

# La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz

RAMON DURAN RIVACOBA

SUMARIO.—I. *Planteamiento*.—II. *Criterios generales de la reforma del código en sede de filiación por Ley de 13 de mayo de 1981*.—III. *El art. 124.1 del Código civil*—A) Cuestiones previas.—B) Caracteres del reconocimiento de filiación.—C) Los requisitos del art. 124.1 del Código civil: Su interrelación.—D) El consentimiento del representante legal.—E) La aprobación judicial y el progenitor legalmente conocido.—1. Aprobación judicial.—2. Progenitor legalmente conocido.—a) Representante legal *versus* progenitor legalmente conocido.—b) Progenitor legalmente conocido y filiación acreditada.—c) Supuestos de distinción.—d) Audiencia del progenitor legalmente conocido.—IV. *Excepciones al art. 124.1 del Código civil (art. 124.2 del Código civil «in initio»)*.—A) Advertencia previa.—B) El reconocimiento testamentario de la filiación extramatrimonial.—1. El art. 120.1 del Código civil: reconocimiento efectuado en «testamento o en otro documento público».—2. Testamento y reconocimiento de filiación.—a) Puntos de conflicto.—b) La patrimonialidad.—c) La eficacia *post mortem*.—d) La revocabilidad.—e) El reconocimiento como cláusula testamentaria.—3. Régimen jurídico del reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial.—4. Supuestos dudosos.—C) El reconocimiento de la filiación extramatrimonial en el plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento.—V. *El art. 124.2 del Código civil «in fine»*.—A) Cuestiones preliminares.—B) Aspectos funcionales de la suspensión y de la confirmación.—C) Ambito de aplicabilidad.—VI. *La eficacia en el art. 124 del Código civil*.—A) Sentido, alcance y causa de la ineficacia.—B) Eficacia, suspensión y confirmación.—VII. *Addendum*.

## I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo incide de nuevo en una *vexata quaestio* en nuestro Derecho. Así es, la doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se vienen ocupando por extenso, antes y después de la reforma de la filiación el Código por ley de 13 de mayo de 1981, de las cuestiones suscitadas en torno al problema del reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

El tratamiento dispensado al tema se halló sujeto a bruscas modificaciones, ora en virtud de reformas legislativas —siendo la última por ley 11/1981, de 13 de mayo— ora debido a disposiciones de orden menor, aunque de carácter general, o, por fin, a merced de la tarea desarrollada por el Centro directivo que, con una precisión técnica y un sentido de la realidad encomiables, ha ido corrigiendo paulatinamente las incertidumbres normativas.

Por consiguiente, resultan del mayor interés los trabajos tendientes a clarificar la situación actual, máxime cuando son por desgracia más copiosas cada día las filiaciones extramatrimoniales, sobre todo las originadas en maternidades precoces, que obligan al legislador y a los organismos jurídicos competentes a ejercer la prudencia legal, mediante normas e interpretaciones seguras y en interés de la prole, a fin de paliar, en la medida de lo posible, la inestabilidad anímica y otras posibles deficiencias de los propios progenitores.

En definitiva, estas páginas albergan el propósito de traducir en realidades prácticas la significación del artículo 124 del Código civil, donde se contempla la eficacia del reconocimiento de filiación extramatrimonial del menor o incapaz. El estudio cuenta con dos partes claramente diferenciadas, que se corresponden a los dos párrafos del precepto. En el primero quedan analizadas, desde una vertiente a lo sumo realista, las hipótesis a que pueden responder las figuras recogidas de modo genérico en el artículo 124.1 del Código, y las necesarias correcciones que deban imponerse con arreglo a los distintos supuestos planteables. El examen del segundo párrafo lleva consigo la relación entre instituciones tan dispares como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial por medio de una disposición de última voluntad testamentaria, indagando en la esencia práctica de sus excepcionales privilegios.

## II. CRITERIOS GENERALES DE LA REFORMA DEL CODIGO EN SEDE DE FILIACION POR LEY DE 13 DE MAYO DE 1981

A partir del espíritu plasmado en el artículo 39.2 de la Constitución —«los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación... la ley posibilitará la investigación de la paternidad»— se hacía imprescindible abordar la reforma de la materia en el Código, cuya regulación, por desfasada, incurría en notorias injusticias (1). Era, pues, menester

---

(1) La Exposición de Motivos del proyecto de ley enviado por el Gobierno a las Cortes para su aprobación (cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, I legislatura, Serie A, n.º 71-1, 14 de septiembre de 1979) se hacía eco de la circunstancia señalada: «La regulación del Código vigente hasta hoy en materia de filiación, trasunto en buena parte del Código civil francés de 1804, —(luego reafirmado en las intervenciones parlamentarias de Nadal (cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, n.º 98, 31 de marzo de 1981, p. 5033), Ruiz Ruiséño (cfr. *ibidem*, p. 5030) y Ojeda (cfr. *ibidem*, p. 5035))—, constituía uno de los mayores defectos de nuestro primer cuerpo legal, tan digno de alabanza en mu-

construir un nuevo marco jurídico donde tuvieran su obligado reflejo los principios de igualdad de la prole con independencia de su concepción y, a su vez, dar cabida en el ordenamiento al criterio rector de la verdad biológica para determinación de la paternidad (2). Con ello, se postulaba por las mínimas exigencias de la justicia y el cumplimiento de las obligaciones naturales derivadas del hecho cierto, biológicamente, de la relación paterno-filial (3). Esto implicaba un expreso rechazo al panorama jurídico positivo anterior a la reforma de 1981 (4).

En consecuencia, el horizonte legal inaugurado por la Constitución y proseguido en la reforma del Código, recogía los imperativos de la estricta justicia y servicio a la realidad, tantas veces reclamados por la doctrina (5) y puestos en evidencia por los estudios de los ordenamientos continentales de nuestra órbita cultural (6). Con todo, no se agota el pro-

---

chos otros aspectos. Acentuado el rigor en relación con nuestro Derecho histórico, más consecuente con la verdad biológica en la determinación de la paternidad... —(efectivamente, la ley de 11 de Toro y la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la promulgación del propio Código (v. gr. SS de 8 de octubre de 1865 y 14 de octubre de 1875, entre otras) admitían «cualquiera de los medios de prueba establecidos en Derecho» para determinar la filiación (cfr. MANRESA, *Código civil español*, I, Madrid, 1910, p. 582))— el legislador de la coficación excluyó prácticamente, dentro del matrimonio la posibilidad de impugnar la paternidad del marido, aun contra la más clara evidencia, y fuera de él, la investigación judicial de la paternidad, salvo en determinados casos, delimitados con extraordinaria rigidez. Puso, asimismo, trabas y limitaciones a la investigación del reconocimiento, y estableció profundas diferencias de trato entre los hijos llamados legítimos y los ilegítimos».

(2) Ambos aspectos tuvieron su constancia en la mencionada Exposición de Motivos: «se ha hecho ineludible en estricto cumplimiento del mandato constitucional que obliga, dentro del principio básico de protección de la familia y de la infancia, a garantizar la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, y a dar cauce a la investigación de la paternidad», lo cual provocaba, según palabras del Ministro de Justicia, una «reforma profunda, sin duda la más extensa y las más intensa de la que ha sufrido nuestro Código civil desde su fundación» (DSS ..., p. 5025, Sr. Fernández Ordóñez) (cfr., asimismo, en las intervenciones parlamentarias, Ruiz Ruseño (*ibidem*, p. 5028), Lizón (*ibidem*, p. 5036) y Ojeda (*ibidem*)).

(3) La doctrina y la jurisprudencia califican estas obligaciones en cuanto naturales jurídica y socialmente hablando (cfr. R. de 27 de enero de 1970 y S. de 8 de octubre de 1982, por citar algunas recientes).

(4) Las valoraciones de la situación anterior —como consecuencia de directrices doctrinales mucho anteriores en este campo.— fueron unánimes en el *iter* parlamentario de la reforma: «romano-medieval» (Fernández Ordóñez, DSS ..., p. 5025), «trasnochado» (Ruiz Ruseño, *ibidem*, p. 5030), «arcaico» (Lizón, *ibidem*, p. 5031), «obsoleto» (Ojeda, *ibidem*, p. 5035) etc.

(5) Sin embargo, como también manifiesta la Exposición de Motivos: «Alguna mejora aportó dentro del sistema, la ley del Registro Civil, al facilitar nuevos medios para conseguir la determinación oficial de la filiación que se han mostrado muy eficaces en la práctica. También ciertas sentencias del Tribunal Supremo y numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros trataron de adecuar el rigor de los preceptos del Código a las exigencias de una realidad social cada vez más profundamente mudada en relación a la del tiempo pasado».

(6) El Ministro de Justicia en la presentación del proyecto de ley en el Senado, lo consideró «a nivel de los más modernos de Europa, donde se asienta una serie de principios admitidos con carácter general por todo el Derecho contemporáneo, como son los de equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales ... (y) la investigación de la paternidad» (DSS ..., p. 5027), y (vid. también las intervenciones de los portavoces en la misma Cámara: Zavala, (*ibidem*, p. 5032); García Oliva, (*ibidem*, p. 5037); Ballarín (*ibidem*, p. 5038).

blema en un inoperante prurito de reconocimiento social y jurídico de la verdad biológica; más bien, habida cuenta de los múltiples intereses implicados en tan complejas situaciones, se debe atender, cuando fueran contrapuestos, al beneficio jurídico primario, protegible además *erga omnes*, el de la prole (7), cuya entidad puede incluso impedir la eficacia del reconocimiento, si éste introdujera elementos perturbadores para su normal desarrollo anímico y humano (8).

### III. EL ARTICULO 124.1 DEL CODIGO CIVIL

#### A) Cuestiones previas

Esta norma en su actual redacción —«la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz, requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido»— precisa, pese a su externa sencillez, una exégesis harto compleja cuando se le relaciona con los supuestos fácticos a que puede ser debida.

La disposición versa sobre la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz, tomados éstos en cuanto sujetos pasivos del mismo (9). Su causa estriba en el posible litigio de los dos principios acerca de la filia-

---

(7) Esta circunstancia se recoge, asimismo, en la Exposición de Motivos: «Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límite a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco».

(8) Estas fórmulas, siendo variadas, poseen en común la finalidad de prever situaciones que determinarían un perjuicio para el hijo si el reconocimiento llegase a producirse con todos sus efectos. Tales circunstancias pueden consistir en:

a. La existencia de una posesión de estado familiar distinta y contradictoria, por causas muy diversas, como haberse desentendido el progenitor que incoo el reconocimiento del cuidado de la criatura en un comienzo, para después, no exento de sospecha sobre los motivos, pretender acreditar la filiación. Aquí estribaría la *ratio* de los arts. 123, 124 y 126 del Código cuando requieren para su eficacia ciertos acuerdos complementarios.

b. la concurrencia en la procreación de avatares un tanto escabrosos que impliquen una suerte de desdoro social altamente perturbador para quien es inocente. Sería el caso del art. 125 C.c. (y, en algún extremo, también el art. 111 C.c.).

c. La coyuntura de los progenitores que hace presumible la insuficiencia para cumplir, al menos de modo autónomo, las obligaciones derivadas de la paternidad. Es el supuesto contemplado en el art. 121 C.c. (cfr. art. 157 C.c.).

(9) *Contrario sensu*, el art. 120.1 C.c. los contempla como sujetos activos. El hecho, en apariencia evidente, ha inducido a error a RUIZ VADILLO cuando cita el trabajo de MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, II, Madrid, 1981, p. 72, en este punto (cfr. *La filiación en la Constitución española y la Ley de 13 de mayo de 1981*, en «Documentación Jurídica», n.º 22 a 36, I, 1982, p. 162, nt. 133).

Sin embargo, en el *iter* parlamentario del texto fue puesta también de relieve la circunstancia por una enmienda de los Socialistas de Cataluña: «la redacción del inciso inicial es equívoca: no se sabe bien si es activa o pasiva» (BOCG, Congreso ..., enmienda n.º 191).

ción antes aludidos: por un lado, la prevalencia de la verdad biológica desvelada en nuestro caso de forma voluntaria (10), pero, de otro, la protección de los intereses del menor (11). Habitualmente ambas premisas no sólo resultarán conciliables, sino hasta suplementarias; ahora bien, pudiera ocurrir que fueran contrapuestas (12), y entonces, a fin de garantizar el beneficio que se considera preferentemente protegible, se arbitran una serie de medidas, en forma de consentimientos complementarios, para conseguir la eficacia del reconocimiento efectuado en esas condiciones. Su ciertamente alambicada formulación hacen, sin embargo, difícil establecer con seguridad el sentido de las previsiones legales contenidas en el artículo 124 del Código civil, aunque permanezca claro su fundamento.

## B) Caracteres del reconocimiento de filiación

Antes de continuar analizando el contenido del artículo 124.1 del Código civil es menester detenerse, siquiera brevemente, con objeto de definir los aspectos fundamentales de la institución estudiada.

Nos aproximaremos a la naturaleza del reconocimiento de filiación a través de sus notas características enunciadas por la doctrina (13), la jurisprudencia (14) y el Centro directivo (15).

### 1. Acto jurídico

Siendo un acto humano libre y consciente, por oposición al negocio jurídico surte sus efectos típicos *ex lege*, al incidir en el Derecho de Fa-

---

(10) Las SS. de 31 de enero de 1963 y 4 de abril de 1984, reiteran que la filiación extramatrimonial, no presumiéndose nunca, precisa del reconocimiento para quedar determinada.

(11) En adelante, cuando aludamos sólo al menor estará implícito también el incapaz. Aquí, la denominación «menor» tiene un estricto sentido, es decir, no incluye a quienes rijan su persona con autonomía y propiamente carezcan de representación legal a los efectos personales, como los emancipados (cfr. arts. 169; 276, 4.º, y 323 C.c. Vid., asimismo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Determinación y prueba de la filiación*, en «Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», I, Madrid, 1984, p. 924). En lo relativo a los incapaces se aplicarán por analogía las mismas previsiones (por tanto, no lo serán los pródigos que hoy no constituyen, propiamente, incapaces: cfr. arts. 249 y ss. C.c. e *ibidem*.).

(12) Algunos autores critican el art. 124 C.c. porque, a su juicio, sólo la verdad biológica es el punto de partida para determinar la filiación (v. gr. RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación en el nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1982, p. 62 y ss.). Por el contrario, la reforma no pretende tal alcance, cuando, por ejemplo, el art. 123 C.c. —con independencia de su ajuste al hecho biológico— establece para la eficacia del reconocimiento del mayor de edad su propio consentimiento (sea tácito, sea expreso). Asimismo, los tratadistas por los general (v. gr., para la legislación anterior, MANRESA, op. cit., p. 584) y la doctrina del Centro directivo, valoran también la posible incompatibilidad de intereses.

(13) En concreto, los autores que a continuación citaremos.

(14) Cfr., en general, las SS. de 25 de junio de 1909 y 22 de diciembre de 1964.

(15) Cfr. R. de 27 de enero de 1970.

milia, de ordinario tan reacio por cuestiones de orden público a la disposición autónoma de las partes intervinientes (16).

Aun así, la doctrina en este punto no ha sido ni con mucho unánime (17). Se basa la tesis del negocio jurídico en sólidas razones, como pueden ser la definitiva privatización del Derecho de Familia en los ordenamientos modernos —frente a las ideas extendidas por CICU en Italia— y lo artificioso de distinguir entre la causa *ex lege* o *ex voluntate* de los efectos de un acto en el Derecho actual (18).

Empero, tras la reforma de la filiación en el Código, vuelven a estar aunados los criterios en torno al acto jurídico (19), porque prevalecen los principios del *favor filii* e interés familiar en el tratamiento de la materia, junto a la consideración del reconocimiento en cuanto título de estado (20). Todo esto se comprueba en el artículo 124 del Código civil, donde, sin llegarse a fiscalizar el propio acto de reconocimiento, se controlan cabalmente sus efectos por las razones apuntadas.

Por el contrario, continúa en vigor el debate doctrinal acerca de la caracterización del acto jurídico de reconocimiento (21): mientras unos

(16) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 903; ALBADALEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, pp. 33Z y ss. Además, «conviene no olvidar que en toda esta materia de la filiación, el interés superior familiar necesitado de protección y salvaguarda, gira en torno del menor, incapaz de por sí solo de defenderse y actuar jurídicamente» —(BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Reconocimiento del hijo natural en testamento*, en «Revista de Derecho Privado») (vid. CICU, *El Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1947, pp. 145 yss.)— y en virtud del principio *favor filii* no cabe inferirse otra solución.

(17) Fue también común la tesis del negocio jurídico para este supuesto: cfr. en Derecho español ROYO, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pp. 266 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Anotaciones al tratado de Enneccerus*, IV, 2, Barcelona, 1951, pp. 210 y ss. También tuvo esta teoría su predicamento en Italia: vid. MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, II, 1, Milano, 1950, pp. 135 y ss.; COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, pp. 39 y ss.; CARRESI, *Il riconoscimento dei figli naturale*, Milano, 1940, pp. 16 y ss.

(18) Cfr. Díez PICAZO, *El negocio jurídico del Derecho de familia*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1962, pp. 771 y ss., y DE LA CÁMARA, *La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre familia*, en «Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada», Separata n.º 9, V, 1986, p. 12.

(19) Cfr. Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Elementos de Derecho civil*, IV, Madrid, 1982, p. 332.

(20) Cfr. S. de 25 de junio de 1909 y PEÑA, op. y loc. cit., p. 916; Díez PICAZO - GULLÓN, op. cit., p. 336. Sin embargo, a mi modo de ver, no constituye un título de estado el reconocimiento, sino más bien un título de legitimación del estado civil, porque su inscripción no es constitutiva (cfr. R. de 16 de mayo de 1986) y, como más adelante comprobaremos, el reconocimiento surte con toda certeza efectos antes de su constancia registral; la distinción entre ambos supuestos es importante, véase su análisis en DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, 1, Madrid, 1952, pp. 78 y ss. —introducción en nuestro país de las categorías nacidas en Italia— PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, Madrid, 1962, pp. 24 y 25; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, p. 94; ROYO, op. cit., p. 94; CASTÁN, *Anotaciones ...*, IV, 1, p. 134, y FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, en «Anuario de Derecho Civil», 1954, p. 97.

(21) Cfr. Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 332.

lo consideran acto-confesión (22), no faltan quienes lo tienen por acto-admisión (23), con la distinta relevancia en cada caso atribuida (24).

## 2. *Aplicable a todo tipo de filiación*

El reconocimiento no sólo constituye un medio para determinar la filiación extramatrimonial, sino que, asimismo, sirve para la matrimonial; esto se infiere de la doctrina mayoritaria, de las exigencias de la estricta igualdad de filiaciones con independencia de su origen (25) y, en definitiva, del alcance de la reforma del Código. Sin embargo, por los defectos de que adolece la ley de 13 de mayo de 1981 en el plano sistemático, algún autor (26) duda de la generalidad del reconocimiento para todo tipo de filiaciones de *lege data*; pero, a mi juicio, aunque sea insuficiente su expresión legal —sólo consta para establecer las filiaciones originadas fuera del matrimonio (cfr. art. 120 C.c. y, por el contrario, arts. 115 y ss. C.c.)— ésta se deduce del art. 138 del Código civil cuando trata de «los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial...».

## 3. *Personalísimo*

Las propias características del reconocimiento lo hacen personalísimo (27) y, en consecuencia, intransferible a los herederos y causahabientes, representantes o mandatarios, pues se ventila en él una relación íntima y personal.

## 4. *Unilateral*

Esta nota del acto no se transforma o degrada con los consentimientos suplementarios que, para su eficacia, establecen los dos párrafos del artículo 124 del Código civil, por cuanto el reconocimiento es ajeno a «un concierto de voluntades como puede ocurrir con el matrimonio, materia que la Ley deja al mero arbitrio de las partes interesadas; el reconocimiento es, ante todo, la manifestación solemne que de determinada pa-

---

(22) Vid. ROYO, op. cit., pp. 261 y ss. y especialmente MANRESA: «el reconocimiento es un hecho cuyas circunstancias esenciales no están sujetas a modificación ni dependen de la voluntad del otorgante. Constituye una *confesión de la paternidad*, determinante desde su origen de la mutualidad de derechos y obligaciones consecuencia del estado legal de familia ...». (op. cit., V, p. 705).

(23) Vid. ALBADALEJO, op. cit., p. 44 y PEÑA, op. y loc. cit., pp. 903 y ss.

(24) Vid., para un estudio más profundo, ALBADALEJO, op. cit., pp. 23 y ss.

(25) Cfr. Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 331.

(26) Cfr. *ibidem*.

(27) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 907; ALBADALEJO, op. cit., pp. 64 y ss.; Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 338, y en lo relativo a la jurisprudencia, SS. 27 de abril de 1918; 31 de enero de 1963 y 4 de abril de 1984, entre otras muchas.

ternidad hace una persona a fin de que los deberes y potestades que impone el Derecho natural tengan su total reflejo jurídico; así, pues, a efectos de vincular al autor del reconocimiento, es el acto de reconocer —y no el acuerdo de voluntades— el fundamental, y por eso, para su plena eficacia, tal acto es suficiente, en principio, en determinados supuestos... y si en otros supuestos se exige todavía la concurrencia de otras voluntades, es sólo para atender al interés y conveniencia del reconocido» (28), lo cual posee una gran importancia en orden a la eficacia del acto, como tendremos ocasión de conocer en el último epígrafe del presente trabajo.

