

Legitimación por concesión real

BLAS PINAR LOPEZ
Doctor en Derecho
Notario

I. LAS FUENTES DE LA LEGITIMIDAD

El matrimonio ha venido siendo considerado, y lo seguirá siendo en lo sucesivo, como la fuente ordinaria de la legitimidad. Sólo el matrimonio, en efecto, hace lícito el hecho de la concepción entre personas de sexo diferente. Matrimonio y concepción en el matrimonio por el marido de la madre—la cual se presume de conformidad con el adagio: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*—son requisitos de la legitimidad.

De aquí que la doctrina, al estudiar las relaciones de filiación, distinga entre hijos legítimos e ilegítimos, identificando a aquéllos con los matrimoniales y a los últimos con los engendrados fuera del matrimonio.

Esta identificación, sin embargo, es inexacta, ya que el ordenamiento jurídico—tanto el histórico como el actual—admite supuestos de hijos legítimos extramatrimoniales en los que el matrimonio no actúa como fuente de la legitimidad o en los que ni siquiera existe el matrimonio.

En efecto, constituye *ius receptum* en todas las legislaciones modernas que el hijo concebido antes del matrimonio y nacido después de su celebración es legítimo cuando concurre alguna de las circunstancias que en nuestro Derecho enumera el artículo 110 del Código civil (1), y ello a pesar de haberse rebasado los plazos establecidos acerca de la presunción de legitimidad y que nuestro Código, como se sabe, recoge en su artículo 108 (2).

En este caso el matrimonio no es fuente originaria de la legitimidad. El *dies conceptus* es anterior al matrimonio: mas en

(1) «Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriese alguna de estas circunstancias: 1.ª) Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer. 2.ª) Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiera dado a luz. 3.ª) Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.»

(2) «Se presumirán legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.»

atención a que el *dies partus* tiene lugar después de su celebración, el hijo concebido como ilegítimo nace legítimo. Aquí, como hemos dicho, el matrimonio no es fuente originaria de legitimidad, sino medicina purificadora de la ilegitimidad.

Pero hay ocasiones en que no sólo el *dies conceptus*, sino también el *dies partus* tiene lugar sin que entre los padres haya mediado el matrimonio. En tales supuestos el matrimonio subsiguiente de los padres puede producir la legitimación de la prole habida con anterioridad. Así fué establecido por el Derecho romano de la última época, por el Derecho canónico (3) y por el derecho intermedio, y así lo admiten las legislaciones sin más excepción que la inglesa (4) que por su carácter autóctono escapó, sin duda, a la influencia romano-canónica.

En este caso el hijo nace ilegítimo y permanece ilegítimo hasta que por la legitimación adquiere la legitimidad. El matrimonio por sí solo no la determina. Se hace preciso el reconocimiento de la prole, bien mediante los llamados hechos concluyentes (5), bien mediante una declaración formal que en nuestro Derecho ha de ajustarse a los términos del artículo 131 del Código civil (6).

Pero, como antes decíamos, la legitimidad puede existir aunque el matrimonio no exista. Tal sucede cuando, a pesar de la fuerza del brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, se salva la legitimidad de los hijos amparándose en la buena fe de ambos o de uno de los contrayentes (matrimonio putativo, artículo 69 del Código civil español) (7), cuando por no ser posible el subsiguiente matrimonio de los padres se obtiene la legitimidad prescindiendo del mismo (legitimación por concesión real).

II. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL INSTITUTO

Históricamente la llamada legitimación por concesión real aparece como un subrogado de la legitimación por subsiguiente matrimonio. Esta última, que no tuvo al principio sino el carácter transitorio inherente a las moratorias, se transformó por obra de Justiniano en una institución definitiva en virtud de la cual podían

(3) «Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. (Decreto de Alejandro III, cap. 6. «Extra qui filii sint legitimi».)

(4) Hasta la *Legitimacy Act.*, de 1926.

(5) Colocarse los hijos bajo el velo de la madre durante la ceremonia nupcial «Mantelkinder» del Derecho germánico intermedio; posesión de estado. En las regiones francesas de Derecho consuetudinario regía el principio «Enfants nés avant le mariage, mis sous le poêle (o «le voile») son légitimés».

(6) El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.»

(7) «El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo. Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos...»

devenir legítimos los hijos de aquellos que *voluerint eas ducere uxores quae antea fuerint concubinae*.

Ahora bien; como el matrimonio entre los concubinos podía ser imposible, por un obstáculo natural (muerte de uno de los progenitores), moral (indignidad de uno de ellos) o jurídico (superveniencia de un impedimento), el mismo Justiniano en su Novela 74, capítulo 2.º y 89, capítulos 9 y 10, permitió que los hijos pudieran legitimarse, prescindiendo del matrimonio, en virtud de una concesión imperial, regulando a tal fin con todo detalle el instituto que él mismo denominó *legitimatio per rescriptum principis*.

Con la *legitimatio per rescriptum principis* se confunden en el Derecho intermedio dos instituciones de idéntico cuño que elaboran con independencia el Derecho germánico y el Derecho canónico, a saber: la *dispensatio natalium* y la *legitimatio ad spiritualia*. La finalidad propia de ambas instituciones no era la de transformar al hijo ilegítimo en legítimo, sino, sencillamente, la de remover el obstáculo que la ilegitimidad ofrecía para obtener determinados oficios, disfrutar de ciertos honores, tener acceso a las órdenes sagradas y recibir dignidades y beneficios eclesiásticos.

La confusión de la *dispensatio natalium* y la *legitimatio ad spiritualia* con la *legitimatio per rescriptum principis* se produjo en un clima signado por el principio de que siendo el Príncipe absoluto autor y señor de la ley, *quidquid Princeps placuit lex est*. A ello se debe que las normas del derecho justiniano sobre la *legitimatio per rescriptum principis* se desdibujen y amalgamen, amparándose bajo aquella rúbrica: a) Legitimaciones por el Papa o sus legados apostólicos, con trascendencia civil (legitimación por el Pontífice Inocencio III de los hijos que el Rey de Francia, Felipe Augusto, tuvo de Ana de Meranie); b) Legitimaciones con alcance distinto, bien para heredar, bien para la remoción de irregularidades dimanadas del nacimiento que hacían imposible el acceso a la nobleza o a los empleos públicos; y c) Legitimaciones concedidas sin sujeción a reglas o requisitos y apoyadas en una prerrogativa real incensurable, absoluta y sin limitaciones, que el soberano podía caprichosamente delegar, como de hecho consta que fué delegada, en cuerpos y colegios especiales, en los condes palatinos e, incluso, en particulares. Así, los juristas Baldo, Bartolo de Sassoferrate y Strikio gozaron, por delegación, del *ius legitimandi*.

III. DERECHO COMPARADO

Los abusos cometidos, la consideración de que la *legitimatio per rescriptum principis* retraía del matrimonio y, especialmente, el resquemor que la nueva ideología llevaba consigo contra todo aquello que recordara al viejo régimen, hizo que nuestra institución fuera suprimida por los redactores del Código civil francés.

La realidad es, sin embargo, que dicho cuerpo legal no suprimió nada sino que confirmó una situación de antemano establecida. En efecto, la legitimación «par lettres du Roi», aun antes de la Revolución, tenía el carácter de una mera *dispensatio natalium* o *legitimatio minus plena* encaminada a remover alguna de aquellas irregularidades a que antes hicimos referencia, pero sin trascender jamás al campo del derecho familiar o sucesorio. Iniciada la Revolución y desaparecidas las incapacidades derivadas del nacimiento extramatrimonial, la legitimación por merced del soberano—como explica Bigot-Preamenau (8)—no tenía razón para sobrevivir en el Código.

La influencia del Código napoleónico trajo consigo que la institución fuera desconocida por los Códigos argentino, colombiano, mejicano, uruguayo, guatemalteco y portugués.

En Italia, los redactores del Código de 1865 se enfrentaron, de una parte, con una discusión doctrinal en la que se barajaban los tópicos un tanto manidos de la soberanía usurpada por los reyes y de la ingerencia absurda del Príncipe en los derechos de familia, y de otra, con una situación legal distinta en los diversos estados que constituyeron la Monarquía, ya que mientras la institución había sido suprimida por los Códigos de Nápoles (art. 253) y Cerdeña (art. 171) que sólo admitían la legitimación por subsiguiente matrimonio, continuaban manteniéndola y regulándola los Códigos parmense (arts. 131 al 138), estense (arts. 166 al 173), albertino (art. 171 al 179) y de las dos Sicilias (art. 256).

La *legitimatio per rescriptum principis* subsistió en el Código civil italiano de 1865 (arts. 194 y sigs.) «como último y humano refugio dado a una prole desventurada y a unos padres infelices» —según frase de Pisanelli— y ha pasado, sin discusión y con algunos retoques, especialmente en materia de procedimiento, al nuevo Código de 1942.

El Código austriaco admite la *legitimatio per rescriptum principis* como una mera dispensa de irregularidades *ex defectu natalium*, estableciendo en su artículo 162, luego de proclamar que «la ilegitimidad no perjudica a la estimación civil de la prole... no siendo necesario a este fin un rescripto especial del soberano que la declare legítima», que ello no obstante, «los padres podrán invocar dicho rescripto cuando quieran equiparar a sus hijos ilegítimos con los legítimos en las prerrogativas inherentes a su condición o al derecho sobre aquellos bienes que pueden transmitir libremente a sus herederos». «Este rescripto—añade—no produce efectos con relación a los otros miembros de la familia.»

En la actualidad, y debido al cambio de régimen político operado al concluir la primera guerra mundial, la legitimación es concedida por el Presidente de la República.

En Alemania, el *ius legitimandi* fué ejercido no sólo por el Em-

(8) *Exposé de motifs*, núm. 30.

perador, sino también por los soberanos territoriales. Admitida la institución por el Código bávaro y en el Landrecht prusiano, fué recogida por el Código civil de 1896 bajo la rúbrica de «declaración de legitimidad» en sus artículos 1.723 a 1.740.

El Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907, en sus artículos 260 y 261, y a su imitación el Código civil turco de 17 de febrero de 1926, en sus artículos 330 y siguientes, regulan paralelamente a la *legitimatio post nuptias* una legitimación que se denomina «par autorité de justice». De conformidad con lo preceptuado en dichos cuerpos legales «l'enfant de père et mère qui se sont promis le mariage, mais qui n'ont pu le célébrer par suite du décès de l'un des fiancés ou de perte de la capacité requise pour contracter mariage, sera légitimé par le juge à la demande de l'autre fiancé ou de l'enfant lui-même» (art. 260 párr. 1.º del Código civil suizo).

De este brevisimo examen de derecho comparado se desprende que el criterio de la supresión iniciado por el Código civil francés se halla superado y que las legislaciones más recientes y mejor elaboradas desde el punto de vista técnico, mantienen y disciplinan la institución que nos ocupa. Esta subsistencia no es un lastre histórico que se conserva por veneración y respeto al derecho tradicional, sino el fruto de una detenida meditación sobre los intereses en juego. De aquí que haya podido decirse que el fundamento de la *legitimatio per rescriptum principis* no es sólo de carácter histórico, sino también de carácter nacional. Y que ello es así lo prueba que el Derecho inglés, refractario, como hemos visto, a la *legitimatio per subsequens matrimonium*, permite la legitimación por acta del Parlamento, y que incluso aquellos países que han rechazado la institución se han visto obligados a admitirla para casos excepcionales.

En efecto, en Francia la ley de 7 de abril de 1917 y la de 2 de noviembre de 1941, completada por la ordenanza de 2 de diciembre de 1944, facultan para legitimar por sentencia a los hijos de padres muertos en acción de guerra o a consecuencia de heridas o enfermedad contraída o agravada con ocasión de la misma, siempre que resulte de documentos ciertos el propósito de la víctima de legalizar su unión con la madre y de legitimar a la prole. En Italia, no obstante admitirse la legitimación por gracia real, los preceptos del Código resultaban tan excesivamente estrechos, que se hizo necesaria la promulgación de los Decretos de 14 de octubre de 1951 y 23 de mayo de 1918, a fin de legitimar a los hijos de aquellos que no habían podido contraer matrimonio por haber muerto en campaña antes de que surtieran efecto los poderes que habían otorgado para contraerlo. Y en Portugal, donde los supuestos análogos, a falta de ley especial, se resolvieron—como dice Cunha (9)—aplicando el artículo 208 del Có-

(9) *Tratado de Derecho civil*, vol. II, Coimbra, 1930, pág. 245.

digo del Registro civil de 1911 y considerando el matrimonio como celebrado en campaña y susceptible de ratificación o conversión en definitivo a instancia del otro cónyuge o del heredero universal.

Todo ello revela que—como entre nosotros ha escrito Manresa (10)—de no existir el *ius legitimandi* como facultad del poder ejecutivo, es necesario adoptar otro medio equivalente que permita legitimar en aquellos casos en que el matrimonio resulta imposible.

IV. LA LEGITIMACIÓN POR CONCESIÓN REAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

En nuestro Derecho histórico la *legitimatio per rescriptum principis*—desconocida al igual que la *legitimatio post nuptias* por el *Liber iudiciorum*—aparece en el Fuero Real, cuya ley 17, título 6, libro 3.º dice: «Magüer que el fijo que no es de bendición no debe heredar, según que manda la Ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puedale facer legitimo e sea heredero también como si fuera de muger de bendición: ca así como el Apostólico ha poder llenamente en lo espiritual así lo ha el Rey en lo temporal; e como el Apostólico puede legitimar aquél que no es legitimo para haber Ordenes e Beneficio, así lo puede legitimar el Rey para heredar, e para las otras cosas temporales.»

Por su parte, la ley 86 del Fuero de Ayala, introduciendo una costumbre desconocida en lo antiguo—como dice Martínez Marina (11)—, admite la legitimación por rescripto con texto casi idéntico al del Fuero Real: «Magüer el fijo que non es de bendición non debe heredar, según dice la ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puedelo facer legitimo, o que sea heredero también como si fuere de bendición; que así como el Papa puede legitimar para hacer ordenes o beneficio, así puede el Rey para heredar e para las otras cosas temporales.»

La ley 4.ª, título 13, Partida 4.ª, mezclando, al igual que el Fuero Real y el Fuero de Ayala, la doctrina civil heredada de Justiniano con la *legitimatio ad spiritualia* que reguló el capítulo 13, título 17 del libro 4.º de las Decretales, declara que «piden merced los omes a los Emperadores e a los Reyes en cuyo Señorío biven, que les fagan sus fijos que han de barraganas legitimos. E si caben su ruego, e los legitiman, son dende adelante legitimos, e han todas las honras, e los proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho. Otrosi el Papa puede legitimar a todo ome que sea fijo, quier sea fijo de Clérigo o de lego; de guisa, que pueden ser Clérigos los que legitimare, e sobir e aver Dignidades. E magüer el Papa dispensare con algunos de

(10) *Comentarios al Código civil español*, 5.ª ed., t. I, pág. 564.

(11) *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, 1834, tomo I, pág. 270, nota 2.

estos tales, que sean Clérigos, no se entiende por esso, que dispensa con ellos que ayan Dignidades; fuera si lo dixesse señaladamente en la dispensación. E como quier que los legitime, por estas cosas sobredichas non se entiende que dispensa con ellos para poder aver Obispados, nin arçobispados; fueran ende, si en la dispensación lo dixesse señaladamente. E magüer dispensasse con ellos, para aver Ordenes, e las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales, fueras ende, si fuessen de su temporal jurisdicción. Esso mismo es, si el Emperador o el Rey legitimasse algunos: ca magüer dispense con ellos quanto en la temporal jurisdicción, non le puede fazer en las cosas espirituales, que puedan ser Clérigos o Beneficiados.»

Las dudas suscitadas en la práctica por la contradicción, al menos aparente, entre el Fuero Real y las Partidas y que dieron origen a un debate doctrinal interesantísimo acerca de la subsistencia de la *legitimatío per rescriptum principis* en el caso de sobrevenir hijos legítimos, motivaron la ley XII de Toro, luego ley 7.^a título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que con un criterio ecléctico y conciliador se resuelven las indicadas controversias.

La Real Cédula de 23 de enero de 1794 (ley 4, tít. 37, libro 7 de la Novísima Recopilación) dictada por Carlos IV e influida, sin duda, por la nueva ideología que también empezaba a abrirse paso entre nosotros dado el prestigio de la Enciclopedia, dispuso que «todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, que no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por mi Real autorización y por legítimos para todos los oficios civiles».

La Real Cédula de 21 de diciembre de 1800, rectificada por la Real Orden de 5 de agosto de 1818, fijaron las cantidades que era preciso abonar para obtener en cada caso la legitimación.

Las Reales Cédulas de 6 de julio de 1803 y 11 de enero de 1837, sancionadas por las sentencias del T. S. de 20 de junio y 12 de diciembre de 1865, resolvieron que, no obstante lo dispuesto en la ley XII de Toro, era posible legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos incestuosos cuando el impedimento era indispensable, por lo que en tales supuestos era innecesario recurrir a la *legitimatío per rescriptum principis*.

La ley de gracias al sacar de 14 de abril de 1835 reguló de nuevo la materia, estableciendo en su artículo 1.^o que «el rey resuelve todas las instancias sobre... legitimaciones de hijos naturales», añadiendo en su artículo 2.^o que para concederlas «deberán concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente».

La Real Orden de 19 de abril de 1838 fijó el procedimiento que había de seguirse a fin de obtener dichas legitimaciones.

El proyecto de Código civil de 1855 (art. 118) y el libro I del

Proyecto de 1869, fieles a su inspiración napoleónica, no admitieron otro medio de legitimar a la prole que las nupcias subsiguientes de los padres. «Nuestra nueva organización política—dice secamente García Goyena (12)—rechaza la legitimación *per rescriptum principis*. A su amparo—se alegó también entre nosotros—se han cometido demasiados abusos y se ha dado origen a graves escándalos legitimándose caprichosa y arbitrariamente a hijos *ex damnato coitu*. Muñoz, en sus *Fueros y Cartas pueblas* (13) alude a la Circular del Consejo de Castilla de 7 de mayo de 1596 dirigida a los Corregidores y Alcaldes mayores en que se les encarga «no permitan que los clérigos den a sus hijos más hacienda de la que por las legitimaciones se les hizo merced». El mismo García Goyena (14) asegura que en su época el Ministerio de Gracia y Justicia legitimaba en las Colonias toda clase de hijos, prescindiendo de la moral y atendiendo tan sólo a un fin lucrativo. Pacheco (15), por último, da cuenta de haber leído una cédula de legitimación concedida por Don Carlos IV al hijo de un sacerdote.

