



LEGITIMACION POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO DE HIJOS HABIDOS DURANTE LIGAMEN -DISUELTO, DESPUES, "SUPER RATO" DEL PADRE CON TERCERA PERSONA

(RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE REGISTROS DE 28-11-61)

ANTECEDENTES

Don F. C. M. contrajo matrimonio canónico, debidamente transcrito en el Registro civil, con doña A. D. G., el 18 de enero de 1930.

En 9 de abril de 1937, por acuerdo de la Audiencia de Oviedo, al servicio de la dominación roja, se declaró la disolución vincular de este matrimonio, anotándose marginalmente en la correspondiente inscripción civil.

En esta situación, don F. C. M. tuvo dos hijos con doña M. A. G. C.: F. C. G., el 9 de mayo de 1938; y J. A. C. G., el 24 de febrero de 1948. Ambos fueron inscritos en el Registro civil como hijos de F. C. M. y M. A. G. C., sin expresar condición, ni el estado civil de los padres, el primero; y como legítimo, el segundo.

Con fecha 6 de junio de 1958, S. S. el Papa concedió la oportuna dispensa y quedó disuelto el vínculo del matrimonio rato y no consumado existente entre don F. C. M. y doña A. D. G.

Finalmente, el 12 de noviembre de 1958, don F. C. M. y doña M. A. G. C. contrajeron matrimonio canónico, que también fue debidamente inscrito en el Registro civil.

Don F. C. M. pretende la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, de F. y J. A. C. G.

TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

RESULTANDO que, advertido por el Encargado que en la Sección de Nacimientos de su Registro Civil aparecían dos inscripciones en las que figuraba como padre don F. C. M., y éste a la sazón estaba casado con mujer distinta de la que figuraba como madre de los inscritos, cuyo matrimonio, como rato, fue disuelto por la Santa Sede con posterioridad, se requirió al expresado padre de aquéllos para que instase lo procedente, al objeto de concordar el Registro con la realidad.

RESULTANDO que consecuentemente ante el señor Encargado del Registro Civil del Juzgado Municipal número 1 de Gijón, con fecha 9 de septiembre de 1960, don F. C. M. presentó escrito en el que solicitaba se extendiera anotación marginal del matrimonio contraído por el firmante y doña A. G. C., en las inscripciones de nacimiento de sus hijos, F. y J. A. C. G., que obraban en la indicada Oficina, haciendo previamente las siguientes manifestaciones: que con fecha 6 de junio de 1958 S. S. el Papa Pío XII concedió la oportuna dispensa y quedó disuelto, con disolución del vínculo, el matrimonio rato y no consumado contraído por el compareciente con doña A. D. G., con fecha 18 de enero de 1930, y que posteriormente ha contraído matrimonio con doña A. G. C., inscrito en el Registro Civil, interesando se proceda a las indicadas



FRANCISCO SANCHO REBULLIDA

anotaciones marginales, conforme al artículo 155 del Reglamento del Registro Civil y también el artículo 119 del Código Civil, puesto que el compareciente y su esposa podían casarse con dispensa, y así lo prueba el haber obtenido la dispensa referida al principio.

RESULTANDO que requerido al efecto, el solicitante aportó certificación literal de un rescripto de la S. C. de Sacramentos relativo al expediente de dispensa de matrimonio rato y no consumado D. G. C. y en la parte resolutive del mismo aparece la concesión otorgada por el Santo Padre en Audiencia del día 6 de junio de 1958.

RESULTANDO que, ratificado el peticionario, se efectuó la publicación del oportuno edicto en el tablón del Juzgado, sin que en el plazo de veinticinco días se formulara reclamación; en cumplimiento de lo que se le tenía reclamado, el peticionario aportó la siguiente documentación: certificación del Registro Civil referente al matrimonio celebrado el día 18 de enero de 1930 por don F. C. M. y doña A. D. G., con una nota marginal relativa a la dispensa papal referida; otra certificación, también del Registro Civil relativa al matrimonio celebrado por el mismo señor el día 12 de noviembre de 1958 con doña M. A. G. C. y las certificaciones en extracto que se refieren a los nacimientos de F. y J. A. C. G., ocurridos el día 9 de mayo de 1938 y el día 24 de febrero de 1948, respectivamente, hijos de F. C. y A. G. También se une después una certificación literal del nacimiento del nombrado J. A., inscrito como hijo legítimo de sus citados padres.

RESULTANDO que por el Ministerio fiscal se dictaminó que, examinado el expediente y encontrándole conforme su derecho, era de parecer que se accediera a lo solicitado; seguidamente se citó y compareció A. G. C. para que reconociese como hijo suyo a J. A. C. G., como así lo efectuó ante la presencia judicial, añadiendo sus deseos de que quedase legitimado por el subsiguiente matrimonio contraído con el padre del inscrito y, finalmente, prestó conformidad a lo que éste tiene pedido.

RESULTANDO que, seguidamente el Juez Encargado del Registro Civil acordó que era procedente elevar las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia por sí se estimase pertinente suprimir las circunstancias de filiación paterna en las inscripciones de nacimiento de las personas a las que se refiere el promotor de este expediente, o bien la convalidación de dichas menciones, por entender que el primer matrimonio del promotor era meramente aparente; y, siguientemente, la legitimación de dichas filiaciones, por subsiguiente matrimonio de los padres; la transcrita parte dispositiva está precedida del siguiente fundamento: Que practicados los trámites prevenidos en los artículos 341 y siguientes del Reglamento de la Ley del Registro Civil, procede elevar estas actuaciones al ilustrísimo señor Magistrado, Juez de Primera Instancia de este Partido, por sí él mismo, al amparo de lo prevenido en el número 2.º del artículo 95 de la expresada Ley, en relación con el artículo 119 del Código Civil, estimara pertinente suprimir las circunstancias de filiación paterna de las inscripciones de nacimiento de las personas a que se refiere el promotor de este expediente, o bien la convalidación de dichas menciones, por las razones ya expuestas, conforme a lo normado en el artículo 121 del Código Civil.

RESULTANDO que por el Juzgado de Primera Instancia fueron reclamadas, en forma literal, las certificaciones de matrimonio de F. C. M. y M. A. D. G. y la referente al nacimiento de F. C. G., en ésta el inscrito consta como hijo, sin indicación de la clase de filiación ni alude al estado de los padres; seguidamente el Juez de Primera Instancia dicta auto en el que declaraba la nulidad de las diligencias practicadas a partir de la providencia de 12 de septiembre es decir, en la que se dispone la iniciación del trámite, una vez aportada la certificación del rescripto canónico. Y se motiva tal nulidad en la forma siguiente: Que la solicitud formulada por don F. C. M. se contrae a la pretensión de que se extienda la anotación marginal del matrimonio celebrado por el mismo con doña A. G. C. en las inscripciones de nacimiento de sus dos hijos F. y J. A. C. G., nacidos con anterioridad a dicho matrimonio y en tiempo del que se deduce fueron concebidos cuando el padre se hallaba casado legítimamente



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

con doña A. D. G., aunque después este matrimonio quedó disuelto por dispensa concedida por la Santa Sede en 6 de junio de 1958; deduciéndose de ello la improcedencia de la incoación del presente expediente gubernativo y, por ende, la imposibilidad de que en el mismo recaiga resolución sobre lo pretendido, puesto que en primer lugar falta toda instancia de persona legitimada para su promoción, y, además, y en todo caso, porque el objeto de dicha pretensión no puede ser materia de un expediente como el presente, sino que la misma debe ser resuelta sin él por el Encargado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155 del Reglamento en relación con el 39 de la Ley del Registro Civil, corroborado por el número 2.º del artículo 95 de la misma Ley, referido a supuesto distinto.

