

# PRETERICION DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN SUCESION ABIERTA DESPUES DE LA CONSTITUCION Y ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)

FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 MARZO 1995. 1. *Los hechos y la sentencia de instancia.* 2. *Líneas fundamentales de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo 1995.* 3. *Cuestiones relevantes de la Sentencia del Tribunal Supremo.* III. DETERMINACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DE LA ACTORA. 1. *Problemas de Derecho transitorio. La disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981.* 2. *La retroactividad de la disposición transitoria 7.ª.* 3. *Retroactividad de la Constitución en materia de derechos fundamentales.* 4. *Alcance de la remisión de la disposición transitoria. 7.ª en cuanto a la filiación extramatrimonial.* 4.1. *¿Exclusión del hijo como afectado por la remisión a la "legislación anterior"?* 4.2. *Régimen de la acción de reclamación de filiación por el hijo bajo la "legislación anterior".* 4.3. *¿Es extensivo a los padres el principio de no discriminación en el ejercicio de las acciones de filiación?* 4.4. *Acción de impugnación de filiación de que sea titular el hijo.* 5. *La acción de reclamación-impugnación de filiación.* 5.1. *Planteamiento por la Sentencia de 17 de marzo de 1995, y en general.* 5.2. *La acción de reclamación-impugnación en la vieja legalidad.* IV. PROBLEMAS SUCESORIOS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL PRE-CONSTITUCIONAL. 1. *Legislación aplicable.* 2. *Naturaleza y constitucionalidad de la disposición transitoria 8.ª de la Ley 11/1981.* 3. *Alcance retroactivo de la disposición transitoria 8.ª.* 4. *Cuál es la "legislación anterior" a que remite la disposición transitoria 8.ª.* V. LA PRETERICION DE LA HIJA EXTRAMATRIMONIAL DEMANDANTE. 1. *La mención y atribución de derechos sucesorios en testamento al legitimario preterido.* 1.1. *La Sentencia del Tribu-*

nal Supremo de 25 de mayo de 1917. 1.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1932. 1.3. Análisis comparativo. Conclusiones posibles. 2. *Efectos de la preterición*. 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986. 2.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985. 2.3. De nuevo sobre la Sentencia de 17 de marzo de 1995. VI. CONSIDERACION FINAL.

## I. INTRODUCCION

Ninguna norma exige en nuestro sistema jurídico que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo deba ser lineal y que este último deba atenerse en sus decisiones a sus propios precedentes, salvo en lo relativo al principio de igualdad en la aplicación de la Ley (manifestación del principio de igualdad del artículo 14 de la CE), que impide que un mismo órgano pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, al tiempo que le exige que cuando considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 63/1984, de 21 de mayo (1)).

Hay muchos casos y ejemplos de cambios de Jurisprudencia, más o menos justificados, acertados o no, a los que creo innecesario referirme aquí. Mas, al margen de ello (y concurrente con esto), surgen de vez en cuando ciertas sentencias en que a pesar de la relativa proximidad temporal y casi coincidencia fáctica hay un claro desacuerdo entre ellas, unas veces en su fundamentación jurídica, otras en la decisión recaída (no siempre igualmente coherente con el razonamiento subyacente en los casos respectivos), que no dejan de sorprender en cuanto que no aparece suficientemente justificada la solución diferente dada a supuestos de hecho prácticamente idénticos.

La perplejidad y la duda es mayor en algunas ocasiones, de forma que quien se acerca a tales resoluciones de nuestro más Alto Tribunal no comprende bien si se trata de un giro jurisprudencial, o de una coyuntural

---

(1) Sobre esta cuestión véase, entre otros trabajos, SUAY RINCON, "La igualdad en la aplicación de la Ley. La doctrina del Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, 1986-4, pp. 95 y ss.; y ROCA TRIAS, "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", *RJC*, 1986, pp.841 y ss. Véase también Sentencias del Tribunal Constitucional 166/85, de 9 diciembre (el cambio de criterio del Tribunal en relación con resoluciones anteriores no puede ser arbitrario sino fundado, motivado y manifiesto), 63/1984, de 21 mayo, y 49/1985, de 28 marzo, sobre motivación tácita, que sólo es admisible cuando pueda inferirse "con alto grado de certeza" que el cambio objetivamente perceptible es consciente y de él queda excluida tanto la arbitrariedad como la inadvertencia; véase igualmente la Sentencia 30/1987, que resume toda la doctrina constitucional sobre esta materia

interpretación (quizá finalista o sociológica) de una norma concreta, o si la disparidad de criterio y solución hay que situarla en la búsqueda del *ius-tum* concreto por parte del Tribunal Supremo más que en razones técnico-jurídicas.

Este fenómeno está relativamente bien delimitado y conocido en algunos ámbitos jurídicos, sobre todo en el de los contratos (2), así como constatada cierta despreocupación dogmática por parte de esa jurisprudencia en aras de otros fines y cierto pragmatismo (protección de la apariencia jurídica o del interesado que ocupa la posición más débil en una relación jurídica, eficacia en la obtención de los resultados previstos, etc.) que explica a veces una evolución jurisprudencial en un sentido determinado, y en otras ocasiones algunos cambios de criterio y de soluciones a problemas concretos e idénticos.

En otros casos no se ve (yo no veo) con la misma claridad la evolución jurisprudencial (a veces, *per saltum*) ni una razonable explicación del o de los cambios habidos. ¿Es ciertamente exigible, es siquiera sano u oportuno que haya una clara explicación de tales evolución o cambio? Pienso que sí cabe esperar, al menos, cierta racionalidad y algún criterio objetivo y justificado en una evolución que además de necesaria es inevitable.

Una reciente sentencia, de 17 de marzo de 1995, me da ocasión para hacer las anteriores reflexiones —que no creo que pequen de excesivamente generalizadoras— y me plantea los interrogantes sugeridos acerca de las razones de un cambio en relación con la decisión dada por el Tribunal Supremo en una cuestión importante (preterición de un legitimario respecto de un causante fallecido después de la entrada en vigor de la Constitución), a la que poco antes se había dado solución diferente, amén de otros cambios de criterio en extremos concretos que veremos.

Aborda esa Sentencia, además, otras cuestiones relevantes, respecto de las que consolida una doctrina jurisprudencial bien construida y asentada, lo que es ocasión propicia para añadir alguna nueva consideración a los comentarios varios, propios y ajenos, relativos a otras sentencias anteriores sobre la materia.

Para ser más preciso, anticipo ya que la mencionada sentencia contiene interesantes pronunciamientos, algunos no nuevos, relativos al ejercicio de acciones de filiación de persona nacida después de la entrada en vigor de la Constitución, ciertos problemas de Derecho transitorio (valor y alcance de algunas disposiciones transitorias de la Ley de reforma del Código civil de 13 mayo de 1981) y, sobre todo, los referentes a derechos sucesorios de tales hijos, vinculados al concepto y alcance de la preterición de los mismos de acuerdo con la legalidad anterior a dicha reforma.

---

(2) A ese respecto, véase mi trabajo "Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial", *RCDI*, 1995, enero-febrero, pp. 9 y ss..

Pero creo que es necesario presentar ya, antes de pasar adelante, los hechos que dieron lugar a esa sentencia, sus avatares judiciales y las ideas fundamentales de la resolución que justifica este comentario.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MARZO DE 1995

### 1. *Los hechos y la sentencia de instancia*

La actora en ese pleito, inscrita en el Registro Civil como hija legítima de otro matrimonio, afirma en su demanda ser hija extramatrimonial del causante de la herencia que reclamará, quien no la había reconocido formalmente aunque la había tratado, con múltiples manifestaciones de afecto, como hija suya. Dicho causante, fallecido en estado de casado con persona distinta de la madre de la actora el día 26 de marzo de 1981, había otorgado testamento nombrando heredera a su viuda, y dejado a la demandante un fideicomiso de residuo en parte de los bienes hereditarios, no en cuanto hija "sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios" (*sic*, en el FJ 14).

La actora reclamaba inicialmente —pues llegaron a acumularse tres procesos, por sendas demandas sucesivas— ser declarada hija del referido testador, con la correspondiente rectificación y constancia en el Registro Civil, y heredera forzosa del mismo, con derecho, como hija única, a los dos tercios íntegros de legítima de su herencia. Solicitaba también que fuera declarada nula, por preterición de la actora, la institución de heredero contenida en el testamento del causante, por lo que aquélla se convertía en única y universal heredera del mismo, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su viuda. Y, subsidiariamente, para el supuesto de que no fuera estimada la anterior pretensión, se declarara que la demandante, como hija y heredera forzosa, tenía derecho al complemento de su legítima, sobre lo ya recibido en vida del causante, hasta completar los dos tercios de la herencia.

En la primera demanda, y en las siguientes, solicitaba igualmente la actora que fueran declaradas nulas las inscripciones de dominio de los bienes hereditarios a favor de la viuda del causante, la escritura de manifestación de herencia y las enajenaciones de bienes hereditarios efectuadas a favor de terceros, así como las correspondientes inscripciones registrales, a cuyo efecto demandaba igualmente a todos los afectados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente las demandas y declaró a la actora hija del causante, con derecho a ostentar su apellido, y que era heredera forzosa del mismo y tenía derecho a los dos tercios de la

herencia; que era nula por preterición de la demandante la institución de heredero contenida en el testamento, por lo que devenía única y universal heredera del causante, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su viuda, y daba lugar a los demás pedimentos antes descritos.

Recurrida esa sentencia en apelación, la Audiencia Provincial la revocó íntegramente, desestimando las demandas acumuladas y absolviendo a todos los demandados de los respectivos pedimentos. En la sentencia de apelación se formuló un voto particular en el sentido de que procedía desestimar el recurso de apelación y confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

La desestimación por la Audiencia de las pretensiones principales de la actora —la declaración de su filiación paterna y de los derechos sucesorios reclamados— se basaba sustancialmente en que la demandante carecía de legitimación para reclamar una filiación impugnando al propio tiempo la legalmente atribuida, de acuerdo con la legalidad aplicable (el Código civil, versión original) y en haber caducado la acción ejercitada por haberse presentado la demanda el 30 de diciembre de 1985. Hacía, justificando tal posición, ciertas consideraciones sobre la seguridad jurídica y sobre los principios de veracidad biológica y veracidad sociológica, así como acerca de la imposibilidad de practicar pruebas biológicas, únicas —decía—, que de manera inconcusa permitían excluir una paternidad (la formal que ya tenía la actora) o determinar otra con poco margen de error.

## *2. Líneas fundamentales de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995*

Frente a esa tesis de la sentencia de instancia acusaba la actora, recurrente, en el primer motivo de casación (único examinado por el Tribunal Supremo, al ser estimado) infracción del artículo 14 de la CE, de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981 y de los artículos, 113, 118 y 119 del Código civil en su precedente redacción, así como de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, según la cual el artículo 118 del Código civil, redacción original, ha de ser objeto de interpretación expansiva durante la vigencia de la Constitución y aplicado a toda clase de hijos. Fundamentaba la recurrente su posición en la aplicación directa del artículo 14 de la CE y decía que la legislación antigua del Código sólo puede tenerse como válida en cuanto no esté contradicha por la Constitución; de ello deducía el derecho de la actora a reclamar su verdadera filiación, impugnando la legal que tenía atribuida.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995 —ponente, señor Almagro Nosete— inicia su razonamiento reconociendo que la cuestión principal radica en la interpretación de la disposición tran-

sitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, cuyo alcance —dice— debe ponderarse en función de los derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la CE, a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 137 del Código civil en su redacción anterior, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por inconstitucional cualquier discriminación de los hijos por razón de su nacimiento.

Con ese punto de partida, entiende el Tribunal Supremo que la remisión a la *legislación anterior* que hace la transitoria 7.<sup>a</sup> opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la Constitución, de fecha anterior a la reforma de la filiación. En consecuencia, “ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer prescripciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales” (FJ 6, *in fine*).

Por tales razones es estimado el recurso de casación y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede el Tribunal Supremo a resolver en la instancia a partir de los términos en que quedó planteado el debate, y al examen y valoración de las pruebas obrantes en autos, de las que deduce que la actora era hija del causante, lo que apoya razonadamente en múltiples datos y pruebas acumuladas, que acreditan, entre otros extremos trascendentes, una posesión de estado de filiación de que gozó la actora respecto del causante, lo que lleva al pronunciamiento de la paternidad de éste y de no paternidad del marido de la madre, que justifica en la viabilidad de la acción de reclamación e impugnación ejercitadas conjuntamente.

Determinada así la filiación de la actora respecto del causante de la herencia reclamada, aborda luego la sentencia la cuestión del Derecho aplicable a tal sucesión, y plantea inmediatamente el problema de la inteligencia y alcance de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, norma que esa sentencia interpreta a la luz de la Constitución de 1978 y jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre), de la que deduce que la “legislación anterior” a que remite dicha transitoria es la vigente al entrar en vigor la Ley 11/1981, legislación que incluye los cambios que en el contenido del Código civil produjo la entrada en vigor de la Constitución.

