

El Derecho transitorio de la filiación en la Jurisprudencia

JOSE ANTONIO SERRANO GARCIA

Profesor Ayudante de Derecho civil
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Evolución del Derecho de la filiación en el Código Civil*.—III. *Valor normativo de la Constitución en materia de filiación*.—1. Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—3. Nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—IV. *El Derecho transitorio de la filiación en la Ley 11/1981, de 13 de mayo*.—1. Cuestiones previas.—2. Disposiciones transitorias.—A) Disposición transitoria primera.—B) Disposiciones transitorias relativas a la determinación e impugnación de la filiación.—C) Disposiciones transitorias relativas a los efectos de la filiación.

I. PLANTEAMIENTO

El cambio de las disposiciones del Derecho positivo es un fenómeno irremediable, y de frecuencia, muchas veces superior a lo necesario y conveniente. Es preciso determinar cuándo termina la obligatoriedad de una norma y es sustituida por otra, y es preciso hacerlo con la mayor precisión, por exigirlo así la seguridad jurídica. La cuestión básica del Derecho transitorio es la de marcar la línea divisoria entre la eficacia de la Ley antigua y de la Ley nueva. Las disposiciones legales derogadas conservan una supervivencia especial, por el respeto que el principio de irretroactividad impone en favor de los derechos adquiridos, hechos y actos realizados conforme a ellas. Con la derogación pierde la Ley su fuerza creadora y organizadora, y sólo pervive en aquellos restos de su pasado que conservan las disposiciones transitorias. Los Tribunales han de continuar aplicando los preceptos de la antigua Ley, pero no en su carácter de Ley, sino por el mandato de esas reglas transitorias. El Derecho transitorio tampoco se preocupa de conservar arqueológicamente restos de un muerto ayer, sino que, por razones de equidad y conveniencia, ampara las si-

tuaciones creadas bajo la antigua Ley, para no perjudicar intereses particulares dignos de protección (1).

Dentro de la amplia reforma que en el Derecho de familia del Código civil español introduce la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, quizá la más profunda y de mayor repercusión social es la relativa a la filiación. Era, sin duda, la más necesitada de un cambio global por haber quedado la vieja redacción de 1889 cada día más alejada de la realidad social y en desacuerdo tanto con los principios y valores imperantes en la actualidad cuanto con los conocimientos biológicos modernos que pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de la filiación. La consagración en la Constitución Española de 1978 del principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14), de modo que todos los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la Ley (art. 39.2) y la declaración constitucional de que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad, hacían ineludible e inaplazable que el legislador ordinario abordase la reforma de la filiación (2).

A la hora de analizar los problemas de Derecho transitorio que la modificación del Código civil en materia de filiación conlleva, hay que tener presente, por tanto, no sólo la eficacia derogatoria de la Ley 11/1981 y el grado de retroactividad deducible de sus disposiciones transitorias, sino también en qué medida el Derecho de filiación contenido en el Código civil había sido ya derogado por la incidencia directa de la Constitución (3). En tal caso, habrá que comprobar si el régimen de Derecho transitorio establecido por la citada Ley de 1981 es compatible con el valor normativo de la Constitución en materia de filiación.

Antes de centrarnos en el estudio de estos temas, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, puede ser conveniente recordar, sucintamente, los grandes rasgos de la filiación en el régimen derogado y en el nuevo, así como los preceptos constitucionales que aluden a la filiación.

(1) En estos términos se expresa el profesor DE CASTRO al referirse a los límites de la eficacia de las normas civiles, en su *Derecho civil de España*, Parte General I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, 3.ª ed., pp. 697 y ss.

(2) El Derecho español de la filiación no está contenido únicamente en el Código civil, sino que también las Compilaciones forales, a excepción de la gallega, tienen normas que, directa o indirectamente, se refieren a la relación paterno-filial. Todas ellas, igual que el Código civil, han sido notablemente afectadas por los novedosos principios constitucionales, y están, por ello, igualmente necesitadas de adaptación constitucional. Casi con esta exclusiva finalidad ha tenido lugar ya la modificación de la Compilación catalana (Ley 31/1984, de 20 de marzo) y de la aragonesa (Ley 3/1985, de 21 de mayo).

(3) El problema, lógicamente, es común a todos los Derechos forales con normas relativas a la filiación. La Constitución incide por igual sobre todos los Derechos civiles españoles como norma suprema de nuestro Ordenamiento jurídico.

II. EVOLUCION DEL DERECHO DE LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL

El Código civil de 1889 adoptó en materia de filiación (4) los criterios mantenidos por la casi totalidad de las legislaciones vigentes en aquellos momentos, regulando de manera diferente la filiación legítima, en cuanto a su determinación, condiciones generales y modo de probarla, y la filiación ilegítima, donde se englobó a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio. La primera otorgaba al hijo la plenitud de los derechos inherentes a la relación familiar (*status familiae*), y su determinación descansaba en la presunción de paternidad del marido, muy difícil de vencer. La filiación ilegítima se dividía en natural e ilegítima no natural, según que los padres tuvieran o no aptitud legal para casarse entre sí al tiempo de la concepción del hijo, con dispensa o sin ella. En cuanto a sus efectos, la filiación natural otorgaba un verdadero *status filii*, si bien su contenido era más reducido que el de los hijos legítimos. El trato discriminatorio se producía con mayor intensidad respecto de los hijos ilegítimos no naturales, quienes carecían de todo *status* y únicamente tenían derecho a alimentarlos en sentido estricto. Por otra parte, los hijos naturales podían ser legitimados, con un *status* diferente según lo fueran por subsiguiente matrimonio o por concesión real.

Sin necesidad de profundizar más, podemos concluir —con García Cantero (5)— que «las consecuencias de aplicar esta legislación eran un trato discriminatorio en favor de los hijos legítimos respecto de todos los demás, así como, en ocasiones, la ocultación de la verdad biológica en favor de las presunciones de filiación matrimonial».

El Código civil no ha sido modificado en sede de filiación hasta la reciente reforma de 1981; no obstante, en este largo período, otros textos jurídicos han tratado de suavizar las discriminaciones existentes. El artículo 43 de la Constitución republicana imponía a los padres para con sus hijos nacidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, y, además, prohibía consignar indicación alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de la filiación ni sobre el estado civil de los padres en las actas de nacimiento (6).

(4) Las ideas generales sobre el régimen de la filiación en el Código civil de 1889 pueden encontrarse, entre otros manuales de Derecho civil, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1966; DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1978; ESPÍN: *Derecho civil español*, IV, Edersa, Madrid, 1972; LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, II, Bosch, Barcelona, 1975, 2.ª ed.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, IV, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1970.

Puede verse también la reciente monografía sobre *La reforma de la filiación*, de E. SERNA MEROÑO (Montecorvo, Madrid, 1985), que dedica la primera parte a los antecedentes de la reforma.

(5) G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2.º, Reus, Madrid, 1985, 9.ª ed., pág. 54.

(6) La virtualidad práctica de este artículo 43 de la Constitución de 1931 fue prácticamente nula, dado que no fue desarrollado por leyes ordinarias y la doctrina entendió que tenía solamente carácter programático, no llegando a modificar, por tanto, la situación jurídica de los hijos ilegítimos configurada en el Código civil.

La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 mejoró, en su ámbito, la situación de los hijos no matrimoniales. Restringió las discriminaciones al seno de la familia: «Fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación» (art. 52). Mejoró la situación de los hijos extramatrimoniales en relación con los apellidos y con la determinación de la filiación e impuso al Registro un especial recato para estas situaciones. En esta línea progresiva, la Jurisprudencia de la DGRN llegó a afirmar en la Resolución de 26 de diciembre de 1968, en orden al establecimiento de la filiación natural paterna, que los principios fundamentales del Ordenamiento español no se encontraban ya en el Código civil y que era otra la concepción jurídica imperante, más de acuerdo con el deber moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos, y que, en consecuencia, sus preceptos debían ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente cuando la contraríen (7). En varias ocasiones la Sala Primera del Tribunal Supremo se hizo eco del nuevo enfoque dado al Derecho de la filiación por la legislación registral (8).

A pesar de estos bienintencionados esfuerzos, había, sin embargo, obstáculos que sólo podían ser removidos mediante la reforma del Código mismo. Por ejemplo, la prohibición de la investigación de la paternidad y la jerarquía de efectos entre las distintas clases de filiación. Por ello, la doctrina científica, desde finales de los años 60 y comienzos de los 70, no ocultó ya por más tiempo su opinión, rotundamente contraria a mantener vigente una normativa que se estimaba no sólo injusta, sino socialmente obsoleta (9). Aunque hay que reconocer que —como dice Rodríguez Adrados—, aparte de afirmaciones de pasada, la doctrina se inclinaba por la reforma y no por la equiparación de todos los hijos ante la Ley (10).

(7) Véase el extenso análisis que de esta jurisprudencia realiza HUALDE SÁNCHEZ: *Filiación ilegítima y Registro Civil*, en el trabajo colectivo «La filiación fuera de matrimonio en el Derecho español. Régimen vigente y bases para una reforma», Convocatoria Fundación J. March, 1974, pp. 547-1.010.

(8) Se ha ocupado de analizarlas CADARS PALAO: *Conclusiones sobre la filiación extramatrimonial en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo*, en el trabajo colectivo citado, pp. 537-547.

(9) Así, por ejemplo, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: *La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño*, RGLJ, 1970, pp. 343-378; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1976; GARCÍA CANTERO: *Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio*, ADC, 1975, pp. 521-550; GÓMEZ DE LIAÑO y GONZÁLEZ: *Los hijos ilegítimos y los adoptivos (Su problemática actual)*, Montecorvo, Madrid, 1972; MARTÍNEZ CALCERRADA: *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, Montecorvo, Madrid, 1977; OLTRA MOLTÓ: *El hijo ilegítimo no natural (Su situación jurídica)*, Montecorvo, Madrid, 1976; RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción de paternidad legítima (Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español)*, Tecnos, Madrid, 1971; RODRÍGUEZ ADRADOS: *La evolución del Derecho de familia en materia de filiación*, RDN, 1975, pp. 281-434; VÁZQUEZ RICHART: *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, Madrid, 1971.