RESULTANDO que, remitidas las actuaciones al Juzgado Municipal por el Encargado del Registro, se dictó auto el día 9 de enero de 1961, denegando la práctica de la anotación de la legitimación por subsiguiente matrimonio pretendida, respecto de los hijos don F. y don J. A., por no poseer éstos la condición legal de naturales conforme a lo dispuesto en el artículo 119 del Código Civil. El referido fallo tiene esta motivación: No procede acceder a lo interesado por don F. C. M., dado que al tiempo de la concepción de los que dice ser sus hijos y en las fechas que se citan se hallaba casado con A. D. G., vínculo que posteriormente llegó a disolverse por dispensa —de matrimonio rato inconsumado— concedida por la Santa Sede en 6 de junio de 1958, no realizándose consiguientemente las condiciones prevenidas por el artículo 119 del Código Civil para la legitimación postulada; contra lo razonado no cabe oponer eficazmente, como hace el solicitante, la concesión de dispensa del meritado matrimonio rato y no consumado, habida cuenta de que el canon 1.051 del Código canónico expresamente exceptúa de la legitimación la prole consecuente a la concesión de dispensa de impedimentos matrimoniales dirimentes, la que sea de naturaleza adulterina o sacrilega; pese a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de octubre de 1882, que acepta como presunta la libertad de casarse los padres en la época de la concepción de los hijos y una vez probada su filiación, salvo prueba en contrario —en este supuesto plenamente existente—, es lo cierto que la rigurosa norma contenida en el artículo 119 del Código Civil no llegó a ser atenuada por las tendencias doctrinales orientadas a beneficio de los hijos, por la analogía con lo dispuesto en el artículo 69 del citado cuerpo legal y, en tal sentido, cita el comentarista Manresa la conclusión cuarta del tema octavo, discutida en el Congreso Jurídico de Madrid de 1886, aprobado por doscientos noventa votos contra ochenta y cinco, que textualmente dice: “Podrá ser reconocido y se equiparará a los naturales el hijo que tuvo un hombre casado de mujer soltera una vez disuelto el matrimonio de éste, y siempre que no hayan quedado de él hijos legítimos”, modificación no adoptada en la definición que encierra el repetido artículo 119; asimismo, a los fines perseguidos por el señor C. M., carece de eficacia la disolución vincular de su matrimonio con la señora D. G., acordado por la Audiencia de Oviedo, al servicio de la dominación roja, en 19 de abril de 1937, acuerdo anotado marginalmente en la inscripción del citado matrimonio, que la disposición transitoria 12 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, reputa de título manifiestamente ilegal a los efectos del número 2.º del artículo 95 de dicha Ley especial. Tal acuerdo fue notificado al siguiente día al peticionario.

RESULTANDO que, don F. C. M., con fecha 9 de febrero siguiente, presentó ante el Juzgado Municipal un escrito dirigido al Juez de Primera Instancia correspondiente de la misma ciudad, en el que formulaba recurso contra la anterior decisión, cuya revocación se solicitaba, formulándose las siguientes consideraciones y fundamentos: 1.º Por dispensa concedida por Su Santidad Pío XII, en 6 de junio de 1958, ha sido disuelto con disolución del vínculo (pues a ello equivale la dispensa concedida) el matrimonio rato y no consumado contraído por el compareciente con doña A. D. G. en 18 de enero de 1930. Y habiendo contraído matrimonio válido posteriormente con doña A. G. C., según resulta del propio Registro Civil, fue solicitada la anotación marginal en las inscripciones de sus hijos F. y J. A. C. G., conforme a lo dispuesto en el artículo 155 del Reglamento del Registro Civil y 119 del Código Civil. Tal petición ha sido denegada con fundamento en lo establecido en el artículo 119 del Cód-



digo Civil y canon 1.051 del Código de Derecho Canónico, motivando el presente recurso. 2.º El Código de Derecho Canónico en su canon 1.119, que hay que relacionar con el 1.015, establece que el matrimonio no consumado entre bautizados se disuelve, tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa, solemne, como por dispensa concedida por la Sede Apostólica en virtud de justa causa. Se trata, pues, de una disolución del vínculo matrimonial, por virtud de la Autoridad de la Sede Apostólica que trae aparejada la consecuencia de la anulación del vínculo jurídico con cesación y desaparición de las obligaciones nacidas de él sin que quepa hablar de dispensa de impedimento propiamente dicho, sino de una irritación o nulidad del vínculo jurídico, razón por la que no tiene, a nuestro juicio, posibilidad de traerse a colación el supuesto del canon 1.051 sobre los hijos adulterinos. 3.º El artículo 119 del Código Civil declara que son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella. Ahora bien, es evidente, a nuestro juicio, que el compareciente y su esposa, una vez anulado el vínculo anterior existente del recurrente con doña A. D., estaban en condiciones de contraer matrimonio, como lo prueba el hecho de haber obtenido la dispensa canónica, o mejor, la anulación o irritación del supuesto vínculo anterior. Entendemos, pues, que se está en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 119 del Código Civil tal y como ha venido siendo interpretado por la jurisprudencia, abierta siempre generosamente a legitimar a los hijos que por la disolución del vínculo anterior de uno de los padres, tienen hoy una verdadera condición de naturales (sentencias de 11 de octubre de 1882 y, a *sensu* contrario, la de 9 de abril de 1904).

RESULTANDO que, admitido tal recurso, se remitió de nuevo el expediente al Juez de Primera Instancia, el cual dicta auto, con fecha 2 de marzo, en el que declaraba la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del auto de fecha 9 de enero anterior, por estimar mal admitido el presente recurso, que debió ir precedido del de reposición, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 356 del Reglamento del Registro Civil, siendo evidente que el defecto de procedimiento en que se ha incurrido no es imputable al solicitante por haberse omitido, al llevar a cabo la notificación de la resolución del Encargado, indicar los recursos procedentes y plazo para interponerlos, como preceptúa el párrafo 3.º del artículo 355 del antes citado Reglamento, y no puede estimarse subsanada la falta por la actitud del recurrente, pues para ello sería necesario con arreglo al mismo artículo, que se hubiera consentido expresamente la resolución o interpuesto el recurso *pertinente*, lo que no se hizo, como ha quedado dicho. Además, reitera que la solicitud formulada por don F. C. M., por su naturaleza —como ya dijo en su auto anterior— no puede ser materia de un expediente. Tal resolución fue notificada al recurrente con las consiguientes advertencias reglamentarias.

RESULTANDO que don F. C. M. presentó escrito, entablando recurso de reposición contra el repetido auto de 9 de enero y en dicho escrito reproduce textualmente los fundamentos de la impugnación anterior, añadiendo únicamente la cita del artículo 155 del Reglamento, en apoyo de su pretensión.

RESULTANDO que el Juez municipal instructor del expediente acuerda no haber lugar a la pretendida reposición, pues de conformidad con lo prevenido en el artículo 119, en el presente caso no concurren los requisitos y condiciones exigidos; se notificó tal decisión al reclamante, instruyéndole debidamente.

RESULTANDO que se formuló recurso de apelación en el que se interesa la revocación del último auto dictado, y don F. C. M., después de reiterar anteriores alegaciones, hace resumen de los hechos fundamentales, añadiendo a lo precedente estos razonamientos: Si aquel matrimonio rato no consumado fue dispensado por S. S. el Papa con disolución de vínculo (cánones 1.119 y 1.015 del Código canónico), parece que los efectos de esta dispensa hay que retrotraerlos al momento inicial, puesto que disolución del vínculo quiere decir desaparición del mismo, como si nunca hubiera existido, sin que tampoco haya existido “estado matrimonial” real entre ambos. Además, el artículo 119 del Código Civil se refiere también a los padres que pudieran



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

casarse con dispensa, y el dicente y su actual esposa podrían entonces haberse casado con dispensa, pues concedida ésta después por S. S. el Papa por ser matrimonio rato y no consumado, esta circunstancia siempre existió y, por tanto, siempre podría haber sido dispensado. Por otra parte, dada la sentencia de la Audiencia Territorial de 19 de abril de 1937 decretando el divorcio y disolución del vínculo, los hijos nacidos después, tenían la condición de naturales, al menos civilmente, pues aquella sentencia surtió sus efectos y, además, produjo la situación o creencia de que tales hijos eran naturales, de buena fe, continuando además el estado jurídico creado por el Registro Civil, al seguir constando en el mismo aquel divorcio y disolución vincular, dictado por la Audiencia, puesto que ninguno de los interesados pidió la nulidad a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de 23 de septiembre de 1939. Esta situación y estado jurídico, en todo caso de buena fe, creemos ha de surtir efectos favorables para los hijos del dicente y su actual esposa, hijos que, además, se hallan en la *posesión continua del estado de hijos naturales* (artículo 135, núm. 2 Código Civil). En la certificación literal de matrimonio, unida a autos, aparece anotada dicha sentencia de divorcio y disolución del vínculo, dictada por la Audiencia Territorial en 19 de abril de 1937. Cita de nuevo el artículo 155 del Reglamento del Registro Civil.

