

## ¿PUEDEN LEGITIMARSE LOS HIJOS ADULTERINOS?

Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1961.

### HECHOS

Don FCM contrajo matrimonio canónico el año 1930 con D.<sup>a</sup> ADG, matrimonio inscrito en el correspondiente Registro Civil y que no llegó a consumarse, viviendo desde poco tiempo después el consorte separado de la mujer y consiguiendo de la Audiencia Territorial de Oviedo sentencia de divorcio vincular el 19 de abril de 1937. En 1938 y en 1948 le nacen dos hijos con otra mujer con la que hace vida marital, y estando así las cosas solicita de la Santa Sede la disolución de su primer matrimonio rato y no consumado, siéndole concedida al efecto la oportuna dispensa por S. S. Pío XII el 6 de junio de 1958.

Disuelto pues el primer matrimonio, el actor contrae segundas nupcias canónicas con la mujer con la que ha vivido y de la que tiene los dos hijos, matrimonio que también se inscribe oportunamente en el Registro Civil. Verificado este enlace FCM presenta ante el Registro Civil solicitud para que se anote en las partidas de nacimiento de sus hijos declarándoles legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres, alegando en su favor que él y su esposa podían casarse con dispensa en el momento de la concepción de sus hijos (requisito exigido por el art. 119 del Código Civil para considerar a los hijos como naturales) como lo prueba el hecho de haber obtenido la correspondiente dispensa canónica a que nos hemos referido. Presenta a tal efecto certificación literal del Rescripto de la S. C. de Sacramentos relativo al expediente de dispensa de matrimonio rato y no consumado con ADG, certificación de nacimiento de sus hijos (el 2.º de los cuales figura inscrito como legítimo hijo suyo con esta segunda mujer), y verifica ante el Juez el reconocimiento de sus hijos declarando su deseo de que sean legitimados por subsiguiente matrimonio.

El Ministerio Fiscal dictaminó que era de parecer que se accediese a lo solicitado y el Encargado del Registro Civil elevó el expediente al Juez de Primera Instancia, quien le devuelve el expediente con la indicación de que habrá de ser dicho Encargado el que deberá fallar sobre la procedencia o no de la inscripción. Este último dicta auto el 9 de enero de 1961 denegando la anotación de legitimación por subsiguiente matrimonio pretendida fundándose en que los hijos de FCM no reúnen la condición legal de naturales con-

forme a lo dispuesto en el art. 119 del Código Civil. El promotor de este expediente recurre de la anterior decisión ante el Juez de Instrucción y Primera Instancia alegando, además de los argumentos al principio expuestos, el que “parece que los efectos de la dispensa del matrimonio rato y no consumado deben retrotraerse al momento de la celebración del matrimonio, 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”; y que además “dada la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo decretando el divorcio vincular, los hijos nacidos después tenían la condición de naturales, al menos civilmente, pues aquella Sentencia surtió sus efectos y produjo la situación o creencia de que tales hijos eran naturales, de buena fe” y que tal estado jurídico de buena fe debe surtir efectos favorables para los hijos.

El Juez de Primera Instancia confirma íntegramente el fallo del Encargado del Registro y deniega la inscripción solicitada. Contra este fallo el recurrente interpone recurso de alzada ante la Dirección General de Registros alegando nuevamente los argumentos anteriores y añadiendo la “tendencia existente en nuestra patria a favorecer la condición y derecho de los hijos”. El Ministerio Fiscal emite informe en sentido favorable a la legitimación, razonando su dictamen en que según el Código Canónico la Santa Sede tiene la facultad de romper el matrimonio rato y no consumado mediante justa causa y a través de la mal llamada “dispensa” siendo así que se trata más bien de una verdadera “irritación o resolución del vínculo jurídico” con las consecuencias subsiguientes de ruptura de las obligaciones matrimoniales y hasta dispensa del impedimento de crimen nacido del adulterio (can. 1053). Y sea cualquiera la denominación y naturaleza de esta resolución del vínculo matrimonial, lo indudable es que debe producir sus efectos ex tunc. Alega también la liberalidad del Derecho Canónico en la legitimación de la prole y, sobre todo, la razón poderosísima de que la solución contraria, sin beneficiar a nadie en el presente caso, no habría más que acarrear perjuicios de todo orden a esas pobres víctimas que son los hijos totalmente inocentes e irresponsables de las faltas de los padres.

La Dirección General de los Registros acuerda revocar el auto del Juez de Primera Instancia y autorizar la inscripción de los hijos de FCM como legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres.

#### COMENTARIO

El punto central que se nos presenta a discusión es el averiguar cual es la condición legal de los hijos de FCM y que posibilidades hay en nuestro derecho para su legitimación. Ciertamente que el problema podría resolverse atendiendo a una concepción puramente legalista sin preocuparnos de los problemas tangenciales que pueden presentarse en el campo de la ciencia. Pero esa visión un tanto miope del Derecho nos haría encasillarnos en los estrechos

límites de una ley que en muchos casos puede resultar anticuada e incluso injusta. Por ello, al lado de emitir nuestro parecer conforme al Derecho positivo, estimamos necesaria, siquiera con la brevedad que nos impone nuestro cometido, dar una visión algo más amplia que pueda ayudarnos a enjuiciar correctamente la Resolución antes expuesta.