Estos abusos que ciertamente son deplorables, arguyen cuando más, como indica Manresa (16), un procedimiento defectuoso que no puede alcanzar a la institución en sí misma. «Si a pesar de las precauciones que se adopten, dice Luis María Sáez (17), es posible legitimar a un hijo dañado ayuntamiento, sensible es, pero preferible a que se impida en los infinitos casos restantes lo sean otros hijos que sin ofensa a la moral y a las buenas costumbres pueden purificar el vicio en que fueron engendrados». «La experiencia de tantos siglos, concluye Benito Gutiérrez (18), acredita que no es prudente renunciar por completo a este remedio que en tiempo de mayor o de la misma moralidad ha producido bienes.»

Observaciones tan prudentes y ponderadas y el ejemplo del Código civil italiano de 1865 que tan sensiblemente había de influir en el nuestro, hicieron revisar el sistema de los proyectos de Código de 1851 y 1869 y ya el Proyecto de 1882 admite y regula en sus artículos 98 a 107 la legitimación por gracia del soberano.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 (arts. 1.335 al 1.346) y la vigente de 1881 (arts. 1.980 a 1.993) introdujeron algunas modificaciones en el procedimiento.

La Base 5.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 estableció que «se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión real, limitando ésta a los casos en que medie

(12) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, t. I, pág. 131

(13) Página 29, nota.

(14) Obra citada, pág. 132.

(15) *Comentario histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro*, 1862, t. I, página 191.

(16) Obra y tomo citados, pág. 564.

(17) *La familia ilegítima*, Madrid, 1882, págs. 95 y sig.

(18) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1862, t. I, págs. 575 y sig.

imposibilidad absoluta de realizar la primera y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar... las legitimaciones cuando resulten realizadas fuera de las condiciones de la ley». La Base 9.ª, por su parte, señaló que el «Registro del estado civil comprenderá las inscripciones de... legitimaciones».

El Código civil de 1889, ajustándose a lo prevenido en la Ley de Bases, preceptúa en su artículo 120 que «la legitimación tendrá lugar: 1) Por el subsiguiente matrimonio de los padres. 2) Por concesión real», regulando esta última en sus artículos 125 a 128, ambos inclusive.

El Reglamento orgánico del Ministerio de Gracia y Justicia de 17 de abril de 1890 en sus artículos 147 al 151 y el Reglamento de Procedimiento del mismo Ministerio de 7 de enero de 1901 en sus artículos 49 a 53 regulan la forma de solicitar la concesión.

Suspendida *de facto* la tramitación de los expedientes de legitimación por concesión real desde el advenimiento de la segunda República, el nuevo Estado promulgó el Decreto de 19 de junio de 1943 por considerar, como indica en su preámbulo, que era preciso «reimplantar una institución de vieja raigambre en el Derecho civil patrio». Con dicho fin y como se especifica en su artículo único («a partir de la publicación de este Decreto (19) el Ministerio de Justicia reanudará, sin modificación alguna en cuanto a procedimiento jurídico vigente, la tramitación de expedientes de legitimación por concesión soberana, que se hará en nombre del Jefe del Estado»).

Tal es, referido con el máximo detalle, el desenvolvimiento legislativo que en nuestro Derecho ofrece una institución considerada por la moderna doctrina española de valor y utilidad innegables (20) de evidente necesidad (21), de la que somos partidarios (22), con la cual estamos conformes (23), cuya subsistencia hemos defendido (24), que no debe borrarse de nuestras leyes (25) y sin la cual podría surgir un obstáculo infranqueable entre la culpa y el arrepentimiento (26).

Rompen tan sólo esta admirable y poco frecuente armonía las opiniones de Valverde y Abella. El primero (27), luego de afirmar

(19) *Boletín Oficial del Estado* de 11 de julio de 1943.

(20) MANRESA: *Obra* y tomo citados. pág. 564.

(21) CLEMENTE DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, Madrid 1927, tomo VII, pág. 293.

(22) ANGULO LAGUNA: *Estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos*, Madrid, 1906.

(23) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, Madrid, 1942, 5.ª edic., tomo III, pág. 332.

(24) COMAS: *La revisión del Código civil español*. Parte general. Madrid, 1895, pág. 339.

(25) SÁEZ: *Obra citada*, pág. 98.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1912, tomo V, vol. 2.º, página 991.

(27) *Tratado de Derecho civil español*, 4.ª edición. Valladolid, 1938, tomo IV, página 456.

que las modernas tendencias se inclinan a no admitir la legitimación por concesión real, concluye que «debe suprimirse tal institución de los Códigos civiles». El segundo (28) entiende «que hubiera sido preferible dejar las cosas como estaban en el proyecto de 1851 que no admitía otra legitimación que la por subsiguiente matrimonio, atemperándose así a la ley y a los más sanos principios de la moral y del derecho natural».

La simpatía general para la institución no implica ni mucho menos conformidad y aplauso para la disciplina del Código. Como luego tendremos ocasión de examinar, la doctrina ha fustigado severamente al legislador al estudiar los efectos de la *legitimatio per rescriptum principis* en el ordenamiento jurídico vigente. Pero aun sin entrar en el examen y estudio comparativo de tales efectos se advierte ya por algunos que en nuestro Código la institución está falseada en sus fundamentos, constituyendo su denominación un verdadero anacronismo. La institución, se arguye, debe ser reformada y modernizada en el sentido de que el *ius legitimandi* no constituya una facultad del Jefe del Estado, sino una función encomendada a los funcionarios del poder judicial (29).

V. NATURALEZA JURÍDICA

Mas sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en el régimen de nuestro Código civil la *legitimatio per rescriptum principis* se mantiene fiel a su perfil histórico, siendo concedida por el soberano. Ello obliga a plantear no solo el problema genérico de la naturaleza jurídica de la institución, propio de todas aquellas legislaciones que admiten el instituto, sino también el de la naturaleza jurídica de la resolución soberana que la otorga. Veamos con separación cada uno de los problemas mencionados.

A) NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

a) *Teoría de la ficción*.—«Legitimatio—dice Justiniano (30)—est actus, quo libero illegitimi finguntur ex justo matrimonio nati.» Ahora bien, así como en la legitimación por subsiguiente matrimonio la ficción consiste en que se supone celebrado el matrimonio con anterioridad a la concepción, o en que se supone operada ésta después de contraídas las nupcias, en la *legitimatio per rescriptum principis* la ficción consiste en suponer la existencia de un matrimonio que ni de hecho ni de derecho ha sido celebrado.

Tal es la tesis que pudiéramos llamar tradicional y que se apoya en el punto de vista, al principio mencionado, que hace del ma-

(28) *Código civil español*, Madrid, 1904, 5.ª ed., pág. 89, nota 5.

(29) ANGULO LAGUNA: Obra citada, pág. 194, y CLEMENTE DE DIEGO: Obra citada, pág. 293.

(30) Párrafo 13 de *nuptiis*.

trrimonio la única fuente de la legitimidad. Dicha tesis la comparan Pothier (31), Barone (32), Ruggiero (33), Llamas y Molinas (34), Pacheco (35), Escriche (36), del Viso (37), Morató (38), Marichalar y Manrique (39), Manresa (40), Valverde (41) y Clemente de Diego (42).

b) *Teoría del beneficio de ley*.—La doctrina de la ficción ha sido severamente criticada. De un lado se aduce que la misma se halla en abierta contradicción con las líneas conceptuales que de la *legitimatio per rescriptum principis* tuvo el Derecho romano, toda vez que esta forma de legitimación fué admitida incluso en el supuesto de que los padres no hubieran querido contraer matrimonio: *si quis mulieren in suo contubernio collocaverit, non ab initio adfectione maritali* (43). De otra parte, se escribe, la ficción no puede ser jamás instrumento de elaboración jurídica y mucho menos de interpretación de la ley positiva.

Apoyándose en los argumentos mencionados Stolfi (44) y Dusì (45) estiman que la legitimación por concesión real constituye un beneficio de ley, un *ius singulare pietatis causa* de carácter especial.

c) *Teoría de la convalidación civil*.—Rechazando también la tesis de la *fictio iuris*, Sánchez Román (46) considera que la legitimación, al convertir en legítima una realidad creada fuera del orden de la ley, debe calificarse como un modo de Derecho que realiza una convalidación civil, sin que sea necesario, para que esta convalidación se produzca, recurrir al cómodo expediente de fingir un matrimonio que nunca existió.

El debate doctrinal en torno a la naturaleza del instituto que nos ocupa no es en principio un problema sin importancia, ya que la solución que se adopte obligará a que el perfil de la figura sea distinto y a que la disciplina discurra por camino diferente.

(31) *Oeuvres*, VI, *Du mariage*, núm. 416, pág. 185.

(32) *La legittimazione per decreto reale nel sistema della legge e nella pratica amministrativa*, en «*Rivista di Diritto pubblico*», 1916, I, pág. 30.

(33) *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, 5.ª ed., vol. II, pág. 652.

(34) *Comentario crítico-jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 5.ª edición, Madrid, 1875, t. I, pág. 258.

(35) Obra y tomo citados, pág. 190.

(36) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1875, t. III, pág. 84.

(37) *Lecciones elementales de Derecho civil*, Valencia, 1885, 5.ª edición, t. I, pág. 167.

(38) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, Valladolid, 1862, t. I, pág. 156.

(39) *Recitaciones del Derecho civil de España*, Madrid, 1916, t. I, pág. 90.

(40) Obra y tomo citados, pág. 550.

(41) Obra y tomo citados, pág. 456.

(42) Obra y tomo citados, pág. 289.

(43) Constitución II, Cód. 5.º, 27.

(44) *Diritto civile*, vol. V: *Diritto di famiglia*, 1921, pág. 500.

(45) *Della fusazione e dell'adozione*, 2.ª ed., 1924, pág. 815.

(46) Obra, tomo y volumen citados, pág. 990.

Si la legitimación por gracia del soberano es una mera ficción, será preciso, como dice Morató (47), que la legitimidad concedida sea verosímil, fingiendo ciertamente lo que no ha sucedido, pero ha podido suceder, pero nunca aquello que ni ha sucedido ni ha podido suceder.

Si la legitimación, por el contrario, constituye un beneficio de ley o un simple expediente de convalidación civil, entonces, la *pietatis causa* que inspira a la institución no debe respetar los moldes impuestos por la supuesta existencia de un matrimonio imaginario (48). En este sentido ni la libertad de los contrayentes en el momento de la concepción, ni su carácter supletorio con respecto a la *legitimatio post nuptias*, ni las demás exigencias que los Códigos modernos acostumbra señalar, deben admitirse.

A mi juicio, ninguna de las doctrinas expuestas son satisfactorias. Si el comodín de la ficción resulta demasiado socorrido e inadmisibles por las razones apuntadas, la tesis de la convalidación civil y del beneficio de ley, como ha señalado Cicu (49) con acierto, no vienen a decir en definitiva sino que la ley concede al hijo una legitimidad que, en otro caso, no le correspondería.

En síntesis, el problema de la naturaleza jurídica de la *legitimatio per rescriptum principis* nos lleva directamente a la cuestión básica de las fuentes de la legitimidad. Junto a la legitimidad dimanada del matrimonio y que podemos llamar legitimidad originaria o *ex tunc*, existe otra legitimidad subsiguiente, atribuida, cuyo juego y efectividad se producen *ex nunc*, es decir, desde el instante de su concesión. Es la ley la que en uno y en otro caso, fundándose en poderosas razones de orden moral y de derecho no escrito—ordinarias las unas y excepcionales, pero no de menor entidad las otras—confiere la legitimidad.

La relación entre la legitimidad matrimonial y la extramatrimonial no puede equipararse a la que existe entre lo principal y lo accesorio, sino a la que media entre lo ordinario y lo extraordinario. El eclipse de sol no es un espectáculo frecuente, pero no corresponde al orden de los milagros, siendo natural, tan propio de la Naturaleza como el amanecer y el crepúsculo de todos los días.

El hecho de que el legislador exija para que se conceda la *legitimatio per rescriptum principis* la concurrencia de algunos requisitos, calificados con demasía de excesivamente rigurosos, se debe no a que se finja un matrimonio inexistente o a que la *pietatis causa* quede maltrecha y contenida por el influjo de una pesada tradición, sino a la circunstancia poderosa y de enorme relieve en materia de política legislativa, que en este caso aconseja y urge

(47) Obra y tomo citados, pág. 156

(48) Véase la argumentación de ANGULO LAGUNA en la obra citada, pág. 196 y siguientes.

(49) *La filiazione*, fascículo 1.º del vol. 3.º, tomo III del *Tratato di Diritto civile italiano*, de FILIPPO VASALLI, 1939, pág. 135.

que al amparo de la legitimidad extramatrimonial no sufra ni pazdeza la familia y la sociedad, en suma, que han hecho del matrimonio su célula y fundamento.

Examinado el problema de la naturaleza jurídica de la institución, veamos ahora la cuestión planteada en aquellos países que, como el nuestro, confían al soberano el *ius legitimandi*.

B) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN

a) *Teoría de la gracia o dispensa de ley*.—La legitimación por merced real es, para los autores que la defienden, un acto *extra* o *contra legem*, una *relaxio legis* que el soberano decreta en el ejercicio de una prerrogativa real.

Esta teoría prevaleció en el Derecho intermedio y ha sido defendida por Stolfi (50), manteniéndola entre nosotros Marichalar y Manrique (51) para el cual la legitimación «en su esencia siempre procederá de una gracia del soberano concedida a instancia de parte», Manresa (52), que insiste en calificarla de «simple gracia del Jefe del Estado sin hecho alguno en que apoyarse más que la voluntad del que lo solicita y la imposibilidad de aplicar otro medio» y Clemente de Diego (53), que con toda claridad escribe que «la legitimación por concesión real es... en rigor una dispensa otorgada por el monarca».

b) *Teoría del acto legislativo*.—Zanobini (54) desarrollando la teoría de la dispensa de ley, estima que la legitimación es un acto de legislación singular, para cada caso concreto, como lo prueba la circunstancia de que la misma se produzca a través de una Real Cédula, de un Real Decreto o de una Orden Ministerial.

c) *Teoría del acto administrativo*.—Esta doctrina, que empieza a hacerse general, entiende que existe una administración pública del orden jurídico que abarca también al derecho privado y que da origen, como ocurre en el supuesto de la *legitimatio per rescriptum principis*, a una atribución constitutiva (55).

Para los defensores de esta teoría la única cuestión que es preciso resolver consiste en catalogar la legitimación en uno de los grupos distintos en que acostumbran dividirse los actos administrativos, y así, mientras Ferrara (56) y Romanelli (57), Vitta (58)

(50) Obra citada, pág. 506.

(51) Obra y tomo citados, pág. 60.

(52) Obra y volumen citados, pág. 563.

(53) Obra y volumen citados, pág. 289.

(54) *Il potere del Re nel campo del diritto privato*, 1917, pág. 57.

(55) TRIMARCHI escribe que el decreto de concesión es un acto formal y sustancialmente administrativo (*La legittimazione dei figli naturali*, Milán, 1954, página 86). El mismo ZANOBINI afirma que el decreto de legitimación es un negocio de derecho público constitutivo.

(56) *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, 192, pág. 36, nota 2.

(57) *Natura e carattere del decreto reale di legittimazione*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1934, I, pág. 409.

(58) *Notione degli atti amministrativi*, en «Giurisprudenza italiana», 1906, página 221.

y Barone (59) la consideran como un caso de concesión, Origone (60), estimando que, a diferencia de lo que sucede en la concesión, no existe relación entre el concesionario y la Administración pública, califica a nuestro instituto de acto administrativo *sui generis*.

A nuestro modo de ver las teorías apuntadas tienen su parte de razón y creo que no ha de sernos difícil destacar sus aciertos, corregir sus errores, desenvolverlas en lo posible y llegar a la que estimamos justa y verdadera solución.

En efecto, la teoría de la dispensa tuvo su marco adecuado en aquella época en que el Príncipe era considerado como autor y señor de la ley. Sólo al soberano correspondía, por consiguiente, la suspensión de la misma en circunstancias particulares, sustrayendo excepcionalmente a una persona a la fuerza imperativa de una norma general y haciendo lícito y posible lo que de otro modo resultaría imposible o ilícito.

La tesis del acto legislativo está avalada por el doble hecho de la competencia del *ius legitimandi* y de la vestidura formal de la resolución que concede la *legitimatio*.

Finalmente, la doctrina que considera la resolución como un acto administrativo entiende, con razón, que en virtud de un proceso histórico los actos de gracia o dispensa, singulares e individuales, por el hecho de su continuada repetición, han dado lugar al nacimiento de una norma jurídica, que ya con carácter general autoriza y regula la concesión. A partir de este momento la dispensa no es un acto *contra legem*, sino más bien *secundum legem*.

Ahora bien, si el *ius legitimandi* compete en última instancia al soberano, no es en virtud de una prerrogativa inherente a la soberanía que ya falta, como dice Cicu (61), el poder de iniciativa del soberano y la posibilidad de moverse a capricho, prescindiendo de los cauces reglados por la ley. Si la resolución tiene la forma y vestidura de acto legislativo, es en el fondo y atendiendo a su contenido un acto de la administración, como lo prueba que incluso en el Derecho histórico fuera impugnabile *obreptionis vel subreptionis causa*.

Por último, si la resolución participa de la naturaleza de los actos administrativos, conviene no detenerse en esta calificación, sino ahondar en su propia naturaleza para dar un perfil exacto del instituto.