RESULTANDO que, admitida la apelación y remitido el expediente al Juzgado de Primera Instancia, se confirma íntegramente el auto dictado por el Encargado del Registro y ello en base a que, aun cuando del artículo 46 de la Ley del Registro Civil y 155 de su Reglamento, parece deducirse que la inscripción solicitada debe realizarse, en todo caso, no cabe duda que la misma no puede tener otro objeto que el de la legitimación por subsiguiente matrimonio, la cual, tanto en nuestro Derecho histórico como en el Código Civil (artículo 119, párrafo 1.º), sólo es permitida tratándose de hijos naturales; es decir, de aquellos nacidos fuera de matrimonio, de padres que en el momento de la concepción pudieron casarse sin dispensa o con ella, y en este tiempo el solicitante señor C. M. estaba casado con doña M. A. D. G., y si bien es verdad que ese matrimonio no consumado fue dispensado por S. S. el Papa Pío XII, y esa dispensa supone la disolución del vínculo sacramental, conforme al canon 1.119 del Código de Derecho Canónico, no es menos cierto que antes de esa anulación o irritación del vínculo jurídico, el matrimonio no consumado era un verdadero sacramento que producía plenos efectos hasta el momento de obtener la dispensa pontificia, y, por ello, a los hijos nacidos existente aquél, no puede atribuirseles la conceptualización de hijos naturales. Ese fallo fue notificado al recurrente.

RESULTANDO que contra dicho fallo, don F. C. M. presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia, en el que se interponía recurso de alzada ante la Dirección General solicitando se declare procedente la anotación pretendida, y hace en él las consideraciones siguientes: Después de ratificar y dar por reproducidas las alegaciones y escritos precedentes agrega que, a su juicio, la cuestión fundamental estriba en la dispensa pontificia disolviendo dicho matrimonio con disolución del vínculo y en relación con el artículo 119 del Código Civil. Si por aquella dispensa pontificia queda disuelto el vínculo matrimonial y desaparece, es evidente que sus efectos han de retrotraerse al mismo momento inicial de la celebración, como si nunca hubiera habido matrimonio, pues esos son los efectos de la disolución del vínculo conforme al canon 1.119 del Código de Derecho Canónico. Por otra parte, dado el texto inequívoco del artículo 119 del Código Civil que transcribe y que da concepto de hijos naturales, los hijos citados del dicente son, a su parecer, naturales, puesto que, siendo el primer matrimonio —ahora disuelto— no consumado, siempre podía ser objeto de dispensa, como lo ha sido ahora en 6 de junio de 1958 por S. S. el Papa; de no ser así analiza la interpretación que cabe dar al artículo 119 del Código Civil y agrega que la jurisdicción civil patria siempre ha estado abierta generosamente a legitimar los hijos que por la disolución del matrimonio anterior de uno de los padres, tienen hoy la verdadera condición de naturales (sentencia de 11 de octubre de 1882 y 9 de abril de 1904, ya citadas). Estima que nuestra legislación tiende cada vez más a favorecer la condición y derecho de los hijos y que han sido desechadas las antiguas distinciones dentro de los hijos naturales o ilegítimos y finaliza transcribiendo un



FRANCISCO SANCHO REBULLIDA

argumento ya puesto en un escrito anterior sobre el efecto de la sentencia de divorcio de la Audiencia Territorial de Oviedo.

RESULTANDO que el Juez de Primera Instancia dispuso se cursaran las actuaciones a este Centro y en virtud de lo dispuesto por éste el Fiscal emitió el siguiente dictamen: Que según el Código Canónico, Cristo elevó a la dignidad de Sacramento el contrato matrimonial celebrado entre bautizados, dando al vínculo los caracteres de perpetuo e indisoluble, pero concediendo a la Sede Apostólica la facultad de romperlo mediante justa causa, tratándose de matrimonio rato y no consumado (cánones 1.012, 1.118 y 1.119). Cita al canonista Eloy Montero, según el cual tal facultad del Papa se llama impropriamente "dispensa de la Sede Apostólica", ya que no se trata de una dispensa canónica, sino de verdadera "irritación o resolución del vínculo jurídico", mediante la potestad "vicaria" del Pontífice *in foro Dei* (de la misma naturaleza que la dispensa pontificia del voto), con las consecuencias consiguientes, ruptura de las obligaciones matrimoniales y hasta dispensa de impedimento de crimen nacido de adulterio (canon 1.053). Pero, sea cualquiera la denominación y naturaleza de esta resolución del vínculo matrimonial, lo indudable es que por el ordenamiento jurídico, consecuencias tan trascendentales como las que se acaban de señalar, no pueden tener su origen más que en una clase de ineficacia, que es la inexistencia, con sus efectos *ex tunc* (desde el momento mismo de la celebración del matrimonio que se disuelve), lo que equivale decir, a los ojos de la Ley canónica y civil, que tal matrimonio no ha existido nunca, y, por tanto, no ha podido producir efectos de ninguna clase. Y si la disolución del matrimonio por dispensa de la Sede Apostólica puede lo más, como es el resolver el vínculo permitiendo contraer nuevo matrimonio, y hasta tiene poder para borrar el crimen de adulterio, lógico es que pueda lo menos, como es borrar el impedimento a la libertad de los padres en el momento de la concepción de los hijos, a efectos de su calificación como naturales y consiguiente legitimación de los mismos por el subsiguiente matrimonio, máxime cuando la mayor preocupación del legislador canónico y el civil ha sido en esta materia la defensa del interés de los hijos, por considerar, que en justicia, éstos no deben jamás pagar las consecuencias de la mala fe de sus padres. Y si el estatuto de los hijos ilegítimos no debe sufrir otras restricciones que las que necesariamente imponga el debido homenaje a la familia legítima, y singularmente la concurrencia de tales hijos con los procreados dentro del matrimonio, no se ve la razón que pueda existir para no acceder a lo solicitado, puesto que no se da esta concurrencia que podría redundar en menoscabo del matrimonio y de la familia legítima. El Derecho Canónico es sumamente liberal en la legitimación de la prole y así en los comentarios al Código Canónico de los Profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca se dice que, por el hecho de celebrarse matrimonio válido se legitima la prole en estado de gestación, aunque sea adulterina o sacrilega. Pero sobre cuantos argumentos puedan ser alegados en favor de esta tesis pesa, a opinión del informante, la razón poderosísima de que la solución contraria, sin beneficiar a nadie en el presente caso, no haría más que acarrear perjuicios de todo orden para esas pobres víctimas, para esos hijos totalmente inocentes e irresponsables de las faltas de sus padres, y, en consecuencia, el informante considera que procede acceder a lo solicitado. El Juez de Primera Instancia en su informe final hace constar que por los fundamentos que se exponen en la resolución recurrida, entiende que no es posible acceder a lo solicitado por don F. C. M. y, en consecuencia, es improcedente la estimación del recurso.

Vistos los artículos 119 y 138 del Código Civil, cánones 1.119 y 1.053 del Código de Derecho Canónico, los artículos 155 y concordantes del Reglamento del Registro Civil y resolución de este Centro de 25 de enero de 1961; y

CONSIDERANDO que la cuestión controvertida, consiste en si disuelto un matrimonio rato y no consumado, los hijos habidos con anterioridad a la disolución por el varón con tercera persona tienen la condición de naturales, según exige el artículo 119 del Código Civil, y pueden consiguientemente ser objeto de la inscripción al margen de la partida de nacimiento, según establece el artículo 155 del Reglamento del



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

Registro Civil, haciendo constar la legitimación por el matrimonio posteriormente celebrado por sus progenitores.

CONSIDERANDO que aunque la expresada disolución, como se ha señalado por la doctrina, no sea propiamente un caso de dispensa de impedimento, sino una decisión de autoridad competente, a petición de parte, por la que se acuerda la disolución de un matrimonio en el que concurre, además de la circunstancia de no estar consumado, motivos pertinentes para producir aquel resultado; que si bien el Código de Derecho Canónico no ha previsto para esta disolución efectos retroactivos, como no sean los indirectos que en cierto modo se desprenden del canon 1.053, al implicar también la dispensa del impedimento que procede del adulterio con promesa o aceptación de matrimonio, la naturaleza de la institución aparece como muy afin a la nulidad *ex tunc*, y así, causas que en un matrimonio consumado jugarían difícilmente o habrían de ser examinadas con más rigor, aquí pueden ser valoradas con amplitud; que por ello, existe menos analogía entre sus causas y los motivos que en otros ordenamientos producen divorcio —y que en Derecho Canónico dan lugar más bien a la separación, pues la indisolubilidad del matrimonio es regla firmísima en el mismo— que con las de nulidad; y que aún debe alegarse que por lo que respecta a la condición de los hijos, en Derecho Canónico no habría obstáculo absoluto en el caso que se examina a la legitimación de los mismos, como así resulta de los cánones 1.116, 1.051 y concordantes.