Por filiación podemos entender el vínculo que une al generador con sus generantes, o de otro modo, a los hijos con sus padres. Constituye la filiación, como dice Cicu<sup>1</sup>, al lado de un hecho natural (ya que está basada en la procreación), un hecho jurídico puesto que produce consecuencias jurídicas. Como hecho la filiación existe siempre ya que todo hijo lo es de un padre y una madre; como hecho jurídico puede no existir.

Se ha caracterizado esta materia siempre por su trascendencia y a la vez dificultad en ser tratada. Trascendencia en el orden moral, como acertadamente señala Castán<sup>2</sup> en cuanto que de ella puede depender el hombre y el honor del individuo y su integración en el grupo familiar; importancia patrimonial en cuanto que de ella se derivan derechos de esta índole. Y además entraña también un interés público y superior que interesa al Estado por lo que este, a través de las leyes, suele intervenir en su regulación que, por otra parte, varía considerablemente de unos países a otros.

Nosotros, centrándonos en el Derecho español, hemos de distinguir dos clases de filiación: la legítima, que proviene del vínculo matrimonial, y la ilegítima que comprende los hijos nacidos fuera del matrimonio<sup>3</sup>. Dentro de esta última hay que diferenciar entre filiación natural, en la que se incluyen los hijos engendrados por padres capaces en tal momento para contraer matrimonio entre si con dispensa o sin ella, y la filiación ilegítima no natural que acoge a los restantes hijos extramatrimoniales. Entran pues, en esta última los hijos incestuosos (de padres unidos con impedimento de consanguinidad en grado no dispensable), los adulterios (de padres en que al menos uno de ellos se encontraba casado válidamente), y los sacrílegos (de padres alguno de los cuales se encontraba ligado con voto solemne de castidad u orden sagrado<sup>4</sup>).

Queda por tanto determinada la naturalidad de un hijo por la posibilidad de casarse sus padres al tiempo de la concepción con dispensa o sin ella, tiempo bastante difícil de determinar en sí, por lo que en la práctica habrá de calcularse deduciendo desde el momento del parto el período de gesta-

<sup>1</sup> *La filiación* (Madrid, 1930), pág. 15-16.

<sup>2</sup> *Derecho civil común y foral* (Madrid, 1958). T. V, vol. II, pág. 12.

<sup>3</sup> Arts. 108-141. Hoy pretende sustituirse esta denominación por la más acertada de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

<sup>4</sup> El concepto de hijo natural era totalmente distinto en el Derecho Romano y en las Partidas. Fueron las Leyes de Toro las que introdujeron el concepto que hoy rige con alguna variante (v. MIGUEL BORRACHERO, *Reconocimiento sucesivo de hijos naturales* en "Rev. de Derecho Privado". Abril 1953, pág. 279).

ción<sup>5</sup>. Tal capacidad habrá que buscarla para los que profesan la religión católica en los preceptos del Código canónico sobre impedimentos matrimoniales, y para los que no la profesan en los arts. 83 y 84 del Código Civil.

En el presente caso, existe un matrimonio canónico entre FCM y ADG, matrimonio debidamente inscrito aunque no fue consumado. Esta unión fue disuelta unos años después por un Tribunal civil, la Audiencia territorial de Oviedo, y sin que conste un nuevo matrimonio con su, ahora, segunda esposa, tuvo con ella dos hijos. ¿Cual será la condición legal de los mismos? Analicemos el problema bajo el prisma canónico y el civil.

### I. *Condición legal de los hijos de FCM.*

A) Desde el punto de vista canónico el matrimonio entre FCM y ADG es verdadero y perfecto matrimonio a tenor del canon 1081, ya si bien algún día se discutió el momento en que la unión matrimonial devenía perfecta<sup>6</sup>, hoy la doctrina de la Iglesia es sobre este punto clara y precisa. Por tanto este vínculo existió hasta el momento en que fue validamente disuelto por la Santa Sede, es decir hasta 1958.

Ahora bien, el canon 1114 fundamenta la legitimidad de los hijos en el matrimonio canónico válido o en el putativo, cosas que no se dan en el supuesto a tratar. De acuerdo con ello hay que considerar como ilegítimos a los susodichos hijos y, como quiera que uno de sus padres estaba válidamente casado con persona distinta al ser concebidos, durante su gestación y nacimiento, dentro de ellos tendrán la condición de adulterinos.

B) Desde el punto de vista civil la solución presenta mayores dificultades a causa de la Sentencia de divorcio, decretada en 1937 por la Audiencia de Oviedo, disolviendo el vínculo matrimonial existente entre FCM y ADG.