Hemos dicho antes que existe una administración pública del orden jurídico que se extiende no solo al ámbito del Derecho público, sino también al ámbito del Derecho privado. Esta actividad administrativa es paralela, complementaria si se quiere, pero dis-

(59) *La legittimazione per decreto reale nel sistema della legge e nella pratica amministrativa*, en «Rivista di Diritto pubblico», pág. 30.

(60) *Natura giuridica del decreto reale di legittimazione*, en «Foro italiano», 1933, III, pág. 385.

(61) Obra citada, pág. 151.

tinta de la función legislativa y de la judicial. La concesión de una mina es un acto de la administración, como lo es igualmente la concesión de la legitimidad. La circunstancia de que el efecto de una y otra concesión se produzca en esferas diferentes no afecta a la naturaleza jurídica del acto.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho privado son relativamente frecuentes estas intervenciones administrativas. Cuando el juez aprueba la adopción porque la estima ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado (art. 178), cuando habilita a la mujer casada para realizar actos de disposición sobre sus bienes privativos, prescindiendo de la licencia marital (art. 1387), cuando nombra defensor a los menores de edad para el caso de que tengan interés contradictorio con el padre o madre que ejerce sobre los mismos la patria potestad (art. 165), cuando reúne al Consejo de familia a fin de poner en marcha el organismo tutelar (arts. 293 y 300), no hace otra cosa que administrar en el ámbito estricto del derecho privado, realizando actos y dictando resoluciones en materia que tradicionalmente se califica de jurisdicción voluntaria.

El hecho de que la jurisdicción voluntaria sea de ordinario atribuida al juez municipal o de primera instancia, no quiere decir que por circunstancias históricas no se atribuya la misma a otros órganos judiciales o extrajudiciales. Así, en materia de Derecho de familia, no es el juez, sino el Presidente de la Audiencia Territorial el que aprueba el beneficio de la mayor edad que al menor sujeto a tutela puede conceder el Consejo de familia (art. 322). En materia de legitimación, la competencia no hace más que desplazarse del campo judicial a la Administración propiamente dicha. Cuando ésta promulga la resolución legitimadora actúa al igual que el juez o el Presidente de la Audiencia en los supuestos referidos, es decir, como órgano del Derecho objetivo y no como creadora de un derecho nuevo (62).

Nada se opone a esta consideración, la circunstancia de que, en definitiva, sea el soberano quien, no obstante concurrir las exigencias legales, conceda o rechace discrecionalmente la legitimación solicitada (63). Ello confirma la naturaleza administrativa de los actos de jurisdicción voluntaria. Como es sabido, la administración camina sobre el riel de las facultades regladas y el camino ancho de las facultades discrecionales. Solo el ejercicio de aquéllas en cuanto infringen la ley o lesionan un derecho son impugnables y recurribles. Las últimas dejan al órgano una posibilidad de decidir y resolver en última instancia con arreglo a consideraciones que escapan a la previsión legislativa. Tal es, precisamente, lo que ocurre en la *legitimatio per rescriptum principis*.

(62) En este sentido se pronuncia también ROYO MARTÍNEZ para el cual el *ius legitimandi* es hoy una facultad reglada correspondiente al poder ejecutivo (*Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 288).

(63) Así el artículo 1.734 del B. G. B. establece que «la declaración de legitimidad puede ser negada, aunque no se oponga para ello ningún impedimento legal».

VI. LA «NATURALIDAD» DEL HIJO

Precisada la naturaleza jurídica de la institución y la del acto que le da nacimiento, conviene que estudiemos con la debida separación los requisitos que han de concurrir para que sea viable la misma.

El primero y fundamental, sin duda alguna, consiste en que el hijo que ha de ser legitimado tenga la condición de hijo natural.

Así lo previó y exigió el Derecho romano, al establecer la *legitimatio per rescriptum principis* como un subrogado de la legitimación por subsiguiente matrimonio en el caso de que concurrendo los mismos supuestos prevenidos para ésta no fueran posibles las nupcias de los progenitores.

Ahora bien, para el Derecho romano, hijo natural, por contraposición al *vulgo concepti*, es, como dice la Auténtica «Praeterea», el hijo *natus et procreatus ex unica concubina, retenta in domo et utroque soluto, ex quibus indubitanter videatur procreatus* (64).

El hijo natural era, pues, el nacido de concubinato, es decir *ex inequale coniugium*, de una comunidad de hogar tolerada—y a la postre trascendente en el campo jurídico, no obstante existir *sine maritalis affectio*—a la que, como señala Pacheco (65), sólo faltaba la bendición de la Iglesia para convertirse en matrimonio.

El ordenamiento jurídico romano distinguió siempre al lado de las instituciones civiles otras situaciones de hecho similares o paralelas que acabaron por adquirir alguno de los perfiles jurídicos de aquéllas. Así al lado de la posesión civil admitieron una posesión natural, y junto a las obligaciones llamadas civiles colocaron las obligaciones naturales. Pues bien, en la órbita del derecho de familia, aunque situándolo en planos diferentes, distinguieron de una parte el matrimonio con la plenitud de efectos inherentes al mismo y entre ellos el de la filiación legítima, y de otro el concubinato o matrimonio natural con su secuela ordinaria de los hijos llamados, por contraposición a los legítimos, hijos naturales.

No existiendo problema alguno en materia de imputación de la paternidad, puesto que la *exceptio plurium concubentium* no era posible dada la naturaleza propia del concubinato, que exigía una sola mujer conviviendo en casa del varón: *uxoris loco sine nuptiis in domo sit*, era lógico—y así lo estimó con acierto Justiniano—que la elevación de ese *quasi matrimonio de licita consuetudo* a verdadero matrimonio, transformase a los hijos naturales habidos del mismo en hijos legítimos y que la imposibilidad de esa elevación del concubinato a matrimonio por causas ajenas a la voluntad de los progenitores, no impidiera, sino que, al contrario,

(64) Nov. 19, cap. 5.º; Nov. 89, cap. 12, párr. 4 y leyes 10 y 11, *de naturalibus liberis*.

(65) Obra citada, pág. 134.

fuera incentivo y razón para que por rescripto imperial la filiación deviniera legítima.

Ahora bien, esta concepción romana de la filiación natural impedía la legitimación de los hijos procreados *cum amica*, es decir, fruto de una relación ocasional y de los nacidos a consecuencia de *stuprum*, figura de delito que impedía el concubinato con la doncella y la viuda honesta (66). Por otro lado, el concubinato, abolido por el Emperador León (67), era rechazado y combatido por la Iglesia como opuesto al matrimonio y situación escandalosa de pecado.

De esta situación de hecho y de las consideraciones de carácter moral apuntadas, surgió, elaborada por el Derecho canónico (68), una nueva doctrina del hijo natural cuya legitimación iba a ser posible. Por hijos naturales, según el nuevo punto de vista, iban a entenderse todos los nacidos fuera del matrimonio, con excepción de los procreados *ex damnatu coitu: naturalis est qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*.

Este cambio de situación y de concepto aparece reflejado con toda claridad en nuestro Derecho histórico. En efecto, la ley primera, título 15 de la Partida cuarta, establece que «son naturales e non legítimos... los fijos que no nascen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganas»; y la ley 2, título 14 de la misma Partida dice que «aquella es llamada barragana, que es una sola, e ha menester que sea atal, que pueda casar con ella, si quisiere, aquel que la tiene por barragana».

Pues bien, estos hijos naturales nacidos de la barragana podían legitimarse, por subsiguiente matrimonio o por concesión soberana. Así resulta de la ley primera, título 13 y de la ley cuarta, título 15 de la Partida cuarta conforme a las cuales «son legítimos los fijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si después desso casa con ella» y «piden merced los omes a los Emperadores e a los Reyes en cuyo señorío biven, que les fagan sus hijos que han de barraganas legítimos».

Barragana y filiación natural eran, pues, conceptos unidos y dependientes entre sí. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho de Roma, la legislación de Partidas parece que no exigió ya el requisito de la *retentio in domo* de la barragana, es decir, la convivencia de la misma en la casa del varón. Así opina Gregorio López (69), siguiendo la opinión de Baldo, y esa fue sin duda la práctica, apoyada en la ley primera, título 15 de la Partida cuarta, que habla de los hijos «que nascen de las mujeres que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas». Rodrigo

(66) Ley 6.^a *ad legem Juliano et Papiano*, y Ley 1.^o, párr. 1.^o *concubinis*.

(67) En la Constitución 91.

(68) Capítulo 17, tit. 1.^o, libro 4.^o de las Decretales.

(69) Glosa 15 a la Ley 1.^a, tit. 13, Partida 4.^a

Suárez (70) dice haber visto declarado siempre en España que a pesar de que no mediaran en el concubinato las solemnidades de la cohabitación, los hijos nacidos de él se tenían por naturales.

Suprimido, al parecer, el requisito de la *retentio in domo* subsistió, sin embargo, en el Derecho de Partidas la vieja disciplina romana acerca del concubinato: libertad de los progenitores para contraer matrimonio; mujer única; y consideración como ilegítimos y espúreos en el sentido estricto de la palabra y no como naturales, de los hijos nacidos de personas entre las cuales estaba prohibido el concubinato aunque no lo estuviere el matrimonio (71)

Esta vieja trabazón, en pugna con la declaración solemne del título 14 de la Partida 4.^a: «Barraganas defiende Santa Iglesia que no tenga ningún cristiano, porque biven con ellas en pecado mortal», se vino abajo con la Ley XI de Toro la cual, recogiendo la doctrina canónica que hace de la libertad de los contrayentes el único requisito de la «naturalidad» proclama: «e porque no se pueda dubdar cuáles sonijos naturales, ordenamos e mandamos que entones se diga ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nascieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente, sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien la ovo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas mandamos que sea hijo natural.»

Es decir, que conforme al nuevo sistema, hijos naturales, susceptibles por tanto de legitimación, eran no sólo los hijos de barragana única, nacidos y criados en la casa del padre, sino también los procreados por personas aptas y libres para contraer matrimonio, sin más exigencia ni requisitos que el reconocimiento. Por ello era legítimable el fruto de la unión ocasional aunque el hijo mereciera el calificativo de máncer por haber nacido de prostituta o ramera.

Las innovaciones que la Ley XI de Toro introdujo en el concepto de la «naturalidad» no fueron sólo de tipo cuantitativo, sino también cualitativo. De una parte, al hacer gravitar la calificación indistintamente sobre el momento de la concepción o sobre el momento del parto, hizo que fueran considerados como naturales y por consiguiente legítimos los hijos adulterinos cuando el impedimento de ligamen hubiera desaparecido por fallecimiento del cónyuge del progenitor casado, en el instante de ocurrir el nacimiento del hijo (72).

(70) En sus Comentarios a la ley 1.^a, tit. 6, libro 3.^o del Fuero de las Leyes.

(71) Hijos nacidos de estupro, es decir, de coito con virgen o viuda honesta sin la protesta hecha ante testigos honrados de que se las toma por concubinas; hijos nacidos de personas ilustres y mujeres viles. Véase GREGORIO LÓPEZ: Glosa 1 a la ley 1.^a, tit. 15, part. 4; ley 13, tit. 14 de la misma Partida y glosa 29 a la misma. (Estas disposiciones recogen la prohibición de matrimonio, aunque no del concubinato, de las leyes Julia et Papia Popena.)

(72) Ello no obstante no podían legitimarse por no ser naturales, conforme

Varió así la Ley XI de Toro el Derecho romano y el de Partidas, ya que el primero estableció de modo solemne que *non pertinere legitimationem ad... ex adulterio procreatus* y la segunda dispuso con análogo énfasis que «otrossi decimos, que si alguno que oviere muger a bendiciones ficiese fijos en barragana viviendo su muger, que estos fijos atales no serian legítimos, magüer después de esto se muriese la mujer velada, e casasse con la barragana: e esto porque fueron fechos en adulterio» (74).

De otra parte, la irrelevancia de la dispensabilidad del impedimento de parentesco hizo que, aun habiendo sido concedida la dispensa para el matrimonio de los progenitores no fueran considerados legitimables los hijos concebidos antes de su unión matrimonial, por no tener la consideración de hijos naturales.

De conformidad, pues, con el nuevo sistema instaurado por las leyes de Toro, no sólo los hijos naturales, sino también los nacidos de adulterio, en el supuesto especial examinado, podían ser objeto de legitimación por subsiguiente matrimonio o, en su defecto, por rescripto del Príncipe (75).

En todo caso, siendo la legitimación por rescripto un subrogado de la legitimación por matrimonio, parece claro que no pudiera tener más extensión que esta última. Como escribe Pacheco (76), si la legitimación por gracia del soberano suple, es lógico que no haya de otorgarse sino tratándose de aquella prole que por su naturaleza hubiera podido recibir la legitimación por subsiguiente matrimonio. Otra cosa—añade—excedería del propósito concreto y específico de suplir.

Este orden lógico y racional fué quebrantado bajo el influjo de aquel principio que hacía del Emperador *legibus solutus*, proclamando *quidquid Princeps placuit lex est*.

Bajo su influjo la *legitimatío per rescriptum Principis* desbordó sus líneas tradicionales abarcando y extendiéndose a supuestos en que la legitimación por subsiguiente matrimonio era, desde luego, imposible. Así fué como se incurrió en los abusos a que antes hicimos referencia, legitimándose por concesión soberana a hijos de dañado y punible ayuntamiento.

a la misma ley XI de Toro, los hijos adulterinos, no obstante ser libres los padres en el momento del parto, cuando éstos maquinaron la muerte de sus conyuges o se dieron palabra de casarse después de su fallecimiento o de hecho se casaron a sabiendas en vida de ello, ya que los adulteros que se encuentran en cualquiera de estos tres casos mencionados no pueden contraer matrimonio sin dispensa. Así opinan LLAMAS: *Obra y tomo citados*, pág. 261, nota 1, y *ESCRIBANA*: *Obra y tomo citados*, pag. 87.

(73) Nov. 89, cap. 14, y Nov. 7, cap. 6.

(74) Ley 2.ª, tit. 15, Partida 4.ª

(75) Ello no obstante, algunos autores, como MORATÓ (obra citada), entendieron que no es posible la legitimación de los hijos adulterinos en caso alguno por estimar que la Ley XI de Toro no derogó sobre este punto la ley 2.ª, tit. 15 de la Partida 4.ª que les niega el beneficio de la legitimación por la razón sencilla de que «fueron fechos en adulterio».

(76) *Obra y tomo citados*, pág. 100.

La legitimación de estos hijos, se decía (77), no es contraria a los principios, porque teniendo el soberano la potestad de abrogar las leyes civiles tiene, por consecuencia necesaria, la de relajarlas, conceder dispensa de ellas y modificar su aplicación. Y porque siendo todos los hijos iguales en el orden de la naturaleza, todos los hijos nacen iguales, de tal forma que habiendo sido introducida la distinción de legítimos e ilegítimos no por aquélla, sino por las leyes civiles, no hay razón de peso que impida al soberano derogar esta distinción cuando lo crea conveniente.

Por otra parte, se añadía, la ley 17, título 6, libro 3.º del Fuero Real está concebida en términos lo suficientemente amplios para estimar que puede ser legitimado el «hijo que no es de bendición» sin entrar en disquisiciones acerca de la falta o del delito que dió origen a su nacimiento (78).

La posibilidad de la «legitimación por rescripto de los hijos de «punible y dañado ayuntamiento» no fué tan sólo el objeto de un puro debate doctrinal. De la doctrina se pasó a la práctica y a la consagración legislativa.

De su trascendencia en la práctica tenemos, además de los ejemplos que antes tuvimos ocasión de exponer, la legitimación, por la Reina Católica, en Tordesillas y a 15 de junio de 1476, de los hijos que don Pedro González de Mendoza, el Gran Cardenal, había tenido con doña Mencía de Lemos (79).

Como prueba de su consagración legislativa acostumbran citar nuestros autores la Real Cédula ya mencionada de 21 de diciembre de 1800, que supone la posible legitimación por merced del soberano de los hijos sacrílegos (80) de clérigos (81), de casado y de caballeros profesos de las Ordenes, toda vez que fija

(77) LLAMAS: Obra citada, pág. 260, nota 1.ª, y ESCRICHE: Obra citada, página 86.

(78) También podía ampararse este criterio en las Partidas, toda vez que el título a que pertenece la ley 4.ª (Partida 4) se refiere tanto a los hijos naturales como a los no legítimos y porque la misma ley habla de la legitimación de los hijos de clérigo o lego en general, diciendo que así como el Papa puede dispensarles las irregularidades que tienen para los oficios eclesiásticos, el Emperador o el Rey pueden legitimarles en cuanto a la temporal jurisdicción.

(79) A 15 de junio de 1476, en Tordesillas, la reina concedió a don Pedro González de Mendoza la legitimación de sus dos hijos (don Rodrigo y don Diego de Mendoza) que tuvo con doña Mencía de Lemos, no siendo ella casada ni obligada al matrimonio. La legitimación se hizo «sólo en lo temporal, ya que en lo espiritual sólo el Santo Padre podía hacerlo». Véase CÉSAR SILIO CORRÉS: *Isabel la Católica, fundadora de España*, 2.ª edición, Madrid, 1951, pág. 373, nota 271.

Además, como dice MARTÍNEZ MARINA (obra citada, pág. 273, nota 3.ª) «se sabe que los eclesiásticos del arciprestazgo de Roa hicieron un recurso a Don Alfonso el Sabio pidiéndole tuviera a bien legitimar a sus hijos y declararlos capaces de heredar, como lo hizo por privilegio despachado en el año 1270».

(80) Hijos sacrílegos son los de clérigos ordenados *in Sacris* y los de fraile profeso o monja profesa.

(81) Una Real Cédula de 21 de diciembre de 1700 permitía claramente legitimar a los hijos de clérigos. Véase FALCÓN: *El Derecho civil español común y foral*, Barcelona, 1901. 6.ª edición, tomo I, pág. 331.

el servicio pecuniario con que en su caso ha de contribuirse por la legitimación de cada uno de los hijos de dichas clases.

Este orden de cosas no podía evidentemente durar. Por un lado, parecía absurdo que los padres ligados por parentesco en grado dispensable tuvieran que recurrir, no obstante haber obtenido la dispensa y contraído matrimonio, al expediente de la legitimación por rescripto a fin de legitimar a la prole habida antes del casamiento. Por otro lado, la legitimación de los hijos adulterinos y sacrilegos estaba en pugna con la moral y las buenas costumbres.

