

Nos parece acertado su propósito de poner el Derecho al servicio de la vida. Esto lo logra a través de su atenta interpretación de la normativa del Código civil, del exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de la exposición ordenada y detallada de las normas tecnológicas de edificación.

Esperemos con interés la próxima aparición del volumen III y del Apéndice, donde tratará de forma pormenorizada la problemática relacionada con los supuestos de legitimación (activa y pasiva) a la hora de ejercitar las acciones de responsabilidad decenal; las situaciones litisconsorciales en dicho ejercicio de acciones; los criterios para atribuir y distribuir responsabilidades, y los aspectos fundamentales del daño y su problemática.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,

*Profesor de Derecho civil de la Universidad
Autónoma de Madrid*

MARTINEZ-CALCERRADA, Luis: «La discriminación de la filiación extramatrimonial». Editorial Montecorvo. Madrid, 1977, 602 págs.

Precedido de un interesante prólogo de Antonio Hernández-Gil, quien pone de relieve los componentes biológico-social y ontológico-ético de la persona y los aspectos pre y suprajurídicos de ésta que subyacen en el tema tratado, la obra que voy a reseñar del magistrado Martínez-Calcerrada, verdadero especialista en la materia a la que he dedicado su atención en variados estudios monográficos, viene a sumarse, con importancia singular, al copioso número de libros y trabajos sobre la filiación ilegítima que últimamente proliferan en España, como resultado cierto de una preocupación social creciente, y entre los que destaca el luminoso estudio de Manuel de la Cámara (Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español), que tuve ocasión de comentar ampliamente en este mismo Anuario (A. D. C. 1976, página 1157).

El libro de Martínez-Calcerrada presenta, no obstante, con relación a la mayoría de las monografías recientes sobre la materia, una doble originalidad; la primera es el tratamiento paralelo de los problemas de la filiación ilegítima y de la adoptiva, englobadas acertadamente bajo el concepto de filiación extramatrimonial. La segunda consiste en detenerse en el examen, no sólo de las causas jurídicas, sino especialmente de los motivos sociológicos, psicológicos y médicos, que contribuyen en una gran medida a la discriminación o marginación humana tan justamente denunciadas.

La obra se distribuye en tres grandes títulos, bajos los epígrafes «teoría general de la filiación extramatrimonial», «el Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial» y «el Derecho español ante la filiación extramatrimonial», para terminar con un repaso a las conclusiones doctrinales de los tratadistas españoles y con la exposición de las conclusiones personales del autor. Remata el libro un pequeño apéndice donde se recogen especial-

mente algunas Resoluciones de interés de la Dirección General de los Registros y del Notariado y se da noticia de los trabajos preparatorios para la reforma en materia de filiación emprendidos en la Comisión General de Codificación.

El título primero comienza con una breve precisión terminológica, en la que se justifica el término elegido «filiación extramatrimonial», por su mayor expresividad y comprensividad y también por su, diríamos, neutralidad, pues en él no destaca tanto el carácter peyorativo del adjetivo «ilegítimo». Tras esta introducción, el capítulo primero aparece dedicado al examen de la filiación ilegítima y se inicia con el estudio de su concepto y de sus clases. El primero plantea el problema esencial de delimitar la filiación legítima de la ilegítima, cuya separación, claro es, radica en la existencia o inexistencia del matrimonio en cada una de ellas. El autor pone de relieve acertadamente que si, dogmáticamente, la ausencia del matrimonio debería ir referida al momento de la concepción para calificar entonces la filiación como ilegítima, este preeminencia lógica de la concepción aparece difuminada prácticamente en todas las legislaciones y sistemas históricos que, por razones de prudencia legislativa, consideran como legítimos hijos nacidos dentro del matrimonio, aunque concebidos antes de él. Y en cuanto a las clases de la filiación ilegítima, señala Martínez-Calcerrada cómo la típica diferenciación entre la natural y la no natural viene a reforzar aquella prevalencia lógica del momento de la concepción, pues es decisiva en esa distinción la aptitud de los padres para contraer matrimonio referida precisamente al repetido momento y no al del nacimiento del hijo. Llama, sin embargo, la atención que el autor admita como una categoría independiente dentro de la filiación ilegítima no natural, junto a la incestuosa y a la adulterina, a la filiación *sacrilega*, que si tuvo razón de ser en determinados momentos históricos debe carecer hoy de sustantividad específica y, concretamente en nuestro Derecho, debe estimarse incluida en la filiación natural, como admite la doctrina más reciente, atendiendo a la simple letra de los artículos 119 y 834.º del Código civil, y ha venido a ser confirmado por la Resolución de 14 de agosto de 1973.

