

Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio(*)

GABRIEL GARCIA CANTERO

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Razones para estudiar de nuevo este tema.—2. Algunos aspectos sociológicos de la filiación fuera de matrimonio.—3. El sentido de las nuevas leyes sobre la filiación ilegítima.—4. Los proyectos de reforma.—5. Las formas de establecimiento de la filiación fuera de matrimonio: A) Establecimiento de la maternidad. B) Establecimiento de la paternidad.—6. Prohibición del establecimiento de la filiación adulterina o incestuosa.—7. La legitimación.—8. El estatuto jurídico de las personas nacidas fuera de matrimonio.—9. Conclusiones.

1. Razones para estudiar de nuevo este tema.

La cuestión se plantea previamente por varios ponentes.

El Prof. Nerson dice: «El tema del hijo nacido fuera de matrimonio es clásico: ampliamente utilizado por los novelistas y por los autores dramáticos, ha dado lugar también a numerosos estudios sociológicos o jurídicos y en 1966, con ocasión del Congreso de Upsala, ya ha merecido la atención de los comparatistas. ¿Por qué (y es la cuestión preliminar a la que conviene contestar) volvemos a encontrárnoslo hoy? Sin ninguna duda porque después de las reformas ocurridas a partir de 1966 en diversos países, importa poner a disposición de los participantes en el IX Congreso de Derecho Comparado una documentación actualizada» (1).

Por su parte el ponente holandés confirma estas ideas al decirnos que el régimen jurídico de la filiación fuera de matrimonio está unido a las ideologías y al medio sociológico de cada época y que es preciso

(*) Este texto, en francés, constituyó el *Rapport Général* presentado por su autor en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Teherán, en septiembre 1974 (Sección II, A, 4.). A ello se debe su estilo y la bibliografía fundamental utilizada.

(1) *Rapport* NERSON, p. 1.

poner constantemente a punto estos estudios si aquellas ideologías y este medio cambian con la rapidez con que lo están haciendo en el momento actual. Estos cambios han transformado las legislaciones nacionales. Además de países tales como la República Democrática Alemana, Portugal, Bulgaria, la Unión Soviética, Inglaterra, la República Federal Alemana, Austria, Quebec y Francia, también Holanda ha reformado su legislación en esta materia. Ulteriores reformas se consideran todavía en Holanda y en los Estados Unidos, o han sido propuestas como en Suiza y en otros países (2).

Me parece pues útil para la comparación jurídica hacer un estudio en profundidad, en la medida de lo posible, de todas estas reformas para comprobar si hay una verificación en la realidad de la conclusión de la ponencia general de mi eminente colega, el profesor Aurelian Ionasco en el Congreso de Upsala, a saber: «Que existe una tendencia muy marcada de eliminar las discriminaciones concernientes a las personas nacidas fuera de matrimonio, de permitir sin ninguna restricción a estas personas el establecimiento de su filiación, tanto paterna como materna, y de asegurar a las personas nacidas fuera de matrimonio un estatuto jurídico igual a aquel de que gozan las personas nacidas en matrimonio» (3).

Lamento no haber podido disponer de todas las ponencias nacionales concernientes a los países que han modificado su legislación después del Congreso de Upsala (3 bis).

Respecto de dicho Congreso es de notar la ausencia de países tales como Austria, Chile, Grecia, el Líbano y Suecia; lo que es bien de

(2) *Rapport* HONDIUS, p. 1.

(3) Aurelian IONASCO, *L'évolution de la législation sur la filiation naturelle, Rapport général* al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, en el Vol. de los *Rapports généraux* bajo la dirección de Ake Malmström et Stig Strömholm, p. 155.

(3 bis) He podido utilizar, de hecho, los *Rapports* que a continuación se enumeran:

Alemania: Prof. Dr. MÜLLER-FREIENFELS, Universidad de Freiburg i. Br., *Das Recht des nichtehelichen Kindes in der BRD*.

Argentina: Prof. Julio J. LÓPEZ DEL CARRIL, Universidad Nacional de Buenos Aires, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*.

Canadá (Quebec): Prof. Jean PINEAU, Facultad de Derecho, Montreal, *La situation juridique des enfants nés hors mariage (Rapport canadiense)*.

España: Prof. Dr. José María CASTÁN VÁZQUEZ, Universidad de Madrid, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en droit espagnol*.

Estados Unidos: Prof. Harry D. KRAUSE, College of Law, University of Illinois, *The legal Position of Children Born out of Wedlock* (National Report U. S. A.).

Etiopía: Prof. George KRZECZUNOWICK, Faculty of Law, Addis-Ababa, *The Ethiopian Law of filiation revisited*.

Francia: Prof. Roger NERSON, Facultad de Derecho de Lyon III, *La filiation juridique des enfants nés hors mariage (Droit français)*.

Holanda: Dr. Ewoud H. HONDIUS, Asistente en la Universidad de Leyden, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*.

Hungría: Prof. Endre NIZSALOVSKY, Académico, Prof. universitario jubilado

sentir, sobre todo de Austria que acaba de reformar su legislación por la Ley de 30 de octubre de 1970.

Por el contrario he tenido la oportunidad de disponer de nuevas ponencias nacionales que van a ampliar el horizonte de la comparación: así las de Israel, Argentina y Quebec (país que también acaba de reformar su legislación por la Ley de 8 de diciembre de 1971). Por otra parte, el ponente venezolano ha extendido su estudio comparativo a la legislación de otros países hispanoamericanos (Colombia, México y Argentina).

En cuanto a los proyectos de reforma, debo expresar mi agradecimiento al profesor Harry D. Krause por el texto de la *Uniform Parentage Act* aprobado el año 1973 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*, que tiene muchas posibilidades de transformarse en ley uniforme para los Estados Unidos, así como al profesor Cyril Hegnauer por sus informaciones sobre el proyecto suizo de reforma y al profesor Ewoud Hondius por el proyecto holandés de los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos.

2. Algunos aspectos sociológicos de la filiación fuera de matrimonio.

Contrastando con el silencio en esta materia de la ponencia general de Upsala, algunas ponencias nacionales que he recibido para este Con-

y Tibor PAP, Prof. en la Universidad de Pécs, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*.

Irán: Prof. MOSSEN SADRAZADEH AFCHAR, Universidad de Teherán, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en Irán*.

Israel: Za'ev W. FALK, *The legal position of children born out of wedlock* (Jewish Report).

Italia: Dr. Francesco Renato BUSNELLI, Facultad de Derecho de Pisa, *La situation juridique des enfants nés hors mariage* (Rapport National italien).

Japón: Prof. Tomohei TANIGUCHI, Université Ryukoku, *La situation juridique des enfants nés hors mariage au Japon*.

Polonia: Prof. Witold CZACHORSKI, Université de Varsovie, *La situation juridique des enfants nés hors mariage d'après le droit polonais en vigueur*.

Portugal: Prof. F. PEREIRA COELHO, Universidad de Coimbra, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en droit portugais*.

Rumania: Dr. María EREMIA, Universidad de Bucarest, *La situation des enfants nés hors mariage*, (Rapport rumano).

Reino Unido: Prof. Albert KIRALFY, University of London, King's College, *The legal position of illegitimate children. Special Report of English Law*.

Suiza: Prof. Cyril HEGNAUER, Universidad de Zurich, *Die rechtliche Stellung des ausserehelichen Kindes nach schweizerischem Recht*.

Venezuela: Prof. Herman PETZOLD-PERNÍA, Prof. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia (Maracaibo), «*Situation d'égalité ou d'inégalité juridique entre les enfants légitimes et les enfants naturels et entre ces derniers dans le droit d'Argentine, Colombie, Mexique et Venezuela*».

Yugoslavia: Prof. Ana PROKOP, Facultad de Derecho de Zagreb, *Condition juridique des enfants nés hors mariage en RSF de Yougoslavie*.

Con posterioridad a la elaboración de este *Rapport* se han publicado las ponencias de Alemania, Canadá, Holanda, Israel, Italia, Polonia y Venezuela. Se conservan las citas a las ponencias mecanografiadas.

greso, contienen datos sociológicos. Para ciertos países puedo ofrecer, con base en ellos, algunas estadísticas:

Alemania (República Democrática) (4)

1966	10 %	de nacimientos fuera de matrimonio
1971	15 %	(estimado)

Paralelamente la tasa de nupcialidad —por contraste— ha subido: de 7,1 sobre 1.000 habitantes en 1966, hasta 7,7 en 1972.

Alemania (República Federal) (5)

1860	12	%
1966	4,56	%
1968	4,76	%
1969	5,04	%
1970	5,46	%
1971	5,81	%
1972	6	% (estimado)

Por el contrario, el porcentaje de matrimonios ha descendido: de 8,1 sobre 1.000 habitantes en 1966 hasta 7 sobre 1.000 en 1971.

Austria (6)

1961	12,6	%
1964	11,3	%
1969	12,2	%

Bélgica (7)

1961	2	%
1964	2,3	%
1967	2,5	%

Dinamarca (8)

1961	8	%
1964	9,3	%
1967	11,5	%

-
- (4) *Rapport* MÜLLER-FREIENFELS, p. 1, nota 1.
 (5) *Rapport* citado, lugar citado.
 (6) *Rapport* HONDIUS, p. 3.
 (7) *Rapport* HONDIUS, *ibidem*.
 (8) *Rapport* HONDIUS, *ibidem*.

España (9)

Pueblos

1960	...	2,33 %
1961	...	2,25 %
1962	...	2,08 %
1963	...	1,93 %
1964	...	1,77 %
1965	...	1,69 %
1966	...	1,61 %
1967	...	1,51 %
1968	...	1,44 %
1969	...	1,42 %
1970	...	1,37 %

Ciudades

1960	...	2,80 %
1961	...	2,60 %
1962	...	2,37 %
1963	...	2,23 %
1964	...	2,08 %
1965	...	1,89 %
1966	...	1,81 %
1967	...	1,69 %
1968	...	1,89 %
1969	...	2,00 %
1970	...	1,52 %

Estados Unidos (10)

1940	...	3,5 %
1945	...	4,1 %
1950	...	3,9 %
1955	...	5,5 %
1960	...	5,3 %
1965	...	7,7 %
1966	...	8,4 %
1967	...	9,0 %
1968	...	9,7 %

(9) Fuente: *Anuario Estadístico de España*, Madrid, 1973.(10) *Rapport KRAUSE*, p. 20.

Francia (11)

1961	5,9 %
1964	5,9 %
1967	5,7 %
1971	6,8 % (11 bis)
1972	7,3 %
1973	8,2 %

Holanda (12)

1940	1,37 %
1945	3,49 %
1950	1,49 %
1955	1,21 %
1960	1,35 %
1965	1,84 %
1970	2,09 %
1971	1,98 %
1972	1,90 %
1973	1,82 %

Irán

La ponencia del profesor Sadrzadeh Afchar no nos proporciona datos estadísticos, pero nos dice que en Teherán cada noche, cerca de diez niños son abandonados en las calles, de los cuales tres han nacido fuera de matrimonio (13).

