

Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*

Artículo 833: «El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora.»

En el Proyecto rezaba ya igual, con las únicas salvedades de que se valía de la forma aprepocional del verbo renunciar («renunciar la herencia», no «renunciar a la herencia») y de que usaba la expresión «admitir la mejora» en vez de la de «aceptar la mejora». La Ponencia del Congreso, sin dar explicaciones para tan nimia y acertada corrección, em-

(*) NOTA DEL AUTOR: Reanudo aquí, tras un paréntesis de casi un año y aprovechando otra vacación estival, estos comentarios sobre la reciente reforma sucesoria experimentada por nuestro Código Civil. He de advertir, sin embargo, que el esquema básico de lo que ahora publico lo tenía ya redactado prácticamente al par que la glosa de los siete primeros artículos no hace mucho aparecida; de ahí que se resienta algunas veces de no haber tenido a la vista, al redactar sus paredes maestras, los pocos pero excelentes trabajos que ya van surgiendo. He procurado compensarlo con notas a pie de página (esas «rémoras» de la lectura que obligan a reiterarla), donde a la vez en algún caso (nota 19) aprovecho para cobijar cierta digresión de actualidad constitucional. No ignoro que el método exegético aquí empleado está algo desprestigiado en relación con el sistemático, pues no en balde resulta más fácil y rasante, pero para las primeras aproximaciones a una nueva Ley estimo que puede ser de alguna utilidad. Ofrece además la ventaja de que no precisa minuciosos sumarios ni índices y la de que puede abandonarse en cualquier momento si el vendaval legislativo que no cesa (aún está fresca en el *Boletín Oficial* la tinta de la Ley retocando la nacionalidad), le induce a uno a pensar que su tarea es tan fútil como pretender atrapar el mar.

pleó ya el giro «renunciar a la herencia», al par que rechazaba la enmienda 233 del Grupo parlamentario de Socialistas de Cataluña, única presentada, y la Comisión de Justicia de la misma Cámara sustituyó el verbo «admitir» por el de «aceptar» (expresión también más coherente con la utilizada en otros lugares: arts. 889, 890 y 988 y ss.; pero véase el art. 888), sin que desde entonces experimentara el precepto ninguna otra variación.

Con relación a la versión anterior, y aparte esas dos correcciones de estilo, la reforma de este artículo se limita a la supresión del adjetivo «legítimo» que anteriormente calificaba al hijo o descendiente facultado para la elección que prevé el precepto. Superada la categoría de los hijos legítimos y sus antónimas, y llamados todos los descendientes (sin más excepción que los hijos adoptivos simples y su prole) a participar potencialmente de la mejora, es evidente que se imponía la reforma del artículo en el sentido en que se ha hecho.

Pero por lo mismo que no se ha querido aprovechar la rectificación para despejar algunas dudas que suscitaba el precepto ni para destacar su correlación con el artículo 890, 2, del Código Civil, puedo yo también aquí, en un comentario circunscrito a la reforma, remitirme una vez más para las cuestiones anteriores a la doctrina más solvente (1).

Tras ella, y por decir algo, entiendo que el artículo 833 sólo es aplicable al caso en que la mejora se haya dejado a título de legado (prelegado), pues si fuera embebida en la institución (1 bis) la alternativa de este

P. S.: He aprovechado la corrección de pruebas para introducir, más que en el texto en las notas al pie, las últimas novedades, sobre todo doctrinales, que se me alcanzan acerca de los extremos regulados en los cuatro artículos que comento; pero como no lo advierto en cada caso, se podrá apreciar en más de alguna ocasión una asincronía entre determinadas fechas de ediciones o publicaciones y la que he estampado al final como día en que, efectivamente, entregué el original a la imprenta.

(1) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, tomo XI, Edersa, 1978, páginas 401 a 407 (en la reedición que, tras la reforma de 1981, se ha hecho de este tomo XI —Madrid, 1982—, VALLET reproduce íntegramente su comentario anterior y tan sólo se limita —pág. 435—, al hilo del actual enunciado del artículo, a anteponer a sus antecedentes la siguiente advertencia: «En la versión originaria del Código Civil, detrás de la palabra descendiente figuraba el adjetivo 'legítimo', que ha sido suprimido en la reforma de 13 de mayo de 1981...»; ello evidencia que, como yo, no le encuentra trascendencia alguna especial a la reciente reforma del artículo; parecidamente JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones* (en colaboración con FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA), Bosch, Barcelona, 1981, página 454). JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, págs. 66-67. JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, página 83, etc.

(1 bis) Vide un ejemplo de mejora, y de mejora tácita además, acaso embebida en la institución, en la reciente e interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1982 (ponente: GÓMEZ DE LA BÁRCENA), de la que no he podido

precepto sería contradictoria con el artículo 990 (2); y que, superada hoy la doctrina no siempre bien interpretada que se inició con la Ley 21 de Toro, el mejorado repudiante de la institución responde de las deudas anteriores o posteriores a la partición en función del título de atribución de la mejora que aceptó: normalmente, *cum viribus*, en cuanto legatario; excepcionalmente, *ultra vires* (2 bis), como heredero de porción específica (3). Para el destino de la mejora repudiada, según sea de cuota o de cosa específica, el mejor tratamiento se encontrará en LACRUZ (4).

Artículo 836: Suprimido.

En el Proyecto por supuesto que no se utilizó esta censurable técnica de los artículos en blanco que aquí se inicia; antes al contrario, en el propósito del Gobierno este artículo debía rezar así:

«En el caso de concurrir hijos que no lo sean también del cónyuge supérstite, el usufructo vidual correspondiente recaerá sobre el tercio de libre disposición.»

Es digno de tener en cuenta que en el Proyecto el párrafo segundo del artículo 837 presentaba ya este tenor (idéntico al que se ha convertido en ley):

«Igual extensión (es decir, la mitad de la herencia) tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.»

Esta última parte de dicho párrafo colisionaba, como puede apreciarse, con la del proyectado artículo 836, pues éste afirmaba que el usufructo vidual, sin precisar su cuantía, recaería sobre el tercio de libre

obtener hasta ahora otra referencia que la de la escueta ficha (la núm. 498) del Collex (civil).

(2) Acaso también es aplicable si dicha mejora se dejó por vía de institución, pero con separación del llamamiento hecho, por el mismo título, a otra porción (tercio libre, legítima estricta): LACRUZ: *Op. cit.*, —ed. 73—, pág. 66 y tomo I, Bosch, 1976, 2.ª ed., pág. 56.

(2 bis) *Ultra vires* si no ha aceptado a beneficio de inventario y precisamente como sanción por haber omitido esta formalidad, según enseña MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en su magistral monografía «La herencia y las deudas del causante», tomo 61, vol. 1.º del inacabado *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

(3) Véase nota 2.

(4) *Op. cit.*, II, ed. 1973, pág. 67.

disposición, «en el caso de concurrir hijos que no lo sean también del cónyuge supérstite» (y es evidente que los no matrimoniales del difunto no eran hijos del supérstite), mientras que el artículo 837, 2, decía y dice que en tal caso de concurrencia la cuota usufructuaria recaería sobre el tercio de mejora gravando el resto (y sólo el resto) el tercio de libre disposición.

La antinomia, hoy sin interés, acaso se hubiera podido superar interpretando que la regla de imputación del proyectado artículo 836 no era aplicable si los hijos no comunes en él previstos eran, por un lado, adulterinos, y, por otro, los *únicos* herederos forzosos que concurrían con el viudo o viuda, supuesto en el que se aplicaría con preferencia el artículo 837, 2, en cuanto regla especial.

Lo cierto es que, continuando con la peripecia experimentada por el artículo 836, la Ponencia del Congreso (5) propuso que conservara la redacción del Proyecto, rechazando para ello las dos enmiendas que los diputados le habían presentado: la 235 (Socialistas de Cataluña) y la 504 (señor Alzaga Villaamil, centrista) (5 bis); y lo mismo hicieron la Comisión de Justicia (6) y el Pleno de la Cámara Baja (7).

Pero en el Senado la enmienda 119 (8) propuso que el artículo 836 pasara a decir, en lugar de lo que decía:

(5) *B. O. C. G.* —Congreso de los Diputados—, I Legislatura, Serie A, número 71-I, 3, correspondiente al 22 de mayo de 1980 pág. 348/40.

(5 bis) El sentido de esas dos enmiendas nos lo descubre ANTONIO RODRÍGUEZ ABRADOS en su documentado trabajo «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», *R. D. N.*, núms. 113-114, correspondiente a julio-diciembre de 1981, página 291 (aparecido cuando ya tenía redactada esta parte de mis «Comentarios...»). La 235 proponía que «En todos los casos de concurrencia del cónyuge con hijos del causante, comunes o no, el usufructo legal recaerá sobre el tercio de mejora, pues —motivaba— «hay que acabar con el absurdo de suprimir toda libertad de testar, al cien por cien (siempre habría quedado la nuda propiedad de un tercio, puntualizo yo), como 'castigo' por haber contraído dos o más nupcias teniendo hijos, o por tenerlos extramatrimoniales y fallecer casado». La 504 pretendía para nuestro artículo el siguiente tenor: «En el caso de concurrir hijos que no lo sean del cónyuge supérstite, salvo que se trate de hijos del causante concedidos durante el matrimonio de ambos, el usufructo viudal correspondiente recaerá sobre el tercio de libre disposición», argumentando que «no hay razón para perjudicar los derechos del cónyuge precisamente porque su esposo tenga hijos extramatrimoniales durante su matrimonio». Esta última enmienda, aunque discriminatoria, salvaba, al menos, la contradicción que advierto en el texto. Lo que proponía la primera fue lo que prácticamente resultó al final, aunque fuese por el censurable mecanismo de suprimir el artículo.

(6) *B. O. C. G.* cit., núm. 71-II, correspondiente al 1 de diciembre de 1980, página 348/77.

(7) *B. O. C. G.* —Senado—, I Legislatura, Serie II, núm. 154 (a), correspondiente al 2 de febrero de 1981, pág. 29.

(8) A la que ya se aludió en la primera parte de estos comentarios publicados en esta misma Revista, núm. 549, correspondiente al bimestre marzo-abril de 1982, páginas 324 y ss.

«En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición.»

Y justificaba el retoque mediante la siguiente explicación (9):

«El texto de este artículo, según el Proyecto del Gobierno, no modificado por el Congreso, es una transposición errónea y precipitada de lo que todavía dispone el párrafo primero del artículo 836 en su actual redacción.

La 'ratio' de la norma vigente está muy clara. La Ley no quiere que si una persona se casa dos veces la cuota viudal usufructuaria del segundo cónyuge grave la legítima (larga) de los hijos o descendientes del primer matrimonio. Para ello adopta una solución, tal vez demasiado drástica, pero de aplicación simple. El usufructo gravará a los destinatarios del tercio de libre disposición, con lo cual se cercena, en cuanto al usufructo, la libertad dispositiva del testador.

Mas el Proyecto parte, en realidad, de un supuesto distinto, pues abarca no sólo el contemplado por el precepto aún vigente, sino también la hipótesis de que concurren con el cónyuge hijos no matrimoniales de su consorte. En este segundo caso (que sin duda han tomado en consideración los autores del Proyecto) el causante no se ha casado dos veces, sino una. Por tanto, la legítima del viudo debe seguir gravando el tercio de mejora, al que en principio están llamados todos los descendientes, sean matrimoniales o no. La limitación de las facultades dispositivas del testador (implícita en la norma) redundará, paradójicamente, en perjuicio del viudo, a quien el testador no podrá dejar, aunque quiera hacerlo, el usufructo del tercio de mejora más el tercio de libre disposición en plena propiedad. Esta limitación tiene su lógica en el contexto del artículo 836 actual, pero ninguna si se refiere al caso de que un testador no binubo deje al morir, además del cónyuge, hijos matrimoniales y no matrimoniales. La Ley condena al viudo que tuvo que soportar la infidelidad de su consorte, y para el caso de que éste quiera favorecerle al máximo, a no recibir más que el tercio de libre disposición en lugar de dicho tercio más la cuota viudal, lo que constituye un absurdo contrasentido.