En efecto, la legislación española, derogatoria de la legalidad republicana presenta bastantes dificultades en su interpretación, que puede dar lugar

---

<sup>5</sup> La ciencia médica puede hoy determinar casi con absoluta certeza el tiempo de la gestación del feto al nacer. No obstante desde el punto de vista legal estricto la retroacción se haría teniendo en cuenta las reglas del art. 108, ya que en él parece determinarse un período de gestación legal. En Derecho Canónico existe también la presunción establecida en el canon 1115 presunción que según PEDRO HERRÁNZ (*La filiación en el D. Canónico*, Madrid, 1960, págs. 36-37), puede convertir en legítima prole adulterina en su origen.

<sup>6</sup> Durante algunos siglos la cópula carnal fue considerada como un elemento esencial del matrimonio, hasta el punto que según algunos autores sin ella no existía verdadero matrimonio. Se distinguía así entre la mujer "nupta" (unida en matrimonio consumado) y la "desponsata" (unida en matrimonio no consumado aún). Tradicionalmente la Escuela de Bolonia, con Graciano al frente, defendió la teoría de la cópula siguiendo a Hincmaro (Arzobispo de Reims), mientras que la llamada Escuela de París, con S. Pedro Damían y Pedro Lombardo, declaró, siguiendo a S. Agustín, que el matrimonio era perfecto por el solo consentimiento. La Iglesia, a partir de Alejandro III se adhiere a una posición intermedia en cuanto que lo considera perfecto desde que se presta el consentimiento, pero permite disolverlo por dispensa pontificia o profesión religiosa solemne antes de consumarse.

muchas veces a soluciones contradictorias, como en el presente caso. Veámoslas:

a) Por una parte nos encontramos con la primera disposición transitoria de la Ley de 23 de setiembre de 1939 que nos dice que “las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales Civiles a tenor de la ley que se deroga respecto a los matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la autoridad judicial a instancia de cualquiera de los interesados”. Con arreglo a este precepto, al no haber sido impugnada por ninguna de las partes la sentencia de divorcio, esta surtiría plenos efectos y por tanto FCM estaría libre para contraer matrimonio al tiempo de la concepción de sus hijos, quienes en consecuencia tendrían la condición legal de naturales.

b) Por otra parte,, la disposición transitoria sexta, párrafo primero, de la misma Ley establece que “ningún cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley derogada, podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista el primer vínculo canónico”. Parece que una correcta interpretación de esta norma nos llevaría a considerar que FCM, a pesar de su divorcio, sigue unido en vínculo con ADG, por lo que los hijos habidos con otra mujer tendrán la condición de adulterinos. Se trataría de una equiparación del divorcio a la simple separación de personas<sup>7</sup>.

c) Finalmente la Ley de 8 de mayo de 1939 disponía que “se declaran nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleito de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja”. ¿Cómo se debe interpretar esta disposición? Sancho Rebullida entiende acertadamente a nuestro parecer, que la solución debería ser en pro de la nulidad de pleno derecho de “todas” las actuaciones. Pero la doctrina civilista parece no estar de acuerdo del todo con esta forma de pensar y deja a salvo las Sentencias que se dictasen con arreglo a las leyes<sup>8</sup>.

Nosotros entendemos que de acuerdo con la cronología de las disposiciones expuestas, debemos tener en cuenta fundamentalmente la Ley de 23 de setiembre de 1939 y, dentro de ella, la disposición transitoria sexta por

---

<sup>7</sup> SANCHO REBULLIDA: *Legitimación por subsiguiente matrimonio de hijos habidos durante ligamen-disuelto, después, “super rato” del padre con tercera persona*. Comentario a una Resolución en “Ius canonicum” 2 (1962) 362. Distingue aún este autor según que la equiparación lo fuera solamente “ex nunc”, en cuyo caso el primero de ellos sería adulterio y el segundo natural simple, o que tal equiparación lo fuera sólo respecto al impedimento de ligamen en atención a posibles ulteriores nupcias, en cuyo caso ambos hijos serían naturales. Se inclina por esta última solución.

<sup>8</sup> *Legitimación por subsiguiente matrimonio...* pág. 360-361, donde cita igualmente las opiniones contrarias de Romero Vieitez y Bonet basándose sobre todo en el art. 3 de la Orden Ministerial de 8 de marzo de 1939 en la que se dice que “sólo se mantendrán las anotaciones marginales cuando estas hayas sido acordadas con arreglo a las causas de la Ley de 1932 por los Tribunales y en la forma que aquella disponía en virtud se sentencia firme acordada antes de la vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1938”.

considerarla más especial que la primera. De acuerdo pues con ella<sup>9</sup> estimamos que FCM se encontraba ligado con un vínculo matrimonial válido a tenor del art. 42 del Código Civil, no disuelto, por lo que los hijos habidos con mujer ajena a su esposa tienen con arreglo al art. 119 del mismo cuerpo legal, la condición de adulterinos.