La condición, por tanto, de heredera forzosa de la actora respecto del causante —por su calidad de hija del mismo, y en función de la normativa sucesoria recién aludida— no puede eludirse (FJ 14); y su omisión en el

testamento de su progenitor produce los efectos de la preterición, pues la atribución a la demandante en el testamento “no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios —dice—, de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios, no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios...”.

El fideicomiso de residuo en favor de la actora, concluye la sentencia, carece de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero y, por ende, “ha de procederse respecto de la herencia según las reglas de la sucesión intestada”, sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo. Cita en apoyo de tal conclusión los artículos 813, 814 y 834 del Código civil en la versión anterior a la de la Ley 11/1981 “junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la Constitución, particularmente el artículo 14”.

Como consecuencia de tal pronunciamiento declara esta sentencia la nulidad de las inscripciones registrales de varias fincas a favor de la viuda del causante, la cual responderá frente a la actora del valor de los bienes de la herencia de que haya dispuesto, con obligación de entregarle los bienes integrantes de la misma con los frutos percibidos y debidos percibir, sin otra detracción que la correspondiente al usufructo viudal de que era titular.

### 3. *Cuestiones relevantes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995 objeto de comentario*

De las muchas cuestiones abordadas por la Sentencia de 17 de marzo de 1995 que me ocupa, varias merecen algún comentario, cuyo interés es aquí distinto —con independencia del que objetivamente puedan suscitar *per se*—, pues si en algunos aspectos viene dicha resolución a confirmar una línea jurisprudencial ya conocida, rompe, en cuanto a otras (sobre todo, en materia de preterición) con la posición mantenida en algunas sentencias relativamente recientes que merecieron el aplauso de sus comentaristas.

Entresaco, entre aquéllas, las siguientes cuestiones: determinación de la filiación de la actora, lo que comporta establecer previamente la legislación aplicable en función del alcance de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981 (con su discutida constitucionalidad y su retroactividad) y la viabilidad de lo que la sentencia llama el ejercicio conjunto de las acciones de reclamación y de impugnación de filiación; y luego, en orden a los derechos sucesorios de la demandante, examinaré otros problemas de derecho transi-

torio referidos sustancialmente a la transitoria 8.<sup>a</sup>, para pasar más tarde a los de la preterición, donde destaca la cuestión de la mención del preterido en el testamento en que se le atribuyen ciertos derechos sucesorios, y los efectos de la preterición bajo la legalidad vigente a la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981.

No sin cierta tentación, por su interés (general y concreto al caso de la sentencia), renuncio a abordar cuestiones tan sugestivas, aludidas por la resolución de referencia, como las relativas a la seguridad jurídica en relación con otros derechos fundamentales, a lo que llama principios de veracidad biológica y de veracidad sociológica, y a la consideración de las pruebas biológicas como únicas que de manera inconcusa (dice) permiten excluir o determinar la paternidad. Queden para otra ocasión.

### III. DETERMINACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DE LA ACTORA

#### 1. *Problemas de Derecho transitorio. La disposición transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981*

El problema inicial y más importante planteado, como bien ha visto la Sentencia de 17 de marzo de 1995, afecta a una cuestión de Derecho transitorio, y más en concreto, a la interpretación de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto establece que "las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley". En el caso que conoció esa sentencia el supuesto progenitor había fallecido, efectivamente, antes de entrar en vigor esa Ley (acaeció el día 26 de marzo de 1981) y la demanda se interpuso el día 30 de diciembre de 1985. No era, en cambio, cuestión de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> (relativa a la duración de las acciones de filiación nacidas conforme la legislación anterior) como inicialmente pudiera parecer.

De la naturaleza y alcance de esta transitoria 7.<sup>a</sup> se han ocupado algunas sentencias del Tribunal Supremo, de las que la más reciente y explícita es la de 26 de septiembre de 1989 —ignorada, por cierto, por la que ahora comento—, que recoge la anterior doctrina del mismo Tribunal y del Constitucional. Otras antes que ésta habían abordado también la misma cuestión relativa a esta transitoria y a la 8.<sup>a</sup> y, más en concreto, al sentido de la expresión *legislación anterior*, presente en ambas, y que vuelve a atraer la atención de la Sentencia 17 de marzo de 1995 que aquí me ocupa.

Es, ciertamente, vital para resolver el problema central del debate judicial —como se concretó en ambas instancias judiciales y en la fundamenta-

ción del recurso de casación— el determinar cuál es esa *legislación anterior* a que remite la transitoria 7.<sup>a</sup>, ya que de ello va a depender la legitimación de la actora para ejercitar la acción de reclamación de filiación, en primer lugar, y luego el plazo de ejercicio de la acción y otras consecuencias, por el distinto régimen jurídico de las acciones de filiación extramatrimonial antes y después de la Ley 11/1981.

Al afectar esas cuestiones, directa o indirectamente (según como se contemple), a derechos fundamentales de las personas, y con más precisión, al principio y derecho de no discriminación por razón de nacimiento por mor del trato desigual de los hijos antes de dicha Ley, obligado resulta “ponderar el alcance de la expresada norma [la disposición transitoria 7.<sup>a</sup>] en función de derechos fundamentales de la máxima importancia, cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la CE a la luz, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1982...” (dice la resolución que ahora comento, FJ 1).

El problema no es nuevo: semejante al que ahora estudiamos se planteó poco después de la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley de 13 de mayo de 1981 de reforma del Código civil en materia de filiación. La STS de 8 de abril de 1982 había aplicado literalmente el viejo artículo 137 del Código civil (versión de 1889) y rechazado la reclamación de filiación extramatrimonial al estimar que dicho precepto no había quedado afectado por el artículo 14 de la CE, que sólo era —decía— una declaración de principio y no era de aplicación directa. A mayor abundamiento citaba en apoyo de esa tesis, precisamente, la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> de constante referencia.

Contra esa doctrina se pronunció enérgicamente la STC (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 1982 (ponente, señor Tomás y Valiente) —que conoció del recurso de amparo contra dicha sentencia del Tribunal Supremo—, hoy clásica por su frecuente cita, y conocida, por lo que bastará ahora decir que reconoció el valor normativo inmediato del artículo 14 de la CE y declaró la “inconstitucionalidad sobrevenida” del viejo artículo 137 del Código civil, lo que generaba su nulidad y producía necesariamente efectos sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de la interposición de la acción. Afirmaba también que ello no suponía la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, y de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 de la CE y la afirmación de que todo español tiene, desde la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento. Y concluía afirmando, junto a la derogación del artículo 137 del Código civil, la interpretación extensiva del artículo 118 del Código civil (ambos, redacción original) en el período posterior a la Constitución y anterior a la Ley 11/1981.

Con ese planteamiento y punto de partida —que parece indiscutible, tanto por razonable cuanto por avalado por el máximo intérprete de la Constitución—, resulta evidente que la *legislación anterior* a que remite la transitoria 7.<sup>a</sup> no puede ser una legalidad opuesta a la Constitución y derogada por ésta, es decir, las normas del Código Civil relativas a las acciones de filiación en su versión original.

La aplicación directa del artículo 14 de la CE, el reconocimiento de su valor normativo (no sólo declaración de principio) y la vinculatoriedad inmediata de dicho precepto constitucional habían dejado igualados en trato jurídico a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, con lo que el régimen jurídico de las acciones de filiación extramatrimonial era, a partir de la entrada en vigor de la Constitución y hasta la vigencia de la Ley 11/1981, el mismo que el de la filiación matrimonial, o al menos, quedaban derogadas cuantas normas discriminaron a unos respecto de otros. Solución mejor que la simple y escueta derogación, provocadora de total vacío jurídico, que hubiera dejado sin normativa alguna esa materia, con mayor inseguridad jurídica y problemas prácticos. Dejadas sin efecto las normas contrarias a la Constitución relativas a filiación extramatrimonial, se aplicarían a estos hijos las mismas normas preconstitucionales que a los matrimoniales al no haber discriminación entre ellos (3).

Esa era la *legislación anterior* a la Ley 11/1981 en orden a las acciones de filiación, a que remite la disposición transitoria 7.<sup>a</sup>, y no las normas del Código civil en su redacción original, derogadas por la Constitución en los términos vistos. Esto, que ya lo habían dicho las sentencias de 10 de febrero de 1986, 26 de septiembre de 1989 (4) y 26 de diciembre de 1990, entre otras —refiriéndose a idéntica expresión de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>—, lo repite ahora, consolidando tal doctrina jurisprudencial, la sentencia de 17 de marzo de 1995 (5).

---

(3) Se trata, según entiendo, de aplicación directa, no de aplicación por analogía para llenar una laguna de la Ley, que es otra cosa. Aquí no hay una imprevisión del legislador, situación concreta no resuelta por él, sino derogación de ciertas normas por discriminatorias. La igualación o no discriminación exige aplicar a los iguales las mismas normas, las preconstitucionales, únicas existentes hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1981.

(4) Dice esta sentencia que no puede entenderse referida la transitoria 7.<sup>a</sup> a preceptos del Código en su redacción anterior a la reforma de 1981, que discriminaban a cierta clase de hijos por razón de su nacimiento, ya que cuando se pretende hacer la discutida aplicación tales preceptos ya estaban derogados por la vinculación directa e inmediata del artículo 14 de la CE.

(5) "Examinada la legalidad desde una interpretación constitucional —dice esta sentencia—, no se puede prescindir de las exigencias que dimanarían del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior, que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la Constitución, de fecha anterior a la reforma en materia de filiación."

## 2. La retroactividad de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup>

Conocido ya el alcance de esta disposición, y consolidadas jurisprudencialmente esa doctrina e interpretación, no será ociosa una referencia, siquiera mínima, a la cuestión de la retroactividad de dicha norma y, por lo que aquí interesa, a la de la aplicación de una u otra legislación, la antigua y la nueva, en orden a la determinación de la filiación según el momento del nacimiento o fallecimiento de las personas afectadas y del ejercicio de la acción de reclamación de filiación.

La STS de 17 de marzo de 1995 dice que "con criterios meramente legales la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> se configura como una excepción a la retroactividad, pero examinada la legalidad desde una interpretación constitucional, no se puede prescindir de las exigencias que dimanaban del artículo 14 de la CE...".

Por otro lado, comentando esta disposición transitoria, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS (6) alude también a cómo con ella se introduce "una excepción a la aplicación retroactiva del nuevo régimen" (de las acciones de filiación en la Ley 13 de mayo de 1981).

En ocasiones anteriores (y en alguna de las sentencias del Tribunal Supremo recién citadas) se había tratado otros aspectos de la transitoria 7.<sup>a</sup>: su naturaleza normativa y hasta su constitucionalidad o no, en tanto que al remitir a la *legislación anterior* podía terminar resultando contraria a la Constitución si se entendía tal remisión referida a las normas del Código civil en su redacción original, preconstitucional, por discriminatorias. De ello me ocupé en mi comentario a la STS 26 de septiembre de 1989 en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 21 (septiembre-diciembre 1989), pp. 871 y ss., y a lo allí dicho me remito.

De esta disposición transitoria 7.<sup>a</sup> dijo la sentencia de 26 de septiembre de 1989 que constituye una "regla de remisión, cuyo contenido se reduce a la determinación de las normas aplicables a las acciones de filiación, nacidas antes de la promulgación de la Ley y ejercitadas después en los supuestos que allí se contemplan; no es, por tanto, en sí misma, una norma de cuya validez depende el fallo, por lo que no es posible su declaración de inconstitucionalidad". Añadía que la interpretación del alcance remisorio que procede dar a esa disposición tiene que estar siempre en función del caso concreto, no siendo correcto darle un valor general, pues su aplicación literal puede conducir a soluciones totalmente dispares; y otros extremos.

A su vez, la STS de 8 de abril de 1982 se había apoyado en la mencionada disposición transitoria para justificar la caducidad de la acción del

---

(6) "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia", volumen II (Tecnos, Madrid, 1984), p. 1991.

artículo 137 del Código civil, versión original, y desestimar la acción de reclamación de filiación no matrimonial respecto de un presunto progenitor fallecido en 1972, ejercitada la acción antes de la entrada en vigor de la Constitución (y recaída sentencia de instancia, de la Audiencia Territorial de Sevilla, de 31 de enero de 1980, es decir, postconstitucional), con la argumentación y el resultado conocidos. En cambio, la STC de 20 de diciembre de 1982 desautorizó, como también sabemos, esa interpretación y decisión, añadiendo que ello no significaba la aplicación retroactiva de la Constitución sino el reconocimiento de su carácter normativo y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 de la CE.

Esta sentencia, cuya doctrina se ha impuesto en todos los ámbitos, fue duramente criticada en la primera hora por F. FERNANDEZ DE BOBADILLA (7) y por M. DE LA CAMARA (8). Aducía éste, sustancialmente, que la acción ejercitada había caducado holgadamente, de acuerdo con la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, que por ser norma especial (relativa a duración de la acción) debía imponerse a lo dispuesto en la transitoria 7.<sup>a</sup>, más general; y que una solución como la dada por el Tribunal Constitucional, que resucitaba, así, una acción ya caducada, lo que sólo era posible aplicando directamente la Constitución, y precisamente con retroactividad de grado máximo, atentaba contra la seguridad jurídica por afectar a una situación consolidada (inexistencia de la acción) derivada de un hecho anterior a la Ley 11/1981 y a la propia Constitución.