Italia (14)

1961	2,4 %
1964	2,1 %

Polonia

El profesor Czachorski nos dice que en los últimos años el número de nacimientos de hijos naturales se ha estabilizado en Polonia en

(11) *Rapport HONDIUS, ibidem.*

(11 bis) Según datos del *Institut National de la Statistique* (publicados en *Le Parisien Libéré* de 26 setiembre 1974). El índice general de natalidad ha descendido en términos absolutos (desde 875.000 nacidos vivos en 1972, a 855.000 en 1973 y a 770.000 en 1974) alcanzando el porcentaje más bajo de su historia (14,5 por 1.000 habitantes). En los mismos años el número total de hijos ilegítimos han sido, respectivamente: 62.000, 66.000 y 70.000.

(12) *Rapport HONDIUS, ibidem.*

(13) *Rapport SADRZADEH AFCHER*, p. 3.

(14) *Rapport HONDIUS, ibidem.*

27.500 por año para un total de 570.500 nacimientos, lo que da un porcentaje aproximado del 5 por 100 por año (15).

Portugal (16)

1960	...	9,45 %
1961	...	8,67 %
1962	...	8,47 %
1963	...	8,69 %
1964	...	7,95 %
1965	...	7,89 %
1966	...	7,41 %
1967	...	7,29 %
1968	...	7,38 %
1969	...	7,28 %
1970	...	7,21 %
1971	...	7,20 %
1972	...	7,12 %

Reino Unido (17)

1961	...	5,6 %
1964	...	6,9 %
1966	...	7,88 %
1970	...	8,15 %

Suecia

1961	...	11,7 %
1964	...	13,1 %
1967	...	15,1 %

Pero el profesor Krause nos da un porcentaje aproximado del 20 por 100 sobre la base de informaciones obtenidas personalmente con ocasión de un viaje de estudios en enero de 1972 (18). Sin embargo, el profesor Malmstrom, presente en la discusión de esta ponencia en Teherán, declaró que las últimas estadísticas dan para Suecia un porcentaje del 17 ó 17,5 por 100.

(15) *Rapport CZACHORSKI*, p. 4, nota 1.

(16) PEREIRA COELHO, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*, Session d'été (Amsterdam 1973), p. 8.

(17) *Rapport HONDIUS*, *ibidem*, y *Rapport KIRALFY*, nota 5.

(18) KRAUSE, *Child Welfare, Parental Responsibility and the State*, en *Family Law Quaterly* (reproducido en el Appendix B al *raport* del mismo autor, p. 382).

Suiza (19)

1961	3,9 %
1964	4,2 %
1968	3,8 %

Conforme a estas estadísticas, en primer lugar puede establecerse una clasificación entre los países de un porcentaje débil de ilegitimidad (Bélgica, España, Holanda, Italia, Suiza: menos del 4 por 100), países de un porcentaje medio (Alemania Federal, Inglaterra, Francia, Polonia, Portugal: menos del 9 por 100) y países de un porcentaje elevado de ilegitimidad (República Democrática Alemana, Austria, Dinamarca, Suecia, Estados Unidos: más del 9 por 100.)

La tendencia es netamente creciente en la mitad de países considerados; permanece estabilizada en Austria, Polonia y Suiza y es más bien decreciente en Holanda, Italia, España y Portugal. Salvo para Polonia, no he dispuesto de datos estadísticos respecto de los restantes países socialistas (20). En cuanto a los países de Hispanoamérica y de otros continentes, parece que las razones de un porcentaje tan elevado de nacimientos ilegítimos que presentan, son muy diferentes que en Europa (21).

En algunos países el crecimiento rápido de nacimientos fuera de matrimonio plantea graves problemas sociales, a los que se mezclan otros como el problema racial.

Así, en los Estados Unidos, el 70 por 100 de los hijos ilegítimos de raza blanca han sido adoptados, mientras que solamente el 5 por 100 de los niños de raza negra encuentran un hogar adoptivo; sin embargo, la relación respectiva de nacimientos entre las dos razas es de 1 a 7. Se ha calculado que el conjunto de hijos ilegítimos nacidos durante el decenio 1961-1970 bastaría para poblar una ciudad como Los Angeles, mientras que los hijos nacidos en los cinco últimos años podrían muy bien habitar la ciudad de Detroit. Aunque el porcentaje nacional ha alcanzado aproximadamente el 10 por 100, en ciertas zonas urbanas sube hasta el 40 o el 50 por 100. Se comprende bien el grito de alarma del profesor Krause y sus esfuerzos para una nueva legislación civil que venga a completar la ayuda social (22).

(19) *Rapport HONDUS*, *ibidem*.

(20) En el *rapport Anna PROKOP* puede leerse que en 1964 nacieron en Yugoslavia un total de 33.763 hijos ilegítimos, pero sin indicarse el número total de nacimientos para obtener el índice de ilegitimidad.

(21) En Venezuela, 53,2 por 100 en 1967; en Honduras, 65 por 100; en Guatemala, 67,4 por 100 en 1968; en Panamá, 70 por 100 en 1967; en Jamaica, 74,1 por 100 en 1964. Vid. MÜLLER-FREIENFELS, *Les effects de la filiation illégitime en droit allemand*, en el Vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand* (París, 1972), p. 101. Sobre los motivos del concubinato estable en este país vid. GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el derecho civil francés* (Roma-Madrid), 1965, p. 38 y ss.

(22) «Equal protection for the child born out-of-wedlock will remain an empty phrase if it is not combined with active efforts to find the man vis-à-vis whom the

En contraste, la ponencia holandesa nos da un juicio más bien optimista sobre el nivel, relativamente bajo, de nacimientos ilegítimos en su país (23).

Algunas razones válidas para Holanda no parecen serlo para otros países. En este sentido, el profesor Kiralfy nos dice que en Inglaterra, pese a la Ley de 1967, que autorizó el aborto, el número de nacimientos ilegítimos continúa aumentando (24). Parece que la misma consideración podría hacerse en cuanto al uso de anticonceptivos en los países denominados de la «permissive society» (Estados Unidos, Países Escandinavos, etc.), en los cuales el porcentaje de ilegitimidad tiende a crecer.

En todo caso, el estudio sociológico de la filiación fuera de matrimonio se presenta muy útil y casi necesario. Sería preciso profundizarlo en el sentido indicado por el profesor Carbonnier: «Los datos más preciosos son los que faltan: niños nacidos de relaciones aisladas o de uniones estables, educados por la madre sola o por ambos padres, abandonados. Una cosa es la condición jurídica, otra es la situación de hecho» (25).

child is to have substantive rights» (KRAUSE, *Child Welfare Parental Responsibility and the State*, cit., p. 387.)

(23) El Prof. HONDUS se pregunta: «¿Cuáles son las causas de este nivel relativamente bajo?». En la respuesta que nos ofrece se mezclan razones sociológicas, ideológicas, jurídicas e, incluso, religiosas del siguiente tenor:

«Puede pensarse en la ausencia de una doble moral y del alcoholismo así como en la homogeneidad de la población. Podrían también discernirse algunos factores diferentes que tienen influencia en el número de concepciones fuera de matrimonio tales como los siguientes: a) casi no existen en Holanda concubinatos por razones religiosas o morales y si los hay es más bien por razones prácticas tales como realizar un matrimonio de ensayo, por motivos fiscales o para no perder un derecho de alimentos, o una pensión, en lo concerniente a las divorciadas y a las viudas; b) es bastante baja la edad de contraer matrimonio, no pasando de veintitres años para las mujeres que lo hacen por primera vez; c) se ha extendido el uso de anticonceptivos, no estando ya prohibidas ni su venta ni su distribución, habiendo disminuido la oposición por parte de las iglesias y desde 1973, la píldora anticonceptiva forma parte de las prestaciones de la seguridad social. Aún hay que añadir otros factores que se producen después de la concepción y que influyen asimismo en el porcentaje de nacimientos: d) el aborto, aunque penalmente prohibido, se tolera en la práctica por las autoridades y según los sondeos hechos, el 40,5 por 100 corresponde a mujeres no casadas; e) está muy extendida en Holanda la costumbre de no casarse hasta que la mujer queda encinta y por tal razón el número de nacimientos dentro de los nueve primeros meses de matrimonio se ha elevado en 1971 a 21.769, o sea 178 por mil matrimonios; y esta costumbre se ha difundido sobre todo entre las mujeres más jóvenes; por último hay un factor jurídico que contribuye al bajo nivel de nacimientos fuera de matrimonio: f) la vieja ficción legal *pater is est quem nuptiae demonstrant*, legítima a cierto número de hijos que han sido concebidos fuera de matrimonio». (*Rapport* citado, p. 3 y 4). Debe destacarse que el *Rapport* holandés y el norteamericano, entre todos los recibidos, son los que más han profundizado en los aspectos sociológicos de la filiación natural.

(24) *Rapport* KIRALFY, p. 3.

(25) CARBONNIER, *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, *Situaciones familiares y cuasifamiliares* (trad. española de ZORRILLA), (Barcelona, 1961), p. 332.

3. El sentido de las nuevas leyes sobre la filiación ilegítima

Antes de realizar el estudio comparado de los diferentes sistemas en vigor, vamos a ofrecer una visión general de los nuevas leyes sobre la filiación ilegítima según orden cronológico.

a) Portugal.—El nuevo Código civil portugués de 25 noviembre 1966 ha cambiado la legislación precedente, contenida principalmente en el Decreto de 25 diciembre 1910. Los artículos 1.824 y siguientes han introducido, conforme el modelo de la ley danesa, la verificación oficiosa de la paternidad y de la maternidad; en adelante, el reconocimiento de la filiación adulterina será libre, aunque queda sometido a restricciones el reconocimiento de la filiación incestuosa; por otra parte, los derechos de sucesión de los hijos naturales, por regla general son la mitad de los derechos de los hijos legítimos. El Decreto Ley de 1.º junio 1973 ha venido a facilitar la acción de desconocimiento oficioso de la legitimidad del hijo.

b) Inglaterra.—La reforma inglesa parece importante, pero de un alcance más bien limitado. El profesor Kiralfy nos dice (26): «La reciente legislación civil ha hecho justicia al niño inocente concediéndole derechos de sucesión más amplios respecto de sus padres. Pero esto exige que el padre sea conocido, que la paternidad esté demostrada, que el padre tenga bienes y que no haya dispuesto de ellos por un testamento en favor de otros descendientes». Partiendo de una situación jurídica muy desfavorable (con relación al padre los hijos naturales eran *filii nullius*), la nueva ley ha concedido a los hijos naturales los mismos derechos que a los hijos legítimos en la sucesión abintestato y en la cuota de legítima, así como un derecho alimenticio hasta la edad de 16 años. El derecho inglés sólo conoce la legitimación por matrimonio subsiguiente: desde 1959 los hijos adulterinos pueden legitimarse por este procedimiento, pero no ocurre igual respecto de los hijos incestuosos y para los nacidos de un matrimonio nulo.

c) República Federal Alemana.—La Ley 19 agosto 1969, que entró en vigor el 1.º de julio 1970, ha modificado profundamente el B.G.B alemán en cuanto al derecho de la filiación ilegítima (27). En adelante, la desigualdad con relación a los hijos legítimos no depende del *status* de sus padres, sino del hecho de que el niño viva con su madre o con su padre, o con terceros. Para producir efectos, la filiación ilegítima deberá ser previamente establecida mediante reconocimiento voluntario o por sentencia; son utilizables los modernos procedimientos para establecer la verdad biológica. En cuanto a la guarda del niño, la

(26) *Rapport* KIRALFY, p. 2.