## II. Posibilidad de legitimación.

El segundo problema que se nos presenta al comentar la Resolución citada, es el de saber si, considerados ya como adulterinos los hijos de FCM, podrán ser legitimados por subsiguiente matrimonio como pretende su padre. También aquí como en el anterior apartado trataremos de analizarlo bajo el punto de vista canónico y civil.

A) Punto de vista canónico. El canon 1116 dice taxativamente que podrán ser legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres, sea verdadero o putativo, tanto si se contrae entonces como si se convalida, aunque no llegue a consumarse, los hijos ilegítimos que fueron concebidos, gestados o nacidos cuando los padres eran hábiles para contraer entre sí.

A efectos de la legitimación distingue pues el Derecho Canónico entre hijos ilegítimos naturales e hijos ilegítimos espúreos. Los primeros concebidos, gestados y nacidos fuera de matrimonio, pero pudiendo sus progenitores contraer entre sí en cualquiera de estos momentos, quedan automáticamente legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Los segundos, cuando sean adulterinos o sacrílegos no pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio<sup>10</sup>.

Teniendo esto en cuenta, los hijos de FCM fueron concebidos, gestados y nacidos fuera del matrimonio y en tiempo en que sus padres no podían contraer entre sí por estar ligado uno de ellos, el padre, por un vínculo canónico válido a tercera persona. Luego tal prole tiene la cualidad de adulterina y para ella no cabe otra legitimación que la concedida por rescripto pontificio<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Corroborra esta solución la interpretación literal del art. 6 de la ley de 8 de mayo de 1939 citada.

<sup>10</sup> v. Canon 1051.

<sup>11</sup> Históricamente se conocen algunos casos de legitimación por rescripto de hijos adulterinos e incestuosos. Como ejemplos podemos citar el de los hijos del rey de Francia Felipe-Augusto con Inés de Merán, estando el rey válidamente casado (aunque repudió a su mujer) con la princesa Ingeborg de Dinamarca. Y el mismo rey español Fernando III el Santo, era hijo espúreo de Alfonso IX de León y doña Berenguela, matrimonio declarado nulo por Inocencio III a causa de impedimento de consanguinidad no dispensable entonces (tío y sobrina). Este último caso no claro en cuanto a legitimación *de iure* o al menos no conocemos documento en que se haga. (Pueden consultarse sobre estos casos, MANSILLA, *Inocencio III y los reinos hispánicos* en "Anthologica Annua" (Roma, 1954), pág. 21. *La documentación pontificia hasta Inocencio III* (Roma, 1955); JULIO GONZÁLEZ, *Alfonso IX* (Madrid, 1944). Tomo I, pág. 91 y ss.; PIERRE ALBERS y RENE HEDDE, *Manuel d'histoire ecclesiastique* (París, 1939), pág. 373-374; BLAS PIÑAR, *Legitimación por concesión real* en "An. de Der. Civil" 10 (1957), pág. 393 y ss.

Hemos de reconocer sin embargo, que en general, la doctrina canónica sobre la filiación tiene bastantes deficiencias, y esperamos que a la hora de una ya propuesta reforma del Código se tomen las oportunas medidas para actualizarla. Y esto por dos razones:

1.<sup>a</sup> En la primitiva Iglesia no se tenía en cuenta la filiación para los efectos canónicos. El principio de hermandad de todos los cristianos no permitía, dice García Barberena<sup>12</sup> hacer distinciones alusivas a la cuna de cada uno. La distinción por razón de filiación la acoge la Iglesia cuando comienza a tener relieve social, fenómeno que se agudiza por las ideas dominantes en la sociedad feudal.

2.<sup>a</sup> Es un hecho constatado en el derecho comparado actual la corriente existente en todos los países propicia a disminuir, cuando no a borrar, las diferencias entre las filiaciones legítimas e ilegítimas. No vamos con ello a pretender la total equiparación de unas y otras, pero si queremos hacer resaltar que la Iglesia, más tolerante generalmente en esta materia que muchas legislaciones civiles, debe poner al día su legislación. Máxime si tenemos en cuenta que la noción de legitimidad y sus efectos la ha acostumbrado a tomar, de acuerdo con las circunstancias históricas, de la que establecida el *ius civile*<sup>13</sup>.

El presente caso que nos ocupa puede muy bien servirnos de ejemplo de tal necesidad. En efecto ¿qué grave óbice puede encontrar el Derecho canónico para negar la legitimación por subsiguiente matrimonio a los hijos de FCM? Si centramos algo la atención sobre el interrogante nos encontraremos con las siguientes cosas:

a) Existe una posibilidad de legitimación recogida en el canon 1138 al permitir retrotraer los efectos de la *sanatio in radice* al momento de la celebración del matrimonio anterior inválido. La subsanación radical supone una revalidación que se produce "ex nunc", al igual que la disolución del matrimonio rato y no consumado por la dispensa pontificia. Pero si bien hasta aquí ambas instituciones funcionan igual, en cuanto a la producción de efectos canónicos ya se separan: los de la subsanación radical se retrotraen mientras que los de la dispensa *super rato* no. Ciertamente que las premisas de ambos casos son distintas, pero no creemos que esto sea suficiente para una diferencia tan tajante.