Añadía este mismo autor que la doctrina del Tribunal Constitucional hubiera sido correcta si la muerte del presunto progenitor se hubiese producido después de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, pero no en el caso que juzgaba, y sugería al Tribunal Constitucional la conveniencia de reconsiderar seriamente su posición (9).

La cuestión depende, en mi opinión, de lo que sea o deba considerarse como *situación consolidada* en materia de filiación, a que alude DE LA CAMARA. En el ámbito sucesorio parece haber menos dudas, como tendré ocasión de decir enseguida al comentar la transitoria 8.<sup>a</sup>. En cuanto a la filiación creo que no puede hablarse de "situación consolidada" cuando a la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley 11/1981 no está todavía determinada la filiación discutida y se halla abierto el proceso derivado del ejercicio de la pertinente acción.

---

(7) Anotación a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 diciembre de 1982, en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, febrero de 1983, pp. 161 y ss.

(8) "Comentario a los artículos 108 a 141 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), tomo III-1.º, Madrid, 1984, pp. 979 y ss.

(9) También se ha ocupado de esta cuestión y del alcance de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> la R. DGR de 8 de marzo de 1983, que acoge la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 diciembre de 1982.

Es difícil justificar la *situación consolidada* invocando la inexistencia de la acción (por caducidad) en el momento de la interposición de la demanda cuando la transitoria 3.<sup>a</sup> de la misma Ley 11/1981 concede mayor plazo que el que tenía bajo la legislación anterior si es mayor en la Ley nueva. Y todo ello parece más claro cuando, pendiente todavía el asunto de sentencia judicial firme —la de la Audiencia era de fecha 31 de enero de 1980— aparece la Constitución, de aplicación directa en todo lo que evite una discriminación entre las personas por razón de su nacimiento y filiación.

Volvemos a encontrarnos aquí ante el grave problema, frecuente en el ámbito jurídico, del conflicto o enfrentamiento entre planteamientos formalistas y concepciones realistas del Derecho y de todo lo jurídico —tensión entre exigencias de la legalidad y la seguridad jurídica frente a las de justicia y protección de derechos fundamentales—. El Tribunal Constitucional justifica su decisión en la nulidad del viejo artículo 137 por la inconstitucionalidad sobrevenida, que “produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de la interposición de la acción” (FJ 2 de la sentencia de 20 de diciembre de 1982).

Este razonamiento fue luego asumido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de marzo de 1987 (10), donde reconocía la inconstitucionalidad del viejo artículo 137 del Código civil en cuanto derogado por el artículo 14 de la CE, nulidad que afecta incluso a los procesos pendientes, lo que es preciso tener en cuenta por razón de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ (dice). Considera, en consecuencia, eliminada la caducidad de la acción ejercitada y rechaza el recurso contra la (segunda) sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla que había declarado la filiación reclamada.

Si damos por supuesto que publicada la Constitución habían de entenderse de aplicación directa sus normas protectoras de derechos fundamentales y derogadas las normas del Código civil discriminatorias por razón de filiación, ¿es posible aplicar en enero de 1980 (como lo hizo la Audiencia Territorial de Sevilla) el artículo 137 del Código civil, redacción original, tan gravemente discriminatorio de la filiación matrimonial cuando había quedado derogado por la Constitución (disposición deroga-

---

(10) En esta sentencia el Tribunal Supremo volvió a conocer del mismo asunto que había resuelto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982, después de anulada ésta por la del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, una vez “colocado en una situación procesal en la que fue tratada (la filiación) por los tribunales con respecto a su derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, de modo que, anuladas las sentencias de apelación y casación, vuelvan a resolverse en estas vías...”.

toría 3.<sup>a</sup>), y según su tenor literal tener por caducada la acción de reclamación de esa filiación? Creo abierta y decididamente que no.

Sólo en el caso de que la filiación hubiera quedado ya determinada legalmente cabría tener por “consolidada” esa situación y relación jurídica, y ello sin perjuicio del nuevo ejercicio, posible, de la acción que se funde en hechos o pruebas sólo previstas en la legislación nueva (la de 13 de mayo de 1981), aun determinada la filiación por sentencia firme. Pero pendiente todavía la determinación de la filiación por la pendencia del proceso en que se discute, me parece insostenible la posición de DE LA CAMARA y me inclino abiertamente por la decisión del Tribunal Constitucional (de 20 de diciembre de 1982) y del Tribunal Supremo (sentencia de 10 de marzo de 1987), sin que ello comporte aplicación retroactiva —y menos, con retroactividad de grado máximo— de la Ley de 13 de mayo de 1981.

### *3. Retroactividad de la Constitución en materia de derechos fundamentales*

La STS 17 marzo 1995 que motiva este comentario alude reiteradamente a una interpretación de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> con perspectiva constitucional: “Debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia, cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la CE...” (FJ 1) (11). A veces se refiere a la valoración de la “retroactividad de determinados efectos de la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales...” (FJ 6). En idéntico sentido e iguales o parecidos términos las otras sentencias del Tribunal Supremo y del Constitucional que vengo citando, y varias más.

Por otro lado, en relación con las cuestiones examinadas, se discute acerca de la retroactividad o no de la Constitución en este ámbito —DE LA CAMARA dice que sí; la STC de 20 de diciembre de 1982 dice que no, como acabamos de ver—. A su vez, la declaración de inconstitucional y nulo del viejo artículo 137 del Código civil permitió a la sentencia recién citada afirmar que ello produce efectos incluso sobre procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la

---

(11) En otros lugares de la sentencia aparece idéntica línea y preocupación: “... examinada la legalidad desde una interpretación constitucional, no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 de la CE...” (FJ 6); “sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código civil ‘hijos ilegítimos’ tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida...” (FJ 7).

legislación vigente en el momento de interponerse la acción. Es decir, la inconstitucionalidad y nulidad del mencionado precepto va a afectar a ese importante principio formal sobre la legislación aplicable en proceso ya iniciado.

Estamos, pues, ante una cuestión importante y grave. La entrada en vigor de la Constitución y la aplicación de sus principios y derechos fundamentales a situaciones y relaciones jurídicas sustantivas y procesales nacidas antes de su vigencia ha tenido y seguirá teniendo durante cierto tiempo una gran repercusión en la interpretación y aplicación de las normas (y cuáles sean éstas) pertinentes en cada caso.

¿Cuál es la incidencia de la Constitución y sus principios fundamentales en estas situaciones jurídicas? ¿Cuál es la “jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales”, a que alude la STS de 17 de marzo de 1995 (FJ 6)?

Aunque es difícil inducir una doctrina general, porque el Tribunal Constitucional ha tenido que atender a la resolución de casos concretos (lo que advierte el propio Tribunal: confrontar SSTC de 26 de diciembre de 1983 y 23 de enero de 1984) —decía yo en mi comentario a la STS de 26 de diciembre de 1989, CCJC, lugar citado, con cita del profesor LOPEZ MENUDO (12), a quien seguía allí, y ahora con más detenimiento—, puede constatarse que en materia de derechos fundamentales y libertades públicas priman en esa jurisprudencia constitucional los criterios extensivos sobre los restrictivos, manejados estos últimos con ponderación y cautela (dice dicho autor); y puede percibirse las reiteradas afirmaciones del Tribunal Constitucional sobre el “mayor valor” de tales derechos (STC de 23 de mayo de 1985), la derogación automática de las normas contrarias a la Constitución (SSTC de 29 de enero y 16 de junio de 1982), la eficacia inmediata de esos mismos derechos (SSTC de 28 de abril y 20 de diciembre de 1982), el principio de interpretación conforme a la Constitución tanto de las Leyes preconstitucionales como de las que a ellas se remiten (SSTC de 14 de marzo de 1983 y 27 de junio de 1985), la interpretación de las Leyes en sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales [SSTC de 6 de mayo de 1983 (13), 7 de junio de 1984, 3 de junio y 12 de julio de 1986], etc.

Y por lo que aquí interesa, me permito destacar la afirmación de la

---

(12) LOPEZ MENUDO, “La eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1988, pp. 1221 y ss.

(13) “Por su significación para el establecimiento y fundamentación de un orden de convivencia política general y su carácter de norma suprema —dice esta sentencia—, la Constitución, si bien mira al futuro, ha de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de Leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución.”

STC 57/1985, de 29 de abril (y otras que cita) en el sentido de que ningún requisito u obstáculo formal pueda obstaculizar injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, particularmente si en éste se halla implicado algún derecho fundamental. Véase también las SSTC de 21 de julio de 1983 y 16 de octubre de 1984, que destacan como de interés general la protección de dichos derechos y libertades públicas.

Además de esa prevalencia de los derechos fundamentales en el plano material, puede comprobarse su expansividad en el orden temporal alcanzando a situaciones y relaciones jurídicas nacidas y a veces consolidadas o agotadas antes de la Constitución, sobre todo en casos de no ejercicio de las acciones o derechos pertinentes (confrontar sentencias de 6 de abril de 1981 y 15 de noviembre de 1982) con tal de que no se hallen agotados sus efectos (sentencia de 6 de julio de 1982 y otras).

En cuanto a la retroactividad de la Constitución en materia de derechos fundamentales, se inclinó por ella el Tribunal Constitucional, en términos generales, desde el primer momento: así, las sentencias de 2 de febrero de 1981, 6 de abril de 1981, 24 de julio de 1981, 8 de febrero de 1982, con el límite, en varias de ellas, que dejara a salvo los derechos de terceros. Sin embargo, pronto se abre en la jurisprudencia constitucional otra línea interpretativa: la sentencia de 1 de junio de 1981 viene a negar el carácter retroactivo de la Constitución, al menos en sus grados máximo y medio; la sentencia 28 de julio de 1981 habla de "aplicación inmediata" de la Constitución, en lugar de retroactividad (aunque en realidad le da este carácter); en el mismo sentido, la sentencia de 5 de mayo de 1982.

La ya citada aquí sentencia del TC de 20 de diciembre de 1982 niega incluso la aplicación retroactiva de la Constitución y habla de su carácter normativo y vinculatoriedad inmediata del artículo 14. Finalmente, la sentencia de 6 de julio de 1982 del mismo Tribunal niega directamente la retroactividad, aunque realmente se está refiriendo a la llamada del grado máximo. En sentido parecido, la STC de 15 de noviembre de 1982, y en forma más decidida, la sentencia de 2 de junio de 1986: "La Constitución española no tiene efecto retroactivo", dice, mas con ello se refiere al grado máximo, pues añade luego que "en consecuencia, es absolutamente imposible crear *ex novo* por su imperio situaciones jurídicas jurídicas que antes de su promulgación no llegaron a nacer".

En términos más generales, la STC de 21 de mayo de 1987 establece que lo que la Constitución (artículo 9.3) prohíbe "es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección en el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección de tales derechos"; doctrina ya conocida desde las SSTC de 20 de julio de 1981, 18 de mayo y 14 de junio de 1983 y 29 de julio de 1986.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional parece haber seguido (en bastantes casos, al menos) la teoría de ROUBIER sobre el “efecto inmediato” de la norma nueva: en su sentencia de 20 de diciembre de 1982 afirma que “lo dicho aquí no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo...”. En el mismo sentido, las sentencias de 31 de marzo y 6 de abril de 1981, 26 de diciembre de 1983 y 23 de enero de 1984.

#### 4. Alcance de la remisión de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> en cuanto a la filiación extramatrimonial

La sentencia de 17 de marzo de 1995 llega, tras la argumentación antes aludida, a dos importantes conclusiones (FJ 7):

a) La disposición transitoria 7.<sup>a</sup> tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores [a la Ley 11/1981] en cuanto constitucionales, lo que, en definitiva, significa que *no se extienden al hijo sino a los otros posibles legitimados* cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieren fallecido al entrar en vigor esa Ley.

b) Los llamados bajo la vieja legalidad “hijos ilegítimos” *tienen acción para reclamar su verdadera filiación toda su vida*, como ocurre para los legítimos conforme al artículo 118 del Código civil en su versión anterior; y estima derogados, por contrarios a la Constitución, los artículos 139 a 141 del Código civil (también versión original).

Se trata de dos conclusiones aparentemente diferentes, pero de difícil inteligencia cada una de ellas aisladamente. ¿Qué quiere decir, por ejemplo, la afirmación de que la remisión a la “legislación anterior” no afecta al hijo sino a los otros legitimados para las acciones de filiación? ¿Significará quizá que las acciones ejercitadas por los hijos habrían de regirse, *a sensu contrario*, por la legislación nueva? No es eso, sin embargo, lo que parece decir la propia sentencia, que alude al viejo artículo 118 del Código civil en cuanto a la reclamación de filiación por los hijos “ilegítimos”. Pienso que con la frase transcrita y en el punto aludido dice la sentencia literalmente algo distinto de lo que pretende expresar, y su alcance sólo puede deducirse de la lectura y una interpretación conjunta de lo que he llamado dos consecuencias (¿quizá una sola?).

