

EL ESTADO ÚNICO DE HIJO EN ITALIA

EQUAL STATUS OF CHILDREN IN ITALY

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 318-363



Margot
BELLOMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente artículo estudia las relaciones paterno-filiales en Italia, a través de una perspectiva diacrónica, a partir del Código civil del 1865 hasta la reciente reforma del 2012. El estudio pretende profundizar las razones histórico-jurídicas de la tradicional regulación dispar entre la filiación legítima y la natural y, además, analizar el camino jurídico que ha permitido llegar hoy a la proclamación de la paridad de todos los hijos, con independencia de la condición de los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Relación paterno-filial, filiación legítima y natural, familia, unicidad de estado.

ABSTRACT: This article examines the relationship between the parent and the children in Italy through a diachronic perspective, from the Civil Code of 1865 to the recent 2012 reform. The study attempts to deepen the historical and the juridical reasons of the traditional unequal treatment between legitimate children and the natural one. Also it attempts to analyse the juridical route that allows to arrive today to the proclamation of equality of all children, independently from the matrimonial status of progenitors.

KEY WORDS: Parent-child relationship, legitimate and natural filiation, family, equality of status.

SUMARIO.- I. LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.- 1. Desde el Código de 1865 hasta la disciplina del Código de 1942.- 2. La Constitución y el reformado Derecho de familia de 1975.- 3. La reforma operada por la Ley n. 219 del 2012 y el Decreto legislativo n. 154 del 2013.- II. LA RELACIÓN DE FILIACIÓN Y EL ESTADO ÚNICO DE HIJO: NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA RELACIÓN.- III. EL ESTADO DE HIJO MATRIMONIAL.- 1. La acción de desconocimiento.- 2. Las acciones de estado.- IV. EL ESTADO DE HIJO NO MATRIMONIAL.- 1. La oposición al reconocimiento.- 2. El reconocimiento del hijo incestuoso.- 3. La impugnación del reconocimiento.- 4. La declaración judicial de paternidad y maternidad.

I. LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.

La relación de filiación y la institución de la familia (lugar en el cual, por tradición socio-jurídica, se desarrolla dicha relación) están profundamente enlazadas, influyéndose mutuamente y evolucionando, a veces, simultáneamente y, a veces (probablemente en la mayoría de los casos, por lo que a la historia italiana concierne), por separado.

La filiación y la familia son fenómenos multiformes que no se exteriorizan sólo en la realidad jurídica: son manifestaciones universales, conocidas por todas las sociedades, que sólo en un momento posterior han sido juridificadas.

En este sentido, parece siempre muy eficaz, la conocida, pero acaso exageradamente manida, imagen descriptiva de la familia de A.C. JEMOLO, según el cual: "la familia es una roca que el mar del Derecho lame sin atravesarla"¹.

Desde luego, un estudio sobre el tema de la filiación no puede prescindir de la continua referencia al "fenómeno familia", que puede ser entendido tanto en una forma amplia, esto es, la familia parental o grupo de personas con una común descendencia, como en una forma estricta forma restricta, es decir, la familia nuclear a la cual se refiere la Carta Constitucional italiana y el Código civil.

¹ Con referencia a esta conocida cita, un autorizado autor afirma, explicándola, que "es una imagen sugestiva y emblemática que tal vez no significa tanto la incapacidad de la familia para ser medida con el metro de la regla jurídica, cuanto la incongruencia de la pretensión estatalista de penetrar en profundidad en la disciplina de una realidad natural; es decir, la falta de idoneidad de esta realidad natural para ser sometida a una heteroregulación que elimine su originaria autonomía". DALLA TORRE, G: *Famiglia, diritto e diritto di famiglia, Studi raccolti da F. D'Agostino*, Edizioni Universitarie Jaca, Milano, 1985, p. 54.

• Margot Bellomo

Abogada. Doctora en Derecho civil.) 2014. Master en derecho de la Convención europea y tutela de los derechos humanos, Robert Schuman 2015, Estrasburgo (Francia) 2015. Desde 2014 miembro del comité de redacción de la Revista Jurídica "Diritto di famiglia e delle persone", Giuffrè Editore. Docente contratada de Derecho Procesal Civil, Libera Università Maria SS. Assunta, Palermo (Italia) 2015/2016.

El concepto de familia incluye en sí mismo una importante (además de antigua) endiádis: familia matrimonial/familia no matrimonial. Los dos términos son, en realidad y desde siempre, culturalmente y jurídicamente antitéticos, no obstante los esfuerzos, sobre todo del mundo contemporáneo, para obtener la unidad de estado de hijo, sin diferencias de derechos de los hijos según su filiación. De ese binomio deriva otro, también antitético: hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales.

Históricamente, la rigurosa contraposición entre la familia legítima y la familia natural se ha manifestado a través de un tratamiento jurídico diferente, en detrimento de los hijos naturales, por las características propias de los progenitores; por lo tanto, a los fines pretendidos en el presente trabajo, resulta imprescindible, a través de una perspectiva diacrónica, profundizar en las razones histórico-jurídicas de una regulación dispar entre los dos tipos de filiación, analizando, además, el camino que permitió avanzar, poco a poco, hacia una mayor igualdad, hasta llegar a la actual proclamación de la paridad de todos los hijos, con independencia de la situación de los progenitores.

I. Desde el Código del 1865 hasta la disciplina del Código de 1942.

A principios del siglo XX, el régimen jurídico de la familia se basaba en el Código Pisanelli, que entró en vigor en el año 1865, el cual manifestaba fuertemente su conexión, por una parte, con el modelo napoleónico, y, por otra, con los principios de la neo-Italia unida, en particular con el principio de laicidad, que en todo caso no obstaculizaba la presencia de instituciones de impronta católica, no obstante la fuerte contestación social de la época².

Con particular referencia, por una parte, a las condiciones concretas del tejido social y de la costumbre italiana y, por otra, a los estándares normativos ofrecidos por los códigos anteriores a la Unidad de Italia (1861), el modelo napoleónico se mostraba como único punto de partida para la elaboración del nuevo Código.

El Código Pisanelli se inspiraba “en un concepto contractualista e individualista de fuente liberal”, que se remontaba, como ya se ha dicho, al *Code civil*, en el que, no obstante, subyacía una vena autoritaria, favoreciendo siempre la familia legítima y diferenciándola, de forma neta, de la familia natural.

2 En el momento histórico era fuertemente cuestionado el poder temporal del Papa, lo que dio lugar a la “cuestión romana”, como consecuencia de la aprobación de las leyes n. 3036/1866 y 3848/1867 (con las cuales se negó el reconocimiento a gran número de organizaciones religiosas y se suprimieron multitud entes religiosos, considerados superfluos, cuyos bienes pasaron, en ambos casos, al dominio estatal) y de la famosa “brecha de porta Pia” del 20 Septiembre 1870, es decir, cuando se decretó la fin del Estado Pontificio, como poder histórico-político y Roma fue anexionada al Reino de Italia, llegando a ser en 1871 capital de Italia. No obstante la grande influencia laica de este período, la misma no impregnó el matrimonio, hasta el punto de permitir la introducción del divorcio.

El concepto de familia que surge de la lectura del código unitario y del lenguaje jurídico siguiente no es unívoco; en ciertos casos, se identificaba con la familia nuclear, de la cual formaban parte los padres y los hijos; en otros, en cambio, era elástico, incluyendo el parentesco. El art. 48 del Código del 1865 reconocía el vínculo de parentesco dentro del décimo grado y así, paralelamente, el art. 742 del mismo Código admitía la sucesión legítima dentro del décimo grado.

De acuerdo con la tradición, los poderes familiares recaían solamente en manos del marido/padre, al cual la mujer debía obediencia: ilustra la condición de la mujer en aquel tiempo que necesitara la autorización marital por todos sus actos jurídicos. Además, aunque la potestad sobre los hijos menores fuese atribuida a los dos progenitores, siendo la familia, como el mismo Pisanelli refería, "una pequeña monarquía donde el padre es el soberano", únicamente el marido ejercitaba dicha potestad.

La patria potestad terminaba con la mayoría edad del hijo, que se alcanzaba a los 21 años y también con la emancipación (art. 220). Los arts. 63 y 64 requerían el consentimiento del padre (o del abuelo) como unas de las condiciones necesarias para que el hijo (o nieto) pudiese contraer matrimonio, con un único límite: se respetaba la voluntad matrimonial de los hijos legítimos y naturales mayores de 25 años, si eran varones, y de 21 años, si eran mujeres.

Toda la estructura normativa favorecía, en grado sumo, a los hijos matrimoniales (los legítimos), aunque, con cierto rigor y prudencia, se permitía el reconocimiento del hijo natural, siempre que no fuera ni adulterino ni incestuoso, y se le reconocieron ciertos derechos alimentarios y sucesorios.

Respecto al hijo natural, el art. 189 del Código de 1865 afirmaba la prohibición de investigación de la paternidad, salvo en los casos de secuestro o violación violenta, mientras que el art. 190 admitía la investigación de la maternidad, estableciendo que el hijo tuviese probar "ser lo mismo que ella parió". El hijo natural no estaba incluido en la sucesión del progenitor, a menos que la relación de filiación fuese legalmente reconocida o judicialmente declarada (art. 743).

En particular, los hijos naturales reconocidos podían recibir la mitad de la cuota de los legítimos, los cuales tenían, además, la facultad de satisfacerla a los naturales con dinero o con bienes inmuebles hereditarios "según una justa valoración", a fin de preservar la unidad de la hacienda familiar (art. 744, II).

En ausencia de hijos legítimos y en caso de concurrencia con los ascendientes o con el cónyuge del progenitor natural, el hijo natural reconocido podía recibir los dos tercios de la herencia, y el restante se devolvía a los antedichos sujetos (art. 745, I); en caso de concurrencia con los ascendientes y con el cónyuge, se deducía

el tercio en favor de los ascendentes y el cuarto del cónyuge, devolviéndose lo restante al hijo natural (art. 745, II).

También en la sucesión testamentaria el hijo natural reconocido era de peor condición: tenía derecho a la mitad de la cuota que le hubiera correspondido, si hubiese sido legítimo. De todos modos, la porción de los hijos naturales no podía causar una reducción de la cuota legítima, constituyendo, al contrario, una deducción de la disponible. Por otra parte, el hijo natural, aunque reconocido, no podía reclamar ningún derecho sobre los bienes de la familia de la madre o del padre, ni tampoco ellos sobre los bienes del hijo natural (art. 749).

El medio siglo que siguió la codificación unitaria fue, respecto al derecho de familia, casi totalmente estacionario; varias fueron las iniciativas legislativas a fin de la modernización de un sistema del Derecho de familia que ya no representaba a la sociedad italiana, pero las mayorías de estas no llegó más allá de la mera discusión parlamentaria

La estructura familiar, mientras tanto, se fue transformando: la "familia extensa" manifestaba señales de disgregación en favor de la "familia nuclear", y por lo tanto la legislación, de manera lenta, pero constante, se fue haciendo eco de este cambio. En esta óptica, se integra una de las primeras intervenciones llevada a cabo por el Decreto Ley "lugartenencial" de 16 noviembre 1916 n. 1686 que, modificando el art. 742, II CC, limitaba las sucesiones intestadas hasta el sexto grado. El nuevo límite no ha sido modificado ni con el código civil del 1942, ni con la reforma del 1975, ni con la del 2012.

La reforma del Derecho de familia tuvo lugar, en aquel momento, por el impulso de movimientos sociales y políticos; desde entonces fue cada vez más grande el estado de opinión, sobre todo en los últimos años del siglo XIX y en los primeros del siglo XX, en favor del reconocimiento de mayores derechos por los hijos naturales.

Una importante intervención tuvo lugar con el Decreto "lugartenencial" n. 903 de 24 junio 1915, que disciplinaba el matrimonio por poderes, permitiendo así regularizar la condición de muchas parejas y de legitimar, entonces, los hijos naturales. Otro Decreto del 1916 admitió la investigación judicial de paternidad, y con respecto al mismo tema, en el 1917, se permitió la investigación de la paternidad por los hijos adulterinos y también por los incestuosos.

Aunque fueron intervenciones aisladas e inorgánicas, constituyeron, sin duda, un importante punto de partida para los trabajos de la nueva codificación civil llevada a cabo entre las dos guerras mundiales, aunque el advenimiento del fascismo hubiese traído consigo un nuevo concepto de familia de tipo institucional y jerárquico. El régimen fascista limitó los espacios de expresión y de libertad, comprimidos,

ante todo, por el poder autoritario del cabeza de familia, en tanto que padre y marido, si bien éste no debía ejercer dicho poder en su beneficio, sino al servicio de la consecución de objetivos comunes, casi como si la suya fuese una función de Derecho público.

Los intereses de la familia eran subordinados a aquellos del Estado, como afirmaba autorizada doctrina: “el matrimonio non es una institución creada para beneficio de los cónyuges, sino más bien un acto de dedicación y de sacrificio de los individuos en el interés de la sociedad, de la cual la familia constituye núcleo fundamental”³.

Dicha ideología representa la clave de lectura de varias intervenciones legislativas. Los progresos, en verdad escasos, en materia de emancipación femenina sufrieron una abrupta involución por causa de una legislación muy restrictiva, y los inestables equilibrios alcanzados antes del advenimiento del régimen fueron modificados después de los acuerdos con la Iglesia en tema de matrimonio, disciplinados por los Pactos Lateranenses del 1929.

Los resultados más concretos durante la elaboración del nuevo Código civil, empezada en los años 20 sin particular empeño, se lograron justamente en materia de Derecho de las personas y de la familia: en el 1930 fue presentado el proyecto de la Comisión real sobre el Libro I del Código civil, entrado en vigor en el 1939. Todo el nuevo Código civil fue rápidamente promulgado con el Real Decreto del 16 marzo 1942 n. 262.

