imponer, por vía de indemnización, el reconocimiento de la prole, el que no deriva de la voluntad del padre, sino de la constatación de la filiación.»

«Considerando: que si la sentencia penal es absolutoria, por no estimar acreditados los hechos que constituirían el delito, ello será una valla infranqueable para pedir en la jurisdicción civil el reconocimiento, dado que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó; pero si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del año que el acto delictivo pudiera haber originado, cual reconoce la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos veintiocho, y a igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, pero

sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquélla mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero sí queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, pues ésta ha de basarse siempre en la existencia del acto punible (35), háyase o no castigado.»

«Considerando: que, con arreglo a la doctrina expuesta, es de estimar el único motivo del recurso que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código civil, puesto que declarándose en la sentencia penal que condenó al demandado como autor de un delito de estupro que la ofendida quedó embarazada en virtud de yacimiento practicado con el procesado cuando tenía más de veintitrés años, es evidente que tal delito existe y es sancionado, y al no poder imponer el reconocimiento sólo por razón de edad de la ofendida, no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente, ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse, por lo que, siguiendo las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado, debe sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal, lo que obliga a la estimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley procesal Civil.»

En el fallo se declara haber lugar al recurso de casación, por lo que se casa y anula la sentencia de la Audiencia. En la segunda sentencia del Tribunal Supremo se lee que «establecido en la sentencia penal que el demandado es el autor del embarazo de la actora cuando ambos eran solteros, y que la niña nacida de ésta es el fruto de dicho embarazo, procede la estimación de la demanda...».

Cierra este recorrido jurisprudencial la sentencia de 28 de marzo de 1974, última que conocemos, y cuyo supuesto de hecho es extraordinariamente semejante al de la sentencia de 1972. Veamos: doña ..., actuando por sí y en representación de su hijo menor de edad, dedujo demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra don ..., sobre reconocimiento de hijo natural, alimentos y otros extremos. La actora alegó: Que trabó amistad con el demandado que con el tiempo se convirtió en relaciones de noviazgo; que en una de las excursiones que realizó con el demandado, éste le propuso con insistencia que efectuase un acto carnal, ya que él mismo se proponía casarse con ella, y que incluso si quedaba embarazada sería más fácil que su familia accediere de mejor grado a su matrimonio, a lo que accedió la actora; que mediante la misma promesa el acto se repitió unas quince veces, por última vez en los primeros días de mayo de 1964, fecha en que quedó embarazada, sin que el demandado cumpliera su promesa, puesto que el

(35) Me parece incorrecta la expresión "acto punible" en el contexto de este considerando. Si no existe delito, no resulta apropiada la terminología utilizada por el Tribunal Supremo.

día 23 del mismo mes y año contrajo matrimonio con su actual esposa, dando a luz la actora el día 22 de enero de 1965; que en sentencia penal la Audiencia condenó al demandado como autor de un delito de estupro a tres meses de arresto, accesorias, y, por vía de indemnización, dotar a la ofendida, con la suma de 90.000 pesetas, reconocimiento del hijo y mantener a éste mediante alimentos y pago de costas, e interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo distinguió los yacimientos con la actora antes y después de cumplir los veintitrés años, y, ocurrido el embarazo con posterioridad a la edad de veintitrés años de la actora, dejó sin efecto el reconocimiento y mantenimiento del hijo, reservando las acciones para que sean ejercitadas en el juicio que corresponda; terminó suplicando se dictase sentencia declarando que el hijo de la actora es hijo natural del demandado, declarando igualmente que por virtud de tal reconocimiento el niño tiene derecho a llevar los apellidos del demandado, a recibir alimentos y, en su caso, la porción hereditaria que establece la Ley, señalando como alimentos una cuantía de 4.000 pesetas mensuales.

El demandado se opuso a la demanda. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin costas. El Tribunal Supremo, siendo ponente Bonet Ramón, declaró no haber lugar al recurso. En el primer considerando de esta sentencia el Tribunal se ratifica plenamente en lo declarado en la de 30 de mayo de 1972 y recoge literalmente las consideraciones que en ésta establecía, por lo que se hace innecesaria su transcripción. En el segundo y último considerando señala «que la aplicación de esta doctrina al caso de autos, que contempla un supuesto idéntico, hace decaer el recurso en su totalidad».

