

**CONSTITUCION DE TUTELA. DECLARACION DE FILIACION
DE UN MENOR. RETROACTIVIDAD DE LA LEY DE
FILIACION DE 1981**

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de 12 julio 1985)

BEATRIZ HERNANDEZ DE AZCARATE

Profesora-Ayudante del Departamento
de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid

I. DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

- Artículos 2, 3.º; 3, 1.º; 278 del Código civil.
- Artículo 9, 3.º Constitución.
- Disposiciones Transitorias 1.ª y 11.ª de la Ley de 13 mayo 1981.

II. HECHOS

Doña Dorian Graciela Jiménez Pérez de Valencia, casada con don Jairo Valencia Rada en Colombia, se separa legalmente el 10 de febrero de 1971. Pero desde 1959, fecha en que se traslada a España, convive con don Antonio Pérez Torres, soltero, del que tiene un hijo el 26 de junio de 1969. Este queda inscrito en el Registro como hijo de doña Dorian y don Antonio desde su nacimiento, según se nos dice en la sentencia del Tribunal Supremo: "El veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y nueve, doña Dorian Graciela da a luz un niño que se inscribe en el Registro del Estado Civil de Alicante mediante declaración de don Antonio Pérez Torres, como hijo suyo y de doña Graciela...". Pero a la muerte del padre, en 1972, se constituye el organismo tutelar el día 23 de enero de 1973 que es quien representa al hijo, aunque permanece bajo la guarda y custodia de la madre que, por otra parte, con el fin de legalizar su relación filial, lo reconoce posteriormente en testamento, desconociéndose la fecha del mismo.

Doña Dorian solicita ante el Juez de 1.ª Instancia que se declare su maternidad respecto de su hijo menor, Antonio Pérez Torres, con la atribución de los correspondientes derechos inherentes a la misma como es la patria potestad. Asimismo solicita la declaración de extinción de la tutela. Con fecha 11 de noviembre de 1980, la sentencia declara únicamente la maternidad sin pronunciarse respecto de los otros extremos.

El 8 de noviembre de 1982, la Audiencia Territorial de Madrid estima

el recurso interpuesto por doña Dorian y confirma la filiación materna de la actora, concediéndole además la patria potestad y los demás efectos que se deriven de la filiación. También declara extinguida la tutela.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don José Pérez Torres, don Andrés Otero Balboa y don Ofilio Manuel Taboa Fernández, integrantes del organismo tutelar, contra la sentencia de la Audiencia Territorial.

III. DOCTRINA

1.^a La irretroactividad se supone, por lo que, en caso de silencio o duda se presume que la norma en cuestión carece de efectos retroactivos. Sin embargo, la Ley viene dictada con una clara proyección hacia quien ha de interpretarla. Por ello, el juzgador, para investigar el sentido del alcance temporal de una norma, en los casos sometidos a su enjuiciamiento, ha de acudir tanto a la interpretación lógica como a la sistemática y finalista e incluso a la histórica y sociológica (art. 3,1 del C. c.).

2.^a Los artículos del Código civil modificados por la Ley de 13 de mayo de 1981, al ampliar los derechos dentro del ámbito de la familia del menor, resultan favorables al mismo, por lo que quedan excluidos del marco de la irretroactividad que sanciona el artículo 9.3 de la Constitución (interpretado "sensu contrario").

3.^a La Disposición Transitoria Primera sanciona una retroactividad de grado máximo.

4.^a La tutela de los menores de edad es un organismo supletorio de la patria potestad. En el presente caso, probado que la patria potestad existe y radica exclusivamente en la actora-recurrida, el instituto tutelar, carecía antes de la reforma de 1981, y carece después de razón de ser.

IV. COMENTARIO

El comentario de esta Sentencia pretende fundamentalmente confirmar lo que viene siendo la línea jurisprudencial en materia de retroactividad de la Ley, es decir, que mediante la aplicación de todos los métodos interpretativos reconocidos en la Ley, se admite la retroactividad tácita. Y además, dar a conocer la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 9.3 de la Constitución que recoge la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables no restrictivas de derechos individuales.