<sup>12</sup> GARCÍA BARBERENA, *La investigación de la paternidad por los grupos sanguíneos*. En "Rev. Esp. de Der. Canónico" 4 (1949), pág. 1006-1007. En contra parece opinar PEDRO HERRÁNZ. *La filiación en Derecho Canónico*. (Madrid, 1960), pág. 24.

<sup>13</sup> V. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique* (París, 1935), pág. 40, donde expone cómo la legitimación por subsiguiente matrimonio fue introducida por Constantino y definitivamente admitida en el Derecho Romano por Justiniano. Inocencio III y Alejandro III parece que fueron los introductores en el D. Canónico de la legitimación por rescripto y por subsiguiente matrimonio.

Es hoy incomprensible por otra parte que el Derecho canónico ponga aún inconvenientes a los hijos ilegítimos para ocupar determinados cargos y dignidades (v. cánones 232, 2.º, 320, 2.º y 331, 1.º) cuando los derechos seculares les permiten el acceso a todos los cargos públicos.

b) La dispensa del matrimonio rato y no consumado lleva implícita, a tenor del canon 1053, la del impedimento de crimen en su figura de adulterio con promesa o atentación de matrimonio. La razón está en la presunción de que en la mayoría de los casos existe tal impedimento<sup>14</sup>. Pero si esto es cierto, no lo es menos que igualmente debe presumirse que de tal estado de adulterio haya descendencia. Y entonces, ¿por qué razón no se extiende la dispensa a la condición legal de esos hijos?

c) Al no poder legitimar a sus hijos por subsiguiente matrimonio se obliga al padre a solicitar la legitimación por concesión. Y aparte de las dificultades que le suponga, hay que tener bien presente que tal institución aparece históricamente para devenir legítimos a los hijos de aquellos que "voluerint eas ducere uxores quae antea fuerint concubinae" y precisamente cuando el matrimonio entre los concubinos era imposible por alguna razón natural, moral, o jurídica<sup>15</sup>.

B) Punto de vista civil. El art. 119 del Código Civil dice textualmente que "sólo podrán ser legitimados los hijos naturales" y el art. 121, refiriéndose a la legitimación por subsiguiente matrimonio, señala que "únicamente se podrán considerar legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrado".

De acuerdo con estos preceptos podemos deducir que son dos los requisitos exigidos en nuestro Derecho para permitir la legitimación por subsiguiente matrimonio: 1) Que se trate de hijos que gocen de la condición legal de naturales<sup>16</sup>. 2) Que hayan sido reconocidos por los padres como tales. En el caso presente bien se ve que falla el primer requisito y por tanto el reconocimiento intentado por parte del padre carece de validez<sup>17</sup>. La legitimación por subsiguiente matrimonio es pues, legalmente hablando, improcedente.

<sup>14</sup> Así viene a decirlo el Decreto de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 3 de junio de 1912.

<sup>15</sup> Piénsese además que según un autor de tanta solvencia científica como Cicu (*La legitimación...*, pág. 190) sostiene que Alejandro III vio la raíz de la legitimación no en una ficción de la ley, sino en la eficacia del matrimonio.

Sobre la institución de la legitimación por rescripto puede verse un amplio trabajo en BLAS PIÑAR, *Legitimación por concesión real...*, pág. 393 y ss.

<sup>16</sup> No caben aquí los que gozan únicamente de la naturalidad presunta del art. 130 del Código Civil, ya que es necesario el reconocimiento de los dos padres y que éstos pudieran casarse entre sí al tiempo de la concepción. Otra cosa sería si se tratase de legitimación por rescripto, en cuyo caso parece que podría, al menos en principio, legitimarse a hijos que en rigor no tuvieren la naturalidad del art. 119.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ RADIO, *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural en "Rev. de Derecho Privado"*, abril de 1957, pág. 370-374, ha defendido que en ciertos casos podría el padre reconocer hijos adúlteros habidos con mujer soltera porque principalmente no se puede admitir un reconocimiento para empeorar la situación de un hijo cobijado en la presunción de naturalidad y porque igualmente se realzan los obstáculos de índole moral. Y además porque nuestro legislador no ha acogido la prohibición expresa y terminante de los Códigos Francés e Italiano de reconocer a los hijos ilegítimos no naturales, debiendo suponer que tal cosa no se debió a olvido, sino que se quiso seguir un criterio distinto y dejar un portillo abierto al reconocimiento de esta clase de filiación. Y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 367-368, apoyándose en el art. 128 del Código Civil patrocina una sugestiva posibilidad de legitimación de hijos adúlteros, si bien no es muy factible con la actual interpretación de nuestras leyes.

Sin embargo que tal resultado sea conforme a Derecho no quiere decir que forzosamente haya de ser justo. Nuestras leyes han quedado ciertamente anticuadas en esta materia y podemos aseverar, sin temor a errar en mucho, que tampoco están muy concordes con el Derecho natural y la Moral católica<sup>18</sup>. Con razón dice González Pérez<sup>19</sup> que todo nuestro derecho privado responde a una concepción burguesa de la vida que debe ser superada y que la regulación jurídica de los hijos habidos fuera del matrimonio está pidiendo a gritos una profunda y total reforma.