Reproduciendo normas sustancialmente idénticas a las del Código civil del 1865, el Relator respecto del Código del 1942 afirmaba que “aunque modificadas las costumbres y las condiciones sociales, no se ha considerado oportuno modificar la fundamental disciplina de las relaciones entre cónyuges [...]; la costumbre del tiempo es perfectamente compatible con esta fundamental disciplina de la familia, y no se deben modificar fórmulas que tienen el prestigio y la fuerza de una tradición”. La tradición a la cual se refería el Relator se manifestaba como una reglamentación piramidal de la institución familiar en la relación con el cónyuge y con los hijos.

En conformidad con la tradición jurídica dieciochesca, la disciplina de la filiación del Código del 1942 se basaba en una rigurosa contraposición entre la familia legítima y la familia natural; esta última no venía considerada como entidad autónoma, mientras que las relaciones de filiación natural tenían una relevancia jurídica parcial, ya que existía “uno específico interés del régimen totalitario en dar a través del orden familiar una poderosa representación del orden social, volviendo la familia legítima a

3 Rocco, A.: “La legislazione”, en AA.VV.: *Civiltà fascista*, Torino, 1935, p. 312.

ser una figura ideal de Estado autoritario y un sujeto jurídico tan privilegiado, como discriminado tenía que ser cada núcleo familiar natural”.

La plenitud de *status* de filiación se reconocía solo a los hijos legítimos, o sea a los nacidos de progenitores casados, los cuales gozaban de una plena tutela; por el contrario el Código del 1942 expresaba hacia los hijos ilegítimos, o sea los hijos nacidos de padres no casados, un genérico desfavor, que se manifestaba a través de los límites de reconocimiento y de la disminución de sus derechos (sobre todo sucesorios).

Los hijos reconocibles adquirirían el estado de hijo natural circunscrito a la relación con el único progenitor que lo había reconocido, y, aunque ambos progenitores lo hubiesen reconocido las relaciones paterno-filiales eran autónomas entre ellas. Consecuencia directa de los reducidos efectos del reconocimiento era la imposibilidad de extensión de los mismos a los parientes, quedando limitados exclusivamente al ámbito paterno-filial. Se negaba, por tanto, la subsistencia y la relevancia del parentesco natural, salvo para los supuestos tasados y excepcionales disciplinados en el art. 87 CC, relativo a los impedimentos matrimoniales; el art. 435, III, CC, en tema de alimentos; y el art. 577 CC en materia de sucesiones *mortis causa*.

La originaria “condena” del fenómeno de la filiación natural se manifestaba, ante todo, a través de la rígida disciplina de la investigación judicial de paternidad: el hijo podía promover la acción de reclamación dentro de dos años a partir de la mayor edad y tenía que superar un primer juicio de admisibilidad, *conditio sine qua non* para el verdadero proceso de establecimiento. Además, el proceso, a tenor del art. 269 CC, no podía basarse en cualquier medio de prueba. Constituían supuestos tasados: haber cohabitado notoriamente la madre y el padre como cónyuges durante la concepción; la existencia de una sentencia civil o penal que constatará, aunque fuese indirectamente, la paternidad, o de una declaración escrita inequívoca del progenitor; un hecho de secuestro o de violación durante el periodo de la concepción, y, en fin, la posesión de estado de hijo natural basado en hechos que constituyesen serios indicios de la relación de filiación.

Aunque la situación de los ilegítimos reconocibles era discriminatoria, todavía era peor la de los hijos adulterinos y los incestuosos, o sea los ilegítimos no reconocibles: la categoría era considerada como un peligro para “el ordenado desarrollo de la vida social”. Así que, una vez identificados como hijos ilegítimos, se les impedía la posibilidad de adquirir un “status”, aunque limitado, como era el reservado al hijo natural.

Los hijos incestuosos y los adulterinos no podían ser reconocidos por los progenitores naturales salvo que en supuestos tasados, entre ellos, por cuanto concierne a los primeros, en la hipótesis de buena fe de los progenitores durante

el periodo de la concepción; y por, lo que respecta a los segundos, en el supuesto de que el progenitor fuese libre en el momento de la concepción o en el caso de disolución del matrimonio por muerte del cónyuge (arts. 251, 252 CC).

Además, el diferente tratamiento se manifestaba también desde el punto de vista sucesorio, porque a los hijos legítimos se les reservaba una cuota indisponible de la herencia, mientras que a los hijos naturales reconocidos, aunque formaran parte de la categoría de los legitimarios, les pertenecía una cuota reducida. En efecto, según el art. 539 CC, al hijo natural reconocido o declarado se le reservaba un tercio del patrimonio del progenitor; si éste dejaba un único hijo natural, o la mitad, si los hijos eran más de uno.

El Código disciplinaba también la hipótesis de concurrencia entre hijos naturales reconocidos y los legítimos, y, en este caso, los primeros recibían la mitad de la cuota debida a los legítimos y siempre que la cuota de estos últimos no fuera inferior al tercio de la herencia, considerando que la cuota global reservada era de dos tercios (art. 541, I CC).

De fuente dieciochesca era la norma del art. 541, que en su segundo párrafo, establecía el derecho de los hijos legítimos a la conmutación de la cuota de la herencia debida al hijo natural, es decir, que los primeros podían excluir al segundo de la asignación de los bienes, pagando en dinero la porción de cuota o elegir bienes para atribuirlos al hijo natural. La *ratio* de la norma residía en la preservación del patrimonio en el seno de la familia legítima y en la tutela, en definitiva, de esta última; los hijos legítimos podían, entonces, atribuir a los hijos naturales, a través de un acto unilateral, una suma de dinero o la propiedad de bienes hereditarios de valor, al menos igual a la cuota que le pertenecía: de esta manera se expulsaba a los hijos naturales de la comunidad hereditaria.

Es digna de mencionar la norma que regula la sucesión por representación, esto es, el art. 467, I CC, que en su formulación originaria, no incluía ninguna referencia a los descendientes naturales, contemplando sólo a los descendientes legítimos: la representación permite que los descendientes legítimos subentren en lugar de su ascendiente, cuando este último no puede o no quiere aceptar la herencia o el legado. El legislador del 1942 incluyó, sin embargo, entre los sujetos a los cuales se podía suceder por representación también los hijos naturales del *de cuius* (art. 468, I, CC), creando así una incongruencia a nivel de sistema entre los sujetos representados y los representantes. En efecto, el hijo natural podía ser representado por sus descendientes legítimos, mientras que el primero no podía suceder por representación a su propio progenitor.

En el sistema del 1942, el hijo natural podía suceder al ascendiente legítimo de su progenitor natural sólo en la hipótesis que el ascendiente no dejara ni el cónyuge

ni ascendientes, ni hermanos ni hermanas (o sus descendientes), ni otros parientes legítimos dentro del tercer grado (art. 577 CC).

El art. 592 CC deponía que los hijos naturales, si los descendientes legítimos existían, no podían recibir por testamento más de lo que habrían recibido si la sucesión hubiera sido por ley. En fin, por lo que respecta a los hijos no reconocidos o no reconocibles, ellos no podían suceder *mortis causa*, pero eran destinatarios de un subsidio económico (art. 594 CC).

La comprensión de la capacidad sucesoria era aún más severa para los hijos naturales no reconocibles, porque ellos no podían recibir por testamento más de la mitad de lo que les correspondía en la sucesión al menos favorecido de los legítimos (art. 593 CC); y, en fin, en paralelo con este último artículo, el Código sancionaba con la nulidad la donación efectuada por el progenitor al hijo natural, si la filiación no podía ser reconocida o declarada (art. 780 CC).

El legislador, a fin de tutelar la familia legítima y de evitar que la familia natural constituyese una estructura paralela, reconocía una limitada relevancia jurídica a las relaciones de filiación natural, en consideración a la idea de que el hecho natural de la procreación no daba lugar siempre a una relación jurídica de filiación.

2. La Constitución y el reformado Derecho de familia del 1975.

La realidad normativa antes descrita fue progresivamente modificada, sobre todo, como consecuencia del orden axiológico establecido en la Constitución de 1948. La Constitución proclamó el principio de igualdad y de dignidad de todos los ciudadanos, vetando distinciones de trato jurídico basadas en el estado de la persona, y aunque se omitía la expresa referencia al término “filiación”, la mejor doctrina, ya desde entonces, sustentaba su referencia también a la condición de nacimiento.

A ese proceso de desmoronamiento del sistema del Código civil contribuyeron, ante todo, las intervenciones de la Corte Constitucional, destinadas a reducir o a eliminar las discrepancias entre las normas del Código y los principios constitucionales. En efecto, la evolución jurisprudencial de la Corte con sus sentencias, sobre todo en ámbito sucesorio, constituyeron una importante base de discusión durante la reforma del Derecho de familia del 1975.

A diferencia del Código civil, que no prevé una noción de familia, el art. 29 Const. la define como una sociedad natural fundada sobre el matrimonio, formulando unos principios directivos que expresan los valores en los cuales el legislador se debe inspirar. Dicho artículo, en su segundo párrafo, dispone que “el matrimonio se funda en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por ley

en garantía de la unidad familiar”. La familia, como expresión de las “formaciones intermedias entre Estado y sociedad”, es, entonces, el lugar en el cual se forma y desarrolla la personalidad de los cónyuges y de los hijos, haciendo recaer sobre los progenitores, por el mismo hecho de la procreación, la tarea de educar, mantener e instruir a la prole (art. 30, I, Const.).

El art. 30 establece en su tercer párrafo que la ley debe asignar a los hijos no matrimoniales toda clase de tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los componentes de la familia legítima.

De la lectura conjunta de los arts. 2, 3 y 30 de la Carta Constitucional se puede deducir la preeminencia atribuida a la exigencia de asegurar el completo desarrollo de la personalidad del menor, con independencia de la condición de su nacimiento. Por lo tanto, los progenitores de hijos no matrimoniales tienen los mismos derechos/deberes que ellos tienen hacia los hijos matrimoniales.

En conformidad al principio de igualdad, la ley debe asegurar a los hijos naturales toda tutela jurídica y moral, compatiblemente con los derechos de la familia legítima, eliminando cualquiera “ofensa” al honor personal procedente de la condición de hijo no legítimo.

Los valores afirmados por la Constitución no gozaron de un inmediato y explícito reconocimiento ni normativo, ni social, por ser el Derecho de familia un ámbito muy influenciado por las convicciones sociales y estar la sociedad italiana muy anclada en una idea patriarcal y autoritaria de familia. La familia “constitucional” se puede integrar en el grupo de las formaciones sociales reguladas por el art. 2 Const., y es tutelada, no tanto como institución *per se*, sino por la función que cumple al servicio del desarrollo de la persona humana.

A través de una interpretación evolutiva de estos principios, se puede afirmar que el propósito del Constituyente no era el de cristalizar un cierto modelo de organización familiar, sino el de encomendar al legislador la tarea de traducir a nivel legislativo las exigencias de una sociedad civil en continua evolución. La noción constitucional de familia se basa en el principio de igualdad de los cónyuges y en el principio de solidaridad, el cual debe alcanzar a todos los miembros de la familia, también a los hijos nacidos fuera del matrimonio, prescindiendo del establecimiento formal del estado civil.

Como ya he avanzado, las intervenciones de la Corte Constitucional, anteriores a la reforma, aunque no pudieron disgregar el sistema existente, aspiraron a eliminar en cada caso enjuiciado la violación del principio de igualdad.

Una de las primeras cuestiones sometida a la Corte tenía como objeto la legitimidad de las disposiciones transitorias del Código civil, en particular la legitimidad del primer y segundo párrafo del art. 123, planteándose su conflicto con los arts. 3 y 30 Const. Esa disposición preveía para los hijos ilegítimos y para los adulterinos nacidos antes de la entrada en vigor del Libro I del Código, un límite a la investigación en orden a la declaración judicial de paternidad, siendo admitida, exclusivamente, si concurrían las condiciones tasadas del art. 189 CC 1865 (es decir las hipótesis de secuestro y de violación violenta). Considerado que a la luz del art. 269 CC 1942 la admisibilidad de la acción era extendida a los cuatros supuestos tasados antedichos, en el tránsito de la precedente legislación a la nueva se estableció un tratamiento discriminatorio con respecto a la misma categoría de personas, basado exclusivamente en la fecha de nacimiento, es decir, si ésta era anterior o posterior a la entrada en vigor del nuevo Código civil del 1942.

Pues bien, la Corte Constitucional declaró fundada la cuestión y la ilegitimidad del primer y segundo párrafo del art. 123 disp. trans. CC, por violación de los arts. 3 y 30 Const. La argumentación comienza con el análisis del principio sancionado en el art. 3 Const., el cual “[...] permite sin duda al legislador ordinario emanar normas diferentes respecto a situaciones objetivamente diferentes, siempre que la disparidad de tratamiento se funde en supuestos lógicos y objetivos que deben justificar racionalmente su adopción”⁴.

El art. 122, I, disp. trans. CC preveía la aplicación de las normas relativas al reconocimiento de los hijos naturales, también a los hijos nacidos o concebidos antes del 1 julio 1939; además, este reconocimiento producía efectos, incluso para las sucesiones abiertas antes de dicha fecha. El art. 123, en cambio, conservó el mismo límite previsto por el Código del 1865 (o sea sólo secuestro y violación), y por lo tanto el hijo natural, nacido antes del 1 julio 1939 no podía proponer la acción de los núm. 1, 2 e 4 del art. 269 CC.

Se consideró que la diversidad de tratamiento no estaba fundada en presupuestos lógicos: “[...] las limitaciones acerca de las investigaciones de paternidad regulada de forma transitoria por el art. 123 y la consecuente disparidad de tratamiento, constituyen una desviación de las finalidades que el legislador ha declarado expresamente perseguir. Desviación que no tiene ninguna justificación objetiva, respecto a la lógica del sistema, en la circunstancia que el hijo natural hubiera nacido antes o después del 1 de julio de 1939”⁵.

⁴ Corte Const. 7 febrero 1963, n. 7, *Giur. cost.*, 1963, p. 66.

⁵ *Ibidem*, p. 67

Sucesivamente, fue sometida al examen de la Corte Constitucional la cuestión de legitimidad de los arts. 467 y 577 CC, por violación de los arts. 3 y 30 Const., con respecto al tema de la filiación natural y al sistema sucesorio.