(10) RODRÍGUEZ ADRADOS: *La filiación*, en «Las reformas del Código civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981», INEJ, Madrid, 1983, pp. 111-209.

También hay que destacar cómo la subsistencia en España de esta indefendible reglamentación contrastaba penosamente con la evolución que se estaba consumando allende nuestras fronteras, de suerte que iba abriéndose un verdadero abismo entre nuestras anticuadas disposiciones legales y los principios aceptados por la comunidad internacional (11).

Ante circunstancias tan adversas, era evidente que la Constitución Española de 1978 no podía sancionar el sistema de nuestras viejas y trasnochadas Leyes civiles en materia de filiación. En el texto definitivo se ocupan del tema los artículos 14 y 39.

Al formularse el principio de igualdad ante la Ley, que encabeza el capítulo 2.º del Título I, sobre los *Derechos y libertades*, hay una clarísima alusión a la igualdad entre las filiaciones: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer *discriminación alguna por razón de nacimiento...*» (art. 14). Posteriormente, entre los *principios rectores de la política social y económica* (cap. 3.º, Tít. I), el párrafo segundo del artículo 39 dispone que «los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, *iguales éstos ante la Ley, con independencia de su filiación... La Ley posibilitará la investigación de la paternidad*» (12).

Dado que los principios constitucionales en esta materia representan un cambio drástico en relación con los que inspiraban la regulación del Código civil y de las Compilaciones forales se ha planteado, a diferencia de lo ocurrido en la Constitución republicana (13), el problema de su vigencia inmediata, en particular a la vista de la disposición derogatoria 3.ª y del artículo 53.2 de la Constitución (14). Profundizaremos en el tema más adelante.

(11) Los nuevos principios imperantes en el mundo, y en particular en Europa, sobre la familia, y más concretamente sobre la filiación, determinaron una corriente de reformas de una intensidad y generalidad como no se conocía desde el tiempo de la Gran Codificación. Primero en los países escandinavos, después en los socialistas y, finalmente, en los países occidentales. Véase, al respecto, G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, t. V, 2.º, pp. 34-40.

(12) La doctrina civilista, en general, critica la deficiente regulación constitucional del tema, al haber aludido al mismo en dos capítulos distintos de valor muy diferente según el artículo 53 de la Constitución. Esta deficiente regulación, como veremos, ha sido fuente de discrepancias de criterio en la doctrina y en la jurisprudencia al decidir sobre el posible valor normativo del principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento.

(13) En relación con los artículos 25 y 43 de la Constitución de 1931, el Tribunal Supremo sentó la doctrina de que para que las declaraciones constitucionales dejen de ser programáticas y tengan efectividad, necesitan ser desarrolladas en leyes especiales complementarias (sentencias de 4 de febrero de 1960, 4 de noviembre de 1963, que valoran negativamente la eficacia de los reconocimientos de hijos adúlteros que se habían inscrito en los Registros Civiles en virtud de las disposiciones constitucionales mencionadas).

(14) Disposición derogatoria 3.ª: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

Artículo 53.2: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo 2.º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Promulgada la Constitución, la necesidad de acomodar el Código civil y las Compilaciones forales a los nuevos principios sobre filiación era imperiosa para evitar la situación de inseguridad jurídica originada por la existencia de preceptos constitucionales o de dudosa constitucionalidad, con las consiguientes lagunas legales. La Ley de 13 de mayo de 1981, por la que se reforma la filiación en el Código civil, trata, fundamentalmente, de desarrollar el principio constitucional de igualdad entre los hijos (15).

La Ley de 1981 ha dado nueva redacción a todo el Título V del Libro I del Código civil, aunque manteniendo idéntica rúbrica y la misma numeración de los artículos. Pero la estructura del Título ha cambiado radicalmente. No menos radical ha sido la modificación operada en sus principios orientadores. El nuevo texto ya no habla de hijos legítimos ni de ilegítimos, naturales o no naturales, sino que refleja sólo el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como contrapuestos a los de adopción. La filiación por naturaleza es la basada en vínculos de sangre, mientras que la filiación adoptiva es una creación jurídica. En la primera se distingue entre hijos matrimoniales, cuando el padre y la madre están casados entre sí, y no matrimoniales, cuando no ocurre tal circunstancia. El artículo 108, párrafo 2.º, establece el principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Se mantiene la diversidad de modos de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial. Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad. Se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica y, por último, el bien del hijo es el principio que preside toda la regulación de la filiación (16).

Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.»

(15) Por su parte, la Ley 13/1984, de 20 de marzo, de la *Generalitat de Catalunya*, se propone, según se desprende de su E. de M., principalmente, la adaptación del Derecho civil catalán a los principios constitucionales de no discriminación por razón de sexo, nacimiento o estado civil, y el Preámbulo de la Ley 3/85, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, dice textualmente que «la previsión constitucional de una serie de principios nuevos que inciden directamente en una distinta concepción del Derecho de familia, ha determinado el hecho de que la mayor parte de las Compilaciones civiles se encuentre, en mayor o menor medida, en una clara situación de inconstitucionalidad. Los principios constitucionales de igualdad de los hijos ante la Ley, y la de los cónyuges en el matrimonio, así como la introducción del divorcio como nueva causa de la disolución del vínculo matrimonial, exigen una revisión profunda del Derecho civil aragonés».

(16) Resumen de los principios orientadores de la nueva Ley extraído de la exposición de G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. V, 2.ª, pp. 62-66. Sobre el régimen de la filiación vigente en el Código civil puede verse también ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1984, 2.ª ed.; DíEZ PI-CAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1983, 3.ª ed.; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, IV, Edersa, Madrid, 1984, 8.ª ed.; LACRUZ y SANCHE: *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1984; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1985, 2.ª ed.; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Comentarios a los artículos 108 a 141 del Código civil*, en «Comentarios al Código

Siendo consciente de las importantes novedades que la nueva legalidad comporta respecto de la anterior, y por ello de la posibilidad de conflicto entre aquélla y ésta, el legislador ha dictado numerosas disposiciones transitorias especiales para la filiación (17). Pero, aparte de que éstas no regulan todos los supuestos, no impiden la posibilidad de que sea objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional una resolución judicial firme, dictada en el tiempo intermedio entre la vigencia de la Constitución y la entrada en vigor de la Ley reformadora. Otro tema a tratar es si las nuevas normas de Derecho transitorio respetan o no los principios sancionados por la Constitución, y, consecuentemente, si inciden o no en inconstitucionalidad.

III. VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION EN MATERIA DE FILIACION

Si nos situamos en un momento posterior a la entrada en vigor de la Constitución y previo a la aprobación de las Leyes de reforma del Código civil, de la Compilación catalana o de la Compilación aragonesa, que adaptan estos textos legales al principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, o, sin más, en un momento posterior a la vigencia de la Constitución en aquellas regiones forales que todavía no han reformado su Compilación (18), y tratamos de resolver cuestiones de filiación derivadas de hechos y situaciones jurídicas anteriores a las Leyes de reforma, donde las haya, y, en todo caso, posteriores a la Constitución, ¿cuál será el Derecho aplicable? Es decir, ¿deben reputarse vigentes, hasta que tiene lugar la modificación de las Leyes civiles, las normas que éstas contienen relativas a la filiación aunque contradigan el principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento? Si respondemos en sentido negativo, ¿cómo llenar, en el entretanto, el consiguiente vacío normativo? En definitiva, la pregunta clave es si la parte dogmática de la Constitución tiene o no valor normativo directo (19). Al respecto, en un principio, se anunciaron dos tesis:

civil y Compilaciones forales», t. III, vol. 1.º (Edersa, Madrid, 1984); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *De la paternidad y filiación*, en «Comentarios a las reformas del Derecho de familia», vol. I (Tecnos, Madrid, 1984), pp. 775-1.023; MARTÍNEZ CALCERRADA: *La filiación*, en «El nuevo Derecho de Familia», II, Madrid, 1981, pp. 7-143; RIVERO HERNÁNDEZ: *Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación*, AAMN, XXV, 1982, pp. 421-483; SERNA MEROÑO, E.: *La reforma de la filiación*, Montecorvo, Madrid, 1985.

(17) Como veremos, ocho de las once previstas para toda la amplia materia reformada por la Ley de 13 de mayo de 1981 son de aplicación a la filiación.

(18) En estos momentos, junio de 1986, todavía no se ha producido la reforma de las Compilaciones navarra, balear y vizcaína. Tampoco de la gallega, pero ésta no contiene normas sobre filiación.

(19) Véase DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, op. cit., pp. 23-25; PEÑA: *De la paternidad y filiación*, op. cit., p. 790.

1.^a La que entendía que debían considerarse vigentes los textos legales, por razones de seguridad jurídica, mientras no fuesen adaptados a la Constitución (20).

2.^a La que entendía ya derogadas todas las normas contrarias a los principios de igualdad entre los hijos y de los cónyuges en el matrimonio, pues estos principios constitucionales, en cuanto expresión del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, eran de directa aplicación sin necesidad de ulterior desarrollo legislativo (21).

Veamos cuál ha sido la evolución del tema en la Jurisprudencia de nuestros más Altos Tribunales.

1. Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En una línea, acaso, de prudencia, el Auto del Tribunal Supremo de *26 de noviembre de 1979* deniega el *exequatur* a la resolución de un Tribunal francés sobre reclamación de alimentos de una súbdita francesa a un ciudadano español, unidos entre sí por una relación de filiación ilegítima no natural. Entre otras razones, afirma el Tribunal Supremo que «tratándose de cuestión que por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe en alguna medida al orden público interno del Estado requerido, *ya que no ha sido desarrollada todavía la norma programática del artículo 39, párrafo 2.º, proposición segunda, de la Constitución Española*, el reconocimiento de la resolución, y los efectos pretendidos serán denegados».

En el caso objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de *8 de mayo de 1981*, dos hijos legítimos entablan acción contra dos medio hermanos (varón y hembra, ésta menor de edad) habidos por el padre de aquéllos con mujer distinta de la esposa, constante matrimonio. La finalidad buscada con la acción era conseguir la declaración de nulidad del testamento otorgado por su progenitor, en el que, declarándose soltero, reconocía como hijos naturales a los habidos con la otra mujer; pretendían, asimismo, la nulidad de dicho reconocimiento y de la subsiguiente inscripción registral, con la consecuencia aneja de privar a los demandados del apellido paterno, impuesto en virtud de ese reconocimiento, y que se declarase como único testamento válido el posterior del padre por el que instituía herederos a los demandantes.