Con todo, el tenor literal del artículo 122 del Código civil —«*cuando a un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente*», a *sensu contrario*, parece admitir un reconocimiento conjunto: se pretende proteger la intimidad (29) del progenitor que no participa en el reconocimiento, mas si la previsión no existe, aparentemente se termina por aceptar un reconocimiento a modo de acto jurídico bilateral (30); sin embargo, no es así, pues, en primer término, el precepto transcrito precisa matizarse (31), no admite presunciones a *contrario* y, en fin, el reconocimiento efectuado por ambos progenitores supone la concurrencia de dos actos jurídicos unilaterales, con un alcance muy distinto según se trate del padre o de la madre (cfr. art. 124.2 C.c. *in fine*).

##### 5. Solemne y tasado en los medios

La formalidad del reconocimiento fue causa de una viva polémica en la legislación precedente (32); mas, después de la reforma, el artículo 120.1 del Código civil establece los cauces legales para el reconocimiento —ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público— de donde se infiere, lo veremos más detenidamente, la solemnidad del acto, máxime cuando implica un título de legitimación del estado civil.

(28) R. de 27 de enero de 1970 y cfr. S. de 27 de abril de 1918.

(29) Cfr. MANRESA, *op. cit.*, I, p. 574.

(30) Vid. Díez PICAZO-GULLÓN, *op. y loc. cit.*

(31) «La prohibición de revelar el nombre del padre o de la madre que no concurriese al reconocimiento ... hecho separadamente por cualquiera de los dos ... no envuelve la de que su nombre se revele en cualquier otro acto o en los casos previstos por la ley» (v. gr. acciones de filiación) (MANRESA, *op. cit.*, p. 579). En el mismo sentido, la S. de 4 de abril de 1984 declara los medios para establecer la filiación en la espontáneas declaraciones de los progenitores o en la indagación judicial con arreglo a Derecho.

(32) A favor: ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 84; PUIZ PEÑA, *Derecho civil español*, IV, 2, Madrid, 1957, p. 66; BORRELL, *Derecho civil español*, IV, Barcelona, 1955, p. 84; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, IV, Madrid, 1944, p. 19; VALVERDE, *Derecho civil*, IV, Madrid, 1944, p. 19; VALVERDE, *Derecho civil*, IV, Valladolid, 1926, p. 442; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. y loc. cit.*; y, en general, la doctrina italiana (cfr. COSATTINI, *op. cit.*, p. 50, y CARRESI, *op. cit.*, p. 86). En contra, ROYO, *op. cit.*, pp. 263 y ss., quien aporta jurisprudencia (v. gr. SS. de 1 de junio de 1926; 3 de julio de 1941 y 2 de febrero de 1948).



Asimismo, se deduce de lo anterior el carácter tasado de los medios hábiles para efectuar el reconocimiento; cada uno atiende a una circunstancia y motivo concreto, no pudiendo utilizarse legalmente con otra intención sin incurrir en un auténtico fraude.

## 6. Irrevocable

Supone una de las características más sobresalientes del reconocimiento, por su entidad y unánime aceptación (cfr. R de 11 de marzo de 1985), si bien el Código lo recoge de modo asistemático en sede de testamentos (cfr. art. 741 C.c.).

### C) Los requisitos del artículo 124.I del Código civil: Su interrelación

Conviene, a fin de profundizar en el alcance de la norma, distinguir claramente las relaciones mutuas de los consentimientos complementarios establecidos para la eficacia del reconocimiento.

La construcción semántica del artículo señala de forma clara su carácter alternativo (33), pues de lo contrario hubiera utilizado para unirlos una conjunción copulativa, y no disyuntiva como hace.

Ahora bien, el problema fundamental radica en establecer si guardan entre sí algún género de correspondencia jerárquica en orden a su interna subordinación. Para despejar la incógnita no basta con un examen formal del texto, sino que se requiere acudir a su tecnología.

Según venimos diciendo, el artículo 124 del Código civil pretende conciliar dos postulados elementales en lo relativo a la filiación: la verdad biológica voluntariamente desvelada, y el interés del menor o incapaz; la primera se articula en el reconocimiento, mientras la segunda mediante los requisitos complementarios, cuyo fin es garantizar la conveniencia de aquél para el reconocido. Por tanto, compete a quien ostente su representación formarse dicho juicio, y sólo en su defecto podrá el juez subsidiariamente, y en los casos previstos en la ley, suplir o revocar esta función.

Además, en el plano de los hechos, la circular de 2 de junio de 1981, sobre las consecuencias registrales de la reforma, tiene declarado: «ese requisito alternativo supone que, si el hijo está bajo la patria potestad de uno de los progenitores o si está constituida la tutela, puede acudirse a pedir el consentimiento al correspondiente representante legal, como camino posiblemente más snecillo; pero *si no está bajo patria potestad*

---

(33) La circular de DGRN de 2 de junio de 1981 se refiere a «ese requisito alternativo»; cfr. LUCES GIL, *Exposición sistemática del nuevo régimen de filiación*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 1981, nn. 1.258 Y 1.259, p. 7; RUIZ VADILLO, op. y loc. cit., p. 163; PEÑA, op. y loc. cit., p. 924; y LACRUZ-SANCHO, op. cit., p. 655.

*ni está constituida la tutela, será en la práctica más conveniente recurrir a la vía de la aprobación judicial» (34).*

De otra parte, si se acudiera en primer término a la decisión del juez, se obstaculizaría de modo absurdo el derecho a intervenir en el proceso del representante legal del menor —quien *ipso iure* ostenta el valimiento de sus intereses— por el estricto contenido del artículo 124.I del Código civil, lo cual supone un auténtico fraude de ley en perjuicio del reconocido, máxime porque según ciertos autores, el *imperium* de la resolución judicial impide su futura modificación (35); mientras sucede todo lo contrario si se trata del representante legal que puede cambiar de criterio (36).

Por último, relacionando los artículos 123 y 124 del Código civil, se manifiesta más claramente cómo la voluntad del hijo respecto a su propio reconocimiento puede ser autónoma, pero cuando no posea frente al Derecho las cualidades precisas para expresarla, se presta de forma vicaria por el representante legal, y sólo a la postre por el juez, si encuentra notoria disparidad de interés entre ambos (37).

#### **D) Representante legal «versus» progenitor legalmente conocido**

El menor o incapaz nunca debería permanecer desprovisto de representante legal, pues aquí radica la esencia de tales situaciones: por hipótesis quienes no pueden valerse por sí mismos en la esfera jurídica dependen de un *alter* que ostenta la representación y actúa sus intereses (38). Por lo demás, las últimas reformas en el derecho de familia español apuntan a una mayor gama de fórmulas susceptibles de proveer representación incluso coyuntural a los incapaces, con objeto de conseguir una más completa garantía en su defensa (39).

(34) Conciden con el planteamiento, pese a la opinión mayoritaria en contra, LUCES GIL (cfr. op. y loc. cit., p. 7) y RIVERO (cfr. op. y loc. cit., p. 68). PEÑA, partiendo de su complementariedad teórica, termina subordinando los requisitos por imperativo de la legislación registral (cfr. op. y loc. cit., p. 924).

(35) Cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit., p. 656; discrepa PEÑA (cfr. op. y loc. cit., p. 924) considerando posible otorgar el consentimiento de la madre contra la oposición del Juez.

(36) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 921, y LACRUZ-SANCHO, op. y loc. cit.

(37) Aun con las razones apuntadas el debate parlamentario acerca del art. 124 C.c. parece indicar cosa distinta, pues se rechazó la enmienda de Alzaga en el Congreso que pretendía introducir entre ambos requisitos «o en su defecto» con miras a diferenciarlos y subordinar el segundo (cfr. *BOCG*, Congreso ... enmienda n.º 474). Sin embargo, en el Senado se aclaró el extremo con la intervención del ponente del proyecto, Sr. Ruiz Rius: «Se deja ... la intervención judicial sólo para los supuestos de posible colisión de intereses, sobre todo cuando afectan al menor» (*DSS* ..., p. 5030).

(38) Yerran a mi entender *ibidem*, GULLÓN estimando subsidiaria la aprobación judicial para cuando no exista representación legal del reconocido (cfr. op. cit., p. 336); nótese, por otra parte, que la mera posesión de estado puede generar en quien la ostente y acredite la representación del menor o incapaz.

(39) El fenómeno se acentúa con la reforma de la tutela en el Código por Ley 13/83, de 24 de octubre, que permite un ejercicio de tutela por personas jurídicas no individuales (cfr. art. 242 C.c.) y también por el director del establecimiento público donde permaneciera el menor acogido (cfr. art. 239 C.c.).

En consecuencia, por la subsidiariedad de los requisitos establecidos en el artículo 124.1 del Código civil, siempre se acudiría en primer término al consentimiento del representante legal cuando desee la eficacia de un reconocimiento de la filiación extramatrimonial, aunque, si concurriera en el representante los cometidos de juez e interesado para una determinada hipótesis, sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno someterse de inmediato al criterio del juez (40), puesto que nombrar un defensor judicial (cfr. artículos 299 y ss. del Código civil) extrañaría una dilación inconsecuente.

Como venimos señalando, el consentimiento del representante legal tiende a salvaguardar el interés del reconocido (cfr. R. de 27 de enero de 1970), en una triple dirección posible (cfr. RR. de 22 de marzo de 1928 y 2 de septiembre de 1969):

1. Impedir reconocimientos opuestos a la verdad biológica (41).
2. Armonizar el hecho cierto de la filiación desvelada con el conjunto de intereses del menor o incapaz, sobre todo si quien reconoce desdijo en otro tiempo los deberes de asistencia para con el hijo y éste tiene ahora una relación familiar estable y segura.
3. Defender al hijo de reconocimientos basados en inconfesables propósitos por quien sospechosamente retrasó el revelar la filiación y ahora cambia de actitud.

Estas premisas avalan la primacía del consentimiento del representante legal sobre la autorización del juez; porque se presta, conforme al juego combinado de los artículos 123 y 124 del Código civil, en sustitución del hijo cuando éste por ser menor o incapaz no pueda darlo (42); así pues, la subsidiariedad de los requisitos establecidos en el artículo 124.1 del Código civil no deriva sólo en atención al procedimiento sino que, además, constituyendo una materia reservada por ley al criterio de quien ostenta la representación del menor o incapaz, la jerarquización de los consentimientos en dicho precepto también es material, máxime porque no deja el juez en este orden de cuestiones de ser un tercero. Por consiguiente, deberá contar con poderosísimas razones por ir contra la opinión, o incluso el silencio, del representante legal, en virtud del interés

---

(40) Un interesantísimo ejemplo ofrece la R. de 11 de marzo de 1985, donde se impide otorgar el consentimiento en cuanto representante legal al «mismo que reconozco», y además se prefiere acudir al Juez directamente con arreglo al art. 124.1 C.c. *in fine* si existen circunstancias que lo acrediten necesario y conveniente (cfr. también R. de 8 de marzo de 1982).

(41) Para ciertos autores ésta supone la única motivación seria que oponer al consentimiento porque, a su juicio, sólo la verdad biológica prima en la filiación (cfr. MARTÍNEZ CALLERRADA, op. cit., p. 72, y RUIZ VADILLO, op. y loc. cit., p. 163). Ello mismo se planteó en la enmienda presentada por el grupo Comunista en el Congreso al art. 124 C.c. (cfr. *BOCG*, Congreso ..., enmienda n.º 91) solicitando su supresión, por cuanto la práctica de un siglo de vigencia del Código demostraba la inutilidad de los consentimientos complementarios cuando la relación biológica fuese manifiesta (véase también al respecto la nt. 12 del presente trabajo).

(42) Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, op. cit., p. 73.

del hijo reconocido; por ejemplo, si existiera una relación familiar estable consolidada por el tiempo, sólo controvertible por motivos evidentemente graves y proporcionados.

El artículo, con notorio desfase respecto a los nuevos principios de la patria potestad inaugurados precisamente con la misma reforma de 1981, alude al representante legal en singular, siendo evidente que pueden ser dos en el ejercicio de una tutela compartida (cfr. art. 236 C.c.), y también merced a la posesión de estado familiar respecto del menor o incapaz reconocido, sin existir el auténtico vínculo natural (cfr. art. 113 C.c.) (43); estas situaciones plantean problemas complejos, cuyo análisis se irá realizando en su debido orden; sin embargo, a título introductorio, puede adelantarse que, con arreglo a los artículos 237.2 y 156.1 del Código civil respectivamente, actuarán los representantes de consuno —para el caso de adopción plena véase lo establecido en el artículo 178 del Código civil— y si hubiere discrepancias inconciliables en lo relativo al consentimiento previsto en el artículo 124.1 del Código civil, las propias normas antes citadas —237.2 y 156.2 del Código civil— determinan para dirimir las la intervención judicial; ahora bien, constituirá sin duda un cambio más sencillo a la vista del artículo 124.1 del Código civil acudir en tales casos directamente a la autorización judicial del reconocimiento, tanto por obvias razones de economía procesal, como para evitar dilaciones o enconos sin causa justificada, sobre todo si ambas actuaciones judiciales coinciden en el procedimiento y objeto, presentando la identidad de razón perfecta de cualquier analogía (44).

El consentimiento del representante legal, como se induce del propio artículo 124.1 del Código civil, será expreso, sin que surta el silencio efecto positivo alguno a favor del reconocimiento (45); además, entiende la doctrina su carácter formal por exigencias registrales derivadas de su pública constancia (cfr. art. 23 LRC) (46). Podría discutirse acerca de la necesidad de motivarlo, pues, aunque desde un punto de vista normativo no es exigible al constituir el silencio un medio hábil en cuanto negativa, teniendo en cuenta la falta de audiencia del representante legal en el recurso subsidiario al criterio del juez, es más que conveniente y justificado expresar las causas en el desacuerdo, aportando elementos de juicio en la instancia litigiosa; de modo que, si la discrepancia se funda en una

---

(43) A estas hipótesis habría de sumarse la de adopción para completar el cuadro; como se ve, sus posibilidades están llamadas a tener una gran relevancia en la práctica, sobre todo esta última —las adopciones plenas, puesto que las simples, aparte de infrecuentes, tienen difícil porvenir legislativo conforme al nuevo proyecto de ley sobre la materia—, pues resulta más sencillo, hasta para la garantía de la estabilidad jurídica del menor, acudir al expediente de adopción por quien no es, según la naturaleza, progenitor, pero actúa en cuanto tal a todos los efectos.

(44) Aunque para un supuesto diferente, vid. RR. 11 de marzo de 1985 y 8 de marzo de 1982, donde se acudió directamente al Juez.

(45) Por el contrario, en el art. 123 C.c. es suficiente un consentimiento tácito, lo cual muestra —cumplen ambos requisitos la misma función— la reserva mantenida por el legislador en el supuesto del art. 124.1 C.c.

(46) Cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit., p. 656 y PEÑA, op. y loc. cit., p. 926.

posesión de estado distinta respecto a la filiación, muy dificultoso se hará para el juez desacreditar el óbice fáctico a la eficacia del reconocimiento, a la luz del interés del menor; por el contrario, cuando la denegación obedece a una notoria mala fe del representante legal hacia quien pretende reconocer, o incluso a una controversia personal sin reflejo alguno en la órbita del beneficio del hijo, el juez, en estricta observancia del ordenamiento jurídico, deberá contradecir el criterio negativo. Por último, el consentimiento del representante si se produce queda irrevocable —siempre cabe acudir a la vía del artículo 156 del Código civil *in fine* cuando las circunstancias devengan perjudiciales para el hijo en el ejercicio de la patria potestad— mas, al contrario, la negativa en absoluto lo es, pudiendo mudar su criterio ante un cambio de situación derivado por el transcurso del tiempo, nuevas condiciones, etc., lo cual se compeetra perfectamente con la irrevocabilidad definitiva del reconocimiento, y sin que constituya un obstáculo determinante la disconformidad inicial del juez (47), atendiendo a la posible transformación de circunstancias señaladas, que no pudo de ningún modo prever este último; por consiguiente, un reconocimiento en principio válido puede adquirir más tarde su eficacia por el ulterior acuerdo de quien está llamado a prestarlo de forma principal.

## E. La aprobación judicial y el progenitor legalmente conocido

### 1. Aprobación judicial

Siendo generalmente subsidiaria la intervención del juez a la del representante legal en el artículo 124.1 del Código civil, no es menos cierto que tiene un carácter complementario y de remedio a la negativa del representante del menor o incapaz a la eficacia del reconocimiento.

Los criterios en que ha de fundarse la decisión del juez se basan y atienden exclusivamente al interés del hijo (cfr. R. de 9 de septiembre de 1969, entre otras muchas), y, por tanto, posee una función equivalente por su sentido y alcance al primer consentimiento previsto en el artículo (48), esto no hace sino confirmar su naturaleza subsidiaria y, en cierto modo, excepcional en cuanto a la posible discrepancia con el parecer del representante legal.

Conforme a reiterada doctrina del Centro directivo, el expediente de aprobación judicial aquí tratado constituye materia típica de la jurisdicción voluntaria, propia de la función litigiosa, por lo que permanece ajena de los expedientes regidos en la normativa del Registro Civil, y resulta, en consecuencia, irrecurrible su resolución ante la DGRN (cfr. RR. de 18 de octubre de 1982, 24 de marzo de 1983, 8 de junio de 1985, 1 de

---

(47) Vid. PEÑA, op. y loc. cit., p. 924; en una línea opuesta estiman LACRUZ-SANCHO, inmutable la decisión del Juez por su *imperium* (cfr. op. cit., p. 656).

(48) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 926.

octubre de 1986, y véase la disposición transitoria 10.1 de la Ley 11/81). Ello implica, de otro lado, que, si bien el juez atiende al interés del menor o incapaz a la hora de formular su criterio, tampoco puede contravenir el ordenamiento jurídico, pues, como tiene dicho la circular de 2 de junio de 1981, «la inscripción de los reconocimientos de una filiación no matrimonial exige especialmente que se den los requisitos establecidos por los artículos 123 y 124 y no aparezcan obstáculos derivados del artículo 113, párrafo 2.º del Código civil» (49), y en este último precepto se advierte: «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Sin embargo, toda vez que mientras el reconocimiento determina la filiación extramatrimonial (art. 120, C.c), la posesión de estado es un medio de acreditarla, en aplicación estricta del artículo 113 del Código civil, habiendo un progenitor legalmente conocido por posesión de estado en el lugar de quien reconoce —padre o madre— sería inútil el artículo 124.1 del Código civil; luego debemos matizar el alcance del 2.º párrafo del artículo 113 del Código civil: la posesión de estado acredita la filiación, mas a tal efecto es menester probar su existencia, y por tratarse de una *quaestio facti* su estimación incumbe al juez cuando se alegue, lo cual sucederá en el expediente abierto ex artículo 124.1 del Código civil *in fine* —si no se hizo con anterioridad en la denegación del consentimiento del representante legal (cfr. art. 124.1 C.c. *in initio*)— y, en consecuencia, el juez, a la vista de los hechos, salvará el obstáculo del artículo 113.2 del Código civil procediendo conforme al artículo 124.1 del Código civil. Por el contrario, cuando la filiación esté determinada por los medios establecidos en el ordenamiento (arts. 115 y ss. y 120 C.c.) no puede iniciarse un expediente judicial del artículo 124.1 del Código civil hasta tanto no se haya impugnado con arreglo a los mecanismos previstos en la legislación registral civil la filiación contradictoria (50) (cfr. arts. 3, 92 a 97 LRC y 293 a 295 RRC en general, y el art. 50 LRC para la filiación).

---

(49) La circular trata de la inscripción, materia propia de la tarea registral y no litigiosa; el art. 113.2 C.c. vincula en todo caso a los jueces y es plenamente aplicable.

(50) En lo relativo a las adopciones, el panorama es mucho más complicado conforme a los arts. 108, 113, 175 y 177 C.c., y 50 LRC. El art. 175.2 C.c. —«el Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal»— reafirma lo previsto en el art. 50 LRC («no podrán extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que prueba el registro»). Por el contrario, el art. 177.2 C.c. declara la posible determinación de filiación por naturaleza constante adopción, si bien ésta no resulta por ello afectada en lo sustancial.

Sin embargo, la incongruencia es sólo aparente porque la filiación por naturaleza, siendo distinta de la determinada por adopción, en absoluto es contradictoria según el tenor del art. 108 C.c. —«la filiación tiene lugar por naturaleza y por adopción» (utiliza una partícula copulativa —«y»—, no una disyuntiva «o») y la doctrina del centro directivo (cfr. RR. de 11 de marzo de 1985 y 19 de mayo de 1986) y de los autores (cfr. HUALDE, *La adopción del propio hijo natural reconocido* Pamplona, 1979 y TORRALBA, *la adopción de hijos naturales reconocidos*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1981, pp. 537 y ss.). Además, el art. 175.2 C.c. se refiere a la publicidad formal sin prohibir la constancia en el registro (cfr. arts. 21.1 y 22.2 RRC); ésta es posible, pues el art. 50 LRC alude a los asientos contradictorios de filiación, y en cuanto supuesto son plenamente complementarios, aunque su eficacia será muy distinta de la que despliegan cada uno en solitario, porque los efectos de la filiación determinada por naturaleza no se superponen —por

El juez debe otorgar, según el propio artículo 124.1 del Código civil, audiencia en el procedimiento al Ministerio Fiscal, en atención a la materia: los intereses del hijo menor o incapaz en la órbita del Derecho de Familia. Asimismo, será oído el progenitor legalmente conocido, punto éste donde se plantean algunas incertidumbres.

## 2. Progenitor legalmente conocido

### a) Representante legal *versus* progenitor legalmente conocido

Por el análisis de las expresiones contenidas en el artículo 124.1 del Código civil, en apariencia el precepto establece una dicotomía entre «representante legal» y «progenitor legalmente conocido». Aun cuando, por lo general, coincidirán ambos títulos en una misma persona (51), cabe su distinción en supuestos con notoria relevancia práctica, dependiendo del alcance que se otorgue al concepto de progenitor legalmente conocido.