Nuestro primer cuerpo legal sigue, aún hoy, nadie lo duda, unos criterios que distan mucho de ser progresivos<sup>20</sup>. Los lazos de parentesco que históricamente le unen al Derecho Romano y el antecedente napoleónico en que se basaron generalmente sus compiladores, siguen mostrando claramente su influencia a los 73 años de su existencia. Doctrinalmente, hace tiempo no obstante que se han criticado los principios legales sobre filiación y se han propuesto diversas soluciones al mismo<sup>21</sup>. Tal orientación se ha visto sin duda influida por la corriente casi unánime que en el extranjero viene defendiendo la suavización de las leyes sobre esta institución y que trata, en un decidido intento,

---

<sup>18</sup> PERE RALUY, *La filiación y el registro* en "An. de Der. Civil" 9 (1956), pág. 862-863, denuncia también estos vicios diciendo que "hora es de deslindar problemas completamente independientes y analizar los problemas de la filiación a la luz del Derecho Natural y la moral católica, cuyos principios no coinciden ciertamente con los del régimen legal de la filiación de la Roma pagana o en la Francia Napoleónica, que son cabalmente los que han venido hasta nuestros días informando el derecho de filiación en la generalidad de los países.

<sup>19</sup> *La inscripción en el Registro Civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales*. Separata de la "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia" (Madrid, 1954), pág. 3-4. Señala este autor cómo "esta concepción burguesa en ocasiones acude para justificar sus principios a una falsa interpretación del catolicismo", y cómo "un erróneo criterio de protección a la familia ha llevado a consagrar normas que repugnan con los más elementales principios de justicia".

<sup>20</sup> Como ejemplo puede servirnos el considerar cómo nuestro Código declara legítimos a los hijos incestuosos y adulterinos si nacen de matrimonio putativo, y en cambio en los demás casos le impide alcanzar incluso el grado de hijo natural pleno. Incluso podrían casarse padres e hijos ilegítimos haciendo una interpretación estricta de la ley, ya que el art. 84 nada establece a este respecto al tratar de los impedimentos matrimoniales.

<sup>21</sup> PERE RALUY, *La filiación y el Registro...*, pág. 864, señala como principios orientadores los siguientes:

1) El matrimonio es la piedra angular de la familia, y como tal exige la máxima protección del derecho.

2) La relación paterno-filial legítima debe gozar del máximo favor de la ley.

3) La filiación extramatrimonial constituye un vínculo real que el ordenamiento jurídico no puede desconocer.

4) Los hijos extramatrimoniales tienen derecho, sin distinción, a exigir de sus progenitores el cumplimiento de los deberes que a los mismos impone la naturaleza, singularmente el de reconocimiento, deberes cuyo cumplimiento ha de garantizar eficazmente la ley.

5) 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.

de conseguir una equiparación —en algunos sitios con ciertas reservas y en otro sin ninguna— entre la prole legítima y la ilegítima<sup>22</sup>.

Dos cosas han chocado tradicionalmente al tratar de solucionar este problema: por una parte el respeto a la familia legítima y la consideración del matrimonio como único medio válido para formar una familia; por otra los sentimientos humanitarios que impiden olvidar que los hijos habidos extramatrimonialmente son personas, seres inocentes, dignas de toda protección. Poco a poco las razones objetivas se van imponiendo y los legisladores se preocupan de adoptar las oportunas medidas que, sin abandonar ciertos principios fundamentales, supongan un acercamiento a los ideales de justicia y equidad<sup>23</sup>. La Jurisprudencia patria ha seguido sin embargo, hasta ahora, una línea inflexible y rigurosa en la interpretación del Código Civil, suavizándose únicamente durante el período republicano cuyas leyes supusieron un avance en esta materia<sup>24</sup>.

La Resolución que nos ocupa supone un importante cambio de actitud y parece dictada teniendo en cuenta las razones de la moderna doctrina. Porque las tres razones que alega FCM fundamentando su petición no tienen la debida consistencia para, basándose en ellas, razonar el fallo obtenido. Veámoslas:

1.ª Admitido, dice el recurrente, que la condición legal de naturales la da a los hijos la posibilidad de casarse sus padres al tiempo de la concepción con dispensa o sin ella, nosotros podíamos contraer matrimonio con dispensa como lo demuestra el hecho de que ésta ha sido concedida posteriormente por el Papa.

Como bien apunta Sancho Rebullida<sup>25</sup> hay aquí una confusión al interpretar el sentido de la palabra "dispensa". Este término hace referencia en el art. 119 a los impedimentos matrimoniales, mientras que la impropriadamente llamada "dispensa del matrimonio rato y no consumado" hace referencia al vínculo mismo, en cuanto que con ella no se dispensa un impedimento que invalidara el matrimonio sino que sirve para disolver un matrimonio ya válidamente contraído. Y nadie se atreve a afirmar que el matrimonio no consumado pueda considerarse como impedimento dispensable a los efectos del art. 119 del Código Civil.