(20) Así la Consulta del Fiscal General del Estado de 12 de enero de 1979 y la primera jurisprudencia postconstitucional del Tribunal Supremo (auto de 26 de noviembre de 1979 y sentencias de 8 de mayo de 1981, 31 de octubre de 1981, 8 de abril de 1982).

(21) En la defensa de esta tesis sobresalió E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, ADC, 1979, pp. 291 y ss., trabajo reproducido después en *La Constitución Española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1981, pp. 97 y ss. Tesis confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias de 2 de febrero de 1981, 1 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1982).

La representación de los demandados se avino a la pretensión principal, pero en la reconvencción pidió que se mantuviera el apellido paterno, por ser de uso corriente y por estar probada la filiación ilegítima no natural, y que se reconociera derecho a alimentos respecto de la demandada menor de edad.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, el 7 de junio de 1978, en la que, estimando en parte la demanda, declaró nulo el reconocimiento como hijos naturales y prohibió a los hijos ilegítimos llevar los apellidos del padre; declaró, igualmente, nulos los asientos e inscripciones registrales como hijos naturales y ordenó su anulación y cancelación; asimismo, desestimó la demanda reconvenccional. Todo ello en aplicación del Derecho vigente, de modo indubitado, en la fecha de la sentencia.

Habiendo entrado ya en vigor la Constitución, la Audiencia dictó sentencia, el 11 de marzo de 1980, desestimando el recurso de apelación. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Acreditada y reconocida la condición de hijos ilegítimos no naturales de los demandados, así como el estado de buena y suficiente fortuna económica de la madre natural, se rechaza la petición de alimentos por ausencia de los requisitos generales del derecho y obligación alimentaria, es decir, la necesidad del alimentista y la existencia de persona prioritariamente obligada a la prestación, cual es la madre natural. En cuanto al derecho al apellido paterno, el Tribunal Supremo lo rechaza por aplicación del mandato legal expreso que así lo prohíbe (art. 139, en su redacción anterior).

Pero lo fundamental de esta sentencia, a nuestros efectos, es que, ante la alegación por los recurrentes de violación del principio de igualdad de los hijos, abstracción hecha de su origen, sentado en el artículo 39.2 de la Constitución, el Tribunal Supremo afirma, en resumen, que *el citado precepto está comprendido en el capítulo tercero del Título Primero, y, consiguientemente, en la prohibición de su aplicación directa, según el artículo 53.3 de la Constitución, de modo que no puede tomarse en consideración para, al socaire de una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe, para remitirla al legislador ordinario, todo lo cual, además, obvia el problema que pudiera plantearse sobre la derogación constitucional de los preceptos del Código civil afectados y aplicados correctamente por la Sala de instancia, cuya sentencia, por tanto, hay que mantener (22).*

Destaca la rotundidad con la que el Tribunal Supremo rechaza la aplicación inmediata del principio de igualdad de los hijos ante la Ley

(22) Fue ponente el Magistrado señor VEGA BENAYES. Véase «La Ley», 1981, 4, pp. 682 y ss., con el comentario de J. C. ESTEBAN GÓMEZ: *Remedios contra la eficacia de la sentencia de filiación anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo*; ADC, 1981, p. 1.115, sentencia extractada y anotada por J. DEL CORRAL RIVAS.

proclamado por la Constitución. Piénsese en los distintos resultados a que conduciría su aplicación. No obstante, el principio de retroactividad de la Ley de 1981, patente en sus disposiciones transitorias 1.^a y 5.^a, como se verá luego, lleva a la conclusión de que la presente sentencia pierde en parte su autoridad de cosa juzgada, ya que el reconocimiento contenido en el testamento discutido habrá que estimarlo válido e inscribible, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que la nueva Ley exige (23).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la sentencia de 31 de octubre de 1981 (24), ante la proposición por el recurrente de una prueba encaminada a la investigación de la paternidad, declara que *si bien el número 2.º del artículo 39 de la Constitución dispone que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad, resulta que la mentada disposición no constituye un precepto constitucional de aplicación directa, sino que requiere un desarrollo legislativo o legislación complementaria* que no se hallaba en vigor cuando las resoluciones fueron dictadas por el Tribunal de Instancia, quien, por ello, procedió acertadamente y no cometió la infracción que se denuncia por el recurrente.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de abril de 1982 (25), declara no haber lugar al recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia que había apreciado caducidad de la acción. El razonamiento fundamental en que se asienta la estimación de la caducidad de la acción, con la subsiguiente absolución de la pretensión actora, se basa en ambas resoluciones impugnadas, en que la acción de reconocimiento de la condición de hijo natural, que viene regulada en el artículo 137 del Código civil, en su anterior redacción, ha sido ejercitada por la parte demandante, después del fallecimiento de su presunto padre, cuando, a la sazón, la accionante había superado cumplidamente su mayoría de edad, aportando unos documentos autógrafos de aquel, que obraban en su poder, al acaecer el óbito de su pretendido padre, operándose, en todo caso, la caducidad de la acción, dado que su ejercicio había superado considerablemente los seis meses, contados desde la fecha de aparición de los

(23) Así opina DÍEZ DEL CORRAL, ADC, 1981, p. 1.116.

(24) Ponente: Magistrado señor GARCÍA MIGUEL.

(25) Ponente: Magistrado señor GÓMEZ DE LA BÁRCENA Y LÓPEZ.

Algunos hechos relevantes para la comprensión del caso son los siguientes: la actora y recurrente nació en 1923 y está inscrita en el Registro Civil como hija natural de madre viuda. El presunto padre falleció en 1972. En un primer testamento notarial dejó a la actora parte de su herencia, pero 20 días antes de morir otorgó nuevo y último testamento en el que ya no citaba para nada a la recurrente. Interpuesta acción para el reconocimiento de su filiación natural respecto del testador, tras su fallecimiento, fue desestimada por la sentencia del Juzgado de 3 de marzo de 1978 por entender caducada la acción a tenor del artículo 137 del Código civil. Contra ella se interpuso recurso de apelación, durante cuya tramitación se promulgó la Constitución, alegándose la inconstitucionalidad del artículo 137 del Código civil por contradecir el principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución. Igual argumentación se repite en casación, y posteriormente, en amparo, ante el Tribunal Constitucional.

documentos, a que se refiere el último párrafo del precitado artículo 137 del Código civil.

Contra la sentencia de la Audiencia, la recurrente alegó infracción de Ley por inaplicación del artículo 14 de la Constitución y por interpretación errónea del artículo 137 del Código civil (redacción anterior a la actual), al no haber tenido en cuenta la pauta interpretativa contenida en el artículo 53.3 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Supremo argumentó que el artículo 137 del Código civil no devino inconstitucional a causa del artículo 14 de la Constitución, porque *tal mandato tiene alcance de una declaración de principio que, a su vez, se matiza incluyéndolo dentro de los principios comprendidos en el art. (sic) 3.º del Tít. I de la Constitución, y concretamente en el art. 39.2, al que alcanza la prohibición de su alegación directa ante la jurisdicción ordinaria, prescrita en el artículo 53, núm. 3, de la Constitución*, pero, además, a la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución entre todos los españoles, y también, por tanto, entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, ha de llegarse obteniendo una declaración específica y previa de la relación paterno filial para que pueda de esta forma equipararse en el trato al hijo matrimonial con el no matrimonial. *La admonición contenida en el artículo 53.3 de la Constitución en cuanto a los principios contenidos en el capítulo 3.º del Título I, ha de conjugarse con lo establecido en el párrafo siguiente: «Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen»; y mientras no existan tales Leyes, no pueden ser aplicados aquellos principios, al menos de una manera directa, por los Tribunales.* En consecuencia, los artículos 14, 39 y 53 de la Constitución no impiden la aplicación correcta del 137 del Código civil, al estimar acertadamente la caducidad de la acción esgrimida, precepto que era el aplicable al tiempo de dictarse la resolución recurrida y que ha sido interpretado correctamente con un criterio que, a mayor abundamiento, resulta confirmado por la disposición transitoria 7.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981.

Doctrina.—De estas cuatro primeras resoluciones del Tribunal Supremo referidas a la filiación, una vez promulgada la Constitución, se deduce, sin lugar a dudas, que el Alto Tribunal considera que deben entenderse vigentes los textos legales no acordes con la Constitución mientras no sean modificados por el legislador ordinario. Entiende que esto es así, como hemos visto, porque, en su opinión, la prohibición de discriminaciones por razón de nacimiento (art. 14) sólo tiene el alcance de una declaración de principios que, al estar matizada por el artículo 39.2, colocado en el capítulo III, no puede ser alegada directamente ante la jurisdicción ordinaria por prohibirlo el párrafo 3.º del artículo 53. El artículo 39.2 es sólo una norma programática sin desarrollar que no puede ser tomada en consideración por los Tribunales para, adelantándose al legislador competente, proceder, indirectamente, al desarrollo modificativo de una norma que la contradiga.

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (26), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por 56 Senadores contra diversos preceptos de la Legislación de Régimen Local, nos interesa destacar, a nuestros fines, los siguientes razonamientos:

Respecto de las Leyes preconstitucionales, la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación (disposición derogatoria 3.^a) (27).

Los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico (art. 1.4 del Código civil), *que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero allí donde sea irreductible la oposición entre aquéllos y las Leyes anteriores, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma.* El hecho de que el artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos, entre otros, en su artículo 14 —referido al principio de igualdad—, es una específica confirmación del valor aplicativo y no meramente programático de los principios generales plasmados en la Constitución.

El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es una competencia propia del Tribunal Constitucional y sólo excepcionalmente, en cuanto a las preconstitucionales, corresponde también a los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, los cuales, al inaplicar tales Leyes, no enjuician la labor del legislador, sino que aplican la Constitución.

Se trata, por tanto, de una sentencia que defiende la doctrina de la eficacia directa de la Constitución y que contrasta, lógicamente, con la tesis antes expuesta del Tribunal Supremo.