##### 4.1. ¿Exclusión del hijo como afectado por la remisión a la “legislación anterior”?

Una primera lectura de esa frase sobre la exclusión del hijo parece indicar que cuando haya fallecido el progenitor o el hijo a la entrada en

vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, las acciones de filiación ejercitadas se registrarán, en cuanto a legitimación, caducidad y demás extremos, por la legislación existente en esa fecha (la del Código, versión original, con las modificaciones introducidas por la Constitución), si accionan personas distintas al hijo. Y si es este último el que acciona, la no aplicación al mismo de esa normativa, como dice la sentencia, deja el interrogante de cuál sea el régimen aplicable en ese caso, y no se compeadece bien con la otra afirmación de la sentencia, más concreta: refiriéndose a la reclamación de filiación (acción ejercitada en el proceso), estima derogados los artículos 139 a 141 del Código civil y remite al viejo artículo 118 del Código civil, si es ejercitada por los hijos "ilegítimos".

Con todo ello creo que quedan sugeridas varias preguntas: a) la ya anticipada de cuál sea el régimen aplicable al hijo en el ejercicio de la acción de filiación, en cuanto la sentencia dice que la remisión que hace la transitoria 7.<sup>a</sup> se limita a los otros legitimados; b) la no discriminación relativa a los hijos en el ejercicio de las acciones de filiación, ¿es extensiva y aplicable a los padres?; y c) ¿podrá el hijo impugnar la filiación (que hoy permite el artículo 137 del Código civil y antes quedaba limitada al marido, en la filiación legítima), y qué régimen le sería aplicable conforme a la "legislación anterior" a que remite la transitoria 7.<sup>a</sup>?

Veamos brevemente estas cuestiones.

#### 4.2. Régimen de la acción de reclamación de filiación por el hijo bajo la "legislación anterior"

Dos interpretaciones de esa problemática expresión de la sentencia de 17 de marzo de 1995 son posibles: bien entender que "no es extienda al hijo" las normas de la legislación anterior, como excepción a la regla general remisoria de la transitoria 7.<sup>a</sup>, lo que comportará que se aplique, *a sensu contrario*, la Ley nueva cuando acciona el hijo; ya estimar que esa excepción consistirá en que, frente al criterio restrictivo del originario Código civil —sobre todo de su artículo 141, que declara derogado—, el hijo "ilegítimo" podrá reclamar su filiación durante toda su vida, al amparo del artículo 118, igual que el hijo legítimo.

Entre esas dos tesis creo más acertada la segunda. Si se lee con detenimiento ambos párrafos del FJ 7 se observa que el segundo, a cuyo final se halla la frase problemática, es una consecuencia o conclusión respecto del primero ("así, pues, estimándose..."), en el que se concede al hijo ilegítimo la acción de reclamación de filiación que el artículo 118 reservaba para el legítimo, al tiempo que declara derogados los artículos 139-141 (por discriminatorios).

En cambio, de optar por la primera de las dos interpretaciones apuntadas (que deba aplicarse al hijo la Ley nueva en lugar de la antigua) se haría decir a la Ley —por el peligroso mecanismo del razonamiento *a contrario*— cosa que ésta no dice, ya que sólo habla de los supuestos en que se aplicará la legislación anterior, y no hemos salido de esa hipótesis. No parece verosímil tal voluntad (mal expresada) del legislador ni es preciso violentar tanto la interpretación de esa norma para darle un sentido y alcance razonable y justo en el contexto en que se produce y finalidad pretendida (aplicación de principios constitucionales y no discriminación entre los hijos), que lo tiene con mejor explicación en la otra interpretación (la que he presentado como segunda tesis).

#### 4.3. ¿Es extensivo a los padres el principio de no discriminación en el ejercicio de las acciones de filiación?

La segunda pregunta formulada, si será extensiva y aplicable a los padres la no discriminación en el ejercicio de las acciones de filiación, se traduce en la práctica en esta otra: ¿podrá el presunto progenitor extramatrimonial de antes de mayo de 1981 ejercitar una acción de reclamación después de la entrada en vigor de la Ley 11/1981?; ¿a qué régimen jurídico quedaría sometida esa acción?

El caso no se presentará con frecuencia —no tengo noticia de que se haya producido en nuestra realidad jurídica—, y habida cuenta de la expresión final de la transitoria 7.<sup>a</sup> (fallecimiento del progenitor o del hijo antes de entrar en vigor la Ley 11/1981), sólo podría darse después de fallecido el hijo cuestionado o por demanda de los herederos si falleció el presunto progenitor. Mas aunque sea poco verosímil, es hipótesis que el jurista debe abordar.

Aunque en general suele referirse el principio de no discriminación a los hijos —y a ellos sólo se refiere la sentencia comentada—, entiendo que ese principio es igualmente aplicable a los progenitores, que no deben ser tratados desigualmente en relación con hechos iguales (la procreación) según tengan lugar dentro o fuera de matrimonio. Un trato desigual en lo esencial (derecho a determinar la filiación; otra cosa será el régimen legal, modo de ejercitarlo, etc.) sería discriminatorio y contrario al principio fundamental del artículo 14 de la CE.

La relación de filiación, o paternofamiliar, es bipolar, con dos protagonistas necesarios, y aunque sus roles jurídicosociales y derechos y deberes no son idénticos en el aspecto dinámico y funcional de esa relación, en el aspecto estático-estructural (determinación y existencia jurídica de la misma) pienso —lo dije ya hace tiempo— que ambos deben tener el mismo derecho esencial a buscarse y a encontrarse, a determinar jurídicamente esa relación de filiación que los une.

Por otra parte, un trato discriminatorio respecto del progenitor extramatrimonial, negándole una acción de reclamación de filiación que sí se concede al matrimonial, perjudica y discrimina al hijo extramatrimonial, y como efecto reflejo resulta ser igualmente discriminatorio e inconstitucional.

En consecuencia, me inclino por afirmar que es extensivo al progenitor extramatrimonial la no discriminación respecto del matrimonial en el ejercicio de las acciones de filiación, y por lo que atañe a la de reclamación de filiación le será aplicable la misma norma y régimen que al matrimonial. Mas esto traslada el problema a este último ámbito: ¿cuál es la norma y régimen jurídicos aplicables al progenitor matrimonial?

En primer lugar, puede afirmarse que para la hipótesis en estudio esa normativa será la *legislación anterior* a que remite la transitoria 7.<sup>a</sup>, en cuyo marco estamos instalados: la legislación anterior “en cuanto constitucional”, como sabemos. Mas ¿cuál era, en esa legislación, el régimen de la acción de reclamación de filiación matrimonial (a la que queda equiparada la de la no matrimonial)?

Recuérdese que en el Código civil, versión original, había un solo artículo, el 118, relativo a esa acción, y que en ese precepto el único legitimado previsto era el hijo, y nada decía ni preveía respecto del progenitor varón, el presunto padre (idénticos problemas para la madre).

Sin embargo, bajo aquella legalidad entendí y sostuve en otro tiempo (14) que la sola referencia al hijo no era obstáculo insalvable para la legitimación activa del presunto padre, y que la laguna legal existente en ese punto (reivindicación de paternidad legítima) podía y debía ser colmada apelando a los principios generales del Derecho, que permiten la integración normativa (15). De todo ello deducía y reitero ahora para el caso que me ocupa que el presunto padre legítimo tenía (y tendría ahora en el supuesto que estudio) acción para reclamar su paternidad. Por razón del principio de no discriminación antes invocado, pienso que ahora tendría la misma acción el progenitor extramatrimonial.

No ignoro que esa solución que propongo para el concreto caso contemplado aquí choca un tanto con el régimen jurídico de la acción de reclamación de filiación no matrimonial tras la Ley 11/1981, cuyo artículo 133 del Código civil concede acción al hijo sólo si falta posesión de estado (caso más frecuente), y el progenitor tiene esa acción únicamente cuando haya posesión de estado de la filiación que se reclama (artículo 131). Mas no creo que sea argumento suficiente para desautorizar la solución propuesta el que proporciona una legalidad posterior y diferente,

---

(14) “La presunción de paternidad legítima”, Madrid (Tecnos), 1971, p. 364; y “La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña”, *RJC*, 1973-2, pp. 269-270.

(15) Cfr. obras y lugares citados.

poco razonable, que el Tribunal Supremo ha ido corrigiendo (16) y cuya constitucionalidad sería muy discutible si fuera llevada al Tribunal Constitucional (17).

Determinada así, según creo, la norma aplicable al supuesto que comento —el artículo 118 del Código civil, versión original—, a ella queda sometida la acción de reclamación de filiación que en tal caso pudiera ejercitar el presunto progenitor no matrimonial: en los mismos términos que el matrimonial, y ambos durante toda su vida, como el hijo legítimo para el que se prevé expresamente; y una vez entablada, se transmitirá a sus herederos (art. 118-2.º).

#### 4.4. Acción de impugnación de filiación de que sea titular el hijo

¿Podrá el hijo impugnar la filiación que legalmente tenga, en el supuesto que nos ocupa? Pienso que aquí la contestación debe ser distinta, según casos.

Equiparado el hijo extramatrimonial al matrimonial, las acciones de filiación que él ejercite se rigen por la "legislación anterior" (en los términos vistos). Bajo esa legalidad el hijo no podía impugnar su propia filiación legítima, reservada al presunto padre y con más dificultades de extenderla al hijo que respecto de la reclamación de filiación; y estaba reducida la impugnación, en la extramatrimonial, a la del reconocimiento, único supuesto en que legitimaba al hijo (art. 133-2.º, redacción original).

---

(16) Véase Sentencias del Tribunal Constitucional 21 de abril de 1988, 30 de junio de 1988, 3 de diciembre de 1988, entre otras, y mi trabajo "La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación", *Poder Judicial*, marzo 1989, pp. 105 y ss.

(17) Estoy pensando, cuando eso escribo, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (en 24 de febrero de 1989) contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 —sustancialmente, porque el carácter anónimo de la donación de gametos iría en contra del principio constitucional de la libre investigación de la paternidad, y por infracción de la garantía constitucional de la protección de la familia—, que deja abierto un serio interrogante en esta materia. Y en la posición del Tribunal Constitucional alemán que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de ese país a favor del derecho de toda persona a conocer su origen y su verdadera filiación, ha reconocido ese derecho a la averiguación del origen biológico de la persona en dos importantes sentencias: la de 18 de enero de 1988 (véase en *FamRZ*, 1989, pp. 147 y ss.), que declara la superioridad de ese derecho respecto del derecho a la intimidad de la madre (obligada a revelar la identidad del padre); y la de 31 de enero de 1989 (*FamRZ*, 1989, p. 255), que declaró la inconstitucionalidad de la limitación a ciertos supuestos (los del artículo 1596 BGB) de la impugnación por el hijo de su filiación matrimonial. Véase amplia información bibliográfica y detenido estudio de esta cuestión en C. QUESADA GONZALEZ, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *ADC*, 1994-2, pp. 237 y ss.

En consecuencia, entiendo que ahora, y para la hipótesis aquí contemplada, sólo cabría la impugnación por el hijo del reconocimiento, mas no de su filiación determinada por otro procedimiento. Y en este punto no le ayuda mucho la equiparación del hijo extramatrimonial al legítimo, pues pienso que el primero difícilmente pueda impugnar su filiación bajo esa legalidad.

Mas esa conclusión —única razonable y adecuada a la normativa estimada aplicable— parece que deberá limitarse al ejercicio autónomo y separado de la acción de impugnación, porque la sentencia de 17 de marzo de 1995 mantiene otra posición cuando la impugnación va asociada a una acción de reclamación (como ocurría en el proceso que resuelve en casación), ocasión en que permite al hijo impugnar su filiación matrimonial al tiempo que reclama la no matrimonial que dice tener.

Esa solución de la sentencia en este supuesto requiere un examen separado de la cuestión.

### 5. La acción de reclamación-impugnación de filiación

#### 5.1. Planteamiento por la Sentencia de 17 de marzo de 1995, y en general

El FJ 12 de esta sentencia, a la hora de fundamentar el ejercicio conjunto por la actora de la reclamación de paternidad y de impugnación de la filiación contradictoria, invoca el artículo 134 del Código civil hoy vigente, se remite a la doctrina de las SSTS de 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1990, que cita, y razona siempre ante la nueva legalidad (18).

¿No habíamos quedado —y lo dice la propia sentencia— en que la normativa aplicable a la determinación de la filiación reclamada en el proceso era la *legislación anterior* “en cuanto constitucional”? Por esa razón estimó que el hijo extramatrimonial puede reclamar ahora su filiación en los mismos términos que el matrimonial, aplicándole el viejo artículo 118 del Código civil.

Sorprende un poco que no haya encontrado la Sala Primera del Tribunal Supremo otros argumentos que éstos (de la legalidad nueva) para justificar la procedencia de la acción de reclamación-impugnación, o su ejercicio conjunto (como prefiere decir), cuando quedó claro que la normativa aplicable es la “legislación anterior”.

¿Cabe fundamentar el éxito de esa acción en la vieja legalidad, sin tener que recurrir al actual artículo 134 del Código civil y demás?

---

(18) “En modo alguno —dice—, puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción (*sic!*) o de caducidad que señala el artículo 137 (se refiere a su redacción posterior a 1981) para la de impugnación; artículo que ahora no es de aplicación...”