(27) El *Rapport* de MÜLLER-FREIENFELS, subraya la importancia de la terminología empleada en la nueva Ley; en efecto, en lugar de *unebelich Kind* se habla de *nichtebelich Kind* porque en la práctica, *un* significa *eine Abwertung* mientras que *nicht* representa *die bloße Negation* (*Rapport* citado, p. 3). Este matiz lingüístico parece difícil traducir a otras lenguas; de hecho las expresiones utilizadas oponen la *desvalorización* a la *falta de valor*.

madre siempre es preferida, mientras que la obligación alimenticia queda a cargo del padre principalmente; la cuantía de los alimentos se fija mediante decreto. La Ley concede a los hijos ilegítimos un derecho de compensación sucesoria equivalente a los derechos de los hijos legítimos, pero sin reconocer a aquéllos la cualidad de herederos; con todo, pueden exigir una liquidación anticipada, la cual, sin embargo, no se concede a los hijos legítimos. La Ley permite, en general, adaptar las soluciones a las circunstancias de cada caso concreto.

d) Quebec.—En Quebec, la Ley 8 diciembre 1970 ha aportado varias mejoras en la condición jurídica del hijo nacido fuera de matrimonio. La investigación judicial de la filiación natural, en adelante, será absolutamente igual que la investigación judicial de la filiación legítima, tanto en el plano de las personas legitimadas para actuar, como en el de la prueba por testigos bajo ciertas condiciones; el orden público de Quebec no se opone ya a la investigación de una filiación adulterina. A pesar de las dudas antiguas, el nuevo artículo 245 consagra la patria potestad, aunque este término no se utilice en la Ley; y el artículo 240 precisa que los padres deberán alimentar, mantener y educar a sus hijos naturales y que la obligación alimenticia es recíproca. Los hijos naturales pueden ser legitimados por matrimonio subsiguiente y también pueden ser adoptados por uno u otro de los padres, solución que no parece, sin embargo, favorable al niño, ya que la adopción unilateral impide en el futuro una adopción conjunta. Pero la Ley de 1970 no ha intervenido poniendo un poco de coherencia en las reglas relativas a las sucesiones y donaciones, reglas que, de una parte, rehúsan al hijo natural simple de un derecho de sucesión abintestato respecto de sus padres, pero que le conceden el derecho de recibir «inter vivos» una donación universal o a título universal y por testamento cualquier clase de legado, y que, por otra parte, limitan a alimentos las donaciones hechas entre vivos a los hijos incestuosos o adulterinos mientras que todos éstos pueden recibir por testamento cualquier clase de legado (28).

e) Francia.—Por su extensión, la ley francesa de 3 enero 1972 nos parece la más importante entre las que han reformado recientemente el derecho de la filiación. Ha podido escribirse que «el Derecho francés de la filiación se ha rehecho completamente por esta Ley y la puesta en discusión de las normas antiguas no se ha limitado al establecimiento de la filiación natural, sino que ha tocado también a la condición jurídica del hijo nacido fuera de matrimonio, ya que del nuevo principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea la cualidad de su filiación, el legislador ha sacado consecuencia en el plano de los derechos del hijo, especialmente en materia de sucesiones y de donaciones» (29). Dos son las ideas maestras de esta Ley: la *igualdad* de los hijos, que exige nuevos efectos para la filiación oficialmente constatada, y la *verdad*, cuya investigación explica las innovaciones introducidas en los modos de prueba de la filiación.

(28) Según el resumen del Prof. PINEAU, *Rapport* citado, p. 18.

(29) *Rapport* NERSON, p. 2.

Como lo explica el profesor Nerson (30): «La igualdad entre los hijos legítimos y los hijos naturales constituye evidentemente la clave de bóveda del sistema y el principio de igualdad enunciado por el nuevo artículo 334 del Código civil es el más revolucionario de toda la Ley (31). La igualación de derechos beneficia a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir, no sólo a los hijos naturales simples sino también a los hijos adulterinos o incestuosos desde que la filiación ha sido oficialmente establecida, salvo en los casos del llamado incesto absoluto. En dos situaciones especiales hay excepciones a la regla general: 1.^a) los derechos del hijo adulterino y particularmente sus derechos sucesorios, se reducen en presencia de ciertas personas, es decir, el cónyuge víctima del adulterio y los hijos legítimos nacidos del matrimonio durante el cual fue concebido el hijo adulterino; 2.^a) según la orientación de la jurisprudencia anterior, la Ley de 3 enero 1972, da al hijo natural cuya filiación no se ha establecido oficialmente, el derecho de ejercitar una acción con finalidad de subsidios, la cual reemplaza, al menos parcialmente, la antigua acción en reclamación de alimentos (32).

4. *Los proyectos de reforma.*

Es preciso añadir todavía algunos proyectos de reforma en preparación en diversos países:

a) Suiza.—En el verano de 1973 una comisión de expertos elaboró un proyecto de ley para la modificación del Z. G. B. Objetivo de la revisión es la igualdad jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos. La división entre estas categorías de hijos será derogada y se establecerá la unidad de la relación jurídica de filiación. El matrimonio entre los padres carecerá de significación para establecer las relaciones entre el

(30) *Rapport* citado, p. 3.

(31) Según las palabras del Prof. A. WEIL. El texto de este artículo es como sigue: «El hijo natural tiene, en general, los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo en sus relaciones con su padre y con su madre. Entra en la familia de su progenitor.»

(32) Puede añadirse todavía la reforma de la filiación natural introducida en Colombia por la ley 75 de 1968, la cual viene a sustituir en parte a la ley 45 de 1936. La nueva ley facilita el reconocimiento voluntario del padre y de la madre en el acta de nacimiento y permite la acción de investigación de la paternidad en varios casos (rapto o violación); seducción por maniobras dolosas, abuso de autoridad, o promesa de matrimonio; confesión mediante escrito no equívoco de paternidad; comercio sexual entre la madre y el padre presunto durante el período legal de la concepción; actitud del padre respecto de la madre durante el embarazo y alumbramiento que haga presumir la paternidad; posesión de estado durante cinco años continuos) con la utilización de toda clase de pruebas científicas. Pero en el *Rapport* PETZOLD-PERNÍA (p. 8 y ss.) se la hace objeto de diversas críticas a esta ley de 1968, especialmente en razón de que la posesión de estado de hijo debe durar cinco años y porque la nueva ley no altera los derechos sucesorios de los hijos naturales establecidos en la ley de 1936. Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, *El reconocimiento de la filiación natural en la ley colombiana y su reglamento de 1969*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 23 (1970), p. 141 y ss.

progenitor y el hijo. La paternidad denominada «alimenticia» (*Zahlvaterschaft*), desaparecerá. El reconocimiento voluntario será facilitado, así como el reconocimiento por sentencia. En cuanto a los efectos de la relación de filiación, no se hará diferencia entre los hijos nacidos de matrimonio y los hijos nacidos fuera de matrimonio. Sin embargo, se conservan algunas desigualdades en cuanto al apellido y a la nacionalidad (33).

b) Estados Unidos.—La *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* en su reunión del año 1973 ha aprobado la *Uniform Parentage Act*, que probablemente será adoptada por el legislador como ley uniforme. Según la sección 2: «La relación entre padres e hijos existe entre cada hijo y cada padre independientemente del estado matrimonial de éste».

La idea principal de este proyecto de ley uniforme consiste en la igualdad más completa de todos los hijos, nacidos o no de matrimonio. En cuanto a la determinación del vínculo de paternidad, combina el proyecto el sistema de presunciones y el de la acción de investigación de la paternidad sobre la base de las modernas pruebas científicas (34).

c) Italia.—En marzo 1974 el Senado italiano ha abordado la discusión de un «Proyecto unificado de reforma del derecho de la familia», que reúne en un sólo texto las principales proposiciones de ley presentadas por los diferentes partidos políticos y que para la filiación fuera de matrimonio se inspira en los principios siguientes:

1. Admisibilidad incondicional del reconocimiento de los hijos adulterinos.

2. La libertad de probar la paternidad y la maternidad naturales por cualquier medio a fin de obtener la declaración judicial.

3. Reconocimiento explícito del derecho de todos los hijos nacidos fuera de matrimonio al mantenimiento, educación e instrucción.

4. La igualdad plena en materia sucesoria de los hijos naturales (reconocidos o declarados) y de los hijos legítimos.

5. La determinación del límite constitucional de la «compatibilidad» de la protección de los hijos naturales con los derechos de los miembros de la familia legítima, especialmente a propósito de la prohibición de introducir al hijo natural reconocido durante el matrimonio en la familia legítima de su progenitor sin el consentimiento de su cónyuge (35).

5. Los modos de establecimiento de la filiación fuera de matrimonio.

A) Establecimiento de la maternidad.

En cuanto al establecimiento de la maternidad una profunda diferencia separa todavía a las legislaciones; para ciertos países, la materni-

(33) *Rapport* HEGNAUER, p. 9 y ss.

(34) *Rapport* KRAUSE, p. 19 y ss.

(35) *Rapport* BUSNELLI, p. 20 y ss. Este proyecto se ha convertido en la Ley de 19 mayo 1975, la cual no ha podido ser tenida en cuenta al elaborar este *Rapport*.

dad fuera de matrimonio es únicamente un vínculo biológico cuyo establecimiento no debe depender de la voluntad de la madre; en cambio para otros, la madre tiene un verdadero derecho al secreto del alumbramiento, de modo que la indicación de su nombre en el acta de nacimiento, no basta para establecer la filiación materna de un niño nacido fuera de matrimonio. En el primer grupo se incluyen ahora los países germánicos, los países socialistas, Etiopía, Méjico y Holanda. Después de la Ley de 1972, Francia forma parte todavía del segundo grupo con Quebec (no obstante la reciente reforma) y otros países latinos que tradicionalmente se inspiraban en el Código de Napoleón (España, Italia, Argentina, Portugal).