IV. HACIA UNA INTERPRETACION CORRECTORA DE LA NORMA

1. Escasa atención doctrinal.

La norma que comentamos —artículo 135, párrafo último, del Código civil— ha sido objeto de escasa atención por los autores. En un primer momento, el, a la sazón, Presidente del Tribunal Supremo, señor Aldecoa, en un importante discurso —a propósito de la investigación de la paternidad y su distinción del reconocimiento de hijos habidos fuera del matrimonio—, se expresaba en el sentido de negar el reconocimiento de la prole si en las relaciones sexuales, base del presunto delito, no hubiere existido engaño o violencia de ninguna especie (36). Sánchez Román, refiriéndose al estupro, expone con gran claridad un aspecto concreto del problema interpretativo que el artículo 135, *in fine*, puede plantear: «Si en un procedimiento por supuesto

(36) Decía Aldecoa: “Mayores dificultades puede ofrecer el caso de reconocimiento cuando éste deriva de la comisión de un delito, pues que

delito de estupro falta la prueba de aquella circunstancia —se refiere al engaño—, no podrá aplicarse la consecuencia legal de la obligación de dicho reconocimiento forzoso, a que se refiere el párrafo final del artículo 135, al decir que «en los casos de violación, estupro y raptó se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole»; y se producirá el resultado absurdo de que no obstante, haberse producido en juicio criminal la paternidad y la filiación, por la falta de prueba de la circunstancia de intervenir engaño, no será obligatorio el reconocimiento de la prole, confundiendo de esta suerte dos cosas distintas, cuales son la irresponsabilidad penal del supuesto estuprador enfrente de la estuprada, por no haber mediado engaño, y la condición cierta de la filiación de la prole que, judicialmente demostrada, no se podrá, sin embargo, obtener el reconocimiento de aquella paternidad. Esto depende de que, al hacer esa referencia el Código civil al penal, no ha tenido en cuenta que el nacimiento de prole habida por cópula con mujer mayor de doce años y menor de veintitrés no constituye delito si no media aquel engaño, ni permite dentro del mecanismo del Código penal la consecuencia del reconocimiento de prole, a que se contrae el número 2.º del artículo 464 del mismo» (37).

Castán Tobeñas se pregunta si podrá pedirse el reconocimiento cuando la sentencia penal dictada en la causa por uno de los delitos previstos haya sido absolutoria. Distingue este autor dos supuestos: 1.º Si la sentencia niega en su primer resultando los hechos que constituirían el delito, en cuyo caso no habrá base para pedir en vía civil el reconocimiento. 2.º Si la sentencia acepta los hechos que serían delito (38) y absuelve de éste al procesado, Castán se inclina a creer que

sólo puede fundarse en la presunción que de él nace; pero se halla tan íntimamente relacionado con la perpetración del hecho punible, resultaría tan poco ejemplar que el castigado como autor de un daño de esta naturaleza, violación, estupro o raptó, no fuese obligado al reconocimiento de la prole, aún contra su voluntad, que me parece bien y acertado que al causante de un atentado de tamaña inmoralidad se le imponga dicho reconocimiento, pues las circunstancias con que se cometen esta clase de delitos son base de hechos muy suficientes para establecer sobre ellos la presunción de la paternidad, presunción justificada para atender en la medida necesaria a la reparación de los perjuicios irrogados, consideración ésta que no puede ser tomada en cuenta cuando no han mediado en las relaciones sexuales engaño o violencia de ninguna especie"; ver SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1912, página 1037, nota 2.

(37) *Ob. cit.*, pág. 1039.

(38) Como ejemplos de este supuesto, Castán señala los casos en que el reo no haya actuado con engaño en el presunto delito de estupro, o sea loco o menor de edad. La expresión "hechos que serían delito" que emplea el autor no resulta demasiado acertada y puede inducir a confusión. Veamos: en el caso de locura o minoría de edad penal no parece haber problema, por cuanto pueden haberse producido los hechos constitutivos del delito pero al no darse la imputabilidad, absolver al reo; ahora bien, si en un proceso por estupro queda probada la falta de engaño, pienso que no puede hablarse de "hechos que serían delito", porque es el engaño precisamente uno de los elementos que constituyen el tipo penal.

se podrá pedir el reconocimiento, en base a una filiación que ha quedado establecido en la sentencia; como ejemplo de este segundo supuesto cita los casos en que en la causa penal por estupro faltó el engaño, o cuando el autor del delito es inimputable (loco o menor de dieciséis años) (39). En la misma línea se encuentra Puig Brutau, para quien, si bien en principio, el reconocimiento de la filiación natural a consecuencia de sentencia penal exige que ésta haya sido condenatoria, no obstante, a continuación, siguiendo a Castán, distingue en caso de sentencia absolutoria, según las razones que hayan motivado la absolución (40).