A resolver la primera de las cuestiones apuntadas acudieron las Reales Cédulas de 6 de julio de 1803 y 11 de enero de 1837, sancionadas y confirmadas por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio y 12 de diciembre de 1865, con arreglo a las cuales no es preciso acceder a la petición de los padres incestuosos de que se les conceda la legitimación por rescripto de la prole que habían tenido antes de celebrarlo, ya que tales hijos debían considerarse legitimados automáticamente por el matrimonio que sus padres habían contraído con la dispensa correspondiente.

La segunda cuestión quedó resuelta implícitamente por la Real Orden de 5 de agosto de 1818 (82) que derogó y sustituyó a la Real Cédula antes mencionada, y en la que ya no se alude a los hijos de clérigos ni de casados, y de forma clara y explícita por la Ley de 14 de abril de 1838, llamada de gracias al sacar, en cuyo artículo 1.º se declara de un modo terminante que sólo pueden ser legitimados por el rey «los hijos naturales, según los define la Ley 1, título 5, libro 10 de la Novísima Recopilación» que, como se sabe, reproduce textualmente la Ley XI de Toro (83).

La honda rectificación introducida por la Ley de gracias al

(82) Dispone dicha R. O. que la legitimación no se concede gratis, sino mediante ciertas retribuciones con arreglo a la tarifa establecida, preceptuando el artículo 15 que la legitimación de hijo o hija que lo hubieron sus padres siendo solteros para heredar o gozar, servirá con doscientos ducados de vellón cada hijo o hija; pero si la legitimación es sólo para ejercer oficios de república servirá indistintamente con 150 ducados, o si es para oficio determinado, como abogado, procurador u otro de esta clase, servirá con 100 ducados. Por su parte, el artículo 21 establece que «la legitimación extraordinaria para heredar o gozar de la nobleza de sus padres a hijos de caballeros profesos de las órdenes, servirá con 1.000 ducados de vellón, siendo la legitimación para sólo heredar y obtener oficio; pero comprendiendo la circunstancia de gozar la nobleza de sus padres, con 30.000 reales, entendiéndose en uno y otro caso para cada hijo o hija que lo solicite». Es interesante añadir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley de 1838 ni aun el Príncipe, al otorgar la gracia, podía, sin el concurso de las Cortes, relevar a las que las obtuvieron del pago de los derechos.

(83) Ello no obstante como indica DEL VISO (obra citada, pág. 171), el rey pudo seguir concediendo a los hijos naturales algunas rehabilitaciones especiales o para tener oficios y gozar honores de que por su nacimiento quedaban excluidos, o para usar el apellido de su padre o de las armas de la familia de éste o para cualquier otra gracia semejante como por servicios muy distinguidos consta que se han obtenido. (Véase, en confirmación de la doctrina, el Auto 9.º, título VI, libro 1.º de la Nueva Recopilación.)

sacar no identificó, sin embargo y en términos absolutos, los supuestos en que podía tener lugar la legitimación, bien por subsiguiente matrimonio, bien, en su defecto, por concesión del soberano.

La remisión hecha a la Ley XI de Toro por el artículo 1.º de la Ley de 14 de abril de 1838, concordada con la doctrina de las Reales Cédulas de 6 de julio de 1803 y 11 de enero de 1837, hizo posible que los hijos de padres incestuosos unidos por parentesco dispensable pudieran ser legitimados por subsiguiente matrimonio, mas no pudieran serlo por rescripto del Príncipe.

El problema parece que en principio ha quedado resuelto en el Código civil, cuyo artículo 120 dispone que «la legitimación tendrá lugar: 1.º Por el subsiguiente matrimonio de los padres; 2.º Por concesión real», añadiendo el artículo 119 que «sólo podrán ser legitimados los hijos naturales» y que «son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella».

Ello no obstante y mientras siga en vigor el art. 130, que permite la existencia de los llamados por nuestra doctrina hijos naturales presuntos, parece, al menos en principio, que resulta posible la legitimación por rescripto del soberano de hijos que en rigor no merezcan la calificación jurídica de naturales tal y como aparecen definidos en el art. 119 del Código civil. Pero ello enlaza directamente con los requisitos de la petición que ha de formularse para que la legitimación se conceda y de la que tratamos más adelante.

El problema de la posible legitimación por gracia del soberano de los nietos y en general de los ulteriores descendientes legítimos del hijo natural una vez fallecido éste, ha sido resuelto con criterio negativo por el art. 1.733 del Código civil alemán, cuyo párrafo primero dice que «la declaración de legitimidad no puede realizarse después de la muerte del hijo», y con criterio positivo por el art. 196 del Código civil italiano de 1865, que en términos generales preceptúa que *puo anche aver luogo la legittimazione dei figli premorti in favore dei loro discendenti*. En el mismo sentido, el art. 282 del Código italiano de 1942 establece que *la legittimazione dei figli premorti puo anche aver luogo in favore dei loro discendenti legittimi e dei loro figli naturali riconosciuti*.

En nuestro Derecho, al proclamar el art. 124 que «la legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes», parece dar a entender que nuestro ordenamiento se adhiere al sistema del Código alemán. La doctrina, sin embargo, siguiendo la pauta de los autores anteriores al Código (84), defiende la tesis contraria. Así,

(84) Véase PACHECO: Obra citada, pág. 201, *in fine*.

Castán (85) dice que, por analogía con la legitimación por subsiguiente matrimonio, la obtenida por concesión puede aprovechar a los descendientes de los hijos naturales prefallecidos, añadiendo Mucius Scaevola (86) que apoyan esta tesis la igualdad de circunstancias y la identidad de fundamento de la legitimación.

VII. ALTERNATIVIDAD O SUBSIDIARIEDAD

Sentado que la legitimación válida requiera la naturalidad del hijo, conviene ahora que estudiemos si esa legitimación puede producirse o no indistintamente a través de una de las modalidades que presenta, es decir, a través del subsiguiente matrimonio de los padres o de la concesión del soberano. Ello equivale a plantear el problema de si ambas formas de legitimación se hallan entre sí en una relación de alternatividad o de subsidiariedad.

Para Angulo Laguna (87), al que sigue Sánchez Román (88), la adopción del sistema de subsidiariedad haciendo que no sea viable la legitimación por rescripto mientras sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio, equivale a desconocer el fundamento racional de estas instituciones y a olvidar su significación y el fin que con ellas se persigue. Lo que en cada caso—dice—indicará qué clase de legitimación es la procedente, no será la posibilidad o imposibilidad del matrimonio de los padres, sino la naturaleza y extensión de las relaciones que de hecho se den en la realidad. Cuando estas relaciones existan tan sólo entre el hijo y uno solo de los progenitores, o entre el hijo y cada uno de sus padres, pero aisladamente sin que entre dichos padres haya comunidad de hogar y de afectos, es claro—concluye Laguna—que la forma de legitimación adecuada será la concedida por merced del soberano, y ello aun cuando sea posible el matrimonio. Celebrar éste no por las razones y motivos que ordinariamente lo determinan, sino como recurso forzado para legitimar al hijo, equivale a catalogar de antemano ese matrimonio entre aquellos que han de contribuir a engrosar la estadística de divorcios.

Por justos que aparezcan los argumentos apuntados, lo cierto es que la línea histórica del instituto responde no al criterio de la alternatividad, sino al criterio de la subsidiariedad.

Justiniano estableció claramente en el capítulo 1.º de la Novela 74: «Si la madre ha muerto, o bien vive y no tiene buena conducta, o si alguna ley prohíbe al padre casarse con ella, en estos

(85) En las notas al *Derecho de familia*, de KIPP y WOLFF, traducción española, Barcelona, vol. II, pág. 150.

(86) Obra y tomo citados, pág. 354.

(87) Obra citada, pág. 191.

(88) Obra y volumen citados, pag. 1066.

casos autorizamos al padre para legitimar a sus hijos por rescripto del Príncipe.» (89).

En nuestro Derecho histórico, ninguna disposición proclamó el principio de subsidiariedad. Ello no obstante, fué *communis opinio* de nuestros autores, debido, sin duda, al influjo de la tradición romana, y práctica observada en nuestros reinos, que siendo posible la legitimación por subsiguiente matrimonio no se concedía la legitimación por rescripto, por no ser lógico obtener por gracia lo que podía conseguirse por justicia. Se estimó por ello que, aun en el caso de lograr la legitimación por rescripto, la misma no producía efecto, a no ser, naturalmente, que el Rey la otorgase conociendo la posibilidad de las nupcias, pues como decía el brocardo medieval *Potest... Principis ex plenitudine potestis filium naturalem legitimos facere etiamsi... aut matrimonium cum matre inire possit* (90).

El proyecto de Código de 1882 acogió el sistema alternativo, pero el Código vigente, en su art. 125, dispuso que «para la legitimación por concesión real es necesario que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio».

Ahora bien; ¿cuándo no es posible el subsiguiente matrimonio? ¿Se trata de una imposibilidad objetiva o bastará con la meramente subjetiva?

Para el Código civil alemán, como dice Lehmann (91), comentando su art. 1.723, no es posible el matrimonio en los casos de muerte, o enfermedad mental del padre o de la madre, o cuando por otras razones, como por ejemplo el género de vida de la madre, no puede ser exigido el matrimonio.

La doctrina italiana planteó seriamente el problema al estudiar el art. 198 del Código civil de 1865, cuyo número 3.º exigía *che il genitore si trovi nelle impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio*.

Varios autores, como Bianchi (92) y Lomonacco (93), entendieron que no es lo mismo matrimonio imposible que matrimonio no conveniente y que la imposibilidad a que el Código aludía era una imposibilidad material, absoluta y objetiva. Avalaba esta tesis la genuina significación del término *impossibilità*, la discusión parlamentaria en la que no prosperó la tesis opuesta, defendida por Manzini, y el hecho de que no se hubiera seguido, a pesar de haberla tenido a la vista, la redacción del art. 177 del Código civil albertino, que hacía referencia no a la *impossibilità* sino más ampliamente a *gravi cause*.

(89) Palabras semejantes repite en el capítulo 2 de la misma Novela y en el capítulo 9 de la novela 89.

(90) Tal era la opinión de GREGORIO LÓPEZ (glosa 8.ª a la ley 4, tit. 14, Partida 4.ª), LLAMAS (ob. cit., núm. 45 del Comentario a la ley XII) y TELLO (número 8 del Comentario a la ley XII de Toro).

(91) *Derecho de familia*, traducción española. pág. 346.

(92) *Corso di Codice civile italiano*, vol. VI, pág. 718.

(93) *Istituzioni*, vol. II, pág. 137.

Esta tesis no fué universalmente compartida y tratóse por todos los medios de darle cierta flexibilidad, entendiéndose que era admisible al lado de los supuestos típicos de imposibilidad material, absoluta y objetiva, como el fallecimiento de uno de los progenitores, el de imposibilidad temporal indefinida: matrimonio de uno de dichos progenitores con otra persona o su declaración de ausencia, y los de imposibilidad moral, relativa y precaria; matrimonio con la mujer perdida o con el delincuente abominable. En esta línea se mantuvieron Mortara (94), Rebuttati (95), Stolfi (96) y Cucinotta (97).

El problema concreto de si podía o no considerarse como imposible el matrimonio cuando lo rehusara uno de los progenitores fué objeto de especial atención, ya que, como indica Cicu (98), la circunstancia de rechazar las nupcias, si bien constituye una imposibilidad para aquel que quiere casarse, no es ni mucho menos imposibilidad con respecto al matrimonio en sí mismo considerado. Ello no obstante, la opinión más generalizada la estimó como supuesto de *impossibilità*, y así lo entendieron, entre otros, Borsari (99), Dusi (100), Bianchi (101) Venzi y Franco (102), Stolfi (103) y Ruggiero (104).

El nuevo Código civil italiano de 1942 ha resuelto definitivamente el problema al establecer en el núm. 3 de su art. 284 que a la *impossibilità* es equivalente el *gravissimo ostacolo* (105).

La doctrina española, examinando el núm. 1.º del art. 125 del Código civil, se muestra más amplia y benévola que la doctrina italiana. Así, Mucius Scaevola escribe (106) que el texto legal hace referencia a una imposibilidad de presente y no a la imposibilidad absoluta de futuro que haría de los supuestos de impotencia (núm. 3.º del art. 84) y fallecimiento de uno de los progenitores, los dos únicos casos de legitimación por gracia real; Manresa (107), sin profundizar demasiado en el asunto, dice, sin embargo, que la defunción y el matrimonio subsistente de uno

(94) Discorso inaugurale pronunciato alla Cassazione, di Palermo il 5 Gennaio 1911. Palermo, 1911, pág. 22.

(95) *Di alcuni questioni in materia di filiazioni e adozione*, 1927, pág. 38.

(96) Obra y volumen citados, pág. 503.

(97) En *Foro italiano*, 1936, I, pág. 1303.

(98) Obra citada, pág. 144.

(99) *Comentari al Codice civile*, I, pág. 755*

(100) Obra citada, pág. 845.

(101) Obra citada, pág. 716.

(102) Notas a *Instituzioni*, de PACIFICI MAZZONI, 5.ª ed. vol. VII, pág. 110.

(103) Obra citada, pág. 504.

(104) Obra citada, pág. 652.

(105) Dice el mencionado artículo que «la legittimazione può essere concessa con decreto reale quando concorrono le seguenti condizioni; 3) che per il genitore vi sia l'impossibilità o almeno un gravissimo ostacolo a legittimare il figlio per susseguente matrimonio». TRIMARCHI (ob cit., pág. 57) observa que el «gravissimo ostacolo» debe tener un grado suficiente de objetividad.

(106) Obra citada, pág. 349.

(107) Obra citada, pág. 575.

de los padres son los motivos principales—luego existen otros— que al excluir la legitimación por vía matrimonial permiten la legitimación por rescripto; Valverde (108) y Sánchez Román (109) admiten una imposibilidad subjetiva, toda vez que resulta moralmente imposible el matrimonio con una mujer de mala nota o costumbres degradadas, y Vázquez Nogueira (110) considera que el matrimonio es imposible en los supuestos de impotencia, locura, ausencia en ignorado paradero, delito grave y perversidad de la mujer honesta después del alumbramiento.

Esta tesis de la imposibilidad moral tiene, a nuestro juicio, aparte de los fundamentos racionales que suelen esgrimirse, otros de carácter estrictamente jurídico. En efecto, a diferencia del Código civil italiano, que habla de *impossibilità* el nuestro, dulcificando el sentido de la expresión habla de «no posibilidad», de que «no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio», con lo que rectificó, indudablemente, los términos extraordinariamente rígidos de la Base 5.^a, conforme a cuyo texto la legitimación por concesión real había de quedar limitada «a los casos en que medie *impossibilità absoluta* de realizar la legitimación por subsiguiente matrimonio».

Por otro lado, si el matrimonio ha de entenderse como *consortium omnis vitae*, parece indudable que los obstáculos de carácter moral y subjetivo han de ser valorados a fin de considerar si es o no posible exigir el matrimonio para obtener la legitimación de la prole.

Esta admisión de la imposibilidad moral y subjetiva, sin caer en el error de considerar iguales los dos expedientes legitimadores, el del matrimonio y el del rescripto, como exigen los partidarios del sistema de la alternatividad, modera el principio contrario y da cauce para una armonía perfecta entre los intereses en juego: respetar y proteger al matrimonio y beneficiar a la prole.

VIII. EL INTERÉS DE LA FAMILIA LEGÍTIMA

Pero el matrimonio y la prole que ha de recoger y disfrutar del beneficio de la legitimación no son los únicos intereses que es preciso conjugar. El legislador, como más arriba apuntábamos, no puede prescindir de los intereses de la familia legítima, creada por uno de los progenitores del hijo extramatrimonial cuya legitimación se desea.

Ahora bien, como los términos personales de la familia legítima están constituidos fundamentalmente por el cónyuge y la descendencia, nuestro Código civil ha establecido, en su artículo 125, que son requisitos que deben concurrir para la legitimación

(108) Obra citada, pág. 463.

(109) Obra citada, pág. 1068.

(110) *Expedientes en Registro civil y comentarios*, 1955, pág. 220.

por concesión soberana: que si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge; y que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

La exigencia del consentimiento del cónyuge del legitimante es mirada con cierta hostilidad por algunos autores, y así Mucius Scaevola escribe (111) que hace depender la legitimación no del que tiene interés directa y principal en ella, sino de un tercero, y Sánchez Román (112) afirma que tal exigencia es inadmisibile desde el punto de vista de los principios, siendo de temer que la actitud del cónyuge sea hostil y frustre el buen deseo de legitimar a la prole.

Pero, en general, se estima que dicho consentimiento es, como dice Manresa (113), un homenaje a la dignidad y a los derechos del cónyuge y una garantía de paz y de concordia en los hogares, que nuestro Código exige siguiendo la pauta del número 4.º del artículo 198 del Código civil italiano de 1865, reproducido casi literalmente por el número 4.º del artículo 284 del Código de Mussolini.

A mi modo de ver, la elevación del consentimiento del otro cónyuge a *conditio sine qua non* de la legitimación por rescripto es inadmisibile y debe ser paliada y dulcificada. Nuestros autores admiten que es innecesario en el supuesto de hallarse separados los esposos por sentencia firme de divorcio (114) o cuando, al menos, se haya interpuesto demanda de igual clase, contestada al tiempo de formularse la solicitud de legitimar (115). A estos casos concretos debieran añadirse los de imposibilidad de prestar el consentimiento a que hace referencia el artículo 1.726 del Código alemán, conforme al cual puede prescindirse del mismo cuando, con carácter permanente, el cónyuge se halle incapaz para manifestarlo o tenga residencia desconocida.

Ello no quiere decir que deba suprimirse, como regla, el asentimiento conyugal o que se exija este asentimiento no para que pueda operarse la *legitimatio*, sino para que ingrese el hijo legitimado en el domicilio del matrimonio, toda vez que no son tan sólo los intereses morales los que se defienden con dicho consentimiento (116), sino también los intereses de carácter patrimonial que corresponden a cada uno de los esposos.