Sin ánimo polémico —pues comparto plenamente la solución final dada a la cuestión debatida: el éxito de la acción (o acciones) ejercitada(s), tanto en el fondo como en su legitimidad jurídica—, me parece un poco inconsecuente la construcción argumental partiendo de aquella premisa, y echo de menos una referencia y fundamentación en la “legalidad anterior”, que creo posible, sin perjuicio de un apoyo ulterior (complementario, pero sólo esto) en las normas actuales y en la jurisprudencia interpretadora después de 1981, a falta de otra anterior.

## 5.2. La acción de reclamación-impugnación en la vieja legalidad

¿Existía, o era viable en la legalidad anterior a la Ley 11/1981, una acción de reclamación-impugnación de filiación?

Nada había en el Código, redacción de 1889, parecido al actual artículo 134 surgido de la reforma de 1981, y la doctrina no se había ocupado de esta cuestión referida al Código (en absoluto, creo).

En cambio, se había planteado en relación con el Derecho catalán, y yo mismo me ocupé de ello, entendiéndolo, como otros, que una acción mixta de reclamación-impugnación, o ejercicio conjunto de ambas, era viable en el marco de los artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, en su redacción de 1960 (19). Y quedó ya establecido entonces, en cuanto a su régimen jurídico, que era preponderante en tal caso la acción de reclamación respecto de la de impugnación, por ser ésta y su ejercicio imprescindible para el éxito de aquélla por la necesidad de dejar sin efecto previamente la filiación (anterior) incompatible con la reclamada.

Después de la reforma de la Compilación catalana de 1984 se han pronunciado otros autores en el mismo sentido (20), y la jurisprudencia en varias sentencias (de 5 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 23 de febrero de 1990, entre otras) en relación con el artículo 134 del Código civil, así como todos los comentaristas de éste (21). Nada nuevo aporta,

(19) “La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña”, *loc. cit.*, pp. 312 y 317.

(20) PINTO RUIZ, “Comentarios a los artículos 4 y 5 de la Compilación catalana”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), t. XXVII-1.º, Madrid, 1981, p. 232; GETE-ALONSO CALERA, *ad* artículo 4 Compilación catalana, en “Comentarios a les reformes del Dret civil de Catalunya”, volumen I, Barcelona, 1987, p. 153.

(21) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, “Comentarios a las reformas del Derecho de Familia”, Tecnos, Madrid, 1984, vol. I, p. 982 y ss.; DE LA CAMARA, *op. loc. cit.*, p. 587; QUESADA GONZALEZ, “Acumulación de las acciones de reclamación y de impugnación de paternidad”, *RJC*, 1987-4, pp. 930 y ss.; y yo mismo en LACRUZ y otros, “Elementos de Derecho Civil”, t. IV-2.º, Barcelona, 1989, pp. 144 y ss.

pues, la sentencia de 17 de marzo de 1995 a ese respecto, pues todo lo que dice era conocido y estaba dicho hace más de veinte años para el Derecho anterior.

Volviendo a la existencia y viabilidad de una acción semejante a la del actual artículo 134 del Código civil en la regulación de la filiación anterior a la Ley 11/1981, pienso que no obstante el total silencio del Código no habría habido inconveniente en admitirla, y que hubiera prosperado bajo aquella legalidad: no era más explícita la Compilación catalana en sus artículos 4 y 5 (redacción de 1960 o de 1984) y todos cuantos han tratado esta cuestión consideraron viable tal acción mixta o ejercicio acumulado de las dos acciones en los términos vistos. Las reformas de ambos ordenamientos la recogieron (para la Ley catalana de filiación de 27 de abril de 1991, cfr. artículo 17.2).

A primera vista pudiera parecer un obstáculo para ello (esa conclusión) la falta de legitimación del hijo accionante para impugnar la filiación formal y contradictoria con la reclamada (en el Código civil de 1989; pero también en la Compilación catalana de 1960). Mas si aceptamos, como dije en otro lugar, que la relación de ambas acciones entre sí es la de medio (la de impugnación) a fin (la de reclamación), y que es ésta y su régimen jurídico el preponderante y el que debe imponerse, no podrá ser obstáculo ya entonces para el éxito de la de reclamación los problemas de legitimación y de caducidad de la de impugnación. No permitirlo, en una interpretación rigurosa del juego de tales acciones, comportaría el fracaso de la acción principal y dejaría de imponerse su régimen jurídico (como todos reconocen que debe ser), para claudicar ante el de la impugnatoria, accesoría.

Todas estas afirmaciones que hoy se aceptan como naturales, y antes para el Derecho catalán, creo que son predicables bajo la redacción anterior a 1981 del Código: por tanto, para el caso que me ocupa.

En conclusión: no era necesario invocar el actual artículo 134 del Código civil y demás citas de preceptos y jurisprudencia posteriores a 1981 —como hace la sentencia de 17 de marzo de 1995, FJ 12— para fundamentar la viabilidad de las acciones de reclamación e impugnación ejercitadas conjuntamente por la actora en dicho proceso, cuando era valor entendido que la legalidad aplicable al mismo era la “legislación anterior”. En ésta cabía encontrar argumentos suficientes, porque los brindaba. El artículos 134 y otros, y jurisprudencia correspondiente, son adornos complementarios que pueden aumentar la autoridad de la fundamentación legal que proporcionaba, ella sola y suficientemente, la legislación aplicable al caso. Decepciona un poco no haberla encontrado en esta sentencia del Tribunal Supremo.

#### IV. PROBLEMAS SUCESORIOS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL PRECONSTITUCIONAL

##### 1. *Legislación aplicable*

Declarado por la sentencia de 17 de marzo de 1995 que la demandante era hija extramatrimonial del causante, y reclamados por ella derechos hereditarios en dicha sucesión, plantéase la cuestión de cuáles sean éstos. El primer problema, habida cuenta de la fecha de apertura de la sucesión (26 de marzo de 1981, en que falleció el causante) y de presentación de la demanda (30 de diciembre de 1985), es el del Derecho aplicable a dicha sucesión, lo que requiere acudir a la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, del siguiente tenor: “las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación”.

Esta ha sido sin duda la más discutida de todas las transitorias de la ley de 13 mayo 1981, ya desde la primera hora. Se ha debatido sobre su naturaleza y posible inconstitucionalidad, su alcance retroactivo y cuál sea la *legislación anterior* a que remite. De esas cuestiones —no exclusivas de esta transitoria, ciertamente— se ocupa también la sentencia de 17 de marzo de 1995, como varias otras antes que ésta, y a ellas paso a referirme yo brevemente.

##### 2. *Naturaleza y constitucionalidad de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981*

Cuando se publica esta Ley algunas normas del Código civil relativas a la filiación y sus efectos y a derechos sucesorios de los hijos y padres habían quedado afectadas por la entrada en vigor de la Constitución, con mayor o menor alcance según se entendiera que las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales eran o no de aplicación directa —debate ese en el que no me detengo por conocido—. En seguida se impuso la tesis de que no podía subsistir un trato discriminatorio entre los hijos por razón de su nacimiento, sobre todo en lo que tocaba a derechos y efectos vinculados al tipo de filiación.

La STC de 20 de diciembre de 1982, ya conocida, zanjó la cuestión con su afirmación de la aplicación directa de la Constitución en orden a la igualdad de los hijos y efectos de la filiación con independencia de su origen o nacimiento. Mas esta sentencia no satisfizo a todos, y algún prestigioso jurista la consideró desacertada, dudó de que sentara una doctrina definitiva en cuanto a ese pronunciamiento, y hasta sugirió al Tribunal Constitucional el cambiar de criterio (como hemos visto).

Otro tanto ocurrió con la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> por la remisión que hacía, en cuanto al régimen jurídico de las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, a la *legislación anterior*, cuyo alcance no era claro entonces y que, si era entendida como remisión al Código civil en su versión preconstitucional, permitía pensar que la propia transitoria 8.<sup>a</sup> fuera contraria a la Constitución.

En este punto —importante para cuanto luego diré sobre la naturaleza y alcance de esta disposición— terció también, de forma señalada, M. DE LA CAMARA. Este autor había dicho ya en 1982 que “se trata de una norma cuya constitucionalidad es más que discutible”, lo que justificaba en la incompatibilidad con la Constitución del régimen de la filiación formulado por el Código, al que parecía remitir, y sostenía que la solución prudente en ese punto era la adoptada por el Senado (22).

Posteriormente, en 1984, el propio DE LA CAMARA, comentando la transitoria 8.<sup>a</sup>, afirmaba que “el principio de igualdad entre todas las filiaciones a que responde la reglamentación vigente sólo se aplica si la sucesión se ha abierto después de entrar en vigor la Ley. Sólo en ese caso, un hijo no matrimonial podrá exigir que se le trate como si fuera matrimonial”. Y añadía que “si la sucesión se ha abierto antes de la vigencia de la Ley de 13 de mayo de 1981, se rige por las normas anteriores que comportaban una clara discriminación según que la filiación fuese matrimonial o no matrimonial. Consiguientemente, cuando la apertura de la sucesión haya tenido lugar antes de entrar en vigor la nueva legislación, la discriminación subsiste” (23). Y concluía que tal solución —esa que él proponía entonces, que ha resultado no ser la acogida luego por el TS y el TC y por la mejor doctrina— parecía indefendible, reiteraba su crítica anterior (en su comentario a la transitoria 7.<sup>a</sup>) a la STC de 20 de diciembre de 1982 y terminaba diciendo que el Tribunal Constitucional “tendrá que declarar la inconstitucionalidad de la disposición transitoria 8.<sup>ava</sup>”.

Las dudas sobre la constitucionalidad de esta disposición han llegado, en efecto, al Tribunal Constitucional, mas con resultado distinto al preconizado por dicho autor. La planteó un Juzgado de Primera Instancia de Mieres, que conocía de una demanda en reclamación de legítima por un hijo extramatrimonial de un hijo premuerto, al promover cuestión de inconstitucionalidad de dicha norma. La STC (Pleno) 155/1987, de 14 de noviembre —que la STS de 17 de marzo de 1995 cita ampliamente en su FJ 13— declaró que no es inconstitucional.

El TC llega a esa conclusión, sustancialmente, por medio del siguiente razonamiento: formalmente, la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> es una regla de remisión cuyo contenido se reduce a la determinación de la normativa

---

(22) Así, en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, p. 246.

(23) *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 986.

aplicable a las sucesiones abiertas antes de la modificación del régimen sucesorio que la Ley 11/1981 operó. Como norma sobre la aplicación del Derecho dicha transitoria no es en sí misma regla "aplicable" en el procedimiento de que procede la cuestión de inconstitucionalidad y, por tanto, no es norma de cuya validez dependa el fallo que deba recaer en el mismo. La cuestión sobre la constitucionalidad o no de aquélla dependerá de la inteligencia que merezca la *legislación anterior* a que la transitoria remite, punto en el que el TC dice que esa expresión sólo puede entenderse referida a la legislación vigente, lo que incluye los cambios que en el contenido del Código civil produjo la Constitución. En consecuencia, como de la legislación anterior a que remite forma parte la propia Norma Fundamental, no puede ser juzgada contraria a Constitución la transitoria cuestionada (24).

Esta tesis del TC ha sido aceptada explícitamente, con la misma argumentación, por la STS de 26 de septiembre de 1989, e implícitamente en las SSTS de 13 de julio de 1985, 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987, 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990, amén de la propia sentencia de 17 de marzo de 1995 que motiva este comentario.

### 3. Alcance retroactivo de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>

Paralela a la anterior cuestión suele estudiarse la del alcance retroactivo de esta transitoria, pues "las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley" (la 11/1981) pueden tener lugar en momentos diversos, y la legislación anterior a ellas aplicable también podría ser diferente. Es, pues, cuestión importante la aludida, que ha motivado pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales múltiples.

DE LA CAMARA dice de esta transitoria 8.<sup>a</sup> que "constituye una notable e importantísima limitación a la retroactividad de la Ley" (25), y añade que "el principio de igualdad entre todas las filiaciones a que responde la reglamentación vigente sólo se aplica si la sucesión se ha abierto después de entrar en vigor la Ley". Para él, únicamente cuando el causante haya muerto después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 podrá el hijo ilegítimo no natural ejercitar los derechos que le correspon-

(24) En el mismo sentido se había manifestado J. M. MIQUEL GONZALEZ cuando dijo que la "legislación anterior" deberá ser legislación en vigor y no legislación derogada; es decir, "legislación anterior" no podía ser el Código civil en su versión original, derogado en sus normas discriminatorias por la Constitución, sino ese mismo Código en lo modificado por la propia Constitución (*Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, cit., ad disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, vol. II, p. 1993).

(25) *Comentarios al Código civil...*, cit., p. 986.

den en el caso de haber sido preterido, o reclamar derechos sucesorios abintestato; en forma semejante, para otros hijos y parientes. Contrariamente, añade, si la sucesión se ha abierto antes de la vigencia de esa Ley, se rige por las normas anteriores que comportaban una clara discriminación según que la filiación sea o no matrimonial.