Sentencia de 1 de junio de 1981 (28).—Resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por un Juez de Primera Instancia de Barcelona. Se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 252, párrafos 2.º y 3.º, de la Compilación catalana, de 21 de junio de 1960, en relación con el artículo 39.2 de la Constitución. Dicho precepto esta-

(26) Ponente: Magistrado señor GÓMEZ FERRER.

(27) La diferencia entre inconstitucionalidad sobrevenida y derogación provocó un voto particular del Magistrado señor RUBIO LORENTE. La sentencia de 8 de abril de 1981, de la que fue Ponente el Magistrado señor Díez PICAZO, recogió el parecer unánime del Pleno del Tribunal Constitucional y pacificó las disputas existentes.

(28) Ponente: Magistrado señor RUBIO LORENTE. Véase GARCÍA CANTERO: *La filiación extramatrimonial ante el Tribunal Constitucional*, en «De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» (Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1985), pp. 595-614.

blecía (29) la incapacidad sucesoria relativa total de la persona culpable de trato sacrílego, adulterino o incestuoso con el causante, y de los hijos nacidos de tales uniones, así como de los padres en la sucesión de estos hijos.

El Tribunal, que *considera el artículo 39.2 como concreción del principio del artículo 14, y, por ello, de aplicación inmediata*, no se pronuncia sobre la cuestión planteada, porque la derogación total o parcial de la norma cuestionada se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a su fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte del causante (26 de agosto de 1975) de la herencia objeto del proceso civil (art. 657 del Código civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios, y en la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de la capacidad sucesiva de los designados en el testamento, ese fallo no depende del pronunciamiento que el Tribunal Constitucional pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.

«Es claro —sigue diciendo el Tribunal Constitucional— que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia.»

«Cosa muy distinta es la interpretación que, una vez promulgada la Constitución, haya de hacerse de una norma que en razón de ser anterior a la Constitución puede ser inaplicada por el propio Juez si la considera contraria a ella, pero cuya validez en el momento de nacimiento de los derechos sucesorios de las partes no puede ser cuestionada, y cuyo sentido responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental. Esta interpretación corresponde, sin embargo, al Juez Civil y no a este Tribunal.»

Sentencia de 20 de diciembre de 1982 (30).—Contra la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982 se presentó recurso de amparo constitucional por infringir los artículos 14 y 39 de la Constitución, así como también, en cuanto a la óptica del asunto, el artículo 53.3, ya que aplica el artículo 137 del Código civil, que es un precepto absolutamente rechazable e inconstitucional. En tres ocasiones, por tanto (al apelar, al recurrir en casación y al plantear este recurso de amparo constitucional), ha suscitado la recurrente el problema del valor normativo inmediato del artículo 14 de la Constitución

(29) Modificado por la Ley 13/1984, de reforma de la Compilación catalana.

(30) Ponente: Magistrado señor TOMÁS Y VALIENTE. Véase el BJC núm. 21, pp. 62 y ss; «La Ley», 1983, 2, pp. 58-65, con el comentario de FERNANDO F. BOBADILLA.

y el de su posible efecto derogatorio respecto al artículo 137 del Código civil en su redacción anterior.

El Tribunal Constitucional, sin hacer alusión a la caducidad de la acción derivada del artículo 137 del Código civil, reafirma de un modo enérgico el carácter normativo de la Constitución:

«Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema, y no una declaración programática o principal. es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 [...]. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la Constitución, *no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata* (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) *de los artículos 14 a 38*, componentes del capítulo 2.º, Título I, pues el párrafo 1.º del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos» [...]. Entre los cuales se insertan, obviamente, los «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 de la Constitución), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14).»

Valor normativo inmediato del artículo 14, que —según el Tribunal Constitucional— ha sido ignorado o abiertamente negado tanto por la sentencia de la Audiencia como por la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el artículo 137 del Código civil, en su redacción anterior, que contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento, contrario a la igualdad en relación al régimen de las acciones de filiación entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o extramatrimonial. Tales sentencias contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente postconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas.

«Lo dicho hasta aquí no implica —concluye el Tribunal Constitucional— la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo [...], porque la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código civil genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interponer la acción. Este Tribunal Constitucional no puede ni debe formular ningún pronunciamiento sobre la filiación de la recurrente en amparo, pero sí debe colocarla en una situación procesal en la que sea tratada por los Tribunales con respeto a su derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, de modo que, anuladas las sentencias de apelación y casación, vuelvan a resolverse en estas vías, pero teniendo ahora en cuenta el valor normativo del artículo 14 de la Constitución, la derogación del artículo 137 del Código civil y la

interpretación expansiva del 118 del Código civil en el período posterior a la Constitución y anterior a la Ley 11/1981, sus recursos contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, válida en su día, pero no firme.»

Sentencia justa, si se quiere, por los resultados equitativos a que da lugar, pero contradictoria con la de 1 de junio de 1981, al no tener presente la caducidad de la acción de reconocimiento de hijo natural *ex* artículo 137 del Código civil, que se produjo, *ipso facto*, al tiempo de fallecer el presunto padre (4 de octubre de 1972), es decir, más de seis años antes de entrar en vigor la Constitución de 1978. La derogación por la Constitución del artículo 137 del Código civil se habría producido al entrar en vigor ésta, y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad.

La doctrina civilista critica esta sentencia ampliamente por entender que el Tribunal Constitucional da a la Constitución un efecto retroactivo que no tiene, con grave riesgo de la seguridad jurídica si tal criterio va a prevalecer y deben someterse a revisión particiones hereditarias ya consumadas (31).

Podría aducirse que al ser la sentencia que atribuye al hijo la condición de natural (no matrimonial) de fecha posterior al testamento, en rigor no puede afirmarse que exista preterición. Pero la Jurisprudencia (sentencia de 27 de febrero de 1909) ha resuelto estos problemas a favor de la existencia de preterición y la doctrina ha aplaudido la solución (32). No obstante, si tenemos en cuenta el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 1 de junio de 1981, hay que entender que los efectos producidos antes de la vigencia de la Constitución no deben resultar afectados retroactivamente por ésta.

Doctrina.—Al margen de la declaración de que también los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución participan de la fuerza derogatoria de la misma cuando su oposición con las Leyes anteriores sea irreductible, el Tribunal Constitucional considera al artículo 39.2 como una concreción del principio general de igualdad enunciado en el artículo 14 y, por ello, de aplicación inmediata. Pero los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se deriven de su contradicción con la Constitución sólo surgen, para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia. Por lo tanto, la validez de las normas preconstitucionales en el momento de nacimiento de los derechos de las partes, previo a la vigencia de la Constitución, no puede ser cuestionada.

(31) Véase GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. V, 2, p. 61; DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, pp. 27 y ss. BOBADILLA, en su comentario («La Ley», 1983, p. 63), dice que esta resolución «abre las puertas de par en par a un sinfín de litigios, con las funestas consecuencias que implica remover pretéritas relaciones familiares y patrimoniales, definitivamente consolidadas por la común opinión y por la Ley».

(32) Véase Díez PÍCAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, II, Tecnos, 1969, p. 531.

Dado que el derecho de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento, vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y entre ellos, obviamente, a Jueces y Magistrados, no pueden dictarse fallos, después de entrar en vigor la Constitución, contrarios al derecho de igualdad perpetuando en el presente postconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional.

La inconstitucionalidad sobrevenida de una norma produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interponerse la acción.

3. Nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 16 de febrero de 1984 (33).—En esta sentencia se produce un cambio de orientación en la doctrina del Tribunal Supremo. Se afirma en ella que *a partir de la vigencia de la Constitución y por así disponerlo su artículo 14, precepto de carácter normativo y no meramente programático o declarativo de principios, nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, entendiéndose, en consecuencia, derogadas las limitaciones que respecto a la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales se contenían en la regulación del Código civil anterior a la reforma de 1981*, por lo que, si en el caso de litis el Tribunal de Instancia examina el acta de nacimiento firmada por el presunto padre y por considerarla expresiva de su voluntad, le atribuye la paternidad del inscrito, hoy actor, no comete violación alguna de la normativa aplicable al caso (34).

Sentencia (Sala Segunda) de 4 de abril de 1984 (35).—Juzgando sobre un posible delito de falsedad de documento público, al haberse reconocido en testamento abierto notarial otorgado el 14 de octubre de 1980 a una hija como de padre viudo, estando en realidad casado, considera el Tribunal Supremo que como el documento público re-

(33) Ponente: Magistrado señor PÉREZ GIMENO.

En el caso objeto de la sentencia, la inscripción en el Registro Civil del actor había sido extendida en virtud de declaración de un hermano del que aparece inscrito como padre, dando a conocer, también, los datos de la madre. Dicha acta de nacimiento fue posteriormnete suscrita por los presuntos padres (que ya figuraban en el acta). El actor solicita la nulidad del testamento de su presunto padre, que, preteriéndole, había nombrado heredero universal a una tercera persona. La parte demandada discute la condición de hijo del causante que alega el actor.

(34) El Tribunal Supremo no considera, pues, relevantes las posibles infracciones que, conforme a las normas preconstitucionales, pudieran haber existido: violación del principio de unidad de acto de la inscripción (art. 30 LRC), o violación de la prohibición contenida en el artículo 132 del Código civil entonces vigente, o bien, en su caso, violación del artículo 49 de la LRC por no haberse hecho constar al margen de la inscripción la declaración de reconocimiento firmada por los que la realizaron.

(35) Ponente: Magistrado señor MOYNA MÉNGUEZ.

dargüido de falsedad se inscribe temporalmente después de la vigencia de la Constitución de 1978 y antes de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, si se entendiera que el texto constitucional era en este punto —principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación— de aplicación directa e inmediata sin necesidad de legislador ordinario, la tipicidad penal de los hechos sería insostenible porque la inveracidad cometida en la narración del documento notarial no podría ser calificada de esencial (36); pero si se patrocinara el criterio de no ser vinculante aquella norma constitucional hasta su desarrollo legislativo, entonces no habría otra solución para llegar a la conclusión propuesta que acudir al principio de retroactividad de las Leyes favorables (art. 9.3 de la Constitución; disp. trans. 5.ª Ley de 13 de mayo de 1981; art. 24 del Código penal); retroactividad avalada además por razones de justicia material, pues no sería justo mantener una condena sobre la base de unas concepciones jurídicas —la discriminación entre los hijos extramatrimoniales— no profesadas por el Legislador y repudiadas por la conciencia social del momento.