La regla general es la irretroactividad. Así parece desprenderse del artículo 2.3.º del Código civil que viene a establecer un principio de interpretación: las leyes son irretroactivas salvo disposición en contrario. Después de la Constitución de 1978, este precepto se ha visto completado

por el artículo 9.3 de la misma que establece límites a la retroactividad: sólo las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales no podrán tener efecto retroactivo.

Asimismo, el Tribunal Supremo confirma, siguiendo la línea de sentencias anteriores —STS 26 de mayo 1969 y 27 octubre 1983, entre otras—, la posibilidad legal de la retroactividad tácita, como consecuencia generalmente, de una labor interpretativa de las normas en conflicto. La doctrina de la retroactividad tácita ha sido formulada y estudiada por el profesor De Castro, “El problema planteado por la carencia de disposiciones transitorias no tiene una naturaleza especial; la magnitud que tengan sus lagunas no altera su significado. Es sencillamente una cuestión de interpretación jurídica que hay que tratar y resolver como tal, “a posteriori” conforme a los datos concretos que ofrece el ordenamiento jurídico. Habrá que partir de la Ley nueva y de la antigua en su mutua relación (De Castro, “Derecho Civil de España”, pág. 644, Civitas, 1984).

Así, el Tribunal Supremo, en el considerando segundo de la Sentencia de 26 de mayo de 1969, dice: “que según resulta del texto del artículo 3 del Código civil, a cuyo tenor “las leyes no tendrían efecto retroactivo, si no dispusieran lo contrario”, el mandato de retroactividad no ha de revestir forma expresa, bastando, por tanto, que resulte del sentido de la Ley, debiendo tenerse en cuenta a este respecto la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva Ley; implicando igualmente un tácito efecto retroactivo las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta”.

En el caso que comentamos, propugnamos en todo caso que para llenar el posible silencio de una Ley acerca de su eficacia retroactiva, es decir, su alcance temporal, se acuda a todos los medios de interpretación posibles: lógica, sistemática, finalista e incluso histórica y sociológica. En este sentido, la mejor doctrina recoge la opinión común de que la retroactividad de una Ley puede deducirse por vía de interpretación (De Castro, op. cit., p. 644).

El Tribunal Supremo para justificar la aplicación retroactiva de la Ley 11/1981 de 13 de mayo se basa en:

1.º El artículo 9.3.º de la Constitución interpretándolo “contrario sensu”: podrían tener efectos retroactivos las disposiciones favorables o que concedan derechos; así en el presente supuesto, al conceder la patria potestad a la recurrida, se lo amplian al hijo menor los derechos en su ámbito familiar. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 1981 (B.J.C., 3 de julio de 1981) determina “la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento a “contrario sensu” en el art. 9.3.º de Constitución.

2.º La Disposición Transitoria Primera de la Ley de 13 de mayo de 1981 que establece una retroactividad de grado máximo de acuerdo con la interpretación de la doctrina más autorizada. Así, De la Cámara, entre otros, opina: “La disposición transitoria Primera tiene carácter general. Su espíritu parece favorable a la retroactividad de grado máximo; las disposiciones que limitan el alcance de la retroactividad serían sólo ex-

cepciones a la regla general (M. de la Cámara, en "Comentarios al Código Civil", pág. 967, EDERSA, Madrid, 1984):

La Ley de 13 de mayo de 1981, según opinión del Tribunal Supremo, se retrotrae a todo tipo de relación filial, sea cual sea el medio de determinación de la filiación y el momento de nacimiento del hijo.

Hasta aquí, me he limitado a señalar la opinión del Tribunal Supremo respecto de la cuestión central que fundamenta el fallo de la sentencia: el problema de la retroactividad. Ahora bien, su lectura me ha provocado ciertas reflexiones:

En primer lugar y en general, sin ceñirnos al presente caso, la retroactividad de los derechos de filiación constituye lo que Karl Larenz llama "retroactividad no genuina", es decir, aquella perfectamente lícita en que la Ley actúa sólo respecto del futuro en relaciones jurídicas presentes y todavía no cerradas (Karl Larenz, "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica", Edic. Civitas, 1985, pág. 162).