En Alemania Federal, la inscripción del hecho del nacimiento, de los apellidos de la madre y del hijo en el *Geburtenbuch* hace prueba del vínculo de la filiación materna, y en la práctica sólo el caso del niño abandonado necesita la constatación —por regla general judicial— de la maternidad; un procedimiento de reconocimiento de la maternidad ilegítima propiamente tal, está previsto sólo para las hipótesis de padres extranjeros cuya legislación lo admita (36).

En el mismo sentido el artículo 302, 1, del Código civil suizo dispone: «La filiación ilegítima resulta respecto de la madre, del mero hecho del nacimiento»; en consecuencia, ni es necesario el reconocimiento de la maternidad ilegítima propiamente tal, está previsto sólo para las hipótesis de padres extranjeros cuya legislación lo admite (36).

En el mismo sentido el artículo 302, 1, del Código civil suizo dispone: «La filiación ilegítima resulta respecto de la madre, del mero hecho del nacimiento»; en consecuencia, ni es necesario el reconocimiento por parte de la madre, ni está permitido su desconocimiento (37).

Se considera que el mismo sistema está en vigor en los países socialistas, de los que Polonia nos suministra un ejemplo. Así el profesor Czachorski nos dice: «La filiación materna del hijo es considerada en el sistema polaco como un problema de hecho. El nacimiento es un hecho biológico sometido a las reglas generales de la prueba. La voluntad de la madre no cuenta nada en orden a la validez jurídica del vínculo de la filiación» (38).

(36) HABSCHEID, *L'établissement du lien de filiation illégitime en droit allemand*, en el vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand* (París, 1972) p. 47.

(37) *Rapport* HEGNAUER, p. 1.

(38) *Rapport* CZACHORSKI, p. 6. Este profesor admite que el establecimiento de la maternidad puede todavía desempeñar cierta función práctica: de una parte, la denominada acción en desconocimiento de la maternidad ya establecida, sobre todo por el acta de nacimiento del hijo; por otro lado, la acción de investigación de la maternidad ejercitada por el hijo cuyos padres eran desconocidos, y la acción en investigación de la maternidad biológica una vez que la acción de desconocimiento de la falsa maternidad ha sido coronada por el éxito (*Rapport* citado, p. 7).

Cierto matiz parece existir en el derecho rumano. En el *rapport* de este país se puede leer: «La filiación materna debe probarse mediante el certificado de nacimiento (establecido en virtud de una declaración de nacimiento) o

Según el artículo 739 del Código civil etiópico «la filiación materna resulta del solo hecho del nacimiento», ya sea que se trate de una mujer casada o de mujer no casada. Ante la ausencia de un Registro del estado civil, la posesión de estado es la única prueba no contenciosa del nacimiento. La investigación de la maternidad exige la autorización previa del tribunal, sobre la base de una prueba del hecho del nacimiento y de la identidad del hijo.

Según el artículo 360 del Código civil para el Distrito y los Territorios Federales de Méjico, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio deriva, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. A este grupo anterior hay que añadir Holanda. «Desde 1947 —nos dice Piret— (39) el derecho neerlandés no conoce ya el reconocimiento materno. En este año el principio recibido del Código de Napoleón fue reemplazada por la vieja máxima: *Moeder maakt geen bastaard* (nadie es bastardo respecto de su madre). El artículo 221 del nuevo Código civil reproduce la misma regla: «El hijo ilegítimo adquiere, por el solo hecho de su nacimiento, el estado de hijo natural de su madre» (40).

En Francia la Ley de 3 de enero 1972, conserva en lo esencial la antigua reglamentación de las formas de establecimiento de la filiación natural, con algunas suavizaciones. En principio, por tanto, la indicación del nombre de la madre en el acta de nacimiento no basta para establecer la filiación materna de un hijo natural. Las principales suavizaciones de esta regla son dos: el establecimiento de la maternidad natural no necesita, de parte de la madre, un reconocimiento en forma cuando el reconocimiento suscrito por el padre contiene la indicación del apellido de la madre y se encuentra corroborado por la confesión de ésta; tal confesión puede resultar no sólo de una declaración expresa sino también del comportamiento de la madre. Pero la disposición más innovadora en cuanto a la prueba extrajudicial de la filiación natural, se contiene en el nuevo artículo 337: «El acta de nacimiento que lleve indica-

por reconocimiento. En dos casos especialmente previstos por la ley, la prueba de la maternidad puede establecerse también por otros medios» (*Rapport* María EREMIA, p. 6); se trata de la imposibilidad de probar la filiación materna mediante el certificado del estado civil y de la impugnación de la realidad de los hechos inscritos. Puede preguntarse si la madre natural disfruta de cierta libertad para reconocer a su hijo igual que ocurre en los sistemas latinos.

En la ley federal yugoslava, la investigación de la maternidad natural no está reglamentada pues se trata de un hecho evidente o indiscutible. La madre es la mujer que ha alumbrado al hijo. Pero se reconoce que pueden existir casos que originen impugnaciones e investigaciones de la maternidad. Por ello se desea que «en el futuro, los códigos de familia que se adopten en Yugoslavia deberán igualmente ofrecer reglas para casos parecidos y precisas en particular qué personas son hábiles para intentar una acción de impugnación o de investigación de la maternidad e incluso, eventualmente, fijar plazos a este efecto» (*Rapport* Ana PROKOP, p. 10). Para Hungría, vid. *Rapport* NIZSALOVSKY-PAP, p. 55 y ss.

(39) PIRET, *Les enfants illégitimes aux Pays Bas*, en RTDC, 1970, p. 70.

(40) Vid. *Rapport* HONDIUS, p. 12: «Frente a su madre el hijo ilegítimo tiene siempre el estado de hijo natural desde su nacimiento, sin exceptuar a los hijos adulterinos o incestuosos».

ción de la madre, equivale al reconocimiento cuando está corroborada por la posesión de estado» (41).

Detrás de este régimen jurídico existe toda una filosofía social, que puede expresarse así: Es mejor conceder a la madre la libertad de reconocer a su hijo natural, que empujarla al infanticidio o al suicidio (42).

En cuanto a los medios de prueba, la Ley de 1972 conserva la exigencia de un requisito previo, es decir de un comienzo de prueba por escrito o por indicios; se subraya que era difícil mostrarse más liberal para la investigación judicial de la maternidad natural que de la maternidad legítima (43).

Otros países latinos se vinculan todavía a la tradicional posición francesa en cuanto al principio fundamental, pero con matices de detalle. En derecho español la maternidad natural no se impone a la madre, pero la libre investigación de la maternidad se permite sin exigir un comienzo de prueba por escrito o por indicios. La acción de investigación judicial de la maternidad está permitida cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 136 del Código civil). Por otra parte, el art. 47 de la Ley del Registro Civil autoriza la inscripción de la filiación materna en todo caso de coincidencia entre la declaración de nacimiento y el certificado médico, pero el funcionario tiene el deber de notificar esta inscripción a la madre la cual podrá desconocer su maternidad en un plazo de quince días (44). En el derecho argentino, y al lado del reconocimiento voluntario del padre o de la madre, la libre investigación de la maternidad está permitida mediante cualquier clase de pruebas, y aun después de la muerte de la madre si el hijo tiene la posesión de estado (45). El Código civil italiano de 1942 se inspira directamente en el sistema francés por mediación del Código civil de 1865; el acta de nacimiento no es válida nunca como título de estado de la filiación natural, la cual debe resultar del reconocimiento o de una declaración judicial (46). Un sistema en cierto modo mixto, ha sido introducido por el nuevo Código civil portugués de 1966; según el modelo de la legislación danesa se admite el reconocimiento oficioso de la maternidad; toda persona que haga la declaración de nacimiento tiene el deber de identificar a la madre del niño si esto es posible (art. 1.842); tal declaración equivale al reconocimiento si ha sido hecha por el director de la Institución en que ha nacido el niño o por el médico (art. 1.843), pero la madre podrá desconocer a su hijo (art. 1.846). El derecho de Quebec se inspira también en el derecho francés si bien es más generoso ya que no hace

(41) *Rapport* NERSON, p. 10 y ss.; *Rapport* IONASCO, p. 147.

(42) En este sentido, vid. NERSON, *Rapport* citado, p. 11. De gran interés son las conclusiones del coloquio franco-alemán de 1971 (op. cit. p. 161).

(43) NERSON, *Rapport* citado, p. 13.

(44) Para la *communis opinio*, vid. recientemente LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia* (Barcelona, 1966, p. 412).

(45) *Rapport* LÓPEZ DEL CARRIL, p. 2.

(46) Vid. Arts. 250, 269 y ss. del Código civil en vigor. *Rapport* BUSNELLI, p. 3.

diferencia entre la filiación legítima y la filiación natural, permitiendo el reconocimiento en documento privado, y admitiendo la investigación de la maternidad mediante la prueba testifical «cuando hay comienzo de prueba por escrito o cuando las presunciones o indicios que resultan de hechos constantes son lo suficientemente graves para determinar su admisión» (47).

Según el notable estudio comparativo del profesor Petzold-Pernia, resulta que en las legislaciones de Argentina, Colombia, Méjico y Venezuela hay, en principio, libertad de investigación de la paternidad fuera de matrimonio con la finalidad de obtener una declaración judicial de estado, pero existen algunas limitaciones o restricciones (48).

En cuanto a los países del *common law* hay dificultades para clasificarlos en un sistema o en otro. Tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, los hijos nacidos fuera de matrimonio se consideraban *filii nullius* (*no one's son*) incluso respecto de su madre (49). Por otra parte, el derecho inglés no ha conocido nunca una institución parecida al reconocimiento de hijos naturales del derecho civil continental (50). En el derecho moderno la investigación de la maternidad es más bien una cuestión académica en la sociedad inglesa, pero la prueba puede hacerse por todos los medios (51).

Para el Japón, el profesor Taniguchi nos dice: «Conforme a los términos claros del Código civil (arts. 778, 779), el hijo no puede investigar la maternidad natural y por tal razón no puede pedir alimentos ni derechos sucesorios contra sus padres de hecho. Pero a pesar de tales palabras del Código civil, la jurisprudencia y varias opiniones doctrinales insisten en que la maternidad natural está admitida por el mero hecho del alumbramiento» (52).

En Israel es preciso tener en cuenta la competencia de los tribunales eclesiásticos (católicos, ortodoxos, musulmanes y rabínicos) en ciertas

(47) *Rapport* PINEAU, p. 2 y ss.

(48) En Argentina, los arts. 326 del Código civil y 3 de la Ley 14.367 de 1954, prohíben la investigación de la maternidad natural cuando tiene por finalidad atribuir el hijo a una mujer casada; el art. 325, exige la posesión de estado para intentar la investigación de la paternidad o de la maternidad después de la muerte de los padres.

En Colombia, la Ley 75 de 1968, llega a permitir el reconocimiento de los hijos adulterinos en ciertos casos (si el hijo ha sido concebido en el período de separación legal de los cónyuges o si el marido desconoce al hijo); pero está prohibido reconocer al hijo nacido de una madre soltera si ésta está casada ya en el momento del ejercicio de la acción; el art. 398 del Código civil exige que la posesión notoria del estado del hijo haya durado al menos cinco años continuados.