CONSIDERANDO que, abundando en la misma doctrina, y aparte otros efectos del ligamen, para la Ley civil —artículo 119 del Código—, el alcance de la llamada dispensa del matrimonio rato y no consumado ha de ser entendido en sentido favorable a permitir la legitimación de la prole habida fuera de él, ya que el espíritu del Código en esta materia, como revela el artículo 138 al concretar la acción de impugnación a los particulares perjudicados, parece poco favorable a una actuación oficiosa en perjuicio de los hijos.

Esta Dirección General ha acordado resolver el recurso en el sentido de que procede revocar el auto del Juez de Primera Instancia y autorizar la inscripción de legitimación por subsiguiente matrimonio, al margen de la partida de nacimiento de los hijos F. y J. A. C. G., como efecto del matrimonio celebrado por don F. C. M. y doña A. G. C., así como lo demás procedente a la regularización de las inscripciones en cuestión.

COMENTARIO

Prescindiendo de cuestiones adjetivas, procesales y registrales, centraremos este comentario en los siguientes aspectos, de evidente interés canónico-civil: Naturaleza de la dispensa *super rato*, a los efectos del art. 119 C. c. (I); eficacia retroactiva o irretroactiva de la disolución (II); trascendencia del acuerdo civil de disolución vincular del matrimonio canónico (III); y posibilidad, en el sistema civil español, de reconocer y legitimar por subsiguiente matrimonio de los padres a los hijos ilegítimos no naturales (IV).

I

El art. 119 del C. c. declara que sólo podrán ser legitimados los hijos naturales. Y, en su párrafo segundo, los define así: «Son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella».



Sobre esta base normativa, gran parte de las alegaciones del recurrente se cifran en que, al tiempo de la concepción de F. C. G. y de J. A. G. C., él y M. A. G. C. pudieron casarse *con dispensa*: con la dispensa *super rato* de su matrimonio con A. D. G., como lo demuestra el hecho de haberse concedido posteriormente esta dispensa ¹.

Ya a primer examen se observa que ello supone una defectuosa interpretación del art. 110 C. c.; una trasposición de términos e inversión de conceptos. La «dispensa» del 119 es de impedimentos subsistentes y se refiere al matrimonio de los progenitores, mientras que la llamada «dispensa *super ratio*» se refiere al matrimonio preexistente y no es dispensa para celebrarlo, sino para disolverlo; dispensa de su propiedad *indisoluble*.

El término «dispensa» es, así, engañoso. Para nada se refiere a la dispensa de impedimentos a que, sin duda, se alude en el 119. Otros Códigos civiles, adoptando un sistema similar al nuestro, emplean distinta fórmula, excluyendo directamente de la susceptibilidad de legitimación a los hijos adulterinos o a los adulterinos e incestuosos ², lo cual evidencia también el sentido de nuestro art. 119.

Pero es, además, término impropio. Ya a partir de la doctrina del Card. Hostiense ³, desenvuelta por Suárez ⁴, los canonistas puntualizan que no se trata de una dispensa propiamente dicha. La dispensa —dicen— es una derogación de la ley y aquí el Papa no suspende la aplicación de la Ley divina sino que, usando de su poder de vicario de Dios, disuelve el vínculo matrimonial ⁵.

Y entre los civilistas patrios, a la vista del art. 119 C. c., nadie piensa que

1. Cfr. las alegaciones recogidas en los resultandos 2, 13 y 15 de la Resolución. Sin embargo, en las que recoge el 13 y, sobre todo, el 9, el carácter de «dispensa» aparece contradicho por sus mismas alegaciones.

2. Art. 331 C. francés. Las leyes de 7 noviembre 1907 y 30 diciembre 1915 consideraron, en ciertas condiciones, los hijos adulterinos como legitimables; la ley de 25 febrero 1934 restablecida por la Ordenanza de 3 mayo 1945 dio nuevo texto al art. 331 distinguiendo según que los hijos sean adulterinos por el lado paterno o por el materno: los primeros pueden ser legitimados por el matrimonio del padre adúltero con su cómplice; los segundos sólo pueden legitimarse cuando conste la paternidad del segundo marido (vide *infra*, IV). Cfr., también, art. 331 C. c. belga hasta su reforma por ley de 10 febrero 1950, que admite su legitimación con autorización del Tribunal cuando el precedente matrimonio haya sido objeto de un procedimiento de divorcio o de separación de cuerpos y que el hijo haya nacido trescientos días después del proceso verbal previsto al efecto; 1719 BGB; 291 C. polaco, etc. Es el sistema también del *Codex*: can. 1.051.

3. *Lectura*. Gl. ad Cap. 7 Decr. I, III, Tit. XXXII.

4. *De virtute, et statu religionis*.

5. WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, Roma, 1912, pág. 618; BILLOT, *De Ecclesiae sacramentis*, II, 1908, pág. 433; CAPPELLO, *De sacramentis*, V (*De matrimonio*), 6.^a ed., 1950, pág. 750; NAZ y LEROUGE, *La dispense super matrimonium ratum et non consummatum*, París, 1940, págs. 35-39.



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

la disolución de un matrimonio rato, constitutivo de impedimento de vínculo entre los progenitores, sea impedimento dispensable a los efectos de dicho artículo ⁶.

Lo engañoso de la argumentación del recurrente, en este punto, se advierte mejor reduciéndola al absurdo: si, en efecto, el impedimento de vínculo constituido por un matrimonio rato y no consumado pudiese ser considerado como impedimento dispensable, los hijos concebidos *extra torum* durante esta situación, serían reconocibles y, en su caso, legitimables por subsiguiente matrimonio aunque el vínculo precedente no llegase a disolverse *super rato*; mas: aunque el matrimonio precedente se consumase, si ello tenía lugar después de la concepción extramatrimonial. Si el matrimonio A-B no estuviera consumado cuando C concibiese de A, el fruto de este adulterio sería reconocible por el mismo A aunque después de esta concepción se consumase el matrimonio A-B —ya que el art. 119 se refiere «al tiempo de la concepción»— e incluso en vida de B. Si después B fallecía y si A y C contraían matrimonio entre sí, la prole quedaría legitimada. Parece que estas consecuencias, extremas, pero absolutamente congruentes, de tal doctrina, tienen suficiente fuerza para rechazarla.

II

Al mismo resultado se llega, sin encontrar estos obstáculos, admitiendo la eficacia retroactiva de la disolución *super rato*. Aquí ya no se trata de configurar la disolución como «impedimento dispensable», sino de admitir que su efecto se retrotrae, convirtiendo en naturales simples aquellos hijos que nacieron como

6. Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-II, 7.^a ed., Madrid, 1958, págs. 59 y ss. y 85 y ss.; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, IV, Madrid, 1960, págs. 538 y 580, donde dice expresamente: «No cabe legitimar por matrimonio hijos ilegítimos no naturales. Los hijos naturales presuntos (art. 130), cuando no sean verdaderos, no pueden ser objeto de esta legitimación, ya que en ella se exige el reconocimiento por ambos padres»; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, II-2, Madrid s. f., págs. 75 y 76 («No pueden serlo [reconocidos] los habidos dentro de éste [matrimonio] por cualquiera de los padres con extraña persona... Si fuese el marido el que quisiere efectuar el reconocimiento de un hijo habido con mujer distinta de su esposa durante su matrimonio con ella, tampoco podría hacerlo, porque también tendría la cualidad de adulterino»), y 90 y ss.; ESPIN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid, 1956, págs. 239, 240 y 266 («cabe pensar si también los hijos naturales presuntos del art. 130 pueden ser objeto de legitimación por el subsiguiente matrimonio de aquel de los padres que lo hubiese reconocido; pero indudablemente que esto no es posible ya que uno de los requisitos de la legitimación por subsiguiente matrimonio es precisamente el reconocimiento del hijo por los padres, es decir, por ambos —art. 121—»); BORRELL y SOLER, *Derecho civil español*, IV, Barcelona, 1955, pág. 112 («resultan legitimables casi todos los hijos ilegítimos con excepción de los adulterinos»); etc. En general, ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, págs. 141 y ss. Sobre la trascendencia de los arts. 128 y 138 C. c. vide *infra*, IV.



adulterinos. Es la argumentación que, aunque contradictoria con ella, aparece mezclada con la anterior en las alegaciones del recurrente ⁷.