La legitimación del hijo extramatrimonial del procreante casado está, pues, en nuestro Derecho positivo vigente en función de

(111) Obra citada, pág. 352.

(112) Obra citada, pág. 1069.

(113) Obra citada, pág. 576.

(114) MUCIUS SCAEVOLA (obra citada, pág. 352) y CASTÁN (en las notas citadas, pág. 150).

(115) SÁNCHEZ ROMÁN: Obra citada, pág. 1070.

(116) Y que podrían quedar a salvo suprimiendo, como lo ha hecho en otras ocasiones la jurisprudencia, el derecho de opción del artículo 149 del Código civil.

la voluntad del otro consorte, y puede operarse si de hecho se manifiesta de modo afirmativo.

Si el recurso a la voluntad del cónyuge es el expediente arbitrado por el legislador para defender los intereses aludidos, veamos ahora cuál ha sido su postura en el supuesto de que exista descendencia legítima o legitimada del matrimonio contraído por el padre que desea legitimar por rescripto.

Justiniano dispuso claramente en el cap. 2.º de la Novela 74 que por medio del instituto que nos ocupa facilitaba a los que no tenían hijos legítimos la legitimación de los naturales, reiterando la misma doctrina en los capítulos 2.º y 10 de la Novela 89.

En nuestro Derecho histórico, mientras la ley 4.ª del título 15 de la Partida 4.ª observó un completo mutismo en esta materia, la ley 9.ª del mismo título y de la misma Partida, al aludir al supuesto de «si los padres fijos legítimos non ovieren», y al de «si los ovieren», planteó el problema de si con esta frase se admitía la posibilidad de la legitimación por rescripto, no obstante la existencia de descendientes legítimos, innovándose así la tradición romana, o si, por el contrario, esta tradición se confirmaba por referirse el legislador a la descendencia legítima habida después del matrimonio.

El asunto fué objeto de acalorada discusión, y así mientras unos autores, como Gregorio López (117), del Viso (118), y Salom y Puig (119), apoyándose en la ley 5.ª del título 6.º del libro 3.º del Fuero Real, entendieron que subsistía el sistema impuesto por Justiniano, otros, como Morató (120) y Marichalar y Manrique (121), estimaron que dicha ley, como otras del título 22 del libro 4.º de dicho Fuero, se refería tan sólo a los hijos adoptivos y no a los legitimados por merced soberana y que la ley 9.ª del título 15 de la Partida 4.ª permitía la legitimación por rescripto, no obstante la existencia de prole legítima del progenitor que la solicitaba.

La tesis generalmente admitida y la que prevaleció en la práctica fué la defendida por Acevedo (122), conforme a la cual, aun cuando por lo común tan sólo a falta de descendientes legítimos se concedía la legitimación por gracia de los hijos naturales, cabía mencionar en la solicitud la existencia de aquéllos, en cuyo caso, si el Príncipe accedía a concederla, la legitimación se tenía por válida y producía efecto, tanto porque no era ya posible atacarla por la *querella obreptionis vel subreptionis causa*, como porque *potest Princeps ex plenitudine potestis filium naturalem legitimum facere etiamsi pater legitimus liberos habeat*.

(117) Glosa 2.ª de la ley 36, título 18, Partida 3.ª, y glosa 3.ª de la ley 32, título 9 de la Partida 6.ª

(118) Obra citada, pág. 170.

(119) *Apuntes de Derecho civil español*, Valencia, 1896, pág. 222.

(120) Obra citada, pág. 168.

(121) Obra citada, pág. 75.

(122) Número 52 del comentario de la Novísima Recopilación.

La promulgación de la ley de gracias al sacar de 14 de abril de 1838 al exigir «motivos justos y razonables» para la legitimación, parece que excluyó la existencia de los mismos en el caso de que hubiera descendencia legítima. Luis María Sáez (123), que escribió en 1882, afirma de manera terminante que la práctica y la jurisprudencia así lo estimaban de común acuerdo, y tal es, como antes dijimos, el sistema de nuestro Código civil, opuesto al que recoge el Código alemán (124) e idéntico al formulado por los dos Códigos civiles de Italia, tanto el de 1865 (125) como el de 1942 (126).

IX. INSTANCIA DE PARTE

Mas no basta, para que la legitimación por rescripto se conceda, que concurran los presupuestos de la misma; a saber: que el hijo sea natural, que no sea posible el matrimonio de los progenitores, que preste su asentimiento el cónyuge del legitimante y que éste carezca de descendencia legítima. Es preciso, además, una pretensión de parte que los haga valer, una solicitud para cuya promoción se hallan legitimados ordinariamente los mismos progenitores y excepcionalmente el hijo nacido de su unión.

Refiriéndose al primero de los supuestos indicados, el número 2.º del artículo 125 de nuestro Código civil dice que la legitimación ha de ser pedida «por los padres o por uno de éstos», y aunque no lo dice resulta evidente que en la misma deberá acreditarse u ofrecerse la justificación de la concurrencia de los requisitos legales.

En el Derecho histórico, como acabamos de ver, era fundamental para que la legitimación no fuera impugnabile, que la exposición de los hechos enumerados en la solicitud no adoleciera de los vicios de ocultación o falsedad. De aquí la exigencia de relacionar si había o no prole legítima y la de hacer referencia a la calificación jurídica del hijo que se deseaba legitimar.

Las dudas surgían acerca de si bastaba decir que el hijo era de vedado ayuntamiento, o si, además, en caso de serlo, se hacía necesario indicar su carácter incestuoso o adulterino. Baldo, Juan Andrés, Decio y Juan Antonio de San Jorge (127) sostuvieron la opinión afirmativa, fundándose en el principio *cogitatum in generale refertur ad specialia*. Pero Antonio de Butrio y Covarru-

(123) Obra citada, pág. 105.

(124) En el B. G. B. ningún precepto impide la legitimación en el supuesto de que el legitimante tenga descendencia legítima.

(125) Art. 190: «La legittimazione può essere accordata con decreto reale quando concorrono le seguenti condizioni: ... 2) che il genitore il quale la domanda, non abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, né discendenti da essi.»

(126) El número 2.º del artículo 284 reproduce literalmente el número 2.º del artículo 198 del Código civil de 1865.

(127) Citados por ESCRICHE: Obra citada, pág. 87.

bias (128) sostuvieron la opinión opuesta por estimar que cuanto más odioso es el delito en la persona del padre más difícil ha de ser limpiar la mancha en la persona del hijo.

No siendo posible en nuestro Derecho la legitimación de los hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos en grado no dispensable, se plantea la cuestión de si será o no necesaria la justificación de la calificación de hijo natural que ha de corresponder al legitimado por exigencia del artículo 119 del Código civil, lo que lleva aparejado los siguientes problemas: a) Si debe o no revelarse el nombre del otro progenitor; y b) Si es preciso un reconocimiento del hijo natural previo a la pretensión del legitimante.

Con relación al primero de los problemas que se citan parece claro que si ha de probarse la libertad de los progenitores en el momento de la concepción, habrá de manifestarse el nombre de aquel que no suscriba la instancia que da origen al expediente. La ley 9.^a del título 18 de la Partida 3.^a que trae la minuta de la legitimación por rescripto no vacila en revelar el nombre de la madre (129).

Para Marichalar y Manrique (130) la exigencia del artículo 119 en manera alguna obliga a considerar indispensable dicha revelación—a la que un fiscal del T. S. califica de pueril curiosidad—, debiendo, por el contrario, omitirse cuando se alega—y por las declaraciones de los testigos u otros medios se demuestra—que existen inconvenientes o que la manifestación no puede hacerse sin perjuicio de tercero o de la madre.

A favor de esta tesis, defendida también por Manresa (131) se arguye con el principio de derecho penal de que el delito no se presume y con la jurisprudencia del T. S., especialmente con la sentencia de 11 de octubre de 1882, conforme a la cual una vez probada la filiación se presume *iuris tantum* la libertad matrimonial de los padres en el momento de la concepción y la de 12 de noviembre de 1858 que al ocuparse de la bastardía natural sienta la presunción en contra del dañado y punible ayuntamiento, esti-

(128) También citados por ESCRICHE: Obra citada, pág. 87.

(129) Dice así la ley mencionada: «Como deven fazer la Carta de legitimación. Legitiman los Reyes los fijos de los omes buenos, para facerles merced. E la carta deve ser fecha de esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Remón Pérez vino antes nos Don Alfonso por la gracia de Dios Rey de Castilla, etc. e pidieron merced, que le legitimassemos a Remondo su fijo, el qual havia de Doña Perona, que non avia marido. Onde Nos, queriéndolle fazer bien e merced, cumplimos su ruego, e legitimamos por esta nuestra carta el sobredicho Remondo, su fijo, e otorgamosle poderio de heredar los bienes de Remón Pérez su padre de esso nombrado, quantos ha oy en este día, e avrá de aquí adelante quando quier que muera Remón Pérez con testamento ó sin testamento. Otrosí otorgamos a Remondo el sobredicho, que pueda ser recibido en toda honra, que fijo legitimo deva, e pueda aver, e non le empezca en ninguna manera, porque non fué nascido de mujer legitima, nin vala por ende menos. E porque esta legitimación sea firme e estable, e non venga en dubda dimosle esta carta sellada con nuestro sello de plomo.»

(130) Obra citada, pág. 81.

(131) Obra citada, pág. 550.

mando que en caso de duda debe conceptuarse natural al hijo porque con arreglo a derecho hay que presumir que pertenecen a la clase más general de ilegítimos, o que, mientras no se pruebe lo contrario, sus progenitores fueron hábiles para contraer matrimonio.

En el régimen del Código civil parece en principio que esta opinión debe aceptarse tanto por la admisión de los llamados hijos naturales presuntos del artículo 130, como por la prohibición que el artículo 132 impone de revelar, al hacer el reconocimiento, el nombre de la persona con la cual se hubiera tenido el hijo.

Esta primera impresión queda, sin embargo, desvanecida, al menos en parte, si se tiene en cuenta que el artículo 119 continúa en pie y que es muy discutible, como seguidamente veremos, el alcance y trascendencia que en orden a la relación paterno-filial tiene, por sí sola, la instancia solicitando la legitimación. En efecto, el hecho de que pueda ser probada la procreación y de que en los padres y en el hijo concurren los requisitos que señala el artículo 119 del Código civil, no basta para que el hijo merezca en el orden jurídico la calificación de hijo natural. Esta calificación, partiendo de aquellos supuestos, implica una toma de razón que en el sistema del Código civil se produce a través de una declaración de voluntad atributiva de un *status* que se llama reconocimiento y que no puede confundirse con una pura confesión de la paternidad.

Pues bien, cuando el progenitor solicita que su hijo sea legitimado, asaltan en seguida las siguientes preguntas: ¿Será necesario para que la legitimación se otorgue un reconocimiento anterior en el cual aparezca el hijo que ha de legitimarse investido del *status* de hijo natural? (132). ¿Podrá concederse la legitimación directamente sin pasar por ese estadio intermedio de tal forma que *ab initio* la relación paterno-filial salte y se transforme de relación de hecho en relación de legitimidad?

En el primer caso es imprescindible el reconocimiento previo como atribución de estado. En el segundo, la justificación de la «naturalidad» se mueve en el puro campo probatorio sin trascender por sí al orden sustantivo.

Nuestra doctrina no ahonda en el problema, limitándose a insinuar que en el orden lógico de las ideas, dentro del sistema del Código civil, el reconocimiento es siempre anterior a la legitimación (133), que el reconocimiento ha de acreditarse o hacerse en la misma instancia en que se solicita la legitimación (134) y que la petición del padre implica, de modo necesario, el reconocimiento del hijo (135), que va suplido e integrado en aquella (136).

Pero lo cierto es que en materia de legitimación por concesión

(132) El Código civil alemán dispone en su artículo 1.725 que «la solicitud debe contener una declaración del padre reconociendo al hijo como suyo».

(133) ANGULO LAGUNA: Obra citada, pág. 201.

(134) MANRESA: Obra citada, pag. 575.

(135) MUCIUS SCAEVOLA: Obra citada, pág. 354.

(136) SÁNCHEZ ROMÁN: Obra citada, pág. 1070.

real no existe ningún precepto análogo al artículo 121 que hace de esa atribución de *status* que produce el reconocimiento un requisito esencial de la legitimación.

Es más, a diferencia del artículo 134 que habla de los derechos del hijo natural, una vez reconocido, el artículo 119 dice que pueden ser legitimados los hijos naturales «a secas», es decir, sin la investidura que les otorga el reconocimiento.

El problema, que es irrelevante y sutil cuando la legitimación se concede, adquiere especial virulencia en el caso de que la legitimación sea denegada.

¿Podrá estarse que esa instancia pretendiendo la legitimación implica, en todo caso, el reconocimiento? Para Venzi y Franco (137), Dusi (138) y Angulo Laguna (139) la contestación debe ser afirmativa, de conformidad con el adagio *in eo quod plus est inest et minus*. Para Barone (140) y Bianchi (141), por el contrario, las manifestaciones contenidas en la solicitud de legitimación no tienen otro alcance que el de una mera y simple declaración de paternidad.

A nuestro modo de ver, aun en el supuesto de que se admita la idea, lógica y general, por otra parte, de que la voluntad de legitimar lleva consigo la de reconocer, es claro que no pueden olvidarse los requisitos de forma que deben adornar al mismo por exigencia del artículo 131 del Código civil. Ahora bien, es indudable que la solicitud del progenitor que pide la gracia no es ni el acta de nacimiento, ni el testamento, ni siquiera el documento público a que alude el mencionado precepto. Se trata de un documento privado en el que ni siquiera se exige la legitimidad de la firma del peticionario. A lo más podrá considerarse, al amparo del número 1 del artículo 135, como escrito indubitado, en el que el hijo puede apoyar una acción para obtener por vía judicial la correspondiente investidura.

Por otra parte, si el argumento de que la voluntad de legitimar lleva como contenido la de reconocer conmueve en principio, no puede olvidarse que tal y como la institución aparece perfilada en nuestro Derecho no son ni el padre ni la madre los que legitiman. Es el soberano el que, comprobada la concurrencia de los requisitos legales, concede o deniega discrecionalmente la legitimidad solicitada (142). La legitimación por rescripto no es un «plus» sobre el reconocimiento, es algo distinto y de calidad superior que el soberano otorga a los hijos que reúnan las condiciones

(137) Obra citada, pág. 106.

(138) Obra citada, pág. 841.

(139) Obra citada, pág. 201.

(140) Obra citada, pág. 67.

(141) Obra citada, págs. 129 y 130.

(142) El padre que pretende la legitimación participa a la administración pública un propósito (en la solicitud, en el testamento o en el instrumento público) personal, recepticio, formal y revocable en tanto que el decreto de legitimación no haya sido dictado. Véase TRIMARCHI: Obra citada, pág. 70.

del párrafo 2.º del artículo 119. Es esta naturalidad natural, valga la frase, la que es preciso justificar u ofrecer justificar en la petición que se formule. Y como aquí no juega el reconocimiento como atribución de *status* no hay razón para admitir la presunción de hijo natural que el artículo 130 del Código civil define para el caso de que dicho reconocimiento se haya producido por uno solo de los padres, ni mucho menos la prohibición de revelar el nombre del otro progenitor, establecida por el artículo 132 del mismo cuerpo legal.

Pero, como antes decíamos, no sólo los progenitores conjunta o aisladamente pueden solicitar la legitimación, sino que también el hijo, en algunos supuestos excepcionales, se encuentra legitimado para ello.

Justiniano (Novelas 74, cap. 2 y 89, cap. 10) dispuso que cuando el padre hubiera reconocido al hijo por testamento, instituyéndole heredero, éste podía solicitar, después de la muerte del padre, el rescripto de legitimación.

Tal es la llamada *legitimatio mortis causa*, *legitimatio post mortem* o *legitimatio per testamentum* que recogió la ley 6.ª del título 15 de la Partida 4.ª, la cual, bajo la rúbrica «como el padre puede fazer su fijo natural legítimo en su testamento», dice «De amiga aviendo algun ome a sus fijos naturales, si fijos legítimos non oviere, puede los legítimar en su testamento, en esta manera diziendo assí: Quiero que fulano, o fulana, mis fijos, que ove de tal muger, que sean mis herederos legítimos. Ca si después de la muerte tomaren los fijos este testamento, e lo mostraren al Rey, e le pidieren merced, que le plega de confirmar, e de otorgar la merced, que el padre les quiso fazer: el Rey sabiendo que aquél que fizo el testamento, non avia otros fijos legítimos, devo lo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre e avran honra de fijos legítimos.»

La *legitimatio post mortem* fué admitida por el Código civil italiano de 1865 y lo es actualmente por el artículo 285 del Código fascista. De conformidad con este último precepto, que reproduce casi literalmente a su predecesor: «Se uno dei genitori ha espresso in un testamento o in un atto publico la volontà di legittimare i figli naturali, questi possono, dopo la morte di lui, domandare la legittimazione, sempre que al tempo della morte, concorrano le condizioni» de falta de descendencia legítima y de imposibilidad u obstáculo grave para contraer matrimonio.

Nuestro Código, aunque inspirado por el italiano de 1865 permanece fiel a la tradición romana y al Derecho de las Partidas, dando en su artículo 126 una mayor flexibilidad a la *legitimatio mortis causa*. Establece dicho artículo que «también podrá obtener la legitimación por concesión real el hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legítimarlo, con tal que el padre o

madre no tengan hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos».

Es decir, que, a diferencia de lo que sucede en los Códigos italianos aludidos, en el nuestro no es necesario acreditar que no fué posible el matrimonio entre los progenitores. Aunque no hubiera habido, pues, ningún obstáculo para la celebración del mismo, la voluntad de legitimar expresada en la forma que el artículo 126 determina basta para que pueda pretenderse la legitimación.