Parecidas restricciones se encuentran en el Código civil para el Distrito y los Territorios Federales de Méjico y en los arts. 218 y 225 del Código civil de Venezuela.

(49) *Rapport* KRAUSE, p. 1; KIRALFY, *The legal position of illegitimate children. Special Report of English Law*, p. 4.

(50) *Rapport* KIRALFY, p. 3 y ss.

(51) *Rapport* KIRALFY, p. 3 y ss.

(52) *Rapport* TANIGUCHI, p. 5.

materias que afectan a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio (por ejemplo, la legitimación por matrimonio subsiguiente). En todo caso la determinación de la maternidad se inspira en el principio *mater semper certa est*, ya sea en la ley del Estado judío, ya sea en la ley de las diversas comunidades religiosas (53).

B) *Establecimiento de la paternidad.*

El reconocimiento voluntario como modo de establecer la paternidad natural conserva toda su importancia según las recientes reformas legislativas, y aún podría decirse que tal importancia se ha incrementado.

Hay países en que este reconocimiento es el único medio de establecer las relaciones de derecho familiar entre el padre y su hijo ilegítimo (54); en otros, puede escogerse entre el reconocimiento pleno con efectos de estado civil y el reconocimiento encaminado a una simple obligación alimenticia (*einfache Vaterschaft* o *Zahlvaterchaft*) (55); en los países del *common law* esta institución es casi desconocida en el sentido del derecho europeo (56); se admite en los países socialistas al lado de la investigación mediante acción judicial (57); según la Ley alemana de 1969, se ha producido un cambio importante en este país al eliminar el reconocimiento de meros efectos alimenticios (*Zahlvaterchaft*), y al conceder el primer puesto al reconocimiento voluntario sin intervención de los tribunales» (58); por el contrario, la Ley de 1972 no ha cambiado nada en el sistema francés de tal modo que «la «reconnaissance reste le mode normal par lequel la filiation naturelle peut être établie, indépendamment d'une action en justice» (59).

Dicho lo anterior para la conservación del reconocimiento como modo de establecimiento de la filiación fuera de matrimonio, hay que añadir que existen dos sistemas en cuanto a sus condiciones: el sistema francés es el más liberal de tal suerte que puede dar lugar a reconocimientos de complacencia; el sistema alemán es más estricto basado en la verdad biológica (60).

En Francia el consentimiento de la madre o del hijo mayor de **edad no se exige**; idéntica solución para Rumania (61) y para Argen-

(53) *Rapport FALK*, p. 12.

(54) *Rapport HONDIUS*, p. 19.

(55) Art. 309 del Código civil suizo. vid. *Rapport HEGNAUER*, p. 3, ss. En la práctica la primera forma es la más frecuente.

(56) *Rapport KIRALFY*, p. 3. y ss.; para los Estados Unidos, vid. Mary Ann GLENDON, *The legal Position of Children born out of Wedlock in the United States*, Sesión d'été, Amsterdam, 1973, p. 3 y ss.

(57) Para Polonia, *Rapport CZACHORSKI*, p. 9 y ss.; para Rumania, *Rapport Maria EREMIA*, p. 8; para Yugoslavia, *Rapport Ana PROKOP*, p. 11; para Hungría, *Rapport NIZSALOVSKI-PAP*, p. 15 y ss.

(58) HABSCHIED, loc. cit. p. 50. *Rapport MULLER-FREIENFELS*, p. 15.

(59) *Rapport NERSON*, p. 11.

(60) Vid. el resumen de los debates del Coloquio sobre *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, p. 163 y ss.

(61) *Rapport Maria EREMIA*, p. 11, quien subraya la posición aislada de Rumania ante la legislación checa y la de la República Democrática Alemana (nota 17).

tina (62). Son más numerosos, por el contrario, los países que exigen el consentimiento o aceptación, tanto de la madre como del hijo mayor de edad (Polonia, Yugoslavia, Etiopía, Suiza, Holanda) (63). Una vía media es la seguida por el derecho español (64) y japonés (65).

La tendencia hacia una simplificación de las formas del reconocimiento apuntada en la ponencia Ionasco (66), se ha visto confirmada en el derecho de Quebec que admite el reconocimiento en documento privado (67). Sin embargo, en Alemania Occidental, el nuevo párrafo 1.600 e, exige que la declaración de reconocimiento y la declaración del consentimiento del hijo, se formulen en documento auténtico (ante Notario, Encargado del Registro civil, Juez o ante ciertos funcionarios de la Oficina de la juventud). Más restrictivo es todavía el nuevo art. 223 del Código civil holandés, que no permite ni el reconocimiento en documento privado ni en testamento ológrafo, ni ante un Oficial público distinto del Notario o del Encargado del Registro civil, ni el reconocimiento judicial (68). Pero el reconocimiento carente de forma puede proporcionar pruebas a la acción de investigación de la paternidad, tal como lo nota la ponencia húngara.

En cuanto a la investigación judicial de la paternidad fuera de matrimonio, pienso que será muy útil partir del cuadro redactado en la ponencia Ionasco (69). Teniendo en cuenta las nuevas leyes y según

(62) *Rapport* LÓPEZ DEL CARRIL, p. 3.

(63) Debe notarse que el *Rapport* HONDIUS observa: «En la práctica, el reconocimiento en el derecho holandés tiene casi carácter de un acto bilateral; sólo es un acto unilateral en el caso de que la madre ha muerto y el hijo es menor de edad» (p. 15). Hay que notar también la fundamentación que el *Rapport* Ana PROKOP presenta de la exigencia del consentimiento de la madre: «El legislador ha querido eliminar la importancia preponderante del reconocimiento por parte del padre y la función dominante de su persona y de su voluntad. Esta disposición que prevé el consentimiento de la madre en el reconocimiento de la paternidad, no traduce sólo el principio constitucional de la igualdad del hombre y de la mujer, en este caso del padre y de la madre, sino que se justifica igualmente por el hecho de que es la madre quien conoce relativamente mejor al padre de su hijo. Por otra parte... permite a la madre proteger mejor sus propios intereses y proteger igualmente los intereses del hijo» (p. 13). Pero como decía el *Rapport* IONASCO citado p. 148, esta solución «puede presentar inconvenientes». Entre los países socialistas, Hungría sigue una vía intermedia, pues la aprobación de la madre así como la de la persona sujeto del reconocimiento, sólo se exigen «por prudencia y dentro de los límites de lo posible» (*Rapport* NIZASALOVSKI-PAP, p. 23).

(64) Para el hijo mayor de edad, el art. 133 C. c. exige siempre su consentimiento. El consentimiento de la madre nunca se exige, y en el caso de hijo menor de edad, la aprobación del juez es requerida en ciertas formas de reconocimiento.

(65) *Rapport* TANIGUCHI, p. 6, art. 782 del Código civil.

(66) P. 148.

(67) *Rapport* PINEAU, p. 2.

(68) *Rapport* HONDIUS, p. 14.

(69) Puede leerse en el *Rapport* IONASCO citado, p. 150, lo siguiente:

«En la hora actual —escribe en 1966— si hacemos abstracción de algunas legislaciones que prohíben la investigación de la paternidad fuera de matrimonio, parece posible discernir, en las legislaciones que han sido objeto de *rapports* nacio-

las ponencias nacionales recibidas, se hace preciso introducir en aquél las modificaciones siguientes:

La Ley inglesa de 1969 permite una cierta *investigation of paternity* en varios casos; así, en un proceso de desconocimiento de la paternidad, el examen de los grupos sanguíneos puede ser utilizado para demostrar que el marido de la madre no es el padre del hijo; en un proceso intentado por la madre contra el supuesto padre a fin de obtener alimentos, el *Blood test* puede utilizarse también como prueba negativa; finalmente, en el caso más importante de la acción ejercitada por el hijo ilegítimo para suceder abintestato a su padre (70). En virtud de esta Ley, Inglaterra ha pasado del grupo de países que autorizan la libre investigación de la paternidad para obtener sólo alimentos, al grupo de países que atribuyen al éxito de la acción cierto *status* de familia.

Pero si Inglaterra ha mejorado su posición, hay que incluir a Holanda en este primer grupo de legislaciones que no permiten sino la libre investigación con la finalidad de obtener alimentos. El art. 394, párrafo 3 del nuevo Código civil, establece una presunción de paternidad en el caso de comercio sexual, pero tal paternidad una vez declarada por el juez, no existe vínculo de familia entre el padre y el hijo, sino simplemente una obligación alimenticia (71). Por otra parte, desde 1970, el derecho holandés no admite ya el reconocimiento forzoso (72).

Hay que señalar que la Ley francesa de 1972 apenas ha cambiado el sistema de investigación de la paternidad natural. El nuevo artículo 340 recoge los cinco casos que permiten ejercitar la acción, previstos en el texto antiguo y asimismo se encuentran las tres excepciones (*fins de non-recevoir*) del antiguo art. 340 (73).

nales, *cuatro soluciones* del problema de la investigación de la paternidad fuera de matrimonio.

I. En algunos países se ha conservado la solución del *ancien droit*, es decir, el derecho del hijo nacido fuera de matrimonio o de su madre, a perseguir judicialmente al presunto padre pero sólo con la finalidad de obtener alimentos (Inglaterra, Austria, Estados Unidos).

II. En varios países la investigación de la paternidad fuera de matrimonio se prohíbe en principio, pero se admiten algunas excepciones a este principio en casos determinados limitativamente por la ley en que tal investigación se permite con la finalidad de asegurar al hijo un estatuto legal respecto de su padre (Francia, España, Portugal, Argentina, Brasil y Uruguay).

III. Un grupo de países adopta un sistema mixto que combina las dos soluciones anteriormente mencionadas: derecho a demandar libremente al supuesto padre con la finalidad de obtener alimentos, e investigación de la paternidad fuera de matrimonio en ciertos casos determinados con la finalidad de obtener el *status* legal del hijo nacido fuera de matrimonio (Alemania Occidental, Chile, Grecia, Holanda).

IV. Finalmente, en numerosos países se admite abiertamente sin restricción alguna, el principio de libre investigación de la paternidad fuera de matrimonio con todas sus consecuencias (Cataluña, Dinamarca, Hungría, Japón, Noruega, Polonia, Rumania, Suecia, Venezuela, Yugoslavia).»

(70) *Rapport KIRALFY*, p. 5.

(71) *Rapport HONDIUS*, p. 25.

(72) *Rapport HONDIUS*, p. 13.

(73) *Rapport NERSON*, p. 14.

El sistema suizo se relaciona con el de Alemania Occidental antes de la reforma de 1969. Por tanto, hay que incluir este país entre aquéllos que permiten la libre investigación con finalidad de subsidios y que, en casos determinados, permiten una «investigación calificada» con finalidad de obtener efectos de estado civil (74).