No ha sido ésa, sin embargo, la interpretación del TS, el cual ha distinguido según el momento de la apertura de la sucesión en relación con la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley 11/1981. Por lo demás, la S. TS de 13 de febrero de 1990, quizá la más explícita en cuanto al tipo de retroactividad que consagra la transitoria 8.<sup>a</sup> de referencia, dice que es “una retroactividad de grado mínimo, en el sentido de que la nueva Ley se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no a las que se abrieron con anterioridad, no sólo a la Ley de 1981 sino a la propia Constitución” (26).

Con independencia de calificaciones doctrinales relativas a la retroactividad, la posición de la jurisprudencia ha ido definiéndose y clarificando la cuestión, tomando en consideración a veces la incidencia de la Constitución en las situaciones correspondientes.

Así, la sentencia de 10 de febrero de 1986 aplicó directamente el artículo 14 de la CE para conceder derechos legítimos a un hijo extramatrimonial cuyo padre había fallecido después de promulgada la Constitución pero antes de entrar en vigor la Ley 11/1981. En cambio, la sentencia de 10 de noviembre de 1987 aplicó la legislación preconstitucional, aun discriminatoria, a una sucesión abierta antes de la Constitución, lo que justificaba diciendo que se había producido una inconstitucionalidad sobrevinida: y abierta en aquel caso la sucesión en 1972, la Constitución no destruyó los efectos consumados o agotados con anterioridad, pues ello “sería proclamar una retroactividad absoluta de la Constitución que su texto legal no contiene, quebrantando el principio de seguridad jurídica que también es un valor constitucional”.

La sentencia de 26 de septiembre de 1989 se adhiere a esa tesis cuando precisa que la interpretación de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> “tiene una correcta localización en la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 1986 (y virtualmente también en la de 10 noviembre 1987)”. La de 13 febrero 1990 rechaza la tesis del recurrente de la retroactividad

---

(26) “La retroactividad de grado medio —continúa más adelante—, que este motivo (de casación) postula, como solución en cierto modo intermedia, sancionaría que habrían de regirse por la nueva Ley las sucesiones abiertas después de entrar en vigor la Constitución y antes de promulgarse la Ley de 13 de mayo de 1981, dejando entonces al margen la norma de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> de ésta última. Pero ése no es el supuesto ahora debatido, ni el de la Sentencia 10 de febrero de 1986, sino el de sucesión abierta y liquidada antes de la promulgación de la Ley Fundamental tantas veces citada, y también, por tanto, de la ley citada de 1981.”

de grado medio porque sancionaría que habrían de regirse por la nueva Ley las sucesiones abiertas después de entrar en vigor la Constitución de 1978 y antes de promulgarse la Ley de 13 de mayo de 1981, supuesto distinto del de la sentencia (sucesión abierta antes de la Constitución), por lo que aplica el Derecho preconstitucional; conclusión a que también llega la sentencia de 26 de diciembre de 1990 para idéntico supuesto.

En cambio, la de 17 de marzo de 1995 entiende aplicable, para una sucesión abierta después de la Constitución y antes de la vigencia de la Ley de 13 de mayo de 1981, la "legislación anterior" a ésta, en el sentido ya dicho y que concretaré en seguida.

A modo de resumen, y por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial que he manejado, cabe distinguir las siguientes situaciones:

a) Cuando se trate de sucesiones abiertas antes del 29 de diciembre de 1978 (entrada en vigor de la Constitución), por el agotamiento de los efectos antes de la misma, no puede tener eficacia retroactiva la Norma Fundamental porque la retroactividad tiene su límite precisamente en los derechos adquiridos por terceras personas, que se verían afectadas de tener la Constitución aquella eficacia (STC de 6 de abril de 1981, 23 de enero de 1984 y 6 de diciembre de 1986). Esa ha sido la solución que han dado las SSTS de 10 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1989 y 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990. Sin embargo, recuérdese que la STC de 20 de diciembre de 1982 hizo aplicación inmediata de la Constitución y declaró nulo por inconstitucional el artículo 137 del Código civil, redacción de 1889, y nulas también las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo que lo habían aplicado; y la STS de 10 de marzo de 1987, cuando conoció de nuevo del mismo asunto, declaró no haber lugar a casación, con lo que quedó confirmada la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla (la segunda que dictó en ese pleito), que declaraba la paternidad no matrimonial pretendida "con todas sus consecuencias legales", entre otras, los derechos sucesorios pertinentes respecto del padre causante, fallecido en 1972.

b) En los supuestos en que el causante haya fallecido después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la de la Ley 11/1981, se aplica a su sucesión *mortis causa* la "legislación anterior" a esa Ley, la vigente en el momento en que se produjo el hecho determinante: SSTS de 10 de febrero de 1986 y 17 de marzo de 1995.

c) Si el fallecimiento del causante se produce después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, la sucesión se regirá "por la nueva legislación", dice la transitoria 8.<sup>a</sup>, es decir, esa misma ley (la nueva redacción del Código civil resultante de la reforma que ella introduce), sin problema alguno de Derecho transitorio.

#### 4. Cuál es la "legislación anterior" a que remite la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>

Ya vimos planteada esta cuestión en relación con la transitoria 7.<sup>a</sup>, relativa a las acciones de filiación, que hace una remisión en idénticos términos a la 8.<sup>a</sup> que ahora nos ocupa. El razonamiento y fundamento es semejante al referido a aquélla: la prohibición de discriminación por razón de nacimiento y de filiación matrimonial o no matrimonial. Por ello, me limito aquí a citas jurisprudenciales mínimas y referidas a derechos sucesorios *mortis causa*.

La STS de 10 de febrero de 1986 dice que si el fallecimiento del causante se produjo el día 31 de enero de 1979, vigente ya la Constitución, y con tal vigencia, por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado por el artículo 14 de la CE y la disposición derogatoria 3.<sup>a</sup>, "quedaron sin efecto los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre no casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada...".

Con posterioridad, ese criterio se vio confirmado por la STC 155/1987, de 14 de octubre, la cual, con referencia a la expresión *legislación anterior* dice que "ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo (...). Limitar a los viejos preceptos del Código civil en su redacción anterior a la CE la remisión contenida en la disposición transitoria equivaldría a sostener, en efecto, que esos preceptos, que los jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la C.E., en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado vigor...".

Idéntica posición asumen las SSTS de 26 de septiembre de 1989 y 26 de diciembre de 1990 ("cuando habla de legislación anterior ha de comprenderse, además del texto del Código civil no modificado, a la propia Constitución, que igualó por completo ante la ley a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales..."); y más recientemente, la de 17 de marzo de 1995 que motiva este comentario.

Esta tesis e interpretación habían sido defendidas en 1984 por J. M. MIQUEL GONZALEZ en su comentario a la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>: "... hay que entender que la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> no puede remitir a una legislación derogada (...) porque la legislación anterior siempre habrá que entender que es legislación en vigor y no legislación derogada (...). Las normas de derecho transitorio no tienen por misión declarar si la Constitución derogó o no derogó el texto de cierto cuerpo legal. En nuestro caso, la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> no podía determinar que lo que había sido derogado por la Constitución reviviera

ahora; sería una curiosa manera de legislar materia inconstitucional *per relationem*" (27).

## V. LA PRETERICION DE LA HIJA EXTRAMATRIMONIAL DEMANDANTE

Todo el razonamiento anterior, referido al caso de la sentencia de 17 de marzo de 1995, acaba conduciendo a una importante conclusión: la actora, declarada que fué hija extramatrimonial del causante, tenía la condición de heredera forzosa del mismo; y "su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición" (FJ 14).

No es ésta la ocasión para hacer un estudio más o menos detenido del instituto de la preterición (28), ni pretendo entrar en un debate (con múltiples problemas) que tiene excesiva carga dogmática y formalista —legítima formal-legítima material, preterición intencional-preterición errónea— y, en mi opinión, demasiado ceñido a antecedentes históricos y concepciones periclitadas en materia de sucesión forzosa (necesidad de mención de los legitimarios en el testamento, protección formal de la legítima, etc.). Es propósito mío no ir más allá en este comentario, en cuestiones generales como ésta, de lo imprescindible y limitado a la problemática planteada por la sentencia que analizo.

Con esa perspectiva, entresaco de dicha resolución sólo las cuestiones que me parecen más interesantes (hay varias más también sugerentes), partiendo de ciertas afirmaciones que obligan a la reflexión. Me refiero, eminentemente, a ciertos requisitos de la preterición, relacionados con la mención del legitimario y atribución de bienes o derechos al preterido en el testamento, y a los efectos de la preterición según el Derecho que se le aplique, punto en el que la sentencia que comento se aparta de algunos precedentes próximos.

Todo ello viene motivado por los siguientes párrafos del FJ 14 de esta sentencia: "La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios en unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recu-

(27) Obra y lugar últimamente citados.

(28) Creo que tampoco es necesario hacer aquí una larga cita bibliográfica sobre la preterición en nuestro sistema jurídico. Sólo quiero indicar como útiles a los efectos que aquí me interesan, además de las obras generales y los trabajos monográficos de VALLET, los comentarios de J. M. MIQUEL a las Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985 y 10 de febrero de 1986 en CCJC, núms. 9 y 10, y de P. DE PABLO CONTRERAS a la de 10 de febrero de 1986 en ADC, 1987-II, pp. 701 y ss.; y la reciente monografía de M. RIVERA FERNANDEZ, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994.

rrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios, no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios (...). El fideicomiso de residuo en favor de la actora de finca determinada carece, tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad, de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero (...) y, por ende, ha de procederse respecto de la herencia según las reglas de la sucesión intestada". Se ha tomado en consideración —justifica— "los artículos 813, 814 y 834 del Código civil en la versión anterior a la vigente de la Ley 11/1981 junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la CE, particularmente el artículo 14".

Resuelta la cuestión de la legislación aplicable a nuestro caso, a ella referiré mi discurso, y a la situación anterior a la Ley 11/1981 concretaré la jurisprudencia y sustancialmente las referencias y citas doctrinales. Por no ser trascendente aquí, en cambio, prescindiré de si esa Ley aplicable habría de ser, a su vez, la del momento de otorgarse el testamento del causante, o la de la fecha de su fallecimiento (distinción que hacen ciertos autores y que puede tener importancia en alguna ocasión).

Paso, pues, a examinar ya las dos cuestiones apuntadas.

### *1. La mención y atribución de derechos sucesorios en testamento al legitimario preterido*

Entre los muchos problemas que ha planteado la institución de la preterición se halla, a modo de "negativo" del requisito de la omisión de los legitimarios en el testamento del causante —idea inicial e histórica de la misma—, la cuestión de qué tipo de mención, con o sin atribución de derechos sucesorios, es suficiente para evitar que haya preterición del heredero forzoso. Estoy pensando, para ser más concreto, en si la mención de la demandante en el testamento de nuestro causante, dejándole un fideicomiso de residuo "no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios" equivale o no a mención con eficacia para desvirtuar la preterición.

No es fácil dar una respuesta a ese interrogante. Nuestro Código no tiene una definición de preterición —ahora, ni antes de la reforma de 1981, que aquí interesa más—, y en la concepción doctrinal y jurispuden-

cial de la misma hay una fuerte carga histórica (29) y muy diferentes concepciones acerca de ella: sustancialmente, la de los que la consideran como una exigencia de carácter formal, con lo que únicamente quedaría excluida en caso de mención en ciertos términos del heredero forzoso en el testamento; y la de quienes vinculan la idea de preterición a la de legítima material, con lo que no ha lugar a preterición no sólo por mención en testamento sino cuando el legitimario ha recibido bienes imputables a la legítima en vida del causante. Omito los argumentos invocados en cada sentido y los autores que defienden tales posturas porque no quiero entrar en esa polémica: cuestión que puede verse en algunas obras generales, y mejor en las que tratan monográficamente este tema.

Quede constancia sólo de que si la doctrina más sólida y moderna (no sin importantes excepciones) se inclina progresivamente por la segunda tesis, la jurisprudencia ha preferido en general la primera (también con excepciones).

Ahorro otras consideraciones para centrar mi atención en la cuestión de la mención y la atribución al legitimario en el testamento de derechos sucesorios. A ese respecto resume VALLET DE GOYTISOLO la posición de la jurisprudencia en los siguientes términos: "... el Tribunal Supremo: 1) ha considerado que hay preterición si no es mencionado en el testamento un descendiente, aunque se le hubiesen otorgado donaciones *inter vivos* con carácter de anticipo de legítima; 2) ha estimado que la hay cuando la mención del nombre sólo aparece con ocasión de negar su condición, para ordenar a los herederos que se opongan al pleito en que las interfectas demandaban ser reconocidas hijas naturales; y 3) ha apreciado que no la hay cuando, aun silenciando su condición de hijos naturales y negando tener herederos forzosos, el testador los menciona asignándoles algún legado" (30).

De esas tres posiciones jurisprudenciales —que el propio autor desglosa luego en varios supuestos más, que no interesan ahora—, centraré mi atención en la tercera, única hipótesis identificable con nuestro caso.

A este respecto, y siendo ese caso o hipótesis —mención del legitimario no como heredero forzoso y atribución de derechos sucesorios en testamento— bastante descuidada por la doctrina (compruébese: incluso entre quienes han tratado monográficamente la preterición), rastreada la jurisprudencia, aparecen dos interesantes sentencias del Tribunal Supremo, antiguas

---

(29) Pienso que excesiva carga histórica; y por excesiva, perturbadora, por proceder, además, de situaciones sociales y concepciones jurídicas y socioeconómicas de la sucesión *mortis causa*, de la legítima y de la protección de los herederos forzosos muy distintas de la actual.