Por otra parte, y siempre en el supuesto de concurrir con el cónyuge hijos matrimoniales y no matrimoniales del testador, carece de fundamento que los unos o los otros, en tanto sean los destinatarios del tercio de libre disposición, tengan que soportar el usufructo del viudo. Por ejemplo, si el testador tiene dos hijos matrimoniales y otro no matrimonial, y deja a

(9) B. O. C. G. —Senado— cit., núm. 154 (c), correspondiente al 24 de febrero de 1981, págs. 98-99.

los dos primeros el tercio libre, ordenando que los otros dos tercios se repartan por igual entre los tres hijos, ¿por qué razón ha de librarse el hijo no matrimonial de pechar, en la parte que le corresponde, con la carga que representa el usufructo? Y, a la inversa, si el favorecido con el legado del tercio es precisamente el hijo no matrimonial, ¿cómo se explica que los hijos matrimoniales queden exonerados del gravamen que representa el usufructo que la Ley otorga precisamente a su progenitor?

Finalmente, la redacción del artículo, según el Proyecto, podría dar lugar a una interpretación (a juicio del enmendante, errónea) perjudicial y discriminatoria para los hijos no matrimoniales. Cabría, tal vez, sostener (y seguramente se sostendrá si la enmienda no se acepta) que la finalidad de la norma es favorecer a los hijos matrimoniales, de suerte que la cuota que en la herencia corresponda a aquellos deba sacarse, en primer término, del tercio de libre disposición (como ahora ocurre). Por supuesto, y como se ha dicho, tal interpretación sería totalmente equivocada, pues la división de la herencia en tercios no significa que aquélla esté compuesta por tres compartimentos estancos, sino que sólo funciona como límite a las facultades dispositivas del testador. Mas, se insiste en ello, tal como el precepto está concebido en el Proyecto, nada tendría de extraño que se plantease esa interpretación.

En virtud de los argumentos expuestos, el párrafo primero del artículo 836 debe seguir diciendo lo que ahora dice, de suerte que solamente sea aplicable al caso de que concurren con el cónyuge viudo de segundas nupcias hijos del matrimonio anterior del causante, independientemente de que también estén llamados a la sucesión otros hijos, matrimoniales o no. Lo único que procede hacer, por consiguiente, es suprimir el actual segundo párrafo del artículo, que debe ser eliminado al equipararse los derechos hereditarios de todos los descendientes.

(La C.G.C. redactó el precepto de conformidad con el texto de la enmienda.) »

Como vemos, la enmienda, sin aludir a la colisión con el artículo 837, 2 (10), patrocinaba que nuestro artículo volviera a quedar circunscrito a la misma hipótesis de concurrencia que antes de la reforma (hijos de matrimonio anterior-cónyuge supérstite) y no a cualquier otro supuesto de concurrencia, apoyándose en los siguientes razonamientos más o menos sólidos: *a)* en que se perjudicaba al viudo que hubiese soportado infidelidad fértil, al impedirle recibir todo el tercio libre en pleno dominio,

(10) Aunque al ejemplificar, al hilo del artículo que nos ocupa, siempre imagine la concurrencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales; nunca la presencia solo de éstos —en su variedad de adulterinos—, acaso por presuponer que en tal hipótesis la regla a aplicar sería la del artículo 837, 2 —por cierto no enmendado en esta 119—.

además de su cuota legal usufructuaria; b) en que carecía de fundamento que los hijos se vieses favorecidos caprichosamente con la exclusión del usufructo viudal, según a quien se hubiese hecho ir a parar, de entre ellos, el tercio libre; y c) en que se podía interpretar erróneamente que la cuota de los hijos no matrimoniales se debía extraer prioritariamente del tercio libre.

La Ponencia del Senado atendió sólo a medias la enmienda anterior, pues, a propósito del artículo 836, informó que:

«Se ha presentado a este artículo la enmienda número 119, del Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático. La Ponencia propone la supresión de dicho artículo, que quedará sin contenido con —‘sic’— el Código Civil» (11).

La drástica sugerencia de supresión, desde luego la menos problemática de todas las fórmulas hasta entonces propuestas, debió ir acompañada, por lo menos, del desdoblamiento del artículo 837, compuesto de dos párrafos, cada uno de los cuales pudo haberse erigido en precepto independiente, con lo que se habría evitado el criticable hueco que hoy existe (12) (12 bis).

Lo cierto es que la Comisión de Justicia e Interior y el Pleno del Senado aceptaron sin debate la desaparición sugerida, y ya no hubo más incidencias para nuestro artículo hasta su retorno al Congreso para votación definitiva, donde antes de comenzar ésta el señor Escartín Ipiens pidió la palabra para fijar bien su alcance, diciendo (13):

(11) B. O. C. G. —Senado— cit., núm. 154 (d), correspondiente al 24 de marzo de 1981, pág. 139.

(12) Ello partiendo de la premisa de que el artículo 837 debiese contar con su actual segundo párrafo a pesar de los problemas que plantea y que luego examinaré; de lo contrario el artículo a desdoblar pudo serlo, por ejemplo, el 835, aunque se tropezaba con el obstáculo —no tenido en cuenta en otras ocasiones— de que no se retocaba ese precepto ni en el Proyecto del Gobierno ni en el texto aprobado por el Congreso. Con todo la política de «huecos» ya se había iniciado poco antes, con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro, que derogó, sin sustituirlos por otros, los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil.

(12 bis) Tampoco agradaba a nuestros parlamentarios el dejar vacío de contenido al artículo 836 y a punto estuvieron de llenarle su hueco al debatirse definitivamente en el Congreso el texto de los artículos 841 y 842, pues una de las dos alternativas que propuso el diputado señor Escartín al Presidente de la Cámara —y que no fue la elegida por razones de «ajuste técnico»—, a fin de mantener tanto la versión del Congreso sobre el 842 como la del Senado, consistía en correr la numeración de todos los artículos intermedios entre dicho 842 y el 836, con lo que el vacío de éste se hubiera aprovechado para el orto de un nuevo precepto (véase D. S. —Congreso—, Sesión plenaria núm. 163, correspondiente al 28 de abril de 1981, pág. 10016; de todas formas espero ocuparme de este pintoresco lance en el momento oportuno).

(13) D. S. —Congreso—, núm. 163, 28 de abril de 1981, pág. 10014.

«Señor Presidente: Sobre el artículo 836 que actualmente vamos a debatir querría formular la pregunta de si la propuesta de supresión que hace el Senado en su enmienda significa que renace el actual artículo 836 del Código Civil o, por el contrario, sería un texto en blanco, caso de suprimirse el 836 del Proyecto, porque, evidentemente, el criterio de nuestro Grupo sería distinto con uno u otro resultado. Es decir, nosotros no queremos que renazca el actual artículo 836 del Código Civil, pero tampoco nos gusta el artículo 836 del texto del Congreso.»

Y el Presidente de la Cámara le contestó diciendo:

«La motivación que da el Senado a la supresión de este artículo es que su mantenimiento discriminaría los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales. Si el actual artículo 836 se refiere a la misma materia, lógicamente debe haber más discriminación en el actual artículo 836 que en el texto aprobado en su día por el Congreso, con lo cual la razón lógica conduciría a la supresión definitiva del artículo.»

Sin duda, fue intuitivamente acertada esta respuesta (14), puesto que aunque el Presidente del Congreso no matizase en aquel trance que el artículo 836, 1, en su versión de 1958 —cuyo antecedente estaba en el artículo 839 de la versión de 24 de julio de 1889—, en absoluto suponía discriminación para los hijos no matrimoniales, ya que sólo se refería a los hijos de un matrimonio anterior del causante; en cambio, la resurrección del artículo 836, 2, sí que la suponía y hubiera provocado numerosos problemas y perplejidades.

Lo cierto es que el diputado Escartín remachó el sentido de la votación, precisando a continuación:

«Señor Presidente: Entonces queda perfectamente claro que la posición de nuestro Grupo será votar favorablemente la enmienda al artículo 836 del Senado, de supresión, en el bien entendido que entonces queda suprimido el artículo 836 del Código Civil y este texto queda en blanco como interpretación diríamos auténtica de nuestro voto» (15).

(14) Para cuya emisión estaba, por lo demás, dudosamente legitimado el Presidente del Congreso, tratándose de la interpretación de un texto que provenía de otra Cámara, y así lo reconoce él mismo cuando concluye la discusión afirmando que «la interpretación auténtica la debía hacer el Senado, pero parece que la lógica de la enmienda conduce a eso» (a su interpretación).

(15) Lástima que una aclaración así, pero en el sentido contrario de que la supresión afectaba sólo a la desaparición del artículo del propósito reformista de la Ley, pero no del Código Civil, no se produjese en ninguna fase del «iter» parlamentario del artículo 176 de dicho Cuerpo legal, durante la discusión de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo que se hubiese evitado la duda sobre su vigencia —para mí innegable— que analicé en la nota 36 de la primera parte de estos «Comentarios...», en esta Revista, núm. 449, págs. 301 y ss. *Addendum:* Dicha cues-

Y la supresión se aprobó por 243 votos a favor, 17 en contra y dos abstenciones.

Que se derogara el párrafo segundo del anterior artículo 836 era de todo punto necesario a la vista del sentido y finalidad de la reforma. Que también se derogara el párrafo primero ya no era tan preciso, pero, desde luego, sí conveniente. Si la *ratio* de la norma precedente se hallaba en el deseo de evitar que padrastrós e hijastros concurriesen *ex necesse* y duraderamente sobre una determinada porción del caudal (mejor: sobre los bienes aplicados a integrar y pagar dicha porción), siendo así que la experiencia enseña que no siempre preside la simpatía y el afecto sus relaciones (16), es evidente que una solución similar se hubiera debido imponer siempre que los legitimarios del orden descendente concurrentes con el viudo no llevasen la sangre de éste: caso de hijos no matrimoniales o adoptivos plenos previos al matrimonio con el supérstite, o de hijos no matrimoniales habidos durante dicho matrimonio. Pero también se hubieran podido producir combinaciones caprichosas que hubiesen hecho confluír precisamente a esos hijos no comunes y al viudo en cualquier cuota del caudal que designase el testador voluntaria o involuntariamente (hasta sobre la legítima estricta vía *cautela socini* aceptada).

tión viene ahora analizada con todo lujo de detalles y correctamente resuelta por RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo III, vol. 2.º, Edersa, 1982, *passim*, pero en especial págs. 275 a 281. También se alude brevemente a ella y se concluye que «no hubo voluntad de supresión de la norma» en la 2.ª edición del vol. IV del *Sistema de Derecho civil*, de LUIS Díez-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, págs. 396 a 398. Igualmente se apunta a la —para mí— buena solución JUAN BOLÁS ALFONSO en «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», conferencia pronunciada el 25 de marzo de 1982 y publicada en los *A.A.M.N.*, tomo XXV, Ed. R. D. Pr.-Edersa, Madrid, pág. 212. En cambio, da por fenecido al artículo 176, MANUEL ALBALADEJO, en *Curso de Derecho Civil*, IV, Derecho de familia, Librería Bosch, Barcelona, 1982, págs. 272-3; califica su supresión de «acertada respecto de la adopción plena» MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ en *El nuevo derecho de familia español*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1982, pág. 39, nota 5 bis, y siguen sin siquiera hacerse eco del problema: 1.º, la edición del Código Civil inserta dentro del *Código de las leyes civiles*, de MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, pág. 98; 2.º, la preparada por MANUEL PONS GONZÁLEZ para la Ed. Trivium, Madrid, 1982, pág. 101, y 3.º, la del *Boletín Oficial del Estado*, serie universitaria, Madrid, 1982, pág. 80, aunque, en cambio, esta última sí se atreve, por su cuenta, a adicionar con las palabras «la herencia» el texto de otro modo incomprensible del artículo 913.

(16) Y aún así la fórmula utilizada no resultaba demasiado feliz, pues como destacó VALLET (*Comentarios...*, cit., pág. 429), siguiendo a MEZQUITA DEL CACHO («La cuota viudal tras su reforma», *R. G. L. J.*, 1959, tomo 1.º, págs. 100 y ss.), «puede ocurrir que los destinatarios del tercio de mejora sean los hijos de las segundas nupcias y los de libre disposición los de las primeras, atribución que puede hacer el causante en donación o en testamento (que puede ser ológrafo) y que es posible haga inadvertidamente».