Rivero apunta que en los casos de imposición judicial de la paternidad como consecuencia de una condena por violación, estupro o rapto, la cohabitación es el requisito previo e insoslayable no sólo de la condena penal, sino de la declaración de paternidad. Añade que puede ocurrir que haya absolución del delito, pero si quedaron probadas las relaciones sexuales podrá y deberá declararse la paternidad, si no en el proceso penal por dificultades procesales (en cuanto pueda considerarse el reconocimiento de la prole como una clase de indemnización, y ser ésta subsidiaria de la condena), sí en un proceso civil independiente, cuya vía queda expedita. Para este autor, en este caso el fundamento de la paternidad hay que hallarlo en la cohabitación —y no en el delito o en la condena—, elemento imprescindible y suficiente para la imposición o declaración de la paternidad. En apoyo de esta tesis cita el artículo 293 del Reglamento del Registro Civil, según el cual, si bien las inscripciones no pueden rectificarse en virtud de sentencia recaída en proceso penal, no obstante, en cuanto sean contradictorias con los hechos que la sentencia declara probados, serán rectificadas mediante expediente gubernativo. La preponderancia de lo que resulta de los hechos probados —dice Rivero— es evidente; el expediente gubernativo —señala— es necesario sólo porque ya hay inscrito un estado o una paternidad diferente, que hay que modificar precisamente en consideración y con el triunfo de lo que aparece de los hechos probados (41).

Lacruz-Sancho, después de señalar que por el carácter accesorio del reconocimiento, en estos casos, se requiere un fallo condenatorio, hacen referencia al supuesto de sentencia absolutoria con aceptación en la misma de los hechos que serían delito y se inclinan por la tesis de Castán. En todos estos supuestos —dicen estos autores— la imposición del reconocimiento no es pena accesoria, sino imposición hecha por sentencia civil consecuente al ejercicio de una acción civil, cuando una sentencia penal ha dejado en el resultando de hechos probados constancia del hecho tipificado como delito sexual o, teniendo en cuenta

(39) *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1966, pág. 76.

(40) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1970, pág. 130.

(41) *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, págs. 275-276 y nota 243.

las últimas declaraciones jurisprudenciales, constancia del acceso, aunque al mismo le falte algún elemento de la tipicidad penal (42).

2. Reciente criterio jurisprudencial.

La sentencia de 30 de mayo de 1972, recogida anteriormente, ratificada plenamente por la de 28 de marzo de 1974, se inserta en el marco de una jurisprudencia progresiva sobre el reconocimiento proveniente del llamado delito sexual, que había tenido su primero y más importante hito en la sentencia de 25 de febrero de 1928.

La sentencia que comentamos parte en su segundo considerando de una afirmación de principio para, a continuación, establecer un doble tipo de matizaciones. Veamos: si la sentencia penal es absolutoria porque no estiman acreditados los hechos que constituirían el delito —dice el Tribunal Supremo—, es del todo punto imposible pedir en vía civil el reconocimiento, ya que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó; esto no supone otra cosa que atenerse, conforme al artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la eficacia de la cosa juzgada penal en el proceso civil. Ahora bien, y aquí viene el primer matiz, si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga a éste por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado; es decir, que, no obstante, la sentencia absolutoria, si se han dado todos los elementos del tipo penal, queda libre la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios para, en base a estos hechos probados, solicitar el reconocimiento del hijo natural. Pero el Tribunal Supremo va más lejos, señalando que —y ésta constituiría la segunda matización— a igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, pero sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquélla mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero sí queda establecida una filiación, que —a juicio de nuestro más alto Tribunal— es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil; así pues, si la sentencia es absolutoria porque falta algún elemento de tipo penal, si se ha probado la cohabitación, queda expedita la vía civil. En este último supuesto, el establecimiento de una filiación en la sentencia penal es suficiente —según el Tribunal Supremo— para ejercitar la correspondiente acción civil. De este modo el ejercicio de la acción civil no es consecuencia de un acto ilícito penal, sino de una filiación que, probada en un proceso penal, no puede ser olvidada por los Tribunales civiles.

Sin embargo, las consideraciones que anteceden no constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia (43); ésta debe encontrarse en el con-

(42) *Derecho de Familia, cit.*, pág. 96.