El art. 467 CC atribuía el derecho de representación del llamado a la herencia, que no podía o quería aceptar la herencia, sólo a los descendientes legítimos, mientras que el art. 577 CC atribuía análogo derecho, en el ámbito de la sucesión *ab intestato*, al hijo natural sólo en el caso de que el *de cuius* non hubiese dejado ni cónyuge ni descendientes ni ascendientes ni parientes dentro del tercer grado. Sobre este punto ya había intervenido la Corte Constitucional, que, sin embargo, había declarado la cuestión infundada, debido a la (errada) interpretación del Tribunal remitente, cuya ordenanza había sostenido una total asimilación, basada en el art. 3 Const., de los derechos sucesorios de los hijos naturales a los de los legítimos, desnaturalizando el art. 30 Const., tal y como se había interpretado hasta aquel momento⁶.

Para justificar la disposición del art. 467 CC, la doctrina mayoritaria afirmaba que no, existiendo ninguna relación de parentesco civil entre el hijo natural y el ascendiente (o hermano) del progenitor natural, habría sido, cuanto menos ilógico, una adquisición hereditaria por representación. La posición de la doctrina, no obstante, no se conciliaba bien con algunas normas del ordenamiento, entre ellas, el art. 87 núm. I, 3 y III párrafo CC, en tema de impedimentos matrimoniales, operantes también para los hijos naturales; el art. 435, III, CC respecto a las obligaciones alimentarias del ascendiente hacia el hijo natural de su hijo; y el art. 577 CC, que reglamenta la sucesión del hijo natural al ascendiente legítimo de su progenitor.

La Corte precisó que “la Constitución no garantiza al hijo natural (reconocido o declarado) una genérica defensa, sino la mayor tutela jurídica y social: una tutela adecuada a la posición de hijo, es decir (siempre que no haya una familia legítima) una tutela similar a aquella que el ordenamiento atribuye a los hijos legítimos en cada sector; incluso en el de la sucesión hereditaria”⁷. Esto no quería decir que se asimilasen, *sic et simpliciter*, los hijos naturales a los legítimos, pero esta asimilación era innegable cuando faltase una familia legítima, entendiendo esta última como aquella fundada en el matrimonio y compuestas sólo por los cónyuges y los hijos (excluidos los ascendientes y los parientes dentro del tercer grado).

En consecuencia, si el progenitor natural no quería o no podía aceptar la herencia, faltando el cónyuge y los hijos legítimos (es decir, faltando una familia legítima ex art. 30 Const.) se tenía que reconocer al hijo natural su derecho de representación. Por lo tanto, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional del art. 467 y, como consecuencia del nuevo adquirido derecho de representación del hijo natural, según

6 Corte Const. 6 julio 1960, n. 54, *Foro it.*, 1960, I, p. 1068.

7 Corte Const. 2 febrero 1969, n. 79, *Giur. it.*, 1969, I, p. 1220.

la lectura constitucionalmente compatible del art. 467, la Corte declaró también la ilegitimidad del art. 577 CC.

Los principios afirmados por la antedicha sentencia constituyeron un importante precedente, que permitió declarar la ilegitimidad de otras normas que, violando los arts. 3 y 30 Const., desnaturalizaban su alcance e importancia. Por ello, fue declarado ilegítimo el art. 593 CC en la parte en que establecía que el hijo natural no reconocible no podía recibir por testamento más de la mitad de la cuota del hijo legítimo menos favorito, pudiendo el *de cuius*, en cambio, disponer de toda la cuota disponible, sin límites, en favor de personas extrañas a la familia. Los hijos naturales sufrían, así, un sacrificio no justificable a causa de su condición de nacimiento, siendo desfavorecidos respecto a personas extrañas⁸.

En seguida, fue planteada una excepción de inconstitucionalidad del art. 539 CC, basada en el principio afirmado por la sentencia n. 79/69 según la cual, como se ha dicho, la tutela jurídica de los hijos naturales no tenía que diferenciarse cuando faltara una familia legítima; este artículo determinaba una disparidad de tratamiento acerca de la reserva hereditaria de los hijos naturales respecto a la reserva de los legítimos ex art. 537 CC. Presuponiendo la ausencia de descendientes legítimos o del cónyuge del *de cuius*, si el progenitor dejaba un único hijo natural, a él le correspondía un tercio del patrimonio, mientras que si los hijos eran más de uno, le correspondía la mitad. Diferente era la disciplina de las cuotas de los hijos legítimos, porque en presencia de un solo hijo le correspondía la mitad del patrimonio y, si los hijos eran más, los dos tercios.

El art. 539 CC fue declarado inconstitucional a la luz de los arts. 3 y 30 Const., porque, faltando una familia legítima, resultaba injustificable un tratamiento diferente en detrimento de los hijos naturales, así que, desde entonces, se aplicó a los naturales la misma disciplina de los legítimos⁹.

A la luz de los principios afirmados por las precedentes sentencias, la Corte Constitucional declaró, además, la ilegitimidad del art. 575 CC, el cual preveía que, en ausencia de familia legítima, los hijos naturales tuviesen que concurrir con los ascendientes legítimos del progenitor natural, mientras que, por el contrario, los legítimos obtenían la entera cuota sin alguna concurrencia. La *ratio* de la decisión se basaba, principalmente, en la noción constitucional de familia legítima, sólo en presencia de la cual los derechos hereditarios de los hijos naturales podían ser limitados y en la cual no podía participar los ascendientes¹⁰.

8 Corte Const. 28 diciembre 1970 n. 205, *Giur. Cost.*, 1970, I, p. 764.

9 Corte Const. 30 abril 1973, n. 50, *Giust. civ.*, 1973, III, p. 152. La sentencia declaró la inconstitucionalidad también de los artículos 545 y 546 por la misma *ratio*, dada la expresa referencia operada por el art. 539 CC.

10 Corte Const. 27 marzo 1974, n. 82, *Giust. civ.*, 1974, III, p. 147.

A partir de los años sesenta, a través de la labor de la Corte, se ha impuesto la concreta realización de los valores y de los principios constitucionales, en cierto sentido, más acorde con los cambios de costumbre social, a fin de limitar las disparidades entre hijos naturales (reconocidos o declarados) e hijos legítimos; teniendo siempre en cuenta que el principio de igualdad, en aquel momento histórico, tenía que retroceder ante la institución familiar fundada en el matrimonio.

La Constitución, como ya he avanzado, contenía una idea muy innovadora, respecto al modelo patriarcal predominante en la disciplina del Código de 1942, pero esa idea no quedó totalmente actuada hasta la reforma del 1975. La Carta Constitucional contenía ya todos los puntos clave de la sucesiva reforma: sobre todo, la igualdad jurídica y moral entre consortes, como lógica consecuencia de la igualdad y paridad de todos los ciudadanos, que puede ser también entendida como derecho/deber de compartir la potestad y la corresponsabilidad por la educación y el sustento de los hijos. Se conecta, además, al principio de igualdad y paridad, el deber de reconocer todos los hijos, incluso los no matrimoniales.

Después de un largo período y la elaboración de diversos proyectos de ley, finalmente, en el año 1975 con la ley n. 151, se aprobó la más importante reforma del Derecho de familia, que llevó a cabo una ruptura con el pasado, en cierto sentido, revolucionaria. Muy incisiva fue la modificación de la disciplina de la filiación, sobre todo, de la natural, a la cual se le dio la misma dignidad que a la filiación legítima, a partir de la desaparición de la palabra "ilegítima". Quedaba todavía la idea que había dos categorías de filiación, que fueron disciplinadas en dos distintos Títulos, aunque se efectuaban los reenvíos, a su vez necesarios, a fin de obtener una disciplina uniforme. La técnica legislativa de la reforma es, pues, la tradicional de la equiparación entre hijos naturales e hijos legítimos, equiparación que, sin embargo, presupone una distinción de fondo entre las dos categorías, por eso, no se pudo alcanzar la muy deseada elaboración de una parte general del Código que regulara la relación de filiación con independencia del estado de cónyuges o no casados de los progenitores.

El legislador adoptó como principio directivo inspirador la correspondencia entre el dato jurídico y el dato biológico-natural, situando en la base de la disciplina de la relación paterno-filial la responsabilidad ética, jurídica y económica de la paternidad y de la maternidad. De la aplicación de esos criterios ha surgido la indicación basilar, según la cual quien quiera puede reconocer el hijo por él procreado y quien quiera puede iniciar el reconocimiento judicial de la paternidad natural y con cualquier medio de prueba. Fue, además, abolida la normativa relativa a los hijos adulterinos, pudiendo estos ser reconocidos por la madre y por el padre, aunque estuvieran unidos en matrimonio con otra persona durante el periodo de la concepción.

Permanecía la parcial excepción representada por los hijos incestuosos, reconocibles sólo cuando los progenitores ignoraban en buena fe la relación de parentesco o afinidad que los unía. A tal propósito muchos han sido los disensos acerca de esa parcial discriminación, hoy desaparecida con las modificaciones recientemente aportadas al art. 251 CC.

Con esa radical reforma de la filiación natural se alcanzó un diferente equilibrio con los miembros de la familia legítima; fue, en efecto, sancionado el principio de la paridad de tratamiento entre los hijos legítimos y los naturales, cuya afirmación deriva de la plenitud de los derechos de estos últimos hacia el progenitor que, en consecuencia del reconocimiento, asume "todos los deberes y todos los derechos que él tiene hacia los hijos legítimos" (art. 261 CC).

El legislador trató de lograr un nuevo equilibrio entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, también desde el punto de vista sucesorio, como se deducía de la lectura de las nuevas disposiciones de los arts. 536 y 537 CC, permaneciendo, no obstante, la facultad de conmutación en favor de los hijos legítimos. Al final, se puede afirmar que no se logró realizar la plena equiparación de los hijos con independencia de la condición de los padres, y, además, no se produjo ningún cambio de los límites de extensión del parentesco natural (en particular, el colateral): este elemento, desde siempre, según una parte de la doctrina, ha constituido la diferencia más evidente, además de discriminatoria, entre la filiación legítima y la natural, después de la reforma del 1975 y hasta la reciente reforma del 2012.

El reconocimiento o la declaración judicial de la filiación implican el establecimiento de la relación de sangre que el art. 74 CC pone como base de la relación de parentesco: si es pariente quien desciende de una misma estirpe, esa relación debería tener como presuposición el mero dato biológico y no la circunstancia de la existencia de un matrimonio; pero, ante el silencio normativo y la ambigüedad de la disposición, se ha siempre sostenido, hasta la reciente reforma, que ese vínculo nacía sólo si había un matrimonio. Por otra parte, ya en el sistema anterior a la reforma del 1975 se habían admitido algunas relaciones entre parientes naturales: por ejemplo, se otorgó el derecho de representación extendido, como ya se ha expuesto, a los descendientes naturales, merced a la labor de la Corte Constitucional.

El legislador disciplinó específicamente las relaciones entre el hijo natural y los ascendientes (arts. 148, 433, 467, 737 CC), quedando sin una regulación específica las otras relaciones de parentesco colateral. También para el legislador del 1975 el hijo legítimo era pariente a todos los efectos, mientras que el hijo natural tenía definidas y relativas parcelas de parentesco, exclusivamente, hacia algunos sujetos.

A la luz de la evolución normativa, la distinción entre filiación natural y legítima, desaparecida en general respecto a la relación paterno filial, persistía en diversos

aspectos jurídicos. El primero de ellos concierne al establecimiento del *status*: la filiación legítima es una consecuencia automática de la comunicación de nacimiento, mientras que la natural, en ausencia del vínculo matrimonial, comporta la necesidad de un establecimiento separado y distinto respecto de cada uno de los progenitores. Otros factores de distinción eran representados por la disciplina de la legitimación del hijo natural, por el mecanismo de atribución del apellido, como ya se ha avanzado, por la relación de parentesco y, en fin, por algunos mecanismos sucesorios.

En efecto, y con respecto a este último tema, resultaba muy difícil reconducir en los parámetros de constitucionalidad la *ratio* del art. 537, III, CC en tema de facultad de conmutación, el cual, aunque hubiese atravesado la nueva codificación del 1942 y la reforma del 1975, había quedado perfectamente indemne y que representaba, hasta la reciente reforma del 2012 que lo ha abrogado, una *liaison* con el sistema del 1865, absolutamente de matriz napoleónica, muy lejos de los principios constitucionales.

3. La reforma con la ley n. 219 del 2012 y con el decreto legislativo n. 154 del 2013.

No obstante los cuarenta años de distancia de la introducción de las modificaciones realizadas con ley de reforma del 1975 y aunque el principio constitucional de igualdad sea hoy mayormente preeminente respecto a la institución fundada en el matrimonio, hasta hoy quedaban elecciones inadecuadas del legislador, tendentes a conservar algunos privilegios en favor de la prole legítima, en particular, en materia sucesoria.

El cambio social, sin duda, está provocando, desde hace algún tiempo, la consideración de que existan nuevos modelos de relación familiar, no basados en la institución matrimonial, por tanto, rompiendo las lógicas de contraposición entre la familia matrimonial y la no matrimonial¹¹; y, en consecuencia, entre hijos matrimoniales y no. El escenario en tema de filiación se ha proyectado, entonces, hacia una identidad de posiciones, no de los "hijos", sino de los individuos, respecto a los cuales el elemento signifiante de la condición jurídica no puede ser el nacimiento de progenitores, casados o no.

En esa visión de transformación, también de la sociedad, se ha aprobado la ley de reforma n. 219/2012 (entrada en vigor el 1 de enero 2013), y el relativo decreto delegado n. 154/2013 (entrada en vigor el 7 de febrero 2014); la reforma

11 En este sentido aparece bastante adecuada a los cambios que ha experimentado la sociedad italiana, la recién aprobación de la ley n. 76 de 2016 sobre "Reglamentación de las uniones civiles entre personas de mismo sexo y disciplina de las convivencias". No obstante la Ley ha sido muy criticada por parte de aquellos, que partiendo de postulados conservadores son contrarios a la reglamentación de la unión civil entre personas del mismo sexo; como también por parte de los "partidarios de la causa", que consideran insuficiente la ley, por ejemplo, por no reglamentar el tema de la adopción por parejas del mismo sexo.

ha eliminado toda discriminación residual (terminológica y sustancial) entre hijos natural e hijos legítimos, llegando a la afirmación de la unidad del estado de hijo.