El cambio introducido por la Ley alemana de 1969 se ha calificado de revolucionario (75). En efecto, el nuevo párrafo 1.600 n, párrafo 1.º del B. G. B. dispone: «Si la paternidad no ha sido reconocida, puede ser establecida por decisión judicial en virtud de acción intentada por el hijo o por el hombre que lo ha engendrado». No existe un plazo para el ejercicio de la acción; la madre también puede ejercitarla. La finalidad del proceso es encontrar el padre biológico, pero el párrafo 1.600, o establece una presunción legal en caso de comercio sexual; la excepción *plurium concubentium* no tiene efecto automático porque siempre existe una gran posibilidad de que el hombre que ha tenido comercio sexual con la madre durante el período de concepción legal, pueda ser el padre del hijo (76). Por tanto hay libertad total de prueba y verdad biológica. Pero en cuanto a los efectos no puede decirse que esta acción produzca en todos los casos un *standswirkung*; se habla más bien de una «paternidad pecuniaria» combinada con una nueva «paternidad sucesoria» (77). La nueva Ley no consagra una equivalencia sucesoria sino una igualdad pecuniaria entre los hijos legítimos e ilegítimos a la muerte de su padre: el instrumento técnico ha sido la atribución al hijo ilegítimo de un crédito que ocupa el lugar de un derecho sucesorio contra los herederos y la compensación sucesoria anticipada, la cual suscita, sin embargo, algunas críticas porque introduce una discriminación respecto del hijo legítimo (78).

Por esta razón, Alemania Occidental debe salir del tercer grupo sin que pueda incluirse en el cuarto: debe clasificarse, por tanto, en un grupo intermedio.

Quebec, después de la reforma de 1970, permite la libre investigación judicial de la filiación natural de modo parecido a la investigación judicial de la filiación legítima: rasgo importante que le separa del derecho francés (79).

Si se me permite hacer un balance de la situación jurídica resultante de las ponencias recibidas a propósito del establecimiento de la filiación paterna extramatrimonial, parece que el sistema de libre investigación con todas sus consecuencias, propuesto en la ponencia Ionasco (80),

(74) Vid. los arts. 317, 318, 319 y 323 del Código civil. *Rapport HEGNAUER*, pp. 5 y 6.

(75) MÜLLER-FREIENFELS, *Les effets de la filiation illégitime en droit allemand*, en el vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, cit., p. 97.

(76) HABSCHEID, loc. cit., p. 58 y ss.

(77) MÜLLER-FREIENFELS, *Les effets de la filiation illégitime en droit allemand*, cit., p. 129.

(78) MÜLLER-FREIENFELS, loc. cit., p. 123.

(79) *Rapport PINEAU*, p. 4.

(80) P. 150 y 151.

por el momento, sigue siendo una aspiración ideal para bastantes países. Las reformas recientes en Inglaterra, Holanda, Alemania Occidental y Francia, nos muestran una actitud de prudencia por parte de los legisladores. ¿De qué sirve imponer en todos los casos una paternidad no querida por un padre que intentará por todos los medios sustraerse a sus obligaciones? Ser padre es algo bastante diferente de quedar obligado a contribuir al mantenimiento del hijo. La nueva Ley alemana parece orientada en una dirección realista, concediendo a la madre natural la autoridad paterna de pleno derecho y excluyendo de su ejercicio normalmente al padre (81).

6. *Prohibición del establecimiento de la filiación adulterina o incestuosa.*

Según la ponencia Ionasco (82), había dos grupos de países en cuanto a la posibilidad de establecer un vínculo de filiación respecto de los hijos calificados de adulterinos o incestuosos.

1.º En Alemania Occidental, Alemania Oriental, Inglaterra, Austria, Estados Unidos (la mayoría de los Estados), Etiopía, Grecia, Hungría, Japón (83), Noruega, Holanda, Polonia, Rumanía, Suecia y Yugoslavia, el carácter adulterino o incestuoso de una relación de filiación, no es nunca un obstáculo a su establecimiento.

2.º Por el contrario, en otros países había restricciones en lo concerniente al establecimiento de la filiación fuera de matrimonio en tales casos. Por esta razón hay dos categorías de hijos «naturales»: los hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos padres hubieran podido casarse en la época de la concepción o del nacimiento del hijo, ya que no existía impedimento de matrimonio, y que son denominados «hijos naturales simples», y los hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos padres no hubieran podido casarse en esta época, por razón de adulterio o de incesto; los hijos de esta última categoría, designados generalmente como «adulterinos» o «incestuosos», se denominan en algunos países «ilegítimos». Es el caso de Chile, España (84), Francia, Italia (85), Portugal, Venezuela.

(81) MÜLLER-FREIENFELS, loc. cit., p. 104.

(82) P. 151 y ss.

(83) «A este propósito hay muy poca controversia o duda en el Japón» nos dice el Prof. TANIGUCHI en su *Rapport*, p. 12. Pero el reconocimiento de un hijo incestuoso nacido de una relación sexual en grado prohibido (por ejemplo, entre padre e hija), no quiere significar que se permita el matrimonio entre tales personas (loc. cit., p. 13).

(84) En España siempre es posible el reconocimiento respecto del padre no casado y respecto de cualquiera de los padres entre los cuales existe un impedimento no susceptible de dispensa.

(85) En Italia el reconocimiento del hijo incestuoso se permite al padre que en el momento de la concepción ignoraba el vínculo de parentesco, de consanguinidad o afinidad que le unía al otro progenitor y si ambos lo ignoraban, el hijo pue-

Esta clasificación sigue siendo válida en lo esencial, aunque es preciso introducir en ella algunas modificaciones.

Portugal en 1966 ha permitido el reconocimiento de los hijos adúlteros (86), igual que Quebec en 1971 (87) y Francia en 1972 (88). Y si en 1959 la prohibición de legitimar a los hijos adúlteros ha sido abolida en Inglaterra, la doctrina reciente parece de acuerdo en mantener la prohibición respecto de los hijos incestuosos (89).

Pero, de otra parte, el nuevo Código civil holandés declara nulo el reconocimiento hecho respecto de los hijos adúlteros e incestuosos (90). El Código civil suizo en vigor dispone que «el hijo nacido de un comercio adúlterino o incestuoso no puede ser reconocido» (artículo 304) (91). Una regla semejante existe en Argentina (92) y en otros países hispano-americanos (93) y todavía es más rigurosa en Israel (94).

de ser reconocido por los dos (art. 251). Conforme al art. 252, el hijo adúlterino puede ser reconocido por el padre que, en el momento de la concepción no estaba unido en matrimonio; el progenitor casado, por el contrario, sólo puede reconocerlo cuando el matrimonio ha sido disuelto; pero si hay hijos nacidos de este matrimonio o descendientes legítimos suyos, el reconocimiento puede ser autorizado únicamente por decreto del Presidente de la República, previa audiencia del Consejo de Estado y a condición de que los hijos sean mayores de edad y hayan sido también oídos (*Rapport BUSNELLI*, p. 4 y 5).

(86) PEREIRA COELHO, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en droit portugais*, *Cours* citado, p. 50.

(87) *Rapport PINEAU*, p. 5: «En derecho de Quebec, el orden público no se opone ya a la investigación de una filiación adúlterina».

(88) *Rapport NERSON*, p. 4: «La igualdad de derechos instaurada por Ley 3 enero 1972, aprovecha a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir, no sólo a los hijos naturales «simples, sino también a los hijos adúlteros o incestuosos desde que la filiación haya sido oficialmente establecida. La Ley de 1972 abandona el principio de la prohibición del establecimiento de la filiación adúlterina o incestuosa; sólo lo mantiene parcialmente en la hipótesis denominada del incesto absoluto.»

(89) *Rapport KIRALFY*, p. 9.

(90) *Rapport HONDIUS*, p. 13. Vid. el artículo 224, 1.

(91) *Rapport HEGNAUER*, p. 6.

(92) La Ley 14.367 de 3 noviembre 1954, ha suprimido las categorías de hijos adúlteros e incestuosos, pero la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia estiman que la legitimación por subsiguiente matrimonio sólo es posible respecto de los hijos cuyos padres al tiempo de la concepción podrían casarse válidamente (*Rapport LÓPEZ DEL CARRIL*, p. 6).

(93) El art. 225 del Código civil de Venezuela prohíbe el reconocimiento por el padre si en el momento de la concepción del hijo, existía en uno de los padres un impedimento al matrimonio y hasta el momento de cesar éste; hay una corriente doctrinal de la que participa el ponente Prof. Dr. PETZOLD-PERNIA, que considera abolida esta prohibición por el art. 75 de la Constitución de 1961, pero la mayoría de miembros del Tribunal Supremo es contraria. Méjico permite, en principio, reconocer a los hijos adúlteros o incestuosos salvo en algunos casos. Vid. el *Rapport* del Prof. PETZOLD-PERNIA y las conclusiones de conjunto, p. 24.

(94) Según la ley judía, los hijos adúlteros o incestuosos son ilegítimos y no gozan del derecho de casarse; pueden casarse solamente con una persona de idéntica posición jurídica o con un prosélito. Los hijos nacidos de una unión de padre judío y madre no judía, no se consideran judíos salvo si se convierten al judaísmo; son ilegítimos y no tienen ningún derecho respecto de su padre (*Rapport FALK*,

En este momento de la evolución en curso, la tendencia hacia el reconocimiento de hijos adúlterinos parece clara; si bien en el caso de Francia esta apertura se acompaña de algunas limitaciones en los derechos sucesorios en presencia de las víctimas del adulterio (95). El proyecto suizo de reforma constituye un buen ejemplo. Pero la evolución parece detenida con relación a los hijos incestuosos; la prohibición del incesto —al menos en los casos del llamado incesto «absoluto» (padre e hija, madre e hijo, hermano y hermana)— sigue siendo una idea adquirida, que ha penetrado profundamente las costumbres de muchas sociedades. El profesor Nerson escribe a este propósito (96): «El derecho no es sólo una «geometría»: en la hipótesis de un incesto «absoluto», la revelación oficial del origen del hijo, crearía, todavía hoy, un malestar social, pues la conciencia colectiva no está dispuesta a admitir un liberalismo sin límites, y es, conforme al interés del hijo, callar la verdad, mientras el establecimiento de los dos vínculos de filiación arrastraría complicaciones «absurdas» desde el punto de vista sucesorio.»

7. La legitimación.

En todos los países en los que el estatuto de los hijos nacidos fuera de matrimonio es diferente del de los hijos legítimos, hay normalmente (97) procedimientos para mejorar la situación jurídica de los hijos ilegítimos. El más frecuente es la legitimación por matrimonio subsiguiente, la cual puede producirse automáticamente, o bien después del reconocimiento hecho, no importa en qué momento, por los padres (98). Si el matrimonio entre los padres no es posible, algunos

p. 7). La posición jurídica de los hijos adúlterinos o incestuosos es más desfavorable en la ley musulmana y greco-ortodoxa que en el Derecho de la Iglesia Católica (loc. cit., p. 8 y ss.)