(43) En igual sentido DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación...*, cit., pág. 45, nota 54.

siderando siguiente y radica en el hecho de que el Tribunal penal estableció con toda claridad la filiación —«no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse»—, y es ésta precisamente lo único determinante para el ejercicio de la acción civil (44). Esta idea vuelve a aparecer en el único considerando de la segunda sentencia al declarar que «establecido en la sentencia penal que el demandado es el autor del embarazo de la actora cuando ambos eran solteros y que la niña nacida de ésta es el fruto de dicho embarazo, procede la estimación de la demanda».

3. Consideraciones finales.

Si tenemos presente el criterio mantenido por la Sentencia de 25 de febrero de 1928 —el ejercicio separado de la acción civil, efectuado con independencia de la acción penal, no es consecuencia de la pena personal, sino derivación del hecho que la mereciere—, reforzado por el hecho de que el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, a los efectos del reconocimiento de la prole, entra en la calificación penal de los hechos (*vid.* Sentencia de 15 de abril de 1958); si a ello añadimos la nueva directriz que parecen marcar las dos últimas decisiones judiciales (Sentencias de 30 de mayo de 1972 y 28 de marzo de 1974), combinados estos criterios jurisprudenciales, se podría mantener que sobreesidas las actuaciones criminales, la jurisdicción civil sería libre para determinar la existencia del acceso y subsiguiente procreación e imponer, prescindiendo de los restantes elementos del tipo penal, como consecuencia, el reconocimiento.

Parece evidente que una interpretación en este sentido del artículo 135, párrafo último, constituye una interpretación correctora (45) de la norma en cuestión; estamos extendiendo la aplicación del precepto a supuestos que no están comprendidos en su formulación literal (46). Pero, ¿es lícita esta actitud interpretativa? Precisamente, en este momento conviene recordar lo que a lo largo de este pequeño trabajo vengo exponiendo. Se debe partir del hecho cierto de que nuestra tradición jurídica aporta a nuestra consideración criterios mucho más flexibles respecto de los hijos ilegítimos y su defensa que los que presenta nuestro Código civil. Por otra parte, los textos normativos más actua-

(44) Así, también, CERDÁ en su comentario a esta sentencia, en "Revista Crít. de Der. Inm.", marzo-abril, 1975, pág. 431.

(45) Se ha hablado también recientemente, respecto de estas sentencias, de una interpretación declarativa frente a un criterio restrictivo en la aplicación del artículo 135, párrafo último, del Código civil; ver RODRÍGUEZ ADRADOS, *La evolución del Derecho de familia en materia de filiación*, en "Ponencias presentadas por el Notariado Español a los congresos internacionales del Notariado Latino", XIII Congreso, Barcelona, 1975, págs. 622 y 623.

(46) Pueden verse las atinadas observaciones que Lalaguna hace sobre los distintos tipos de interpretación, al estudiar las limitaciones del Ordenamiento jurídico: LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pág. 224 y ss.

les que complementan al Código adoptan una actitud moderadamente progresiva respecto de nuestro primer Cuerpo legal, sin olvidar que coexisten en nuestra patria textos legales, de rango igual al del Código, que siguen un sistema de mayor protección al hijo ilegítimo (47). Junto a esto hay que señalar que tanto la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como —de modo más decisivo— la doctrina de la Dirección General, han contribuido a crear un entorno ambiental más propicio para una interpretación actualizada de estas normas. No puede olvidarse, además, que en esta materia debe presidir el principio del «favor liberorum» como norte que guíe toda decisión de justicia y cualquier interpretación normativa.

Por todo ello considero plausible esta nueva orientación jurisprudencial que parece consolidarse de modo casi definitivo en las Sentencias de 30 de mayo de 1972 y 28 de marzo de 1974, y que constituyen un importante punto de apoyo en la evolución del Derecho de filiación, en tanto no se produzca la deseada reforma.

(47) Se ha sostenido que en esta materia los principios generales del Derecho no se encuentran formulados en el Código civil, sino dentro de un Cuerpo de Derecho foral: así, DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1957, pág. 58; DÍEZ PICAZO, *De nuevo sobre...*, cit., pág. 221. No comparto este criterio. Pienso que cada sistema —tanto el del Código civil como el de las Compilaciones— responde, o puede responder, como es el caso que nos ocupa, a principios rectores diferentes; pretender la supremacía de un sistema frente a los restantes puede conducir a soluciones uniformistas nada deseables. Quede dicho todo esto sin perjuicio de defender por mi parte una profunda reforma del Derecho de filiación que, en este punto concreto, postula como deseables soluciones más próximas al sistema catalán.