Pero, en este punto, es necesario atender exclusivamente al Derecho canónico —por tratarse de institución exclusivamente canónica, aunque con trascendencia civil—. Y la doctrina unánime de los canonistas es contraria a esta retroactividad. Conforme a esta doctrina está muy claro que la disolución del vínculo tiene lugar en el momento de la concesión pontificia («y no se retrotrae al tiempo en que el matrimonio, aunque rato, estaba todavía en plena eficacia, luego la prole nacida *extra torum* antes de la dispensa, conserva el carácter de adulterina y no es reconocible por subsiguiente matrimonio, ni a los efectos canónicos ni a los civiles» ⁸).

Se comprende que no pueda ser de otra manera, atendido el carácter y naturaleza de la concesión: es un acto gracioso de la potestad vicaria del Romano Pontífice; por tanto, mediante él, el Papa no hace como si nunca hubiese existido el matrimonio, sino que lo disuelve *ex nunc* aplicando el propio Derecho divino (potestad vicaria); por derivar del Derecho divino, el Romano Pontífice no puede hacer —explica el P. de Sant'Elia— que no hayan sido, hasta entonces, verdaderos cónyuges; el error procede de confundir las causas de disolución del vínculo con las causas declarativas de su nulidad, dos cosas bien distintas ⁹.

Alguna confusión podría originar, todavía, una defectuosa inteligencia de la doctrina canónica sobre su fundamento. Gasparri y Cappello enumeran entre las «justas causas» de la concesión, el «haber contraído una de las partes matrimonio civil, canónicamente inexistente, del cual no pueda en otro caso liberarse» ¹⁰. El P. Sant'Elia, añade: «o el deseo de legitimar la prole nacida de este matrimonio» ¹¹. Pero esta doctrina debe entenderse referida

7. Recogidas, principalmente, en los resultandos 9, 13 y 15 de la Resolución.

8. Cfr. FEDELE, *Figlio «extra torum» e dispensa de matrimonio rato e non consumato*, en «Dir. eccl.», XCVI, 1935, págs. 88 y ss.; P. DA SANT'ELIA, *La dispensa dal matrimonio rato e non consumato*, Roma, 1943, pág. 247, donde cita la opinión concorde de PIOLA, SCHIAPPOLI, BOGGIANO-PICO, STOCCHIERO y REBUTTATI, y donde califica de «aberrante» a la S. del T. de San Remo de 27 octubre 1934 por estimar que la disolución s. r. tiene eficacia retroactiva y que la prole nacida de relación extraconyugal pierde la cualidad de adulterina y puede ser reconocida y legitimada por subsiguiente matrimonio.

La eficacia no arranca, sin embargo, del rescripto expedido por el Cardenal prefecto de la S. C. de Sacramentos, sino de la audiencia en la cual el Papa acuerda la disolución (Cfr. NAZ y LEROUGE, *op. cit.*, pág. 92).

Sobre el procedimiento a seguir en los casos de dispensa *super rato*, vid. una síntesis muy clara en MONTERO, *¿Puede disolverse el matrimonio canónico?*, en el A. D. C. VII-I (1954), págs. 167-174.

9. *Op. cit.*, págs. 209-210.

10. GASPARRI, *Tractatus*, *cit.*, pág. 205; CAPPELLO, *De matrimonio*, *cit.*, pág. 751. Cfr. también la S. de la S. R. R. de 20 marzo 1926.

11. *Op. y loc. cit.*



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

a otro supuesto: legítimar canónicamente la unión civil, pero no la prole adulterina o, incluso, la prole natural habida en el matrimonio civil con anterioridad a la celebración del canónico cuya disolución *super rato* se pretende. Cualquier otra interpretación sería totalmente contradictoria con la doctrina precedente de los mismos autores ¹².

El canon 1.053 no supone, a mi juicio, argumento en pro de la retroactividad: Porque, en cuanto a la desaparición del impedimento que procede de adulterio con promesa o atentación de matrimonio *la eficacia de la dispensa es «ex nunc»*, sólo desde entonces se dispensa el impedimento nacido de hechos pretéritos; es decir que lo pretérito es el hecho, no la dispensa. Porque, en cambio, excluye de la dispensa, explícitamente, los impedimentos 2.º y 3.º del can. 1.075. Y porque, en suma, este canon no «deshace» el adulterio, lo dispensa —en un solo aspecto— en cuanto impedimento. No dice que cuando el matrimonio rato y no consumado se disuelve desaparece el adulterio, sino que este adulterio, subsistente hasta entonces, queda dispensado en cuanto impedimento en el caso núm. 1.º del can. 1.075 (y no en los de los núms. 2.º y 3.º).

III

Con anterioridad a la disolución *super rato*, el matrimonio F. C. M. - A. D. G. había sido civilmente disuelto por resolución de la Audiencia de Oviedo, al servicio de la dominación roja, en 19 abril 1937.

Ello plantea un problema tangencial pero sumamente difícil de enfocar en este comentario.

Difícil porque, de una parte, los datos recogidos en la Resolución no aclaran si la Audiencia de Oviedo estaba normalmente constituida conforme a la legalidad pre-revolucionaria, si aplicó —aunque se puede presuponer que sí— la ley de divorcio de 2 marzo 1932 ¹³, ni si su acuerdo se adoptó en forma específica de Sentencia —como se dice en el resultando 13, aunque no en los anteriores—. Difícil de otra parte, porque la legislación transitoria aplicable al supuesto es, de suyo, problemática en el aspecto que aquí interesa.

Aunque, como digo, la Resolución no lo indique, vamos a suponer que la Audiencia, legalmente constituida con anterioridad a la dominación roja, aplicó la ley de divorcio de 1932 y que disolvió el matrimonio mediante Sentencia. Sí que se especifica, en cambio (resultando 13), que ninguno de los interesados pidió la nulidad de la Sentencia al amparo de la ley de 23 septiembre 1939,

12. Cfr. *supra*, nota 8.

13. Determinaba la disposición transitoria 1.ª de dicha ley que «las Sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la ley que se deroga (la de divorcio de 1932), respecto de matrimonios canónicos... se declaran nulas

con lo que, en este aspecto, no perdió validez civil la Sentencia, ya que su nulidad exigía, en todo caso, declaración judicial a instancia de los interesados, y aquí no la hubo. Ahora bien, como quiera que la Audiencia de Oviedo, a la fecha de la Sentencia, estaba al servicio de la dominación roja, parece que le es referible el art. 6.º de la ley de 8 mayo 1939 que declaró «nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleito de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja». En tal caso, por tratarse de nulidad de pleno derecho, aun sin declaración de nulidad de la Sentencia, ésta —nula de pleno derecho— ningún influjo tendría para la calificación de los hijos habidos con doña M. A. G. C.

Sin embargo, la cuestión no es absolutamente clara. El citado art. 6 de la ley de 8 mayo 1939 no distingue; pero como quiera que el art. 3.º de la Orden de 8 marzo 1939 disponía que «sólo se mantendrán las anotaciones marginales sobre divorcios, cuando éstos hayan sido acordados conforme a las causas señaladas en la ley de 2 marzo 1932 por los Tribunales y en la forma que la misma disponía, a virtud de Sentencia firme acordada antes de la vigencia del Dto. de 2 marzo 1938 que suspendió la sustanciación de estos pleitos y con la limitación introducida por la O. del Ministerio de Justicia de 9 noviembre del año último», parece deducirse de esta disposición registral que la Resolución de la Audiencia de Oviedo, en tales circunstancias, debería reputarse válida a efectos civiles¹⁴. Si se tiene en cuenta, no obstante, el inferior rango, anterior fecha y carácter adjetivo (registral) de esta disposición respecto de la anteriormente colacionada deberá concluirse, a pesar de ella, por la nulidad de pleno derecho de la Sentencia de la Audiencia. Pero la doctrina civilista no llega a esta conclusión. Romero Vieitez entendió que las Sentencias de los Tribunales de zona no nacional anteriores al Dto. de 2 marzo 1938 han de entenderse comprendidas, no en el art. 6.º de la ley de 8 marzo 1939 (referido, como precepto general, a las actuaciones judiciales que no sean Sentencias), sino en los arts. 1.º y 2.º de dicha ley, preceptos especiales por las Sentencias y, dentro de ellas, concretamente en el apartado *d* del art. 2.º (por ser procedimientos especiales, carentes de segunda instancia, es de disolución del matrimonio en la ley de 2 de marzo de 1932)¹⁵. Y Bonet Ramón entiende que, cuando estuviesen los

por la autoridad judicial a instancia de cualquiera de los interesados». Por lo demás, se establecían muchas causas, bastando «el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o, simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyentes» (disp. trans. 3.ª). Pero, en todo caso, se requería declaración judicial de nulidad a instancia de cualquiera de los interesados.