Por eso (17) ha sido más lógico no rehuir la colisión o encuentro entre esas personas, que además ya tiene que producirse necesariamente, aunque de modo fugaz, al partir, y a lo sumo se debió arbitrar *en todo evento* la posible «fuga» o «escape» del viudo a través del artículo 840, que, como pondré de relieve, se queda corto en su planteamiento, desde el momento en que la conmutación a iniciativa del supérstite la autoriza sólo en caso de concurrencia exclusiva con adúlteros.

Además, no hubiera sido coherente que el causante tuviese mayor amplitud para disponer —todo el tercer tercio en pleno dominio— si dejaba cualquier clase de prole no matrimonial (incluso adúlterina: art. 837, 2), que sí, además o en su lugar, dejase descendencia de un regular matrimonio anterior —en cuyo caso la porción disponible sería sólo la nuda propiedad del tercio libre.

Pero, en definitiva, y para concluir, lo que queda claro tras la reforma es que la legítima viudal en concurso con descendientes grava siempre, en principio, todo el segundo tercio y sólo excepcionalmente (art. 837, 2) la mitad del tercero, siempre en usufructo.

Artículo 837: «No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.»

I. ANTECEDENTES

En el Proyecto presentaba ya esa redacción que mantuvo la Ponencia congresual rechazando la enmienda 356 del Grupo parlamentario Socialista. Lo mismo acordó la Comisión de Justicia, pero dicho Grupo consiguió para su enmienda (enlazada con la 357 al art. 840 y con otras varias dirigidas contra artículos sucesivos hasta el 953) el número suficiente de votos como para defenderla en el Pleno.

Y así lo hizo por boca de su diputado Antonio Sotillo, cuyo es este alegato (18), dirigido —repito— no sólo contra el artículo 837, sino con-

(17) Y por la primera de las razones aducidas en la enmienda 119: se habría impedido que el viudo que concurre con descendientes no comunes (acaso adúlteros) pudiese beneficiarse con todo un tercio en pleno dominio y con otro en usufructo.

(18) D. S. —Congreso—, núm 140, 18 de diciembre de 1980, págs. 9034 y 9035.

tra los que le seguían —versión Comisión—, y que ya iremos viendo en comentarios sucesivos:

«Señor Presidente: Efectivamente, mi Grupo parlamentario considera que justamente al final de este Proyecto de Ley estamos llegando al centro de la cuestión y estamos tocando fondo, porque el Proyecto hasta ahora ha sido lo que se podría llamar la declaración programática, los grandes principios, las frases de la codificación, las frases del legislador; pero es ahora cuando tocamos efectos directos, efectos patentes, como son el tema de la sucesión.

En nuestra opinión, el texto presentado por el Gobierno, asumido por los Ministros posteriores y defendido por el Grupo parlamentario de U.C.D. en Ponencia y en Comisión, es un texto inadmisibile a partir de su artículo 837. Por eso el Grupo Socialista solicita la supresión de esos artículos, y yo defiendo en este momento las enmiendas 356 a 366 de este Grupo parlamentario.

Se trata, en definitiva, del tema de la equiparación, a todos los efectos, de los hijos habidos en o fuera del matrimonio. Obvio es recordar el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, que prohíbe toda discriminación por razón del nacimiento; obvio es recordar, igualmente, el artículo 32 de nuestra Constitución, que prohíbe también toda discriminación por razón del nacimiento de los hijos, que son todos ellos iguales ante la Ley. Esa interpretación —conviene recordarla, porque fue citada de contrario en sesiones pasadas— ha venido recogida también en sentencia de 1979 por el Tribunal Europeo, en el caso Marcks —todos nosotros sabemos la sentencia—, y ahora es el momento de citar esa sentencia y de citarla bien, sentencia que condenaba al Estado belga por mantener una discriminación por motivos de filiación o de nacimiento respecto a la hija de una madre soltera, que no tenía derecho, según la legislación belga, a participar en la sucesión de la familia materna (19).

(19) Esta sentencia que aduce SOTILLO lleva fecha de 13 de junio de 1979 y fue dictada por el Plenario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz de una demanda presentada ante la Comisión contra el Reino de Bélgica por Paula Marckx, en su nombre y en el de su hija menor, Alexandra. «Esta —según resume el apartado 'hechos' de la sentencia— nació el 16 de octubre de 1973 en Wilrijk, cerca de Amberes, siendo inscrita en el Registro como hija 'natural' por ser su madre soltera. El 29 de octubre de 1973, Paula Marckx reconoció a su hija en virtud de lo dispuesto en el artículo 334 del Código Civil belga, convirtiéndose así en su tutora. El 30 de octubre de 1974 la adoptó. En el momento de introducir el caso ante la Comisión —el 29 de marzo de 1974—, Paula Marckx tenía por familia a su madre, muerta en agosto de ese mismo año, y una hermana.

La legislación belga —siguen diciendo los supuestos fácticos de la sentencia— prescribe lo siguiente. En principio, ningún vínculo de filiación existe entre la madre soltera y su hijo por el mero hecho del parto. El hijo se inscribe en el Registro

Pues bien: aquí, en los textos que nos ocupan, esa discriminación —digo—, a la hora central, a la hora de las pesetas, de la sucesión, aparece nuevamente. Y ¿en qué manera? No sólo la discriminación de los hijos habidos fuera del matrimonio con respecto a los habidos en el ma-

como 'natural'. Por el contrario, el parto de una mujer casada basta para determinar la filiación materna de su hijo. La del hijo 'natural' se determina por el reconocimiento de la madre o por una acción de investigación de la maternidad. El reconocimiento se realiza por un acto auténtico y sus efectos se retrotraen al momento del nacimiento.

La filiación materna 'natural' tiene efectos restringidos por lo que se refiere a la extensión de la familia como a los derechos del niño y de su madre en materia de sucesiones y liberalidades.

La filiación materna 'natural' no produce vínculos jurídicos sino con la madre del niño. Este no entra en la familia de su madre. La ley la excluye de las sucesiones ab intestato. Además, si el niño ha perdido a sus padres o éstos no pueden manifestar su voluntad, no puede casarse antes de los veintiún años sin el consentimiento de su tutor y no, como en el caso de los hijos legítimos, con el consentimiento de sus abuelos. La ley no establece entre éstos y aquél ninguna obligación alimentaria; todo lo más, según ha señalado la Corte de Casación de Bélgica, existe un 'derecho de visita' de los abuelos en relación con el nieto 'natural'.

El hijo natural reconocido detenta derechos sucesorios inferiores a los del hijo 'legítimo'. No tiene la cualidad de sucesor ab intestato de su progenitor, sino sólo la de 'sucesor irregular'. Los bienes de su madre difunta no le pertenecen por entero más que si aquélla no deja otros parientes con derecho a sucederla; en caso contrario, le pertenecen como máximo las tres cuartas partes de la porción hereditaria que corresponde a los hijos 'legítimos'. Por otra parte, no tiene ningún derecho de sucesión con relación a los parientes de su madre.

Los hijos 'naturales' reconocidos no pueden recibir por donación inter vivos o por testamento nada que no le corresponda por sus derechos sucesorios. En consecuencia, la madre de un niño en tal situación no puede disponer en su favor de una parte de sus bienes, salvo a falta de parientes con derecho a sucederla. Por el contrario, ella puede donarlos o legarlos por entero, si no existen herederos con derecho a reserva, cuando la filiación no se ha determinado. La madre se encuentra, pues, ante una alternativa: reconocer a su hijo y perder la posibilidad de dejarle la totalidad de su patrimonio, o renunciar a establecer un vínculo jurídico con él y conservar aquella posibilidad como con relación a un extraño.

La única posibilidad que la madre soltera tiene para mejorar el status de su hijo es la adopción simple. El adoptado adquiere entonces los derechos del hijo 'legítimo', pero sigue careciendo de derechos sucesorios con relación a los parientes de su madre. Sólo la legitimación y la legitimación por adopción asimilan plenamente al hijo 'natural' con el 'legítimo'; una y otra presuponen el matrimonio de la madre.

Bélgica firmó la Convención de Bruselas de 12 de septiembre de 1962 sobre la determinación de la filiación materna de los hijos naturales, pero no la ha ratificado. Asimismo no ha ratificado ni firmado la Convención de 15 de octubre de 1975 sobre el status jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, elaborada por el Consejo de Europa. Ambas convenciones se fundan en el principio *mater semper certa est*. Sin embargo, el Gobierno belga envió al Senado el 15 de febrero de 1978 un proyecto de ley tendente a instaurar la igualdad de derechos entre todos los hijos. El proyecto introduce el principio *mater semper certa est* y reconoce a los hijos nacidos fuera del matrimonio los mismos derechos de que gozan los hijos legítimos en materia de sucesiones y liberalidades.»

Hasta aquí las premisas de hecho sobre las que se cimenta la sentencia. Según las demandantes la aplicación de los artículos del Código Civil belga relativos a los hijos nacidos fuera del matrimonio infringía, entre otros y básicamente, los artículos 8 y 14 de la Convención europea para la protección de los derechos huma-

rimonio (artículos 841 a 847), sino también, y ahora explicaré en qué consiste, una sutil discriminación que plantea el Gobierno y mantiene hasta el momento el Grupo parlamentario de U.C.D. y el actual Ministro de Justicia. La sutil discriminación no es decir que no tienen derecho he-

nos y de las libertades fundamentales hecha en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que tienen un enunciado tan lejano y abstracto como el siguiente:

«Art. 8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.»

«Art. 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

Pues bien, el Tribunal Europeo, después de rechazar la cuestión previa alegada por el Gobierno belga de inadmisibilidad del recurso (por tratarse de una reclamación *in abstracto* contra una legislación discriminatoria, pero no de una aplicación *in concreto* de la misma, lesiva para las demandantes) sobre la base de que el artículo 25 de la Convención faculta a los particulares a sostener que una ley viola sus derechos por sí misma, en ausencia de un acto individual de ejecución si corren el riesgo de sufrir directamente sus efectos, realizó sobre el fondo los siguientes pronunciamientos:

«Las interesadas se apoyan esencialmente en los artículos 8 y 14 de la Convención. Sin olvidar otros preceptos invocados por ellas, el Tribunal debe examinar, desde el punto de vista de estos dos artículos, las tres cuestiones litigiosas que le ha presentado la Comisión: modo de determinación de la filiación, extensión de la familia del niño, derechos patrimoniales de este último y de su madre.

El Tribunal debe precisar ante todo el alcance de las palabras 'respeto de (la) vida privada y familiar' del artículo 8. La primera cuestión a resolver es la de saber si el vínculo natural entre Paula y Alexandra Marckx ha dado lugar a una vida familiar protegida por el artículo 8. En este sentido, y según jurisprudencia constante de la Comisión, el artículo 8 no distingue entre familia 'legítima' y familia 'natural'. Esta distinción chocaría con las palabras 'toda persona'; el artículo 14 lo confirma al prohibir las discriminaciones en el goce de los derechos reconocidos por la Convención, fundadas en 'el nacimiento'.

Es necesario entonces definir lo que comporta, para el legislador belga, el 'respeto' a la vida familiar en cada uno de los aspectos a que se refiere la demanda. Este artículo tiene 'esencialmente' por objeto salvaguardar al individuo frente a injerencias arbitrarias de los poderes públicos (caso 'lingüístico belga'). Pero a esta obligación negativa del Estado pueden añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. El Estado debe actuar de tal manera que permita a los interesados desarrollar una vida familiar normal. El respeto a la vida familiar implica, en este sentido, la existencia, en el Derecho nacional, de una protección jurídica que haga posible desde el nacimiento la integración del niño en su familia. El Estado puede lograr este objetivo por diversos medios, pero si su legislación no responde a este imperativo, infringe el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención.

Por su parte, y como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal ('caso lingüístico belga', caso 'Sindicato nacional de la policía belga'), aunque el artículo 14 no tenga una existencia independiente, puede desempeñar un papel importante completando las demás cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos. Una distinción se considera discriminatoria, según la misma jurisprudencia, si 'carece de justificación objetiva y razonable', es decir, si no persigue un 'fin legítimo', o bien si falta una 'relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido'.