Sentencia de 10 de febrero de 1986 (37).—El 31 de enero de 1979 tiene lugar el fallecimiento del causante, bajo testamento abierto, otorgado el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a sus tres hijos legítimos habidos de su primer matrimonio, los hoy recurridos, sin hacer referencia alguna a un hijo ilegítimo no natural, hoy recurrente. Solicitada por éste último la nulidad del testamento, la sentencia del Juzgado estimó la demanda declarando la preterición del actor, sentencia que fue revocada por la dictada en apelación.

La sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, partiendo del supuesto de que el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación (art. 39.2), sólo puede tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior, argumenta que, si la apertura de la sucesión se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 del Código civil), si la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, ordena en su disposición transitoria octava que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», es claro, concluye, que en el presente caso la apertura de la sucesión se produjo cuando no regía la Ley 11/1981, y, por tanto, cuando el hijo ilegítimo no natural sólo tenía derecho a alimentos, no pudiendo hablarse en ningún caso de preterición, conclusión que lleva aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

(36) Dice la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en otro considerando, que la declaración de haber procreado a la hija en estado de viudez no pasaría de ser una mendacidad sin trascendencia penal, en cuanto inocua para alterar o afectar a la relación jurídica de filiación, con sujeción al brocardo *falsitas non punitur quae non erat apta nocere*, que se ha traducido, en la doctrina jurisprudencial penal, en la exigencia, común a todas las modalidades de falsedad, de que la conducta manifieste la existencia de una mutación «esencial» de la verdad.

(37) Ponente: Magistrado señor PÉREZ GIMENO.

En casación se denuncia la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, en conexión con la disposición derogatoria tercera y repetidas sentencias del Tribunal Constitucional.

Para el adecuado examen y decisión de este recurso, el Tribunal Supremo considera necesario sentar las siguientes premisas básicas: «Primero: *La Constitución, como norma suprema del Ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos desde el momento de su entrada en vigor (art. 9), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52, aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen (art. 53.3), sin embargo, los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53.1).* Segundo: Consecuentemente, *el principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de la Constitución rige desde la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria tercera de dicha Norma fundamental, que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida.*»

En aplicación de tales premisas, afirma el Tribunal Supremo que, como la apertura de la sucesión se produjo vigente ya la Constitución, cuando los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial habían quedado sin efecto, es manifiesto que no pueden negarse al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes. En consecuencia, el actor recurrente, al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución, resultó preterido... Por todo lo expuesto, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada por el Juzgado.

Doctrina.—La doctrina del Tribunal Supremo, claramente expresada en la sentencia que acabamos de reseñar, es ya plenamente coincidente con la del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución. No podía ser de otra manera. En aplicación de esta doctrina, las normas de las Leyes civiles referentes, directa o indirectamente, a la filiación, y que contradigan frontalmente el principio de no discriminación por razón de nacimiento, deben considerarse, desde la vigencia de la Constitución, derogadas. Cualquier sentencia o resolución que las aplicase sería recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional (38).

(38) En este sentido se manifiesta DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, p. 28.

Pero, según entiende la mejor doctrina, la exclusión de toda discriminación que contradiga frontalmente el principio de igualdad de los hijos ante la Ley no implica la prohibición de cualquier diferenciación entre los hijos dentro del Derecho de familia. Sólo deben entenderse derogadas las discriminaciones que carecen de una justificación objetiva (39).

La adaptación completa, por otra parte, del Derecho de familia español a las exigencias constitucionales no concluirá hasta que se reformen todas las Leyes civiles que aluden, directa o indirectamente, a la filiación. Mientras las reformas son elaboradas y aprobadas se plantea el difícil problema de cómo llenar el vacío dejado por la derogación de las normas objetivamente discriminatorias.

En algún caso bastará con entender directamente suprimida la prohibición contraria a los principios de la Constitución (por ejemplo, la prohibición de investigar la paternidad), pero, en general, como apunta el Tribunal Constitucional en la sentencia de 20 de diciembre de 1982, los Jueces y Tribunales se verán obligados a realizar una interpretación extensiva de normas, en un principio, sólo previstas para la filiación legítima.

«Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.7 del Código civil), en el que ocupa el primer lugar la Constitución.

Se trata, de todas maneras, de una situación interina llamada a ser remediada por las disposiciones transitorias de las Leyes de reforma y, en su defecto, por los principios generales de Derecho transitorio aplicables al caso. Pero, evidentemente, las reglas de Derecho transitorio nunca podrán impedir la aplicación directa del principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, una vez vigente el texto constitucional, en otro caso quedarían abiertas las puertas al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a los Derechos forales y hasta el momento de su adaptación constitucional, es importante la reforma de la filiación en el Código civil operada por la Ley 11/1981. En primer lugar, porque en la nueva Ley se manifiestan principios generales de todo el Ordenamiento español, con el significado interpretativo o integrador que

(39) DE LA CÁMARA, *loc. cit.*, habla de normas «que contradigan frontalmente el principio de no discriminación por razón de nacimiento»; PEÑA: *De la paternidad y filiación*, p. 791, se refiere a las «discriminaciones sin justificación objetiva». Dice este autor que «la derogación de las normas diferenciadoras no exentas de justificación objetiva —como puede ser la protección de la familia, que es también otro de los principios constitucionales—, podría significar la creación de una inmensa incertidumbre, y con ella la violación de otro principio constitucional, el de seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución)». Deben, pues, mantenerse, como de hecho ha mantenido la Ley de 13 de mayo de 1981, las diferencias, por ejemplo, en el régimen de las acciones según que la filiación sea matrimonial o no matrimonial, fundadas en la mayor certeza que, en general, el matrimonio da a la filiación. En otro caso, habría que considerar inconstitucionales todas las diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales que contiene la Ley de reforma del Código civil citada.

ellos tienen respecto de cualquiera de los preceptos, aunque sean especiales o forales. En segundo lugar, porque una vez agotado el sistema de fuentes propio de cada Compilación civil hay que acudir para llenar los vacíos normativos al Derecho supletorio, es decir, al Código civil vigente (40).

IV. EL DERECHO TRANSITORIO DE LA FILIACION EN LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, deroga el régimen anterior de la filiación en el Código civil y lo sustituye por otro acorde con los imperativos constitucionales y con la realidad social de nuestro tiempo. La línea divisoria entre la eficacia de la Ley antigua y la nueva viene, en principio, determinada por las disposiciones transitorias de la nueva Ley. A continuación nos ocupamos de su análisis, pero tal vez sea conveniente traer a colación algunas cuestiones previas.

1. Cuestiones previas

La presunción de irretroactividad de las Leyes.—¿Han de aplicarse las nuevas Leyes solamente a las situaciones jurídicas que tengan su origen en hechos acaecidos a partir de su entrada en vigor, o pueden también proyectarse sobre situaciones jurídicas nacidas de hechos anteriores?

Conforme al artículo 2.3 del Código civil, «las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Pero para que una Ley tenga efectos retroactivos no es imprescindible, como pudiera parecer, que contenga una disposición expresa y tajante que confiera tal carácter a la misma para todo caso y circunstancias. Naturalmente, la nueva Ley puede determinar el ámbito temporal de su aplicación y, por tanto, atribuirse efecto retroactivo; pero el artículo 2.3 del Código civil está pensado para el intérprete y no para el legislador. Como dice el Tribunal Supremo (sentencia de 12 de julio de 1985), «el tema de la retroactividad es cuestión que sitúa al exégeta ante esta problemática: a) La irretroactividad se supone, evidentemente; en consecuencia, dicho principio vincula al intérprete de tal forma que caso de silencio o duda se presume que la norma en cuestión carece de efectos retroactivos. b) Mas, por otra parte, no puede ponerse en duda que el Derecho positivo, y más concretamente su verbo, la Ley, viene dictada con una clara proyección hacia quien ha de interpretarla, y, consiguientemente, pensando en el juzgador que ha de efectuar su exégesis para aplicarla adecuadamente, por ser él quien en los casos sometidos a su enjuiciamiento ha de investigar el sentido de su alcance temporal, acudiendo para ello, si es preciso, tanto a la inter-

(40) Véase, en relación a los Derechos especiales y forales, PEÑA: *De la paternidad y filiación*, pp. 789 y ss.

pretación lógica como a la sistemática y finalista, e incluso, si fuera preciso, a la histórica y sociológica (art. 1 del Código civil)».

En definitiva, la posibilidad de que la Ley tenga efecto retroactivo puede resultar no tanto o no sólo de una disposición expresa, sino, asimismo, de una disposición tácita de la nueva norma inducida de su significado específico en relación con los intereses que trata de proteger, aunque el respeto a la seguridad jurídica aconseje siempre no acentuar el efecto retroactivo.

En el análisis del problema de la retroactividad de las Leyes es preciso considerar el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza a todos los ciudadanos, entre otras cosas, «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica». La mayor parte de los artículos del Código civil modificados por la Ley de 13 de mayo de 1981 son disposiciones favorables que amplían notablemente los derechos individuales de los hijos no matrimoniales (41), lo que sitúa a la referida Ley fuera del marco de irretroactividad que el precepto constitucional declara.

Tipos de retroactividad.—Como dice De Castro (42), aunque una Ley disponga, expresa o tácitamente, la aplicación retroactiva, no por ello se excluye totalmente la aplicación del principio favorable a la irretroactividad, porque seguirá operando como presunción favorable a la restricción de la eficacia retroactiva de las Leyes. En íntima relación con este amplio significado del artículo 2.3 del Código civil, tiene interés la distinción de los tres tipos de retroactividad que generalmente se señalan.

1. Retroactividad en grado máximo.—La nueva Ley se aplica a la misma relación jurídica básica y a sus efectos, sin tener en cuenta, para nada o sólo de modo secundario, que aquélla fuera creada a éstos ejecutados bajo el imperio de la Ley anterior.