En este sentido la relación filial es un vínculo que no está cerrado entre la madre y el hijo menor; es una relación jurídica de presente por lo que es perfectamente lógico que se vea afectada por una Ley posterior favorable a los derechos del menor. Además, "siempre cabría la retroactividad si causas forzosas de bien común que están supraordenadas al imperativo de seguridad jurídica, justifican el mandato de retroactividad, (Karl Larenz, op. cit., pág. 163). También la Sentencia de 26 de mayo de 1969: "...debiendo tener en cuenta, ... la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva Ley" (considerando segundo).

Sin embargo, en este caso, no cabe hablar de retroactividad máxima de la Disposición Transitoria primera. Dicha retroactividad supondría que son nulos los actos realizados por el tutor y el Consejo de Familia durante el ejercicio de la tutela, es decir, desde 1972. En efecto, la regla es la retroactividad de la Ley de filiación de 1981: la filiación, aunque la persona hubiese nacido antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, queda, en principio sometida a la nueva Ley. No obstante, esta retroactividad no es absoluta respecto de los efectos de la filiación, en concreto el de la patria potestad, entre otros; así la Disposición Transitoria novena establece: "La atribución de la patria potestad y su ejercicio se regirá por la prestnte Ley, a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de nacimiento del hijo (Manuel Peña Bernaldo de Quirós, en "Comentarios a la reforma del Derecho de Familia", vol. II, Tecnos, pág. 1979).

Asimismo, los actos realizados por el organismo tutelar antes de la publicación de la Ley de 1981 son válidos ya que en los aspectos no especialmente regulados sigue rigiendo la regla de la irretroactividad del art. 2.3.º del Código civil (Peña Bernaldo de Quirós, ap. cit., pág. 1979 y 1980).

Únicamente cabría la duda respecto de los actos realizados por el tutor y el Consejo de Familia desde 1981 hasta la fecha de la sentencia de la Audiencia Territorial en 1982. Durante ese período de tiempo podrían plantearse problemas de retroactividad de la sentencia. Sin embargo, ni el Tribunal Supremo ni la Audiencia han tenido que decidir sobre la validez o nulidad de dichos actos.

El único efecto retroactivo que aprecio en la decisión del Tribunal, si es que puede hablarse realmente de retroactividad en sentido propio, cosa que me pregunto o cuestiono, es la aplicación de la Ley de 1981 no a la relación de la patria potestad sino respecto de la condición del hijo que deja de ser considerado adulterino para ser no matrimonial con el consiguiente derecho a la patria potestad por parte de su madre.

En segundo, lugar, el Tribunal Supremo, obligado por los términos en que ha sido planteado el recurso, fundamentado esencialmente en la posibilidad o no de la aplicación retroactiva de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha apuntado, dentro del considerando 4.º, párrafo 4.º, lo que tenía que haber sido el núcleo de los considerandos o la razón de uno de ellos.

Sentada de manera indiscutible en todas las Instancias, la maternidad de la recurrente respecto del sometido a tutela, dicha institución de guarda carece de sentido, toda vez que quien ha cuidado y educado realmente al hijo ha sido la madre, una vez muerto el padre que era quien, legalmente, ejercía la patria potestad.

Habría que preguntarse por qué se constituye la tutela, constando en el Registro Civil la filiación paterna y materna del hijo.

Por un lado, la constitución de la tutela tuvo su causa en motivos de orden económico e incluso quizá moral (sobre el carácter esencialmente patrimonialista del régimen jurídico de la tutela en perjuicio del valor eminentemente personal que debería revestir, es de gran interés el libro de Rodrigo Bercovitz, *La marginación de los locos y el Derecho*, Ed. Tau-nus, págs. 35 y 36).

Parece que el menor era dueño de un "cierto" patrimonio constituido por acciones y depósitos bancarios. Teniendo en cuenta lo mentalidad social, los familiares del padre del menor desconfiaban de la madre, "viuda" del padre por lazos de convivencia, para que administrase los bienes de su pariente. Además, en 1972, fecha en que se constituye la tutela, la legislación civil en materia de filiación atribuía un carácter inmoral a los hechos de los que se derivaba la filiación que contemplamos.

Por otro lado, no hay que olvidar que como acabamos de decir, el sistema legal de la filiación era absolutamente discriminador respecto de los hijos "ilegítimos no naturales".