Ahora bien, esta legitimación en su modalidad *post mortem* plantea algunas cuestiones de intrincada solución. En primer término vuelve a suscitarse aquí el problema de si en el testamento o instrumento público a que alude el artículo 126 habrá o no de realizarse un previo reconocimiento del hijo con el debate consiguiente acerca de si la voluntad de legitimar implica el reconocimiento, y de la entidad y trascendencia de aquélla en el caso de que no se pretenda o no se conceda la legitimación.

En evitación de repeticiones, damos por reproducido cuanto hemos tenido ocasión de exponer al hablar de la instancia en que la legitimación se solicita. Aquí conviene que de un modo especial nos fijemos en la envoltura formal de la voluntad legitimadora para extraer de aquella doctrina los corolarios consiguientes.

Si en la voluntad expresa del padre de legitimar va envuelto, como dice Mucius Scaevola (143), el reconocimiento del hijo, que es un *minus* con relación a aquélla, el Notario que autoriza el testamento o el instrumento público en que esa voluntad legitimadora se contiene, no tendrá más remedio que remitir al Juez municipal el testimonio en relación prevenido por el artículo 61 de la Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870, ya que cualesquiera que sean las vicisitudes de la legitimación pretendida esta voluntad expresa de legitimar encierra en sí, a lo menos, el reconocimiento de un hijo natural a que hace referencia el número 2 del artículo 60 de la ley mencionada (144). Si, por el contrario, esa voluntad no lleva implícita la atribución del *status* el Notario autorizante no tiene, por faltar su presupuesto, la referida obligación.

Por otra parte, si la voluntad de legitimar a que hace referencia el artículo 126 del Código civil llevara implícita la voluntad de reconocer, sería preciso observar fielmente, para que el reconocimiento fuera eficaz, lo prevenido en el artículo 132 del mismo cuer-

(143) Obra citada, pág. 356.

(144) Dice el artículo 60 de la Ley de Registro civil que «al margen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente... los actos siguientes concernientes a las personas a quienes aquéllos se refieran: 1) Las legitimaciones. 2) Los reconocimientos de hijos naturales...» Por su parte, el artículo 61 de dicha Ley establece, en su párrafo primero, que «cuando los actos mencionados en el artículo anterior constasen por documento otorgado ante notario público, éste deberá ponerlo en conocimiento del Juez municipal en cuyo Registro se hallare inscrito el nacimiento del interesado, o en la Dirección General, en su caso, para que haga la correspondiente anotación marginal, remitiéndole al efecto testimonio en relación del documento otorgado».

po legal que exige en todo caso el consentimiento del hijo mayor de edad y la aprobación del Juez, previa audiencia fiscal, cuando siendo menor el hijo reconocido el reconocimiento tenga lugar en documento público *inter vivos*.

En la práctica será difícil que el otorgante llegue a la sutileza de decir: admito que esta persona reúne los requisitos del artículo 119; me niego a conferirle la «naturalidad»; quiero que goce de la calificación de legítimo, siendo mi voluntad legitimarlo. En ese terreno de la experiencia profesional la voluntad testamentaria del padre, que es lo más frecuente, puede, en evitación de problemas, manifestarse así: «Reconozco a fulano como hijo natural, siendo mi voluntad legitimarlo.»

Expresado de esta forma, el reconocimiento permanece, aunque, como dice el artículo 741, el testamento se revoque. La revocabilidad de éste implicará tan sólo el problema de si la pretensión legitimadora ha sido o no abandonada. Frente al artículo 126 que habla de «su testamento» que no deja de ser suyo—del padre o de la madre—, aunque no sea el último, tenemos la declaración terminante—sin más excepción que la citada—del artículo 739, conforme al cual «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto» y la circunstancia de que el propósito legitimador del otorgante puede cambiar sin que exista obstáculo para ello. De aquí que no sólo puede abandonarse la voluntad legitimadora manifestada en testamento, sino también la recogida en un instrumento público *inter vivos*.

Parangonando una frase de Amadeo Fuenmayor (145) podríamos decir que así como la donación permanece, aunque la mejora se revoque, del mismo modo el *status* de hijo natural, una vez conferido, no desaparece: 1) aunque se revoque la voluntad de legitimar; 2), aunque una vez expresada en testamento o instrumento público no se pretenda dicha legitimación por el hijo; y 3), aunque, habiéndose pretendido, fuera denegada.

En el caso realmente excepcional de que el otorgante del testamento o del instrumento público hubiera realizado, no un reconocimiento atribución de *status*, sino una mera admisión de la paternidad del hijo, expresa o implícita en el puro y escueto deseo de legitimar, el hijo tendrá una acción para reclamar dicho estado. Si la ejercita y prospera, el *status* no dimanará de un reconocimiento-atribución—que hemos dicho que no existe—sino de una investidura decretada por el juez sobre la base de que el padre, por un lado, se niega a concederlo y, por otro, de la prueba del reconocimiento-admisión de la paternidad a que se refiere el número 1 del artículo 135.

El hecho de que el reconocimiento-admisión se haga en testamento o instrumento público (art. 130) no lo transforma en reconocimiento-atribución. Por tanto, una vez muerto el padre o la

(145) *La revocación de la propiedad*, pág. 143.

madre, la acción para reclamar la investidura judicial del *status* caduca a los seis meses de haberse tenido noticia del documento (núm. 2 del art. 137). Puede darse así el caso curioso de que caducado el plazo para el ejercicio de la acción, el hijo no pueda en ningún supuesto tener la calificación de natural, pudiendo, sin embargo, como luego veremos, obtener la legitimación (146).

X. EFECTOS

Ahora bien, sean los dos o uno solo de los progenitores, sea el hijo, los que promuevan el expediente de legitimación, interesa conocer, para el supuesto de que la misma se conceda, cuáles son los efectos que produce.

Prescindiendo de la *legitimatio minus plena* del Derecho intermedio, fruto de la amalgama de la legitimación por rescripto con la *dispensatio natalium*, el efecto genuino de la legitimación por merced del soberano, consistió en dotar al hijo de un *status familiae*. Todo hijo legitimado—se infiere de los capítulos 3.º y 8.º de la Novela 89 y del capítulo 2.º de la Novela 74—se tiene por legítimo y le competen los derechos de tal, pudiendo suceder a su padre tanto abintestato como *ex testamento*.

En la misma línea, la Ley 9.ª del título 18 de la Partida 3.ª, en la fórmula que nos ofrece la carta de legitimación, pone en labios del Rey las siguientes palabras: «Legitimamos por esta nuestra carta al sobredicho Remondo su fijo, e otorgamosle poderio de heredar los bienes de Ramón Pérez, su padre... quando quier que muera... con testamento o sin testamento. Otrosi otorgamos a Remondo... que pueda ser recibido en toda honra, que fijo legítimo deva, e pueda aver: e non le empezca en ninguna manera, porque non fue nascido de muger legítima nin vala por ende menos.»

La misma orientación se advierte en la ley 4.ª del título 15 de la Partida 4.ª, en las leyes 17, título 6, libro 3 y 7, título 22, libro 4 del Fuero Real y a *sensu contrario* en la ley XII de Toro.

Ahora bien, la atribución al hijo legitimado de un *status familiae* tiene en contra dos argumentos de importancia: de una parte, cuando el hijo es legitimado con respecto a uno solo de los progenitores falta toda posibilidad de entronque con una familia, la cual supone cruce de dos ramas distintas que se anudan por el vínculo paternidad-maternidad; cuando la legitimación se concede con respecto a los dos progenitores falta el matrimonio, que si no es, como hemos afirmado machaconamente, la fuente única de la legitimidad, si es la fuente única de la familia. La legiti-

(146) Ni que decir tiene que admitida la legitimación por gracia del soberano de la descendencia legítima del hijo natural premuerto, resulta viable que la pretensión legitimadora se ponga en marcha por dicha descendencia cuando haya muerte el hijo que contempla el artículo 126 del Código civil.

midad no supone, pues, en todo caso, la conexión y el encuadramiento en una familia.

Como ha escrito primorosamente Albaladejo (147), la familia es una institución que se edifica sobre el matrimonio, y donde éste haya faltado la familia no puede existir, aunque existan ante la ley lazos de parentesco. Si hay familiares parientes, familiares que no son parientes y parientes que no son familiares, es preciso situar en el primer grupo a los hijos matrimoniales, en el segundo a los esposos y en el tercero a los hijos legitimados por concesión soberana, los que sin devenir familiares y sin gozar por ello de un *status familiae* tienen, sin embargo, un *status filii*, una investidura de legitimidad.

En virtud de ello el hijo legitimado por concesión soberana debe recibir el trato de hijo legítimo, con los derechos y deberes que como tal le incumben, mientras estemos en presencia de relaciones entre padre e hijo, entre legitimante y legitimado.

Tal es la solución del Código civil alemán y de los Códigos civiles italianos de 1865 y de 1942. El primero establece en su artículo 1.736 que con la declaración de legitimidad el hijo adquiere la posición jurídica de hijo legítimo. Esta posición no le equipara en absoluto al hijo matrimonial, pues, como se infiere del artículo 1.737, la relación establecida vincula al progenitor con su hijo y la descendencia de éste, pero no enlaza al hijo con el cónyuge del legitimante ni con los parientes del mismo. El Código civil italiano de 1865 dispuso igualmente, en su artículo 201, que «la *legittimazione* por decreto reale produce gli stessi effetti della *legittimazione* per susseguente matrimonio, ma soltanto... riguardo al genitore che l'ha domandata». En parecidos términos se manifiesta el artículo 290 del Código vigente hoy en Italia.

¿Cuál es la postura adoptada por nuestro Código civil? La doctrina española, examinando los artículos 127 y 134 llega a la conclusión de que el hijo legitimado por concesión soberana está por completo equiparado al hijo natural reconocido, y partiendo de esta afirmación formula contra el sistema del Código una crítica severa porque—se dice—resulta absurdo exigir más requisitos para hacer la legitimación por concesión real que para reconocer a un hijo y después producir iguales efectos jurídicos (148), porque a sabiendas de que es completamente inútil se ha regulado una institución de derecho que está llamada a no producir resultado alguno (149), porque no se sabe qué ventajas puede reportar a un hijo natural reconocido su legitimación posterior (150), porque en cuanto a la condición de los hijos legitimados produce idénticos efectos que el reconocimiento (151) y porque no alterándose cua-

(147) *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona, pág. 52, nota 88.

(148) VALVERDE: Obra citada, pág. 463.

(149) COMAS: Obra citada, pág. 338.

(150) ANGULO LAGUNA: Obra citada, pág. 203).

(151) CASTÁN: Obra citada, pág. 150.

litativa ni cuantitativamente los derechos de índole civil que corresponden al hijo natural reconocido, carece hoy por completo de utilidad (152).

Hasta tal punto ha sido dura y severa la crítica, que se ha calificado a la institución, tal y como aparece regulada en el Código, como perturbadora (153) y estéril en sus consecuencias legales (154) y como verdadero lujo legislativo, en desacuerdo con las necesidades de la práctica y, por consiguiente, sin aplicación en la vida (155).

Ahora bien, si no cabe la menor duda de que el legislador exige mayores requisitos para la legitimación por merced del soberano que para el reconocimiento del hijo natural, de forma bien elocuente manifiesta—como el mismo Valverde reconoce (156)—que debe ser distinta la condición jurídica de los hijos legitimados por concesión y de los hijos naturales.

Antes de concluir que estamos en presencia de un lujo legislativo y de una institución perturbadora, estéril y perjudicial, conviene hacer un estudio detenido del problema. Nuestra doctrina, como en otras ocasiones, se ha dejado arrastrar por el prejuicio de la animadversión al Código, pecado de superficialidad y ligereza.

Ese estudio nos llevará a percibir: 1.º) Que de conformidad con la Base 4.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 las relaciones jurídicas que constituyen el Derecho de familia habrán de venir determinadas en el nuevo Código de conformidad con los principios esenciales en que se fundaba el estado legal presente en aquella sazón, de donde se infiere que estando el ordenamiento jurídico de aquella época en la línea de la asimilación del hijo legitimado por concesión real al hijo legítimo, dicho criterio de interpretación debe mantenerse.

2.º) Que la disciplina legal de la institución que nos ocupa aparece en el capítulo 3.º del título 5.º del libro 1.º del Código civil bajo la rúbrica de «los hijos legitimados». Ahora bien, gramatical e ideológicamente, legitimar equivale a hacer legítimo, a dotar de esta concidición al que de ella carece.

3.º) Que por ello mismo la legitimación confiere una cualidad superior a la del reconocimiento, debiendo prevalecer aquélla sobre éste cuando haya colisión entre los derechos que de una y otra dimanen, y

4.º) Si bien es cierto que el artículo 122 establece que «los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos», de aquí no puede inferirse, a *sensu contrario* y trayendo a colación el artículo 127, que «los le-

(152) ROYO MARTÍNEZ: Obra citada, pág. 289.

(153) COMAS: Obra citada, pág. 338).

(154) SÁNCHEZ ROMÁN: Obra citada, pág. 1076.

(155) ÁNGULO LAGUNA: Obra citada, pág. 204.

(156) Obra citada, pág. 463.

gitimados por concesión real disfrutarán de los mismos derechos que los hijos naturales reconocidos».

La presencia del artículo 127 nos obliga—es cierto—a reconocer que la equiparación del hijo legitimado por concesión soberana al hijo legítimo no es perfecta. Más aún, estimando sin duda que a diferencia del legitimado por subsiguiente matrimonio, no era posible, por la naturaleza misma de la institución, conferir al legitimado por rescripto un *status familiae*, el legislador quiso atribuirle un *status filii* y se lo confirió en efecto, pero al hacer la enumeración del artículo 127, creyó—equivocadamente, en su número 3.º—que el *status filii* respondía a un patrón único, el del hijo natural reconocido, por ignorar sin duda que entre el *status familiae* del hijo matrimonial y el *status filii* propio del natural reconocido existe, como lo demuestran los preceptos aludidos de los Códigos alemán e italiano, una relación de legitimidad, que no encuadra ni vincula al hijo con la familia del padre.

Prueba de que esta interpretación es acertada y de que la doctrina del artículo 127 fué el resultado de una desorientación legislativa—especialmente en su número 3.º—surgida al elaborar el texto articulado del Código, lo tenemos en las Bases 16 y 18 que al hablar de las legítimas y de la sucesión intestada hacen referencia a los hijos naturales, pero callan—por suponerlos sin duda equiparados a los legítimos—con respecto a los legitimados por gracia real.

Tal es la fuerza que pudiéramos llamar *inmanente* de esta interpretación que cuando ha querido evitarse la lógica asimilativa de la filiación legitimada por rescripto a la filiación legítima, ha sido necesario hacerlo constar de modo expreso. El mismo Código se ve precisado a ello al hablar de la prestación alimenticia (art. 143, núm. 4.º), de los derechos legitimarios (art. 844), del orden en la sucesión intestada (art. 939 y s.) y de la licencia para contraer matrimonio (art. 143).

Por su parte, las disposiciones especiales que han querido evitar esta asimilación han tenido que aludir de forma única y explícita a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.

Así lo hacen, en efecto, la ley de 16 de julio de 1954 que establece la llamada «ayuda familiar» a favor de los funcionarios civiles de la Administración del Estado (art. 6) y la de 16 de diciembre de 1954 por la que se modifican y refunden los preceptos reguladores de la Contribución general sobre la renta (art. 18).

De lo expuesto se infiere, cuál sea, pues, el sentido y alcance del artículo 127 de nuestro Código civil, y que las coordinadas de toda interpretación justa del mismo son, en esta materia, las siguientes: 1) Sin más excepciones que las taxativamente señaladas por el legislador, el hijo legitimado por gracia debe tener la consideración y recibir el tratamiento de un hijo legítimo (157);

(157) Como señalan KIPP y WOLFF y reitera CASTÁN (ob. y lugar citados) constituirá, a lo sumo, un problema de interpretación el de determinar hasta qué

2) Siendo posible, dada la unilateralidad de la relación, que coincidan en una persona, por lo que respecta a sus respectivos progenitores, la situación de legitimidad adquirida por rescripto y la naturalidad dimanada del reconocimiento, aquélla, en caso de conflicto, debe prevalecer sobre ésta.

A la luz de estas coordenadas interpretativas desaparecen muchos de los puntos oscuros a que alude nuestra doctrina y se demuestra la vitalidad y la eficacia de la institución.

Así, en materia de adopción, resulta claro que la misma se prohíbe a los que tengan hijos legitimados por gracia (art. 174, número 2.º); en materia de gananciales habremos de entender que entre las cargas de ese patrimonio común figura la del sostenimiento y educación de aquella clase de hijos (art. 1408, número 5.º); en materia de licencia y consejo matrimoniales o de autorización para realizar actos dispositivos sobre el patrimonio inmobiliario, el hijo habrá de dirigirse al progenitor legitimante y no al progenitor que se hubiera limitado a reconocerle (arts. 46 y 47 y 317).

Esta misma pauta debe aceptarse en materia de apellidos, toda vez que si el hijo tiene derecho, por un lado, al apellido de aquel que lo reconoce (art. 134) y, por otro, al apellido de aquel que lo legitima (art. 127), no cabe la menor duda, por las razones apuntadas, que este último tiene preferencia sobre aquél.

Por su parte, y al amparo de la opinión expuesta, el hijo legitimado por rescripto queda equiparado al legítimo en la órbita amplísima de la previsión laboral y del Derecho social: Plus de Cargas Familiares (art. 8 de la Orden de 29 de marzo de 1946); Subsidio de Natalidad (art. 110 del Reglamento de Mutualismo Laboral de 10 de septiembre de 1950); beneficios a las Familias Numerosas (art. 1.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 y artículos 1.º y 2.º de su Reglamento de 31 de marzo de 1944), y en los del derecho arrendaticio (arts. 24 y 58 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos (158).

El criterio interpretativo apuntado sirve también para despejar las terribles dudas de Comas (159) para el cual del silencio abso-

punto los negocios jurídicos relativos a los hijos legitimados abarcan también a los legitimados por concesión.