Los antecedentes históricos de la filiación ilegítima son expuestos a continuación por el autor, con claridad y buen acopio de datos, deteniéndose en cada caso en examinar su concepto, clases, contenido y efectos. No se trata, sin embargo, de una simple exposición erudita, pues Martínez-Calcerrada se preocupa en destacar, en cada fase histórica, las características más significativas del sistema. Así, en el Derecho romano, subraya cómo la cualidad de hijo ilegítimo no era causa de inferioridad social y cómo el reconocimiento —pieza esencial en nuestro Derecho a partir de las leyes de Toro— fue desconocido entonces en su acepción técnica, al circunscribirse la noción de la filiación natural a los hijos habidos de concubina. En el Derecho canónico pone de relieve la aparente contradicción entre el rigor con que se configura la ilegitimidad, como resultado del estigma que cae sobre toda unión ilícita, especialmente las de los clérigos, y las facilidades otorgadas para la prueba de la filiación al admitirse toda clase de medios, in-

cluso los testigos y los indicios, en torno a la investigación de la paternidad. Especialmente penetrante es el estudio de nuestro Derecho histórico, en el que examina el autor la institución particularísima de la barraganía, no sólo tolerada, sino casi legalizada en multitud de nuestros Fueros medievales; la recepción fiel que hacen las Partidas del Derecho romano en cuanto al concepto de la filiación natural y su curiosísima clasificación de los demás hijos ilegítimos, y los atisbos del reconocimiento en algunos Fueros, institución que, sin embargo, no adquiere sustantividad específica hasta las citadas leyes de Toro.

Del reconocimiento trata precisamente el siguiente apartado, subrayando el autor, ya con vista a las soluciones que luego propondrá, dos ideas fundamentales, cuales son su necesidad institucional en la filiación ilegítima, al no poder funcionar las presunciones legales de legitimidad, y su campo de aplicación que debe extenderse de la filiación natural a la no natural. Martínez-Calcerrada con sólidas razones, y recogiendo el criterio más moderno de la doctrina española, propugna esta ampliación del ámbito del reconocimiento, que comparto, desde luego, sin reservas. En cuanto al problema de si el hijo ilegítimo debe o no ostentar un verdadero «estado civil», el autor se inclina por la tesis afirmativa, a la que califica de minoritaria en la doctrina actual. Por mi parte, creo que esta solución es hoy incontrovertible, pues incluso los hijos ilegítimos no naturales gozan de muchos más derechos de los que primitivamente se pensaba: además del derecho a alimentos, nos encontramos con los derechos derivados de los artículos 47 y 206 del Código, con la nacionalidad española, según la letra del artículo 17 y la doctrina más autorizada, refrendada por la Resolución de 7 de mayo de 1965, con los derechos al subsidio familiar por Seguridad Social, por accidentes de trabajo y por familia numerosa. El problema es, pues, otro distinto, concretamente el de saber cómo queda establecida en nuestro Derecho la filiación ilegítima no natural.