(95) Vid. infra, p. 26.

(96) *Rapport NERSON*, p. 6. Vid. también el resumen de los debates franco-alemanes a propósito de este tema, op. cit., p. 156 y ss.

(97) En Israel esto depende del estatuto religioso de la persona. La ley musulmana prohíbe el matrimonio mixto entre un hombre no musulmán y una mujer musulmana y por esta razón, el hijo nacido de tal relación no podrá jamás legitimarse por matrimonio subsiguiente. El Derecho Canónico es más favorable a los hijos en esta materia. (Cfr. *Rapport FALK*, p. 8 y ss.)

(98) En Inglaterra la legitimación por matrimonio subsiguiente se introdujo muy tardíamente mediante la *Legitimacy Act* de 1926. En cuanto a Francia, el *Rapport NERSON*, cit., p. 28, nos dice «Antes de 1972 la legitimación había recibido una ampliación considerable en beneficio de los hijos adúlterinos o incestuosos y se habían instituido formas excepcionales de legitimación: legitimación *post nuptias* por decisión judicial; legitimación sin matrimonio, admitida a título excepcional para los hijos de las víctimas de la guerra; la jurisprudencia había reconocido válida también la adopción por sus padres del hijo natural propio y, dado que la Ley de 11 julio 1966 sobre adopción, autorizó la adopción plena por una sola persona, se podría por esta vía oblicua, realizar una especie de legitimación, pero en razón del principio de asimilación de los hijos naturales a los

países admiten una legitimación por autoridad judicial (99), por decreto del Jefe del Estado (100) o por cartas de legitimación (101). Finalmente, algunas ponencias indican una tercera vía para mejorar el *status* de los hijos nacidos fuera de matrimonio: la de la adopción. Una adopción plena con efectos iguales a los que produce la filiación legítima parece normalmente posible, pero el artículo 228 del nuevo Código civil holandés prohíbe la adopción de los propios hijos naturales del adoptante (102). La adopción de los hijos naturales del adoptante se permite, sin embargo, expresamente en Argentina (103), España (104) y Quebec (105).

8. Estatuto jurídico de las personas nacidas fuera de matrimonio.

Partiendo de la clasificación hecha por el profesor Ionasco (106), se comprueba la necesidad de hacer las modificaciones siguientes después del año 1966.

legítimos, parece perder una parte de su interés; sin embargo, además de su importancia en el plano psicológico y social, conserva intereses no desdeñables en el plano jurídico». En Hungría, la legitimación por matrimonio subsiguiente, parece estar muy facilitada porque se produce sobre la base de la ausencia de una declaración rehusándola en el momento de casarse (Cfr. *Rapport NIZSALOVSKI-PAP*, p. 9 y ss.).

(99) En principio el Código de Napoleón no la admitía; fue introducida, después de vivas discusiones, en el Código civil italiano de 1865, seguido por el Código civil español, el Código civil suizo y el Código civil italiano de 1942. Puede hablarse ahora de un «renacimiento» de esta institución, admitida por el nuevo Código civil holandés bajo la forma de cartas de legitimación, e introducida en Francia por la Ley de 1972, país en el que parece conocer un cierto esplendor (cfr. COLOMBET, *Les conditions de la légitimation par autorité de justice et ses effets quant au nom de l'enfant*, Note sous Trib. Grande Inst. Strasbourg, 13 juin 1973, en *Recueil Dalloz*, 1974, p. 69; MASSIP, *La notion de mariage impossible au sens de l'art. 333 du Code civil*, Note sous Trib. Grande Inst. Paris, 15 juin 1973, en *Recueil Dalloz*, 1974, p. 86).

(100) Es el nombre que recibe en España y en Italia. En el fondo, se trata de la antigua legitimación per *rescriptum principis*.

(101) Es la denominación holandesa. Cfr. *Rapport HONDIUS*, p. 29 y ss.

(102) Pero esta prohibición no impide que el hijo ilegítimo sea adoptado por el padre que no le ha reconocido y por su cónyuge. Cfr. *Rapport HONDIUS*, p. 31.

(103) La Ley 19.134 de 21 julio 1971, permite la adopción plena de un hijo cuya filiación es desconocida, con los efectos de la filiación legítima. Pero si el hijo había sido reconocido, la adopción es simple. Cfr. *Rapport PÉREZ DEL CARRIL*, p. 7.

(104) Según el art. 178 del Código civil, cada uno de los padres puede adoptar plenamente a su propio hijo natural reconocido, y el marido puede adoptar plenamente el hijo natural de su mujer.

(105) El Prof. PINEAU, nos dice en su *rapport* que la ley de Quebec parece permitir al padre o a la madre de un hijo natural, adoptar a éste; pero el autor es más bien crítico sobre esta posibilidad (*Rapport* citado, p. 12 y ss.).

(106) *Rapport* citado, p. 154:

1.º Países en los que no existe un estatuto jurídico diferente para las personas nacidas dentro de matrimonio y para las personas nacidas fuera de matri-

En primer lugar, en el grupo de países que establecen un solo estatuto jurídico para el hijo, ya sea legítimo o natural (107), es preciso incluir ahora Francia, Alemania Occidental, Méjico y limitadamente a ciertos aspectos, Inglaterra.

La Ley francesa de 1972 ha establecido el nuevo principio de igualdad de derechos entre todos los hijos en el artículo 334 del Código civil, en cuanto al estatuto patrimonial, el hijo natural y el hijo legítimo son tratados en un pie de igualdad, tanto en el Derecho sucesorio como en el de las donaciones, y esto es también así para el hijo adulterino y el incestuoso. Queda todavía cierta discriminación para proteger a la familia legítima y no para sancionar al hijo en razón de su origen; en presencia de ciertas personas protegidas por la ley (cónyuge engañado, hijos legítimos nacidos del matrimonio durante el cual fue concebido el hijo adulterino), el hijo adulterino verá sus derechos reducidos en la mitad (art. 760) y, eventualmente, podrá ser apartado de la partición mediante una reglamentación anticipada de sus derechos sucesorios (art. 762) (108).

La Ley alemana de 1969 ha alcanzado resultados semejantes a los del Derecho francés, pero por procedimientos técnicos un poco diferentes y en apariencia más complejos (109). El hijo natural no tiene padres que estén unidos por el vínculo legítimo del matrimonio; por este hecho, la madre natural dispone de pleno derecho de la autoridad paterna, de suerte que en la mayoría de los casos la función del padre se reduce al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Según un principio tradicional en el Derecho alemán, el hijo ilegítimo tiene pleno derecho de suceder a su madre. Pero en cuanto a su padre, después de vivas discusiones, se ha consagrado no ya la equivalencia sucesoria, sino una igualdad financiera con relación al hijo legítimo. El hijo ilegítimo no es el verdadero heredero «legal» de su padre cuando éste último muere dejando viuda y descendientes legítimos; por el contrario, se beneficia de los derechos de hijo legítimo si es llamado a la

monio (Alemania Oriental, Albania, Bulgaria, Dinamarca, Hungría, Noruega, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia).

2.º Países donde los hijos nacidos fuera de matrimonio suceden a ambos padres a título de herederos pero cuya cuota es reducida (Argentina, Brasil, Chile, España, Grecia, Italia, Japón, Portugal, etc.).

3.º Países donde el hijo fuera de matrimonio es llamado a la sucesión de su madre como un hijo nacido dentro de matrimonio pero carece de toda vocación a suceder abintestato a su padre (Alemania Occidental, Austria, Suecia).

4.º Países donde el hijo nacido fuera de matrimonio está privado de todo derecho de sucesión legal respecto de ambos padres (Inglaterra).

(107) Vid. los *rappports* de CZACHORSKI, Ana PROKOP, María EREMIA y NIZASALOVSKY-PAP.

(108) *Rapport* NERSON, p. 16 y ss. El autor observa: «Es justo que el hijo adulterino, por hipótesis inocente, no sea tratado como un «paria», pero el cónyuge engañado y los hijos legítimos, nacidos del matrimonio durante el cual el adulterio fue cometido, no son menos inocentes que el hijo ilegítimo. Esas víctimas directas del adulterio merecen ser protegidas» (*Rapport citado*, p. 32).

(109) Vid. el vol. cit. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, p. 179.

sucesión en ausencia de las anteriores personas; en el primer caso se beneficia de un crédito que ocupa el lugar de un derecho sucesorio contra los herederos. Por otra parte, si el hijo ilegítimo tiene una edad comprendida en los veintiuno y los veintisiete años podrá reclamar a su padre una compensación sucesoria anticipada en dinero (párrafo 1.934, d, 1), cuya naturaleza jurídica parece discutible (110).

Ciertamente, si se comparan estas dos leyes nuevas con la legislación de los países socialistas o bien con la de Etiopía, se encuentra una diferencia, ya que no existe ninguna restricción en estas últimas respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio. En todo caso, parece que el ejemplo de Alemania Occidental y de Francia, para el grupo de los países latinos que todavía establecen discriminaciones, podrá ser muy eficaz en el futuro.

En el Código civil para el Distrito y los Territorios Federales de Méjico se establece la igualdad más completa entre los hijos legítimos y los hijos nacidos fuera de matrimonio (112).

En la *Family Law Reform Act* inglesa de 1969 hay una tendencia muy marcada hacia la igualdad de derechos entre los hijos legítimos y los ilegítimos, sin que llegue a ser total. En el ámbito de la sucesión abintestato la Ley citada ha creado una «small natural family» formada por los padres, los hijos naturales y sus descendientes; pero la reciprocidad no existe ya que la Ley presume siempre que el padre natural ha muerto antes que el hijo. Por otra parte, no existe vínculo jurídico entre los hijos naturales y los descendientes o colaterales legítimos de los padres. El hijo natural tiene los mismos derechos que el hijo legítimo para suceder abintestato a sus padres naturales; tiene también derecho de legítima y hasta los dieciséis años, un derecho de alimentos igual al del hijo legítimo. En la atribución de la patria potestad, los tribunales prefieren la madre al padre (113).

En el grupo de países que conceden a los hijos nacidos fuera de matrimonio derechos de sucesión respecto de ambos padres a título de herederos, pero en proporción reducida, es preciso incluir a Colombia (114), Venezuela (115) y Suiza (116) y eliminar, naturalmente, el nombre de Francia. Es el caso también de Holanda en cuanto al derecho actualmente en vigor, pero no cuando se aplique el libro de suce-

(110) Op. cit., p. 101 y ss., especialmente 114 y ss.

(111) *Rapport KRZECZUNOWICZ*, resumen francés, p. 2.

(112) *Rapport PETZOLD-PERNÍA*, p. 13.

(113) *Rapport KIRALFY*, p. 6 y ss.