(158) Por ello estimamos que hoy no prosperaría la tesis mantenida por las sentencias del T. S. (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 1892 y 30 de diciembre de 1899, conforme a las cuales no es legítimo para los efectos de la pensión, el hijo legitimado con concesión real, pues la pensión concedida por el Montepío del Ministerio fué exclusivamente a los hijos legítimos. Más benévola, aunque también inexacta, reputamos la doctrina de las sentencias de la misma Sala de 18 de marzo de 1897 y 22 de febrero de 1901 que consideran a los hijos legitimados por concesión real como naturales reconocidos y con derecho a pensión del Tesoro, en defecto de hijos legítimos, haciendo extensivo ese derecho a las pensiones de Montepío por ciertas consideraciones de analogía e interpretación favorable de las leyes que regulan dichas pensiones.

(159) Obra citada. pág. 338.

luto del Código parecía deducirse, con fundamento, que el mismo había innovado el sistema anterior confiriendo de una parte al progenitor que reconoce una patria potestad que el derecho precedente le negaba, y negando a quien legitimaba por *rescriptum principis* la patria potestad que dicho ordenamiento le confería y que era uno de sus principales efectos.

La equiparación al hijo legítimo del hijo legitimado por gracia, que acabamos de defender, resuelve la cuestión, concediendo al legitimante no sólo la patria potestad sobre el legitimado, sino la patria potestad con toda su plenitud, sin ninguna de las restricciones del artículo 166 y, por tanto, con la obligación de constituir, en los casos que la ley señala, hipoteca legal por razón de peculio.

La misma orientación permite concluir que la legitimación extingue la tutela de los menores (art. 278) y la patria potestad *minus plena* que corresponde al padre natural (arts. 154, 163 y 166).

Ni que decir tiene que en el supuesto de legitimación por el padre y la madre, éstos permanecen extraños entre sí, siendo el *status filii* del legitimado, fruto de dos relaciones independientes. Por idéntica razón los legitimados por el mismo padre no devienen hermanos legítimos ni de vínculo doble ni de vínculo sencillo.

XI. DERECHOS SUCESORIOS

Veamos ahora los supuestos excepcionales—núms. 2 y 3 del artículo 127—en que por expresa disposición legislativa no es posible poner en juego el sistema de la asimilación.

En Roma, según se desprende de los capítulos 3.º y 8.º de la Novela 89, el legitimado por *rescripto* heredaba no sólo a sus padres, sino también a sus abuelos y consanguíneos. El *status familiaris* de que era investido trascendía, pues, al orden sucesorio.

En nuestro Derecho histórico fué éste, sin duda, uno de los extremos más oscuros y debatidos.

El Fuero Real, en su ley 5.ª, título 6, libro 3.º, dispuso lo siguiente: «Todo ome que no oviere fijos de bendición e quisiere rescibir a alguno por fijo e heredarle en sus bienes, puédelo facer e si por ventura después oviere fijos de bendición, hereden ellos e no aquel que rescibió por fijo», agregando «esto mismo sea por el fijo de la barragana que fué rescibido por fijo e por heredero».

Por su parte la ley 9 del título 15 de la Partida 4.ª dice que «a los legítimos nasce de la legitimación que se les faze muy grande pro: ca después que lo son por cualquier de las maneras sobredichas... pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legítimos non ovieren; e si los ovieren, heredarán su parte como los otros fijos que ovieren de mugeres legítimas».

Frente a los textos legales reproducidos la doctrina entendió

que en materia sucesoria el legitimado por merced soberana quedaba equiparado al legítimo. Las dudas surgían en el supuesto de que con posterioridad a la legitimación nacieran hijos de legítimo matrimonio o mediante el mismo se legitimase la prole habida con anterioridad a su celebración. Para la tesis dominante debía prevalecer la disposición del Fuero Real, quedando irrisa, anulada e inoperante la legitimación por rescripto en materia sucesoria en caso de supervivencia de hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio.

Esta tesis, sin embargo, no fué universalmente compartida y así Pacheco (160), Morañó (161) y Marichalar y Manrique (162), entendieron que el Fuero Real no derogó el sistema de las Partidas, por referirse no a los hijos legitimados por rescripto, sino a los reconocidos y arrogados. Como dice Pacheco, el Fuero Real habla tan sólo de «rescibir» hijos, no de trasladarlos de la ilegitimidad a la legitimidad. El Rey que encontramos en ésta y en otras disposiciones del Fuero, es un testigo que autoriza, nunca un soberano que concede.

Las vacilaciones y dudas debieron sembrar de tal modo la incertidumbre, que fué preciso abordarlas en la ley XII de Toro. Uno de sus redactores, Palacios Rubios (163), cuenta que conferenciando los que intervinieron en la formación de dicha ley, acerca de si debía regir en esta materia el Fuero Real o las Partidas, después de largas altercaciones, finalmente se conformaron en elegir un medio por el cual ni en el todo subsistiese la legitimación ni se revocare en todo. Observóse para ello que dos eran los efectos de la legitimación otorgada por el Rey, el de purgar de la nota de ilegitimidad haciendo capaz al hijo de honores, dignidades y oficios y el de habilitar al legitimado para suceder en los bienes de los padres, estimándose que así como el primero debía subsistir en todo caso, por no seguirse del mismo perjuicio ninguno para los hijos legítimos, el segundo debía suspenderse, por producir dicho perjuicio, en el caso de que tales hijos sobrevinieren.

Recogiendo esta solución ecléctica de la ley XII de Toro (164) dispuso: «Si alguno fuere legitimado por rescripto o privilegio nuestro, o de los Reyes que de Nos vinieren aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres o madres o de sus abuelos, e después su padre o madre o abuelos ovieren algún hijo o nieto descendiente legítimo, o de legítimo matrimonio nacido o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos o descendientes legítimos en los bie-

(160) Obra citada, pág. 193.

(161) Obra citada, pág. 168.

(162) Obra citada, pág. 77.

(163) *Glosamenta legum Tauri*, Salamanca, 1542, al núm. 9.

(164) Ley 10, título 8, libro 5 de la Novísima Recopilación y título 8, libro 10 de la Novísima.

nes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes abintestato ni *ex testamento*. Salvo si sus padres o madres o abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podían mandar por su ánima les quisieren alguna cosa mandar que hasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces y no más. Pero en todas las otras cosas, así en suceder a los otros parientes como en honras e preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio.»

Si la Ley XII de Toro resolvió el problema de la concurrencia de los hijos legitimados por rescripto con la descendencia legítima sobrevvenida, la posibilidad a que antes hicimos referencia, de que la legitimación pudiera concederse a pesar de que el legitimante tuviera hijos o descendientes legítimos, dejó en pie la cuestión en el caso de concurrencia de estos últimos con aquéllos.

Para Gregorio López (165) y Palacios Rubios (166) la ley XII de Toro resolvía para el supuesto de descendencia legítima sobrevvenida, dejando en vigor el sistema de concurrencia de la ley de Partidas cuando dicha descendencia existiese con anterioridad al rescripto.

Por el contrario, Acevedo (167), Antonio Gómez (168), Tello (169), Matienzo (170), Llamas y Molina (171), entendieron que la Ley XII de Toro se refería a uno y otro supuesto porque de una parte más fundado es el derecho que tienen los hijos legítimos existentes que los que nacen después, y porque, de otra, a menos que de una forma expresa lo manifieste, se ha de presumir que el Príncipe no quiso perjudicar a los legítimos, debiendo entenderse que toda legitimación por rescripto es concedida con la cláusula de «sin perjuicio de tercero», como efectivamente dispuso que se concediera la ley de gracias al sacar de 14 de abril de 1838.

En el caso de que la concurrencia no fuese con la descendencia, sino con los ascendientes legítimos, Covarrubias, Dueñas, Cifuentes (172), Antonio Gómez y Matienzo (173) eran del parecer que el hijo legitimado por rescripto había de preferirse a los ascendientes del legitimante.

Tal era la situación legal al promulgarse el Código civil. Este,

(165) Glosa 2.ª a la ley 9, título 15, Partida 4.ª

(166) Obra citada al núm. 7.

(167) Al núm. 32 de la Ley XII.

(168) *Antonio Gomezii ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Salamanca, 1555, al núm. 67.

(169) *Prima pars commentarium in primas triginta veto et octo leges Tauri*, Madrid, 1595, al núm. 4.

(170) Glosa 7.ª, número 2, ley 10, título 8, libro 5 de la Nueva Recopilación.

(171) Obra y tomo citados, pág. 264.

(172) Citados por ESCRICHE: Obra citada, pág. 90.

(173) En obras y lugares citados.

sin decir una sola palabra—como escribe Comas (174) con justa indignación—acerca de las razones o motivos que tuvo para introducir las reformas que aparecen en nuestro derecho tradicional, modificó éste en la materia que nos ocupa: 1) Dando preferencia en la sucesión intestada a los ascendientes del legitimante sobre el hijo legitimado por merced, pero concediendo a éste, en concurrencia con aquéllos, su porción legitimaria; 2) No reconociendo a favor de esta clase de hijos los derechos legitimarios del hijo legítimo, sino una cuota menor equivalente a la cuarta parte de la herencia, en supuesto de concurrir con ascendientes del legitimante, y a la tercera en el caso de que al morir éste, aquéllos hubieran fallecido, y 3) Disponiendo que la superveniencia de filiación o descendencia legítima o legitimada por subsiguiente matrimonio no privaba de efectividad a la legitimación por rescripto, limitándose a reducir la legítima del hijo beneficiario de dicha legitimación a una cuota equivalente a la mitad de lo que corresponda a cada uno de los hijos legítimos no mejorados (art. 939 y s.; artículo 840 y s.) (175).

Aunque, como hemos visto, no pueda decirse que todo sea retroceso en la nueva disciplina, la equiparación en el orden sucesorio del legitimado por rescripto al hijo natural reconocido merece, sin duda, las críticas que tan pródigamente le ha dirigido nuestra doctrina, pues no son precisamente las apuntadas las consecuencias que debieran sacarse del punto de partida.

Si el *status filii* que la legitimación por rescripto confiere obliga a darse alimentos a los padres y a los hijos legitimados de éstos (art. 143, núm. 3), si la naturaleza de la investidura exige que no haya derecho recíproco de sucesión entre el hijo legitimado por una parte y los hijos y parientes legítimos del padre o madre que legitime, de otra (art. 943), de todo ello no puede inferirse—como antes argüíamos—que la participación hereditaria del legitimado por rescripto sea equivalente a la del hijo natural reconocido. En este aspecto debió mantenerse sin trabas ni recortes el beneficio de la legitimidad, de tal forma que dentro del estrecho marco de las relaciones entre padre e hijo, únicas a que el *status filii* da nacimiento, aquél y éste debieran heredarse como padre e hijo legítimo, en idéntico grado y con idénticas cuotas legitimarias.

(174) Obra citada, pág. 338.

(175) Las innovaciones introducidas por el Código plantearon en la práctica algunos problemas de derecho transitorio. Dos de ellos fueron resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1893 y 8 de noviembre de 1894, aplicando las disposiciones transitorias 1.^ª y 4.^ª en el sentido de que a efectos sucesorios los derechos del hijo legitimado por rescripto antes de la publicación del Código eran los del hijo legítimo, aun cuando la sucesión paterna se hubiera abierto con anterioridad.

XII. DERECHOS NOBILIARIOS

Las disposiciones de nuestro Derecho histórico que hemos traído a colación al estudiar los efectos de la *legitimatio por rescriptum principis* en el campo sucesorio, aluden al mismo tiempo a las honras que han de corresponder al hijo beneficiario de la legitimación y ello nos lleva de la mano a examinar el problema de si corresponde o no a dichos hijos la nobleza de sus padres.

La Ley 9, título 15, partida 4.^a, como hemos tenido ocasión de comprobar, les da cabida en «todas las honras e a todos los fechos temporales... como los otros fijos que nascen de las mujeres legítimas». La Ley XII de Toro termina afirmando que «en honras e preeminencias... mandamos que en ninguna cosa difieran de los fijos nascidos de legítimo matrimonio».

Estas disposiciones se consideraron derogadas por la Ley XII, título 2, libro 6 de la Nueva Recopilación confirmada por Felipe II en la Ley 2, título 11, libro 2.^o de la misma, por las cuales se dispuso que los legitimados por rescripto del Príncipe, aunque fueren sus padres hidalgos, no quedaran como los legítimos exentos de pechos, servicios, ni contribuciones, ni gozaren de la hidalguía y ello aun cuando por las palabras de las cartas reales se les hiciere legítimos.

Pero, como afirman Acevedo (176), Covarrubias (177) y Llamas (178), tales disposiciones se refieren a la legitimación de los hijos espúreos, pero no a la de los hijos naturales, ya que éstos, aun sin el beneficio de la legitimación, gozaban de la hidalguía de sus padres (Ley 1, tit. 11, pág. 7).

Los hijos naturales, escribe Pacheco (179), sin necesidad del beneficio de la legitimación, usaron siempre el apellido de la familia paterna, poseyeron sus condiciones de nobleza y llevaron el escudo de armas. Dice en efecto la Ley 1.^a, título 6 del libro 5 del Fuero Viejo que «este es Fuero de Castiella»: que si un hidalgo a fijos de barragana, puédelos fazer fidalgos... Lo único que se exigía, según las reglas heráldicas de toda Europa, era que tales hijos cruzaran su escudo con una barra, emblema de la ilegitimidad.

A nuestro juicio, la afirmación terminante de que «noble es el hijo legitimado si el padre es noble», no tiene otro alcance que el de encuadrar al hijo legitimado por rescripto en una estirpe nobiliaria, en la aristocracia de la sangre, pero no faculta para entender sin otras explicaciones que aquella clase de hijos está facultada para suceder a su padre en los títulos nobiliarios de que era titular.

En esta materia, aunque la interpretación ha de guiarse siem-

(176) Obra citada al núm. 47.

(177) *De matrimonio*, parte 2.^a, cap. 8, párr. 4, núm. 01.

(178) Obra citada, pág. 266, núm. 44.

(179) Obra citada, pág. 177.

pre por las coordenadas que más arriba trazamos, estimándose, salvo prueba en contrario, que impera el criterio de la asimilación, no puede olvidarse que aquí lo importante es la Real Cédula de concesión del título y que a ella será preciso acudir para desvanecer y aclarar las dudas que pudieran suscitarse.

En este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 1913 dice que habiéndose declarado en la cédula fundacional que el título se establece «para el agraciado y sus hijos y sucesores legítimos de ambos sexos *ex corpore legitimo*, es lógico estimar excluidos a los hijos naturales legitimados por rescripto, porque de otro modo se faltaría a lo ordenado en el título fundacional que llama a los descendientes legítimos *ab origine*.

En el mismo sentido, la sentencia de 19 de enero de 1924 dice que el artículo 127 del Código civil se refiere a los derechos que adquiere el legitimado, entre los cuales no se comprenden los derechos vinculares o nobiliarios que son de orden especial y vienen caracterizados por la limpieza y pureza de la sangre y regidos por las Reales Cédulas de concesión.

XIII. EFECTOS «EX NUNC»

Si hasta aquí hemos estudiado los efectos de la legitimación por rescripto, nos queda por puntualizar desde cuándo se producen aquéllos.

Para determinar con precisión el punto de arranque de los mismos, basta considerar que la legitimación es un acto creativo, por virtud del cual se adquiere un estado nuevo; ahora bien, como escribe Dusi (180), ningún acto, ningún estado, ninguna relación jurídica puede, ni siquiera en virtud de la retroactividad, producir efecto antes de que se hayan dado todos los elementos esenciales para su existencia jurídica (181). En nuestro caso, elemento esencial de la legitimación es el rescripto; por consiguiente, la legitimación no puede comenzar sino con la emanación de éste.

El rescripto, como señala Cosantini (182), no reconoce, sino que atribuye la legitimidad al que ha nacido fuera de matrimonio. Por eso ha podido decirse de manera bien gráfica que *dies legitimationis est dies conceptionis et partus*.

Así lo entendió nuestra Ley de Partidas al decir (183) que si el Rey accede a la legitimación de los hijos habidos de barragana, sean éstos «dende adelante legítimos». En parecidos términos, el artículo 201 del Código civil italiano de 1865 dispone que la *legit-*

(180) Obra citada, pág. 807.

(181) Como el mismo Dusi escribe, cuando se verifica la condición se retrotraen sus efectos; ello se debe a que la condición no es un elemento esencial del negocio, sino una determinación accesorio del mismo.

(182) *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, pág. 217.

(183) Ley 4.ª, tit. 15, partida 4.ª

timazione per decreto reale produce gli effetti... soltanto dal giorno dell'ottenuto decreto (184).

Nuestro Código civil no contiene un precepto, paralelo al artículo 123, que indique a partir de qué fecha se producen los efectos de la legitimación por rescripto. Este precepto es, sin duda, innecesario, bastando la propia naturaleza de la institución para estimar que dichos efectos se producen *ex nunc*.

De aquí que el hijo legitimado, en cuanto tal, no tenga derecho a la herencia en las sucesiones abiertas con anterioridad al decreto de legitimación. En la actualidad y partiendo de la equiparación de los derechos hereditarios entre el hijo natural reconocido y el legitimado por concesión, el problema, en el supuesto de que el reconocimiento-atribución exista, es demasiado sutil e irrelevante. Pero en el Derecho anterior al Código el problema tenía sin duda una gran trascendencia.

Así, la Sent. de 18 de diciembre de 1855 dice que «la petición fundada en haber sido legitimado por Real Decreto no puede prosperar, toda vez que la legitimación fué concedida con posterioridad a la muerte del padre, o sea, a la fecha en que ya radicaba la sucesión en los colaterales y conforme a la ley 4, tit. 15, partida 4, la legitimación produce efectos «dende adelante», esto es, desde el día en que se otorga, y por esto el Decreto de legitimación concedió el derecho de heredar con sujeción a las leyes y sin perjuicio de tercero, y en estos términos debe ser obedecido sin darle más alcance en perjuicio de derechos adquiridos al amparo de las leyes citadas».

En la misma línea, la Sent. de 6 de junio de 1898 resolvió que el hijo natural que fué legitimado por concesión real con posterioridad a la muerte de su padre no tiene derecho a reclamar la entrega de la herencia íntegra de éste, y la Sentencia que limita el alcance y consecuencias al día en que la gracia se concede aplica rectamente la ley 4, tit. 15, partida 4 y el principio según el cual la sucesión de una persona se verifica al ocurrir su fallecimiento.