Muy interesante es la parte final de este capítulo, en la que Martínez-Calcerrada se enfrenta, con un enfoque realmente original, con la cuestión que denomina «situación socio-legal de la filiación ilegítima.» En síntesis, la opinión fundamental del autor es la de que, tomando la enseñanza de la Historia que nos demuestra que la consideración jurídica de la filiación ilegítima ha dependido de su consideración social, es laudable y necesario procurar hoy una equiparación *racional* entre los hijos legítimos y los ilegítimos en el plano legislativo. Pero —y ésta es una intuición esencial— nada se conseguirá en el simple ámbito jurídico, si paralelamente no se consigue que la discriminación desaparezca en la sociedad, en la familia y en la propia conciencia del hijo ilegítimo. Que la reputación social y familiar del hijo ilegítimo no son, en la sociedad española actual, nada buenas es algo obvio y el autor repasa, con verdadera agudeza, las razones de esta repulsa y los posibles remedios, casi todos de educación moral y, consiguientemente, de difícil consecución. Pero si esto es malo, es aún peor la constatación de que el propio hijo ilegítimo, en su esfera psico-personal, se encuentra marginado o segregado y por esto se dificulta aún más alcanzar la meta de que llegue a convencerse de que su condición no es inferior a

la del hijo legítimo. Algunas veces será posible evitar este peligro ocultando al hijo su origen extramatrimonial, pero esta solución comporta el gravísimo riesgo de que se entere posteriormente de la verdad, lo que puede acarrearle un verdadero trauma psíquico. La cuestión es, desde luego, fascinante, pero particularmente abrigo la esperanza, ante la apresurada evolución social a que asistimos, de que el estigma de la filiación ilegítima desaparezca como fenómeno sociológico en plazo no largo.

El capítulo segundo de este título está dedicado, con técnica y sistemática similares, al estudio de la filiación adoptiva. Se van exponiendo así el concepto de la adopción, sus antecedentes históricos, con particular detenimiento en la dualidad del Derecho romano y, en forma más breve, su contenido en el Derecho germánico y medieval y en nuestro Derecho histórico. Su caracterización técnico-jurídica, configurada por el autor bajo la expresiva frase «filiación extramatrimonial inilegítima», y la determinación de su estado civil, que hoy en España no ofrece dudas tras las reformas de 1958 y de 1970, sirven de enlace para examinar la cuestión más importante de este capítulo que consiste, lo mismo que en la filiación ilegítima, en las causas de su marginación, no ya por razones jurídicas, sino por motivos sociales, familiares y personales, y en los medios para evitar o limitar tal situación. En la adopción plena y cuando la familia biológica es desconocida, las dificultades se presentan ante el riesgo de que el adoptado descubra su verdadero origen. Suscribo plenamente la afirmación de Martínez-Calcerrada de que esta dificultad ha de resolverla preferentemente la actitud responsable de los padres adoptivos que deben revelar su origen al hijo de modo gradual. Como dice textualmente el autor: «El silencio o incertidumbre han de condenarse, así como los falsos sentimentalismos por no herir su inocencia: es preferible inculcar esa realidad desde que el niño tenga capacidad de asimilación a conformar un riesgo de insospechados menoscabos neuróticos en la personalidad del afectado.» Por otra parte, si en la adopción simple las tensiones disminuyen sensiblemente, al menos en los casos normales, en la plena, y cuando es conocida la familia biológica, surge un nuevo problema, el de la pugna entre ambas familias, sobre el que discuten con exceso los especialistas, olvidando que es el interés superior del hijo el que debe prevalecer. Un tema sugestivo, que ha preocupado a los tratadistas especialmente en materia de adopción, y que certeramente amplía Martínez-Calcerrada a la filiación ilegítima en general, es el llamado «síndrome de hospitalismo», que la experiencia médica demuestra constituye un pesado lastre para conseguir la recuperación social de los acogidos en orfanatos. Con abundantes citas doctrinales, el autor va enumerando las causas de ese síndrome (insuficiencias materiales de los establecimientos, falta de amor o hambre psíquica, trato impersonal), que pueden desencadenar gravísimos efectos, como alteraciones irreversibles somáticas, en la inteligencia y en la conducta. Recuerda la aterradora afirmación de Vallejo Nájera: «Un niño criado desde sus primeros días en un orfanato jamás ha alcanzado una personalidad destacada en la vida adulta», y su tesis de que el único tratamiento adecuado del hospitalismo es suprimir cuanto antes la estancia en el hospital y enviar al niño a un hogar adoptivo. La experiencia

médica ha demostrado, además, que pasados tres años en el orfelinato ningún beneficio produce ya la adopción.