### b) Progenitor legalmente conocido y filiación acreditada

A mi modo de ver, habría de distinguirse de modo previo entre filiación acreditada y determinada, lo cual se consigue por el estudio conjunto de los artículos 113, 115 y ss. y 120 C.c.

En efecto, el artículo 113 del Código civil —«la filiación se *acredita* por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado...»— admite a fin de acreditar la filiación todos los medios establecidos en el Derecho para su determinación legal, bien sea matrimonial o no (cfr. arts. 115 y ss., y 120 y ss. C.c., respectivamente) y, además, en su defecto, la posesión de estado que, sin determinar ninguna filiación, por cuanto constituye un mero elemento fáctico, es relevante desde un punto de vista jurídico (art. 113 C.c.) para, una vez demostrado, acreditar la filiación, otorgando, en consecuencia, el carácter de progenitor legalmente conocido (52). Estas circunstancias no sólo tienen un valor teórico, sino

---

incompatibles— a los de adopción, antes al contrario, en determinadas situaciones se integrarán mutuamente.

(51) Cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit., p. 656.

(52) La doctrina, en cambio, alberga dudas. PEÑA no concluye nada en firme a tenor del antiguo art. 302 C.c., hoy suprimido (cfr. op. y loc. cit., 927); LACRUZ-SANCHO, y Díez PICAZO-GULLÓN tampoco distinguen entre progenitor legalmente conocido y reconocido (cfr. op. cit., pp. 656 y 336, respectivamente).

Sin embargo, en esta materia la evolución del texto a lo largo del *iter* parlamentario es concluyente y no admite réplica, para su estudio transcribiré las distintas alternativas del artículo en cada etapa, lo cual nos servirá igualmente para otros puntos del mismo precepto.

#### CONGRESO

— I Legislatura, Proyecto del Gobierno

#### Artículo 124

La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expre-

también práctico, y el Centro directivo las ha tomado en cuenta con suma precisión en varias oportunidades, como en la R de 18 de Agosto de 1982, donde asume una defensa «de las situaciones de estado civil consolidadas por el tiempo» (53) frente a otras alternativas a que pudieran

---

so de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiera efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento.

#### CONGRESO

— Aprobación por el Congreso

##### Artículo 124

La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente *reconocido*.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado *en testamento* o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

#### SENADO

— Enmiendas aprobadas por el Senado

##### Artículo 125

El reconocimiento de un hijo menor o incapaz requerirá, cuando no tenga lugar en el *acta* de nacimiento o en testamento, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. En este caso el Juez oírá también al *progenitor según el Registro* y al *representante legal*, si lo hubiere.

Los efectos de la inscripción practicada en virtud del acta de nacimiento o de testamento podrán suspenderse a simple petición de la madre formulada durante el año siguiente a la fecha de la *inscripción*. La confirmación o *cancelación* de la inscripción requerirá la aprobación judicial con la audiencia del Ministerio Fiscal.

#### CONGRESO

— Aprobación definitiva por el Congreso

##### Artículo 124

La eficacia de reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Así pues, el proyecto del Gobierno hablaba de «progenitor legalmente conocido», pero una vez aprobada la enmienda n.º 474 de Alzaga se cambia por «progenitor legalmente reconocido» (cfr. Dictamen de la Comisión del Congreso en *BOCG*, n.º 71-II, 1 de diciembre de 1980); esta restricción se reafirmó en el texto del Senado, cuando, a expensas de una enmienda de los Socialistas Andaluces (cfr. *BOCG*, Senado, I Legislatura, Serie II, n.º 153 (e), 21 de marzo de 1981, enmienda n.º 29), se incluye «progenitor según el Registro» (cfr. *ibidem*, 24 y 27 de marzo de 1981 para la Ponencia y la Comisión del Senado, respectivamente). Con todo, el artículo finalmente aprobado volvió a ser tenor inicial y, en consecuencia —pese a la enmienda n.º 47 de UCD en el Senado interpretando la existencia de progenitor conocido sólo si el hijo estuviera reconocido (cfr. *ibidem*, 21 de marzo de 1981)— debemos concluir, a falta de otros datos (el fondo del preceptor se discutió en Comisiones y no existe transcripción de sus actas) la gran amplitud del término empleado, por oposición a otras alternativas rechazadas en el transcurso de su *debate* parlamentario.

(53) Propósito recogido en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley: «se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los



dar pie los términos ambiguos del artículo 124 del Código civil, asimismo, en la R de 8 de marzo de 1982 permite a quien ostenta una posesión de estado acreditada prestar su consentimiento en cuanto progenitor legalmente conocido.

c) Supuestos de distinción:

Una vez determinado el alcance de «progenitor legalmente conocido», cabe plantearse —desde la perspectiva de la identidad de ambas figuras, por lo común, en una misma persona— algunos casos de distinción respecto al «representante legal», como se infiere del artículo 124 del Código civil.

1. Si el progenitor legalmente conocido es también incapaz y, fuera del artículo 157 del Código civil, se ha constituido tutela en favor de su hijo (54).

Esta circunstancia desplegaría un importante cometido en maternidades precoces si no fuera por el actual artículo 157 del Código civil, que permite al menor no emancipado ejercer la patria potestad sobre sus hijos con la simple asistencia —sin necesidad, por tanto, de una nueva tutela— de sus padres, tutor o juez.

Sin embargo, cuando se produzca, plantea problemas de interés, como, por ejemplo, si resulta de aplicación el artículo 299 del Código civil, según el cual, mientras no se provea la tutela de quien la precise, asume su representación el Ministerio Fiscal y, entonces, según la estricta letra del artículo 124 del Código civil, éste debe consentir en el reconocimiento en primera instancia, para volver a prestarlo si hubiera lugar a la decisión judicial subsidiaria; mas, en estos términos, debemos entender que los requisitos previstos en el artículo 124.1 del Código civil quedan reducidos al segundo, por cuanto la economía procesal así lo exige y además nadie puede ser juez y parte a la vez en el mismo asunto (55).

2. Si el menor reconocido se halla incurso en adopción plena.

El supuesto ha dado lugar a varias resoluciones del Centro directivo (entre las cuales destaca por su «importancia extraordinaria» (56) la de 16 de mayo de 1986), acaso por su extrema complejidad, pues ambas filiaciones —por naturaleza y adoptiva— son perfectamente compatibles y en modo alguno «cabe oponer los artículos 108, 113 y 177 del Código civil, porque el mismo artículo 177... supone que no es obstáculo la adopción plena para la ulterior determinación de la filiación que corresponda

---

tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco».

(54) A esta situación suelen reducir los autores las distinciones entre progenitor legalmente conocido y representante legal (cfr. LUCES GIL op. y loc. cit., p. 7 y RUIZ VADILLO, op. y loc. cit., p. 163).

(55) Cfr. R. de 11 de marzo de 1985.

(56) Comentario a la Resolución en «Actualidad Civil», n.º 29, 1986, p. 2974.

por naturaleza» (57); en suma, cabe distinguir el progenitor legalmente conocido, los representantes legales por adopción (58) —incluso si la escritura no se ha inscrito aún (59)— y quien pretende recoinocer.

3. Si uno de los progenitores ha sido privado de la patria potestad (cfr. arts. 156 y 170 C.c., entre otros).

Entonces no ejercerá la representación legal de su hijo (cfr. art. 162 C.c.), existiendo de una parte un representante legal, y de otra, un progenitor legalmente conocido. Cuando el primero permanezca en el lugar de quien reconozca tampoco podrá ejercer como tal (cfr. art. 162.2 C.c.), nombrándose defensor judicial, o incluso, más apropiadamente, acudiéndose de modo directo al criterio del juez por los argumentos ya señalados.

4. Si el menor o incapaz a quien se pretende reconocer tiene, con arreglo al juego combinado de los arts. 299.2 y 300 C.c., defensor judicial (60).

Constituye una situación más bien hipotética y de todo punto residual respecto a las anteriores (61).

---

(57) R. de 11 de marzo de 1985, (cuyo supuesto es muy revelador): «no hay por qué hacer excepción con el reconocimiento que haga el padre adoptante, indudablemente útil porque viene a fortificar (en sus efectos y en la irrevocabilidad) el vínculo legal de adopción».

(58) En este concreto caso «no cabe apreciar contradicción entre la filiación que prueba el Registro ... y la que se refleja en la escritura de adopción» mientras ésta no se inscriba (R. de 16 de mayo de 1986 y cfr. Comentario en «Actualidad Civil» ..., p. 2074), ni tampoco después (cfr. R. de 11 de marzo de 1985).

(59) Cfr. SS. de 28 de mayo de 1973 y 29 de septiembre de 1975.

(60) Para el cometido del defensor judicial, vid. la circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y la R. de 4 de abril de 1986, aunque se tratara de un caso muy diferente al nuestro.

(61) Valga como ejemplo la hipótesis de la R. de 8 de marzo de 1982: se trataba de una madre soltera y un padre casado, cuyo matrimonio se declara nulo —luego a efectos legales debía considerársele soltero según el criterio del Centro directivo (cfr. R. de 28 de noviembre de 1961, entre otras)— y que, ostentando posesión de estado respecto de su hijo extramatrimonial, acude al Registro para su reconocimiento (cfr. art. 120.1 C.c.). En aplicación estricta del art. 124.1 C.c. debería prestar su consentimiento en cuanto representante legal del menor en virtud de la posesión de estado acreditada por los medios admitidos en Decreto (cfr. art. 113.1 C.c.).

Ahora bien, parece algo forzado admitir —aunque concurren en el supuesto de la R. de 8 de marzo de 1982 notorias circunstancias para ello, como pudiera ser la prohibición legal anterior a la reforma de 1981 para reconocer ese tipo de hijos adulterinos (cfr. arts. 139 y ss. C.c. derogados en 1981 por la Ley de 13 de mayo) y el diligente cumplimiento por el padre de todas sus obligaciones respecto a la criatura— a quien intenta el reconocimiento por juez (representante legal *ex* posesión del estado, que debe prestar su consentimiento) y parte (autor del reconocimiento) de forma simultánea. Por esto estima PEÑA, para casos semejantes al presente, la conveniencia de nombrar un defensor judicial que actúe representando al menor conforme al art. 163 C.c. (cfr. op. y loc. cit., p. 925).

Sin embargo, a mi modo de ver, aún caben ciertas matizaciones, pues, habida cuenta de la existencia de un segundo consentimiento complementario de carácter judicial en el art. 124. C.c., y siendo en su naturaleza jurídica prácticamente idéntico al contenido del art. 163 C.c., la economía procesal, la sencillez y racionalidad del procedimiento exigirían acudir de modo directo al Juez, según el recurso previsto con carácter subsidiario en el art. 124.1 C.c.

## d) Audiencia del progenitor legalmente conocido

En primer término, extraña la referencia en singular a «progenitor» cuando es notorio que pueden ser dos quienes resulten legalmente conocidos, pues, aunque la filiación determinada impide aprobar otra distinta, esto no sucede con la posesión de estado, según pudimos establecer en la interpretación del artículo 113.2 del Código civil corregida con el tenor del artículo 124.1 del Código civil *in fine* (62). En este último caso, pueden surgir problemas cuando discrepen ambos como representantes legales, respecto al reconocimiento; veíamos entonces la conveniencia de acudir directamente al expediente judicial en previsión de inútiles disputas, y por analogía plena entre las intervenciones judiciales de los artículos 156.2 y 124.1 del Código civil *in fine*; así las cosas, y en un examen más detenido, tampoco tendrían ambas opiniones contradictorias de los representantes legales igual valor, atendiendo al espíritu del artículo 124.1 del Código civil *in fine* y a la letra de los artículos 162 y 163 del Código civil acerca «de la representación legal de los hijos», por cuanto si existen dos representantes legales a título de progenitores, en virtud, uno al menos, de la posesión de estado, y se pretende un reconocimiento de la filiación en el lugar que ocupa— esta suele constituir la realidad práctica: concurren un progenitor determinado y otro acreditado por el ejercicio constante de su función jurídica (por lo general, como veremos, son la madre y el padre, respectivamente, con arreglo al principio *mater semper certa est*)— queda inhabilitado este último, desde la perspectiva legal, para representar al menor, a merced del presumible conflicto de intereses respecto a su hijo aparente. Por lo tanto, si se acudiere de forma directa, según estimo, al Juez, éste otorgará, en estricto cumplimiento del artículo 124.1 del Código civil *in fine*, audiencia, como procede, a los dos progenitores conocidos, pero diferenciado, conforme a los posibles conflictos de intereses de cada cual respecto al hijo menor o incapaz objeto de reconocimiento por otra persona, y por el grado de certidumbre de su filiación, más poderosa si está determinada que si tan sólo puede acreditarse (art. 113.1 C.c.)

Constituyendo de ordinario los progenitores legalmente conocidos representantes legales también del menor o incapaz, tendrán la ocasión de otorgar su consentimiento en primer término; si lo denegaran y se acudiese al juez, serán oídos de nuevo en el expediente. Causa perplejidad, sin embargo, por qué cuando se distinguen ambas figuras sólo debe concederse audiencia por el juez al progenitor legalmente conocido, en tanto el representante legal se haya opuesto al reconocimiento (63), pues:

1.º El artículo 124.1 del Código civil no exige la motivación de la falta de conformidad, e incluso con el silencio basta.

2.º Cuando existen personas distintas de los progenitores represen-

---

(62) Vid. la R. de 8 de marzo de 1982, con un supuesto análogo.

(63) PEÑA defiende la necesidad de su audiencia (cfr. op. y loc. cit., p. 925), contra la opinión de LACRUZ-SANCHO, (cfr. op. cit., p. 657).

tando al hijo, será por algún motivo, y no precisamente beneficioso para los primeros, luego es inconcebible otorgarles a éstos audiencia mientras se omite a quienes asumieron la representación del hijo por necesidad (se trata de representación *legal*).

3.º Si estamos en presencia de una tutela compartida (cfr. art. 237.2 C.c.) y discrepan sus titulares acerca de la conveniencia del reconocimiento, fuera del caso previsto en el artículo 237 bis del Código civil, parece lo más razonable por analogía (cfr. arts. 124.1 y 237.2 C.c., ambos *in fine*) y economía procesal acudir al expediente judicial de aprobación donde necesariamente debieran ser oídos.

Esta incertidumbre, con todo, es subsanable, habida cuenta de los poderes del juez en los actos de jurisdicción voluntaria, porque, si bien el precepto no manda su audiencia, tampoco la prohíbe, y puede constituir un elemento preciso para la formulación del parecer judicial (64).

Por último, en sede de aprobación judicial del reconocimiento del menor o incapaz, algún autor se cuestiona el motivo de no conceder audiencia tampoco —siendo, por el contrario, habitual en supuestos semejantes del Derecho de familia (cfr. art. 92.2 C.c.)— al hijo directamente interesado en el asunto (65). Según creo, las razones son obvias, pues si se diera la oportunidad al menor de manifestar su opinión al respecto, quedaría de antemano desvelada de modo irreversible, la circunstancia cuya conveniencia en interés del propio menor se ventila y, por tanto, el presunto mal —la pérdida de la estabilidad familiar, moral y anímica, conseguida fuera de los lazos biológicos por razones frecuentemente dolorosas; el seguro choque, a lo sumo para un menor o incapaz, emocional y, en fin, la falta de certeza del ajuste a la verdad biológica del reconocimiento— se perpetraría, sin remedio las más de las veces.

Una reflexión a la postre acerca del artículo 124.1 C.c.: todo cuando queda dicho manifiesta una elaboración poco cuidadosa y metódica del precepto, se atropellan las buenas intenciones con un desconocimiento de la complejidad real que ofrece la materia del Derecho de familia en tema de representantes legales, progenitores..., etc. Esto deriva en una lastimosa casuística, con puntos de difícil solución, tan alejada de los criterios prácticos, seguros y sencillos que debieran haberse tenido en cuenta.

#### IV. EXCEPCIONES DEL ARTICULO 124.1 DEL CODIGO CIVIL (art. 124.2 C.c. «in initio»)

##### A) Advertencia previa

Si queda en evidencia la complejidad ínsita en el aparentemente simple párrafo primero del artículo comentado, las previsiones se desbor-

(64) En el *iter* parlamentario también surgió la cuestión al aprobarse por el Senado una enmienda de UCD (cfr. *BOCG*, Senado ..., enmienda n.º 116), incluyendo en el artículo —entonces 125— «el Juez oírá también al progenitor según el registro y el representante legal, si lo hubiere».

(65) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 927.

dan en lo relativo al segundo, donde se contienen las salvedades a los consentimientos complementarios para la eficacia del reconocimiento cuando «se hubiese efectuado un testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento». Comenzaré su detenido análisis por el primer caso.

## B) El reconocimiento testamentario de la filiación extramatrimonial

### 1. El artículo 120.1 del Código Civil: Reconocimiento efectuado en «testamento o en otro documento público».

El reconocimiento testamentario de la filiación extramatrimonial ha sido tema de constante polémica en el Derecho patrio, a causa del trato especial que le dispensa desde siempre nuestro Código (66). Tras la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, el artículo 120.1 del Código civil contempla el reconocimiento testamentario en cuanto medio hábil para determinar la filiación extramatrimonial, así: «la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público...».

Para una cabal comprensión del texto se requiere un breve comentario al inciso «en testamento o en otro documento público», pues del alcance que se otorgue a la conjunción «o» se abstraen muy diferentes conclusiones respecto al reconocimiento testamentario:

a) Si «denota diferencia, separación o alternativa», de «cada uno de dos o más términos contrapuestos» (67), estaremos en presencia de una doble vía de reconocimiento absolutamente dispares, el testamento y el documento público.

b) Si, por el contrario, «denota... idea de equivalencia» (68), el medio para tal reconocimiento es, en verdad, único, y sólo a los meros efectos ejemplificadores se contiene la distinción entre testamento como documento público y cualquier otro de la misma especie.

Ahora bien, no resulta en modo alguno sencillo destruir la dicotomía lingüística planteada, porque también existen razones formales en pro de una y otra posibilidad:

1. El tenor literal del precepto sugiere la equivalencia cuando habla de «testamento o en otro documento público», y erige lo primero en un arquetipo legal *ad exemplum* de lo segundo.

---

(66) Estuvo a punto de romperse la costumbre con el proyecto de ley del Gobierno, que no contempla esta excepción, luego introducida, de modo harto criticable, por la Comisión del Congreso (cfr. *BOCG*, Congreso ..., n.º 171-II, día 1 de diciembre de 1980, art. 124.2).

(67) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, XX ed., 1984, significados 1 y 2 de «o» en su acepción tercera (Tomo II, p. 965).

(68) *ibidem*, significado 3.

2. Sin embargo, tampoco tendría excesivo sentido interpretarlo así, porque:

— El testamento es siempre algo más que un mero documento público.

— El testamento como tal se concibe con independencia de sus formalidades externas, que sólo añaden en los casos legalmente previstos un *plus* a las garantías legales establecidas *ad cautelam* de la plena libertad de su otorgante, permaneciendo ajena en lo relativo a la materialidad del acto.

— Si ello se hubiera querido decir se aludiría sin más preámbulos exclusivamente a «documento público».

3. Por último, existe una solución ecléctica, según la cual el artículo 120.1 del Código civil acepta el reconocimiento testamentario en cuanto medio peculiar y típico de determinación de la filiación extramatrimonial, pero rechaza expresamente los testamentos sin forma solemne (69); ello cuenta con poderosos motivos a su favor:

— Compatibiliza perfectamente los artículos 120.1 y 124.2 del Código civil, pues el último concibe de modo especial el reconocimiento testamentario y no el efectuado en documento público.

— La expresión «o en otro» se introdujo en el Código civil primitivo (art. 131 C.c. derogado) tras modificar el proyecto de 1851 en este punto.

— Una sencilla comparación con otros artículos de contenido análogo indica el reforzamiento de «o *en otro*»; v. gr. el artículo 223 del Código civil acerca de nombramiento de tutor habla sólo de «testamento o documento público» (aunque su redacción sea muy posterior).

— La doctrina del Tribunal Supremo lo entendió así (cfr. S. de 9 de enero de 1895) y también la Orden Ministerial de 9 de enero de 1931: «el Código civil establecido que el reconocimiento de un hijo natural debe hacerse en acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público... atiende a la garantía de autenticidad que ofrece la intervención del funcionario público, ante el cual se hace o se otorga el documento».

Pero, estos argumentos no terminan de convencer:

— La doctrina mayoritaria concibe la existencia del reconocimiento testamentario en toda forma de disposición de última voluntad (70).

(69) Cfr. GÓMEZ FERRER, *la filiación*, en «Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada», VIII-1981, p. 1422, en concreto el autor sólo acepta el testamento Notarial abierto.

(70) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, V, 2, Madrid, 1898, p. 1403; ALBADALEJO, op. cit., p. 120; PEÑA, op. y loc. cit. p. 916; LACRUZ-SANCHO, op. cit., p. 659; ROYO, op. cit., pp. 272 y 273; MARTÍNEZ CALCERRADA, *El testamento y su pretendida patrimonialidad*, en «Revista de Derecho Privado», 1966, p. 470; PUIG PEÑA, op. cit., II, 2, p. 77; alberga ciertas dudas RIVERO, op. y loc. cit., p. 66.

— El testamento, en su origen o en su protocolización, está llamado a ser documento público tarde o temprano; el problema no estriba en su formalidad, sino en la eficacia y alcance del reconocimiento testamentario según conste o no en cada instante por documento público (71), y con aquello a que se pretenda su valor *mortis causa* o *inter vivos*.