Como se verá en los próximos párrafos, ha sido radicalmente modificado el art. 315 CC que reglamenta el estado jurídico de la filiación e introducida una nueva norma, el art. 315 bis CC en materia de derechos y deberes de los hijos. Cuando es necesario indicar el origen del hijo, la ley prevé el empleo de las definiciones de “hijos nacidos dentro del matrimonio” y “hijos nacidos fuera del matrimonio”, en lugar de las precedentes, adecuando así la legislación ordinaria a la fórmula adoptada por el art. 30 Const.

Con referencia a este último tema, habían sido planteadas muchas críticas, ya antes de la aprobación de la ley, durante el examen del proyecto de ley, porque el texto, así formulado, sigue, en efecto, considerando la tradicional clasificación de la filiación como un reflejo del estado conyugal de los progenitores.

Ha sido, además, reconocido que el hijo natural es pariente de los parientes de su progenitor: la reforma del 2012, a fin de eliminar cada discriminación de estado entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, además de proclamar la unidad de estado, ha removido unas de las peores aberraciones todavía existente, o sea aquella que negaba la instauración de vínculos de parentesco natural. Esa modificación tiene como primer e inmediato efecto el de modificar el *status* de consanguíneos en el parentesco entre el hijo natural y los hermanos, ascendientes o colaterales de su progenitor; así como que el reconocimiento de dicho *status* al hijo natural produce, también, efectos respecto de sus parientes.

La ley n. 219/2012 y el relativo decreto delegado de actuación, en conclusión, han llevado a cabo el proceso de unificación del estado de hijo, empezado con la reforma del 1975, liberándolo, por lo menos, por cuanto concierne a la titularidad sustancial, de la necesidad de la relación conyugal entre los progenitores.

II. LA RELACIÓN DE FILIACIÓN Y EL ESTADO ÚNICO DE HIJO: NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA RELACIÓN.

La filiación es “la relación que hay entre los progenitores y los hijos, de la cual resultan la totalidad de los derechos, deberes, potestades y sometimientos, que constituyen recíprocamente la parte activa y pasiva de la misma. Sujetos son, entonces, los progenitores y los hijos, pero la relación toma el nombre de filiación, porque toda la disciplina se orienta, principalmente, a la tutela del hijo”¹².

12 CARAMICO D'AURIA, D. - CERVO, G.: “Il rapporto di filiazione e la filiazione legittima”, en *Diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, en *Trattato di diritto civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2006, p. 7.

Como ya ha sido avanzado, la reforma del 1975, reduciendo hasta lo posible en aquel momento la histórica centralidad de la filiación legítima, había realizado la mayor equiparación posible entre hijos legítimos y naturales, de modo que, una vez establecido el *status*, todos los hijos gozaban de los mismos derechos y deberes hacia los progenitores.

Aunque la reforma no alcanzó a la elaboración de una parte general que regulara la relación de filiación prescindiendo de la existencia, o no, de un vínculo matrimonial, la doctrina prevalente, ya desde entonces, se orientaba en el sentido de determinar una parte sustancial de dicha relación que prescindiese de las modalidades de establecimiento del estado de hijo. En efecto, no obstante las diferencias de condición entre los legítimos y los naturales, en concreto, éstas no impedían afirmar la sustancial unicidad de la relación entre todos los hijos y sus progenitores.

Comenzando por la consideración de la unicidad de la relación sustancial “progenitor/hijo” prescindiendo de la existencia del vínculo conyugal, se considera pertinente distinguir la relación en dos partes: una parte general, relativa a la condición jurídica de hijo que tiene como objeto su titularidad sustancial, es decir, los derechos, los deberes y potestades (*rectius*, responsabilidades); una segunda parte, que tiene como objeto la disciplina formal relativa al establecimiento de la relación, que es sólo funcional a los aspectos sustanciales y en la cual, sin embargo, se necesita distinguir entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Tanto los aspectos sustanciales como aquellos formales han sido profundamente modificados por la ley de reforma n. 219/2012, entrada en vigor en el 1 Enero 2013 y por el decreto delegado n. 154/2013, entrado en vigor el 7 Febrero 2014.

El cuerpo normativo reformado es el fruto de numerosas modificaciones que se subsiguieron en dos momentos, y de esa sucesión se ha considerado oportuno dar siempre cuenta.

Como ya se ha avanzado, el estado de hijo indica, sea la titularidad sustancial de la relación de filiación, sea la titularidad formal: la primera depende del hecho mismo de la procreación a la cual están conectados todos los derechos y deberes hacia el progenitor; que tutelan la exigencia de solidaridad de la persona; la segunda concierne a la titularidad de la relación jurídicamente establecida, que tutela la exigencia del reconocimiento público de la posición de hijo.

Después de casi cuarenta años, la ley n. 219 con el art. 1, VII ha introducido una nueva formulación del art. 315 CC que, bajo la rúbrica “Estado jurídico de la filiación”, establece de forma inequívoca: “Todos los hijos poseen el mismo estado jurídico”. Es entonces cuando la equiparación, técnica legislativa sustancial y formal de la reforma del 1975, es decir, la idea de paridad ha alcanzado, por fin, la afirmación

de la unicidad del *status* entre todos los hijos: matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos.

Al texto anteriormente vigente del art. 315 CC, en tema de deberes del hijo hacia los progenitores, ha sido añadido El art. 315 *bis* CC, de nueva inserción, cuya rúbrica es “Derechos y deberes del hijo”, y con el cual se ha llevado a cabo el principio consagrado en el art. 30 de la Constitución, el cual se refiere exclusivamente a la titularidad sustancial de todas las filiaciones.

Principales derechos del hijo, nacido dentro del matrimonio o fuera de él, son los relativos al mantenimiento, a la educación, a la instrucción y a la asistencia moral por parte de ambos progenitores, según y en el respecto de las capacidades del hijo, de sus propensiones y aspiraciones. Esa disposición se conecta, claramente, al art. 147 CC en tema de “Deberes hacia los hijos”: el aspecto especular de las dos normas se interrumpe allí donde en el art. 315 *bis* CC ha sido introducido el explícito derecho del hijo a la asistencia moral, asistencia, por otra parte, expresamente prevista por el nuevo art. 337 *ter* CC en tema de medidas relativas a los hijos en el caso de procedimientos ex art. 337 *bis* CC (procedimientos de separación, divorcio, disolución matrimonio). Se trata de “derechos fundamentales de solidaridad de carácter no patrimonial que responden al interés esencial del ser humano en recibir la ayuda y la guía necesarias para su formación”¹³ y que, prescindiendo del establecimiento del estado, siguen al hecho natural de la procreación.

El segundo párrafo del art. 315 *bis* CC sanciona, además, el derecho del hijo a “crecer en familia y tener relaciones significativas con los parientes”, derecho que, ya contemplado por el art. I Ley adopción, ha sido calificado como derecho subjetivo absoluto e inviolable. Y en este contexto se ha introducido el nuevo derecho sancionado por el art. 317 *bis* (nueva formulación), mucho más específico y especular al art. 315 *bis*, II, CC donde se reconoce el derecho de los ascendientes a mantener relaciones significativas con los nietos menores de edad.

El legislador presta, entonces, una particular atención a las relaciones afectivas con otros componentes de la familia, previsión ésta, que se conecta con el art. 155, I, CC (cuyo texto hoy integralmente ha confluído en el art. 337 *ter*, I, CC) en tema de separación; pues con el art. 315 *bis*, II, CC ha sido introducida una disposición normativa de carácter general, al lado de la específica en orden a las medidas relativa a los hijos durante la fase patológica de la relación matrimonial.

Siguiendo con el análisis del nuevo art. 315 *bis*, su tercer párrafo, acogiendo la normativa supranacional, sanciona el derecho fundamental del menor a ser oído, estableciendo que “El hijo menor que haya cumplido los doce años o de edad

13 BIANCA, C. M.: *La famiglia, Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 278.

inferior; si es capaz de discernimiento, tiene el derecho de ser escuchado en todas cuestiones y procedimientos que lo afecten”, con lo que el niño no sólo es ya objeto de protección, sino también un verdadero sujeto de derecho¹⁴.

La nueva disposición ha introducido, pues, también en este caso, un principio de orden general que supera los límites aplicativos del anteriormente vigente art. 155 sexies CC, (hoy abrogado por el d.lgs. 154/2013, cuyo texto ha confluído en el art. 337 *octies*), del art. 316, III, CC y del art. 250, IV, CC, representando la audición del menor; no sólo un deber del juez, sino, y ante todo, un derecho del niño. El art. 337 *octies* CC prevé con carácter preceptivo la audiencia del menor por parte del juez en orden a dictar las medidas ex art. 337 *ter* CC, del cual se ha ya hablado antes. El art. 316, III, CC establece la audiencia del menor en caso de discrepancia en el ejercicio de la potestad de los padres (*rectius*, responsabilidad de los padres) y, en fin, el art. 250, IV, CC prescribe que el juez disponga la audiencia del menor en caso de oposición del progenitor que niegue su consentimiento al reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio por parte del otro progenitor; del cual se hablará.

La formulación de la norma se conforma perfectamente con el art. 12 de la Convención de New York del 1989 sobre los derechos del niño, ratificada en Italia por ley n. 176/1991, que reconoce el derecho del niño a ser oído en todos los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, por lo que corresponde a los Estados garantizar “al niño capaz de discernimiento el derecho de expresar libremente su opinión sobre cada cuestión que lo afecte”; esas opiniones deben ser tomadas en consideración “teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez”¹⁵.

El atribución al hijo de una función activa en la relación de filiación se deduce, también, del último párrafo del art. 315 *bis* CC, el cual, reproduciendo sustancialmente el texto anteriormente vigente del art. 315 CC, establece los deberes del hijo hacia los progenitores, es decir, el deber de respetarlos y de contribuir, en conformidad al principio de solidaridad hacia la familia, a su mantenimiento hasta que él conviva con ella y según sus capacidades, y sus propios “ingresos”, entendiéndose por ellos los efectivamente percibidos, sin que pese sobre el hijo, aunque posea una abstracta capacidad para trabajar, la obligación de realizar una actividad remunerada, si la misma comporta un sacrificio de sus posibilidades de estudio y de formación.

Un razonamiento separado merece el tema de los hijos no reconocibles, según la anterior categorización, posponiendo a los sucesivos párrafos la profundización relativa a la modificación del art. 251 CC. Estos, también bajo la vigencia de la

14 Trib. Varese 24 enero 2013. Sobre el tema v. Cas., sez. un., 21 octubre 2009, n. 22238, *Foro it.*, 2010, p. 903, la cual estableció que cuando se debe escuchar el menor, en caso de su audiencia no haya tenido lugar, la decisión es nula por falta de integración del contradictorio. Cas. 17 febrero 2010, n. 3804; Cas. 26 marzo 2010, n. 7281; Cas. 7 octubre 2014, n. 21101, *D&G*, 2014, p. 6. App. Milano 21 febrero 2011, *Foro it.*, 2012, p. 919, la cual admite que la falta de audiencia pueda ser consecuencia de una elección del menor.

15 Corte Const. 16 enero 2002, n. 1, *Fam e dir.*, 2002, p. 230.

regulación anterior; no pudiendo ser reconocidos sino en supuestos tasados, gozaban del derecho a ser mantenidos, instruidos y educados por los progenitores. El art. 279 CC, aún vigente aunque modificado, establece que cuando no puede proponerse la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, el hijo puede proponer la acción para el mantenimiento, educación e instrucción, que no tiene, sin embargo, el valor de establecimiento formal de la filiación. El defecto del reconocimiento comporta, además, que los progenitores no puedan ejercer la potestad.

El legislador del 2012 ha intervenido de forma sustancial en el art. 251 CC: admitida en la actualidad la posibilidad de reconocer el hijo nacido de personas que son parientes entre sí, el reconocido goza de todos los derechos y deberes que caracterizan el *status* de hijo.

Aunque, como ya indicamos, los elementos sustanciales de la relación progenitor/hijo, tanto personales como patrimoniales, sean sustancialmente uniformes prescindiendo de la concreta modalidad de establecimiento del *status*, todavía en algunos aspectos la disciplina que regula la relación misma presenta diferencias según que haya un matrimonio o no. En ausencia de matrimonio, influye en la disciplina de la relación de filiación la convivencia entre los progenitores, la simultaneidad o no del reconocimiento por parte de ambos los progenitores y la existencia de una familia legítima.

Anteriormente a la entrada en vigor del decreto delegado n. 154/2013, si los padres no casados convivían con el hijo y lo habían reconocido contemporáneamente, la disciplina reguladora de la relación era la general: así que, según la norma del art. 317 *bis*, II CC (anterior disciplina, recuérdese que ahora el mismo artículo, como ya ha sido dicho, disciplina las relaciones con los ascendientes), que regulaba el ejercicio de la potestad sobre el hijo natural, en presencia de los dos referidos requisitos, se aplicaba el art. 316 CC, el cual preveía que la potestad era ejercida por ambos progenitores de común acuerdo.

Con respecto, pues, al ejercicio de la potestad, no había diferencias en relación a los padres casados, siempre que los progenitores naturales, como ya se ha dicho, convivieran con el hijo y hubiesen realizado el reconocimiento conjuntamente. En otras hipótesis, ex art. 317 *bis*, II CC, si los padres no convivían con el hijo, la potestad correspondía al progenitor conviviente, o en la hipótesis de que el hijo no conviviese con ninguno de los padres, a quien primero hubiese realizado el reconocimiento. El progenitor que no ejercía la potestad, sin embargo, tenía (y también ahora tiene), ex art. 317 *bis* últ. párr., “el poder de vigilar sobre la instrucción, educación y sobre las condiciones de vida del hijo menor”. En fin, el juez podía establecer otra cosa, incluso hasta excluir a ambos progenitores de la potestad y nombrar, en consecuencia, un tutor.