(30) *Comentarios del Código Civil y de las Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), t. XI, Madrid, 1979, p. 154. Véanse también pp. 156 y 160

—VALLET cita también la de 16 de enero de 1895—, relativas a casos muy parecidos al de la sentencia 17 de marzo de 1995 que aquí estudio. Merece la pena examinarlas con atención.

### 1.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1917

Se refería esta sentencia a una hija natural del causante, no reconocida en vida de éste cuya declaración de filiación reclamaba en el pleito. En su testamento dejó el causante a doña Eduvigis (así se llamaba aquélla) un legado de cantidad, sin designarla como hija suya (aunque la había tratado en vida como tal), de cuya cantidad no entraría en posesión sino después del fallecimiento de las herederas; y nombraba herederas únicas y universales a sus tres hermanas. En el suplico de la demanda se solicitó que se declarase a D<sup>a</sup> Eduvigis hija natural del causante, nula en su totalidad la institución de herederas y la partición de la herencia hecha por éstas, y heredera abintestato única del causante a la actora doña Eduvigis.

La sentencia de la Audiencia Territorial declaró hija natural del causante a dicha señora, su calidad de heredera forzosa del mismo con derecho a la legítima de la tercera parte de su herencia (era lo que le correspondía bajo la legalidad entonces aplicable), en la que debía imputarse el legado de cantidad dejado en el testamento, sin condición ni gravamen; y como consecuencia de lo anterior, declaraba *parcialmente* nula y carente de eficacia la institución de herederas universales en cuanto ésta excediera de los dos tercios de la herencia, únicas de que podía disponer el testador libremente, por constituir la otra tercera parte la legítima correspondiente a la hija natural. Seguían otros pronunciamientos consecuentes y accesorios.

Ante tal situación fáctica y sentencia de instancia —que traigo aquí con cierto detalle por su gran proximidad con el supuesto de hecho de la sentencia de 17 de marzo de 1995 que comento—, el TS, al resolver el recurso de casación (31) dijo, sustancialmente: "... los artículos 815 y 817 del Código civil prevén y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúna las condiciones de heredero forzoso y deje para ella, por cualquier título que lo hiciese, menos de los que le corresponda en concepto de legítima, autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de

---

(31) Fue interpuesto el recurso de casación por el representante legal de los hijos de la ya entonces fallecida doña Eduvigis, y se invocaba en el mismo como principal motivo de casación la infracción por inaplicación del artículo 814 del Código civil, en el sentido de que la preterición de los herederos forzosos, que decía haber en aquel caso, debía anular la institución de herederos, por lo que correspondía la totalidad de la herencia intestada a la demandante.

su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual, para anular la institución de heredero, requiere la preterición, o sea, que el testador nada deje, por ningún título, al heredero forzoso". Y siendo hecho admitido que a la actora su padre natural le dejó en su testamento una cantidad determinada, "resulta hecho con acierto por la Sala sentenciadora la aplicación de aquellos textos, así como del párrafo 2º del artículo 813 del Código civil, en igual respeto a la integridad de la legítima debida y a la subsistencia de las prescripciones testamentarias que no la perjudiquen".

En ese razonamiento y conclusiones queda claro que el TS estima que no hubo preterición en el caso y testamento examinado. Y añade luego que tales aseveraciones no se oponen a la doctrina de otras sentencias, relativas a casos diferentes, en que sí había habido preterición.

### 1.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 abril 1932

Trata esta sentencia de un caso muy parecido al anterior (hasta el punto de que ésta de 1932, que cita a la de 25 de mayo de 1917, alude a "en identidad de circunstancias"): en juicio sobre reconocimiento forzoso de hija natural la sentencia de instancia declaró la condición de hija natural de la demandante y la nulidad de la institución de herederos hecha por su padre en cuanto perjudicase a la legítima de aquella, a la que, previa la capitalización de lo dejado por el causante, debía quedar libre la tercera parte del caudal relicto, legítima que la Ley le reconocía.

La mencionada sentencia del TS, tras reiterar la anterior doctrina jurisprudencial sobre el concepto legal de preterición ("no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador de dicho heredero forzoso"), dice que "no existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, mencione en su última voluntad la persona del heredero forzoso, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial e inferior a lo que por legítima le corresponda (...) hallándose resuelto por este Tribunal Supremo en sentencia de 25 de mayo de 1917, en identidad de circunstancias, confirmando la doctrina de que sólo el derecho de pedir el complemento de la legítima es el que asiste a la hija natural perjudicada, aunque no omitida en el testamento, pero en modo alguno el de reclamar la nulidad de la institución de heredero...".

Idénticos presupuestos fácticos e igual doctrina, pues, en esta sentencia que en la de 1917: no hay preterición, con las consecuencias pertinentes.

### 1.3. Análisis comparativo. Conclusiones posibles

Esas dos, y la sentencia de 16 de enero de 1895 (que cita la de 1917) son las únicas sentencias relativas a situación como la que ahora estudia-

mos —yo no he encontrado ninguna otra anterior a la reforma de 1981; tampoco menciona otras un especialista tan cualificado como VALLET, ni los demás autores que se han ocupado de la preterición.

Ante ese panorama jurisprudencial, resulta:

a) Que las sentencias anteriores estiman que cuando hay mención del legitimario no como tal (en el testamento a que se refiere la de 1917 el testador negaba explícitamente tener herederos forzosos) con atribución de derechos sucesorios al mismo sin relacionarla con dicha calidad, *no hay preterición*, y sólo corresponde a ese heredero forzoso el complemento de legítima.

b) En cambio, en la sentencia de 17 de marzo de 1995 —reclamación de sus derechos sucesorios por hija ilegítima no natural; de hija natural se trataba, en cambio, en aquellas otras sentencias—, ante la mención de la actora en el testamento y atribución de un legado también gravado (fideicomiso de residuo), “no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios”, el TS dice ahora que *hay preterición*, declara la nulidad de la institución de heredero y atribuye a la actora la herencia abintestato (frente a un criterio contrario relativamente reciente, por cierto, en sentencias de 1985 y 1986, como enseguida veremos).

¿Cuál es la doctrina y la solución correcta? ¿Cómo llega la sentencia de 17 de marzo de 1995 a la decisión mencionada sin ninguna argumentación específica que justifique el cambio de criterio, e ignorando la doctrina sentada por el propio Alto Tribunal en las tres sentencias de referencia (de 1895, 1917 y 1932), únicas conocidas y al alcance de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS —citadas, al menos, por VALLET?

No obstante la (relativa) perplejidad que todo ello produce, y en trance de tener que pronunciarme en esta instancia crítica y valorativa de la sentencia que comento, yo me quedo con la doctrina de las sentencias antiguas frente a la reciente de 1995.

Es dudoso —lo ha puesto de manifiesto hace una década J. M. MIQUEL (32)— si con la preterición preténdese proteger la legítima o la cuota abintestato de ciertas personas indicadas por la Ley. No obstante las sugerentes razones que da este autor, favorable a la defensa de la cuota abintestato como función eminente de la preterición —y quizá deba ser así en una correcta y actualizada interpretación de este instituto—, yo la veo en nuestro sistema jurídico (a pesar del viejo artículo 814 del Código civil) todavía como institución protectora de la legítima y de los herederos forzosos y de la cuota que por Ley les corresponda en ese concepto, tal como ha quedado diseñado e interpretado su régimen jurídico por el Tribunal

---

(32) Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 13 de julio de 1985, en CCJC, núm. 9, p. 2888; confrontar también el comentario de este mismo autor a la Sentencia 10 de febrero de 1986, en CCJC, núm. 10, pp. 3438 y ss.

Supremo y ha venido a pronunciarse el legislador en 1981, recogiendo esa línea interpretativa.

Si la preterición consiste en la “privación total de la legítima por omisión del testador respecto de un heredero forzoso” —definición legal de la misma en la sentencia de 23 de abril de 1932; idea que recoge la sentencia de 17 de marzo de 1995, FJ 14—, no se entiende bien que ciertos juegos de palabras manejados de una u otra forma, y conjugados con ciertas voluntades presuntas en orden a algunas pretericiones, permitan deducir que ha habido preterición en un caso en que se nombra *expressis verbis* a la legitimaria y se le atribuye concretos derechos sucesorios en el propio testamento.

No me convence que a tal efecto se diga que no se ha nombrado a la legitimaria en la forma precisa —el Código civil, por cierto, no lo exige en lugar alguno— y que la atribución se ha hecho en el testamento “no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios” (FJ 14).

Vuélvese con esa justificación al estrecho y formalista argumento de que faltan ciertas palabras concretas (casi sacramentales, al viejo estilo del Derecho Romano menos evolucionado), cuando es evidente que el motivo por el que el testador deja un legado a la demandante es porque siempre la consideró hija suya y la trató en vida con afecto y cierta munificencia. No se puede exigir a un testador que reconozca explícitamente su paternidad, con la sanción en caso contrario de anular su institución de heredero, y que deba llamar en su testamento precisamente “hija” a quien por las razones que fuere (y más en épocas pasadas) no le pareció oportuno reconocer formalmente, y a la que, sin embargo, protegió siempre e incluso le deja un legado (aunque sea insuficiente).

¡Y todo eso (preterición, nulidad de la institución de heredero...) por no decir en el testamento, precisamente: “lego a mi hija natural Fulanita de Tal este fideicomiso de residuo”!! La omisión de esas palabras subrayadas comporta, en aquella inteligencia de la institución, preterición, y en el caso comentado, la nulidad de todas las disposiciones testamentarias y una ordenación de la sucesión *mortis causa* del causante absolutamente distinta de la querida por él en testamento válido.

Obsérvese, además, que con esa indirecta exigencia de identificar como legitimaria a la persona a quien se menciona *nominatim* y atribuye derechos sucesorios para que no haya preterición y sus graves consecuencias se viene a obligar (también indirectamente) a reconocer a la hija, siquiera sea incidentalmente (33), porque sólo en calidad de hija puede ser legitimaria. El testador puede, sin embargo, no querer reconocerla: sencillamente, porque no quiere. Con lo que resulta que: o reconoce como suya

(33) ¿Sería reconocimiento formal determinante de filiación *ex* artículo 131 antiguo o artículo 120-1.º actual, esa expresión? Quede tal consideración para otro momento.

a la hija, o su institución de herecero va a quedar anulada (según la tesis de la sentencia de 17 de marzo de 1995) y la sucesión se regirá por el abintestato. Soluciones contrarias a los principios que informaban nuestro sistema jurídico —libertad de reconocimiento (voluntario) y primacía de la sucesión voluntaria sobre la legal— en la normativa aplicable al caso.

Confieso que me cuesta pasar por esa concepción tan formalista de las instituciones jurídicas, en general, y de la preterición, en concreto. Comprendo la necesidad de ciertas exigencias formales en aras de la seguridad jurídica y otros valores a que el Derecho pretende servir —el Derecho todo es mucho más pragmático de lo que algunos piensan, y lo acepto de buen grado—. Pero el necesario equilibrio entre seguridad jurídica y justicia (justa protección de intereses), entre formalismo y valores materiales o de fondo, creo que requiere otras soluciones distintas que la que apunta la sentencia que comento.

El Tribunal Supremo, criticado porque en otras ocasiones se ha inclinado por fundamentar la preterición en la defensa de la legítima formal, y que ha mantenido posiciones (relativamente) formalistas en materia de preterición, no cayó en las sentencias de 1917 y 1932 mencionadas en ese exceso que critico yo aquí respecto de la de 1995, donde nuestro más Alto Tribunal no da, además, explicación alguna de su opción (sí la hubo, en cambio, en aquellas otras sentencias antiguas). Y se aparta, por otro lado, de una línea jurisprudencial que aun lejana en el tiempo, constituye el único precedente conocido para un supuesto de hecho poco frecuente. Pienso, en suma, que supone también un retroceso en el marco de una interpretación evolutiva de la preterición que se aleja de la concepción doctrinal hoy dominante y de la última reforma legal (la del art. 814, de 1981), que navegan en otra dirección.

## 2. Efectos de la preterición

Si la Constitución de 1978 modificó las normas preconstitucionales del Código en el sentido de igualar a efectos sucesorios a todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, y, por tanto, considerar herederos forzosos también a los antes llamados hijos ilegítimos no naturales (calificación aplicable a la demandante del proceso que aquí estudio), no afectó, en cambio, a los efectos de la preterición del artículo 814 (versión de 1958). Por tanto, es esta norma en la redacción que tenía antes de la Ley de 13 de mayo de 1981 la aplicable a nuestro caso (34).

---

(34) No se olvide, sin embargo, que con la nueva redacción del artículo 814 del Código civil tras la reforma de 1981 los efectos (sólo los efectos) de la preterición han cambiado, y ahora van a ser distintos según haya lugar a aplicar la redacción de dicho precepto anterior o posterior a tal reforma.