— Con precisiones meramente formales se corre un notable riesgo de perder la esencia del asunto, pues se independiza de la cuestión radical que da sentido a esta materia: el valor de reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial, una vez se imponga el carácter del testamento como cauce hábil para el reconocimiento en los artículos 120 y ss. del Código civil (72).

## 2. Testamento y reconocimiento de la filiación

### a) Puntos de conflicto:

El artículo 124.2 del Código civil no sólo especifica el testamento entre los medios típicos para reconocer la filiación extramatrimonial, sino que lo privilegia de modo en apariencia exorbitado, máxime cuando se aúnan en este supuesto instituciones en gran parte dispares y, además, se le otorga un muy singular valor a su conjunción, mientras que a otros medios hábiles no se les ahorran cortapisas y requisitos para su eficacia (cfr. art. 124.1 C.c.). La doctrina se ha hecho eco repetidas veces de tales contradicciones: «No se explica satisfactoriamente por qué el requisito de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal no se ha considerado necesario también para el caso de que el reconocimiento se lleve a cabo por testamento, ya que precisamente la forma testamentaria y, sobre todo, la de carácter ológrafo, es donde puede ser más necesaria la garantía de la intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal que, para el caso genérico del documento público considera indispensable dicho artículo; sin que se alcance el por qué de aquella excepción respecto del testamento equiparado en esto al acta de nacimiento, siendo así que en éste interviene necesariamente un funcionario público y que la circunstancia de tratarse de ocasión que no elige el que reconoce, sino que se determina por el nacimiento que es un acto público en cuanto a la inscripción que no se presta a los recelos, deliberaciones y aun malicias que puedan inspirar un reconocimiento de hijo natural hecho por disposición testamentaria» (73).

---

(71) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *Reconocimiento del hijo natural en testamento*, en RDP, 1965, III, p. 199; MANRESA, op. cit., p. 583 (especialmente el ológrafo).

(72) Un síntoma ilustrativo se nos ofrece por la reforma del Código, cuando todos los artículos dedicados a «la determinación de la filiación no matrimonial» (Sección 3.<sup>a</sup>, Capítulo I, Título V, libro I) tratan del reconocimiento, menos el art. 125 que de manera tácita también lo incluye.

(73) SÁNCHEZ ROMÁN, op. y loc. cit.

El testamento y el reconocimiento de la filiación resultan dos categorías jurídicas antitéticas y en teoría incócilables (74). En efecto, a tenor del artículo 667 del Código civil es el primero un negocio jurídico (75) —de «acto» se habla en este precepto y otros (cfr. art. 670 C.c.), mas la doctrina lo interpreta correctamente, pues el Código muestra en este punto un desfase técnico y no distingue las figuras de negocio y acto— patrimonial (76), *mortis causa* y, conforme al artículo 737 del Código civil, esencialmente revocable; aparte, dicho negocio posee una causa y *animus* peculiar en su autor. Por el contrario, el reconocimiento sería un acto jurídico puro, no patrimonial, *inter vivos* e irrevocable (77), por consiguiente sólo coincidirían ambos en su carácter formal (78) y personalísimo.

#### b) La patrimonialidad:

La doctrina y la jurisprudencia fueron paulatinamente compatibilizando ambas instituciones. La primera característica del testamento puesta en duda es la patrimonialidad. En efecto, conforme a la opinión mayoritaria, el artículo 667 del Código civil (79) alude a su contenido habitual y ordinario, sería una descripción indicativa, sin perjuicio de otros diversos (80), a lo sumo cuando tratándose de un negocio jurídico sus

(74) Para BELTRÁN DE HEREDIA, constituiría un auténtico *mostruum iuris* la compatibilidad de ambas figuras (cfr. op. y loc. cit., p. 200), pues el reconocimiento, cree, nunca es una disposición propiamente testamentaria.

(75) También la jurisprudencia, en la S. de 8 de julio de 1940, trata de «acto o negocio declarativo de voluntad».

(76) Cfr. SS. de 8 de julio de 1940, 19 de mayo de 1947, etc.; sin embargo, la patrimonialidad ha sufrido una profunda controversia como nota del testamento: no se acepta en Derecho comparado y, como veremos, actualmente tampoco se admite sin reservas por la doctrina y jurisprudencia españolas.

(77) Para completar cuanto dijimos en el epígrafe III.B del presente trabajo cfr. SS. de 16 de octubre de 1918 y 12 de marzo de 1958, y R. de 27 de enero de 1970.

(78) Puede aquí discutirse la cuestión del testamento ológrafo (cfr. CARRESI, op. cit., pp. 94 y ss.), pero, a mi modo de ver, el ológrafo también es solemne por los requisitos establecidos en el ordenamiento para su validez (cfr. art. 688 C.c.) y termina siendo formal por su protocolización, aunque mientras ésta no se realice tampoco es documento público, pudiendo afectar ínterin a la eficacia del reconocimiento que contenga.

(79) Este precepto ha venido sufriendo una crítica implacable de los autores: cfr. SÁNCHEZ ROMÁN op. y loc. cit.; OSSORIO, *Manual de la sucesión testada Madrid, 1957*, pp. 28 y ss.; MANRESA, op. cit., V, pp. 394 y ss.; GONZÁLEZ, *las conferencias del Dr. Ferrara sobre el concepto de testamento*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1928, pp. 822 y ss. Como alternativa se suele seguir la doctrina italiana en lo relativo al concepto de testamento: vid. CICU, *El testamento*, Madrid, 1959, pp. 5 y ss.; BARBERO, *Sistema de Diritto privato*, II, Torino, 1961, pp. 1051 y ss., y un largo etcétera.

(80) «El Código civil, en su art. 667, sólo expresa que no cabe más acto *mortis causa* de disposición de bienes que mediante el testamento; no que el testamento haya de comprender necesariamente bienes. Y no hay duda de que un acto en forma testamentaria puede tener validez sin que contenga disposición de bienes. Un acto testamentario puede comprender meramente, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural del art. 131 del Código civil». (TRAVIESAS, *El testamento*, en «Revista de Derecho Privado», 1935, p. 104), cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. y loc. cit., pp. 468 y ss., y, en línea opuesta, Díez PÍCAZO-GULLÓN, op. cit., p. 338.



normas son dispositivas, pudiendo los sujetos calibrarlas a su voluntad. Más torturosa fue la evolución de la jurisprudencia en este mismo tema; no sin bruscos cambios (81) se fue matizando la patrimonialidad en virtud del artículo 738 del Código civil que requiere la revocación de un testamento mediante las formalidades precisas para otorgar otro, cuyo único contenido bien podría ser el cambio de última voluntad sin expresión alternativa sustituyéndola, lo cual se conciliaba teóricamente con la patrimonialidad, pues suponía «una forma de disponer de ellos (los bienes) para los llamados a suceder *ab intestato*» (S de 6 de julio de 1914) (82); por consiguiente, *a fortiori* estaba en camino aceptarse un testamento dedicado exclusivamente a reconocer la filiación, en tanto determina la legítima sucesoria del descendiente con más cierta disposición patrimonial, aunque también virtual, que la simple apertura de la sucesión *ab intestato* (83). Cosa muy análoga sucedía con el testamento nombrando un tutor para el hijo (cfr. S de 22 de diciembre de 1964 y art. 223 C.c.). Por fin, y de una manera más orgánica, se admitió en las sentencias de 8 de julio de 1940 y de 18 de junio de 1947 «también que puedan consignarse en el testamento disposiciones que no tengan relación directa con los bienes», pero se proseguía «sin entrar en el problema de si estas disposiciones no patrimoniales pertenecen a la sustancia del testamento o constituyen más bien un acto secundario adjunto al testamento o asimilado a él por razón de estar sometido a los mismos requisitos de forma» (84); de lo que se ocupa la sentencia de 9 de octubre de 1982 sin aportar soluciones seguras en el reconocimiento: «el problema de la patrimonialidad del testamento, con su derivado de si cabe un acto jurídico «mortis causa» limitado en su contenido al reconocimiento de un hijo, ha sido resuelto por la generalidad de la doctrina entendiendo que si en sentido material no constituye verdadero testamento el que se contrae a disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz a los fines previstos en el derogado artículo 131 y en el vigente artículo 120, número primero, sin perjuicio de que proceda la apertura de la sucesión intestada, según así tiene resuelto esta Sala en sentencia de 22 de noviembre de 1964, y por consiguiente valdrá como tal declaración de voluntad postrera por más que no contenga referencia alguna dispositiva sobre los bienes, solución que es en definitiva la acogida en el artículo 741, conforme a la redacción introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981» (85).

---

(81) En las SS. de 8 de julio de 1940, 10 de julio de 1944 y 10 de diciembre de 1956 aún se mantenían vestigios de la patrimonialidad.

(82) Este aspecto sufrió una cierta elaboración doctrinal mediante la tesis de la disposición actual y potencial de bienes, admitiendo ambas en los testamentos con arreglo al criterio formalista del art. 667 C.c. (cfr. ALBADALEJO, op. cit., p. 119 y MARTÍNEZ CALCERRADA op. y loc. cit., p. 471).

(83) Se opone BELTRÁN DE HEREDIA estimando imposible la disposición si ésta se produce por ministerio de la ley (cfr. op. y loc. cit., p. 201).

(84) Para el Centro directivo jugó un papel importante, a la hora de tener por válidos los testamentos cuyo único contenido era no patrimonial, el principio *favor testamenti* (cfr. R. de 18 de junio de 1947 y PUIG PEÑA, op. cit., pp. 85 y ss.).

(85) La doctrina científica desarrolló el apartado de los contenidos no patrimoniales del testamento con detalle: vid. JORDANO, *Teoría general del testamento*, en «Estudios de

Una vez despejada la incertidumbre acerca de la patrimonialidad del testamento, y su presumible obstáculo frente al reconocimiento de filiación, quedan por examinar dos cuestiones a mi modo de ver capitales, como la eficacia *mortis causa* y la revocabilidad del testamento, en relación con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial que contuviera (86).

### c) Eficacia *post mortem*

En lo relativo a la eficacia *mortis causa* —característica que integra lo más elemental del testamento (87)— constituye, según creo, no sólo el punto básico donde pueden aunarse ambas instituciones, sino la *ratio* del especialísimo trato dispensado en el Código al reconocimiento testamentario.

La esencia del testamento radica en su carácter de negocio *mortis causa*, hecho en previsión de la muerte y para su porvenir, de aquí precisamente arranca el principio de revocabilidad, por cuanto la voluntad del hombre permanece ambulante —por el libre albedrío— hasta el postrer momento, y sólo aquélla que persistía todos los avatares mercede la calificación de «última voluntad». Ahora bien, ¿cómo unir estas premisas con el reconocimiento, además de irrevocable, en principio destinado a la eficacia *inter vivos*?

El reconocimiento de la filiación extramatrimonial tiene tasados en el Derecho unos mecanismos estrictos para efectuarse; cada uno atiende y responde a una determinada finalidad prevista por el legislador *ad casum*. En este orden de cuestiones, el reconocimiento testamentario no adquiere sus tradicionales privilegios normativos, respecto al resto de modos hábiles para reconocer, en atención al instrumento formal donde se plasmó, sino en virtud de sólidos argumentos prácticos y jurídicos que avalan la existencia del precepto. Todo reconocimiento de filiación de-

Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dor. I. Serrano Serrano», Valladolid, 1966, p. 43; LACRUZ, *Anotaciones al Derecho de sucesiones de J. Binder*, Barcelona, 1953, p. 41; BELTRÁN DE HEREDIA, op. y loc. cit., p. 192; ROCA SASTRE, *Anotaciones al tratado de Derecho civil de Enneccerus*, V, I, Barcelona, 1951, p. 69.

(86) Desaparecida la patrimonialidad, la esencia del testamento gira en torno a estas dos notas (cfr. CICU, *El testamento ...*, p. 7).

(87) Desde los albores de la doctrina Romana —ULPIANO: *post mortem valeat*; MO-DESTINO, *post mortem suam fieri velit*— hasta nuestros días esto es así, tanto en el Derecho patrio —cfr. BELTRÁN DE HEREDIA op. y loc. cit., p. 190; MANRESA, op. cit., pp. 662 y ss.; LACRUZ, op. cit., pp. 41 y ss.; CASTÁN, op. cit., IV, pp. 257 y ss.; PUIG PEÑA, op. cit., pp. 78 y ss.; ROCA SASTRE, op. cit., pp. 69 y ss.; DALMASES, op. y loc. cit., pp. 139 y ss., etc.; cfr., también, SS. de 24 de septiembre de 1958 y 8 de julio de 1940 y el tenor general del Código (arts. 667, 672, 675, 680 ...)— y comparado: cfr. arts. 895 C.c. francés, 587 C.c. portugués, etc.; vid., asimismo, ENNECCERUS, *Derecho civil alemán*, traducción española, VI, I, pp. 68 y ss.; BARBERO, op. cit., II, pp. 1051 y ss., etc.

(88) La literatura clásica está plagada de culminantes rectificaciones en el lecho de muerte, por mor a la verdad biológica originada en unas relaciones más o menos inconfesables en vida de su autor, quien por exigencias morales pretende reparar el daño tan injustamente causado (v. gr. «Los Hermanos Karamazov», de Dostoievsky; «Oliver», de Dyckes; «Guerra y Paz», de Tolstoy, etc.).

pende de la voluntad del progenitor exclusivamente; llegado el momento cumbre de su definitiva declaración previendo la muerte como elemento básico e inicial, se opera en el individuo un encuentro insustituible con su propia conciencia, donde tienden a desvelarse los hechos de la propia vida, supone también el momento propicio para descubrir las circunstancias ocultas por diversos motivos, sin prejuicios ya de ninguna clase, y con el único móvil de reponer la justicia cuando se hubiera infringido, como verbigratia el reconocimiento de un hijo hasta entonces abandonado de su parte, y a quien se dirige ahora con ánimo altruista (88). Estas razones se refrendan en la práctica, pues el reconocimiento testamentario es de hábito *post mortem*, máxime cuando se suele otorgar a tal fin en los últimos instantes de la existencia (89).

Por consiguiente, deriva de los principios señalados el singular valor del reconocimiento hecho en testamento, en tanto en cuanto responden ambos al mismo *animus* —el de testar— entendido como aquél que impera con objeto de disponer de todas las circunstancias —patrimoniales o personales— una vez producido el óbito del causante, pues «se realizan en la hora de la muerte o contemplándola y con efectos *post mortem*» (90); ahora bien, ello no impide al acto de última voluntad desplegar asimismo los llamados efectos prodrómicos o preliminares al hecho en cuya provisión se dictó (91), lo cual se producirá mientras el reconocimiento reúna los requisitos legales para su eficacia inmediata.

Si, por el contrario, el reconocimiento se realiza en forma testamentaria con pretendida relevancia *inter vivos*, aún válido, sólo surtirá los efectos típicos del efectuado mediante documento público (92), porque goza de un *animus* absolutamente opuesto al de un acto de última voluntad, si bien toma ocasión en ella para manifestarse *ad extram*; es decir, en este caso caben apreciarse dos actos distintos, unidos, jurídicamente hablando, por una vicisitud accidental, como es la forma externa de su exteriorización; de un lado el testamento, cuyas cláusulas típicas surtirán sus efectos *post mortem*, y de otro, un acto jurídico independiente y autónomo, de Derecho de familia, que aprovecha la última vo-

---

(89) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. y loc. cit., p. 434; por el contrario, según ALBADALEJO, «el reconocimiento es absolutamente no *mortis causa*» (op. cit., p. 119), aunque luego lo matice otorgándole validez si se hubiera efectuado en un auténtico testamento (por tanto, *mortis causa*).

(90) DIEZ PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 336. Inopinadamente considera BELTRÁN DE HEREDIA (cfr. op. y loc. cit., p. 1985) que el reconocimiento, en el ámbito del Derecho de familia, se le atribuyera una eficacia *post mortem*, ello equivaldría de modo indirecto a introducir, en el acto, a voluntad de su autor, una condición o término suspensivo (cfr., también, CICU, *El testamento* ..., pp. 8 y ss.). Sin embargo, no considero por mi parte tal cosa, pues el reconocimiento constituye un acto jurídico, cuyos extremos —entre otros éste— se prevén en la ley, luego huelgan interpretaciones *ex voluntate* de sus efectos; e incluso el propio autor sostiene que cualquier disposición testamentaria extrapatrimonial es de suyo *mortis causa* (cfr. *ibidem*).

(91) Cfr. MANRESA, op. cit., p. 583; JORDANO, *la interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, p. 52.

(92) En consecuencia, por hipótesis, sólo cabrá si el testamento es notarial —documento público— y abierto, por cuanto así su contenido es cognoscible.

luntad en cuanto sus formalidades pueden responder a los requisitos legales establecidos para originarse con independencia sustantiva de aquél, pues no disfrutan, ambos actos diferenciables, de una causa común. En otras palabras, estaremos ante un notorio supuesto de simulación relativa si mediante un reconocimiento testamentario se pretenden efectos típicos *inter vivos* (93), porque se articula, en atención a los beneficios legales de la fórmula, mediante un acto *mortis causa* y «como ya declarara esta Dirección General de resolución de 22 de julio de 1985, el trato privilegiado que el párrafo segundo del precepto citado —artículo 124 del Código civil— da al reconocimiento testamentario se limita al que pretende su inscripción después de fallecido el testador, pues por un lado éste ya no podrá beneficiarse de sus efectos, y además, la solución contraria implicaría que la simple elección de una u otra opción formal llevaría a un tratamiento sustantivo diferente del reconocimiento, en detrimento de las garantías concedidas al progenitor que ya había reconocido la filiación» (94). El acto encubierto sería *intervivos*, y el simulado —por el cual se pretenden eludir las garantías de quien ostenta la representación legal de los intereses del menor (95) y, a sus expensas, injustos beneficios que hipotéticamente pueden motivar un cambio de actitud hacia el hijo —*mortis causa*; este comportamiento supone también un auténtico fraude de ley (cfr. art. 6.4 C.c.) al artículo 124.1 del Código civil bajo apariencia de cumplir el artículo 124.2 del Código civil. Por consiguiente, un reconocimiento *inter vivos* se integra en un testamento

---

(93) BELTRÁN DE HEREDIA estimaba siempre la existencia de simulación —absoluta por lo general— en los reconocimientos testamentarios, porque a su juicio:

— se vulneraban los arts. 667 C.c. —y 131 y 131 C.c. en su redacción anterior— con manifiesto fraude de ley.

— Ambas figuras tienen *per se* distinta causa (cfr. op. y loc. cit., pp. 199 y ss.).

Lo cual, a mi modo de ver, es incorrecto, pues:

— Sólo sucede, y además siempre relativa, cuando se pretenden los efectos *inter vivos* de tal reconocimiento.

— El art. 667 C.c. no logra un valor absoluto, y la reforma del art. 741 C.c. garantiza de modo más seguro la viabilidad del supuesto.

— El testamento y el reconocimiento pueden asumir idéntica causa y *animus* en los casos descritos.

(94) R. de 16 de mayo de 1986, cuyo supuesto se ajusta mucho a lo que argumentamos: se trataba de una joven adolescente —17 años por entonces— embarazada en las relaciones habidas con su novio; el hecho genera la correspondiente conmoción, y los estrechos lazos comienzan a enrarecerse hasta el punto de ignorar el padre a la criatura, que, sin embargo, recibe la simpatía de su abuela paterna —era el primer nieto—, quien presiona sobre su hijo para que pretenda el reconocimiento. Vistas las circunstancias, los abuelos maternos, en garantía de la estabilidad anímica, familiar y moral del niño, deciden adoptarlo, máxime cuando en ese hogar ocupaba el puesto de un hijo más. Ante la situación, habida cuenta que la madre aceptaba en todo el planteamiento y sus nulas posibilidades de concurrir con éxito al expediente de adopción o lograr el consentimiento de aquella para su reconocimiento, el padre, siempre con influencia de su propia madre, y por consejo de un letrado, decide otorgar, en esas mismas fechas, con toda rapidez, e incluso en una ciudad distinta, testamento abierto notarial cuya única cláusula es el reconocimiento, y exclusivo fin la inscripción en el registro con arreglo al art. 124.2 C.c.

(95) Así se demostró en los supuestos fácticos de la S. de 19 de mayo de 1956 y RR. de 10 de enero y 9 de marzo de 1979 y 24 de marzo de 1983 (cfr. además el comentario de la R. de 16 de mayo de 1986 en «Actualidad Civil» ..., p. 2074).

en cuanto vehículo formal (96), y, en suma, no es acreedor de trato distinto al dispensado a «otro documento público» (art. 120.1 C.c.) (97).

Con todo, el artículo 254 del Reglamento Notarial objetiva en cierta manera la intención del causante que realiza un reconocimiento testamentario notarial y abierto (98). En efecto, si «los Notarios expedirán testimonio de los reconocimientos de hijos no matrimoniales hechos en testamento para su anotación marginal en el Registro Civil», se otorga siempre una relevancia *inter vivos* al acto contenido en un testamento notarial abierto (cfr. arts. 694 y ss. C.c.) (99) y, por tanto, se somete al régimen del reconocimiento efectuado en documento público (100).