El decreto n. 154/2013 sustituye completamente el art. 316 CC (la cuya rúbrica es hoy “Responsabilidad de los padres”¹⁶ en lugar de “Ejercicio de la potestad de los padres”) el cual regula, en obsequio al principio de la unicidad del estado de hijo, el ejercicio de la responsabilidad, también, hacia los hijos no matrimoniales, antes disciplinado, como se ha dicho, por el anterior art. 317 *bis* CC

El art. 316 CC al primer párrafo establece que la responsabilidad se ejerce de común acuerdo, teniendo en cuenta “las capacidades, las inclinaciones naturales y las aspiraciones del hijo”, y con respecto a los hijos no matrimoniales el cuarto párrafo establece que la responsabilidad corresponde a uno o ambos progenitores, según el reconocimiento haya sido realizado por uno o ambos. Ha desaparecido, pues, la referencia a la convivencia como presupuesto, que junto al reconocimiento, permitía el ejercicio de la potestad.

El carácter autónomo e individual de la relación progenitor/hijo no matrimonial está expresamente reconocida por el art. 258 CC, en cuanto afirma, también en la nueva formulación debida a la ley 219/2012, que “el reconocimiento produce efectos sólo con respecto al progenitor que lo hizo”, y prosiguiendo afirma, introduciendo una absoluta novedad, que el mismo produce efectos, también, respecto a sus parientes. El art. 258 se tiene que leer conjuntamente con el art. 74 CC (nueva formulación) que explícitamente reconoce el parentesco natural en cuanto afirma que, prescindiendo del tipo de filiación sea esa legítima, natural o adoptiva, y, en consecuencia, con independencia de la existencia de un vínculo matrimonial, el vínculo de parentesco nace entre las personas que descienden de una misma estirpe, fundándolo en el único presupuesto del dato biológico.

El art. 74 CC prevé una excepción, excluyendo la instauración del vínculo de parentesco en el caso de adopción de personas mayores de edad, en consideración del tipo y de la función de esa forma de adopción y, también, a la luz del art. 300 CC, el cual dispone que el adoptado mantiene todos los derechos y deberes hacia su propia familia de origen.

Los arts. 258 y 74 se encuadran, así, perfectamente en el cuadro de una intervención reformadora animada por el fundamental objetivo de crear un unitario *status filiationis*. Además, el art. 74 CC no extiende exclusivamente el vínculo de

16 La doctrina evidencia la importancia del Reglamento Europeo n. 2201/2003 en la introducción de la locución “responsabilidad de los padres” que privilegia el aspecto de los deberes de los padres hacia los hijos, con mayor precisión que el del “potestades”. La influencia europea se hizo, hace tiempo, en la jurisprudencia, como consecuencia la inmanencia del ordenamiento italiano al principio de responsabilidad, conforme a la interpretación sistemática de los arts. 261, 147 y 148 CC y del art. 30 Const. V. Cas. 26 mayo, 2004, n. 10102, en *Vita not.*, 2, p. 969; Corte Const. 21 octubre 2005, n. 394, *Giur. it.*, 2006, 5, p. 897, donde el principio de la responsabilidad representa el fundamento “de aquellas normas que constituyen la esencia de la relación de filiación y se sustentan en las obligaciones de alimento, de instrucción y de educación de la prole, normas que necesitan de una uniforme aplicación con independencia del origen, jurídico o de hecho, del vínculo que une los progenitores”.

parentesco con relación a todas las filiaciones en línea recta, sino también en la línea colateral, en virtud de la lectura conjunta de los arts. 74 y 75 CC (ese último no ha sido modificado por la reforma).

Como ya se anticipó, cada relación de filiación "natural" es individual y no implica ninguna relación entre los progenitores "naturales"; así el párrafo segundo del art. 258 CC (que no ha sido reformado) dispone que en el acto de reconocimiento el progenitor no puede dar ninguna indicación acerca del otro progenitor; so pena de ineficacia de las mismas y de muy graves sanciones para el oficial público que las reciba y para el oficial de estado civil que las reproduzca en los registros.

Por lo que concierne a la atribución del apellido ex art. 262 CC (queda casi sin variaciones después de la reforma), si los progenitores han realizado el reconocimiento conjuntamente, el hijo toma sólo el apellido del padre, al igual que acontece respecto de los hijos matrimoniales, no existiendo ninguna razón para regular la atribución de forma diferente. Todavía el reconocimiento conjunto de los progenitores no casados es sólo una hipótesis eventual: en presencia de matrimonio, la relación de filiación lo es entre el hijo y los progenitores conjuntamente, mientras que en ausencia de él, la relación lo es entre el hijo y el único progenitor; tratándose, como se ha dicho, de una relación caracterizada por las notas de autonomía e individualidad; y lo mismo, cuando el reconocimiento haya sido realizado por ambos los progenitores.

La disciplina que regula la atribución del apellido por responsabilidad de los padres encuentra su *ratio* propia en la autonomía e individualidad que caracterizan la relación de filiación "natural"¹⁷.

Con respecto al apellido, en el caso en el cual el reconocimiento no sea conjunto, el hijo toma el apellido del primer progenitor que lo haya reconocido (art. 262, II CC); si la filiación paterna es reconocida o declarada posteriormente a la materna, el hijo puede elegir no sólo añadir a su apellido el del padre o sustituirlo, sino también, como consecuencia de las modificaciones introducidas por el decreto n. 154/2013, puede anteponer el apellido del padre al de la madre. Si el hijo es menor de edad, el juez decide acerca de la asunción del apellido paterno, teniendo en cuenta como criterio de referencia el interés del menor y la exigencia de equiparar los hijos no matrimoniales a los matrimoniales, excluyendo, no obstante, cualquier automatismo

17 Acerca del apellido y, en particular, acerca del libre derecho de los progenitores de elegir si atribuir el apellido paterno o materno o ambos V. Corte Europea 7 enero 2014, n. 77/07, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 537 ss.; como consecuencia de la sentencia condenatoria de la Corte, Italia está examinando en Parlamento un proyecto de ley en tema de "Disposiciones en materia de apellido de los hijos", cuyo texto ha sido aprobado por la Cámara de Diputados en el 26 Septiembre 2014 y transmitido al Senado para su examen, que está todavía examinando el proyecto; antes del verano la última sesión de la Comisión Justicia ha sido el 18 mayo 2016).

en la elección del juez¹⁸. Como ya se ha apuntado, el juez, durante el procedimiento y en conformidad a los principios inspiradores de la reforma, tendrá que oír al menor de doce años o de edad inferior; si el mismo tiene discernimiento.

De conformidad con el art. 262 tercer párrafo, introducido por el decreto n. 154/2013, si la filiación ha sido establecida o reconocida después de la atribución del apellido por parte del oficial del estado civil, el hijo menor puede conservar el apellido anteriormente atribuido, si se convirtió en “un signo autónomo de su identidad personal, o puede anteponerlo, sustituirlo o añadirlo al apellido del progenitor que lo ha reconocido primero”.

Como antes he dicho, también influye en la disciplina de la filiación natural la existencia o no de una familia legítima. La eventual inserción del hijo reconocido después del matrimonio del progenitor con otra persona en la familia de uno de los progenitores puede ser autorizada por el juez si no es, ante todo, contraria al interés del menor; se tiene además que comprobar la subsistencia del consentimiento del otro cónyuge, de los hijos matrimoniales convivientes y mayores de dieciséis años y, en fin, del otro progenitor que hizo el reconocimiento. La inserción del hijo reconocido anteriormente al matrimonio está subordinado al consentimiento del otro progenitor que lo haya reconocido y al del cónyuge, excepto que este último hubiera tenido conocimiento de la existencia del hijo no matrimonial o que éste último ya conviviese con el progenitor.

Como se ha evidenciado, es necesario el consentimiento del otro progenitor natural que haya efectuado el reconocimiento, aunque, a diferencia del consentimiento prestado por el cónyuge, del cual no se puede prescindir, en el caso en el cual el otro progenitor no presta el consentimiento sin una razón apreciable o no pueda prestarlo porque está imposibilitado para ello, el juez puede autorizar igualmente la inserción.

El decreto n. 154/2013 ha intervenido, no solo eliminando todas las referencias lingüísticas *ante* reforma, sino también insiriendo en el último párrafo del art. 252 CC la hipótesis de que los progenitores estén en desacuerdo o de que los hijos matrimoniales no presten su consentimiento; en estas hipótesis, la decisión de la inserción corresponde al juez, que, previa audiencia del menor, elige teniendo en cuenta exclusivamente el interés del mismo.

18 V. Cas. 3 febrero 2011, n. 2644, *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 2; Cas. 15 diciembre 2011, n. 27069, *D&G*, 2011; Cas. 5 junio 2013, n. 14232, según la cual “no se privilegia la adopción del apellido del padre, necesitándose siempre evaluar el interés del menor a conservar el apellido originario o el que representa de manera mejor su identidad personal”. Para cierta jurisprudencia la elección más adecuada es añadir el apellido paterno al materno, si el reconocimiento tiene lugar después de muchos años, v. Cas. 6 noviembre 2009, n. 23635, *D&G*, 2009; *contra* hay la jurisprudencia, según la cual el malestar de una eventual sustitución del apellido parece despreciable frente a la ventaja de tener un apellido paterno, para evitar molestias y curiosidad acerca de los eventos personales, v. Cas. 17 julio 2007, n. 15953, *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 52.

La *ratio* del art. 252 CC es la tutela de la familia legítima, entendida como familia nuclear, constitucionalmente prevista por el art. 30 Const., respecto a la cual los derechos de los hijos naturales tienen que ceder. El sistema binario del consentimiento del cónyuge/hijos junto a la intervención judicial, desde siempre, ha suscitado gran perplejidad (que subsiste hoy), tomando en cuenta, por una parte, el absoluto poder de veto otorgado al cónyuge y a los hijos convivientes; y, por otra, la falta de previsión de un general derecho de intervención del hijo reconocido destinado a expresar su propia voluntad autónoma, no solamente en las hipótesis enunciadas, de desacuerdo o de disenso de los hijos matrimoniales. No obstante, el hijo no es privado de tutela, considerado que la investigación que opera el juez se dirige, toda ella, a proteger su interés, moral y material, a la inserción, frente a las posibles dificultades a las que tenga que enfrentarse.

III. EL ESTADO DE HIJO MATRIMONIAL.

De la titularidad sustancial surge el derecho a la titularidad formal, o sea, el derecho a la posición públicamente probada, que es el estado de hijo. No obstante, la afirmación de la unidad del estado de hijo, cuando se habla del tema de la titularidad formal no se puede prescindir de la distinción entre el *status* de hijo matrimonial y no matrimonial. Por esa razón se examinará separadamente el tema de la atribución formal del estado de hijo, según que este último haya nacido de padres casados o no.

El sistema de las normas que se ocupan del hijo matrimonial no ha sido modificado por el legislador en el 2012, pues la ley n. 219/2012 había delegado al Gobierno para desarrollar ciertos puntos, objeto del decreto n. 154/2013. Antes todo, el decreto ha intervenido sobre las normas que regulan la presunción de paternidad, las cuales están hoy destinadas a realizar la única función de individualizar en el marido de la madre al padre del hijo que ella dio a luz; y, por lo tanto, por respeto a la unificación de *status* de hijo, la presunción ya no desempeña la función "de baluarte de la legitimidad de nacimiento".

La filiación legítima es un supuesto de hecho complejo que antes de la reforma se articulaba en dos hipótesis diferentes, cuyo elemento común era constituido por el matrimonio entre los progenitores: la primera hipótesis atribuía el estado de hijo a quien hubiese sido concebido dentro del matrimonio, aunque naciese después de la cesación o la declaración de nulidad del mismo; la segunda atribuía el estado a quien, concebido en un periodo anterior, hubiera nacido después de la celebración del matrimonio.

Operan, entonces, dos presunciones legales: la presunción de paternidad y la presunción de concepción, las cuales, no obstante, cumplen diferentes funciones, pero que están estrictamente relacionadas.

Conforme al anteriormente vigente art. 231 CC, “el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio”: por lo tanto, concurriendo los otros requisitos, es decir, la maternidad, el matrimonio de los progenitores y la concepción constante el mismo, la paternidad se presumía. La presunción de paternidad operaba entonces sólo para los hijos concebidos en el matrimonio. Ante la dificultad de determinar la fecha de la concepción y, en consecuencia, para aclarar el alcance aplicativo del art. 231 CC, el legislador, en el art. 232 CC ha introducido otra presunción legal, estableciendo, por lo que concierne al texto anterior a la reforma, que se presumía concebido dentro del matrimonio, el hijo nacido 180 días después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la fecha de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del mismo.

Las normas que regulan la presunción ex art. 231 y la relativa acción de desconocimiento eran objeto de específica delegación al Gobierno, a fin de extender la presunción a todos los hijos, nacidos o concebidos constante el matrimonio y de modificar la disciplina del desconocimiento.

Así, como consecuencia de las modificaciones introducidas por decreto n. 154/2013, hoy “el marido es el padre del hijo concebido o nacido dentro del matrimonio”, desapareciendo la diferencia entre el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración y el hijo nacido después de esa fecha; en consecuencia, se presume concebido dentro del matrimonio, ex art. 232 modificado, el hijo nacido no más de 300 días después de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio.

La orientación tradicional y prevalente atribuye a la presunción de concepción valor de *presumptio iuris et de iure*, no siendo posible, en consecuencia, una prueba contraria a la misma; por el contrario, la presunción de paternidad admite prueba en contrario, pudiendo los sujetos legitimados promover la acción de desconocimiento.