14. También se reputaría válida la anotación examinada (en las condiciones presu- midas en el texto) conforme al art. 1.º de la O. 12 agosto 1938 *a contrario sensu*.

15. *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en la RDP, XXV (1945), pág. 196, n. 56. Téngase en cuenta, con todo, que refiere esta interpretación a las Sentencias del divorcio vincular de los matrimonios «exclusivamente



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

Tribunales constituidos conforme a la legalidad anterior, se regirán por el artículo 1.º de la ley de 8 de marzo de 1939¹⁶.

Conforme a esta interpretación, debería considerarse válida, por no impugnada, la Sentencia de la Audiencia de Oviedo¹⁷, la cual, conforme al art. 1.º del Dto. de 30 diciembre 1939, adquiriría firmeza el 1 de abril de 1940.

Es tan delicada, empero, esta materia, que todavía se impone otra apreciación, aunque se opte por la validez civil de la Sentencia de Oviedo, ya que el mismo Romero Vieitez refiere esta interpretación a los divorcios decretados en matrimonios *exclusivamente civiles*; respecto a los decretados para matrimonios canónicos, entiende que la disposición transitoria 6.ª de la ley 23 septiembre 1939 —derogatoria de la de divorcio de 1932—¹⁸, supone tal limitación general de los efectos de estas Sentencias, que las equipara a simples separaciones de personas; claro que añade: «para lo futuro»¹⁹... con lo cual queda sin resolver, dentro de la interpretación de Romero Vieitez, la calificación jurídica del hijo nacido en 9 mayo 1939 (es decir, F. C. G.; ya que J. A. C. G. nació «en lo futuro», después de la ley de 23 septiembre 1939).

En resumen puede plantearse la cuestión conforme al siguiente esquema:

a) Si se interpreta a la letra el art. 6.º de la ley de 8 mayo 1939, la Sentencia de la Audiencia de Oviedo es nula de pleno derecho, sin necesidad de que fuese declarada nula conforme a la ley de 23 septiembre 1939. Tal suerte de nulidad radical hace que la Sentencia en cuestión no convirtiese en naturales simples a los hijos adulterinos.

b) Si el art. 1.º de la ley de 8 mayo 1929 se interpreta restrictivamente (para las resoluciones que no son Sentencias) en función de los arts. 1.º y 2.º de la misma y del art. 3.º de la Orden de 8 marzo 1939, la Sentencia de la Audiencia de Oviedo tuvo validez civil que, al no ser recurrida conforme al apartado d del art. 2.º de la ley de 8 mayo 1939, adquirió firmeza, conforme al Dto. de 30 diciembre del mismo año, el 1 abril 1940. Y no siendo instada ni declarada nula la disolución civil conforme a la ley de 23 septiembre 1939, subsistió el divorcio, en cuyo caso:

civiles». En cuanto a las Sentencias de divorcio vincular de matrimonios canónicos, vid. su opinión recogida *infra* en el fexto.

16. *Compendio de Derecho civil*, IV, Madrid, 1960, pág. 451.

de Sentencia o de otra resolución; ni si era o no en aplicación de la ley de divorcio

17. En el texto de la Resolución comentada no aparece del todo claro si se trataba de 1932.

18. «Ningún cónyuge divorciado por Sentencia firme con arreglo a la ley que se deroga, podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista su vínculo canónico».

19. *Op. cit.*, pág. 196.



a') Si se entiende que la disposición transitoria 6.^a de la ley de 23 septiembre 1939 equiparó los divorcios de la ley del 32 a la simple separación de personas, los hijos F. y J. A. C. G. serían adulterinos.

b') Si se interpreta que esta equiparación lo fue solamente *ex nunc* F. sería hijo adulterino y J. A. natural simple.

c') Si se considera que tal equiparación es sólo referible al impedimento de ligamen respecto de ulteriores nupcias, ambos serían naturales simples.

Quizá la solución más técnica, de pura hermenéutica legal, sea esta última, la cual, por otra parte, facilita notablemente la solución final adoptada por la Resolución comentada.

IV

Resta analizar una última cuestión, quizá la más interesante, que ni el recurrente invoca ni las resoluciones de instancia abordan, pero a la cual alude, como argumento de refuerzo y como simple exponente del espíritu del Código, la Dirección General: la posibilidad, en nuestro sistema, de reconocer y de legitimar a los hijos ilegítimos no naturales.

Efectivamente, el párrafo segundo del art. 119 del C. c. solamente considera hijos naturales a los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse sin dispensa o con ella. Y el párrafo primero solamente autoriza legitimar a los hijos naturales.

Podría pensarse que, conforme al art. 4.^o C. c., el reconocimiento por el padre y por la madre de F. y J. A. C. G. fue nulo de pleno derecho: porque fue un acto ejecutado contra lo dispuesto en la ley (en el art. 119).

Sin embargo, esta solución no encaja con el precepto especial (el del art. 4.^o es general) del art. 138 del mismo Código: «El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del art. 119, o en el cual se haya faltado a las prescripciones de esta Sección, podrán ser impugnados por aquellos a quienes perjudique». Y es de notar que el art. 4.^o termina diciendo: «salvo los casos en que la misma ley ordene su validez»; y aquí, el 138 la ordena.

Por tanto, aun tratándose de hijos adulterinos, la madre, doña M. A. G. C. pudo reconocerlos, mediante reconocimiento válido aunque impugnable; incluso, sólo relativamente impugnable: «por aquellos a quienes perjudique».

Como he tratado de demostrar en otra ocasión ²⁰, el sistema que forman

²⁰. *Ambito y duración de la acción nacida del art. 138 C. c.*, en el ADC, XIII (1900), págs. 186 y ss.



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

los arts. 130, 132 y 138 C. c. permite el reconocimiento del hijo ilegítimo no natural por el progenitor en quien no concurra la circunstancia (impedimento) calificadora de su ilegitimidad: cualquiera de los progenitores (no los dos) en los incestuosos; el progenitor no casado, en los adúlteros. El reconocimiento resultante de esta posibilidad —posibilidad no sólo de hecho sino también de derecho— no es un reconocimiento *provisional*, sino sólo sometido a impugnación relativa.

¿Es válido también —aunque claudicante— el reconocimiento hecho por F. C. M.?

En mi anterior trabajo reconocía que, pese al art. 138, no era posible, en nuestro Derecho, reconocer como natural al hijo ilegítimo, cuando el reconocimiento procedía, precisamente, del progenitor en quien se daba la circunstancia calificadora de la ilegitimidad *stricto sensu*, es decir, en los adúlteros, del progenitor casado con persona distinta del otro progenitor al tiempo de la concepción.

Apoyaba esta conclusión en los siguientes argumentos legales:

a) El art. 130 C. c. que, *a contrario*, excluye la presunción de naturalidad cuando el padre reconocedor no tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción. Luego, conforme al 129, también *a contrario*, no puede ser reconocido.

b) El art. 132 está redactado en forma que puede ser referido a excluir la mención del progenitor no natural.

c) Los arts. 108 y 109 C. c., que dejan invulnerada la presunción —*imposición*— de legitimidad, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido conducida como adúltera (Cfr. Rs. 21 abril 1942 y 28 abril 1952).

d) El art. 140 - 2.º C. c. Si existe reconocimiento del hijo ilegítimo *stricto sensu*, ello no le confiere *status* de hijo natural reconocido, sino sólo derecho de alimentos.

e) El art. 187 R. R. c. que no permite la inscripción de reconocimiento sin acreditar los presupuestos de la naturalidad legal.