(114) Los hijos naturales obtienen, concurriendo con los hijos legítimos, la mitad de la parte que corresponde a uno de éstos (art. 18, Ley 45 de 1936) (*Rapport PETZOLD-PERNÍA*, p. 10).

(115) Aunque los hijos naturales tienen los mismos derechos que los hijos legítimos en la sucesión de su madre (art. 822, C. c.) cuando entran en concurso en la línea paterna con hijos legítimos, reciben la mitad de la cuota que corresponde a éstos (art. 823). En cuanto a los hijos ilegítimos que no pueden ser reconocidos, sólo tienen derecho a obtener una pensión alimenticia en ciertas condiciones (art. 300).

(116) Art. 461, C. c.

siones del nuevo Código civil ya redactado pero todavía no promulgado (117).

Alemania Occidental debe ser eliminada del grupo de países cuya legislación llama a los hijos nacidos fuera de matrimonio a la sucesión de su madre como un hijo legítimo pero sin concederles ninguna vocación a la sucesión abintestato de su padre.

Finalmente, Quebec toma el puesto de Inglaterra en el grupo de países que privan de todo derecho de sucesión legal al hijo nacido fuera de matrimonio respecto de ambos padres (118). En este grupo hay que incluir al Irán por la influencia del derecho musulmán (119), y, por la misma razón, el derecho religioso de Israel aplicado a la comunidad musulmana (120).

9. Conclusiones.

Ante todo hay que reconocer que una evolución en el sentido de mejorar la condición jurídica de la persona nacida fuera de matrimonio, se prosigue en casi todo el mundo. Los recientes ejemplos de Alemania Occidental, Francia, Inglaterra y Holanda, son bien elocuentes si se piensa en Europa. La Iglesia Católica ha tomado posición en este tema (121). Pero la evolución no siempre alcanza el mismo nivel, ya sea que la investigación judicial de la paternidad en cuanto a los casos que

(117) *Rapport HONDIUS*, p. 22 y ss. Según el nuevo derecho de sucesión, que aún no ha entrado en vigor, el estado de hijo natural en cuanto a la sucesión y a la legítima, es igual al del hijo legítimo, no sólo en lo que concierne a las relaciones con su padre y madre naturales, sino también con los parientes de éstos.

(118) El *Rapport PINEAU*, p. 10, observa que, a diferencia del hijo legítimo, el hijo natural no sucede a sus padres. Es la solución del *Ancien Droit* que ha sido adoptada por los codificadores de 1866 y que en ningún punto ha sido modificada desde entonces. Pero la legislación social ha dado la pauta desde hace varios años y en numerosas leyes particulares se ha asimilado, a los fines sociales, al hijo natural y al hijo legítimo.

(119) En el *Rapport SADRZADEH AFCHAR*, se hace la exposición histórica de la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en Irán. En tiempo de los persas de la época zoroástrica, el hijo nacido fuera de matrimonio estaba en un pie de igualdad con el hijo legítimo, pero después de la conquista del Islam, todos estos derechos han desaparecido. En derecho musulmán no se reconoce ningún derecho al hijo nacido fuera de matrimonio respecto de sus padres; únicamente están protegidos por instituciones públicas, y por esta razón el Ayuntamiento se ocupa de los niños abandonados. El art. 1.218 del Código civil encarga al Ministerio público designar a los tutores de los hijos que carecen de padres o cuyos padres son desconocidos; según el art. 884 C. c., el hijo nacido fuera de matrimonio no sucede a su padre, ni a su madre, ni a los parientes de éstos; pero si las relaciones entre el padre y la madre, se han originado en la violencia o en el error de uno de ellos, el hijo podrá suceder a éste último (*Rapport* citado, p. 1 y ss)

(120) *Rapport FALK*, p. 8.

(121) El *Rapport PETZOLD-PERNÍA*, p. 26, transcribe el texto siguiente del Concilio Vaticano II: «En nuestra época la obligación se hace apremiante de acercarnos a todos y de ponernos a su servicio cuando la ocasión se presente, ya se trate de ese anciano abandonado de todos, de ese trabajador extranjero injustamente menospreciado, de ese exilado o de ese niño nacido de una unión ilegítima que debe soportar las consecuencias de un pecado que no ha cometido».

permiten el ejercicio de la acción, quede limitada (tal para Francia, los cinco casos clásicos del art. 340 del Código civil), o en cuanto a sus efectos (en Holanda hay libre investigación, pero con una finalidad de obtener alimentos); ya sea que se pongan obstáculos a la posibilidad de reconocimiento, incluso voluntario, en el caso del incesto llamado absoluto (Francia y, según la doctrina, Inglaterra); ya sea que ciertas discriminaciones en presencia de la familia legítima (especialmente el cónyuge y los hijos engañados por el adulterio) subsisten todavía (122), o bien que la ley no asegure siempre un estatuto *jurídico* igual sino sólo un estatuto *económico* igual (123).

Por otra parte, en ciertos países se otorga mayor confianza a la acción social del Estado para mejorar la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando carecen de una familia verdadera (124), o se expresan reservas en cuanto a la creación por la ley de una familia natural (125).

Más urgente me parece la atención a la situación sociológica de los hijos naturales. El profesor Müller Freinfels nos dice (126) que «la mejor intención no permite al legislador ignorar el hecho social del hijo ilegítimo que, en nuestros días, vive en una situación diferente de la del hijo legítimo». Por esta razón me hubiera gustado haber tenido informaciones sociológicas más completas sobre la situación real de los hijos nacidos fuera de matrimonio en aquellos países que hace tiempo han establecido la plena igualdad jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos (127). Parece realista adaptar la situación jurídica de tales personas a la situación de hecho, y conceder los derechos

(122) Vid. los arts. 759 y 760 reformados del C. c. francés.

(123) Vid. el párrafo 1934, a, 1 del B. G. B.

(124) En el *Rapport KIRALFY*, se lee la siguiente conclusión: «Para el futuro no se contempla una nueva legislación que se refiera a los derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Para éstos, las dificultades no existen normalmente en el seno de las familias bien acomodadas. La incidencia de la ilegitimidad puede reducirse mediante la planificación económica y la educación. Los cuidados concedidos al hijo pueden mejorarse siempre con gastos cada vez más elevados. La campaña a favor del control de nacimientos y del aborto, han conducido en este terreno a resultados muy discutibles. En Inglaterra, la familia llamada reducida, o «nuclear», tiende a aislarse. Un grupo familiar más amplio podría dar solución a muchos problemas pero la evolución no sigue esta dirección. El Estado probablemente, deberá asumir la misión principal de la asistencia a los niños abandonados y no deseados y será ayudado a su pesar, por padres voluntarios y, eventualmente, por madres fortuitas y desocupadas» (*Rapport* citado, p. 10).

(125) El *Rapport PINEAU*, p. 19, nos dice: «No parece, sin embargo, que pueda irse mucho más lejos en la asimilación del estado de hijo natural al de hijo legítimo y que quiera crearse, en cuanto tal, una *familia natural*».

(126) En el vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, cit., p. 100.

(127) Por ejemplo: porcentaje de hijos abandonados por sus padres; hijos a cargo del Estado o de los establecimientos públicos; hijos que viven con la madre o con la familia de la madre o con terceros; hijos que viven con el padre o con su familia; porcentaje que represente el reconocimiento voluntario con relación a los casos de ejercicio de una acción judicial de investigación; situación de los hijos adulterinos: ¿están integrados en la familia del cónyuge engañado?, ¿viven con la madre soltera?, ¿qué ocurre en el caso del doble adulterio?

de patria potestad a la persona que tiene a su cargo al hijo, e imputar los deberes al otro padre (solución de la Ley alemana de 1969).

Hay que señalar todavía que en varios países el punto de partida para un cambio de la legislación ha sido el mandato constitucional (128). Pero a veces en la misma constitución se encuentran obstáculos legales porque ella misma establece al mismo tiempo la protección de la familia legítima (129). Tocamos aquí la dificultad más grave de orden ideológico; para los países del Islam, esta protección debe ser absoluta, de tal modo que no se reconoce ningún derecho a la filiación fuera de matrimonio; en los países escandinavos y socialistas, se piensa por el contrario, que conceder idénticos derechos a los hijos legítimos e ilegítimos, no constituye un ataque a la familia legítima; sin embargo, en las recientes reformas de Europa Occidental, la preocupación de no dañar a la familia legítima, se manifiesta en ciertos puntos (130). Carecemos de datos suficientes para resolver esta cuestión (131), pero es de desear que se encuentre el preciso equilibrio para no sacrificar un interés al otro.

Por último, una cuestión cuantitativa pero no desdeñable. Según las palabras del profesor Müller Freienfels (132): «El impacto social y la problemática de los nacimientos ilegítimos, varían totalmente según que en un país determinado sean habituales o excepcionales. Es la razón por la cual no podría haber una reglamentación universalmente válida, sino únicamente soluciones, las mejores posibles, para cierta época y para cierto país.»

Sólo en el *Rapport* Ana PROKOP, p. 19, nota 36, se indican algunos datos estadísticos; en 1964, 33.763 hijos nacieron en Yugoslavia fuera de matrimonio (pero, ¿qué porcentaje con relación al total de nacimientos?). De este total, 18.605 fueron reconocidos por el padre (el 55 por 100 aproximadamente), 4.482 han sido legitimados (o sea, aproximadamente, el 13 por 100). Para 240 hijos, la paternidad fue establecida judicialmente (o sea el 0,7 por 100). Esto significa que algo más del 30 por 100 ha quedado sin que se establezca su paternidad (¿a cargo de la madre, de la familia de la madre, del Estado?).

(128) El art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, dice: «La legislación debe asegurar a los hijos naturales las mismas condiciones que a los legítimos en lo que concierne a su desarrollo físico y moral y a su situación social.»

En los Estados Unidos, la *Equal Protection Clause* de la Constitución Federal, ha permitido al Tribunal Supremo pronunciar dos sentencias de trascendental importancia para la evolución del estatuto de la filiación fuera de matrimonio. Se trata de *Levy v. Louisiana*, 391 U.S.A., 68, 1968 et de *Glover v. American Guarantee G. Liability Insurance Co.*, 391 U.S.A., 73, 1968 (*Rapport* KRAUSE, p. 7 y ss.).

(129) Es el caso del art. 30, párrafo 3, de la Constitución Italiana. Vid. la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional: *Rapport* BUSNELLI, p. 17 y ss.

(130) Vid. el tratamiento diferente de la ley francesa y alemana respecto del hijo natural en presencia del cónyuge y de los hijos legítimos del *decius*. Para la Argentina, el *rapport* LÓPEZ DEL CARRIL, p. 8, expresa el deseo de mantener alguna diferencia con los hijos legítimos para consolidar el matrimonio como institución social.

(131) Por ejemplo, sería de gran interés examinar si la curva de uniones libres sube a continuación de una reforma de la legislación que iguale a los hijos naturales con los hijos legítimos.

(132) MULLER-FREIENFELS, op. cit., p. 102.