Como se ha dicho, la titularidad sustancial de la posición de hijo está conectada con el evento biológico de la procreación, mientras que la titularidad formal está conectada con el establecimiento jurídico y público del estado de hijo. El acta de nacimiento es la constatación administrativa del nacimiento de una persona, con el cual el hijo adquiere la titularidad formal de la posición que resulta establecida jurídicamente y públicamente. El establecimiento de la filiación constituye una función administrativa pública del estado civil, que tiene eficacia probatoria exclusiva: la relación de filiación que resulta en el acta de nacimiento no tiene que ser probada con otros medios.

La doctrina ha debatido acerca de la función del acta de nacimiento, o sea, si es necesario para completar el supuesto de hecho complejo, del cual se ha hablado antes, y por ende, si para atribuir el estado de hijo “legítimo” es suficiente el hecho-

evento del nacimiento junto a otros elementos constitutivos, operando así *ipso iure* la presunción de paternidad, o si, por el contrario, es necesario un *quid pluris* representado por la declaración en el acta de nacimiento, cual título del estado.

El ordenamiento italiano, tampoco después de la reforma, no atribuye una específica función a dicho acto, cuya función ha sido establecido por la doctrina y la jurisprudencia a través orientaciones diferentes e incluso contradictorias.

Según la doctrina prevalente, junto a la jurisprudencia, la presunción de paternidad no opera *ipso iure* como consecuencia del hecho del nacimiento, porque es necesario también el presupuesto, aunque no expresamente mencionado por la ley, de la declaración de paternidad contenida en el acto del estado civil, que, en consecuencia, adquiere valor de título del estado de hijo¹⁹. Según una diferente orientación, la presunción de paternidad opera como consecuencia del hecho del nacimiento y es en este momento cuando se determina el *status* de hijo, por lo tanto, en una fase anterior a la formación del acta de nacimiento. El fundamento normativo se encuentra en el art. 244 CC, según el cual el plazo para el ejercicio de la acción de desconocimiento comienza a correr a partir de la fecha de nacimiento.

La adhesión al primer o al segundo de las orientaciones expuestas comporta consecuencias diferentes respecto a la posibilidad de proponer la acción de desconocimiento y a su admisibilidad: según la teoría del título de estado, en ausencia de un acta de nacimiento que atesta la "legitimidad" de la paternidad y, en consecuencia, de la filiación, la acción de desconocimiento es inadmisibile.

De conformidad al art. 236 CC, el estado de hijo puede ser probado con el acta de nacimiento o también con la posesión de estado. Esos dos títulos están en una relación de subsidiariedad, porque sólo en ausencia del acta opera la posesión de estado, pero ambos tienen la misma función de prueba legal del estado. El acta de nacimiento, por supuesto, tiene naturaleza documental, mientras que la posesión de estado tiene naturaleza efectiva, la cual consiste en el disfrute de la posición de hijo. La reforma, eliminando la referencia a la filiación legítima, extiende el alcance de la aplicación de tal norma, también a la filiación no matrimonial.

La posesión de estado, de conformidad con el art. 237, I, CC debe resultar de algunos hechos, que en su complejidad demuestran la existencia de la relación de filiación y de "parentesco entre una persona y la familia a la cual se pretende pertenecer". Los requisitos requeridos por el segundo párrafo del art. 237 CC han sido objeto de modificación: ha sido eliminada la referencia al "padre", substituido por el "progenitor", y, además, el requisito del *nomen* conectado al hecho que el

19 En la jurisprudencia *ex multis*: Cas. 27 agosto 1997, n. 8059, *Fam. e dir.*, 1998, p. 79; Cas. 5 abril 1996 n. 3194; Cas. 10 octubre 1992 n. 11073, *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 468.

hijo llevase el apellido del padre. Hoy los hechos idóneos para la prueba de la posesión de estado son: el *tractatus*, es decir, “que el progenitor haya tratado la persona como hijo y haya provisto en esa calidad a su mantenimiento, educación y colocación”; y la *fama*, o sea, “que la persona haya sido siempre considerada como hijo en las relaciones sociales y que esa cualidad haya sido reconocida en la familia”.

El *tractatus* consiste en la actuación del conjunto de los derechos y deberes inherentes a la relación sustancial de filiación, es decir; el mantenimiento, la instrucción y la educación, mientras que la fama se refiere al hecho de que el hijo sea reconocido y considerado como tal en el ambiente social y familiar.

En fin, la hipótesis de ausencia del acta de nacimiento, porque no ha sido formada o ha sido destruida, es, en efecto, una hipótesis excepcional; por esa razón, generalmente la función de la posesión de estado es la probatoria, durante el proceso judicial de determinación de la filiación.

I. La acción de desconocimiento.

El decreto n. 154/2013, en actuación de la ley delegatoria, ha incidido profundamente en la disciplina del desconocimiento de paternidad, la cual, desde siempre, ha tenido la función de impugnar el estado de hijo legítimo en contra de la presunción legal de paternidad, y, precisamente, por el favor del cual gozaba la filiación legítima, esa acción podía ser propuesta sólo en ciertos casos²⁰.

Anteriormente a la reforma, la ley distinguía según que el hijo hubiese nacido antes o después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. En el primer caso, es decir, en caso de nacimiento antes de los 180 días, la acción no encontraba límites de admisibilidad, mientras que en el segundo caso el art. 235 CC admitía la acción sólo en presencia de algunas hipótesis. La acción era admitida, como es notorio, cuando no hubiese habido cohabitación entre los cónyuges desde los 300 a los 180 días antes del nacimiento; cuando durante el tiempo antedicho el marido sufriese de impotencia; cuando la mujer hubiese cometido adulterio o hubiese ocultado el embarazo y el nacimiento al marido.

Además de concurrir dichos casos, que permitían la admisibilidad de la demanda judicial, era también necesario que se comprobara el hecho sobre el cual se fundaba

20 Con respecto a la prevalencia de la certeza del *status* sobre la verdad de los hechos, v. Cas. 23 octubre 2008, n. 25623, *Foro it.*, 2008, p. 3444, donde se afirma que “no obstante el legislador haya progresivamente ampliado las hipótesis de establecimiento de la verdad biológica a fin de obtener mayor conformidad del *status* a la realidad de la procreación, el *favor veritatis*, todavía, no representa un valor que tiene que prevalecer siempre. Es un principio de relevancia constitucional que encuentra su fundamento en el art 30, el cual, por otra parte, no atribuye valor preeminente a la verdad biológica respecto a la legal. Más bien, la norma constitucional, en su previsión sobre los eventuales límites a la investigación de la paternidad, ha delegado al legislador ordinario el poder de privilegiar, en el respeto de los otros valores constitucionales, la paternidad legal con respecto a aquella natural, encargándolo además la valoración acerca de la solución más idónea para la realización del interés del menor”.

la demanda misma, es decir, la concepción por un tercero. En la hipótesis de adulterio y de ocultación del embarazo o nacimiento el marido podía recurrir, tanto a la prueba hematológica, como a la genética para demostrar la incompatibilidad con el padre presunto²¹. El segundo párrafo añade, así mismo, que no puede ser considerada como prueba la declaración de la madre relativa a la paternidad por otra persona, declaración que puede, sin embargo, ser utilizada como indicio.

Por lo que concierne a la legitimación activa a la proposición de la acción de desconocimiento, el último párrafo del art. 235 CC establecía que, además del padre, podía ser ejercitada también por la madre y el hijo mayor de edad. El decreto n. 154/2013 por un lado abroga el art. 235 CC (eliminando entonces todos los antes dichos límites al ejercicio del acción) y por otro introduce el art. 243 bis CC que hoy regula el desconocimiento de paternidad y establece que la acción puede ser propuesta por el padre, la madre, el hijo y quien que ejerce tal acción "está admitido a probar que no subsiste alguna relación de filiación entre el hijo y el presumido padre". En fin, el tercer párrafo establece que, así como previsto en el texto anteriormente vigente, la sola declaración de la madre no excluye la paternidad.

La acción de desconocimiento tiene plazos y decadenias diferentes en conformidad al art. 244 CC; de igual manera al texto anterior a la reforma, la madre tiene un único plazo de seis meses que comienza a correr a partir del nacimiento del hijo, pero a esta hipótesis el legislador, recibiendo importantes intervenciones jurisprudenciales, ha introducido otra: el plazo comienza a correr desde el día en el cual la madre vino a conocimiento de la impotencia de engendrar del marido durante el periodo de la concepción. Para el padre la disciplina no ha sido modificada, y entonces el plazo es anual y comienza a correr a partir del nacimiento, cuando el mismo esté en el lugar de nacimiento del hijo; del día de su regreso en el lugar de nacimiento, si él era lejos; o del día en el cual tuvo la noticia del nacimiento, si él puede probar de no haber tenido antes noticias; en fin, del día en el cual ha tenido conocimiento del adulterio de la mujer o de su impotencia durante el periodo de la concepción.

Además, para ambos, el nuevo art. 244, IV, CC, con respecto a las hipótesis, tanto del primer párrafo, como del segundo conectadas al conocimiento del nacimiento o de hechos ignorados, introduce un plazo general de cinco años de prescripción de la acción, haciendo prevalecer, finalmente, el interés del hijo por la conservación de su *status* sobre la verdad de la filiación.

21 La Corte Constitucional ha intervenido declarando la ilegitimidad del párrafo 1, n. 3) del art. 235 CC en la parte en la cual se subordinaba el examen de las pruebas técnicas a la previa demostración del adulterio de la mujer, siendo, de un lado, irrazonable, por otro, originando un sustancial impedimento al ejercicio del derecho de acción garantizado por el art. 24 Const.

Por lo que concierne al hijo, éste, en el texto anterior, podía proponer la acción dentro de un año desde el cumplimiento de la mayor edad o desde el momento en el cual tenía conocimiento de los hechos que determinan la admisibilidad del desconocimiento. El legislador ha modificado tal disposición, estableciendo la imprescriptibilidad de la acción sólo si es propuesta por el hijo. La imprescriptibilidad de esa acción se conecta, desde una óptica de parificación de todos los hijos (matrimoniales o no) al art. 263 CC en tema de impugnación del reconocimiento, que, como ampliamente se dirá, ha sido modificado con la introducción de un plazo de prescripción para los progenitores, haciendo la impugnación imprescriptible sólo para el hijo.

La legitimación pasiva corresponde a ambos progenitores y al hijo, que son litisconsortes necesarios, so pena de ineficacia de la sentencia pronunciada, en conformidad al art. 247 CC

La sentencia que acoge la demanda de desconocimiento opera *ex tunc* y, recayendo sobre un *status*, opera también frente a terceros. El hijo sigue teniendo una relación de filiación con la madre, aunque le puede ser reconocido el derecho al uso del apellido del padre, si éste es un signo distintivo de su identidad.

2. Las acciones de estado.

Cada vez que la titularidad formal no concuerda con la titularidad sustancial de la filiación, la ley permite un establecimiento judicial de la misma. Las acciones de estado son aquellas reguladas por los arts. 244 y ss. CC, es decir, la acción de desconocimiento (de la cual se acaba de hablar), de reclamación y de denegación del estado de hijo, acciones que antes de la reforma estaban destinadas a tutelar la legitimidad, que pero hoy, una vez eliminado el concepto de "legitimad", cumplen funciones diferentes.

Con carácter previo debe subrayarse que después de la entrada en vigor del decreto n. 154/2013, conforme a la ley delegatoria, ha sido substituido la palabra "legitimidad" por la locución "del estado de hijo", en perfecta armonía con las otras modificaciones del código.

La acción de reclamación del estado de hijo, regulada por los arts. 239 y 249 CC, es la acción necesaria para lograr el estado de hijo que no resulta del acta de nacimiento, como consecuencia de algunos supuestos: si los progenitores "legítimos" son diferentes de los reales, verificándose tal supuesto en el caso de suposición de parto o de substitución del nacido²². El hijo, aunque no exista un acta de nacimiento

22 V.Trib. Roma 8 agosto 2014, notoria ordenanza acerca del cambio de embriones ocurrido en un hospital romano, que ha suscitado una controversia bioética y judicial. El tribunal, a través de una ordenanza, ha rechazado la cuestión de legitimad constitucional planteada con respecto al art. 269 CC, porque no prevé ninguna excepción

en conformidad con la posesión de estado, puede reclamar un estado diferente, si demuestra que ha sido falsamente designado como nacido de una madre diferente de aquella que realmente lo ha alumbrado (suposición de parto), o si ha existido una sustitución, dolosa o culposa, del nacido.

Otros supuestos se verifican cuando el hijo ha sido registrado como hijo de padres ignotos, pero en realidad ha nacido de progenitores unidos en matrimonio, salvo que no haya intervenido sentencia de adopción; o cuando exista un conflicto de presunciones de paternidad, por ejemplo, en caso de violación del impedimento ex art. 89 CC (luto viudal). La norma, tal y como ha sido redactada por el decreto n. 154, reproduce sustancialmente las anteriores casos, eliminando, no obstante, los límites de prueba a los cuales era sujeta la acción, pudiendo hoy realizarse la prueba con cualquier medio ex art. 241 CC

La acción para reclamar el estado de hijo puede ser promovida sólo por el hijo y es imprescriptible; la legitimación pasiva corresponde a ambos progenitores, y en su ausencia, la acción puede ser promovida contra los herederos o contra un curador nombrado por el juez en virtud de la remisión operada por el tercer párrafo del art. 249 al art. 247 CC Aunque la ley no haga ninguna referencia, también son litisconsortes necesarios los titulares de la relación de filiación que se considera erróneamente establecida.

Como ya he dicho, también forma parte de las acciones de estado la dirigida a la denegación del estado de hijo, o sea la acción directa a impugnar el estado que resulta del acta de nacimiento, acción regulada por los arts. 240 y 248 CC. El sujeto legitimado en esa acción, que es imprescriptible, es el progenitor indicado en el acta de nacimiento, pero puede ejercitarla cualquiera que tenga interés en ella. Partes necesarias del juicio, como en el acción de reclamación, son los dos presuntos progenitores o, en sus ausencia, los ascendientes y descendientes.