Bajo la regulación interior a la reforma de 1981, el Código sólo admitía el reconocimiento de los hijos naturales —art. 138 antiguo— y el hijo de doña Dorian era adulterino a "matre". (No obstante, podría entenderse que el derecho de alimentos que otorgaba a los hijos adulterinos —art. 139 antiguo— implicaba una especie de reconocimiento "sui generis" aunque no fuera el formal de los artículos 129 y siguientes. En efecto, a continuación, el artículo 140 determina que el derecho a los alimentos sólo podrá ejercitarse: si la paternidad o maternidad se infiere de documento indubitado en que expresamente se reconozca la filiación).

La inscripción de nacimiento podría considerarse como determinación de la filiación materna en virtud de los artículos 131 del Código civil: en acta de nacimiento"; art. 41 del Reglamento del Registro Civil: "la inscripción de nacimiento hace fe... y en su caso de la filiación del ins-

crito”; artículo 47 del Reglamento del Registro Civil: “En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria”; y los artículos 181.2 RRC y 182.2 RRC. Asimismo el artículo 187 RRC permitía acreditar la capacidad del autor del reconocimiento para casarse al tiempo de la concepción, únicamente mediante la declaración del padre o padres (sin más pruebas) “bajo su responsabilidad”, con lo que se facilitaban los reconocimientos irregulares.

Sin embargo, esta determinación de la filiación materna que comentamos no podría legalmente producir todos sus efectos y menos hacerlo valer ante los Tribunales. La madre no tenía, por tanto, la patria potestad, no podía ejercitarla a la muerte del padre.

He aquí una prueba más de la incoherencia del sistema legal anterior regulador, de la filiación y patria potestad. Aunque existiera la madre que era quien realmente cuidaba y se ocupaba de su hijo, si era adulterino “a madre” aunque natural “a padre”, aquella no podía ejercer los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, una vez muerto el padre. La Ley, previendo este vacío, y con el fin de proteger a los hijos ilegítimos no naturales menores, establecía la posibilidad de constituir la tutela dativa por aplicación del artículo 302 del Código civil. Solución absurda y contraria a los más elementales principios naturales. Un auténtico contrasentido si se tenía además en cuenta el artículo 206 del Código civil, en virtud del cual no se consideraba apto al progenitor para atender a la custodia, educación y representación del hijo pero sí para designar las personas que habrían de encargarse de tan delicados menesteres.

No obstante, el Tribunal Supremo apunta en el Considerando 4.º, que ya antes de la reforma de 1981, la madre, por el hecho de serlo, tenía el derecho de ejercer la patria potestad sobre su hijo menor.

Pensamos que se está refiriendo a la posibilidad legal que ofrece el artículo 14 de la Constitución de 1978 que viene a derogar los principios discriminatorios del Código civil.

El principio de igualdad de todos los hijos, con independencia de su nacimiento, concede a todos los hijos, naturales o no (empleando la terminología anterior a la reforma), el derecho a estar bajo la patria potestad de sus progenitores. La aplicación inmediata del artículo 14 y su eficacia derogatoria es evidente y así lo ha entendido la Doctrina (García Enterría, Perlingieri, Cámara, Peña Bernaldo de Quirós, Serna Meroña...), y la Jurisprudencia constitucional (STC de 20 diciembre de 1982) y del Tribunal Supremo (a partir de la Sentencia de 8 de abril de 1982, que fue anulada por la del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982).

Aunque se podría alegar que por la aplicación directa del artículo 14 de la Constitución se creaba una laguna en el orden civil, ésta podía integrarse por el principio constitucional de igualdad que es un principio general del Derecho y que como tal ha de informar todo el ordenamiento jurídico en virtud del artículo 1.4.º del Código civil: aplicar el régimen

jurídico de los hijos matrimoniales a los hijos no matrimoniales (como efectivamente ha hecho la reforma de 1981).

Por último, he de añadir que el Tribunal Supremo, curiosamente en el penúltimo considerando, no ha tenido en cuenta la existencia de la Disposición Transitoria 11.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, que considera inexistente. No obstante, ello no impide obtener la misma solución, ya que la institución tutelar carecía de fundamento jurídico, una vez promulgada la Constitución y en todo caso a partir de la reforma de filiación. Además, una cosa es que haya variaciones en la organización de la tutela y otra cosa es que carezca de fundamento la tutela en sí misma, que es lo que realmente queda demostrado en virtud de la maternidad de doña Dorian.