#### d) La revocabilidad:

En lo relativo a la segunda nota del testamento, *prima facie* parece imposible conciliar una institución cuya esencia es la revocabilidad (art. 737 C.c.) con otra que por naturaleza exige todo lo contrario (art. 741 C.c.); sin embargo, el Código lo hace, de un modo un tanto criticable, introduciendo en la Sección 10, Capítulo I, Título III, libro III —acerca «De la resolución e ineficacia del testamento»— un régimen especial para el reconocimiento en el artículo 741 del Código civil; mas ésto no supone una excepción al criterio imperativamente definido en el artículo 737 del Código civil —«Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas»—, lo que se deriva también del propio tenor del artículo 741 del Código civil, pues se refiere a la fuerza legal de reconocimiento cuando concurren una serie de circunstancias anormales en el testamento donde se contuviera, sin prejuzgar el destino jurídico de la estricta disposición de última voluntad. De otro lado, la fuerza legal a que se alude por el artículo 741 del Código civil acerca del reconocimiento, posee un doble alcance según las circunstancias (101): si se desea una eficacia *inter vivos*, la fuerza legal proviene de constituir formalmente documento público el testamento; por el contrario, si exis-

(96) Cfr. DALMASES, op. y loc. cit., pp. 42 y ss., y BELTRÁN DE HEREDIA, op. y loc. cit., p. 194.

(97) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 929, y Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit. p. 338.

(98) Esto arrastra también a los otros tipos de testamento, pues no siendo cognoscible su contenido, e incluso tampoco documento público, según los casos, no podrán nunca tener eficacia *inter vivos*, por cuanto el reconocimiento que contenga no reunirá los requisitos de forma imprescindibles o tampoco será conocido hasta el óbito del causante. Luego, a merced de las disposiciones legales, todos —y sólo ellos— los reconocimientos testamentarios de filiación extramatrimonial del menor efectuados en forma notarial y abierta pretenderán efectos *inter vivos*, quedando, como veremos, su eficacia en la esfera del art. 124.1 C.c., mientras el resto se somete al párrafo segundo.

(99) La conjunción de los arts. 49 LRC, 185 a 189 RRC y 254 RN fue interpretada por BELTRÁN DE HEREDIA como un fenómeno más de la exclusiva eficacia *inter vivos* de cualquier reconocimiento testamentario (cfr. op. y loc. cit., p. 195), lo cual es erróneo, a mi juicio, por incompleto y parcial, olvidando los demás medios de testar.

(100) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 930. Como dice ALBADALEJO, no hay auténtico reconocimiento testamentario sin considerar la muerte (cfr. op. cit., pp. 118 y 119).

(101) PEÑA plantea de modo alternativo las posibilidades (cfr. op. y loc. cit., p. 917).

te auténtica intención *mortis causa* la fuerza legal se contempla en el artículo 124.2 del Código civil, como más tarde veremos.

Esta premisa, pese a todo, tiene alguna excepción en los amplios términos puestos recogidos en el artículo 741 del Código civil; es, pues, menester analizarlos *ad casum*:

a.— La disposición salvaguarda la fuerza legal de reconocimiento causado en testamento, aunque no posea éste ninguna otra cláusula.

El hecho es evidente tanto en un plano práctico —se acepta desde antiguo por la jurisprudencia (cfr. SS de 22 de noviembre de 1964 y 9 de octubre de 1982)—, como teórico porque no supone una *contradictio in terminis* con la noción de testamento, cuya riqueza excede las indicaciones orientativas del artículo 667 del Código civil; aunque la fuerza legal del reconocimiento dependa de la intención del causante al realizarlo que, con las presunciones legales, queda como sigue: cuando se realice por medio de un testamento abierto y notarial en virtud de los artículos 254 del Reglamento notarial, 120.1 y 124.1 del Código civil, y de los argumentos antes expuestos, seguirá los requisitos de un mero documento público; tratándose de cualquier otro tipo de testamento tendrá la consideración de acto de última voluntad por dos razones: no se conoce hasta el óbito de su autor, y tampoco consigue los mínimos requisitos formales para su existencia (102).

En cuanto a la validez del testamento en estas condiciones, están presentes dos principios opuestos. Por una parte, la interpretación a *sensu contrario* del artículo 741 del Código civil parece indicar su absoluta irrelevancia como declaración de última voluntad; pero, de otro lado, la jurisprudencia establece la validez de tales testamentos (cfr. S de 9 de octubre de 1982), lo cual parece lógico a causa del *favor testamenti* (R de 18 de junio de 1947), sin existir disposición normativa expresa de contrario; además, supone un acto dispositivo —no importa que se produzca por ministerio de la Ley— de bienes indicando el futuro legitimario, y, a la postre, fuera del supuesto contemplado en el artículo 254 del Reglamento notarial, siempre le viene al reconocimiento la fuerza legal de un auténtico acto *mortis causa*: el propio testamento válido. Así pues, en estas hipótesis una vez muerto el *de cuius* se abre la sucesión *ab intestato* según el artículo 912 del Código civil (cfr. SS de 22 de noviembre de 1964 y 2 de octubre de 1982), mucho se discutió sobre cuál de sus dos párrafos resultaba de aplicación, siendo a mi juicio más oportuno el segundo: «cuando el testamento no contiene institución de heredero» (cfr. arts. 763 y 764 C.c.) (aunque determine un legitimario con arreglo a los artículos 930 y ss. del Código civil) (103).

(102) En lo relativo al testamento ológrafo antes de su protocolización sólo puede motivar un reconocimiento por expediente gubernativo (cfr. art. 49.1.º LRC).

(103) Fue la idea mantenida entre otros por LACRUZ, op. cit., pp. 42 y ss., y MARTÍNEZ CALCERRADA, op. y loc. cit., p. 471. BELTRÁN DE HEREDIA estimaba de mejor aplicación el primer párrafo del art. 912 C.c.: «cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez» (op. y loc. cit., p. 195).

b.—El mismo precepto también preserva la fuerza legal del reconocimiento si se revoca el testamento donde se plasmó.

Pese a las apariencias externas, el artículo 741 del Código civil no supone una excepción, propiamente hablando, al principio de absoluta revocabilidad de las disposiciones *mortis causa*, cuya definición en el artículo 737 del Código civil tampoco admite réplica (104); para demostrarlo es conveniente distinguir los tipos de revocación formal y real (105):

— Formal:

Implica siempre la existencia de un testamento posterior, cuyo tal vez único fin sea dejar sin efecto cualquier otro precedente (cfr. art. 738 C.c.). Estructura su esencia en el carácter auténtico de la última voluntad del *de cuius*, que requiere tanto su veracidad como ser postremo.

A estos principios nada opone nuestro artículo, cuyo fin es proteger la «fuerza legal» del reconocimiento testamentario de algunas vicisitudes típicas del instrumento donde queda efectuado, por cuanto si bien el hecho de reconocer la filiación es aquí un acto de última voluntad y puede indicar la concurrencia de una suerte de circunstancias o elementos que inducen al legislador a prever un camino mucho más expedito para su eficacia, no pierde por ello el reconocimiento su auténtica naturaleza de acto jurídico típico de Derecho de familia e irrevocable, en el cual la pretendida eficacia *inter vivos* o *mortis causa* juega un papel relativamente importante, pero sin novar su esencia. Por lo tanto, una vez manifestada la filiación, no cabe acontecimiento alguno capaz de destruir la evidencia de un hecho biológico libremente desvelado (106), y menos la mera voluntad de su autor (107), tan ajena en Derecho de familias para modificar las consecuencias originadas en el ordenamiento,

(104) La doctrina y la jurisprudencia por lo general entienden justo lo contrario en virtud de «la trascendencia que el acto de reconocimiento supone para el concepto jurídico natural y social» (S. de 16 de octubre de 1918, y cfr. S. de 12 de marzo de 1958). Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. y loc. cit., p. 472, y BELTRÁN DE HEREDIA, op. y loc. cit., p. 200.

(105) Cfr. ALBADALEJO, op. cit., pp. 120 y ss.

(106) «En efecto, establecidas en un testamento las ordenaciones de la última voluntad del otorgante, pueden ocurrir después hechos o surgir circunstancias y condiciones que modifiquen o alteren profundamente las intenciones en que se inspira dicha voluntad, o las causas que la determinaran, y por eso hay que dejar en libertad al testador para modificar sus disposiciones testamentarias, sin limitación de ningún género, considerándose su voluntad ambulatoria hasta la muerte.

Pero no sucede lo mismo con la declaración que se hiciere reconociendo un hijo ilegítimo, puesto que se trata de un hecho cuyas circunstancias esenciales no están sujetas a modificación, ni dependen de la voluntad del otorgante. Por el contrario, ese reconocimiento hecho constituye una confesión de la paternidad, determinante desde su origen de la mutualidad de derechos y obligaciones, consecuencia del estado legal de familia; y reconocido este hecho en documento indubitado, basta que exista un solo momento para que produzca sus efectos de un modo irrevocable». (MANRESA, op. cit. pp. 732 y 733).

(107) A mi modo de ver existe también la posibilidad de alegar en este caso el principio de *contrarius actus* (cfr. R. de 2 de julio de 1970 y S. de 25 de junio de 1909). BELTRÁN DE HEREDIA lo niega con coherencia —estima nulos todos los reconocimientos testamentarios—, pero sin acierto, por lo endeble de la premisa (cfr. op. y loc. cit., pp. 195 y ss.).

que atiende sobre todo al principio de verdad biológica (108), al exclusivo beneficio del menor reconocido y a la rectitud en la intención de quien reconoce.

Sin embargo, la traducción práctica de las ideas apuntadas ofrece un panorama distinto. Si el testamento fuera en su origen un documento público cuyo contenido se conozca por el autorizante —notarial y abierto— éste hará llegar al Registro Civil, para su anotación, el reconocimiento (cfr. art. 254 RN) y, por consiguiente, cualquier acto revocatorio sería inútil en este punto, porque no pierde su carácter de documento público a cuyos efectos se pliega el reconocimiento testamentario con pretendida vigencia *inter vivos*. En consecuencia, la *ratio* de los artículos 49 LRC, 185 a 189 RRC y 254 RN supone un firme aval de la irrevocabilidad del reconocimiento, aunque fuere testamentario (109), amén de otras razones fundadas, como la mayor protección del estado civil de las personas, que pasa por dilucidar de forma segura el ajuste del reconocimiento a la verdad biológica (110).

Cuando, de lo contrario, no fuera cognoscible antes del fallecimiento el contenido del testamento donde se reconoció, la irrevocabilidad fáctica del reconocimiento está muy en duda, pues, aun el cerrado y notarial, si permanece bajo la custodia de su autor o un tercero de confianza (cfr. art. 711 C.c.), resulta sencilla su total destrucción, quedando el reconocimiento en su fuero interno y sin vestigio alguno, lo cual supone un peligro que se acrecienta en el testamento ológrafo y otras formas especiales, aunque también aquí quepan diversas posibilidades según conozca el autorizante o no su contenido y lo protocolice.

#### — Real:

Así se denominan las distintas presunciones legales del artículo 742 del Código civil. El reconocimiento en estos casos queda ligado a las vicisitudes del testamento; por consiguiente, si perdiera su calidad de documento público debe someterse al resultado de las pruebas de veracidad previstas en el artículo 742.2.º y 3.º del Código civil (111).

c.— Más compleja se plantea la última precisión del artículo 741 del Código civil: tampoco pierde su fuerza legal el reconocimiento testamentario aun cuando el resto de las cláusulas que contuviere la disposición de última voluntad fueran nulas.

La dificultad radica en un doble punto: los testamentos tienen múltiples y muy dispares causas de nulidad e ineficacia en todos sus diversos grados, y, además, es distinta la invalidez de las cláusulas, o del propio testamento de suyo, veamos:

(108) Si no se ajustase a la realidad quedan expeditos los mecanismos jurídicos previstos para su impugnación (cfr. arts. 140 y 141 C.c.).

(109) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. y loc. cit., p. 469.

(110) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit., p. 75.

(111) Cfr. ALBADALEJO, op. cit., p. 123 y también la doctrina italiana: CARRESI, op. y loc. cit., p. 5; CICU, *Ricosnoscimento in testamento distruttom*, en «Il foro podano», V. 1947.



### 1. Nulidad e ineficacia de las cláusulas:

En un somero recorrido del Código se advierten casos abundantes tanto en la materia específicamente sucesoria —cláusula de irrevocabilidad (art. 741 C.c.), preterición injusta del legionario, declaración de indignidad y desheredación inmotivadas (arts. 745, 748, 750 y ss. C.c.)... etc.— como en la del Derecho de familia (cfr. v. gr. art. 226 C.c... etc.).

### 2. Nulidad e ineficacia del testamento:

Las causas, con arreglo al artículo 743 del Código civil, son típicas del Derecho sucesorio en el ordenamiento español, para su estudio sistemático es menester agruparlas en torno a su *ratio* particular (de forma no casuística, pero sí orientativa):

— Unas responden a las circunstancias generales de todo acto humano en cuanto afectan a la formación de la voluntad *de cuius* así la violencia, fraude o dolo —cfr. art. 673 C.c.— e incluso, de modo presunto, el supuesto del artículo 720.1 del Código civil).

— Otras inciden sobre las formalidades propias del testamento como acto solemne (cfr. arts. 687 y 715 C.c., y también, según su tenor literal, art. 742.2 y 3 C.c.): asimismo se incluyen en este capítulo los requisitos de los testamentos y formas especiales (cfr. arts. 702 y 720 C.c.) y su protocolización (arts. 689, 703 y 704, 720.2 C.c.).

— Las últimas se refieren a la propia esencia —mediante sus elementos o notas características— del acto testamentario en nuestra tradición jurídica, entre las cuales se cuenta la prohibición en Derecho común de testamento mancomunado (cfr. art. 669 C.c.), por comisario (cfr. art. 670 C.c.), porque desvirtúan el talante personalísimo del acto, ... etc.

Una vez definido el marco será mucho más simple proceder al análisis del artículo 741 del Código civil *in fine*. La norma, *stricto sensu*, trata sólo de la nulidad de las cláusulas, y ello resulta lógico, porque un reconocimiento testamentario requiere al menos la verdadera existencia de ambas instituciones (112); por el contrario, la jurisprudencia tiene admitida la validez del reconocimiento efectuado en un testamento nulo (cfr. S de 8 de mayo de 1981) (113). Para romper la dicotomía entre principios tan genéricos habrían de matizarse a partir de cada supuesto.

Como premisa, y a efectos prácticos, nos adherimos al criterio del Tribunal Supremo, pues en este punto el artículo 741 no es determinante; admite una interpretación amplia y hasta lo más generosa posible en orden a la validez del reconocimiento y, además, cuando la doctrina se refiere a los auténticos testamentos habla de autenticidad en sentido anímico y subjetivo, es decir, auténtica voluntad *mortis causa* de testar con independencia de las circunstancias legales externas a su intención que

---

(112) Vid. ALBADALEJO, op. cit., pp. 48 y ss. (se refiere a la necesidad de «un auténtico testamento»).

(113) Siempre que dicho reconocimiento sea firme y no de duda o condicionado a su veracidad biológica (cfr. S. de 11 de abril de 1926).

puedan hacer ineficaz el acto. Con todo, deben exceptuarse las siguientes situaciones:

1.º Si la causa de nulidad del testamento se cifra en la violencia, intimidación o error, y estos vicios de la voluntad también afectan al reconocimiento, cabría pensar su nulidad, máxime cuando estas circunstancias se contemplan asimismo en el artículo 141 del Código civil como motivos de su impugnación.

Ahora bien, no dejan de plantearse interrogantes si el reconocimiento no pierde por ello su correspondencia con la verdad biológica, porque, frente a una interpretación formalista de los artículos 741 y 141 del Código civil, debe imponerse, a mi modo de ver y en el presente caso, al principio de voluntariedad del reconocimiento las pautas fundamentales de la verdad biológica que rigen la determinación de la filiación en la reforma del Código: así, por ejemplo, el juego combinado de los artículos 111.2 del Código civil —«cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su opinión»—, 115 y 120 del Código civil— para nada valoran la voluntad del progenitor con objeto de determinar la filiación— y el artículo 127 C.c. —admite las pruebas biológicas en la investigación de la paternidad— demuestran que las relaciones paterofiliales no pertenecen, jurídicamente hablando, a la esfera de lo privado y disponible; de igual modo sucede con la primacía de la irrevocabilidad del acto, tal vez aquí vulnerada indirectamente, que permite a la jurisprudencia tasar no sólo en lo formal, sino incluso en lo material, los motivos de impugnación del reconocimiento (cfr. SS de 25 de junio de 1909 y 22 de diciembre de 1964 acerca del error).

2.º Si la nulidad se origina en alguna circunstancia concerniente a la calificación del testamento como acto personalísimo (cfr. arts. 669 y 670 C.c.), este vicio se transmite al reconocimiento que también lo es (cfr. S de 27 de abril de 1918), motivando su invalidez.

En un orden distinto de cuestiones, pero íntimamente ligado con lo anterior, cabe preguntarse por los supuestos de caducidad del testamento (cfr. arts. 719 y 730 C.c.). El problema surge cuando el artículo 741 del Código civil ignora esta previsión, lo cual fue interpretado por algunos como un síntoma de la ineficacia del reconocimiento contenido en un testamento caduco (114). Por mi parte discrepo, pues el artículo 741 del Código civil debe valorarse del modo más amplio posible y en beneficio de la existencia del reconocimiento, porque no supone una excepción a la revocabilidad del testamento —según vimos— para darle un sentido estricto; antes al contrario, salva la fuerza legal del reconocimiento en unos supuestos que contienen *in genere* todas las facetas funcionales de la ineficacia del testamento —aunque sólo exprese las más importantes, y existe analogía perfecta entre la caducidad y las circunstancias descritas en el artículo 741 del Código civil. Además, no atañe para nada la esencia de la caducidad —nuevo transcurso de tiempo en la protocoli-

(114) Cfr. ALBALADEJO, op. cit., p. 121, y CARESSI, op. cit., p. 94, not. 1.

zación de testamentos especiales que origina la presunción legal de cambio en la voluntad del causante— al reconocimiento, por naturaleza irrevocable (115). Por último, los principios de la preeminencia de la verdad biológica y *pro filio* (116) impiden exégesis literalistas del artículo 741 del Código civil en relación con la caducidad del testamento.

e) El reconocimiento como cláusula testamentaria:

Una vez examinada la posible coherencia lógica del reconocimiento testamentario, antes de analizar sus repercusiones jurídico positivas, es interesante definir con la doctrina la calificación del reconocimiento en cuanto pertenece a un acto de última voluntad.

Los comentaristas nacionales y extranjeros vienen considerando el reconocimiento testamentario —si se adecuaba cabalmente a las condiciones de compatibilidad antes expuestas— como acto jurídico *mortis causa* o acto jurídico en sentido estricto a causa de muerte (117); ello es conciliable con una noción formal, sin referencia ninguna sobre su contenido, de testamento —«simple forma documental apta para acoger en sí la múltiple variedad de los negocios a causa de muerte admitidos en el ordenamiento» (118)—, e incluso con el sentido sustancial y amplio mientras plasme la última voluntad (119); no, en cambio, sería homogéneo con propiedad frente al concepto sustancial y estricto del testamento (120).

### 3. Régimen jurídico del reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial

Por todo cuanto llevamos dicho, se halla explicación lógica del peculiar trato que se dispensa en el artículo 124.2 del Código civil al reconocimiento testamentario, siempre que ambas figuras se aúnen por intenciones más o menos sospechosas o coyunturales, sino por compartir del mismo *animus mortis causa*.

(115) Cfr. COSSANTINI, op. cit., p. 157; vid., también, CICU, op. cit., p. 154.

(116) El *favor filii* cuenta con muy diversas aplicaciones: desde las crisis matrimoniales (cfr. arts. 92 y 93 C.c. y S. de 19 de marzo de 1986), hasta la determinación de la filiación (cfr. S. de 9 de octubre de 1982).

(117) Cfr. JORDANO, op. y loc. cit., p. 438.

(118) *Ibidem*, p. 440; cfr. ROYO, *Derecho de sucesión mortis causa*, Sevilla, 1951, pp. 72 y 130; TRAVIESAS, op. y loc. cit., p. 104; LACRUZ, op. cit., p. 42; OSSORIO, op. cit., pp. 29 y 30; para la doctrina italiana vid. CICU, op. cit., p. 16.

(119) Cfr. JORDANO, op. y loc. cit., p. 441; SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, XII, Madrid, 1896, pp. 171 y ss.; ROCA SASTRE, op. cit., pp. 69 y ss.; Díez PICALZO, *la pluralidad de testamentos*, en «Revista de Derecho Notarial», 1960, pp. 85 y ss.; OSSORIO, op. cit., pp. 28 y 29; PUIG PEÑA, op. cit., p. 77; MANRESA, op. cit., pp. 420 y 421; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pp. 202 y ss.; en la doctrina italiana vid. BARBERO, op. cit., pp. 1020 y ss.

(120) Cfr. JORDANO, op. y loc. cit.; CASTÁN, op. cit., pp. 258 y ss.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1957, pp. 135 y 136; LACRUZ, op. cit., p. 41; entre los italianos, vid. MESSINEO, op. cit., pp. 69 y ss.

Nos disponemos ahora, pues, a enfocar estas cuestiones desde los puntos de vista del ordenamiento jurídico y de los órganos institucionales cuyo cometido sea establecer la exégesis de las normas aplicables.