Tal acción abarca, tanto los supuestos de suposición de parto, como de sustitución de nacido, y también todos los casos de errónea o falsa indicación en

a la regla por la cual la madre es siempre quien da a la luz el hijo; al art. 239, I, CC, porque prevé la posibilidad de reclamar el estado de hijo sólo en el caso de suposición o de sustitución; al art. 243 bis CC, porque limita la legitimación para proponer la acción de desconocimiento; y al art. 263 CC, porque, diversamente, prevé que la relativa acción puede ser promovida por cualquiera que tenga el relativo interés. El juez, aun reconociendo que la única manera acertada habría sido la de elevar cuestión de legitimidad constitucional, valora la cuestión como inamisible "en cuanto contraria a los intereses de los menores a la estabilidad de su *status*". Lo ocurrido, afirma el Tribunal, no configura, *sic et simpliciter*, una hipótesis de fecundación heteróloga, cuya prohibición ha sido eliminada como consecuencia de sentencia de la Corte Constitucional n. 162 del 2014, porque falta *ab origine* la voluntad de someterse a esa técnica. Ni siquiera se trata de una hipótesis, expresamente prohibida, de maternidad subrogada, faltando también en este caso el consentimiento (prohibido) de la madre genética y de la madre gestante. No puede, por otra parte, negarse que resulta precisa la elección del legislador, que acerca del tema ni siquiera ha intervenido en ocasión de la última reforma, de conservar, como principio del ordenamiento, la maternidad natural conectada al hecho histórico del parto. A lo sumo, se trata, sigue el Tribunal, de una fecundación heteróloga por error o de una subroga materna por error.

V. Comitato Nazionale di Bioetica, Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni, en www.governo.it/bioetica, 11 luglio 2014.

el acto público de los progenitores o el caso de indicación de progenitores ignotos. Cuando se verifican tales supuestos, la eventual posesión de estado conforme al acta de nacimiento no excluye la interposición de la acción de denegación.

Si el hijo ha sido concebido por una persona diferente del marido de la madre, no se puede proponer la acción de denegación, sino la acción de desconocimiento de la paternidad, de la cual se ha hablado antes.

IV. EL ESTADO DE HIJO NO MATRIMONIAL.

El establecimiento del estado de hijo nacido de progenitores no casados se realiza a través del reconocimiento formal, mediante el cual el declarante afirma ser el progenitor de su propio hijo, anteriormente llamado "natural". Con el reconocimiento se establece legalmente la relación de filiación, por efecto de la cual el hijo adquiere el título de estado.

Las normas que regulan el reconocimiento han sido objeto de sustanciales modificaciones introducidas por la ley n. 219 y por el decreto n. 154.

En el art. 250, primer párrafo, CC que en verdad en su mayoría ha quedado inmutado, han sido inseridas las variaciones lexicales típicas de la reforma, es decir, la substitución del adjetivo "natural" con la locución "nacido fuera del matrimonio" y ha sido cambiado el orden de los sujetos legitimados para reconocer al hijo, que actualmente son la madre y el padre (en lugar del contrario).

El segundo y el tercer párrafo del mismo artículo han sido modificados sólo en la parte relativa a la edad mínima a partir de la cual se tiene que requerir el consentimiento del menor para su reconocimiento: la edad mínima ha sido reducida a catorce años en lugar de los dieciséis.

Ha sido modificado profundamente el cuarto párrafo que regula el caso del disenso al reconocimiento por parte del otro progenitor y el correlativo juicio de oposición.

La declaración de reconocimiento es un acto formal que tiene que ser hecho, so pena de nulidad, en una de las formas establecidas por ley ex art. 250. CC, que expresamente remite al art. 254 CC. La primera forma es la del reconocimiento en el acta de nacimiento, en el cual el progenitor declara el hijo como propio; la segunda se realiza con declaración realizada ante al oficial de estado civil, o en un acto público o en un testamento, posteriormente al nacimiento o antes del mismo, pero sucesivamente a la concepción.

El legislador, por aplicación del modificado art. 255 CC, prevé además la posibilidad de reconocer a un hijo premuerto, pero para impedir que los progenitores hagan el reconocimiento con la finalidad de adquirir derechos sucesorios sobre el patrimonio del hijo, tal reconocimiento se puede efectuar en el exclusivo interés de sus descendientes.

El reconocimiento, hasta la reforma, podía ser realizado por el progenitor que hubiese cumplido los dieciséis años, después de la reforma el legislador ha previsto la posibilidad que el progenitor menor de dieciséis años pueda reconocer su hijo, si autorizado por el juez que debe valorar las circunstancias a la luz del preeminente interés del hijo.

Admitida la libre elección del progenitor de reconocer a su propio hijo, sin embargo, la misma está sujeta a condiciones: para que el reconocimiento sea eficaz, es necesario además, el consentimiento del hijo mayor de catorce años. Este consentimiento, para el que no se requiere una particular forma, no es sindicable y no puede ser modificado mediante la intervención de la autoridad judicial. En el caso en el cual el hijo que se quiere reconocer sea menor de catorce años es necesario el consentimiento del progenitor que primero lo haya reconocido²³.

Una vez realizado el reconocimiento en virtud del art. 256 CC, el mismo es irrevocable y, si se contiene en un testamento, produce efectos desde el día de la muerte del testador; aunque el testamento haya sido revocado²⁴.

En fin, el acto de reconocimiento es un acto puro, y por eso la ley dispone expresamente la nulidad de cada cláusula que limita sus efectos, y por la misma razón el acto no puede tolerar que sea sujeto, ni a condiciones, ni a término.

En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido desde siempre muy controvertida la naturaleza jurídica que debe atribuirse al reconocimiento: según algunos autores, se trata de un negocio de fijación; según otros, de un acto de autonomía negocial; hay quienes lo consideran como una declaración de ciencia. Más recientemente, el debate se ha centrado en dos teorías opuestas, según que se quiera subrayar el

23 A diferencia del consentimiento requerido en el segundo párrafo, el cual es una condición de eficacia del reconocimiento, el consentimiento requerido en el tercer párrafo no es una condición de eficacia, sino que constituye un requisito de validez del acto mismo.

Con respecto a la disposición anterior a la reforma, había sido planteada cuestión de legitimidad constitucional del art. 250 CC, porque no preveía adecuadas formas de tutela para el hijo menor de dieciséis años que le permitiesen la representación autónoma de sus intereses a través de un curador. No obstante la reforma del 2012 las dudas de constitucionalidad subsisten. La Corte Constitucional había declarado infundada la cuestión dado que el juez puede *ex officio* nombrar un curador especial del menor de dieciséis años (hoy de catorce). V. Corte Const. n. 83 de 2011; Cas. 30 julio 2014, n. 17277, D&G, 2014, p. 7.

24 Si el testamento es inválido por un vicio de forma, también el reconocimiento contenido en él no produce efectos, pero la declaración puede ser utilizada como prueba. Si la causa de invalidez concierne a un testamento público y el mismo puede ser convertido en un testamento ológrafo, la conversión se extiende también al reconocimiento.

papel de la voluntad en el reconocimiento o la función de establecimiento: son la tesis negocial y la no negocial, que hoy parece prevalecer:

La tesis negocial se basa, como he dicho, únicamente en la voluntad del progenitor de reconocer al hijo, voluntad que no solo es necesaria para el cumplimiento del acto en sí mismo, sino que también “permite” la producción de los efectos, objeto de autonomía negocial. Esa tesis atribuye al reconocimiento eficacia constitutiva del *status*. La naturaleza negocial del acto ha sido muy criticada, en consideración al hecho de que la voluntad es circunscrita al solo cumplimiento del acto y no puede afectar a sus efectos, que son típicos y sustraídos a la autonomía privada. Además, presupuesto de la autonomía negocial es la disponibilidad de las situaciones objeto de la auto-reglamentación, disponibilidad que en los negocios familiares está sustraída al progenitor:

Como consecuencia del reconocimiento, nace una situación subjetiva, es decir el *status* que, por propia naturaleza, es indisponible, carácter; por otra parte, confirmado por la norma que prevé la impugnación por defecto de veracidad y por aquella que disciplina el establecimiento judicial de la filiación.

La doctrina prevalente, que se inclina por la tesis no negocial, afirma que se tiene que excluir el carácter negocial del reconocimiento, porque no se trata de un acto de autonomía privada y, en consecuencia, de una declaración de voluntad, sino de un acto voluntario y discrecional del progenitor que, lejos de crear la relación de filiación, le da sólo certeza formal, teniendo exclusivamente eficacia declarativa.

I. La oposición al reconocimiento.

Como ya se ha dicho, la ley n. 219/2012 ha modificado ampliamente el cuarto párrafo del art. 250 CC en materia de oposición del progenitor - que primero ha realizado el reconocimiento - al reconocimiento del otro progenitor; y el relativo *iter* procesal.

Preliminarmente el cuarto párrafo dispone, tal y como también disponía el texto anteriormente vigente, que el consentimiento del otro progenitor no pueda ser negado si el reconocimiento responde al interés del menor. Según la constante jurisprudencia de legitimidad, el reconocimiento formal del *status* de hijo es un derecho constitutivo de la identidad personal, y el progenitor tiene el derecho constitucionalmente garantizado de reconocer su propio hijo. Ambos derechos pueden ser sacrificados, en el caso en el cual se oponga el progenitor que primero ha efectuado el reconocimiento, sólo si existe el peligro de un grave daño para el desarrollo psicofísico dependiente del segundo reconocimiento²⁵.

25 *Ex multis*, Cas. 3 abril 2003, n. 5115, *Fam. e dir.*, 2003, p. 445; Cas. 8 agosto 2003, n. 11949; Cas. 14 abril 2001, n. 6011, *Fam. e dir.*, 2002, p. 25.

Después de la afirmación de dicho principio, la norma reformada prevé que en el caso en el cual el progenitor rechace el consentimiento al segundo reconocimiento, que el otro pueda interponer recurso ante el juez competente. Una vez interpuesto el recurso, el juez fija un plazo dentro del cual se debe notificar el recurso al progenitor que ha rechazado su consentimiento, el cual puede oponerse dentro de 30 días a partir de la notificación.

Esa primera fase es preliminar y prodrómica al verdadero juicio, porque la caducidad por transcurso de dicho plazo sin que haya intervenido ninguna oposición permite concluir el procedimiento en una fase de naturaleza no contenciosa.

Son, entonces, dos los escenarios procesales que se pueden realizar según que se proponga o no oposición. Si el progenitor que ha expresado su disenso no se opone, el juez dicta sentencia "en lugar del consentimiento que falta", es decir una sentencia substitutiva del consentimiento; si propone oposición, el juez, salvo que no sea manifiestamente fundada, procede con la obtención de todas las informaciones necesarias, disponiendo además la audiencia del menor que haya cumplido los doce años o de edad inferior, verificando su capacidad de discernimiento²⁶. El juez, en esa fase que puede ser definida instructora, adopta todas las medidas provisionales y urgentes a fin de la instauración de la relación entre el "segundo" progenitor y el hijo.

Por lo que concierne a la obtención de informaciones, esas tienen que ser funcionales para la valoración de la subsistencia del interés del menor al segundo reconocimiento, y en tal investigación el juez goza de un amplio poder inquisitorio, siendo además libres las iniciativas probatorias de las partes. Como se dicho, la audiencia del menor constituye parte esencial de la fase instructora, que, por otra parte, ya estaba regulada por el viejo texto de la norma con respecto a la cual es de nuevo cuño la referencia a la edad del menor. Casi totalmente desconocida en el pasado es la posibilidad de que el juez pueda emitir medidas urgentes, con carácter sólo eventual y de naturaleza provisional.

Una vez terminada esa fase, si el juez rechaza la oposición, emitirá una sentencia sustitutoria del consentimiento, produciendo todos los efectos sustanciales que derivan de la relación de filiación, y además, tomará todas las medidas necesarias relativas a la custodia, al mantenimiento del menor ex art. 315 *bis* CC y al apellido ex art. 262 CC. De otra manera, si el juez considera fundada la oposición, rechazará el recurso del segundo progenitor:

26 En tema, *ex multis*, Cas. 13 abril 2012, n. 5884, *Fam. dir.*, 2012, p. 653; Corte Const. 11 marzo 2011, n. 83, según la cual la audiencia del menor es obligatoria en ese procedimiento.

2. El reconocimiento del hijo incestuoso.

Una exposición distinta merece la cuestión del reconocimiento de los hijos incestuosos. El legislador ha intervenido modificando el art. 251 CC e introduciendo un sistema muy innovador, que se nota ya en el cambio de rúbrica de la norma: antes era "reconocimiento de los hijos incestuosos", mientras que ahora es "autorización al reconocimiento". El art. 251 CC, en el texto anteriormente vigente, establecía una prohibición general de reconocimiento de los incestuosos, a fin de reprimir un comportamiento contrario al Derecho y a la moral, salvo en dos supuestos tasados y con autorización judicial: en el caso de buena fe de los progenitores y en el de declaración de nulidad del matrimonio del cual dependía la afinidad.

Directa consecuencia de la prohibición general, salvo las dos hipótesis excepcionales, era la imposibilidad de obtener el establecimiento judicial de la relación de filiación ex art. 278, I, CC, el cual prohibía la investigación de las paternidades. La prohibición no operaba y, en consecuencia, se admitía dicha investigaciones en el caso de concepción fruto de raptó o violación, demostrándose, así, que la norma penalizaba el comportamiento consciente de los progenitores.

En ausencia de cualquier forma de culpa o de responsabilidad de los hijos nacidos de parientes o afines, éstos seguían sufriendo un tratamiento peor respecto a las otras categorías de hijos. A pesar de la intervención de la Corte Constitucional, declarando la inconstitucionalidad del art. 278 CC²⁷, mediante una decisión que eliminó la prohibición a las investigaciones de paternidad y maternidad, permitiendo así el establecimiento judicial de la relación de filiación, sin embargo, seguía permaneciendo la prohibición general al reconocimiento sancionado por el art. 251 CC.