Para permitir el desarrollo normal de la vida familiar de una madre soltera y de

reditario —eso sería muy burdo e impresentable en este momento—; consiste en decir que al hijo no matrimonial hay que pagarle en dinero, se le puede pagar dinero, no participa en la partición, no tiene derecho a los bienes de la partición. Los demás se libran de esa penosa carga, de ese

su hijo, el Estado debe guardarse de establecer cualquier discriminación fundada en el nacimiento: así lo exige el artículo 14 combinado con el artículo 8.

A) Sobre el modo de determinación de la filiación materna de Alexandra Marckx.

1. Paula Marckx reconoció a su hija mediante un acto notarial que se unió a la inscripción registral del nacimiento. Los efectos del reconocimiento son declarativos, no constitutivos y se retrotraen a la fecha del parto. El procedimiento establecido es, pues, sencillo y no costoso.

Sin embargo, la necesidad de recurrir a este expediente deriva de la negativa del Derecho belga a reconocer la maternidad de Paula Marckx desde el momento del nacimiento. Además, según dicha normativa, la madre se encuentra ante una alternativa, pues si reconoce a su hijo verá limitada su capacidad de donarle o legarle bienes. Ello no sucedería si la indicación del nombre de la madre, en el momento del nacimiento, bastase para probar, por sí misma, la filiación materna del hijo 'natural'. En las condiciones actuales dicho dilema dificulta el desarrollo normal de la vida familiar y no es compatible con el respeto debido a ésta. El Tribunal constatará así una violación del artículo 8, aisladamente considerado, en perjuicio de Paula Marckx.

En cuanto a Alexandra Marckx, la legislación belga le abre una sola vía para determinar su filiación materna, la investigación de la maternidad, que exige un procedimiento muy complejo, con lo que implica el riesgo de prolongarse durante mucho tiempo y dejar al niño separado de su madre entre tanto. Este sistema ha causado una falta de respeto de la vida familiar de Alexandra Marckx, que ha estado sin madre jurídicamente desde el 16 al 29 de octubre de 1973. Por tanto, también ha existido una violación del artículo 8, en perjuicio de Alexandra, a pesar de la brevedad de dicho período.

2. En cuanto a la aplicación del artículo 14 de la Convención, el Gobierno belga no contesta el hecho de que la legislación actual favorece a la familia tradicional, pero ello tiene por objeto asegurar su pleno desarrollo y se funda en motivos objetivos y razonables relativos a la moral y al orden público.

El Tribunal reconoce que es en sí mismo legítimo e incluso meritorio apoyar a la familia tradicional. Pero para ello no hay que recurrir a medidas destinadas a causar perjuicios a la familia 'natural'; los miembros de esta última gozan de las garantías del artículo 8 al igual que los de aquélla.

*Por otra parte, no cabe duda de que distinguir a este respecto entre familia 'natural' y familia 'legítima' es algo que se consideraba lícito y normal en muchos países europeos cuando fue redactada la Convención, en 1950. El Tribunal recuerda, sin embargo, que ésta debe ser interpretada a la luz de las circunstancias actuales (caso 'Tyrrer'). De hecho, el Derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ha evolucionado y continúa evolucionando hacia la consagración jurídica integral del principio *mater semper certa est*. Ciertamente que la Convención de Bruselas sólo ha sido firmada por ocho Estados y ratificada por cuatro. En cuanto a la Convención europea de 15 de octubre de 1975 'sobre el status jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio', sólo diez Estados miembros del Consejo de Europa la han firmado y sólo cuatro la han ratificado. Ahora bien, ambas convenciones están en vigor y nada permite explicar el escaso número de firmas y ratificaciones en base a un rechazo de los Estados a reconocer la igualdad entre hijos 'legítimos' y 'naturales'. En estos últimos años varios países de Europa occidental, entre los que se encuentran la República Federal Alemana, Gran Bretaña, Holanda, Francia, Italia y Suiza, han adoptado una nueva legislación que reconoce una igualdad casi completa entre ellos.*

problema, pagando en dinero y liquidando el problema sin más complicaciones ni estorbos o molestias de cualquier tipo. Es un extraño, por tanto, al que se le sanciona diciéndole: ahí va tu dinero; arréglatelas, pero no nos crees problemas a la hora de repartir nuestro patrimonio familiar.

La distinción carece, pues, de justificación objetiva y razonable, por lo que viola el artículo 14 combinado con el artículo 8.

B) Sobre la extensión jurídica de la familia de Alexandra Marckx.

Según el Código Civil belga, Alexandra M., como hija 'natural', no ha tenido nunca relaciones de parentesco con la familia de Paula Marckx, en especial con la madre y la hermana de esta última.

En opinión del Tribunal, la vida familiar en el sentido del artículo 8 engloba al menos las relaciones entre los parientes próximos, por ejemplo, entre abuelos y nietos. El 'respeto' a la vida familiar así entendida implica la obligación del Estado de actuar de tal manera que permita el desarrollo normal de esas relaciones. Ahora bien, el desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y de su hijo puede verse dificultado si el segundo no entra en la vida familiar de la primera y si la determinación de la filiación no produce efectos más que entre ellos dos. Por tanto, hay en esta materia una violación del artículo 8, aisladamente considerado, en perjuicio de ambos denunciados.

Por otra parte, el Tribunal no vislumbra ninguna justificación objetiva y razonable de las diferencias de trato entre hijos 'naturales' y 'legítimos' establecida por la legislación belga con relación a la extensión de la familia. Ciertamente, la 'paz' de las familias 'legítimas' puede verse turbada si el hijo 'natural' entra jurídicamente en la familia de su madre al igual que el hijo nacido del matrimonio. Pero esta consideración no autoriza a privar a aquél de sus derechos. En consecuencia, el Tribunal constata en dicha distinción una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8, en perjuicio de ambas demandantes.

C) Sobre los derechos patrimoniales invocados por las demandantes.

1. Por lo que se refiere a los derechos de Alexandra, el Tribunal examina únicamente el artículo 8 de la Convención y el artículo 14, ya que el artículo 1 del Protocolo I se limita a sancionar el derecho a los bienes actuales de toda persona, pero no garantiza el derecho a adquirir mediante sucesión ab intestato o por medio de liberalidades.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8, el Tribunal entiende que el tema de las sucesiones —y de las liberalidades— entre parientes próximos aparece íntimamente ligado a la vida familiar. Esta no comprende sólo relaciones de carácter social, moral o cultural (por ejemplo, la educación), sino también intereses materiales, como lo demuestran los derechos alimentarios y el lugar que ocupa la reserva hereditaria en el orden jurídico de la mayoría de los Estados Partes en la Convención.

El artículo 8 no exige, sin embargo, que un hijo tenga derecho a una cierta parte de la herencia, pues corresponde a cada Estado señalar los medios patrimoniales destinados a permitir a todos una vida familiar normal. Por ello no existe violación de este artículo aisladamente considerado.

Pero la distinción entre los derechos sucesorios de los hijos 'naturales' y de los 'legítimos' plantea ciertos problemas en orden a la aplicación del artículo 14 combinado con el artículo 8.

Hasta el momento de su adopción Alexandra ha detentado unos derechos sucesorios muy inferiores a los de un hijo 'legítimo', y esta distinción carece de justificación razonable. Por otra parte, aunque esta discriminación haya dejado de existir desde el momento de la adopción, el Tribunal estima que la necesidad de recurrir a ésta para eliminar dicha diferencia de trato reviste un carácter discriminatorio. La adopción sirve de ordinario para establecer un vínculo jurídico entre una persona y el hijo de otra; obligar en la práctica a una madre soltera a utilizar esta

Pero también existe una discriminación respecto a los propios hijos no matrimoniales. La reforma que hemos operado y que ha tenido nuestro voto favorable en los artículos relativos a la filiación, consecuente con el precepto constitucional, no mantiene ninguna discriminación, ni siquiera entre hijos no matrimoniales.

técnica para mejorar la situación de su propio hijo significa desconocer los vínculos de sangre y utilizar una institución para un fin que no es el suyo propio. Por lo demás, el procedimiento de adopción es largo y complicado y el niño depende por entero de la iniciativa de su progenitor: él no puede solicitar en justicia su adopción.

Además, incluso después de su adopción, Alexandra no goza de ningún derecho de sucesión ab intestato con relación a la familia de su madre. Tampoco en este caso encuentra el Tribunal ninguna justificación objetiva y razonable.

El Gobierno belga, por su parte, estima indispensable aumentar los derechos sucesorios de los hijos 'naturales'. Pero teme que si el Tribunal declara la incompatibilidad de ciertos preceptos del Código Civil con la Convención, ello significaría que tales normas serían contrarias a la Convención desde que ésta entró en vigor en Bélgica (14 de junio de 1955); lo que daría lugar a la posibilidad de declarar irregulares numerosas particiones hereditarias, ya que las acciones que en la materia concede el Derecho belga prescriben a los treinta años. Según el Gobierno, la única forma de evitar este riesgo sería que el Tribunal declarase que las exigencias de la Convención han aumentado en los últimos tiempos y que indicase la fecha precisa del cambio.

El Tribunal estima que su sentencia no produce efectos más que entre las partes y que no anula o deroga por sí misma las disposiciones en litigio; declarativa por esencia, deja al Estado la elección de los medios para el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 53 de la Convención.

Sin embargo, el interés del Gobierno por conocer el alcance en el tiempo de la sentencia no deja de ser digno de consideración. En este sentido, hay lugar para traer a colación dos principios generales del Derecho recientemente recordados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 'las consecuencias prácticas de toda decisión jurisdiccional deben ser sopesadas con cuidado', pero 'no puede llegarse hasta el punto de disminuir la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura en razón de las repercusiones que una decisión de justicia puede entrañar para el pasado'. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta la Convención a la luz de las circunstancias del momento. Pero ello no puede hacer olvidar que tales circunstancias han cambiado. Incluso en 1967 la Comisión declaraba inadmisibles una demanda relativa a los mismos artículos del Código Civil belga. Habida cuenta de todo ello, el principio de seguridad jurídica, inherente al Derecho europeo, dispensa al Estado belga de volver a poner en cuestión actos o situaciones jurídicas anteriores a la fecha de la presente sentencia.

En resumen, Alexandra Marckx ha sido víctima de una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8, por lo que se refiere a las restricciones impuestas a su capacidad de recibir bienes de su madre como a sus derechos sucesorios en relación con sus parientes próximos por la línea materna.

2. Por lo que se refiere a los derechos patrimoniales de Paula Marckx cabe decir que, por las mismas razones, no hay violación del artículo 8 aisladamente considerado, pero sí del artículo 14 en combinación con el artículo 8.

Pero además es de aplicación aquí el artículo 1 del Protocolo I. Este precepto garantiza en sustancia el derecho de propiedad. Ahora bien, el derecho de disponer de los propios bienes constituye un elemento tradicional fundamental del derecho de propiedad. En su apartado segundo este artículo 1 autoriza a los Estados a regular el uso de los bienes conforme al interés general. Al Estado corresponde, pues, juzgar sobre la 'necesidad' de esa regulación. El 'interés general', por otra parte, puede conducir al legislador a imponer limitaciones a los derechos de libre dispo-

Recuerdo a Sus Señorías que nuestro Derecho vigente no sólo distingue entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, sino que, a su vez, distingue entre los hijos ilegítimos, los naturales, adulterinos, sacrílegos, etcétera (rumores), distinción que se va operando a medida de sancionar cada vez

sición entre vivos o por causa de muerte. Por tanto, no se observa ninguna violación de este artículo 1 en sí mismo considerado.

Sí, en cambio, en cuanto que tales restricciones se aplican sólo a las madres solteras y no a las casadas. Aquí hay una distinción que no es ni objetiva ni razonable y, por tanto, una violación del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo I, en perjuicio de Paula Marckx.

5. El Tribunal considera que no son aplicables al caso ni el artículo 3, que prohíbe los 'tratos degradantes', ni el artículo 12, que sanciona la libertad para contraer matrimonio.

4. Las demandantes solicitaron en el curso de una audiencia que se les reconociese el derecho a percibir un franco belga en concepto de daño moral. El Tribunal considera que no procede conceder a Paula y Alexandra Marckx una satisfacción equitativa distinta de la que resulta de la constatación de los perjuicios que han sufrido en el ejercicio de sus derechos.»