2. Retroactividad de grado medio.—La nueva Ley se aplica a efectos nacidos ya durante la vigencia de la Ley derogada, pero sólo en cuanto hayan de ejecutarse después de la vigencia de la nueva Ley.

3. Retroactividad de grado mínimo o atenuada.—La nueva Ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de estar vigente la nueva Ley, sustituyendo desde entonces la nueva regulación a la antigua.

Efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación.—Conforme al nuevo artículo 112 del Código civil, la determinación legal de la filiación «tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere

(41) Lo que no quiere decir que no existan artículos modificados por dicha Ley que no deban recibir una aplicación retroactiva. Por ejemplo, el nuevo artículo 111 del Código civil.

(42) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Parte General, I, cit., pp. 723-724.

lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada». Ello quiere decir que la retroactividad, en general, de la filiación hay que conjugarla con la naturaleza de los efectos que de ella se derivan, y esta declaración, impuesta por exigencias de la realidad, vale tanto para la retroactividad referida a la determinación respecto del nacimiento como a la retroactividad de la Ley misma.

Según el criterio seguido por el legislador de 1981 y reflejado en el artículo 112 del Código civil, el carácter retroactivo o irretroactivo de la determinación de la filiación debe decidirse en atención a la naturaleza misma de cada uno de los efectos que se siguen de la filiación como estado civil. Unos efectos pueden retrotraerse y otros no (43).

La indicación de que la filiación *no surtirá efectos retroactivos cuando la Ley así lo disponga* parece que no puede entenderse sino en relación con lo establecido en las disposiciones transitorias de la Ley de 13 de mayo de 1981, que luego analizaremos. En cuanto a la naturaleza de los efectos que de la filiación se siguen hay que decir, en resumen, que el derecho a los apellidos (art. 109 del Código civil) carece de efectos retroactivos, y lo mismo sucede con la patria potestad y el derecho a los alimentos (44). En cambio, la naturaleza de los derechos sucesorios no se opone a que, determinada la filiación después de fallecido el causante o de abierta la sucesión, el hijo haga efectivos los derechos hereditarios que la Ley le atribuye en atención a su estado civil.

2. Disposiciones transitorias

De las 11 disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ocho van dirigidas, directa o indirectamente, a la filiación. El denominador común de la mayor parte de ellas, y la filosofía jurídica que las preside, es dar preferencia a la legislación nueva en cuanto es, o puede ser, más favorable para el hijo, o a veces para la propia filiación en su nueva concepción (45). Las disposiciones transitorias 1.^a, 5.^a y 6.^a mantienen el principio de retroactividad plena; las disposiciones transitorias 7.^a y 8.^a, por el con-

(43) Otras posibles soluciones hubieran sido: 1) Otorgar a la determinación de la filiación carácter simplemente declarativo, lo que equivaldría a proclamar que los efectos de aquella han de retrotraerse a la fecha del nacimiento; 2) Estimar que la determinación de la filiación tiene carácter constitutivo en el sentido de que la relación jurídica paterno-filial sólo nace cuando la filiación se determina legalmente.

Véase, sobre este tema, el *Comentario* al artículo 112 del Código civil de DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

(44) A salvo, en relación con los alimentos, las reclamaciones que procedan conforme al artículo 1.894 del Código civil.

(45) Así lo entiende RIVERO HERNÁNDEZ: *La filiación*, en «El nuevo régimen de la familia», II, *cit.*, p. 88.

trario, no prevén efectos retroactivos; finalmente, las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a y 4.^a, con una retroactividad limitada, aplican la nueva normativa como más beneficiosa.

Siguiendo a De la Cámara (46), dividiremos estas disposiciones en dos grandes grupos: la disposición transitoria primera, que tiene carácter general, y las siete restantes, que se proyectan sobre temas concretos. A su vez, las disposiciones segunda a séptima son susceptibles de una posterior subdivisión, pues mientras unas tratan de la determinación o impugnación de la filiación, otras se refieren a sus efectos.

A) *Disposición transitoria primera*

Dice esta disposición que «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella, con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada».

En la sentencia de *28 de febrero de 1984*, el Tribunal Supremo aplica la disposición transitoria 1.^a, en relación con la disposición transitoria 9.^a, para resolver un caso sobre patria potestad (47); en la sentencia de *29 de mayo de 1984*, poniendo en relación la disposición transitoria 1.^a y la 7.^a, aplica el derecho derogado a una acción de reclamación de filiación legítima (48). En ambas sentencias se alude a la disposición transitoria 1.^a como expresión de un principio general modalizado por las restantes disposiciones.

La sentencia de *12 de julio de 1985* (49) dice que, «según la mejor

(46) DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, cit., p. 965.

(47) Ponente: Magistrado señor PÉREZ GIMENO.

El actor solicita se declare que es él la única persona a quien corresponde ostentar la patria potestad sobre su hijo natural reconocido, en función del artículo 154 del Código civil derogado (los hijos naturales reconocidos, menores de edad, estaban sometidos a la sola potestad de uno de los padres). Conforme a las disposiciones transitorias 1.^a y 9.^a, el Tribunal Supremo aplica el artículo 154 en su nueva redacción, que atribuye la patria potestad conjuntamente a ambos progenitores, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, norma de derecho necesario o «ius cogens», que hace inviable cualquier pretensión dirigida a que se declare la potestad sobre el hijo de uno de los progenitores, con exclusión del otro, amparada en una legislación derogada al tiempo de dictar sentencia.

(48) Magistrado señor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Reconocido que el actor no es hijo natural sino legítimo, y habiendo fallecido su padre y causante antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, el Tribunal Supremo, en aplicación de las disposiciones transitorias 1.^a y 7.^a, entiende que la acción para reclamar su legitimidad compete al actor, por corresponderle durante toda su vida según el artículo 118 del Código civil, en su redacción anterior a la vigencia de la expresada Ley de 13 de mayo de 1981.

(49) Ponente: Magistrado señor FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.

Un hijo adulterino por parte de madre había sido reconocido sólo por el padre biológico. Fallecido éste y constituida la oportuna tutela sobre el menor, pretende la madre que se declare su maternidad y se le conceda la patria potestad sobre el menor, debiendo extinguirse, en consecuencia, la tutela. El Juzgado, en sentencia de 11

doctrina científica española, la disposición transitoria 1.^a lo que hace en realidad es sancionar una retroactividad de grado máximo». Sin embargo, para la sentencia de 14 de octubre de 1985 (50) «el principio general formulado en la disposición transitoria 1.^a, que por lo demás tampoco precisa su grado de retroactividad, habrá de ser acomodado a lo que establecen las siguientes». El tema del grado de retroactividad de esta disposición no es, pues, pacífico.

Tampoco en la doctrina hay unanimidad. Para Peña (51), la Ley de Reforma del Código civil, aunque acepta con radicalismo el principio constitucional de igualdad entre los hijos no lleva ese radicalismo a entender que el nuevo régimen opere, incluso con efectos retroactivos, ni siquiera a partir del día en que entró en vigor la Constitución. Así, según la disposición transitoria 1.^a, la nueva Ley es aplicable a los efectos que la filiación haya de producir *a partir de la entrada en vigor de tal nueva Ley*. La legislación anterior será la contenida en el Código civil, salvo aquellas de sus normas que impliquen diferencias por razón de la filiación carentes de justificación objetiva.

Según De la Cámara (52), sin embargo, se trata de una disposición de orden general que proclama la retroactividad de la nueva Ley, la cual se aplica no sólo a los hijos que nazcan después de su vigencia, sino también a los que hubiesen nacido antes, y esto tanto si la filiación de los segundos se determinó cuando la nueva legislación no había entrado en vigor como si se determinó posteriormente. De este modo, toda relación jurídica de filiación, con independencia del momento en que se haya producido su determinación, producirá los efectos que la Ley establece según el principio de igualdad de filiaciones, de suerte que también los hijos no matrimoniales (y recíprocamente, sus progenitores o parientes) tendrán los mismos derechos y obligaciones que los matrimoniales, sin más limitaciones que las resultantes, muy excepcionalmente, de algunos preceptos.

Este principio general favorable a la retroactividad de grado máximo estaría excepcionado —según el autor citado— por algunas de las disposiciones transitorias siguientes. Por otra parte, entiende que el inciso «a partir de la entrada en vigor de la presente Ley», referido a los efectos, parece que sólo quiere enunciar la verdad elemental de que cualquier Ley, por muy retroactiva que quiera ser, sólo puede aplicarse desde que se promulga.

de noviembre de 1980, declaró a la actora madre del menor, pero declaró, igualmente, no haber lugar a las demás pretensiones de la demandante. Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo, que se pronuncian después de haberse promulgado la Ley de 13 de mayo de 1981, aplican el nuevo Derecho y declaran que a la recurrente corresponde como madre la patria potestad del menor y que ha de extinguirse la tutela.

Los preceptos del Código civil modificados por la Ley citada de 1981 y aplicables a este caso son —dice el Tribunal Supremo— favorables al menor al ampliar los derechos dentro del ámbito de su familia, lo que sitúa a la referida Ley, en lo que a esto hace, fuera del marco de la irretroactividad que el artículo 9.3 de la Constitución declara.

(50) Ponente: Magistrado señor CASTRO GARCÍA.

Véase, al tratar de la disposición transitoria 4.^a, la reseña de esta sentencia.

(51) PEÑA: *De la paternidad y filiación*, p. 792.

(52) DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, cit., pp. 966-967.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo en considerar a la disposición transitoria 1.^a como expresión de un principio general del Derecho transitorio aplicable a la filiación que viene matizado, o excepcionado, por algunas de las siguientes disposiciones transitorias. Pero, sin embargo, falta el consenso sobre el grado de retroactividad deducible de esta disposición.