El legislador del 2012 ha eliminado la prohibición general y ha introducido la posibilidad general de reconocerlos en todo caso, siempre que el juez autorice ese reconocimiento; por lo tanto, la modificación no reconoce una posibilidad absoluta, porque resulta siempre necesaria una evaluación preliminar judicial a fin de tutelar los intereses de los menores.

El reconocimiento es entonces una facultad general ejercitable, prescindiendo de la subsistencia de las hipótesis tasadas de la buena fe o de la declaración de nulidad, facultad limitada sólo por la preventiva autorización del juez, que encuentra su *ratio* en la necesidad de valorar ponderadamente el interés del menor al reconocimiento y su tutela ante circunstancias delicadas, como la violación de la madre.

27 Corte Const. 28 noviembre 2002, n. 494, *Familia*, 2003, p. 841.

Por lo que se refiere a la acción judicial de paternidad o maternidad, el decreto delegado ha modificado profundamente el art. 278 CC, admitiendo y subordinando el establecimiento judicial sólo a la autorización del juez ex art. 251 CC

3. La impugnación del reconocimiento.

Prescindiendo de la categoría de la cual forma parte el hijo, si, como he dicho, pueden ser diferentes las modalidades de reconocimiento, la disciplina que regula la impugnación del mismo es, sin embargo, única. También la disciplina de la impugnación ha sido modificada por el decreto delegado.

El código prevé tres hipótesis típicas y tasadas de impugnación: por defecto de veracidad, por violencia y por interdicción.

En caso de falta de correspondencia entre la verdad biológica y el acto de reconocimiento, ese último puede ser impugnado, en virtud del art. 263 CC, por el autor de la declaración prescindiendo de su buena o mala fe, por el hijo reconocido y por quien quiera que tenga interés en la impugnación, interés que tiene que ser actual, de natura patrimonial o no patrimonial.

El hijo reconocido tiene siempre la legitimación pasiva cuando la acción ha sido ejercitada por otra persona, y si es menor de edad, se necesita la designación de un curador especial que lo represente; pero, sobre todo, él tiene la legitimación para proponer la impugnación si es mayor de edad.

El art. 264 CC dispone, en general, que durante la menor edad o el estado de interdicción por enfermedad de mente, el reconocido no pueda impugnar el reconocimiento. No obstante, a instancia del menor de dieciséis años o del progenitor que lo haya reconocido válidamente, o a instancia del tutor o del M.F., el juez puede autorizar la impugnación, nombrando un curador especial del menor.

La impugnación por defecto de veracidad exige la demostración de la absoluta imposibilidad de que la paternidad biológica corresponda a la declarada. La prueba se puede articular con cualquier medio, sea a través del asesoramiento técnico, que constituye un medio objetivo de prueba, sea a través de las investigaciones hematológicas y genéticas.

Conforme al anteriormente vigente párrafo 3 del art. 263 CC, la acción de impugnación por defecto de veracidad no estaba sujeta a un plazo de prescripción, así que, los sujetos legitimados podían en cada momento poner en discusión la veracidad del reconocimiento. Esa disposición planteó muchas dudas de legitimidad constitucional, hoy superadas gracias a la reforma del 2012. El decreto n. 154 ha introducido un plazo de prescripción de 1 año para todos los legitimados para

ejercitar la acción, salvo para el hijo, para el que la acción es imprescriptible. El plazo comienza a correr, paralelamente a lo establecido para la acción de desconocimiento, a partir del día de la anotación en el acta de nacimiento, o desde cuando el sujeto ha conocido su impotencia o la impotencia del marido.

En todo caso, la acción no puede ser propuesta transcurridos cinco años a partir de la anotación en el acta de nacimiento, a fin de “proteger” un *status*, que aunque no sea conforme a la verdad, ha sido adquirido hace mucho tiempo.

Además de por defecto de veracidad, el reconocimiento puede ser impugnado por incapacidad del declarante, en las hipótesis de sujeto menor de dieciséis años o de interdicción de éste.

En el caso de reconocimiento realizado por el menor de dieciséis años, el mismo puede ser impugnado por el mismo autor, una vez alcanzada la mayor edad y dentro de un año desde su cumplimiento, o por el menor que puede ser autorizado para la impugnación a través de un curador especial.

La incapacidad puede depender también de la condición de interdicción del sujeto declarante y entonces la acción puede ser propuesta por su tutor o por el mismo autor dentro de un año de la revocación de la sentencia.

En virtud del art. 265 CC, el reconocimiento es impugnabile cuando sea fruto de una violencia sufrida por el autor de la declaración, que puede impugnarlo dentro de un año desde la cesación de la violencia; si el autor del reconocimiento es menor de edad, puede promover la acción dentro de un año, desde el cumplimiento de la mayor edad. La relevancia de la violencia es consecuencia de la discrecionalidad del acta de reconocimiento, que no puede ser impuesta al progenitor contra su voluntad.

En ambas hipótesis de impugnación por incapacidad y por violencia, en el caso de muerte del autor del reconocimiento, la acción puede ser propuesta por sus ascendientes, descendientes o herederos, siempre que no haya prescripto el plazo (art. 267 CC).

Durante la pendencia del juicio de impugnación, por cualquiera de las tres razones dichas, el juez puede adoptar todas las medidas provisionales oportunas en el interés del hijo, como el alejamiento del menor y su entrega en custodia a terceros.

4. La declaración judicial de paternidad y maternidad.

En todos los casos en los cuales se admite el reconocimiento, pero el progenitor no puede o no quiere reconocer su propio hijo natural, la relación de filiación puede ser establecida judicialmente.

La acción para la declaración judicial de paternidad y maternidad es aquella acción de estado que permite al hijo no reconocido adquirir el *status* de hijo. Las normas que regulan tal acción han sido objeto de pocas innovaciones introducidas por la reforma del 2012, que han afectado al art. 273 y el 276 CC en tema de legitimación pasiva de la acción.

Aunque después de la reforma del 1975 fueron eliminados los rigurosos límites a la acción de declaración, el legislador post reforma '75 había dejado un límite formal constituido por el juicio de exequátur acerca de la admisibilidad de la acción, conforme al viejo art. 274 CC; se trataba de una fase preliminar y autónoma respecto a la acción verdadera, en la cual el tribunal verificaba la subsistencia de específicas circunstancias que justificaban la acción (tenía que resultar un *fumus boni iuris*).

El tribunal realizaba una investigación sumaria y secreta, asumiendo todas las informaciones necesarias, escuchando a las partes y al M.F. Como consecuencia de la intervención de la Corte Constitucional el juicio de admisibilidad no podía, además, prescindir de la investigación acerca de la subsistencia del relativo interés del menor; cuando la acción fuese propuesta por el progenitor que ejercía la potestad²⁸. Cuando esa investigación terminaba, el tribunal emitía un decreto motivado acerca de la admisibilidad, contra el cual se podía interponer una reclamación ante la Corte de apelación. La medida adoptada por esa última con ocasión de la reclamación, de naturaleza contenciosa, era además impugnabile a través de un recurso ante la Casación. El juicio de exequátur (es decir el relativo decreto de admisibilidad) era condición necesaria para la interposición de la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad.

La Corte Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 274 CC por la manifiesta falta de razonabilidad de la norma, la cual se resolvía en un grave obstáculo al ejercicio del derecho de acción garantizado por el art. 24 Const., aún más tratándose de una acción dirigida a la tutela de derechos fundamentales y relativos al *status*. Además la norma violaba el principio de la razonable duración del proceso, considerado que preveía una fase autónoma, articulada en más fases de juicio, prodrómica al juicio verdadero, y de hecho, privada de una concreta función²⁹.

28 Corte Const. 20 julio 1991, n. 341, *Giust. civ.*, 1991, p. 2485; Cas. 23 febrero 1996, n. 1444, *Nuova giur. civ.*, 1997, p. 78; Cas. 19 diciembre 1996, n. 11358.

29 Corte Const. 10 febrero 2006, n. 50, *Foro it.*, 2006, p. 966.

Legitimado para ejercitar la acción de declaración judicial es el hijo mayor de edad; si éste es menor de edad, la acción puede ser propuesta por el progenitor titular de la responsabilidad o por el tutor; si el menor está sujeto a tutela o ha sido sujeto a interdicción. El tutor debe, sin embargo, autorización al Tribunal que puede nombrar un curador especial.

Es necesario, además, el consentimiento del hijo para ejercitar la acción o para proseguirla si éste tiene catorce años; si falta su consentimiento, la acción no puede ser propuesta y, si ya ha sido ejercitada, no puede ser proseguida³⁰.

La acción para la declaración judicial de maternidad y paternidad es imprescriptible para el hijo; si el mismo muere antes de promover la demanda judicial, esta puede ser iniciada, dentro de dos años desde la muerte, por sus descendientes, mientras que si el hijo muere después de haber ejercitado la acción, sus descendientes pueden proseguirla.

Por lo que concierne a la legitimación pasiva, el artículo que la establece ha sido parcialmente integrado por la ley del 2012. Puesto que el juicio debe tener lugar contra el presunto progenitor, el art. 276 CC disponía que en ausencia de este último, la acción pudiese ser propuesta contra sus herederos, sin prever nada para la hipótesis en la cual el presunto progenitor no tuviese herederos³¹.

El reformado artículo prevé explícitamente que, en ausencia de herederos del presunto progenitor, el hijo puede instaurar el juicio contra un curador nombrado por el juez, garantizando así al hijo el derecho al establecimiento de la filiación, colmando la anterior falta de tutela jurídica³². El último párrafo de la norma en examen prevé, en fin, que quienquiera que tenga interés pueda intervenir en el juicio para oponerse a la demanda, interés que generalmente se encuentra en los parientes del demandado.

El establecimiento de la filiación en orden a la declaración judicial de paternidad o maternidad no encuentra ningún límite probatorio; en virtud del art. 269, II, CC la prueba puede ser realizada por cualquier medio. La prueba puede ser suministrada recurriendo a las presunciones, así como a la posesión de estado de hijo; se admite el establecimiento técnico inherente a las investigaciones hematológicas y genéticas que aseguran resultados de muy alta probabilidad. En todo caso, todas las pruebas son valoradas según la apreciación del juez.

30 Cas. 10 abril 1998, n. 3721; Cas. 14 mayo 2000, n. 10131.

31 Cas. Sez. un. 3 noviembre 2005, n. 21287, *Giust. civ. Mass.*, 2005; *Giur. it.*, 2007; *Fam. pers. e succ.*, 2006.

32 Corte Const. 20 marzo 2009, n. 80, *Giur. cost.*, 2009, p. 741.

Además de la norma general de la utilización de pruebas lícitamente adquiridas, la ley excluye que la sola declaración de la madre de haber tenido relaciones con el presunto padre pueda constituir prueba de la paternidad³³.

En conclusión, la sentencia que declara la relación de filiación produce todos los efectos del reconocimiento, demostrando que esa relación depende del hecho de la procreación y que el reconocimiento o la declaración judicial atribuyen la titularidad formal a la relación misma. En virtud del art. 277, II CC, el juez puede también adoptar medidas para el mantenimiento, instrucción y educación del hijo, a fin de tutelar sus intereses patrimoniales³⁴.

33 Cas. 9 abril 2009, n. 8733, *Guida al diritto*, 2009, p. 52.

34 Cas. 6 noviembre 2009, n. 23630, *Dir. e Giust.*, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

ALCURI, M.: "L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffré, Milano, 2014.

AULETTA, T.: "Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia", *Familia*, Giuffré, Milano, 2005.

BALLARANI, G.: "Il diritto del minore a non essere ascoltato", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffré, Milano, 2011.

BALLARANI, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione", en AA.VV.: *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (coord. por M. BIANCA), Giuffré, Milano, 2014.

BIANCA, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte Costituzionale", *Giustizia civile*, Giuffré, Milano, 2000.

BIANCA, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", *Giustizia civile*, Giuffré, Milano, 2001.

BIANCA, C.M.: "Dove va il diritto di famiglia?", *Familia*, Giuffré, Milano, 2001.

BIANCA, C.M.: "La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", en AA.VV.: *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* (coord. por G. FREZZA), Giuffré, Milano, 2005.

BIANCA, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l.n. 219/2012", *Giustizia civile*, Giuffré, Milano, 2013.

CAMPIONE, R.: "Parentela e consanguineità", en AA.VV.: *Completata la riforma della filiazione. Profili sostanziali, processuali, successori, penali*, Giuffré, Milano, 2014.

CARIMINI, F.: "Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?", en AA.VV.: *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione* (coord. por R. PANE), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

CICU, A.: "Il concetto di status", en AA.VV.: *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917.

CICU, A.: "Il diritto di famiglia nello stato fascista", *Jus*, 1940.

CICU, A.: "Il sistema dell'accertamento della filiazione", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1950.

DOGLIOTTI, M.: "Verità biologica, legale, affettiva nel rapporto di filiazione. Spunti e riflessioni", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2004.

FERRANDO, G.: "La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2008.

FERRANDO, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2009.

FREZZA, G.: "Affidamento della prole e capacità autodeterminativa del minore", en AA.VV.: *Annali Lumsa 2001* (coord. por G. GIACOBBE), Giappichelli, Torino, 2001.

FREZZA, G.: "Gli effetti del riconoscimento", *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova 2013.

GIACOBBE, E.: "Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006.

MAJELLO, U.: "Il diritto di rappresentazione dei figli naturali", *Foro padano*, 1969.

PANE, R.: "Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione", AA.VV.: *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione* (coord. por R. PANE), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

RESCIGNO, P.: "La comunità familiare come formazione sociale", *Matrimonio e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000.

SESTA, M.: "Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano", *Famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003.

SESTA, M.: "I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disuguaglianza all'unicità dello status", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2012.

SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2013.

SESTA, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista diritto civile*, Cedam, Padova, 2014.

UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1974.

VIRGADAMO, P.: "L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2014.

ZATTI, P.: "Rapporto educativo e intervento del giudice", en AA.VV.: *L'autonomia del minore tra famiglia e società* (coord. por M. DE CRISTOFORO, A. BELVEDERE), Giuffrè, Milano, 1980.