Hasta aquí los considerandos de la famosa Sentencia Marckx. Siguen luego las diecisiete declaraciones concretas en que se traduce el fallo y los siete votos particulares, singulares o conjuntos de algunos de los miembros del Tribunal, que no recojo porque su trascendencia es menor.

A esta sentencia y a su posible repercusión entre nosotros ya aludí en el «Addendum» I de la citada nota 36 de la primera entrega de estos comentarios (número 549 de esta Revista, págs. 315-6), aunque entonces no la reproduje por no alargar en demasía aquella nota.

Obsérvese que tras la reforma de 13 de mayo de 1981 nuestro Derecho se ha situado prácticamente en la línea progresiva que marca este fallo, tanto por lo que se refiere al acogimiento del principio *mater semper certa est* (cfr. nuevo art. 120-4.º, si bien en tanto no se modifique la Ley del Registro Civil cabe el desconocimiento por la madre de la filiación así determinada: art. 47 de la Ley del Registro Civil y 181 y 182 de su Reglamento) como por el establecimiento de parentesco entre la prole no matrimonial y adoptiva plena y la familia de sus progenitores o adoptantes (arts. 108, 2 y 176, 2 y los que los desarrollan en las esferas personal y patrimonial, por ejemplo: 211, 807, 931, 935, etc.), como, finalmente, por la inexistencia de discriminaciones entre las diversas clases de hijos (exceptuados los adoptivos simples), y a salvo lo que diré en el texto acerca precisamente del artículo 837, 2, donde acaso anida la única nota discordante, el último residuo discriminatorio para los hijos no matrimoniales en su variedad de adulterinos.

El texto de la sentencia lo he tomado de la obra de LINDE, ORTEGA Y SÁNCHEZ MORÓN, coordinada y prologada por GARCÍA DE ENTERRÍA, que en su día referí y he respetado la traducción que allí se ofrece a pesar de los no escasos galicismos que en ella se deslizan.

Además, esta famosa sentencia que alega el diputado Sotillo fue aducida también bajo su correcta grafía de caso «Marckx» (y no «Marcks» como disculpablemente hace la imprenta parlamentaria) por el Fiscal General del Estado en su informe emitido en la no menos interesante Sentencia de 1 de junio de 1981 dictada por el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 7 de Barcelona sobre el artículo 252, 2.º y 3.º, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña y respecto de la que rehusó pronunciarse, como es sabido, aquel alto Tribunal por no tener repercusión, en todo caso, su decisión sobre el pleito en que se suscitó, ya que se trataba de una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de nuestra Ley Fundamental (véase íntegra, sin perjuicio de lo que diré, en el suplemento al núm. 143 del B. O. E. del martes 16 de junio de 1981, págs. 4 a 7):

más la situación de los hijos no matrimoniales según cada una de estas categorías.

Pues bien: los artículos 837 y 840, y después los artículos 952 y 953, plantean la distinción entre los que antiguamente se llamaban hijos adul-

Aunque los supuestos fácticos no se coligen en todo su pormenor, parece ser que un causante catalán unido adulterinamente en vida con otra mujer y de la que tuvo un hijo, había otorgado un testamento —se alegó que en estado semicomatoso— en el que instituía heredera a su última compañera y efectuaba algún legado al vástago surgido de aquella relación, al que además había reconocido como hijo legítimo —*sic*— en un momento anterior. Seguramente por parte de la familia auténtica se pretendió en juicio declarativo de mayor cuantía la nulidad del susodicho testamento por fraude y por incapacidad de suceder de los demandados y la del reconocimiento del hijo y de la institución de heredera a favor de la compañera del adúltero. Planteada la cuestión de inconstitucionalidad, el alto Tribunal dio traslado de la misma al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno, al Fiscal General del Estado, al Parlamento y al Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, de los que sólo los cuatro últimos formularon alegaciones de muy recomendable lectura.

En concreto, el Fiscal General del Estado, después de suscitar una cuestión de prejudicialidad penal (principalmente por posible delito de falsedad en documento público, ya que, al parecer, el causante al ampliar su filiación en el testamento debió de calificar de esposa e hijo legítimos a la instituida y al legatario, respectivamente), solicitó para el caso de que no se estimase el anterior pedimento que se declarase *«la inconstitucionalidad del artículo 252, apartados 2 y 3, de la Compilación catalana, por ser contradictorio con los artículos 1, 14 y 39.2 de la Constitución. Esta contradicción se produce, a su juicio, porque aunque puede sostenerse que el artículo 39.2 no es norma que genere inmediatamente derechos y obligaciones, sino sólo en la medida en que sea objeto de desarrollo legislativo, en cuanto dicho artículo aplica a casos concretos el principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución y que el artículo 1 de la misma erige en uno de los valores superiores del ordenamiento, sí tiene evidentemente eficacia derogatoria frente a las leyes anteriores que se le opongan. Esto obliga a interpretar el ordenamiento sucesorio de manera adecuada a la Constitución, como respecto del Derecho belga ha ordenado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el llamado caso Marckx (Sentencia de 13 de junio de 1979), y, en consecuencia, a declarar inconstitucional el precepto cuestionado...»*

En sus fundamentos jurídicos, distribuidos en cuatro apartados, el alto Tribunal (del que fue ponente el Magistrado don FRANCISCO RUBIO LLORENTE) formuló unas interesantes consideraciones sumarias sobre la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad y su diferencia respecto del recurso del mismo nombre (apartado 1.º), y, finalmente, tras abordar otras cuestiones de menor interés (apartados 2.º y 3.º) razonó la abstención del Tribunal por el motivo antes indicado (apartado 4.º).

De aquel primer apartado importa resaltar que para el Supremo Órgano de salvaguardia de la Constitución: *«... La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada. A diferencia del recurso, que sólo puede ser iniciado por los órganos que enumeran los artículos 161.1 (sin duda quiere decir 162.1) de la Constitución y 32 LOTC, y sólo dentro del plazo que fija el artículo 33 de la misma, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier órgano judicial (art. 163 Constitución*

terinos y los que antiguamente se llamaban hijos ilegítimos, puesto que reciben un tratamiento desigual los que antiguamente se llamaban hijos adulterinos de los ilegítimos.

Quiero recordar al Gobierno una reciente Convención Europea sobre

y 35.1 LOTC), sea cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma legal cuestionada. Esta mayor amplitud relativa de la cuestión de inconstitucionalidad no la convierte, sin embargo, ni en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario, y que sólo a través de una acción cuya titularidad corresponde a muy escasos órganos o partes muy cualificadas de ellos, y es ejercitable únicamente dentro de un breve plazo preclusivo, ha sido atribuida a este Tribunal. La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la Ley con la simple inaplicación de ésta, pero ELLO HUBIERA IMPLICADO SOMETER LA OBRA DEL LEGISLADOR AL CRITERIO TAL VEZ DIVERSO DE UN ELEVADO NUMERO DE ORGANOS JUDICIALES, DE DONDE PODRIA RESULTAR, ENTRE OTRAS COSAS, UN ALTO GRADO DE INSEGURIDAD JURIDICA. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que en cierto sentido es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la Ley. La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los jueces y Tribunales que han de negar validez a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para INAPLICAR TAMBIEN INCLUSO LAS NORMAS LEGALES QUE ADOLEZCAN DEL MISMO DEFECTO, CUANDO SEAN ANTERIORES A LA CONSTITUCION. La supremacía de ésta obliga también a los jueces y Tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que en cada caso concreto hayan de apoyar sus fallos, pero en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal. La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas...»

Al apartado 4.º, por su parte, corresponden estos nucleares párrafos: «... Es claro que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia.

En el presente caso, y de existir efectivamente la contradicción total o parcial entre el artículo 252 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña y

el Estatuto Jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio, que ha entrado en vigor después de su firma por tres países, que lleva fecha de 15 de octubre de 1975, número 85 de las Convenciones, que no ha sido

la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (26 de agosto de 1975) del causante de la herencia objeto del proceso civil (artículo 657 del Código Civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (artículo 758 del Código Civil). En la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en el testamento, ese fallo no depende, pues, en modo alguno del pronunciamiento que este Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.

COSA MUY DISTINTA ES LA INTERPRETACION QUE, UNA VEZ PROMULGADA LA CONSTITUCION, HAYA DE HACERSE DE UNA NORMA QUE EN RAZON DE SER ANTERIOR A LA CONSTITUCION PUEDE SER INAPLICADA POR EL PROPIO JUEZ SI LA CONSIDERA CONTRARIA A ELLA, pero cuya validez en el momento del nacimiento de los derechos sucesorios de las partes no puede ser cuestionada, y cuyo sentido responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental. ESA INTERPRETACION CORRESPONDE, SIN EMBARGO, AL JUEZ CIVIL Y NO A ESTE TRIBUNAL...» (todas las mayúsculas son mías).

De esta interesante sentencia que traigo a colación aquí, al socaire de su lejana conexión con otra europea aducida en el discurso parlamentario anotado por la presente, me importa destacar dos conclusiones:

— La primera que según el Tribunal Constitucional la retroactividad de nuestra Norma Fundamental, al parecer, no pasa de ser una retroactividad de tipo medio o incluso mínimo (para esta conocida distinción *vide* FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, tomo I, 3.ª ed., I.E.P., Madrid, 1955, págs. 723-4; también en *Compendio de Derecho civil*, 5.ª ed., Madrid, 1970, pág. 148), de manera que los dictados de aquélla no sólo no son aplicables a situaciones consumadas (v. gr., a particiones ya hechas), sino ni siquiera por consumir (v. gr., sucesiones abiertas pendientes de reparto). Es sin duda una solución timorata o conservadora, pero segura, de la que el propio legislador ordinario (cfr. disposición transitoria octava de la Ley de 13 de mayo de 1981) no ha osado apartarse, influido, además, sin duda, por lo dispuesto en el artículo 53.3 de la propia Constitución, en relación con el 39.2, y a pesar del artículo 14 de la misma. No es eso lo que algún autor (concretamente JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en «Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de mujer casada después de la reforma del Código Civil», en esta misma Revista, núm. 512, correspondiente a enero-febrero de 1976, página 45 y nota 4 ter) defendió a propósito de la supresión de la licencia marital por la Ley de 2 de mayo de 1975, para la que se postuló retroactividad de tipo máximo. Sin duda, la igualación de los hijos no ha parecido cometido tan urgente o perentorio como la supresión de las restricciones a la capacidad personal, y por eso las soluciones del legislador de 13 de mayo y de nuestro Tribunal Constitucional resultan prudentes y se sitúan en la misma línea que la Sentencia Marckx que ya vimos negó, a instancias del Estado belga, todo alcance retroactivo a sus revolucionarios pronunciamientos. Pero en lo que no se puede estar de acuerdo con el Alto Tribunal es en esa sorprendente incitación final (mero *obiter* por lo demás) a que el Juez de instancia inaplique el artículo 252, 2.º y 3.º, de la Compilación catalana si considera derogado esos apartados por la Constitución, pues si para aquel Alto Organismo el precepto compilado no puede tener repercusión en el fallo, tampoco debe tenerla para el primer grado jurisdiccional. Si el Tribunal Constitucional no reconoce al principal objeto de su salvaguardia, esto es, a la Constitución, retro-

firmada por el Estado español ni se ha solicitado de esta Cámara la autorización para ratificarla, y que rogaría se tomase nota de que, tras la aprobación de esta Ley, conviene que el Estado español se adhiera, firme y posteriormente ratifique esta Convención Europea sobre el Estatuto Juri-

actividad de tipo medio, tampoco debe sugerir que se la atribuya el Juez cuestionante. En definitiva, no se debe impetrar de los demás audacias que uno no está dispuesto a afrontar.