En realidad, creemos que a partir de una interpretación gramatical de esta disposición, se puede llegar a la conclusión de que existen en ella dos grados distintos de retroactividad, según nos refiramos a los efectos de la filiación o a la filiación en sí. El verbo transitivo «se regirán» está en plural, y sujetos del mismo no pueden ser otros, evidentemente, que «la filiación de las personas», por un lado, y «los efectos que haya de producir» (la filiación), por otro. Tanto la filiación en sí como los efectos futuros de la misma se regirán por la nueva Ley, «con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada». De modo que, respecto de los efectos de la filiación, la retroactividad es de grado mínimo o atenuada porque la nueva Ley se aplica a los efectos de una relación biológica y/o jurídica de filiación creada durante la vigencia de la legislación anterior, pero sólo a los que se produzcan después de la entrada en vigor de la nueva Ley. En particular, las antiguas filiaciones ilegítimas, naturales o no naturales, producirán desde la vigencia de la Ley del 81 los mismos derechos sucesorios y de alimentos que producía, y produce, la filiación matrimonial. Los hijos ilegítimos no naturales tendrán derecho a estar bajo la patria potestad de sus progenitores y a llevar sus apellidos (con arreglo a lo dispuesto en la Ley).

Creemos, no obstante, que el grado de retroactividad en relación con los efectos de la filiación puede ser, en ocasiones de tipo medio. Así ocurrirá cuando el derecho a alimentos legales entre parientes de un hijo ilegítimo no natural hubiese nacido ya durante la vigencia de la Ley derogada; las pensiones que deban pagarse después de la vigencia de la nueva Ley tendrán en cuenta el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe y no únicamente, como ocurría en el Derecho derogado, los auxilios necesarios para la subsistencia del alimentista.

Ahora bien, los efectos de una relación de filiación ya ejecutados bajo el imperio de la Ley anterior no pueden ser modificados por la nueva. Las sucesiones abiertas, los alimentos percibidos, etcétera, conforme al viejo Derecho, no pueden revisarse a la luz de la nueva regulación de la filiación y sus efectos. No existe en este punto retroactividad de grado máximo. Solución ratificada por las disposiciones transitorias 8.^a y 9.^a, que regulan una retroactividad de grado mínimo para los derechos sucesorios y para la patria potestad.

Volvamos al otro sujeto de la oración gramatical: «La filiación de las personas». Si prescindimos de los efectos, puede leerse la disposición transitoria 1.^a de la siguiente forma: «La filiación de las personas se regirá por la presente Ley con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmen-

te determinada.» Aquí no hay ningún tipo de atenuación o limitación de la retroactividad: la nueva normativa se aplica a toda relación biológica sin determinar legalmente nacida con anterioridad a su vigencia y a todas filiaciones legalmente determinadas conforme al Derecho derogado. Los hijos que durante toda su vida han sido considerados legal y socialmente, incluso por sentencia firme, hijos de segunda categoría (hijos ilegítimos en general) tienen derecho a ser tratados desde siempre como hijos sin más, si bien nacidos fuera de matrimonio, aunque no puedan remover los efectos ya producidos. Las discriminaciones sufridas en el pasado no pueden —y en ocasiones no deben, salvo grave riesgo para la seguridad jurídica— tener remedios aplicables retroactivamente. Pero en la actualidad sólo existen dos tipos de filiación por naturaleza: la filiación matrimonial y la no matrimonial, y esta tipología de las clases de filiación sí que es retroactiva en grado máximo, pudiendo exigirse la modificación de los asientos del Código civil que hablen de hijos ilegítimos.

Esta retroactividad de grado máximo para todo el Derecho de filiación distinto de los efectos propiamente dichos, debería extenderse, en consecuencia, también, a la determinación e impugnación de la filiación; las acciones de reclamación y de impugnación de una relación jurídica de filiación, creada al amparo de la regulación anterior o prohibida por ésta, previstas en la nueva Ley, serían aplicables, retroactivamente y durante los nuevos plazos de caducidad, para modificar relaciones de filiación firmes o inamovibles según el viejo Derecho. Sin embargo, esto no es así porque, como veremos, la disposición transitoria 7.^a dice, al respecto, algo muy distinto.

Confirman la existencia de retroactividad en grado máximo las disposiciones 5.^a y 6.^a para supuestos muy específicos.

Esta interpretación de la disposición transitoria 1.^a, al considerar que los nuevos efectos de la filiación sólo tienen una retroactividad atenuada, deja sin resolver los problemas de interpretación del Derecho de filiación aplicable tras la incidencia directa en el tema de la Constitución de 1978. Estimamos que el legislador ordinario debió haber retrotraído los efectos derivados de la filiación al momento de entrar en vigor la Constitución. No obstante, y pese a no haber sucedido así, hay que considerar que la legislación anterior a la Ley 11/1981 era la contenida en el Código civil una vez eliminadas aquellas de sus normas discriminatorias por motivos de filiación carentes de justificación objetiva. Esa difícil labor judicial de determinar qué normas del Código civil son inconstitucionales y cuáles no, y, en su caso, cómo se llenan las lagunas producidas por la inconstitucionalidad sobrevenida, se pueden solucionar de raíz tomando como ejemplo a imitar el desarrollo constitucional llevado a efecto en la Ley citada.

B) *Disposiciones transitorias relativas a la determinación e impugnación de la filiación*

Las disposiciones tercera, cuarta, sexta y séptima se refieren a las acciones de filiación, mientras la quinta se refiere a la determinación

extrajudicial de la filiación. Parece conveniente estudiar primero ésta y después las demás no sólo porque inciden sobre temas distintos, sino porque la quinta puede ser interpretada aisladamente, mientras que las otras están, en alguna medida, relacionadas entre sí.

Disposición transitoria quinta.—«El reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior, tuviere la condición de ilegítimo no natural, determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente Ley, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta exige».

No existe todavía jurisprudencia sobre esta disposición. En la doctrina, De la Cámara (53) pone de manifiesto la, a su juicio, inconstitucional distinción entre el reconocimiento de hijos naturales y el reconocimiento de hijos ilegítimos no naturales. Apunta dos posibles soluciones al inciso «siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta [la nueva Ley] exige». Una, quizá la más conforme con el tenor literal de la disposición, que al entrar en vigor la Ley esos requisitos se hayan cumplido efectivamente. Otra, más flexible y racional, que el cumplimiento de los requisitos se remita al momento en que se pretenda hacer valer el reconocimiento o al tiempo de solicitar su inscripción (54).

Disposiciones transitorias relativas a las acciones de filiación

Ha de tratarse de un hijo nacido antes de la nueva Ley sin que se haya ejercitado, durante la vigencia del Derecho anterior, la acción que proceda.

El precepto clave es la *disposición transitoria 7.^a*: «Las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley.»

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de 8 de abril de 1982 utiliza la disposición transitoria 7.^a como criterio, a mayor abundamiento, para negar la aplicación directa de la Constitución. La sentencia de 29 de mayo de 1984, en relación con una acción de reclamación de legitimidad de la filiación, fallecido el presente padre antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, aplica el Derecho derogado. La sentencia de 19 de noviembre de 1985 cita la disposición transitoria 7.^a a los fines de señalar la legislación

(53) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 970-974.

(54) Por la segunda interpretación parece inclinarse también la declaración número 6 de la Circular de 2 de junio de 1981 de la DGRN, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación: «La inscripción de los reconocimientos de una filiación no matrimonial exige especialmente que se den los requisitos establecidos por los artículos 123 y 124 del Código civil, y no aparezcan obstáculos derivados del artículo 113.2 del Código civil. Cumplidas estas condiciones, no importará que el reconocimiento no fuera inscribible según la legislación anterior bajo la cual se otorgó.»

aplicable, en un asunto sobre determinación legal de la filiación no matrimonial de una menor cuyo presunto padre había fallecido en 1982. En consecuencia, aplica el nuevo Derecho.

Estamos aquí en presencia de una Ley posterior a la Constitución, que imperativamente remite a la aplicación de otra Ley, anterior a ella, que, en opinión del Tribunal Constitucional, lesiona derechos fundamentales públicos (55). Hay que entender, en buena lógica, que la legislación anterior a que remite la Ley de 1981 es la contenida en el Código civil, salvo aquellas de sus normas que por contener discriminaciones frontalmente contrarias al principio de igualdad entre los hijos fueron derogadas directamente por la Constitución. En caso contrario, siempre quedará el recurso de amparo constitucional.

Con esta solución aportada por la disposición transitoria 7.^a quedan sin solucionar los problemas de cómo resolver, en el período intermedio entre la Constitución y la Ley del 81, los vacíos normativos creados en el Código civil por la incidencia directa de la Constitución.

Por lo demás, la regla resultante de la disposición transitoria 7.^a, clara en principio, está sujeta a importantes matizaciones que de algún modo la oscurecen. Complican la cuestión la disposición transitoria 3.^a, y también, en alguna medida, la disposición 6.^a.

Dice la *disposición transitoria 3.^a*: «Las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieran mayor plazo.»

Esta disposición, por ser más especial que la 7.^a, debe aplicarse con preferencia de modo que si el plazo de caducidad fuere mayor que el señalado en la legislación anterior, la acción no caduca mientras no se haya extinguido el plazo señalado por la nueva Ley.

No obstante, De la Cámara (56) apunta dos posibles interpretaciones: 1.^a) Si la acción no hubiese caducado al entrar en vigor la nueva Ley y hubiera podido ejercitarse todavía, su duración se prorrogaría automáticamente hasta que se extinga el mayor plazo. 2.^a) Aunque la caducidad se hubiese producido de acuerdo con la legislación anterior, podrá, no obstante, ejercitarse la acción si, de aplicar la legislación vigente, aún estuviere viva. Para este autor, la más correcta es, desde luego, la primera (57).

Al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de *14 de octubre de 1985* (58). Dice el Tribunal

(55) Véase, sobre este tema, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, 2.^a ed., pp. 77-79.

(56) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 977 y ss.

(57) La interpretación lata, de algún modo, está presente en la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, si bien el alto organismo no podía fundar en ella su fallo favorable al amparo. El Tribunal Constitucional da por supuesto que las acciones nacidas conforme a la legislación anterior pueden ejercitarse, aunque hubieren caducado, durante los plazos señalados por la nueva Ley si éstos tienen una mayor duración.

(58) En el caso de litis, un marido plantea en 1982 la acción de impugnación de su paternidad respecto a un hijo nacido de su esposa en 1971 e inscrito en el Registro Civil como habido de ambos cónyuges.