El asunto que nos ocupa tiene muy ricos precedentes, habida cuenta de la tradicional previsión en nuestro Derecho de unos cauces especiales para la eficacia del reconocimiento testamentario del menor de edad: «ya en el Código civil en su redacción originaria (art. 133), daba al mismo un tratamiento privilegiado al eximirle, al igual que al hecho en el acta de nacimiento, del requisito complementario de la aprobación judicial que se exigía para los demás reconocimientos efectuados «en otro documento público» ... ente esta situación voces muy autorizadas estimaron que en vida del testador el reconocimiento testamentario de la entonces llamada filiación natural debía tener idéntico tratamiento al reconocimiento en documento público, es decir, debía quedar sometido a la aprobación judicial, porque, de no ser así, resultaría que la elección por el autor del reconocimiento de una opción puramente formal produciría un resultado sustantivo distinto, con el peligro de que se utilizara la forma testamentaria para burlar fraudulentamente el requisito legal de la aprobación por el juez; por todo ello un sector doctrinal preconizaba que el privilegio concedido al reconocimiento testamentario de los menores sólo tenía su razón de ser cuando se quisiera hacerlo eficaz después del fallecimiento del testador, en armonía, además, con la naturaleza «*mortis causa*» de las disposiciones testamentarias...

Esta opinión doctrinal no prevaleció entonces oficialmente, de suerte que en la práctica los reconocimientos de filiación otorgados en testamento se inscribían ya en vida del testador (a partir de la Real Orden de 5 de mayo de 1917, que rectificó el criterio oficial anterior y que fue confirmada por el artículo 254 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944; cfr. también la R de 25 de enero de 1961, y la S de 9 de octubre de 1982), y, sobre todo, sin que en ellos concurriera aprobación judicial» (121).

En efecto, retrotrayéndonos incluso un poco más, por la Orden Ministerial de 22 de enero de 1899, se permitió la eficacia inmediata del reconocimiento de la filiación del menor o incapaz, aun teniendo lugar en una disposición testamentaria (también coadyubaban a ello la Ley de Registro Civil y el Reglamento Notarial entonces vigentes); sin embargo, la práctica registral fue mitigando paulatinamente dicha medida (cfr. RR de 18 de abril y 18 de junio de 1912) de modo que, por la resolución de 12 de julio de 1914, se consolidaba la ineficacia del reconocimiento testamentario en vida de su autor. En la Real Orden de 5 de mayo de 1917 cambian de nuevo las directrices y se vuelve al criterio inicial —«S.M. el Rey... ha tenido a bien disponer que en lo sucesivo sean anotados marginalmente los reconocimientos de hijos naturales hechos en testamento en la forma prevenida por la Ley y Reglamento del Registro civil sin ne-

---

(121) Para exponer el tema estamos siguiendo los considerandos de las trascendental R. de 22 de julio de 1985, luego confirmada por la de 19 de mayo de 1986.

cesidad de acreditar el fallecimiento del testador, dejándose sin efecto las resoluciones de ese Centro de 18 de abril y 18 de junio de 1912»— pues estas últimas, disponían «que en tanto no se acreditara el fallecimiento del testador no procede anotar marginalmente... el reconocimiento de hijos naturales que aquel hubiese consignado en acto de última voluntad; (y) aunque inspiradas estas resoluciones en el más recto propósito, la práctica ha demostrado —continúa la propia RO de 5 de mayo de 1917— que no responden al levantado pensamiento que las dictó, porque la interpretación que se les da... desvirtúa el precepto del artículo 741 del Código civil..., lesiona el interés legítimo de los particulares y se aparta de las humanitarias orientaciones que constituyen ya un verdadero postulado en materia de paternidad y filiación ilegítimas». Razones obvias en el panorama legal entonces en vigencia, donde quedaban vedados todos los mecanismos para la indagación de la verdad biológica, y sólo la iniciativa del progenitor podía paliar con cierto límite los cuantiosos males —celotipias familiares, desdoro social, agravios en su protección legal... etc.— derivados en las tan lastimosas y arcaicas circunstancias, injustas para el menor; en consecuencia, era menester, por los motivos apuntados en la propia Real Orden, ampliar, mediante una interpretación correctora de la teleología del precepto, el estricto alcance de la norma. Por eso mismo se trae a colación el artículo 741 del Código civil, con objeto de fortalecer la irrevocabilidad del más relevante de los medios previstos para determinar este tipo de filiaciones.

Estos criterios continuaron definiendo la práctica —si bien la resolución de 12 de agosto de 1919 con sus expresiones abogaba por un carácter meramente coyuntural: «interim permanezca vigente la citada disposición»— hasta nuestros días (122), cuando «debe ser replanteada a la luz de la nueva regulación, especialmente porque su mantenimiento supondría no sólo prescindir de la aprobación judicial, sino también del consentimiento del representante legal del reconocido» (123).

Así es, la reforma del Código por ley de 13 de mayo de 1981, implanta la igualdad de trato para los hijos con independencia de su filiación (cfr. art. 108.2 C.c.) y hace «admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas» (art. 127.1 C.c.); en este nuevo marco legal deben revertir a su auténtico y originario alcance las previsiones del artículo 124 del Código civil (124), por mucho que resulte opuesto a lo entendido anteriormente.

---

(122) La reforma del Reglamento Notarial (cfr. art. 254) y de la legislación registral (cfr. art. 49 LRC y 185 a 189 RRC) acentuaron el fenómeno, aplicado por última vez en la S. de 9 de octubre de 1982.

(123) R. de 22 de julio de 1985.

(124) En la misma R. de 22 de julio de 1985 «el Ministerio Fiscal entiende que ... en aras del *inexplicable* art. 124.2 C.c., frente a cuya evidencia no cabe, sin embargo, interpretación alguna; el reconocimiento de la filiación extramatrimonial hecha por medio de testamento no está vinculada en orden a su eficacia a ningún consentimiento del representante legal del reconocido, sin perjuicio de las siempre posibles acciones de impugnación que permite el Código civil». Lo cual implica una exégesis formalista y descomprometida de la *ratio* del precepto, resultando desestimada, con mucho acierto, por el Centro directivo.

Con todo, para la Dirección General «la comprensión del artículo no es en modo alguno sencilla», y para su análisis procede con un rigor científico y un sentido de la realidad encomiables en la resolución de 22 de julio de 1985 a «partir de la base de que, conforme al primer párrafo del propio artículo, la regla general es que para la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz se requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, de modo que las excepciones contenidas en el párrafo siguiente no deben, por su propia naturaleza, ser interpretadas extensivamente, pues ello podría dar como resultado la desnaturalización del criterio general querido por el legislador». En suma, «para que las garantías concedidas a la madre por el legislador no queden burladas y no queden reducidas a un derecho ilusorio, es menester concluir que la elección por el que afirma ser el padre de la forma testamentaria para el reconocimiento no puede implicar, por ese sólo hecho, que desaparezcan automáticamente los requisitos generales establecidos para la eficacia del reconocimiento de un menor por el párrafo primero del artículo 124; dicho de otro modo, el privilegio excepcional ligado al testamento por el párrafo segundo de este artículo únicamente se justifica cuando, por haber fallecido el testador, no puedan aprovecharse los beneficios derivados del reconocimiento, mientras que en vida de éste el tratamiento del reconocimiento testamentario ha de ser el mismo que el del efectuado en escritura pública». Luego, por tanto, «el reconocimiento en vida del testador queda sujeto a las provisiones del párrafo 1.º del artículo 124 y es solamente el que pretenda su eficacia una vez muerto el testador el que queda dispensado de los requisitos del consentimiento o la aprobación judicial». El Centro directivo, en una resolución posterior completa su alegato en que «además la solución contraria implicaría que la simple elección de una u otra opción formal llevaría a un tratamiento sustantivo diferente del reconocimiento, en detrimento de las garantías concedidas al progenitor que ya había reconocido la filiación» (R de 16 de mayo de 1986), evitando así los posibles fraudes de ley o simulaciones relativas antes justificadas.

Por consiguiente, si el reconocimiento se adecúa en el *animus* de su autor al *factum* testamentario, es decir persigue una eficaz *post mortem*, se produce la perfecta identificación entre ambas figuras a que atiende la regla del artículo 124.2 del Código civil otorgándole tan amplios beneficios legales para su relevancia; por el contrario, cuando se busquen torcidamente los privilegios del precepto con la sospechosa intención de lograr efectos en vida de quien reconoce, no haya otra cosa que un reconocimiento en *forma* testamentaria, cuyas solemnidades externas pueden —si reúnen los requisitos del artículo 120.1º del Código civil *in fine*— suponer un documento hábil (125) a lo más, para intentar exclusivamente reunir los consentimientos previstos en el artículo 124.1 del Código civil respecto a su eficacia, pues, con ocasión del negocio de última voluntad, nace un acto jurídico independiente, y, además, *intervivos* (126). Sin em-

(125) Cfr. S. de 27 de abril de 1918.

(126) Se pretende la relevancia del acto antes de desplegarse los efectos típicos del testamento (cfr. S. de 9 de octubre de 1982).

bargo, las normas jurídicas aplicables objetivan este punto: si el reconocimiento se realiza en un testamento notarial abierto, en virtud del artículo 254 del Reglamento notarial y por los motivos ya vistos, siempre deberá someterse a los requisitos del artículo 124.1 del Código civil; el resto de los reconocimientos testamentarios siguen las pautas del artículo 124.2 del Código civil.

#### 4. Supuestos dudosos

Se plantean algunas cuestiones inciertas todavía: *¿Quid iuris*, a la muerte de su autor, si el reconocimiento testamentario tuvo suspendida su eficacia *inter vivos* al no cumplir los requisitos del artículo 124.1 del Código civil?. Esta hipótesis sólo puede acontecer en un testamento notarial y abierto, como vimos, pues en el resto de las formas o no constituye un documento público antes de su protocolización para intentar la vía del artículo 124.1 del Código civil (cfr. art. 120.1º C.c. *in fine*), o tampoco se conoce su contenido hasta el óbito. En principio cabe una doble alternativa: entender definitorio el incumplimiento del artículo 124.1 del Código civil, o, por el contrario, considerar que sucede una modificación en el acto de reconocimiento, y, a sus expensas, se transforma su régimen jurídico del primer al segundo párrafo del artículo 124 del Código civil, y deviene de modo automático eficaz (127). Por mi parte, me inclino por una solución intermedia, pues el fallecimiento elimina cualquier atisbo de inconfesables motivos antes sospechados en quien reconoce, para constituir un acto en puro beneficio del hijo menor o incapaz (128); mas en la práctica no existe automática relevancia del hecho al carecer el juez de facultades de oficio para ello, sin embargo estarán legitimadas cualquier persona con interés legítimo y el Ministerio fiscal para instarlo, lo que acaso resulte dificultoso, pues el representante legal puede insistir en su negativa, los parientes del autor no querrán, por lo común, incoarlo contra sus intereses —aunque caben aquí todo tipo de imprevistos— y el Ministerio fiscal, por desgracia se distingue por su inoperancia en estos casos.

Podemos, asimismo, preguntarnos qué ocurre cuando un reconocimiento testamentario pretende su eficacia *post mortem*, pero existe una filiación acreditada y contradictoria (129). En principio, con arreglo a

---

(127) Algunos autores italianos en un supuesto muy parecido —matrimonio canónico no inscribirle por alguna circunstancia en el Registro Civil, que luego sí resulta por la modificación de los hechos— hablaron de novación *ex lege*.

(128) Cfr. RR. de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986. La doctrina también ha resaltado la total ausencia de beneficio en quien reconoce una vez muerto (cfr. DIEZ PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 336 y PEÑA, op. y loc. cit., p. 916).

(129) Como tenemos dicho, no son incompatibles las filiaciones por naturaleza y adoptivas con arreglo al juego combinado de los arts. 108.1, 113.2, 175.2, 177.2 C.c.; 50 LRC; 21.2, 22.2 y 123 RRC, porque la reforma del 1981, según su Exposición de Motivos, toma los «hijos por naturaleza como contrapuestos a los de adopción», pero nunca constituyen situaciones contradictorias por hipótesis. «Más aún, a la vista de lo que dispone hoy el párrafo segundo del art. 177 del Código, no parece existir verdadera incompatibilidad entre la filiación biológica y la adoptiva, porque ésta se superpone a aquélla». (Comentario a la R. de 16 de mayo de 1986 en «Actualidad Civil» ..., pp. 2074 y 2075.)

la circular de 2 de julio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de filiación, «la principal novedad estriba en que para inscribir el reconocimiento de filiación, paterna o materna, será preciso que concurran los requisitos que, según se trate de hijo mayor de edad, o menor o incapaz, exigen, respectivamente, los nuevos artículos 123 y 124 y que no aparezca ninguno de los obstáculos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 113 del Código civil» (130). Ahora bien, a mi modo de ver, son distinguibles dos situaciones diversas, según la filiación acreditada lo sea ya en virtud de su determinación legal (arts. 113, *in initio*; 115 y ss. y 120 C.c.), ya por posesión de estado en su defecto (arts. 113.1 C.c. *in fine*). En el primer caso no cabe practicar la inscripción del reconocimiento sin remover el asiento contradictorio (cfr. arts. 113 C.c.; 50 LRC y 123 RRC), lo cual exige impugnarse, conforme a los artículos 137 y 140 C.c., la filiación determinada, por las personas que legitiman estos preceptos para llevarlo a cabo. Más compleja es todavía la segunda hipótesis, pues se basa en una circunstancia extraregistrarial y materia de las correspondientes comprobaciones; en consecuencia, difícilmente sucederá esto antes de la inscripción —según el artículo 124.2 del Código civil— del reconocimiento, y entonces, el artículo 131.2 del Código civil contraviene lo previsto en el artículo 113.2 del Código civil porque, si bien en rigor jurídico se acredita la filiación una vez demostrada la posesión de estado, ésta, por la propia realidad de los acontecimientos, existe mucho antes; por consiguiente, una vez se notifique la inscripción del reconocimiento «al otro progenitor o al representante legal del inscrito, y si este representante no fuera conocido, al Ministerio fiscal (la finalidad exclusiva de estas notificaciones es la de informar a los posibles interesados sobre el nuevo asiento que puedan exigir el cumplimiento de los deberes que se derivan del estado inscrito, o en su caso, acusen las deficiencias del asiento o del reconocimiento en el procedimiento adecuado)» (R. de 28 de noviembre de 1981), pueden acudir los representantes legales —aunque sea por posesión de estado— del menor a impugnar el reconocimiento si no se ajustase a los dictados de la verdad biológica, en los términos que de seguido pasamos a establecer.

Constituye un último punto de análisis en el epígrafe presente los mecanismos atribuidos por el ordenamiento para impugnar la determinación de la filiación a partir de un reconocimiento testamentario del menor o incapaz inscrito a la muerte del *de cuius*; la causa evidentemente deberá ser su discrepancia con la verdad biológica o los vicios que anulen el acto y, en definitiva, «sería preciso acreditar una causa suficiente para ello, que en concreto habría de ser la imposibilidad del acceso carnal de los padres al momento de la concepción del hijo, la de impotencia para ello o las que viciaran el consentimiento en el acto de reconocimiento» (S de 22 de diciembre de 1964), además hoy día, con arreglo al artículo 127 del Código civil, de «la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas»

---

(130) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit., p. 75 y Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 331.



que pudieran ofrecer datos contradictorios con la pretendida realidad de lo desvelado en el reconocimiento; con todo, se hace muy problemático, por cuanto las pruebas biológicas sirven más para descartar a un posible progenitor que para definirlo, y estando muerto el causante, no podrá someterse a ellas; y las comprobaciones de imposible acceso carnal son también muy dificultosas por constituir un hecho negativo y por el transcurso de tiempo.

Antes de finalizar con estas cuestiones inciertas planteadas en la eficacia del reconocimiento testamentario del menor o incapaz una vez muerto el causante, quiero relativizar su alcance práctico: normalmente habrá el hijo logrado la mayoría de edad —distinto es el caso del incapaz— a la muerte de su padre, luego no entra en juego el artículo 124.2, sino el 123 del Código civil, variando asimismo las acciones de impugnación o determinación de la filiación, para las cuales siempre ostentará legitimación activa el propio hijo (cfr. arts. 129 y ss. C.c.).

### C) Reconocimiento en el plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento

Entraña la segunda excepción al principio previsto en el artículo 124.1 del Código civil sobre la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz. Su causa se cifra en que, siendo el plazo muy corto —entre 24 horas y 8 días a partir del alumbramiento (cfr. art. 42 LRC), sin perjuicio de su prolongación hasta 16 días si concurriere fuerza mayor (cfr. art. 166 RRC)—, quien reconoce acreditada de todo punto su diligencia en cumplir las obligaciones derivadas de la relación paternofilial (131); además, en tan breve transcurso de tiempo no existe representante legal distinto del propio progenitor, y tampoco se habrán producido unos lazos de filiación por posesión de estado a que afecten el reconocimiento (132).

Interesa resaltar a tenor del inciso, que se trata de un mero requisito cronológico (133), sin atender a los medios empleados en su consecución (134). Por consiguiente, si en tal plazo se otorga un testamento abier-

---

(131) Cfr. Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 336; PEÑA, op. y loc. cit., p. 928. A *sensu contrario* queda reforzada la *ratio* del art. 124.1 C.c., pues si el progenitor optó por no acudir a los medios establecidos en el Derecho para determinar la filiación, digamos de un modo normal jurídicamente hablando, habrán de calibrarse las nuevas circunstancias con detenimiento en interés del hijo y, por tanto, este juicio compete a quien ostente su representación.

(132) Las razones son tan evidentes que, pese a ignorar el proyecto de ley el reconocimiento testamentario, si contenía el supuesto ahora estudiado. Sin embargo, la Sra. Pelayo propuso mediante una enmienda eliminarlo también (*BOCG*, Congreso ... enmienda n.º 23), pero fue rechazada.

(133) Cfr. Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 336; PEÑA, op. y loc. cit., p. 928. Esto motivó una enmienda del grupo de UCD en el Senado —«se contraponen una modalidad formal de reconocimiento (el testamento) con un requisito temporal, lo cual no resulta lógico» (*BOCG*, Senado ..., enmienda n.º 47)—, que se desestimó en atención al distinto fundamento de ambas circunstancias.

(134) Ello se señalaba en una enmienda de UCD acerca del art. 124.2 C.c.: «se refiere al régimen general de la determinación legal de la filiación no matrimonial, abstracción

to notarial para reconocer al hijo, en virtud de los artículos 254 del Reglamento notarial y 124.2 del Código civil resultarán inaplicables —pese a cuanto dijimos en lo relativo a esta cuestión— las previsiones del artículo 124.1 del Código civil (135). A la postre, tampoco es necesario haber practicado en este período la inscripción de nacimiento, basta con la existencia de su solicitud.

## V. EL ARTICULO 124.2 DEL CODIGO CIVIL «IN FINE»

### A) Cuestiones preliminares

Los últimos incisos del precepto —«La inscripción de la paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal»— constituyen «un prodigio de redacción defectuosa» (136), en parte provocado por las transformaciones operadas en su

---

hecha de cual sea el título concreto por el que se haya efectuado» (*BOCG*, Senado ..., enmienda n.º 48).

En la situación anterior a la reforma esto no era idéntica; así, la R. de 21 de enero de 1921 declaraba tan sólo libres de aprobación judicial los reconocimientos efectuados en el acta de nacimiento, lo que se mantuvo en el texto del Senado —corregido en la versión final del art. 124.2 C.c.— cuando no hablaba del plazo, sino del acta de nacimiento, precisión que hubiera restringido drásticamente las posibilidades ofrecidas en el precepto; tras la reforma del Código, la R. de 18 de agosto de 1982 pletea el caso del reconocimiento ante un juez de paz en el plazo para practicar la inscripción que el autorizante del reconocimiento paterno hubiera sido el Juez de Paz, es claro que el reconocimiento de filiación paterna no matrimonial podía efectuarse tanto antes como ahora (cfr. art. 49 LRC y art. 120-1.º C.c.) por comparencia ante el Encargado de Registro y en esta expresión es obvio que ha de estar comprendido el Juez de Paz, delegado de aquél, conforme a lo señalado por el art. 45 del Reglamento del Registro Civil, del cual resulta que el Juez de Paz «actúa por delegación del Encargado y con iguales facultades, salvo en los expedientes», sin que, para la validez de los asientos importe el grado en que el Juez de Paz, o el del Distrito han cumplido con su deber de solicitar, o impartir, las instrucciones necesarias para el desempeño del Registro (cfr. arts. 46-III y 47 RRC7, lo cual será objeto especial de la inspección ordinaria (cfr. art. 58 RRC) y, de otra parte, conforme al art. 186, párrafo segundo, del Reglamento del Registro Civil, aclaratorio del art. 49 de la Ley y del antiguo art. 133 del Código civil, no era necesaria la aprobación judicial cuando el reconocimiento de un menor había sido otorgado —como así fue en el presente caso—, dentro del plazo fijado para practicar en virtud de declaración la inscripción de nacimiento, aun cuando ésta ya se hubiera extendido, y este criterio lo reafirma el primer inciso del párrafo segundo del actual art. 124 C.c., cuando señala que no serán necesarios el consentimiento o aprobación, a los que se refiere el párrafo anterior, si el reconocimiento no hubiere efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento».

(135) La S. de 27 de junio de 1950 contempla la simultaneidad en ese término de reconocimientos distintos efectuados en acta de nacimiento y testamento para declarar la primacía del primero respecto del segundo. Asimismo serían aplicables por analogía los criterios de las RR. de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986 —no puede utilizarse un mecanismo formal para conseguir beneficios sustantivos—, pues *a fortiori*, aquí sucederá lo mismo en sentido contrario.

(136) DE LA CÁMARA, *El nuevo derecho de filiación*, en «El nuevo derecho de familia», Madrid, 1982, p. 69; en el comentario a la r. de 16 de mayo de 1986 se califica de «inexplicable» dicha circunstancia (*Actualidad Civil* ..., p. 2074).

seno a lo largo del *iter* parlamentario, con grave detrimento de su coherencia interna.