2.ª Si por la dispensa del matrimonio rato y no consumado queda disuel-

<sup>22</sup> Pueden verse en tal sentido FERNÁNDEZ CLÉRIGO, *El derecho de familia en la legislación comparada* (México, 1947) y TERÁN LOMAS, *los hijos extramatrimoniales* (Buenos Aires, 1954).

<sup>23</sup> Así, refiriéndose a la anterior ley de arrend. urbanos CASAS MARTÍNEZ (*Los hijos adulterinos y adoptivos en relación con el art. 71 de la Ley de Arrend. Urbanos* en "Rev. de Der. Privado" 36 (1952), pág. 725-729), sostiene el derecho de tales hijos basándose en el carácter humano y social de la Ley.

<sup>24</sup> v. una dura crítica a nuestra jurisprudencia en PERE RALUY, *La filiación...* pág. 869 y GONZÁLEZ PÉREZ, *La inscripción en el Registro...*, pág. 6.

<sup>25</sup> *Legitimación por subsiguiente matrimonio...*, pág. 356.

to el vínculo matrimonial y desaparece, es evidente —dice otra alegación del recurrente— que sus efectos han de retrotraerse al momento inicial de la celebración, pues esos son los efectos de la disolución del vínculo conforme al canon 1119 del Código de Derecho Canónico.

Dejando a un lado la interpretación que se hace del canon 1119, quizá la solución aquí propugnada fuera la más equitativa, pero lo cierto es que la dispensa del matrimonio rato y no consumado produce hoy sus efectos “ex nunc”. No significa la dispensa una declaración de nulidad, sino que el matrimonio perfectamente válido y productor de efectos jurídicos queda disuelto y deja de producir efectos en el momento en que es dispensado<sup>26</sup> por el Papa.

3.<sup>a</sup> La buena fe proveniente de creer el interesado que la Sentencia de la Audiencia de Oviedo tenía plena validez, creencia apoyada también en el hecho de seguir constando en el Registro Civil el divorcio y disolución vincular dictado por aquel Tribunal, es la tercera alegación del recurrente. Buena fe que estima debe surtir efectos favorables para sus hijos.

Esta es sin duda la razón de más peso, en el campo legal, aducida por FCM en defensa de su petición. Efectivamente, la buena fe permite muchas veces que un acto jurídico nulo siga desplegando determinados efectos. Un caso claro nos lo muestra el mismo Código Civil al tratar del matrimonio putativo en su art. 69 (un matrimonio que es nulo y que sin embargo, apoyado en la buena fe de los cónyuges, produce el efecto de considerar legítimos los hijos habidos en el mismo). Bajo este aspecto, la Sentencia del Tribunal de Oviedo, dictada con las formalidades legales, y el hecho de seguir constante aquella Sentencia en el Registro, ¿pudo dar lugar a la buena fe alegada?

No es fácil llegar a definir lo que debemos entender por “buena fe”. Esta es un elemento jurídico que se intuye más que se define<sup>27</sup>. Bajo dos aspectos puede considerarse y de hecho la considran nuestras leyes: un aspecto subjetivo o psicológico y un aspecto objetivo o ético. Bajo el pimer aspecto es una creencia o convicción, basada en la ignorancia o en el error, de que puede hacerse una cosa; dicho de otra forma, es la creencia de actuar honradamente, conforme a derecho. Bajo el segundo aspecto equivaldría a ausencia de voluntad dañina. En cualquier caso se exige la ausencia de dolo.

Teniendo en cuenta esto veamos el resultado:

a) Bajo el ángulo canónico FCM no podría considerársele de buena fe

<sup>26</sup> CIPROTTI, *Il matrimonio nel diritto* en “Enciclopedia del matrimonio” (Brescia, 1960), pág. 413. BAUCCELLS SERRA, *De matrimonii inconsumatione et de processu super rato* en “Las causas matrimoniales” (Trabajos de la IV Semana de Derecho Canónico) Salamanca, 1953, pág. 477. CAPELLO, *De sacramentis*. Vol. V “De matrimonio” (Turín-Roma, 1950), pág. 750. ELOY MONTERO, *¿Puede disolverse el matrimonio canónico?* en “Ann. de Derecho Civil” 7 (1952), pág. 172.

<sup>27</sup> v. JOSÉ ANTONIO MOLLEDA, *Presunción de buena fe* en “Rev. de Derecho Privado” 46 (1962), pág. 368.

si, como parece desprenderse de la última doctrina en la materia<sup>28</sup>, la buena fe deberá asentarse sobre el aspecto negativo de la "absentia peccati".

b) Bajo el ángulo civil tampoco habría muchas posibilidades de reconocerle la buena fe. Ciertamente que el Código Civil en algún artículo, como el 1950, parece requerir solamente, para que esta se de, un hecho meramente intelectual como es la creencia o la ignorancia. Y cierto también que la moderna doctrina entiende que cuando la buena fe se valora exclusivamente en orden a la eficacia de un acto, parece que debe entenderse que hasta que haya habido una apariencia de realidad que justifique la creencia o ignorancia del sujeto para que aquella surja<sup>29</sup>.