Cierra el autor esta interesantísima parte de su libro con una recapitulación y comparación de las cuestiones similares tratadas en ambas clases de filiación, recogiendo finalmente la acertada opinión de Mendizábal Osés, especialista en Derecho del menor, quien ha propugnado, como sanción «de lege ferenda», la privación de la patria potestad del o de los progenitores culpables con su conducta de la anómala personalidad de sus hijos.

El título segundo de la obra, donde se examina el Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial, contiene un riguroso y muy completo estudio sobre los Derechos francés, italiano y alemán. El autor no se limita a exponer la legalidad vigente en estos tres países, sino que además explica abundantemente su paulatina evolución desde las primeras Codificaciones y las disposiciones legales sucesivas que, de modo continuo e irreversible, han ido procurando eliminar la discriminación que sufrían los hijos ilegítimos y los adoptivos.

He de subrayar la importancia del título, no ya sólo en el plano del puro Derecho comparado, sino principalmente como material de trabajo imprescindible para las reformas legislativas necesarias en España. Sobre todo, respecto de la filiación ilegítima, tiene un alto valor para nosotros el particularizado examen de la ley francesa de 3 de enero de 1972 y de la ley italiana de 19 de mayo de 1975, cuyos avances y aciertos en la materia no pueden ser ignorados en modo alguno. Esto no significa, sin embargo, que el legislador español haya de copiar sin más las soluciones de otros países, pues es forzoso respetar las particularidades de nuestro Derecho, por ejemplo, en materia sucesoria, y en todo caso una modificación legislativa de tanta trascendencia no puede realizarse precipitadamente. Es mejor tardar algo más en la reforma, que no sacar a la luz un texto poco trabajado, con los consiguientes peligros de desarmonía y de contradicciones en el sistema.

El título tercero, dividido en tres capítulos, lleva el epígrafe «El Derecho español ante la filiación extramatrimonial», y comienza con un apretado capítulo en el que se exponen los precedentes codificadores y legislativos de nuestro sistema actual. Aparte de un buen estudio del Proyecto de 1851, resulta muy interesante el análisis que nos ofrece el autor sobre el artículo 43 de la Constitución de la II República y sobre el Anteproyecto de la ley entonces preparado sobre investigación de la paternidad. También, en materia de adopción, encontramos unas referencias de interés al Derecho republicano de 10 de abril de 1937 y a la ley de 17 de octubre de 1941.

El capítulo segundo trata ya del sistema vigente en España y en él se examina de forma muy clara y completa todo el Derecho positivo sobre filiación extramatrimonial, incluyendo no sólo los preceptos del Código, sino también los de la legislación del Registro Civil y los de las Compilaciones

forales. Ahora bien, excepto en algún tema concreto, como el de la validez del reconocimiento de hijo natural en testamento sin contenido patrimonial, la exposición resulta, a mi juicio, algo esquemática, al no detenerse Martínez-Calcerrada en el examen de bastantes cuestiones doctrinales de interés y en sus soluciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Dirección General de los Registros. Se nota esta falta, por ejemplo, en materia de impugnación del reconocimiento, en la aparente contradicción entre los artículos 137 del Código civil y 188 del Reglamento del Registro Civil, en los conflictos de leyes en las relaciones paterno-filiales a la vista del artículo 94 del Título preliminar o en los problemas sobre la forma de la adopción. Cierto es que en el Apéndice que cierra el libro se contienen, sin comentarios, referencias a algunas Sentencias y Resoluciones, y también que en muchas ocasiones la omisión es intencionada, pues el autor, por ejemplo, se remite en el tema de la naturaleza del reconocimiento o de su forma en «otro documento público» a la excelente monografía de Albadalejo. Estas circunstancias justifican, desde luego, el criterio seguido por Martínez-Calcerrada y no es mi propósito censurarle por el sistema elegido. Lo único que ocurre es que el estudioso que quiera profundizar en los problemas de nuestro Derecho actual en filiación extramatrimonial, especialmente en la ilegítima, no deberá conformarse con el contenido de este capítulo, sino que le será conveniente acudir a otras obras más específicamente dedicadas al tema, como la ya citada de Manuel de la Cámara o la también excelente de Rodríguez-Adrados («La evolución del Derecho de familia en materia de filiación», ponencia presentada por el Notariado Español al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino de Barcelona, 1975, editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 535 y ss.). El panorama tan sombrío y atrasado que ofrece Martínez-Calcerrada sobre nuestro Derecho positivo quedará de este modo bastante más templado.