El aserto *in fine* del artículo 124.2 del Código civil contiene una contraexcepción a la dispensa de los requisitos del artículo 124.1 del Código civil plagada de incertidumbres, empezando por la diferencia en el trato del reconocimiento según el sexo de quien lo incoa. La raíz de la distinción estriba en el principio *mater semper cerca est*, a tenor del artículo 120, 1.º y 4.º del Código civil, y la propia entidad de los hechos tal y como realmente acontecen (137), además, tal vez el padre desconozca con certeza su auténtica y no sólo aparente relación con el menor, mientras la madre cuenta siempre con datos más fehacientes al respecto (138) y, en fin, a la madre corresponde por naturaleza cuidar del primer desarrollo de la criatura, y, en atención al *favor filii*, dirimir los conflictos respecto a su verdadero interés (139). Estas razones avalan de por sí el estricto cumplimiento del principio constitucional de igualdad en este punto, pues, con arreglo a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, «el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 (de la Constitución) hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas o darles un tratamiento diverso que puede incluso venir exigido, en un estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento»; «lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación..., es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable» (140).

De otro lado, el artículo 124.2 del Código civil *in fine* habla de «madre» y «padre» no refiriéndose sólo al hecho biológico, sino a la calificación jurídica de tales (141), esto se desprende para la madre del artícu-

---

(137) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 930; MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit., pp. 69 y 70; también alude a ello la R. de 22 de julio de 1985: «en la inmensa mayoría de las ocasiones lo será la madre, cuya relación materno-filial con el hijo habrá quedado previamente determinada legalmente por la vía de los números 1.º ó 4.º del art. 120 del Código»; si bien no es menos cierto que, merced a la protección de su intimidad, admite las consabidas excepciones esta premisa (cfr. MANRESA, op. cit., p. 574). Con todo, el panorama es muy distinto para el padre, cuya determinación, si no es cónyuge de la madre, depende de su espontánea declaración de voluntad o de las oportunas indagaciones judiciales, por cuanto no existe presunción fáctica o legal alguna (cfr. S. de 4 de abril de 1984).

(138) Sería bien ilustrativo el supuesto de la S. de 22 de diciembre de 1964 si los litigantes hubieran tenido hijos en sus relaciones.

(139) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 930.

(140) Estos son «los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias, como las de 13 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975» (S. de 10 de noviembre de 1981 y cfr. la profusa doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la materia: SS. de 2 de junio y 16 de noviembre de 1981, etc.). Por esto mismo, considero rechazable la opinión DE LA CÁMARA, para quien la negativa de la madre puede constituir un agravio constitucional (cfr. op. y loc. cit., p. 68).

(141) Extraña de visu que, mientras el art. 124.1 C.c. *distinguía entre representante legal y progenitor conocido*, en el segundo párrafo sólo trata de «madre» y «padre» (cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 931), lo cual es lógico, pues, como más tarde razonaremos, el art. 124.2 C.c. *in fine* se refiere al reconocimiento practicado en el plazo para inscribir el nacimiento, y su brevedad sólo permite la existencia, legalmente hablando, del padre que practicó la inscripción, y de la madre con arreglo al principio «*mater semper certa est*».

lo 120, 1 ó 4 del Código civil (cfr. R. de 22 de julio de 1985) (142), y respecto al padre por el tenor literal del propio inciso cuando trata de «la inscripción de pateridad así *practicada*», demostrando en el partici-  
pado pasado su pretérita constancia en el Registro (143). Ahora bien, en el supuesto legalmente contemplado la madre debe preceder en su deter-  
minación legal al padre, porque, de lo contrario, —es decir, cuando el  
padre fue quien primero reconoció y luego procede a ello la madre constan-  
te plazo para practicar la inscripción de nacimiento— el *favor filii*  
es motivo suficientemente poderoso para evitar el consentimiento pater-  
no, resultando, además, notoria la diligencia de la madre respecto del  
hijo, y la indefensión de la criatura palmaria.

## B) Aspectos funcionales de la suspensión y de la confirmación

Sin perjuicio de tratar posteriormente sobre las implicaciones sustan-  
tivas de la suspensión de la inscripción a solicitud de la madre cuando  
el padre la hubiera logrado en el plazo previsto para inscribir el naci-  
miento, conviene ocuparse primero de sus facetas funcionales, junto a  
las de la confirmación instada por el padre.

El fundamento de la medida trae causa del propio interés del hijo  
que guía todas las determinaciones del artículo 124 del Código civil, por-  
que, según entiendo, se parte de la hipótesis de permitir a la madre pon-  
derar la conveniencia para el hijo de una estabilidad mayor que la deri-  
vada de su carácter extramatrimonial, cuando en determinadas situacio-  
nes parezca ésta inevitable, sobre todo si existe un riesgo cierto —ante  
las desavenencias personales que suele producir el hecho en las relacio-  
nes de los progenitores, máxime siendo jóvenes y solteros— de convertir  
al menor en instrumento de presión entre uno y otro, sujeto a todo tipo  
de intereses egoístas de cada cual y sus respectivas familias, en detrime-  
nto del único principio estimable con atención preferente: la necesaria es-  
tabilidad familiar, anímica y moral del hijo meor, cuyas perturbaciones  
acaso sean irreparables en el daño causado (144). Ante dicha coyuntura  
la madre puede buscar, en su previsión, alternativa válida, y en circuns-  
tancias suficientemente proporcionadas, para el porvenir del hijo, por  
cuanto le ha reconocido dotándole de la mínima estabilidad vital, y a  
ella compete la guarda y custodia de su exclusivo beneficio (145).

(142) Si la madre por excepción no estuviera legalmente determinada o tampoco pu-  
diese acreditar la filiación, esto sucederá por el respeto jurídico a su intimidad, y, en con-  
secuencia, no estará protegida por el art. 124.2 C.c. *in fine*.

(143) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 931. El autor en su espléndido trabajo, tantas ve-  
ces citado, considera también posible la oposición preventiva de la madre si tiene conoci-  
miento de la inminente inscripción del padre, lo que, a mi juicio, es insostenible con el  
texto del artículo en la mano.

(144) «Haciendo así sufrir injustamente a los nacidos fuera del matrimonio las con-  
secuencias de un comportamiento de sus padres del que, en modo alguno, podían ser re-  
sponsables», como decía la Exposición de Motivos del proyecto refiriéndose a las normas  
derogadas.

(145) Se dirá, sin embargo, que también el padre ha reconocido a la criatura, pero  
la madre puede considerar, pese a todo, inconveniente para el menor la circunstancia, por

La suspensión prevista en el artículo 124.2 del Código civil *in fine* cuenta con un plazo preclusivo de un año, cuyo alcance comporta otro punto difícil y oscuro: ¿el año juega como término para solicitar la suspensión, o, por el contrario, constituye un periodo de duración de la medida, una vez solicitada, previo a ventilarse la posible confirmación instada por el padre?

La primera tesis goza mayores visos de verosimilitud a la vista de las expresiones utilizadas en el precepto —no existen comas separando «petición de la madre» y «año siguiente al nacimiento»—, y singularmente porque la confirmación incoada por el padre se contempla como respuesta jurídica e inmediata frente a la suspensión conseguida por la madre (146); ante tales argumentos decaen las posibilidades de la segunda, por otra parte bien lógica: si se permite a la madre establecer alternativas para el porvenir del hijo, mirando por su estabilidad familiar y anímica, lejos del hecho biológico, el plazo de un año es suficiente para que, si el padre persevera en su intención, el juez pondere ambas circunstancias —es decir, compare, a la luz del exclusivo beneficio del menor, las medidas adoptadas por la madre y su eficacia respecto a la estabilidad del hijo, en relación con la constante voluntad de su padre— y decida lo más oportuno, teniendo en cuenta el artículo 113.2 del Código civil si hubiera ya distinta filiación acreditable por posesión de estado u otro motivo legal.

Una vez formulada la *ratio* aparente de la suspensión, conviene profundizar en otros aspectos formales de la misma y también de la posible confirmación ulterior.

La suspensión se consigue a expensas de la mera solicitud de la madre cuando se le haya notificado la inscripción de la paternidad practicada —acto seguido matizaremos en sus justos términos el extremo— en los supuestos contemplados en el artículo 124.2 del Código civil *in initio*; pese a la dicción un tanto ambigua de la norma —«podrá suspenderse»— el efecto es inmediato a la manifestación de la voluntad materna, que constituye un acto personalísimo (147) y solemne por su constancia registral.

Promovida la suspensión, al padre le queda pedir la confirmación del asiento practicado, ante la correspondiente instancia judicial, alegando los motivos oportunos; pero, extraña que a la hora de sustanciar el asunto no se otorgue audiencia por el juez a la madre —al menos distinto criterio parece corresponder al silencio del Código en este punto, comparados con otros del propio artículo 124 del Código civil —porque su sim-

---

muy diversas razones, como pueden ser acontecimientos en la generación que, sin incurrir en ningún tipo delictivo, sí fuera censurables, o el comportamiento del padre respecto a ella una vez quedó embarazada, etc.; si bien estas situaciones no son por lo general compatibles con la conducta paterna respecto del hijo, salvo encubriendo la búsqueda de un interés a su favor.

(146) Cfr. RIVERO, op. y loc. cit., pp. 64 y ss., y RUIZ VADILLO, op. y loc. cit., p. 162; asimismo, supuso el criterio del Juez de primera instancia, del Ministerio Fiscal y del Abogado del recurrente según los resultados de la R. de 22 de julio de 986.

(147) Sólo a ella compete juzgar primero la conveniencia para hijo (cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 9317).

ple deseo conduce a la suspensión (148); sin embargo, atendiendo al principio de legitimación e interés directamente afectado en el asunto (cfr. art. 94, 3.º RRC) no sólo la madre puede acudir expediente, sino que debe ser llamada por el juez de oficio para motivar su negativa, si ésta no se hubiera justificado al formularse (149). Aun así, queda de manifiesto la necesidad práctica de oponer razones por la madre si desea contar con un mínimo de garantías contra la eficacia del reconocimiento, y, en última medida, frente a la confirmación solicitada por el padre al criterio del juez, quien se guiará siempre con arreglo al exclusivo interés del menor o incapaz, sin distraerse lo más mínimo en los habituales enconos personales de los interesados.

### C) Ambito de aplicabilidad

Hechas estas oportunas aclaraciones previas, es menester proseguir acerca del ámbito de aplicabilidad del aserto *in fine* del artículo 124.2 del Código (150).

Aparentemente, según su propio tenor, podría inferirse su relevancia sobre las dos excepciones al artículo 124.1 del Código civil previstos en su segundo párrafo *in initio*, es decir, el reconocimiento testamentario —siempre con las advertencias establecidas anteriormente— y el practicado en el plazo para inscribir el nacimiento; sin embargo, bien examinadas las cosas, sólo a este último supuesto se reduce la vigencia del artículo 124.2 del Código civil *in fine*, por cuanto:

1. El «iter» parlamentario de la norma lo indica sin lugar a dudas:

El estudio comparativo de las distintas redacciones del precepto a lo largo de su debate por las Cortes antes de su aprobación, aporta datos irrefutables del alcance de la suspensión.

El proyecto de ley enviado por el Gobierno al Legislativo contemplaba en el artículo 124.2 del Código civil, como excepción al mecanismo previsto para su eficacia en el primer párrafo, sólo el reconocimiento «efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento», y además, no se incluían salvedades de ningún género a este régimen especial. Ello provocó una enmienda de los Socialistas de Cataluña para introducir en la versión original del artículo —esto es, habida cuenta de la preterición del reconocimiento testamentario, para el caso único del reconocimiento practicado en el plazo para inscribir el nacimiento (151) —la posible suspensión previa solicitud de la madre (152).

---

(1548) Las razones del desmesurado valor conferido a la voluntad de la madre, incluso en contra de las exigencias de la verdad biológica, son claras: ella es siempre cierta, conoce al auténtico padre mejor que hasta él mismo, y además, en tanto se ha responsabilizado del hijo mediante su reconocimiento, está encargada de velar por sus intereses (vid. PEÑA, op. y loc. cit., p. 930).

(149) Criterio de MARTÍNEZ CALCERRADA (cfr. op. cit., p. 77), pese a las reservas que realiza en lo relativo a los arts. 49 LRC y 186 RRC.

(150) Vid. RUIZ VADILLO, op. y loc. cit., p. 163.

(151) Vid. PEÑA op. y loc. cit., p. 929.

En lo sucesivo el precepto evolucionó sin la cohesión debida, de modo que, mientras la Ponencia del Congreso aprobó la enmienda citada en su estricto alcance (153), la Comisión a su vez, ampliaría —inopinadamente, pues no existía iniciativa solicitándolo en el plazo reglamentario (cfr. art. 114.3 del Reglamento del Congreso de los Diputados) —el régimen excepcional del artículo 124.2 del Código civil al reconocimiento testamentario, y lo hizo de forma incorrecta mediante una simple interpolación (154); con ello se distorsionaba el juego de la salvedad prevista en el artículo, a resultas de la enmienda introducida sobre un texto diferente (155). A fin de paliar, en la medida de lo posible, tales incongruencias, una enmienda de UCD en el Senado adecuaba el plazo de la suspensión al reconocimiento testamentario, empezando a contarse no a partir del nacimiento, como hasta entonces —lo que hacía inviable su relevancia para el caso de testamento—, sino desde la inscripción (156); mas el texto definitivo aprobado en el Congreso rechazaba la propuesta, convirtiendo en inútil de *facto* la suspensión para el reconocimiento testamentario, tan apresurada e incorrectamente —desde un punto de vista formal— introducido en la norma.

2. Sobre la base de cuanto dijimos acerca de la eficacia del reconocimiento testamentario y sus diversas formas en relación con los dos párrafos del artículo 124 del Código civil, la suspensión de la inscripción de paternidad prevista en su segundo párrafo deviene prácticamente imposible respecto al reconocimiento testamentario, pues:

a) El artículo 124.2 del Código civil sólo se aplica una vez fallecido el causante, y en condiciones normales ello no es previsible dentro del año siguiente al nacimiento de su propio hijo; además, es también muy aventurado establecer la existencia de una norma para tan exiguo supuesto.

b) Si el reconocimiento resulta un acto personalísimo e intransferible (157), *a fortiori* asimismo lo será instar la confirmación *ex* artículo 124.2 del Código civil *in fine* (158), pero muerto el autor decae dicha facultad (159).

(152) Cfr. *BOCG*, Congreso ..., enmienda n.º 192.

(153) Es decir, sin ninguna relevancia en los reconocimientos testamentarios por entonces excluidos del art. 124.2 C.c. (cfr. *BOCG*, Congreso ..., n.º 71, I, 3, día 22 de mayo de 1980).

(154) Cfr. *ibidem*, n.º 71-II, día 21 de diciembre de 1980.

(155) PEÑA subraya la inutilidad del hecho pues el art. 124.1 C.c. sirve para prever estas circunstancias (cfr. op. y loc. cit.).

(156) Cfr. *BOCG*, Senado ..., enmienda n.º 116.

(157) Los autores —cfr. DIEZ PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 338, y PEÑA, op. cit., p. 907— y la jurisprudencia (cfr. SS. de 27 de abril de 1918 y 4 de abril de 1984), lo reiteran constantemente.

(158) Ello aparte, aunque lo fuera, los descendientes no querrán de ordinario proceder contra sus propios intereses.

(159) Previendo ésto, UCD planteó una enmienda en el Senado solicitando la interdicción de oficio por el Juez para decidir la confirmación o no del asiento (*BOCG*, Senado ..., enmienda n.º 47), mas corrió la misma suerte de todas las sugerencias del Senado, y fue rechazada.

3. Las mismas expresiones finales del artículo 124.2 del Código civil en su alcance técnico parece excluir el reconocimiento testamentario.

El precepto emplea una terminología jurídica —«la inscripción de paternidad así practicada»— bien precisa (160), que se corresponde con la legislación registral, rica en variedades de asientos; así podríamos distinguir entre inscripción principal y marginal (161), si bien no aporta nada en el supuesto del artículo 124.2 del Código civil, pues no se requiere que los reconocimientos efectuados en el plazo hábil para inscribir el nacimiento consten en su propia acta, luego «la inscripción así practicada» puede ser tanto principal como marginal. Por el contrario, sí revisten una gran importancia las distinciones entre inscripción —cualquiera de las anteriores, cuya diferencia se reduce a las meras facetas sistemáticas— y anotación marginal, por cuanto estas últimas poseen una entidad inferior, «simplemente informativa, y que en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción» (art. 145 RRC).

Así las cosas, el artículo 124.2 del Código civil se refiere a una «inscripción de paternidad así practicada» y, siendo consecuentes, sólo cabe hablara de inscripción de paternidad, sobre todo si ya se ha practicado, en el reconocimiento hecho en el plazo hábil para inscribir el nacimiento —sea en su acta (inscripción principal) o en otro medio (inscripción marginal)—, pero nunca en el reconocimiento testamentario que, según el artículo 254 del Reglamento notarial (162), las disposiciones normativas inferiores (RO de 5 de mayor de 1917 (163) y cfr. anteriormente la OM de 22 de enero de 1899), y la reiterada doctrina del Centro directivo —ininterrumpida desde la resolución de 12 de agosto de 1919 hasta la de 16 de mayo de 1986—, consta en el registro a través de anotación marginal, suficiente para publicar la paternidad, pero no con el alcance previsto en el artículo 124.2 del Código civil *in fine*.

Sin embargo, una parte de los autores, sin considerar las distinciones del reconocimiento testamentario y su régimen jurídico sometido *ad casum* al párrafo primero del artículo 124 del Código civil (abierto y notarial) o al segundo, estiman por notorias razones de justicia la posible aplicabilidad del artículo 124.2 *in fine* también al reconocimiento testamentario (164), para ello, se impone una interpretación correctora del inciso

(160) Tampoco es menos cierto que nuestro Código no suele ser muy exacto cuando utiliza las categorías registrales, porque tiende —creo que de modo premeditado— a emplear expresiones genéricas cuya equívocidad permite otorgarles el mayor alcance posible *ad casum*; pero en el supuesto que nos ocupa distinta es la intención en apariencia.

(161) El art. 48 LRC reza: «la filiación constará en la inscripción de nacimiento o a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento», lo cual se reafirma en el art. 130 RRC: «las inscripciones de nacimiento, matrimonio, defunción y las primeras de cada tutela o representación legal son principales; las demás, marginales» (el art. 131 RRC trata de las primeras y el art. 132 RRC de las segundas) (cfr., también, arts. 43 LRC y 191 RRC).

(162) «Los Notarios expedirán testimonio de los reconocimientos de hijos no matrimoniales hechos en testamento para su anotación marginal en el Registro Civil.»

(163) «Sean anotados marginalmente los reconocimientos de hijos naturales hechos en testamento...»

(164) Cfr. DE LA CÁMARA op. y loc. cit., p. 70; en la línea opuesta cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 931.



en lo relativo al plazo para pedir la suspensión, porque, si no, había de bastarle al padre con acentuar injustamente su negligencia retrasando el reconocimiento testamentario notarial y abierto, esto es *inter vivos*, hasta un año después del nacimiento de su hijo, con lo cual el fraude de ley quedaría perpetrado en perjuicio de las garantías legales otorgadas al interés del menor en la reforma. En consecuencia, este sector doctrinal entiende por analogía el plazo ampliado en estos supuestos hasta el año después de la inscripción (165); mas esto es prácticamente imposible, pues una cosa es apreciar analogías, y asunto muy diferente forzar el texto hasta extremo de desvirtuarlo con novedades (166), a lo sumo si estuvieron previstas en el *iter* parlamentario de la norma y resultaron desestimadas en la última instancia (167).

Aun así, existen, a mi modo de ver, dos situaciones donde conveniría calibrar la conveniencia de corregir el tenor del artículo por bien fundados motivos. La primera nace de una circunstancia realmente paradójica: si el reconocimiento se practica en testamento notarial y abierto, y en el plazo previsto para inscribir el nacimiento, ingresa en el registro mediante anotación marginal (cfr. art. 254 RN) y, a su vez, se beneficia de los privilegios del artículo 124.2 del Código civil *in initio*, evitando las garantías recogidas en el inciso *in fine*, siendo de todo punto inatenable; por consiguiente, habida cuenta de la falta de razones sustantivas a su favor, conceder este privilegio a una mera elección formal (cfr. RR. de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986) excedería lo razonable, haciéndose necesario corregir el abuso mediante la intervención de la ma-

---

(165) Cfr. DE LA CÁMARA, op. y loc. cit., p. 68; fue también esta la opinión del Juez de primera instancia en la R. de 22 de julio de 1985: «La inscripción de paternidad practicada por medio de testamento “podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento”, no cabe duda —dice—, de que por la interpretación correcta de este artículo, en el presente supuesto el plazo contará desde la inscripción pretendida, por lo que procede la suspensión de la inscripción.»

(166) Así lo expresó, en la R. de 22 de julio de 1985, el Ministerio Fiscal: «por extraño que parezca, lo que preceptúa el párrafo 2.º y lo que no puede hacerse en estos momentos, cuando todavía no hay una jurisprudencia clara ni del Tribunal Supremo ni de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando la doctrina está dividida (más bien expectante), cuando no hay demasiadas cosas claras en este punto, es resolver de espaldas al tenor de la Ley; no se puede hacer decir a la Ley “la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al reconocimiento”, cuando en realidad dice “al nacimiento”, esto no es una interpretación de la Ley, es una creación de algo que no se dice».