Supremo que «la prórroga prevista por la disposición transitoria 3.^a, que según voz autorizada sólo tendrá lugar si a la entrada en vigor de la nueva Ley la acción no había caducado conforme a la normativa derogada, prorrogándose automáticamente su duración hasta que finalice el mayor plazo, podría incluso ser interpretada en el sentido de que a pesar de la caducidad ya operada viene permitido el ejercicio de la acción, si aún estuviere viva, aplicando la legislación reformadora, pero en manera alguna puede sostenerse que [...] agotado con notable exceso el plazo fijado en la nueva Ley, la Ley innovadora conceda *ipso iure* un año más para la impugnación a contar desde su entrada en vigor».

Por lo tanto, ambas interpretaciones son, según el Tribunal Supremo, en principio viables.

Para interpretar la disposición transitoria 3.^a, sirve también la 4.^a. Dice esta disposición: «A salvo lo dispuesto en la disposición anterior, cuando el hijo hubiere nacido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley y en este momento no gozare en las relaciones familiares de la posesión de estado de hijo respecto del marido de la madre, éste podrá impugnar su paternidad dentro del primer año de vigencia de la nueva Ley.»

Explica la sentencia de 14 de octubre de 1985, anteriormente citada, que «el tenor literal de la disposición transitoria 4.^a es incuestionable en el sentido de que la posibilidad otorgada al marido de impugnar la paternidad dentro del primer año de vigencia de la nueva Ley se halla condicionada por la exigencia de que el hijo nacido antes de la reforma no goce de la posesión de estado en las relaciones familiares, esto es, no se le tenga por tal hijo en el círculo estrecho de los parientes y en los medios sociales, con lo que —según ha hecho notar la doctrina— se tiende a poner fin a la imputación de paternidad a maridos que por la rigidez de la legislación anterior no tuvieron posibilidad de desvirtuar la presunción en tal sentido a pesar de la *reputatio* de que no son padres de los hijos en cuestión. [...] La disposición transitoria 4.^a descansa sobre el presupuesto de que falta la posesión del *status filii*».

Critica De la Cámara (59) que sólo se haya concedido al marido esa posibilidad excepcional de impugnar su paternidad sin conceder igual derecho al hijo.

Aunque esta disposición tiene actualmente un interés puramente histórico, pues ya ha transcurrido más de un año desde que entró en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981, el inciso que abre la disposición sirve para interpretar la disposición transitoria 3.^a: si al tiempo de entrar en vigor la nueva Ley todavía no ha caducado el mayor plazo, en su caso concedido por la nueva legislación, la acción impugnatoria debió ejercitarse dentro del mismo. Excepcionalmente, la disposición transitoria 4.^a abre un nuevo plazo impugnatorio si la acción, en los

(59) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 982.

términos de la disposición transitoria 3.^a, hubiese ya caducado antes de la vigencia de la nueva Ley. De lo contrario, sobra la salvedad.

Nos queda por examinar la *disposición transitoria 6.^a*: «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación vigente.»

Esta disposición otorga a la nueva Ley, en este punto, retroactividad de grado máximo.

No hay todavía jurisprudencia. En la doctrina, De la Cámara (60) entiende que esta disposición es norma especial frente a la disposición 7.^a, por lo que cabe ejercitar de nuevo la acción aun en el caso de que hayan muerto el hijo o el progenitor cuestionado. Sin embargo, considera que la acción sólo podrá ejercitarse si no ha caducado conforme a lo dispuesto en la disposición 3.^a. «En resumen —dice—, el nuevo ejercicio de la acción sólo será posible si aquélla no ha caducado, y si el que la ejercita es persona legitimada según sea de aplicación la legislación antigua o la nueva conforme a la disposición transitoria séptima.»

Para Rivero, el precepto puede dar mucho juego, pero, por su drástico rigor y alcance, sólo se justifica en la mayor justicia de la Ley de Reforma frente a lo injusto de la antigua (61).

C) *Disposiciones transitorias relativas a los efectos de la filiación*

La *disposición transitoria 2.^a* dice: «Los hijos legitimados por concesión tendrán los mismos derechos sucesorios y de alimentos que los establecidos por esta Ley para los hijos cuya filiación no sea matrimonial.»

Tampoco existe jurisprudencia específica.

Al haber desaparecido en la nueva regulación la categoría de hijos legitimados, los hijos que antes de entrar en vigor la nueva Ley tuvieran esa concepción se equiparan a los no matrimoniales en la esfera de los alimentos y hereditaria. Esferas en las que ya no existen discriminaciones por razón de nacimiento de los hijos. No se hace referencia al derecho a llevar los apellidos del progenitor, pues este derecho ya lo ostentaban conforme al antiguo artículo 127 del Código civil.

Aunque la disposición nada dice de los derechos de los progenitores, demás ascendientes y colaterales, hay que entender que se trata de una omisión involuntaria que debe ser subsanada por el intérprete.

(60) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 983-984.

(61) RIVERO HERNÁNDEZ: *La filiación*, cit., p. 90. Para este autor, la disposición transitoria 6.^a no respeta la cosa juzgada. Cosa distinta parece sostener J. C. ESTEBAN GÓMEZ: *Remedios contra la eficacia de la sentencia de filiación anterior a la Ley 1/1981, de 13 de mayo*, en «La Ley», 1981-4, pp. 688-690.

Lo que en realidad quiere decir la disposición transitoria es que la antigua filiación legitimada surte los mismos efectos que la filiación no matrimonial (62).

Disposición transitoria 8.ª: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después, por la nueva legislación.»

En la jurisprudencia más reciente encontramos dos sentencias del Tribunal Supremo que tienen relación con esta disposición transitoria.

La sentencia de *13 de julio de 1985*, haciendo uso de la disposición transitoria 8.ª, juzga la preterición de la única descendiente del causante, una hija natural reconocida en testamento anterior, conforme al Derecho derogado (63).

Más interés tiene para nosotros la sentencia de *10 de febrero de 1986*. La Audiencia, al resolver el recurso de apelación, argumenta que en el presente caso, por haberse producido la apertura de la sucesión del causante el día de su fallecimiento, ocurrido el 31 de enero de 1979, cuando no regía la modificación introducida por la Ley 11/1981, y, por tanto, cuando el hijo habido fuera de matrimonio de quien estaba casado, tenía la cualidad de ilegítimo no natural, con derecho únicamente a alimentos, no puede hablarse en ningún supuesto de preterición, en cuanto el actor, como tal hijo ilegítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en su caudal relicto, conclusión que llevaba aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

Frente a dicha sentencia, el Tribunal Supremo, sin aludir siquiera a la disposición transitoria 8.ª, resuelve la cuestión aplicando directamente el artículo 14 de la Constitución en relación con la disposición derogatoria 3.ª, y considerando derogados desde el 29 de diciembre de 1978, todos los preceptos del Código civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio del padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada. En consecuencia, el

(62) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 985.

(63) Ponente: Magistrado señor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

En segundo testamento se ha declarado heredero universal al cónyuge supérstite con preterición del único descendiente, una hija natural reconocida en testamento anterior. Dice el Tribunal Supremo que si no cabe desconocer que según la disposición transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, es lo cierto que la problemática interpretativa que el artículo 814 del Código civil planteaba viene a reproducirse y reconducirse en la actualidad, por lo que, con base en el artículo 3.1 del Código civil, que ordena interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, puede tenerse en cuenta la distinción que el nuevo artículo 814 del Código civil hace entre «preterición intencionada» y «preterición no intencional».

Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y confirma la dictada por el Juzgado.

En esta sentencia vemos reflejadas las dos interpretaciones a que, con mayor probabilidad, puede dar lugar la transitoria 8.^a.

Por una parte, esta disposición parece declarar implícitamente que hay un período de tiempo (el comprendido entre la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981) en el que siguen aplicándose normas sucesorias, que pueden ser claramente discriminatorias de la filiación no matrimonial, en contraste con preceptos constitucionales. Así parece haberlo entendido la Audiencia.

La disposición transitoria 8.^a, por lo demás, se limita a repetir el criterio contenido en la disposición transitoria 12.^a del Código civil, del siguiente tenor: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior» (64). Criterio correcto, avalado por casi un siglo de experiencia, pero que plantea en la Reforma de 1981 el problema de interpretar cuál es la legislación anterior al haber incidido decisivamente sobre el Código civil los nuevos principios establecidos por la Constitución de 1978. Este problema de averiguación fáctica del Derecho vigente a la luz de la Constitución no hubiera existido si la disposición transitoria 8.^a hubiera establecido la retroactividad de la nueva Ley hasta el comienzo de la vigencia de la Constitución.

En realidad, una vez constatado el valor normativo en materia de filiación de la Constitución de 1978, el problema de concretar el Derecho vigente antes de la Ley 11/1981 es más un problema práctico que teórico. En teoría, el Derecho de la filiación anterior al 13 de mayo de 1981 está presidido por el principio constitucional de igualdad ante la Ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento, principio de aplicación inmediata que vincula a todos los poderes públicos y deroga directamente todas las normas preconstitucionales discriminatorias por razón del nacimiento. Cualquier sentencia o resolución que las aplicase sería recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello, no puede entenderse que la disposición transitoria 8.^a remita a la aplicación de normas sucesorias claramente discriminatorias para la filiación no matrimonial. La misma disposición transitoria sería inconstitucional.

En la práctica, los Jueces y Tribunales, al no haberse retrotraído los derechos hereditarios de la nueva Ley a las sucesiones abiertas después de entrar en vigor la Constitución, tienen que dictar fallos

(64) Sin embargo, según relata PEÑA (*op. cit.*, p. 7.982), el Congreso rechazó las propuestas del Senado, conforme a las cuales, los derechos hereditarios, que corresponden, según la nueva Ley, «a la filiación no matrimonial y las disposiciones de la misma que guarden relación directa con aquéllos», serían «de aplicación a las sucesiones abiertas después de entrar en vigor la Constitución».

acordes con la Constitución a partir de un Derecho positivo cuajado de lagunas por la inconstitucionalidad sobrevenida de muchas de sus normas. Faltan unos criterios precisos y uniformes para evitar las posibles contradicciones y el riesgo de inseguridad jurídica.

A nuestro entender, ésta es la interpretación más coherente con la teoría del valor normativo de la Constitución y la que ha seguido el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de febrero de 1986, aunque sin aludir expresamente a la disposición transitoria 8.^a. Solución correcta, pero que no elimina los problemas apuntados.