A primera vista, y de acuerdo con cuanto antecede, se dan en el caso que nos ocupa todos los requisitos necesarios para que esa institución funcione: una Sentencia con todas las apariencias de legalidad y una situación registral, que parecen suficientes para inducir a error. Más a pesar de todo, creemos que FCM sabía perfectamente desde el comienzo que su primer matrimonio canónico tenía plena validez, a pesar de no estar consumado, hasta que fuera disuelto por la Iglesia. ¿Cómo se explica si no que no se casase enseguida con la segunda mujer civilmente? Al menos como católico es lógico que supiera perfectamente —aunque ignorara el por qué— que un matrimonio ante la Iglesia sólo lo puede disolver ésta y no los Tribunales civiles, y además es natural que tratase de informarse.

### CONCLUSIÓN

Es la Resolución comentada una muestra más del espíritu progresivo que anima a nuestros juristas y que tiende a concordar en lo deseable nuestro derecho con el del resto del mundo<sup>30</sup>. Verdad es que atendiendo a la pura legalidad no puede decirse que este fallo esté acertado. Pero nos atrevemos a apoyarla decididamente por cuanto supone un espíritu renovador y más justo.

No queremos decir con ello que apoyemos una total equiparación entre los hijos legítimos e ilegítimos. Hay casos en que la absoluta igualdad es imposible, pero nunca debemos olvidar que los vínculos de sangre nacen con

<sup>28</sup> BIDAGOR, *La bonne foi et sa fonction en droit canonique*. En "Rapports généraux au V Congrès International de Droit Comparé". (Bruxelles, 1960). T. I, pág. 61-66.

<sup>29</sup> JOSÉ ANTONIO MOLLEDA, *Presunción de buena fe...*, pág. 380.

<sup>30</sup> La Ley alemana de 11 de agosto de 1961 reforma el art. 1719 del Código, permitiendo legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos extramatrimoniales. Igualmente el Código suizo (art. 260-261). El Derecho brasileño lo permite concretamente respecto a los hijos adulterinos una vez disuelta la sociedad conyugal anterior por muerte o anulación (v. DOLOR BARREIRA, *Da condicao juridica dos filhos adulterinos no direito brasileiro*. En "Rev. Forense", 1951, pág. 23-36). La mayoría de los Derechos americanos también lo permiten (v. TERÁN LOMAS, *ob. cit.*). En Francia se permitió por Ley de 24 de septiembre de 1941 y hoy puede darse en algún caso (JAQUES BORRICAND, *Les effets du mariage apres sa dissolution*. (Aix-en-Provence, 1958), pág. 24-26 y MOUREAUX-DUPUY, *Le conflicts conjugaux devant la justice*. (París, 1943), pág. 54).

el hijo mismo, sea cual fuere su condición legal, y no debemos por tanto romper las normas bilógicas, único fundamento estable de una legislación justa, basada sobre el derecho natural y la equidad<sup>31</sup>. Y en cuanto a la posibilidad de legitimación de hijos ilegítimos no naturales hemos de tener presente que más que atender a la mayor o menor ilicitud de la unión de sus padres<sup>32</sup> hay que mirar a si existen o no hijos legítimos a quienes se pueda perjudicar y debiendo acudirse a una u otra forma de legitimación atendiendo a la realidad de cada caso en concreto.

Estimamos que por ello no se puede atacar a nadie de poco ortodoxo, ya que como muy certeramente señala González Pérez<sup>33</sup> "seguir esta corriente no supone, como alegremente se ha dicho a veces, abandonar los principios católicos: por el contrario, por curiosa paradoja, acoger las nuevas normas supone un acercamiento a los más elementales principios evangélicos y adoptar una normativa mucho más en armonía con la Ley Eterna que Dios gravó en cada uno de los corazones".

LUIS PORTERO

Profesor de Derecho canónico en  
la Universidad de Salamanca

---

<sup>31</sup> En este sentido puede verse la Exposición de Motivos del Código del Niño del Uruguay, sancionado en 1934.

<sup>32</sup> PERE RALUY, *La filiación...*, pág. 871 y en parecidos términos CASTÁN, *Hacia un nuevo derecho civil* (Madrid, 1933), pág. 134. No hay que olvidar un hecho ilícito en sí puede generar consecuencias jurídicas, obligaciones, de las cuales la ley positiva no puede desentenderse so pena de permitir injusticias e iniquidades.

En último término si los padres cometen un acto ilícito la pena debe recaer sobre ellos y no sobre la prole, inocente en todo caso de las faltas que puedan haber cometido sus progenitores.

<sup>33</sup> *La inscripción...*, pág. 3-4.