El capítulo III de este título, bajo el epígrafe «Aspiraciones de "lege ferenda" en la filiación extramatrimonial», se enfoca bajo un prisma muy original, cual es el de confrontar el Derecho español con el estudio llevado a cabo por Vieno Voitto Saario en la Comisión de Derechos Humanos de la O. N. U., así como con la Constitución «*gaudium et spes*» del Concilio Vaticano II y con la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Esta comparación pone de relieve, según el autor, que la discriminación, además de en las esferas familiar, social y personal, se revela jurídicamente en los siguientes aspectos: carencia de un «*status familiae*» por el hijo ilegítimo no natural, limitadísimo derecho a alimentos del mismo y exclusión de verdaderos derechos sucesorios y, en fin, en cuanto a la adopción, falta de verdadera equiparación con la filiación legítima, lo que es particularmente lamentable en la adopción plena, pese a la declaración general del artículo 176 del Código. Un repaso a los remedios extrajurídicos necesarios para resolver esta situación cierra este capítulo.

Tras una exposición de varias importantes conclusiones doctrinales sobre el tema debatido, donde se enumeran las de Vázquez Richart, Gómez de Liaño, De la Cámara, Oltra Moltó, Rodríguez Adrados y las del Congreso Jurídico Catalán de 1971, Martínez-Calcerrada defiende con convicción sus

propias conclusiones que, en síntesis, son las siguientes: 1) En la filiación ilegítima: a) Principio de veracidad y libertad absoluta en la investigación de la paternidad o maternidad; b) Principio de igualdad: asimilación «racional» a la filiación legítima; c) Supresión de todo vestigio de segregación social; d) Revocación de la escala valorativa vigente en la reputación familiar, y e) Autoconvicción liberadora del hijo ilegítimo. 2) En la filiación adoptiva: a) Desaparición de la especie adopción simple; b) Goce por el adoptado de una posición jurídica idéntica a la de los hijos legítimos; c) Restringir al tiempo imprescindible la permanencia de los abandonados en establecimientos de beneficencia; d) Fomento de la adopción, con protección especial a las organizaciones existentes o que se creen con tal fin; así como a las familias que adopten, y e) No descuidar la vigilancia de las familias adoptivas.

Llegada la hora de hacer balance del contenido de la obra, el juicio crítico, con los pequeños reparos que ha ido apuntando, ha de ser necesariamente muy positivo. La temática y enfoque del tema tratado y, muy especialmente, las conclusiones defendidas por el autor son dignas de aprecio y alabanza y no pueden estimarse, en modo alguno, exageradas ni progresistas. La única objeción sería que puede hacerse al libro del Magistrado y doctor en Derecho, Luis Martínez-Calcerrada, es el no examinar, si no es de forma muy incidental, los problemas especiales que plantea dentro de la filiación ilegítima, la filiación investuosa. Consciente o inconscientemente el libro parece estar pensado sólo para los hijos adulterinos. Hubiera sido muy interesante que aquel original enfoque, que encomié al principio de esta reseña, hubiera sido utilizado para examinar esa filiación tan singular. La equiparación racional propugnada por el autor entre filiación legítima e ilegítima —que, por lo demás, comparto plenamente— creo que ha de quebrar, en interés del propio hijo, cuando el mismo tenga un origen incestuoso. Por razones obvias, la veracidad biológica no debe prevalecer en estos casos, salvo quizá en algún supuesto muy excepcional, y hay que procurar por todos los medios restringir en lo posible lo que en otra ocasión denominé «publicidad aterradora» de la filiación incestuosa.

Esta objeción no impide, en modo alguno, que felicite al autor por su excelente trabajo, cuya lectura recomiendo vivamente a todos los juristas españoles interesados en el complejo y difícil tema de la filiación extramatrimonial.

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS,

*Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado.*