— La segunda conclusión que quería extraer de esta Sentencia de 1 de junio de 1981 es precisamente la necesidad de profundizar en esa llamada que formula a la inaplicación de normas preconstitucionales que los Jueces de instancia estimen derogadas por la Ley Fundamental. La cuestión ya fue abordada prolijamente en la importantísima Sentencia del Pleno del propio Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (*B.O.E.* Suplemento al núm. 47 de 24 de febrero del mismo año), donde se declaró (ponente: don RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT) que: «Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, LOS JUECES Y TRIBUNALES deben inaplicarla si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad...» «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad —es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda— no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las Leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, CORRESPONDEN TAMBIÉN A LOS JUECES Y TRIBUNALES INTEGRADOS EN EL PODER JUDICIAL, los cuales al inaplicar tales Leyes no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las Leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales...» (A esta Sentencia le formuló un voto particular el propio Magistrado, señor RUBIO LLORENTE, en el que expone su personal opinión acerca de que son sólo los órganos del Poder Judicial los que ostentan el monopolio de la apreciación de la derogación por la Constitución de las Leyes anteriores al 29 de diciembre de 1978, sin que pueda el Alto Tribunal del que forma parte declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de esas normas preconstitucionales). Finalmente (aunque puede verse también el fundamento jurídico 2 de la sentencia de 10 de noviembre de 1981, *B.O.E.*, suplemento al núm. 277, de 19 de noviembre de 1981) se sitúa en la misma línea y profundiza en la cuestión la no menos decisiva sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (*B.O.E.*, suplemento al núm. 99, de 25 del propio mes y año), en la que se afirma (Ponente: don LUIS Díez-PICAZO) que: «Lo anterior no significa en modo alguno que el Tribunal (Constitucional) pretenda asumir el monopolio para decidir la derogación del derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma. Esta es una cuestión que obviamente PUEDEN RESOLVER POR SI SOLOS LOS JUECES ORDINARIOS. Mas es claro también que pueden someterla a este Tribunal por la vía de los artículos 55 y siguientes de la Ley Orgánica del mismo, y si la cuestión le es propuesta al Tribunal, el Tribunal deberá resolverla, porque no deja de ser bajo uno u otro prisma una cuestión de inconstitucionalidad, ya que el artículo 55 parte de la premisa de que la solución del problema se le presenta al Juez como dudosa» ... «La diferencia —concluye— que existe entre el pronunciamiento de este Tribunal y el que puedan adoptar sobre los temas de derogación los Jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos ju-

dico de los niños nacidos fuera del matrimonio. Pero conviene que la firme siempre que se modifiquen estos artículos, porque si no nuestro Derecho estará en contradicción con esta Convención Europea sobre el Estatuto Jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio.

risdccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto» (sobre la materia de estas sentencias puede consultarse LUCIANO PAREJO ALFONSO: «La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema», en *R.A.P.*, núm. 94, enero-abril 1981, págs. 201 a 223, y ahora también ANTONIO CANO MATA: *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, t. I, correspondiente a las del año 1981, Ed. R.D.P.-Edersa, Madrid 1982, especialmente págs. 38-39, 151-2 y 391-4). Obsérvese que en ningún momento se distinguen sectores dentro de nuestra Ley Fundamental cuya contrariedad al derecho anterior priven a éste de legitimidad; antes bien, en contra de lo que parece desprenderse del polémico artículo 53, apartados 2 y 3, de la Constitución, la rotundidad de las expresiones de los fallos constitucionales inducen a pensar que en la mente de los Magistrados de la Suprema Corte interpretativa toda la Constitución ha tenido inmediata vigencia y, por tanto, inmediata virtualidad derogatoria, aunque insisto en que se trata de una mera impresión inicial, hasta ahora, eso sí, no desmentida claramente por pronunciamientos ulteriores.

Pues bien: ante el «levantamiento de la veda» que implica la anterior doctrina ya han empezado a «caer» las primeras «piezas» del Ordenamiento preconstitucional a manos de Jueces de instancia. Así, en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, segunda época, número 16, correspondiente a abril de 1982, se da cuenta —págs. 537 a 540— de la Resolución del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla número 17, de fecha 16 de diciembre de 1981, en la que se autorizaba la adopción simple de un joven de diecinueve años por parte de un sacerdote católico de cincuenta, sobre la base de este Considerando sin desperdicio alguno:

«... Considerando: Que la Constitución española de 1978, culminando el edificio jurídico de un Estado democrático y social de Derecho, ha proclamado, en su artículo 14, la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, rechazando cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Que, congruente con su categoría de Norma fundamental, el citado texto político deroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en el mismo. Que, sentadas estas premisas, es evidente: A) Que el CC, ocupándose de la adopción, sitúa el artículo 172 en el ámbito de sus 'Disposiciones generales', abarcando, por ello, la forma plena y la simple, y advirtiendo que no pueden adoptar —entre otras— 'las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio', lo que resulta de aplicación a los ordenados *in sacris*, de conformidad al canon 1.072 del Código de Derecho Canónico. B) Que, no obstante lo expuesto, y sin perjuicio de la contemplación del citado impedimento dirimente en el ámbito religioso, es lo cierto que la Constitución acoge el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16, 3), y, en consecuencia, la Ley de 7 de julio de 1981 (por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio), contempla el matrimonio como institución única, si bien puede ser contraído ante la autoridad civil o 'en la forma religiosa legalmente prevista' (art. 49), en la que coinciden los artículos 59 y 60, también del referido Código. C) Que, coherente con esta interpretación, aparece el contenido de los artículos 46 y 47 de dicha norma, que, al enumerar a las personas que no pueden contraer matrimonio, no incluye ni tampoco alude a los sacerdotes, a diferencia de la regulación precedente que, reconociendo 'dos clases de matrimonio' (art. 42 CC), al referirse incluso al matrimonio civil, excluía a los 'ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa ca-

Recuerdo que, estando en contradicción con la Convención, cualquier ciudadano español tendrá derecho a plantear un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo por la inaplicación del Convenio de Roma referente a los Derechos Humanos y por los textos interpretativos jurisprudenciales y le-

nómicamente aprobada, ligados con voto de castidad, a no que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica...' (art. 83, 4), remitiéndose, en lo tocante al matrimonio canónico, a las disposiciones de la Iglesia (art. 75 CC). D) Que, siendo esto así, y no existiendo desde el Ordenamiento del Estado impedimento alguno de carácter matrimonial para las antes citadas personas, con más abundante razón entiende el Juzgador que no puede ser excluido de la posibilidad de adoptar, ya que esta institución jurídica es de distinta identidad a la del matrimonio, y se tipifica más adecuadamente en el ámbito de las relaciones paterno-filiales (art. 108 CC, modificado por Ley de 13 de mayo del presente año). E) Que, finalmente, y por si los anteriores razonamientos no bastarán, se ha de volver —en una contemplación de jerarquía de normas— al texto constitucional, que, como se indicaba, DEROGA DE FORMA AUTOMÁTICA Y POR APLICACION DIRECTA CUALQUIER DISPOSICION PREVIA QUE SE OPONGA A LA MISMA, en este caso el apartado primero del precitado artículo 172 CC, relativo a la imposibilidad de que puedan adoptar 'las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio...', supuesto o circunstancia que, aun cuando (por omisión del legislador de alcance meramente formal), no se ha suprimido expresamente en la nueva redacción que da al mencionado precepto la Ley de 13 de mayo de 1981, ya venía recogida con anterioridad (conforme a la Ley de 4 de julio de 1970) y, por ello mismo, HA DE ENTENDERSE QUE QUEDO SIN EFECTO A PARTIR DEL PROPIO TEXTO CONSTITUCIONAL, CUYOS PRECEPTOS SON VINCULANTES Y 'ORIGEN INMEDIATO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES Y NO MEROS PRINCIPIOS PROGRAMATICOS', COMO HA PROCLAMADO EL TC EN RESOLUCION DE 15 DE JUNIO DE 1981 (precisamente la primera que he reproducido parcialmente; vuelvo a advertir que las mayúsculas también son mías aquí). Que, por todo ello, y aun cuando desde un punto de vista residual-formal no se haya expresamente mencionado por la última modificación legal la circunstancia o impedimento ahora contemplado, es evidente que —por la fecha a que se retrotrae su redacción original— perdió, como se ha indicado, toda eficacia en el contexto del Ordenamiento jurídico...»

A este auto tan valiente y humano como llamativo sólo le ha faltado recordar que una solución parecida la había adoptado ya la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la Resolución de 14 de febrero de 1980, cuando declaró —antes de la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio— que había quedado inmediatamente sin vigor desde la vigencia de la Constitución y por ser contrario a ella el impedimento de orden sacro recogido en el antiguo artículo 83, 4, del CC. (Puede verse en el Anuario de la susodicha Dirección correspondiente al año 1980, Editorial Gráficas Orión, Madrid 1981, págs. 440 a 443.)

De todas maneras, esta doctrina de la vigencia inmediata y casi indiscriminada de la Constitución, dado su carácter normativo y no programático —doctrina cada día más en auge; el último botón de muestra puede verse en la exposición de motivos del Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, número 2574/82, del Ministerio de Economía y Comercio, B.O.E. núm. 247, del 15 de octubre siguiente—, y, por ende, la doctrina de su eficacia derogatoria apreciable directamente por los Tribunales de instancia, no dejan de entrañar serios riesgos. El principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.º, 3, de la propia Constitución se va a resentir en demasía. Además, se puede «politizar» exageradamente la aplicación del inmenso Ordenamiento preconstitucional, en función de cómo entienda los principios constitucionales, y en especial el de igualdad, de su artículo 14, el intérprete de turno.

Por otra parte —se me ocurre pensar—, esa democrática rebeldía normativa sugerida desde la suprema instancia interpretativo-constitucional, ¿se ha de circuns-

gislativos del propio Consejo. Esta Convención señala en su artículo 9.º la siguiente frase: 'Los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio en la sucesión de sus padres y de los miembros de las familias de sus padres son los mismos que si hubieran nacido dentro del matrimonio.' No existe ninguna limitación; no existe ninguna matización; todos los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio en la sucesión de sus padres o de las familias de sus padres son los mismos que los derechos de los niños nacidos en el matrimonio (artículo 9.º de esta Convención Europea).

Si no se modifican los textos que hoy trae el dictamen de la Comisión nos encontraremos en una flagrante contradicción con las normas europeas y con el Derecho de los demás países que han ido aplicando la Convención y las interpretaciones posteriores.

Por tanto, nosotros, que hemos mantenido esta posición en Ponencia, que la mantuvimos en Comisión y que hoy la reiteramos en el Pleno, in-

cribir sólo a los genuinos Jueces? (cf. las alusiones a «órganos del Poder Judicial» que se hacen en la sentencia de 2 de febrero de 1981 aludida), ¿o se va a poder —o deber— practicar por todos los aplicadores de las normas, en concreto —y por lo que me afecta— por funcionarios profesionales que, aun incardinados formalmente en la Administración estatal, desempeñan una labor calificadora o fedataria independiente, ajerárquica, como nos sucede a los Notarios y Registradores (a los últimos de los cuales hasta se nos ha denominado doctrinalmente con acierto «jueces territoriales»)?, ¿una partición, por ejemplo, en la que se haga aplicación, apartando al indigno, del artículo 252, 2.º y 3.º, de la Compilación de Cataluña, a cuyo desacato judicial invita el Tribunal Constitucional, debe ser denegada o suspendida por un Registrador deseoso de obedecer los artículos 14 y 39, 2, entre otros, de la Constitución?, ¿o, por el contrario, si se quiere desactivar aquel precepto compilativo, se impone en todo caso que el afectado deba recurrir a la vía del artículo 66, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria: acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos? Dígase lo mismo si en el documento se intenta aplicar las modernas versiones de la presunción muciana, de la auténtica *si qua mulier* o del senadoconsulto voleyano, etc. Dejo abierto el interrogante, pero medítese: A) que uno de los primeros órganos en aplicar (cf. también su Instrucción sobre matrimonio civil de 26 de diciembre de 1978) la eficacia derogatoria inmediata de la Constitución ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado, nuestro Centro directivo superior jerárquico; y B) que la Resolución del Magistrado-Juez de Sevilla se dictó en expediente de jurisdicción voluntaria, no contenciosa, que es a la que cierta doctrina, no precisamente minoritaria, aproxima la naturaleza del procedimiento registral.