Pienso, con todo, que estos argumentos no son decisivos; que suponen, sí, una *interpretación normal* de la ley ²¹; pero que quizá fuese posible una *inter-*

21. Que es ésta la interpretación normal del sistema lo demuestra la no inclusión en el Código de la conclusión 4.ª del tema 8.º del Congreso de 1886 que, con referencia a *Manresa* recoge el Auto del Juez Municipal de 9 enero 1961 (Cfr. Resultando 8.º).



pretación correctora, admensiva de la decisión adoptada por la D. G. en la Resolución que comento.

En efecto, respectivamente:

a) El art. 130 C. c. establece una presunción de naturalidad legal que completa el sistema del reconocimiento. Pero no es un precepto específicamente dirigido al reconocimiento. Aun interpretado *a contrario*, podría limitarse su contenido normativo a establecer que cuando el reconocimiento careciese de capacidad legal para contraer matrimonio, el hijo no se presume natural. Entender, pues, que excluye la presunción de naturalidad pero no que prohíbe o declara nulo el reconocimiento. Queda todavía el art. 129, pero éste —a diferencia del párrafo primero del 119— no prohíbe directamente el reconocimiento del no natural; es un precepto permisivo del reconocimiento conjunto y aislado pero que no predice necesariamente, como interpretación *a contrario*, el que no puedan ser reconocidos los hijos no naturales.

b) El art. 132 C. c. no presupone que el reconocedor se ampare en la presunción de naturalidad y que se deba omitir, entonces, la mención del otro progenitor cuando ello destruya la presunción. Concretamente, la omisión o tachadura rige también cuando la mención no destruya la presunción de naturalidad, cuando el no reconocedor mencionado pudiere contraer matrimonio con el reconocedor al tiempo de la concepción. Luego si en este sentido el ámbito y la dirección del precepto es otra, parece que tampoco sea necesario deducir que este precepto se opone al reconocimiento en examen.

c) El art. 109 refuerza la presunción, imposición, de legitimidad del 108. Es un precepto de cara a la legitimidad que, de rechazo, sólo impide el reconocimiento del hijo adulterino hecho por la madre casada. Pero no, al menos directamente, por el padre casado o por los progenitores del hijo incestuoso.

d) El art. 140 - 2.º se refiere al reconocimiento como hecho o como prueba del hecho de la paternidad ilegítima, no al acto jurídico del reconocimiento que está fuera de los presupuestos fácticos de esta norma.

e) El Reglamento del R. c. responde, efectivamente, a la otra interpretación del Código —a la interpretación normal—; pero podría no impedir una interpretación —correctora— distinta, si se considera que la inscripción no es título de estado de hijo natural reconocido.

Junto a estos argumentos negativos, está el positivo de que el art. 138 no distingue el considerar sólo impugnabile el reconocimiento de los hijos que no reúnan las condiciones del párrafo 2.º del art. 119. Ciertamente que, aun partiendo de la interpretación contraria, el precepto tienen sentido (referido al reconocimiento del hijo «no natural» hecho aisladamente por el progenitor «natural»); pero ello tampoco predica la necesidad absoluta de no referirlo al otro progeni-



tor. Su consideración aislada puede suponer un apoyo en la interpretación correctora aquí esbozada.

Diez Pastor entendió que el hijo adulterino de padre casado y madre soltera ²² podía ser reconocido, como natural, por la madre y como ilegítimo por el padre, si bien este segundo reconocimiento es «reconocimiento-confesión», mera advertencia de un hecho del que resulta el derecho a exigir alimentos, no existiendo inconveniente para que se haga en documento público. Sostenía que a la tesis contraria sólo se podía llegar conforme a una interpretación rigorista del Código que había de estimarse desaparecida por la entrada en vigor de la Constitución de 1931. Estimaba también, con referencia a la legislación registral hoy derogada, que, en la práctica «los reconocimientos de hijos adulterinos por el padre casado se inscriben en el Registro civil; no hay precepto concreto en que fundar este uso; pero por las razones que hacen lícito el reconocimiento en este caso, y por la frecuencia enorme con que el hecho se da, es de esperar que estas situaciones se consoliden» ²³.

También con referencia al Código civil ²⁴ y a la ley del Registro civil de 1870 ²⁵, entendió González Pérez que, aun no estando vigente la Constitución de 1931, cabía el reconocimiento en ambos supuestos: por el padre casado y por la madre casada cuando el hijo no estuviese amparado por la presunción de legitimidad del art. 108 C. c. (es decir, cuando conforme a las mismas reglas del art. 108 se reputa que la concepción tuvo lugar después de haber sido separados los cónyuges por diligencia judicial y cuando la filiación matrimonial hubiese sido desconocida o impugnada con éxito conforme al art. 108 y concordantes). Su estudio contiene una interesante crítica de la doctrina contraria sostenida por la D. G. (Os. 1 agosto 1910 y 11 julio 1911, Rs. 19 septiembre 1949 y 13 marzo 1950) ²⁶. Peré Raluy ha sostenido que la prohibición que impone el art. 139 C. c. a los hijos adulterinos de exigir el reconocimiento a sus padres, no se opone a que este reconocimiento se produzca voluntariamente; es más, la opinión contraria conduce a resultados contradictorios y absurdos ²⁷; por ello propugna la mención registral de la maternidad cuando se

22. O el de mujer casada cuando no esté amparado por la presunción de paternidad del marido.

23. *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución*, en la RDP., 1933, págs. 201 y ss.

24. Que no prohíbe expresamente el reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales en testamento u otro documento público y que el art. 140 - 2.º permite ejercitar el derecho de alimentos «si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación».

25. Arts. 48 - 6.º y 51.

26. *La inscripción en el Registro civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales*, en la RGLJ, 1954, págs. 12 y ss.

27. «El hijo incestuoso no puede ser reconocido, debido, según se ha dicho en al-



probase el hecho del parto y la identidad de sus protagonistas y de la paternidad cuando mediasen asunción o reconocimiento por el progenitor o mandatario con poder especial; ello, no considerándose la inscripción en sí misma como título de estado y compensando los inconvenientes del sistema con una limitación en la publicidad formal de estos asientos ²⁸.

Martínez Radio, siguiendo a Puig Peña, ha defendido que los hijos ilegítimos adulterinos pueden, en ocasiones, ser reconocidos como tales hijos ilegítimos. Si estaban amparados por la presunción de legitimidad (art. 108) o de naturalidad (art. 130), cabe tan sólo el reconocimiento —confesión (simple manifestación de una creencia, de una representación interna, simplemente psicológica o mental) inoperante mientras subsistan las presunciones, pero que, destruidos por el ejercicio de la pertinente acción judicial, cabe ya el reconocimiento-admisión, generador de los efectos que el propio C. c. señala y que regula en el art. 140. Estos efectos atribuirán un determinado *status* e implicarán una relación paterno-filial, aunque la trascendencia de ésta sea *menguadísima* ²⁹.

Estas opiniones doctrinales, empero, no resuelven el problema si no añaden a la tesis la posibilidad de reconocimiento *como ilegítimos* —no como naturales— de tales hijos, la de que este reconocimiento es hábil para la legitimación. A este respecto, únicamente Díez Pastor afirma, sin argumentos, que «los hijos adul-

guna R. de la D. G. de R. (19 septiembre 1949), a que la concepción de tales hijos presupone un delito; ahora bien, si los culpables de tal unión a la ilicitud del incesto agregan la comisión de un delito de matrimonio ilegal, la prole nacida de tal unión será reputada legítima a tenor del art. 69 C. c.» (pág. 870).