De ello no hay duda alguna, y así lo entiende la sentencia de 17 de marzo de 1995 (FJ 14, *in fine*). En aplicación de tal norma establece que “ha de procederse respecto de la herencia según las reglas de la sucesión intestada”, por anulación de la institución de heredero. No da más explicaciones, y la cuestión apenas merecería mayor comentario si no fuera porque a mediados de los años ochenta hubo dos sentencias de cierto relieve, por la atención que suscitaron, relativas también a preterición (una de ellas en caso muy semejante al nuestro) con solución distinta (anulación parcial de la institución de heredero, en la cuantía suficiente para dejar a salvo la legítima del preterido), no obstante aplicarse la misma norma, el artículo 814 del Código civil en la versión anterior a la entrada en vigor de la Ley 11/1981.

Por si fuera poco ese cambio de criterio, destacaré que la sentencia de 1995 cita en su apoyo, al argumentar la interpretación que adopta de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, la sentencia de 10 de febrero de 1986, de cuya decisión final se aparta sin razón aparente ni justificación alguna.

Soluciones distintas a supuestos prácticamente idénticos y en aplicación de la misma norma. ¿Por qué?

Veamos brevemente las sentencias de 1985 y 1986 aludidas, empezando por esta última, recién citada.

### 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986

He aquí los hechos. El demandante, hijo habido fuera de y durante el primer matrimonio del causante (que luego de enviudar se casó con la madre de aquél), fue omitido en el testamento otorgado por éste en 1977, en el que instituía herederos a los tres hijos legítimos de su primer matrimonio, sin hacer ninguna referencia al actor. El testador falleció el día 31 de enero de 1979.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la preterición del actor. La sentencia fue revocada por la de apelación por entender la Audiencia que no regía la Ley 11/1981 al tiempo del fallecimiento del causante, cuando el hijo tenía la condición de ilegítimo no natural, por lo que sólo tenía derecho a alimentos pero no podía hablarse de su preterición, ya que no tenía derecho hereditario alguno respecto del causante su padre.

La STS de 10 de febrero de 1986, interpretando la transitoria 8.<sup>a</sup> en el sentido correcto que ya conocemos (en su momento cité esa sentencia en tal acepción), declaró la igualdad de derechos sucesorios de los hijos de cualquier clase respecto de un causante fallecido después de la Constitución, y como legitimario omitido en el testamento del causante, su preterición, con los efectos del artículo 814 del Código civil.

Es en este punto donde llama la atención la conclusión a que llega la sentencia mencionada: “es manifiesto que a tenor del artículo 814 del Código civil —dice en el FJ 5; en el anterior alude a “por aplicación de normativa a la sazón derogada”, lo que demuestra que ese artículo 814 es el vigente a la publicación de la Ley 11/1981— *debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido*, respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador...” (el subrayado es mío) (35).

Esta sentencia, comentada encomiásticamente por J. M. MIQUEL GONZALEZ y P. DE PABLO CONTRERAS (36) por su aplicación directa del artículo 14 de la CE y por la interpretación y alcance que da a la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> (en cuanto a la *legislación anterior*, a la equiparación de los hijos a efectos sucesorios, y demás), es criticada, en cambio, por ambos en cuanto a los efectos que asigna a la preterición. Efectos que, como se habrá visto, no son los del artículo 814 en la redacción anterior a la reforma de 1981 (que determinaría la anulación de la institución de heredero), sino los del mismo precepto después de esa reforma: el no perjuicio de la legítima y la reducción de la institución de heredero de su primer párrafo, tenido como regla general para la preterición (la intencional, que era la única a que podía haber lugar en ese caso y pleito).

En nuestro caso —dice J. M. MIQUEL a modo de conclusión— “el Tribunal Supremo debía haber anulado la institución de heredero y haber reconocido al hijo extramatrimonial su cuota intestada, sin perjuicio de las mandas y legados que no fueran inoficiosos. Por el contrario, le ha reconocido tan sólo la legítima y sin concretar si es la estricta o la llamada larga.”

Por su parte, DE PABLO CONTRERAS dice que “parece claro que el TS, ante la evidencia de ser intencional la preterición del hijo no matrimonial, procedió a solventar el defecto señalado por la doctrina científica en el derogado artículo 814, aplicando retroactivamente, con infracción de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> de la Ley de 13 de mayo de 1981, tal precepto en la redacción recibida por esta última Ley. Sin dudar de la justicia intrínseca de tal solución, no cabe sino constatar su incorrección formal”. Aplicación retroactiva del artículo 814, redacción de 1981, operada por esa sentencia —apostilla este mismo autor, a modo de conclusión—, que no encuentra ningún apoyo en la doctrina de la retroactividad implícita que el Tribunal Constitucional ha reconocido en alguna ocasión.

(35) Recuérdese que en aquel momento el artículo 814 del Código civil, versión de 1958, decía que “la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas” (los párrafos 2.º y 3.º no interesan aquí).

(36) MIQUEL, en CCJC, núm. 10, pp. 3438 y ss.; y DE PABLO, en ADC, 1987-2, pp. 703 y ss.

No sé si se trata en ese caso y sentencia (pues nada aclara al respecto) de una aplicación retroactiva consciente del artículo 814 reformado, o se trata de otra cosa. Yo más bien creo que no ha pretendido el Tribunal Supremo aplicar retroactivamente el nuevo artículo 814 del Código civil: nada dice en ese sentido, y en cambio da claramente a entender que la norma aplicable —como dije antes—, es el artículo 814 en su redacción anterior. En todo caso, comparto con los autores citados mi desacuerdo con esa solución —en el plano legal; otra cosa es en el terreno de lo que deba ser, en mi opinión—, pues creo que debió haberse reconocido al actor, hijo extramatrimonial preterido, su cuota intestada (en correcta legalidad aplicable, insisto).

## 2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985

He dejado para un segundo lugar esta sentencia, más antigua, porque aunque menos clara que la anterior, puede dar la pauta para comprender la conclusión a que llegó la sentencia de 1986. Veamos ya los hechos a que responde.

En un primer testamento legó el causante a su hija natural reconocida lo que por legítima le correspondiera, e instituía heredera a su esposa. En un testamento posterior instituía heredera a su esposa, de cuyo matrimonio decía no haber tenido sucesión, sin alusión a aquélla.

La hija demandante pedía que se le declarara preterida en el segundo testamento, y por tanto nula la institución de heredera a favor de la esposa, y que se le declarara única heredera abintestato, con otros pronunciamientos accesorios, sin trascendencia aquí. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia la confirmó y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación.

En este caso el TS decidió que el segundo testamento había revocado el primero, perfecto aunque contenía preterición, y sólo había lugar a corregirlo para atribuir la legítima a la preterida. Mas la sentencia, que no quiso entrar a decidir sobre esta cuestión por problemas procesales, rechazó dos motivos de casación y da por resuelto que la preterición no anulaba totalmente la institución de heredero, sino sólo en la medida necesaria para cubrir la legítima, interpretando el antiguo artículo 814 tal como resulta del reformado en 1981 y equiparando en los efectos la preterición intencional a la desheredación injusta, conclusión a que llega haciendo una especie de interpretación sociológica, e interpreta efectivamente dicho precepto con arreglo a la realidad social del momento en que lo aplica, y entiende que esa realidad social e interpretación es la de la nueva redacción del mismo artículo 814 (Ley 11/1981). En esa inteligencia decide que en el segundo testamento hubo preterición intencional y aplica

la sanción del párrafo 1.º de esta última norma: la reducción de la institución de heredero y el no perjuicio de la legítima de la hija preterida.

Uno mi desacuerdo y crítica a la más profunda y documentada que hace J. M. MIQUEL (37) a dicha sentencia. Creo que es equivocada la solución que brinda aquí el TS, pues la norma que aplicaba era, sin duda, el viejo artículo 814 del Código civil. "Otra cosa es que el antiguo artículo 814 consintiera ya una interpretación semejante, tal como algunos autores habían propugnado", apostilla con razón el mismo comentarista.

El propio Tribunal Supremo ha desautorizado luego esa interpretación/aplicación de la norma antigua. La sentencia de 26 de diciembre de 1990, relativa a una sucesión *mortis causa* abierta antes de la Ley 11/1981, al resolver un motivo de casación que acusaba infracción del artículo 807 del Código civil por haberse interpretado en contra de la realidad social, rechazó el motivo diciendo que "que la realidad social ha de informar la interpretación de las Leyes es exacta, y hasta dicha realidad social impone en ocasiones cambios legislativos, pero mientras éstos no se producen no puede llevar a interpretar un precepto conculcando su tenor literal, máxime cuando la interpretación comporta la atribución de derechos a personas no comprendidas en su texto a costa de las personas a las que el precepto se lo confiere".

Pues bien, pienso que es el precedente inmediato de la sentencia de 13 de julio de 1985, la interpretación y aplicación que hace del artículo 814, lo que llevó luego al Tribunal Supremo a decidir en el mismo sentido en la sentencia de 10 de febrero de 1986. Aunque ésta es más parca en esa fundamentación concreta (prácticamente nada: se limita a declarar la reducción parcial de la institución de heredero y a dejar a salvo la legítima del preterido), creo que su explicación está más próxima a la de la sentencia de 1985 que a la retroactividad que sugiere DE PABLO.

### 2.3. De nuevo sobre la Sentencia de 17 de marzo de 1995

Todo esto podría quedar así, con el juicio aprobatorio o contrario que pueda merecer a cada uno, relativo siempre, y menos importante, en todo caso, que el de nuestro más Alto Tribunal (que, además, es el único que "va a misa"). Mas si he traído a colación esos antecedentes es precisamente porque la decisión de la sentencia de 17 de marzo de 1995 que hoy comento es distinta a las de aquéllas, sin más argumento que la sola cita de "los artículos 813, 814 y 834 del Código civil en la versión anterior a la vigente de la Ley 11/1981 junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la Constitución".

---

(37) CCJC, núm. 9, pp. 2885 y ss. (especialmente, pp. 2888 y s.).

Tampoco aquí da explicación alguna el Tribunal Supremo del cambio de criterio respecto de la sentencia de 10 de febrero de 1986, que conoce (pues, la cita: FJ 13). Esa es mi sorpresa y principal motivo de desacuerdo. Por lo demás, creo que es, *de lege data*, la solución más correcta cuando hay consenso claro en la norma aplicable y su indubitado sentido (que no aplaudo, precisamente, pero era el que era y siempre se le había dado).

## VI. CONSIDERACION FINAL

Del breve estudio de las sentencias recién citadas relativas a la preterición aparece que para supuestos de hecho homólogos, sustancialmente, el Tribunal Supremo ha dictado soluciones diferentes.

A modo de resumen, cabe establecer el siguiente paralelismo y comparaciones:

A) Por lo que se refiere a testamento en que se hizo *mención del legítimo*, aunque no identificado como tal, *con atribución de derechos sucesorios* en el propio testamento, resulta que:

— En las sentencias de 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932 entendió el Tribunal Supremo que no había preterición, y concedió al demandante el complemento de legítima para dejar a salvo su derecho de heredero forzoso.

— En cambio, en la sentencia de 17 de marzo de 1995, ante situación prácticamente idéntica, el Tribunal Supremo ha entendido que sí había preterición y ha declarado la nulidad de la institución de heredero y la calidad de sucesora abintestato de la reclamante, sin perjuicio de la legítima a favor de la viuda del causante.

B) Por lo que atañe a los *efectos de la preterición* de un hijo extramatrimonial en *sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981*, en que el Tribunal Supremo declaró aplicable, como "legislación anterior", el artículo 814 del Código civil en su redacción anterior a esa ley,

— las sentencias de 13 de julio de 1985 y 10 de febrero de 1986 concedieron al reclamante la legítima o el complemento de la misma, con anulación parcial y a ese solo efecto de la institución de heredero,

— la sentencia de 17 de marzo de 1995 declaró a la actora heredera abintestato, en los términos recién indicados.

De las vías y argumentación por la que se ha llegado a esas dispares conclusiones ya he dicho bastante.

¿Qué solución es mejor, entre las recaídas? Es difícil dar una contestación más o menos categórica. Creo que no se trata ya de eso. Yo no lo pretendo, al menos. También sobre esto dije lo que a este comentario bastaba.

Cualquier solución sugerible es muy relativa, condicionada por la concepción que se tenga de la propia institución, tan discutida.

La única afirmación que me permito hacer ya es que no veo nada claras las razones, si hay alguna, para los cambios jurisprudenciales apuntados. La distancia en el tiempo entre las sentencias examinadas —muy relativa y distinta en algunos casos, y que no coincide con cambios legislativos paralelos— no es razón suficiente ni satisfactoria. En otros términos: esos cambios no me parecen razonables, aunque puedan ser acertados (adjetivo y criterio no menos discutibles).

No me atrevo a afirmar que el Tribunal Supremo haya infringido en la sentencia de 17 de marzo de 1995, y respecto de las otras anteriores mencionadas, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley —pues las particulares circunstancias de cada caso, a veces datos de menos importancia, suponen diferencias fácticas relevantes a tal efecto—, cuya jurisprudencia constitucional es precisa y en la que ya no procede entrar. Pero poco le ha faltado. Y también esto injustificadamente en mi opinión.

# CRONICA