A mayor abundamiento es muy significativa la doctrina de la R. de 18 de agosto de 1982 acerca de la posible aplicación retroactiva de la suspensión prevista en nuestro artículo: «aunque se admitiera tal retroactividad que, como contraria a la regla general (cfr. art. 3.º C. c.), no debe tener otro alcance que el que estrictamente se desprenda de los preceptos que la establezcan, siempre resultaría en este caso que habría transcurrido desde el nacimiento del hijo el plazo del año en que se permite la suspensión de la inscripción de la paternidad; de modo que, pasado este plazo y al no existir regla especial entre las disposiciones transitorias de la Ley que resuelva la cuestión, no puede concluirse —so pena de incurrir en una verdadera invención normativa, con perturbación de las situaciones de estado civil consolidadas por el tiempo— que dicho plazo ha de contarse para las inscripciones anteriores desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo».

(167) Cfr. BOCG, Senado ..., enmienda n.º 116 de UCD y el texto aprobado en esta misma Cámara (cfr. art. 125.2).

dre con su facultad de suspender, puesto que, a fin de cuentas, se trata de un reconocimiento en el plazo para inscribir el nacimiento, con independencia de su acceso formal al registro.

El último tipo de supuestos donde resulta dudosa la no aplicabilidad del artículo 124.2 del Código civil *in fine* al reconocimiento testamentario regido en los primeros incisos del mismo párrafo —es decir, auténticamente *mortis causa*—, se producen cuando el menor o incapaz ha obtenido una estabilidad familiar y anímica plena lejos del hecho biológico. En estos casos la doctrina y el Centro directivo admitieron la eficacia del reconocimiento por la terminante ausencia de beneficio para su autor (168); pero ello supone un motivo incompleto, como se deduce del artículo 123 del Código —permite al hijo mayor en edad conseguir la ineficacia de su reconocimiento si no le satisface, aunque se hubiera producido *mortis causa* y en testamento (169)—, pues el artículo 124 del Código civil vela por el interés del hijo y éste no sólo se cifra en la rectitud del propósito de su padre al reconocerle, sino que integra elementos diversos y no siempre negativos respecto al egoísta interés paterno; en otras palabras, la inexistencia de beneficio en el padre no implica necesariamente un *plus* de interés en el hijo, y éste último es el único valor en sí mismo protegible. En el fondo deben estimarse aquí dos principios contrapuestos: nadie puede ser privado de conocer a su auténtico padre con arreglo a la naturaleza, y la estabilidad familiar anímica y moral del hijo menor debe salvaguardarse siempre. Ante una duda tan radical, si bien a merced del *favor filii* y el caso análogo del artículo 123 del Código civil en un principio me inclino por la protección a la estabilidad vital del hijo; considerando la verdad biológica, la continuidad de la posesión de estado, su posible irrelevancia en los apellidos del hijo y los efectos sucesorios del reconocimiento, opto a lo último por sumarme al criterio recogido en el Código e interpretado por la doctrina y el Centro directivo, sobre todo porque será de ordinaria vigencia el artículo 123 del Código civil, pues los hijos por lo general habrán alcanzado su mayoría de edad a la muerte de su padre y, a fin de cuentas, el objeto del artículo 124.2 del Código civil es facilitar el reconocimiento de la prole no matrimonial (170).

## VI. LA EFICACIA EN EL ARTICULO 124 DEL CODIGO CIVIL

### A) Sentido, alcance y causa de la ineficacia

He dejado curiosamente para el final el análisis de la primera cuestión planteada en el artículo 124 del Código civil: la eficacia, cuyo trata-

(168) Cfr. RR. de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986, y PEÑA, op. y loc. cit., p. 916, y Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 336.

(169) ¿Qué razón real existe para no haber trasladado este criterio al art. 124.2 C.c. en reconocimientos testamentarios *mortis causa*,

(170) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit., p. 74.

miento se hace difícil en el precepto por lo descomprometido de la fórmula escogida: «la eficacia... requerirá».

La Sección 3, Capítulo II, Título V, Libro I del Código —«De la determinación de la filiación no matrimonial»— en sus escasos artículos agrupa, diferenciándolas al menos formalmente, tres situaciones distintas en lo relativo a los efectos del reconocimiento de la filiación extramatrimonial: requisitos de validez (cfr. art. 121 C.c.), requisitos de eficacia negativos (cfr. art. 123 C.c.) y positivos (cfr. art. 124.1 C.c.). Contraponiendo el artículo 121 y los artículos 123 y 124.1 del Código debemos concluir que si el primero se vulnera produce la nulidad del reconocimiento, como no podía ser menos tratándose de una circunstancia de la capacidad de su autor, mientras los segundos, en las mismas condiciones, originan para ciertos autores anulabilidad (171) y, en mi opinión, unas consecuencias en algún punto análogas, pero jurídicamente bien diferenciadas (172).

Sin embargo, el criterio del Centro directivo parece muy distinto, pues en la resolución de 16 de mayo de 1986 asimila la inexistencia del reconocimiento —categoría más restringida incluso que la nulidad— con la ineficacia *ex* artículo 124.1 del Código civil a *sensu contrario*: «La ineficacia del reconocimiento paterno testamentario, no consentido ni aprobado, no puede entenderse subsanada por el hecho de su inscripción, pues ésta carece de virtualidad para suplir la falta de alguno de los requisitos leales de la *existencia* o eficacia del hecho a inscribir. Dicha inscripción no sólo será cancelable en virtud de expediente gubernativo al amparo del artículo 95.2.º LRC, sino que además *carece de todo efecto sustantivo*, pues evidencia un acto jurídico *incompleto* en orden a la producción del efecto que le es propio». Con ello en apariencia se adhiere a la opinión de un sector de la doctrina, conforme al cual los requisitos del artículo 124.1 del Código civil constituyen una *conditio iuris* de la eficacia del reconocimiento (173).

No obstante, la hipótesis me parece desacertada, porque la teoría de la *conditio iuris*, pese a su aceptación más o menos generalizada, no cuenta con el mínimo acuerdo doctrinal acerca de sus auténticos perfiles, y tiende a convertirse con frecuencia en una solución de compromiso ante supuestos realmente oscuros deparados por el ordenamiento jurídico. Ateniéndonos a sus más seguras descripciones la *conditio iuris* supone un elemento legalmente previsto para la propia existencia, en cuanto inte-

(171) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit., p. 74; quien también se apoya en los arts. 138 y 141 C.c. para reafirmar su criterio.

(172) El estudio comparativo de los artículos citados, asimismo conduce a otras conclusiones: como el art. 121 C.c. atiende a elementos de capacidad del propio acto de reconocimiento y, por el contrario, el art. 124.1 C.c. vincula la opinión del Juez al interés del menor reconocido —(cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit., p. 655, ROYO, op. cit., y ALBADALEJO, op. cit., allí recogidos)— cuando resulten aplicables simultáneamente cabría la validez «activa» e ineficacia «pasiva» de un mismo reconocimiento.

(173) Cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit. pp. 654 y 655 (y también otros autores, como ALBADALEJO, allí citados).

grador de la institución jurídica de que se trate —por lo general negocios jurídicos, si bien cabe predicarse asimismo de los actos jurídicos como aquí sucede—, y en consecuencia, de sus efectos, permanentemente condicionados a satisfacer el evento en que consiste tal *conditio iuris*; esta figura también ampara, en un segundo grado, «a otras circunstancias objetivamente separadas del negocio que existe sin ellas, pero que, aunque cronológicamente posteriores, constituyen antecedentes lógicos del negocio por su propia naturaleza y configuración típica... por mandato legal» (174).

Ahora bien, en nuestro caso el reconocimiento se produce con absoluta independencia —manteniéndola también después en lo relativo a su validez— de los requisitos establecidos en el artículo 124.1 del Código civil, cuyo alcance no afecta en absoluto a la esencia del acto, sino a su eficacia sin otras especificaciones (175). El reconocimiento se origina válidamente con su oportuna declaración si responde a la verdad biológica y a los requisitos esenciales que lo definen, entre los cuales destaca la unilateralidad: «el reconocimiento es, ante todo, la manifestación solemne que de una determina paternidad hace una persona... así, pues, a efectos de vincular al autor del reconocimiento, es el acto de reconocer —y no el acuerdo de voluntades— el fundamental, y por eso, para su plena eficacia, tal acto es suficiente, en principio, en determinados supuestos... y si en otros supuestos se exige todavía la concurrencia de otras voluntades, es sólo para atender al interés y conveniencia del reconocido» (R. de 27 de enero de 1970) (176); por tanto, el reconocimiento, aun sin cumplir los requisitos del artículo 124.1 del Código civil, existe válido y despliega ciertos efectos, que bien pudiéramos llamar simples por oposición a esa plena eficacia derivada de la concurrencia de las voluntades complementarias previstas en el artículo por el interés del hijo (177).

El reconocimiento surte un conjunto de auténticos efectos desde su origen y en virtud de su propia validez; esta relevancia —por denomi-

(174) DDORAL-DEL ARCO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1982, pp. 372 y 373.

(175) Cfr. RUIZ VADILLO, op. y loc. cit., p. 162; DE LA CÁMARA, op. y loc. cit., p. 68; MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit., p. 72; Díez PICAZO-GULLÓN, op. cit., p. 336; y PEÑA, op. y loc. cit., p. 930.

(176) Esto se decía contra el tenor del art. 129 C.c. derogado: «El hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre conjuntamente.»

(177) La situación es plenamente análoga con la establecida en los arts. 60 y 61 C.c. para el matrimonio canónico: desde su celebración produce los efectos civiles —(cfr. arts. 60 y 61.1 C.c. y art. VI.1) 2, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979)—, que son automáticamente reconocidos por el Estado (cfr. art. VI, 1), 1 del Acuerdo Jurídico), sin embargo, «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil» (art. 61.2 C.c. y art. VI, 1), 2 del Acuerdo Jurídico), si bien, aún no constando, sus efectos —producidos y con reconocimiento simple por el Estado— no perjudican los derechos adquiridos por terceros de buena fe (cfr. art. 61.3 C.c. y Protocolo final en relación con el art. VI, 1) del Acuerdo Jurídico, párrafo 2 *in fine*). Por consiguiente, los efectos civiles del matrimonio canónico reconocidos antes de su inscripción corresponderían a los efectos llamémoslos preliminares del reconocimiento mientras no concurren los requisitos del art. 124.1 C.c.; cuando se satisfagan, su plena eficacia es semejante al pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio inscrito en el Registro.

narla de alguna manera, eficacia preliminar— permanece aunque no se logren los acuerdos previstos en el artículo 124.1 del Código civil, pues dependen de la existencia del reconocimiento, incólume pese a ello. Entre tales efectos previos se halla la irrevocabilidad (178), lo cual da idea de su absoluta firmeza; de modo que si, por ejemplo, en un principio no aportó el representante legal su consentimiento y tampoco el juez, con el sucederse de nuevas condiciones el primero puede corregir su criterio y, entonces, la eficacia previa se transforma en plena sin necesidad de reiterar el acto de por sí válido y limitadamente relevante, cuya pendencia respecto a su plenitud desaparece con el cumplimiento de los requisitos previstos a tal fin en el Derecho. En consecuencia, cuando no concurren los consentimientos establecidos en el artículo 124.1 del Código civil se produce una suerte de condición suspensiva legal de los plenos efectos del reconocimiento, latentes desde su origen, y sin perjuicio de la relevancia preliminar exigida por su propia existencia (179).

En los derechos sucesorios adquiere una gran importancia cuanto venimos señalando porque los reconocimientos de filiación determinan legitimarios, sin perjuicio de que sus efectos típicos —aquellos relativos a la más estricta relación paterno-filial— no lleguen a desplegarse por una causa u otra (carencia de los requisitos del artículo 124.1 del Código civil o haber muerto quien reconoce). Partiendo siempre de la certeza del hecho biológico voluntariamente desvelado, no importa su ineficacia típica para su relevancia sucesoria; si el reconocimiento es *inter vivos* —sea o no testamentario— y no logra los consentimientos requeridos *ad casum*, por el contrario consigue la constancia documental de un hecho de cuya proyección sucesoria patrimonial en beneficio del menor da cuenta el artículo 807 del Código civil, por cuanto las legítimas en el ordenamiento español son indisponibles y de orden público (cfr. art. 806 C.c.); así pues, también supone un efecto simple o previo del reconocimiento

---

(178) Cfr. PEÑA, op. y loc. cit., p. 930.

(179) Así pues, un reconocimiento testamentario con pretendida eficacia plena en vida de su autor no la logra mientras incumpla los requisitos del art. 124.1 C.c., en garantía del exclusivo beneficio del hijo menor (cfr. RR. de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986), sólo salvaguardada con la muerte del causante; ahora bien, este tipo de reconocimiento *inter vivos* despliega una eficacia relativa, cuyo alcance abarca ciertamente la irrevocabilidad; luego, cuando se produzca el óbito del *de cuius* debería de modo automático adquirir la plena eficacia en virtud de una modificación esencial acontecida en el acto, antes pretendidamente *inter vivos* y ahora, por la fuerza de los hechos, *mortis causa*, con absoluta independencia de la voluntad de un autor, lo que manifiesta su autónoma eficacia; esto parece desprenderse de las siguientes frases de la R. de 22 de julio de 1985: «este reconocimiento desprovisto de eficacia hasta que ésta se alcanzara, lo que podría suceder, durante la minoría de edad del reconocido, por *fallecimiento del testador*, o por concurrir la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal de aquél, o bien, después de la mayoría, si sobreviene el consentimiento expreso o tácito del reconocido (cfr. art. 123 C.c.)».

Como vimos, la práctica impide su automatismo por no tener facultades de oficio para ello el Juez, así *pende de la solicitud de los interesados, que se pueden reducir al representante legal del menor, habida cuenta del presumible desinterés de los causahabientes en perjudicar su propia situación en condiciones normales —aunque caben imprevistos— y la inoperancia del Ministerio Fiscal en esta materia.*

la determinación del legitimario en el orden sucesorio, pese a su ineficacia típica en la órbita familiar (180).

Existe al respecto un caso dudoso cuando el menor reconocido se halla incurso en adopción plena, del todo factible a tenor de los artículos 108.1; 113.2; 175.2; y 177.2 del Código civil 50 LRC y 21.2 y 22.2 RRC (cfr. RR. de 11 de marzo de 1985 y 16 de mayo de 1986) (181). El menor adoptado, con arreglo al artículo 179.1 del Código civil, ocupará en la sucesión del adoptante un lugar común al resto de los hijos (182), y en lo relativo a sus parientes por naturaleza, quedan éstos desplazados de sus legítimas sobre la herencia de su hijo, en virtud de la propia adopción (cfr. art. 179.2 C.c.); sin embargo, nada dice la ley de los derechos del adoptado en la herencia de sus parientes por naturaleza, cuyo vínculo se determine por un reconocimiento de filiación, lo que, a *sensu contrario*, induce a pensar en la permanencia de sus derechos sucesorios. Con todo, persisten las dudas porque nadie puede ser legitimario coetáneamente y en dos herencias distintas, por el mismo título, como tampoco una persona tiene dos padres o dos madres a efectos legales (cfr. art. 807, 1.º C.c.); ahora bien, ello sería posible de un modo sucesivo, lo cual resulta evidente si premueren los adoptantes —extinguida la adopción no hay causa para no restituir en su plena relevancia el reconocimiento—, mientras no tanto si fallece antes quien reconoce, aunque según creo, también se produce, por cuanto supone un efecto preliminar, y atípico del acto.

## B) Eficacia, suspensión y confirmación

El alcance de la eficacia tal y como se contempla en el artículo 124 del Código civil modifica el sentido de la suspensión y confirmación previstas en los últimos incisos del mismo precepto.

Analizando la legislación registral, la suspensión y confirmación de ordinario tienen unos perfiles distintos a lo establecido en el artículo 124.2 del Código civil *in fine*; ambas figuras comparten un carácter excepcional y no reciben un tratamiento sistemático adecuado. La primera supone una medida precautoria, en los casos legalmente previstos, al propio

---

(180) Tampoco entran en los efectos típicos los alimentos, en consecuencia el reconocimiento ineficaz según el art. 124 C.c. también despliega una eficacia *inter vivos*, mayor que la irrevocabilidad, con los alimentos (cfr. título VI, libro I C.c.), cuyo automatismo es inmediato pese a la ineficacia típica del reconocimiento.

(181) «El presente recurso plantea la cuestión de la inscribibilidad de una escritura de adopción de un menor que al tiempo de iniciarse el expediente figuraba en el Registro como reconocido únicamente por uno de sus progenitores, pero que con posterioridad es reconocido testamentariamente por el otro e inscrito dicho reconocimiento en vida del testador, sin previa aprobación judicial o consentimiento del representante legal de dicho menor y antes de la presentación de la escritura de adopción en el Registro Civil.» (R. de 16 de mayo de 1986.)

(182) Nos venimos refiriendo a las adopciones plenas, claro está; en lo relativo a las simples todo sucede mucho más sencillo: en nada varía el normal fenómeno sucesorio (cfr. art. 180.3 C.c.).

asiento, que se paraliza en atención al principio de legalidad en ciertas calificaciones confiadas al encargado —sin ánimo de casuísticas, ésto se induce de los artículos 252 RRC (y, conforme al carácter cuasiconstitutivo de la inscripción del matrimonio civil, por analogía los artículos 247 y 250 RRC) y 122 RRC— al contrario, en nuestra hipótesis sucede *a posteriori*, como quiera que la inscripción está ya «practicada», y atendiendo al interés del menor, sin perjuicio de la perfecta validez del reconocimiento desde un punto de vista jurídico, de cuya existencia emanan aquellos efectos atípicos o preliminares exigidos por su propia naturaleza o por mandato legal; por consiguiente, la suspensión instada por la madre atiende a criterios de conveniencia en impedir la eficacia típica del reconocimiento inscrito (183). Por todo ello, se impone una lectura correctora del artículo 124.2 del Código civil, pues no se suspende la inscripción, sino sus efectos, como de forma mucho más congruente recogía el artículo 125.2 de la frustrada versión del Senado.

En punto a la confirmación el precepto adolece, de graves incorrecciones técnicas, por cuanto el Reglamento del Registro civil la contempla como alternativa de la cancelación del asiento, según sea el criterio del juez favorable o desestimatorio al respecto (184); sin embargo, el artículo 124.2 del Código civil parece rechazar el planteamiento —es más, fue corregida su constancia en la versión aprobada por el Senado (cfr. art. 125.2)—, si bien es admitido en la práctica por la Dirección General que lo aprecia de oficio por remisión del artículo 95.2 LRC (cfr. R. de 16 de mayo de 1986). Pero las imperfecciones exceden con mucho a los aspectos formales, pues se utiliza el recurso a la confirmación sin base alguna: el reconocimiento es válido y eficaz en parte con su propia existencia, que motiva, por el principio de legalidad, su acceso al Registro; con arreglo del beneficio del menor la madre adquiere la facultad de suspender la eficacia típica del asiento mediante anotación marginal; por consiguiente, desde una óptica rigurosa, la confirmación no debería tener lugar cuando el padre someta la conveniencia de la plena eficacia del reconocimiento inscrito al juez, porque la suspensión no incide sobre la inscripción sino acerca de su completa relevancia; en suma, el mecanismo adecuado sería la cancelación del asiento marginal que suspende sus efectos típicos, porque, cualquiera que sea el criterio del juez sobre su conveniencia para el menor, el reconocimiento surte los efectos limitados previos y atípicos exigidos por su propia existencia, para lo cual resulta del todo adecuado su constancia en el Registro civil.

---

(183) Se articulará en anotación marginal de suspensión de los efectos del reconocimiento inscrito (vid. PEÑA, op. y loc. cit., p. 932).

(184) El Grupo parlamentario de UCD planteó en el Senado (cfr. *BOCG*, Senado ..., enmienda n.º 47) con notorio acierto las vicisitudes prácticas de la confirmación, que, una vez instada por el padre, podía declararse por el Juez o, de lo contrario, decidirse la cancelación del asiento, porque la suspensión constituye una medida transitoria y coyuntural que nunca podía permanecer de modo indefinido. Esta propuesta se incorporó al texto del Senado, para resultar en última instancia desestimada.

## VII ADENDUM

Las ideas vertidas a lo largo de la exposición del tema traen causa del supuesto a que dio lugar la R de 16 de mayo de 1986, cuya dirección jurídica me fue confiada, aunque no actuase como letrado. Por consiguiente, se redactaron estas páginas antes de la reforma del Reglamento del Registro civil por Real Decreto de 29 de agosto de 1986; sin embargo, las nuevas directrices legales no hacen sino abonar cuantas conclusiones obtuvimos en orden a la exégesis del artículo 124.2 del Código civil, pues ahora «El reconocimiento de un menor o incapaz es inscribible, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, cuando conste en testamento y *se acredite la defunción del autor del reconocimiento*. También es inscribible, sin necesidad de dicho consentimiento o aprobación, el reconocimiento de menores o incapaces otorgado en otro documento público dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento; en este caso la inscripción de paternidad podrá ser suspendida o confirmada de acuerdo con lo establecido en el Código civil.

Los reconocimientos inscritos conforme al párrafo anterior se notificarán al otro progenitor y, en su caso, al representante legal del nacido, y si este representante no fuera conocido, al Ministerio Fiscal. De haber fallecido el interesado, serán notificados sus herederos. Tales notificaciones se practicarán con arreglo a lo dispuesto por los párrafos primero y tercero del artículo 182.» (art. 188 RRC) (185).

---

(185) Vid. su excelente comentario en DÍEZ DEL CORRAL, *Observaciones a la reforma del Reglamento del Registro Civil*, en «Actualidad Civil», n.º 45, 1986, p. 3.147 (el autor encuentra los antecedentes de la disposición en las RR de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986 aquí estudiadas).