Ciertamente sería menos problemático y comprometedor para los Jueces y demás aplicadores de la norma, y al mismo tiempo más seguro para los ciudadanos, que la inconstitucionalidad sobrevenida se declarase por un órgano centralizado, cual el Tribunal Constitucional, a semejanza de lo que ha prevalecido en Italia, o, a lo sumo, y en cada ámbito, por un Centro directivo unificador de criterios, como, para nosotros, nuestra Dirección General; pero no parece que sea ésa, hoy por hoy, la técnica operativa que va prevaleciendo. (Para la profundización en esta importante materia resulta imprescindible también la densa, aunque algo radical, obra de ENRIQUE FONSA BENLLOCH: *Estudios de Derecho de familia*, tomo I: *La Constitución y el Derecho de familia*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona 1981, en especial los capítulos V a XX de la Sección segunda del Estudio primero, que sería ya impertinente pretender resumir o glosar aquí.)

sistimos en que esta Ley carece de toda eficacia, carece de todo sentido de reforma si estas normas no se corrigen en este momento, porque, de lo contrario, se habrán hecho unas bonitas declaraciones de principios, pero eficacia en el momento clave, en el momento de los derechos sucesorios, no existirá. Eso es lo que nosotros reiteramos aquí, con el deseo y la esperanza de que nuestra posición pueda ser aceptada por la mayoría de la Cámara para corregir estas discriminaciones, estos posibles incumplimientos de la normativa europea sobre esta materia.»

Hasta aquí, Sotillo.

Tras una intervención para defender otras enmiendas del diputado de Socialistas de Cataluña señor Verde Aldea, intervino en defensa del texto de la Comisión el diputado de U.C.D. señor Ruiz Navarro i Gimeno, quien dijo (20):

«Señor Presidente: El turno de contestación, si Su Señoría nos lo admite, lo vamos a dividir en dos partes. Yo voy a contestar a la enmienda número 356 y 357, y mi compañera la señora Pelayo lo hará al resto de las enmiendas que se han formulado.

A mí me gustaría demostrar al señor Sotillo que lo que ha dicho, y muy bien dicho por cierto, no se puede aplicar concretamente a la enmienda 356 y, consecuentemente, y por congruencia, a la 357.

Entiendo, modestamente, que no hay discriminación aquí. El artículo 837 recoge el primer párrafo con idéntico contenido que el actual vigente, en su redacción de la Ley de 24 de abril de 1958, y partiendo de la base de que cuando no concurren descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho (al) usufructo de la mitad de la herencia. Pues bien: el segundo párrafo, al cual se refiere concretamente la enmienda 356, establece igual extensión, es decir, que la legítima del cónyuge sobreviviente será de la mitad de la herencia 'cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebido(s) constante el matrimonio de ambos'. Y sigue —porque esto es importante—: 'La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.'

Por lo pronto, este último párrafo que acabo de leer no priva de la legítima a los hijos extramatrimoniales, adulterinos podríamos decir; no les priva de la legítima. Lo que pasa es que, de suprimirse este párrafo, se atentaría al derecho del cónyuge inocente en caso de adulterio. ¿Por qué? Porque si el cónyuge sobreviviente no tiene hijos propios del ma-

(20) D.S. cit., págs. 9036 y 9037.

trimonio, o extramatrimoniales, tendría derecho, según las personas que concurran, o a la mitad o a las dos terceras partes de la herencia como cuota legal usufructuaria.

Si se elimina este artículo, entonces el cónyuge que no ha tenido hijos del matrimonio, pero concurre con los hijos del cónyuge fuera del matrimonio, constante el matrimonio, vería disminuida su cuota legal usufructuaria.

Entonces, esta enmienda, de prosperar, produciría, señoras y señores diputados, los siguientes efectos: primero, se penaría al cónyuge llamémosle inocente de un adulterio del otro cónyuge, reduciéndole su legítima usufructuaria; y segundo, con la actual redacción que se propone en el Proyecto no se discrimina a los hijos extramatrimoniales, puesto que se conserva la nuda propiedad de su legítima.

Por estas razones, señor Presidente, nos oponemos a la enmienda 356 y a la 357, que es consecuencia de la misma.»

En turno de réplica, Sotillo insistió (21):

«Dos cosas, señor Presidente: una, respecto a la intervención relativa a los artículos 837 y 840. Yo, lamentándolo mucho, tengo que concluir, de la intervención en contra de nuestras enmiendas, que, en primer lugar —naturalmente, coincido con Su Señoría—, los artículos 837 y 840 no privan de la legítima a estos hijos: faltaría más. Porque si privaran de la legítima lo que estaríamos haciendo es un precepto inconstitucional, por el artículo 39, 2, de la Constitución. Pero no se trata de legítima; se trata de una sutileza que aparece muy escondida en el texto, pero que un lector avezado en esta clase de textos sabe descubrir, y sabrá descubrir en el futuro. Insisto en que el segundo párrafo de los artículos 837 y 840 pueden dar lugar a demandas ante el Tribunal de Estrasburgo; vamos a ver, en ese supuesto, qué resultará de ese tipo de sentencias.

En segundo lugar, aquí se trata de hijos que concurren a la herencia de su padre, sin distinción de si los tuvo en el matrimonio o no.

En tercer lugar, a mí me parece que con la aplicación que se hace de los artículos 837 y 840 lo que se hace es, partiendo de la base del adulterio, y partiendo de la sanción que ese supuesto debe conllevar, se sanciona al hijo, y no al padre. Era lógico haber buscado una fórmula de sanción al testador, pero no: aquí resulta que se sanciona al hijo, al hijo adulterino que, naturalmente, tiene que cargar con el pecado que no cometió. Y eso es lo que a nosotros no nos parece correcto...»

Y, a modo de dúplica, dijo por último Ruiz Navarro (22):

(21) D.S. cit., pág. 9038.

(22) D.S. cit., pág. 9039.

«Un minuto solamente, señor Presidente. Señor Sotillo: nosotros seguimos estimando que no se perjudica a esos hijos adulterinos con el mantenimiento del párrafo segundo del artículo que nos ocupa. Lo que sucede —insisto en ello— es que en el Derecho siempre confluyen una serie de intereses que hay que jerarquizar en la protección con la norma.

Sería muy triste —por lo menos lo es para nosotros— que el cónyuge inocente de ese adulterio se viera perjudicado en su legítima por la existencia de esos hijos extramatrimoniales o adulterinos. Creo que, si bien hemos despenalizado el adulterio, de ninguna de las formas debemos establecer que el cónyuge que es inocente de ese adulterio se vea menoscabado en sus derechos por ese hecho; cuanto más —y esto es lo fundamental, insisto en ello— los hijos no se ven privados de su legítima, ¡pues no faltaba más, claro, señor Sotillo!; pero no se ven privados de ella.»

En la votación subsiguiente el texto de la Comisión obtuvo 118 votos a favor, en tanto que la enmienda socialista sólo consiguió 97 (hubo cuatro abstenciones), por lo que fue desestimada.

En el Senado el Grupo parlamentario Socialista volvió a la carga mediante la enmienda número 16, suscrita por su portavoz, don Juan José Laborda Martín, y en la que proponía la supresión del párrafo segundo del artículo 837, aduciendo escuetamente como motivación que «supone discriminar los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales» (23).

Tanta insistencia por fin hizo mella en los senadores ponentes, ya que en su informe propusieron la supresión del segundo párrafo del artículo 837 (así como la de todo el 840, según veremos), y su sugerencia fue secundada por la Comisión de Justicia e Interior y por el Pleno de la Segunda Cámara.

Mas de vuelta al Congreso, y sin que se produjese debate alguno, éste no aceptó la enmienda supresora del Senado y resucitó por 250 votos (24) contra diez y tres abstenciones el texto que la Cámara Baja había aprobado en primera instancia.

II. COMENTARIO

1. El párrafo primero de este artículo coincide en su letra con el íntegro contenido de su correlativo anterior, pero no así en su alcance, por-

(23) B.O.C.G. —Senado—, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, pág. 43.

(24) Ese número de votos patentiza que los socialistas desistieron, en último extremo, de su visión como discriminatorio del artículo 837, 2 (y, en consecuencia, del 840), sea por convencimiento, sea por error o descuido en una votación que sabían perdida, o sea, por último, por una de esas transacciones internas o secretas a que nos tienen acostumbrados nuestros parlamentarios.

que los ascendientes que reducen el usufructo viudal a la mitad ya no son sólo, como se interpretaba mayoritariamente antes (25), los legítimos —y equiparados—, sino también los no matrimoniales y los padres y demás ascendientes del adoptante en forma plena (26).

Desde esa perspectiva mayoritaria se ha perjudicado la situación del viudo, pues aumentan las hipótesis de concurrencia en que su usufructo queda limitado a la mitad y no a los dos tercios del caudal; y, en todo caso, desde cualquier otra opinión, también se le perjudica en concurrencia, antes imposible, con los padres y demás ascendientes de los padres naturales y adoptivos plenos; en cambio, se le favorece en relación con los adoptantes simples, que ya no son legitimarios.

2. A) CONSTITUCIONALIDAD.—Pero, sin duda, el párrafo más interesante del artículo 837 C. C., por lo que encierra de novedad, es el segundo. Ya he expuesto la polémica parlamentaria que hasta casi el último momento suscitó este párrafo a propósito de su constitucionalidad, y ahora es ya de abordar esta primordial cuestión.

(25) Vide VALLET: *Comentarios...* cit., 1.^a ed., págs. 432-3; LACRUZ: *Op. cit.*, edición 1973, pág. 93; MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Bosch, Barcelona 1974, pág. 311; JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. VI, Edersa, 1979, pág. 651; MANUEL BATLLE VÁZQUEZ: «Observaciones sobre la reforma del Código Civil», en *R.G.L.J.*, 1958, t. II, pág. 451. Opiniones discrepantes que ahora ya no interesa destacar mantuvieron: JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. II, Ed. Reus, Madrid 1973, pág. 598; ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, en su revisión de las *Instituciones de Derecho civil español*, de Felipe Clemente De Diego, t. III, Madrid, 1959, pág. 224, y JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, «La cuota viudal, tras su reforma», *R.G.L.J.*, enero 1959, t. I, págs. 100 y ss. No tomaron partido: PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V, 3.^o, págs. 137-8; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 3.^a ed., Madrid 1970, ed. R.D.P., páginas 465-7, y LUIS DÍEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid 1978, pág. 660.

(26) Así también lo ha reconocido, tras la reforma, VALLET, en la 2.^a edición de los *Comentarios...* de Edersa cit., pág. 467, y en su ponencia «Reforma del Código Civil en materia de sucesiones», en la *R.D.N.*, núm. 112, correspondiente a abril-junio de 1981, págs. 405-6. Parecidamente, JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, en «La reforma en el Derecho de sucesiones», dentro del libro colectivo *El nuevo régimen de la familia. II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, 1981, págs. 188-190; LACRUZ, en su *Derecho de sucesiones*, ed. de 1981, cit., pág. 477, reproduce el artículo 837, 1, sin formular distinciones, aunque hay que tener en cuenta su peculiar posición sobre los ascendientes de segundo y ulterior grado por adopción —págs. 472-3—, que alcancé a recoger en el «Addendum» II de la nota 36 de la primera parte de estos «Comentarios...» (número 549 de esta Revista, pág. 317). Lo mismo cabe decir de ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona 1982, pág. 379, con idéntica salvedad sobre su tesis a propósito de los ascendientes por adopción plena recogida *eodem loco*, págs. 316-7.

a) *Doctrina*

Las primeras opiniones doctrinales que se han vertido al respecto de la concordancia con la Constitución del párrafo segundo del artículo 837 (y su corolario obligado, el 840) han sido, forzoso es reconocerlo, bastante conservadoras.