XIV. PROCEDIMIENTO: JUICIO DE LEGALIDAD Y JUICIO DE CONVENIENCIA

Precisada la naturaleza, los requisitos y los efectos de la institución que nos ocupa, hemos de tratar, para ofrecer un perfil completo y exacto de la misma, el procedimiento que es necesario tramitar para obtener la concesión soberana.

(184) El artículo 290 del Código civil italiano de 1942, análogamente, establece: «Effetti e decorrenza della legittimazione per decreto reale. La legittimazione per decreto reale produce gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio, ma soltanto dalla data del decreto e nei confronti del genitore, riguardo al quale la legittimazione è stata concessa.

Se il decreto interviene dopo la morte del genitore, gli effetti della legittimazione risalgono alla data della morte, purché la domanda di legittimazione non sia stata proposta dopo un anno da quella data.

La solicitud de aquellos a los que el Código civil legitima para esta promoción pone en juego el expediente. Sólo ellos están facultados por la ley, teniendo esta facultad un carácter personalísimo e indelegable, como ha reconocido el art. 1.728 del Código civil alemán. Ello no implica, sin embargo, que haya de ser excluido el poder especial, ni que los representantes legales *strictu sensu* del hijo, en el caso del art. 126, no puedan promover el expediente. En efecto, en ninguno de los dos supuestos mencionados es posible hablar de delegación: en el primero, porque el apoderado es más bien un *nuntius* que no pone al servicio del *dominus negotii* una voluntad, sino que se limita a transcribir y reproducir textualmente la del último; en el segundo, porque el padre o madre que ejerce la patria potestad o el organismo tutelar al que se confía la guarda de los incapacitados o de los menores que carecen de aquélla no son en realidad apoderados, sino órganos investidos directamente por la ley, no ya del derecho, sino también de la obligación de ejercitar, en nombre de los mismos, como dice el art. 155, núm. 1.º, «todas las acciones que puedan redundar en su provecho» (185).

La tramitación de esa solicitud estaba regulada en nuestro Derecho anterior al Código por la R. O. de 19 de abril de 1833 (186), modificada por los arts. 1.980 a 1.933 de la Ley de Enjuiciamiento civil (187), que regulan los trámites de las informaciones para dispensa de ley.

(185) Como dice VÁZQUEZ NOGUEIRA (obra citada, pág. 222) el menor emancipado tiene capacidad para formular esta solicitud por tratarse de una cuestión que atañe al régimen de su persona, para lo que según el artículo 317, está habilitado. El menor no emancipado debe estar representado por su tutor, quien no necesitará autorización del consejo de familia por no exigirlo el número 5.º del artículo 264 del Código civil.

(186) Dicha R. O. contenía las siguientes disposiciones:

1) Los que soliciten la legitimación acudirán directamente a la Audiencia territorial respectiva presentando en ella la solicitud para S. M. y los documentos en que la fundan.

2) Las instancias que se presenten directamente al Gobierno se dirigirán por la Secretaría de Gracia y Justicia bajo simple cubierta a las Audiencias correspondientes; las instancias que sean contrarias a la citada ley quedarán sin curso.

3) Las Audiencias dirigirán las solicitudes al Juez de primera instancia competente, el cual abrirá un expediente informativo, oír por vía de instrucción sin figura de juicio a las personas o corporaciones que puedan tener interés en el asunto, admitirá las justificaciones que los interesados ofrecieren, las recibirá, en su caso, de oficio y devolverá a la Audiencia el expediente original con su informe.

4) La Audiencia, oyendo al fiscal, examinará si el expediente se halla debidamente instruido; no estándolo, ampliará convenientemente la instrucción, y cuando ésta se halle completa elevará igualmente original el expediente al Gobierno con la censura final, informando por su parte lo que se le otrezca y parezca.

(187) «Art. 1.980. No podrán recibirse las informaciones que tengan por

En la actualidad rigen esos mismos preceptos de la ley procesal en unión de los arts. 49 a 53 del Reglamento de procedimien-

objeto una dispensa de Ley, sino en virtud de Real orden comunicada al Juez por su Superior inmediato.

»Art. 1.981. Recibida en el Juzgado la Real orden, se procederá a darle cumplimiento, mandando requerir al que la obtuvo para que preste la información correspondiente sobre los hechos expresados en su instancia o sobre los prevenidos en la Real orden.

»Art. 1.982. Si durante la tramitación del expediente pudiera el interesado que se amplíe la justificación a otros hechos que no conocía cuando firmó la instancia o crea ser de gran interés, podrá concederlo el Juez si los estimare importantes.

»Art. 1.983. Estas informaciones se recibirán con citación del Promotor Fiscal. También serán citadas las personas que tengan interés conocido y legítimo en el asunto, siempre que así se haya mandado en la Real orden o lo solicite el recurrente.

»Art. 1.984. El Actuario dará fe de conocer los testigos. Si no los conociere, exigirá que otros dos respondan del conocimiento de cada uno de ellos, y suscriban las declaraciones de los que se encuentren en este caso.

»Art. 1.985. Si se hubiere mandado hacer la información con citación de alguna persona, se le oirá si, citada, solicitare la entrega del expediente. También se admitirán los testigos y documentos que presentare sobre los hechos objeto de la información.

»Art. 1.986. Cuando el citado no comparezca, transcurrido que sea el término que para ello se le hubiere designado, continuará la sustanciación del expediente con solo la intervención del Promotor Fiscal, a no ser que aquél fuere menor o incapacitado, en cuyo caso será indispensable su audiencia, y a este fin deberá compelérsele a su representante legítimo, para que sin excusa alguna proponga, dentro del término que el Juez señale, lo que al interés del menor o incapacitado convenga.

Art. 1.987. Si, pendiente una información mandada recibir sin citación, se presentare alguna persona oponiéndose a la dispensa para la cual se reciba, se le oirá si tuviere conocido y legítimo interés en resistirla.

»Art. 1.988. Para la compulsión o cotejo de documentos será indispensable la asistencia del Promotor Fiscal. Si no hubiere de compulsarse más que parte del documento, o no fuere íntegra la copia que haya de cotejarse, el Promotor informará en la misma diligencia si en la parte que omite hay o no alguna diferencia que modifique o se oponga a la parte testimoniada.

»Art. 1.989. Practicadas las diligencias acordadas a instancia de parte, o mandadas en la Real orden, se entregará el expediente al Promotor Fiscal para que emita dictamen por escrito.

»Art. 1.990. Si el Promotor hallare que no se ha acreditado el conocimiento de los testigos en la forma prevenida en el artículo 1.984, o algún otro defecto notable, pedirá que se subsane. También podrá pedir la práctica de las diligencias que estime necesarias para la calificación acertada de los hechos en que se funda la petición de la gracia, y la citación de las personas que, teniendo interés legítimo para oponerse a su concesión, no hubieren sido citadas oportunamente, debiendo haberlo sido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.983.

»Art. 1.991. Hallando el Promotor Fiscal completa la instrucción del expediente, dará dictamen sobre el fondo del negocio.

»Art. 1.992. Evacuada la audiencia del Promotor, el Juez emitirá su dictamen, que remitirá con el expediente al Tribunal superior en la forma acostumbrada.

»Art. 1.993. La sala de Gobierno oirá al Fiscal, y subsanados los defectos que pueda tener el expediente, acordará el informe que deba elevarse al Gobierno, al cual remitirá original el expediente con copia certificada del dictamen fiscal. Si algún Magistrado hubiere disenso de la mayoría, podrá extender por separado su dictamen, que se insertará en la consulta.»

to y régimen del Ministerio de Justicia de 7 de enero de 1901 (188).

Conforme a dichos artículos, el expediente se promueve mediante instancia dirigida al Ministro, a la que se unirán la partida de nacimiento y los demás documentos que acrediten la existencia de los presupuestos o requisitos que exige la ley. En la misma instancia se ofrecerá, además, información para justificar los hechos que sirvieron de base a la petición. Si la documentación acreditativa y los hechos narrados demuestran en principio la existencia de los requisitos exigibles, el Ministerio remitirá la documentación, por medio del Presidente de la Audiencia territorial, al Juez de 1.ª instancia competente para que practique la información ofrecida y devuelva lo actuado. La legitimación, cuando proceda y previa audiencia de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, se otorga por el Ministro mediante orden ministerial, que será comunicada al Juez que instruyó el expediente para que éste cuide de su anotación en el Registro civil, tal y como disponen los arts. 60 y 61 de la ley de dicho Registro de 17 de junio de 1870 y el art. 326 del Código. Ni que decir tiene que este reflejo registral de la legitimación tiene un alcance puramente declarativo.

Es curioso que, no obstante la nueva disciplina legal, el título de la legitimación por concesión soberana, que se expide en nombre del Jefe del Estado Español, siga rezando, por reproducir los modelos anteriores al Código, de la siguiente forma: «He resuelto expedir el presente título por el cual os legitimo hábil y capaz para que con sujeción a las leyes podáis heredar y heredéis todos los bienes, derechos y acciones que os pertenezcan y puedan pertenecer como si fuerais hijo habido y procreado en legítimo matrimonio.»

Los títulos de la concesión soberana, de conformidad con el Decreto del Ministerio de Hacienda de 13 de abril de 1945, «quedan sujetos a la tributación por concepto de timbre de una cuota de ciento cincuenta pesetas, que se hará efectiva en papel de Pagos al Estado». Es curioso que ni la nueva Ley del Timbre de 14 de abril de 1955, ni su Reglamento de 22 de junio de 1956, hayan recogido esta disposición.

Del examen de las normas de procedimiento que acabamos de recoger se infiere que en el mismo cabe distinguir un juicio acerca de la legalidad de la legitimación solicitada y otro acerca de su conveniencia. El primero está encomendado a los organismos judiciales: Juez de 1.ª instancia, Audiencia Territorial, Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. La segunda, a la Administración propiamente dicha.

El examen de la legalidad lleva consigo, lógicamente, la com-

(188) El Reglamento actual sobre organización y procedimiento administrativo del Ministerio de Justicia es de 1.º de julio de 1917. Ello, no obstante, siguen en vigor los mencionados preceptos del Reglamento de procedimiento y régimen de 7 de enero de 1901.

probación por los organismos judiciales, y muy especialmente por el Juez instructor, de la concurrencia de los requisitos que el Código civil exige para que la legitimación pueda concederse. Sin dicha concurrencia no cabe que el Jefe del Estado juzgue de la conveniencia de la misma y haga o no uso, discrecionalmente, del *ius legitimandi*.

Esta labor instructora no implica, en el supuesto de que trate de probarse la «naturalidad» del hijo cuya legitimación se pretende, una violación del principio, vigente en nuestro Derecho (189), que prohíbe la investigación de la paternidad, y ello porque aquí no se trata del ejercicio de una acción, ni se pretende la admisión en juicio de una demanda, y porque, como ha escrito Conconi (190), los organismos judiciales no dictan aquí una sentencia por la que se reconozcan derechos e impongan obligaciones, sino que, simplemente, informan y emiten un parecer a fin de que con conocimiento de causa pueda ejercerse la prerrogativa del soberano.

En esta fase instructora, como se deduce del art. 1.987 de la ley procesal, puede formularse oposición por cualquier persona interesada. Esta oposición, por la naturaleza del expediente en que se produce, no lo transforma en contencioso, como parece que debiera ocurrir en principio. Ello no obsta a que los hechos alegados por la persona que formula la oposición sean tenidos en cuenta para la emisión por el Juez del informe que se le exige.

XV. IMPUGNACIÓN

Pero la oposición al expediente no es la única forma de paralizar la legitimación pretendida. Una vez que la legitimación se concede, aún es posible impugnarla, bien por el hecho de que no concorra en la misma alguno de sus presupuestos esenciales de substancia o de forma (inexistencia o nulidad radical), bien por existir un vicio de consentimiento o de capacidad (anulabilidad).

Nuestro Código civil no acierta a distinguir estas dos modalidades de la ineficacia jurídica, sentando en su art. 128 que «la legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados».

Aclarando este precepto, la Sentencia de 24 de diciembre de 1913 resolvió que «la facultad de impugnar la legitimación se confiere de modo claro y preciso a los que se crean perjudicados o realmente lo hayan sido en sus derechos, no asistiendo tal facultad a los parientes que no sean herederos forzosos del testador».

(189) Artículo 141 del Código civil.

(190) «Sulla legittimazione per Decreto reale in rapporto al diritto della ricerca della paternità «on La Legge» 1.906, pág. 2220.

De esta doctrina parece deducirse que la teoría general sobre la inexistencia de los negocios jurídicos sufre en esta materia una excepción importantísima, toda vez que, no obstante la nulidad absoluta de la legitimación, la misma no puede ser alegada por cualquiera, ni invocada de oficio. Sólo los perjudicados por la legitimación están legitimados, con arreglo a la ley, para impugnarla, bien por vía de acción o de excepción.

Pero con la salvedad indicada, los principios que animan las dos modalidades de la ineficacia de los negocios jurídicos entran en juego en materia de legitimación por merced soberana. De aquí que los vicios del consentimiento que pudieran alegarse como causa de la anulabilidad puedan quedar subsanados por medio de la confirmación.

La impugnación, de conformidad con lo prevenido en el número 3.º del art. 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habrá de ventilarse en juicio ordinario de mayor cuantía, aunque, por extraño que parezca, como dice Planas y Casals (191), un Juzgado de Primera Instancia puede dejar sin efecto lo ordenado por el rey. No debe olvidarse, sin embargo, como tuvimos ocasión de apuntar, que el soberano no interviene aquí como creador de un derecho nuevo, sino más bien como órgano del derecho objetivo. Incluso en la época de máximo esplendor del absolutismo real, cuando el *ius legitimandi* se calificaba de prerrogativa incensurable y característica del soberano, se estimó que el rescripto podía ser considerado y declarado ineficaz, por los vicios de obrepción (ocultación de hechos) o subrepción (falsa exposición de los mismos): es decir, en los mismos casos en que puede revocarse (recurso extraordinario de revisión) una sentencia firme.

Ni que decir tiene que el hijo legitimado por concesión soberana está facultado para entablar la demanda de impugnación. En el derecho anterior al Código esta afirmación rotunda podría discutirse, ya que, de conformidad con la tradición romana (192) y con la tesis recogida hoy por el Código civil alemán (193), se exigía para que la legitimación pudiera concederse el consentimiento del hijo, atendiendo, sin duda, al influjo que dicha legitimación ejerce sobre la situación jurídica de la persona (194).

Pero en el régimen de nuestro Código civil se prescinde de

(191) «Derecho civil español común y foral». Barcelona, 1925, tomo I, página 393 y ss.

(192) Novela 74, cap. 11, collat. 6 y Novela 89, collat. 7.

(193) Art. 1.726.

(194) En el Derecho anterior a nuestro Código civil regía igualmente el principio de que el hijo no podía ser legitimado contra su voluntad, admitiéndose que ésta fuera manifestada expresa o tácitamente. Al decir de Gregorio López (glosa 2.ª a la ley 9.ª, título 18, Partida 3.ª y glosa 1.ª a la ley 4.ª, título 15 de la Partida 4.ª), si el hijo era impúber, se presumía su consentimiento por entenderse que la legitimación era ventajosa para él mismo; llegado a la pubertad, una de dos, o reclamaba contra la legitimación o guardaba silencio, estimándose éste como ratificación de aquélla.

dicho consentimiento, incluso tratándose de un hijo mayor de edad, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de su adopción (art. 178) o de su reconocimiento (art. 133, párr. 1.º).

En todo caso y a nuestro modo de ver, la impugnación de que habla el art. 128 no está sujeta a la prescripción de los quince años que señala el art. 1.964 del Código civil. Este plazo, excesivamente largo, como dicen los autores que en última instancia lo estiman aplicable, hay que reputarlo vigente para el solo caso de que en la ley no se fijen plazos especiales. Ahora bien, si mediante la legitimación el hijo adquiere el *status* propio del hijo legítimo, ni que decir tiene que habrá de aplicarse, por lo que respecta a la contestación de ese estado, el breve plazo, no de prescripción, sino de caducidad del art. 113 del Código, aunque computando el término, no desde la inscripción del nacimiento en el Registro, sino desde la constancia en el mismo de la legitimidad concedida, es decir, desde la fecha en que la publicidad registral actúa por medio de la correspondiente anotación. Si esta publicidad no llegara a producirse por no tener entrada la legitimación en los libros registrales, el plazo de caducidad empezará a contarse desde la fecha en que se tuvo noticia del título de legitimación.

Cierto que de esta doctrina puede inferirse que la legitimidad concedida por gracia del soberano permanece, una vez transcurrido el breve plazo de caducidad del art. 113, aun cuando el hijo no reúna las condiciones señaladas por el párr. 2.º del art. 119, es decir, aunque el hijo no merezca la calificación de natural, y ello aun cuando, de conformidad con lo prevenido en los arts. 138 y 1.964, esté viva y pudiera prosperar la acción impugnatoria del estado de hijo natural.

Ello, desde luego, es cierto, pero no supone una anomalía, sino una prueba más: 1), de que para que la legitimación se conceda no es preciso un reconocimiento-atribución que sirva de presupuesto a aquélla, y 2), que la legitimación por rescripto no produce, en contra de lo que la doctrina mantiene, los mismos efectos que ese reconocimiento-atribución.

La legitimación confiere la legitimidad y ésta, en el régimen del Código, tiene entidad específica y tratamiento diverso a la «naturalidad». «Naturalidad» y «legitimidad» se mueven en órbitas distintas. Por eso, mientras aquélla puede impugnarse durante un largo plazo de prescripción, esta última puede impugnarse tan sólo durante un breve plazo de caducidad. De aquí que mientras la acción para reclamar la primera caduca al transcurrir los cuatro años o los seis meses de que habla el art. 137, la pretensión del hijo para solicitar la legitimidad a través del expediente de legitimación compete al hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legitimarlo (art. 126) durante toda su vida transmitiéndose a sus herederos, en los términos que señala el art. 118, si falleciera en la menor edad o en estado de demencia.