28. *La filiación y el Registro civil*, en el ADC, 1956, págs. 864 y ss. La vigente ley del R. c. (8 junio 1957) dispone que la filiación materna constará en la inscripción de nacimiento siempre que coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (art. 17); la paterna, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción de reconocimiento (art. 46) y no podrán manifestarse los asientos ni librarse certificación que contenga el dato de una filiación ilegítima o desconocida, sino a las personas a que directamente afecte, o con autorización del Juez de Primera Instancia a quienes justifiquen interés especial (art. 51); la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del escrito (art. 41). Estas disposiciones se completan con las del Reglamento (14 noviembre 1958): El Encargado a quien conste que la mujer no casada se opone a la constancia de su maternidad no hará mención de la madre en la inscripción; en otro caso, el padre que promueve la inscripción de nacimiento en virtud de declaración, puede expresar la persona con quien hubiese tenido el hijo (art. 181). Sólo constarán en la inscripción las menciones de que se infiera el carácter ilegítimo no natural, de una filiación, cuando ésta se declare por Sentencia en proceso civil (art. 190). No se dará publicidad sin autorización del Juez de Primera Instancia de la filiación ilegítima o de las circunstancias que descubran tal carácter (art. 25). La certificación en extracto ordinaria no da fe de la filiación (art. 29). En toda certificación que haga fe de la filiación se hará constar que se expide para los asuntos en que las Leyes directamente distinguen la clase de filiación (art. 30).

29. *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural*, en la RDP, 1957, págs. 363 y ss. Sin embargo el T. S. reitera la doctrina de que el hombre casado no puede reconocer legítimamente hijos adulterinos (S. 8 noviembre 1950).



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

terinos que, según hemos visto, puedan ser reconocidos por ambos progetinores, adquieren la cualidad de hijos matrimoniales por el matrimonio subsiguiente de los padres, por analogía con el art. 121 C. c.)³⁰.

En suma, con referencia estricta a la Resolución comentada, desde el especial punto de vista de este apartado, doña M. A. G. C. pudo *reconocer como naturales* a sus dos hijos F. y J. A. C. G., pese a su verdadero carácter adulterino y ello mediante un reconocimiento válido y lícito, aunque claudicante: sometido a la eventual impugnación de aquellos a quienes perjudicase. En cambio, don F. C. M., en una interpretación normal del Código, no pudo válidamente reconocerlos, si bien ofrece aquél cierta base para admitir, mediante una interpretación correctora, el reconocimiento como naturales o bien, según una decidida corriente doctrinal, el reconocimiento como ilegítimos.

Con este punto de partida se puede afrontar ya el problema de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

El art. 121 C. c. decreta que «sólo se consideran legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrado»; pero, como quiera que, previamente, el art. 119 en su párrafo 1.º declara que «sólo podrán ser legitimados los hijos naturales»³¹, parece claro que, aunque se admita el reconocimiento como ilegítimos de los adulterinos (en determinadas condiciones), conforme a la corriente doctrinal expuesta, tal reconocimiento no sería hábil para la legitimación. Sería necesario admitir no sólo el reconocimiento, sino el hecho en concepto de naturales.

Hay, sin embargo, un precepto que —simétricamente a lo que ocurre, para el reconocimiento, con el 138— resulta desconcertante y puede, quizá, ser erigido en clave de la solución: el art. 128, a cuyo tenor «la legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados en este Capítulo».

Si la legitimación de hijos ilegítimos no naturales fuese nula de pleno derecho (arts. 4 y 119), ¿qué función desempeñaría este precepto...? Nótese que el 138, aun excluido de la interpretación correctora aludida, sigue teniendo función, referido al reconocimiento unilateral (art. 129) por el progenitor presumiblemente natural (art. 130); pero aquí no: la nulidad radical vacía de contenido al art. 128 en su pronunciamiento expresamente referido a los hijos que tengan la condición legal de naturales.

30. *Op. cit.*, pág. 205.

31. Y es, precisamente, el párrafo segundo de este artículo el que contiene el concepto legal de hijos naturales.



Podría, pues, en base a este precepto, que los hijos ilegítimos no naturales pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, si bien tal legitimación es también claudicante, sometida a la impugnación de aquellos a quienes perjudique en sus derechos.

Nótese que ello podría tener lugar:

a) Cuando, conforme a la interpretación correctora del Código, se admitiese su reconocimiento en concepto de naturales. Entonces los perjudicados respectivos podrían impugnar la legitimación y el reconocimiento.

b) Cuando, conforme a la corriente doctrinal aludida, se admitiese su reconocimiento en concepto de ilegítimos. Entonces sólo sería impugnable la legitimación.

c) Incluso cuando no hubiesen sido formalmente reconocidos, ya que en este caso habría dos anomalías: la falta de naturalidad (art. 119) y la falta de reconocimiento (art. 121), pero ambas están incluidas en el art. 128 como supuestos de simple y relativa impugnación, la primera expersamente y la segunda como falta de «dos requisitos señalados en este Capítulo», ya que el 121 está ubicado en él.

Los resultados de esta interpretación parecen absolutamente justos y concordes con las corrientes doctrinales y reformas legislativas dominantes: en beneficio de tales hijos se admite su legitimación; en defensa de la familia legítima, se admite la impugnación. Incluso tiene cierto paralelismo con la solución penal.

En Francia, el Código había limitado la legitimación a los hijos naturales legalmente reconocidos antes del matrimonio de los padres. La ley de 17 agosto 1897 la extendió a los reconocidos en el acto mismo de la celebración del matrimonio. Pero el art. 331 seguía prohibiendo expresamente la legitimación de los hijos adulterinos e incestuosos. La ley de 25 abril 1924, restablecida por la Ordenanza de 3 mayo 1945, admitió la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, cuando éstos los reconocen en el momento de su celebración, incluso de los hijos adulterinos de la madre cuando fuesen desconocidos por el marido o sus herederos y, conforme a la ley de 5 julio 1956, cuando se reputan concebidos en una época en que la madre tenía domicilio legal distinto, pudiendo ser anulada si el hijo tuviese posesión de estado de hijo legítimo. En cuanto a los hijos nacidos de comercio adulterino del padre, la ley de 1924 admitía su legitimación en todos los demás casos (además de los dos referidos a la madre) si no existiesen hijos o descendientes legítimos del matrimonio durante el cual fue concebido el adulterino; pero la ley de 1956 suprimió este último requisito.

El Código italiano de 1942 sigue vedando la legitimación a los hijos que



LEGITIMACION DE HIJOS ADULTERINOS

no pueden ser reconocidos (art. 281); pero así como el de 1865 prohibía el reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuosos (art. 180), el actual lo permite al progenitor que al tiempo de la concepción no estuviese unido en matrimonio o, si lo estaba, cuando se disuelve este matrimonio por la muerte del otro cónyuge; en este caso, si hay hijos legítimos o legitimados o sus descendientes legítimos, se necesita Decreto del Jefe del Estado y no es posible hasta que aquéllos han alcanzado la mayoría de edad y han sido oídos (art. 252); los incestuosos pueden ser reconocidos cuando los padres, al tiempo de la concepción ignorasen el vínculo existente entre ellos (art. 251). En estos casos pueden, por tanto, ser actualmente legitimados por subsiguiente matrimonio, siempre que éste sea posible y se celebre en efecto.

Todo lo expuesto ofrece una cierta base técnica para llegar a la solución impuesta por la D. G. La R. de 28 noviembre 1961 argumenta con la afinidad a la nulidad *ex tunc* de la disolución *super rato* cuando concurren, además de la circunstancia de no estar consumado, motivos pertinentes para producir aquel resultado (sin aclarar cuáles sean estos motivos, ni su prueba en el recurso) y sobre los cánones 1.053 (que, a mi juicio, no es extensible a otro impedimento que el de adulterio con promesa o atentación de matrimonio y que, además, supone dispensa *ex nunc* de tal impedimento), 1.116 (que más bien excluye expresamente, lejos de incluirlo, el supuesto contemplado)³² y 1.051 (que se refiere a dispensa de impedimentos *para el futuro matrimonio*, no a la disolución del preexistente que constituye el impedimento y que, además, excluye expresamente la prole adulterina). Tales argumentos —contenidos en el Considerando primero— me parecen forzados; en cambio, el Considerando segundo apunta el argumento técnico, sin exponerlo, del art. 138. Quizá hubiese resultado más jurídico, por lo expuesto, fundamentar la misma solución en una interpretación decidida del 128. Seguramente la D. G. no ha querido comprometer su criterio general y futuro por un camino, aunque a mi juicio posible, ciertamente audaz e innovador.

En suma, podría calificarse esta Resolución de equitativa y de más prudente que técnica.

FRANCISCO SANCHO REBULLIDA

32. Sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio en Derecho canónico, vid. PIEKOSZEWSKI, *La légitimation des enfants naturels simples par le mariage subséquent (Etude de Droit canonique)*, Paris, 1951.