VALLET estima perfectamente compatibles en este punto la Ley fundamental y la ordinaria (27), lo mismo que RODRÍGUEZ ADRADOS (28);

(27) «Alguien ha dicho —escribe— que este precepto (el 837, 2) va contra la igualdad ante la Ley de todos los españoles, 'sin discriminación alguna por razón de nacimiento', declarada en el artículo 14 de la Constitución de 1978. Pero este artículo también declara la no discriminación 'por cualquier otra condición o circunstancia personal y social'; y, siempre que no se miren las cosas unilateral y monolinealmente, resulta que toda igualdad impuesta comporta y trae otras desigualdades. Y aquí vemos dos viudas que se casaron sin haber tenido antes hijo alguno, ni ellas ni su cónyuge, que no tuvieron hijos en su matrimonio, incluso cabe que a favor de cada cual testase su respectivo consorte, instituyéndola universal heredera. A ninguno de los maridos premuertos les sobrevivió ascendiente alguno. A una de estas mujeres su marido le fue fiel, y a la otra no sólo le fue infiel, sino que tuvo, o le colgaron, un hijo no matrimonial de los que hasta ahora han sido calificados de adulterinos. Pues bien: por esas circunstancias, la Ley, que reconoce a la primera viuda una cuota viudal en usufructo de dos tercios y no pone obstáculos a que sea heredera universal, en cambio, a la otra, por la 'circunstancia individual' de la infidelidad de su marido y de su consecuencia, real o colgada, la propia Ley le reduce su cuota legitimaria en usufructo de dos tercios a la mitad y no le respeta la institución de heredera universal, que será anulable si el hijo no matrimonial nació después de otorgado el testamento, o se le reducirá en dos tercios, en caso de haber ya nacido» (en «Comentarios...», 2.ª cit., pág. 468, y también en la ponencia sobre «Reforma...» cit., pág. 406).

(28) «La lucha contra estos artículos (se refiere al 837, 2, y 840), los únicos salvados del naufragio, parece que va a continuar bajo la misma línea argumental de su inconstitucionalidad. Difícilmente pueden considerarse discriminatorios, sin embargo, para los hijos no matrimoniales unos preceptos que no regulan sus derechos sucesorios ni en sí mismos ni en la situación relativa de adulterinidad, y que sólo pueden afectarles de hecho en el caso límite de haber sido instituidos por su padre en la totalidad de la herencia, sin perjuicio de la cuota usufructuaria de su consorte. El tema del artículo 837, 2 (y, por tanto, el del 840), está constituido solamente por la regulación de la cuota legal usufructuaria del cónyuge superviviente; prescindamos, pues —que ya es prescindir—, de la posibilidad de que el cónyuge hubiera sido, sin el nacimiento de estos hijos no matrimoniales, único y universal heredero *ab intestato* del causante, y limitémonos a esa cuota usufructuaria: el viudo o viuda habría tenido derecho a una cuota de la mitad de la herencia de existir ascendientes (art. 837, 1) y de los dos tercios si no los hubiera (art. 838); el nacimiento de estos hijos no matrimoniales reduciría su cuota usufructuaria al tercio (artículo 834); pues bien, ante la concurrencia de estas personas, todas igualmente inocentes, el artículo 837, 2, toma una decisión en cierto modo salomónica: ni un tercio ni dos tercios, sino, en todo caso, la mitad; solución evidentemente más moderada que la del artículo 759, 2, del Código francés, redacción de 1972, que para estos casos de concurrencia con el cónyuge engañado reduce la cuota intestada de los hijos adulterinos relativos a 'la mitad de lo que, a falta de ellos, habría sido deferido al cónyuge'» (ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», *R.D.N.*, núms. 113-114, julio-diciembre 1981, páginas 300-1).

disculpan la posible discordancia DELGADO ECHEVARRÍA (29) y LA-CRUZ (30) y hasta casi contraataca MARTÍNEZ-PIÑEIRO (31).

b) *Mi opinión*

Por mi parte, después de meditar serenamente sobre la cuestión, sin apasionamiento ni construcciones lacrimógenas (siempre reversibles), y pretendiendo realizar un mero análisis técnico y objetivo del problema, creo que se impone distinguir el caso de que se trate de una sucesión testada del caso en que estemos ante una sucesión intestada.

α) En la primera hipótesis sí creo defendible que no puede hacérsele ningún reproche al artículo 837, 2, por supuesta discriminación hacia los hijos no matrimoniales (en su variedad de adulterinos, que son los contemplados por el párrafo que comento). En efecto, y partiendo de la ya pacífica concepción de la legítima como mero freno a la facultad de disponer, la de esos hijos «concebidos constante el matrimonio de causante y supérstite», pero que sólo lo son de aquél, sigue siendo la misma —dos tercios— que la de los restantes hijos igualados por el artículo 39, 2, de la Constitución, y, de acuerdo con ella, por los artículos 108, 2, y 176, 1, del Código Civil (amén de por otros muchos cuya cita sería fa-

(29) «En la elaboración parlamentaria de la Ley, estas últimas disposiciones (se refiere a los arts. 837, 2, y 840) fueron enmendadas por el Grupo parlamentario Socialista, que pedía su supresión; enmienda que prosperó en el Senado, pero que rechazó definitivamente el Congreso. Argumentaban quienes abogaban por su supresión su sentido discriminatorio en razón de filiación, opuesto, por tanto, al principio constitucional de igualdad. Aun siendo cierto que la legítima de los hijos adulterinos queda algo comprimida por el usufructo del viudo, la razón en que se apoya la norma para este caso tan particular tampoco carece de peso» (*El nuevo régimen...* cit., pág. 191).

(30) Reproduce la opinión de DELGADO en *Derecho de sucesiones*, 1981, cit, página 477.

(31) «Si bien en este caso —el del 837, 2— se aumentan los derechos legítimos del viudo, téngase en cuenta con respecto a la legislación anterior que se le han disminuido. Antes tenía el usufructo de dos tercios (art. 838) y ahora sólo de la mitad (art. 837, pár. segundo). No parece muy justo que la consecuencia del adulterio de uno de los cónyuges sea precisamente disminuir la legítima del inocente y postergarlo, además, al hijo adulterino en caso de sucesión intestada (artículos 931 y ss.). Con ello parece que se está atenuando por el legislador la tradicional obligación civil de fidelidad entre los cónyuges, y cabe preguntarse si esta reforma es compatible con el principio constitucional de reconocimiento de la familia y su dignidad» (EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS: *Notas sobre las modificaciones introducidas por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia sucesoria*, folleto fotocopiado y fechado en Palma de Mallorca a 1 de junio de 1981, remitido a los colegiados de Baleares como Circular número 23 por la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de dicho archipiélago. Pido disculpas por la cita de un original todavía no editado debidamente —que yo sepa— por su autor, pero la penuria de trabajos sobre la reforma y la profundidad de contenido de dicho opúsculo, como pondré de manifiesto en más de una ocasión, espero sirvan para atenuar mi exceso).

rragosa). A ellos, pues, no les perjudica este párrafo segundo tan debatido. Lo único que hace el legislador es mencionarlos como supuesto de hecho de una concurrencia que, de producirse, favorece al supérstite, al aumentar la cuantía de la legítima de éste. De haber un perjudicado sería en todo caso el consorte infiel que ve reducida su porción disponible a la nuda propiedad de un tercio y al usufructo de un sexto de su caudal. No deja de ser una justa compensación para el cónyuge ofendido por la infidelidad. Pero, en todo caso, el artículo no discrimina, insisto, a los hijos adulterinos (pues su mera cita o alusión no supone discriminación, como no la suponen los arts. 120 ó 133, por ejemplo), y no debiera prosperar contra él, ante ningún tribunal, interno o internacional, reproche alguno de anticonstitucionalidad. Ni los hijos adulterinos, ni ningún otro, tienen derecho a una institución o legado universales por parte de su progenitor. Que esa eventualidad se vea más recortada respecto a ellos (en cuanto al usufructo de un sexto) que respecto a los restantes descendientes no representa sino una reducción de sus expectativas y la lesión —justificada, además— de expectativas no debe ser indemnizable. El artículo 837, 2 —concluyo—, es una medida suavizadora de la drástica reforma llevada a cabo por la Ley 11, pero a costa o en perjuicio única y exclusivamente del cónyuge infractor, en tanto en cuanto se ha cercenado su facultad de disposición *inter vivos* y *mortis causa*.

β) En cambio, no se debe olvidar que la legítima también tiene una importante actuación en el campo de la sucesión intestada (32), como rectificación del orden riguroso de líneas establecido en los artículos 930 y siguientes del Código Civil. No voy a entretenerme aquí en minimizar el alcance que se debe dar a la inadvertida supresión del inciso «que en todo caso corresponde al viudo en la sucesión intestada» del abolido artículo 953 C. C., porque entiendo que no habrá jurista sensato que se atreva a sustentar en ella la desaparición de los tradicionales llamamientos usufructuarios del supérstite en concurrencia —hoy— con descendientes y ascendientes en una sucesión *ab intestato*. La comparación entre las palabras iniciales de los números 2 y 3 del artículo 807 sirve —a mi juicio— para despejar cualquier duda acerca de una conclusión que ya extrajeron, sin vacilaciones, la práctica y la doctrina, desde la publicación del Código Civil, mucho antes de que el desaparecido artículo 953 fuese reformado, innecesaria pero convenientemente, por la Ley de 24 de abril de 1958. Realmente, sería revolucionario sustentar que, tras la reforma, el cónyuge viudo no tiene beneficio sucesorio alguno (distinto de la *mortis causa capio* del actual art. 1.321) en la sucesión intestada de su consorte fallecido con parientes en línea recta; revolucionario y discordante,

(32) Ya lo destacué en la nota 32 de la primera parte de estos «Comentarios...», núm. 549 de esta Revista, pág. 300.

además, con las legislaciones forales en las que siempre se ha inspirado la legítima usufructuaria del Derecho común (33).

Doy por sentado, pues, sin más circunloquios, que el cónyuge viudo recibe su legítima en la sucesión legal, aunque los primeramente llamados sean descendientes o ascendientes, con lo que, en definitiva, la legítima le llega a él a través de una delación —usufructuaria— concurrente con la de éstos: es uno de los poquísimos casos de delación material de la legítima.

Así las cosas, si los únicos parientes con derecho a suceder que deja el causante al morir son hijo(s) adulterino(s) y cónyuge supérstite, se produce una discriminación con respecto de los demás descendientes que, en igual concurrencia, sólo ven mermada su delación sucesoria en el usufructo de un tercio y no de una mitad. Que en el terreno de los principios y de las ideologías sea discutible que un hijo adulterino se anteponga en la sucesión intestada al cónyuge legítimo no lo pongo en duda, sin que yo, sin embargo, me pronuncie; pero que, aceptada la premisa, hoy legalmente incontestable, de la igualdad de los hijos (y de la indicada anteposición), aquella igualdad no se respeta si en presencia sólo de unos —los adulterinos— se atribuye al cónyuge un sexto más en usufructo que lo que se le reconoce en concurso con todos los demás descendientes (incluso, como diré, con esos mismos adulterinos, si no comparecen solos), me parece una conclusión evidente e inevitable.

A diferencia de lo que ocurría en la sucesión testamentaria, los descendientes adulterinos sí tienen en la intestada un verdadero derecho —no una mera expectativa— a la delación de todo el as hereditario, menos, claro está, la legítima usufructuaria del cónyuge, que debe ser uniforme.

Ahora bien: ¿eso quiere decir que el artículo 837, 2, es un precepto tan singular que deviene constitucional o no, en función del supuesto fáctico de que el causante de la sucesión fallezca testado o intestado? Algo

(33) Cf. artículo 34 de la Compilación de Vizcaya y Alava; 250 de la de Cataluña; 52 de la de Baleares. En Aragón es el matrimonio (art. 72 de su Compilación) el que atribuye la viudedad que se antepone o prevalece así sobre las reglas sucesorias, cualquiera que sea el tipo de sucesión. En Navarra, en cambio, se produce una situación aún más singular que la actual del Derecho común: el usufructo de fidelidad —beneficio sucesorio y no matrimonial, a diferencia de Aragón— se configura exclusivamente como una «limitación a la libertad de disponer» (cf. rúbrica del título X de la Compilación de 1 de marzo de 1973; en igual sentido, la *Recopilación privada*, Pamplona 1971, págs. 78 y ss.), sin que ningún precepto expreso la haga operar en la sucesión intestada troncal (Ley 307) o no troncal (Ley 304, que sitúa al cónyuge en quinto lugar de llamamiento), pese a lo cual no tengo noticia de que a nadie se le haya ocurrido la peregrina idea de negarle la *fealdat* al supérstite *ab intestato* (cf., *ad. ex.*, los capítulos LXX a LXII y LXXVII y LXXVIII del *Manual de Derecho civil navarro*, de FRANCISCO SALINAS QUIJADA, Ed. Aranzadi, Pamplona 1980, donde ni se imagina, claro, el problema. Aparte de que la regla *paramiento fuero vienze* —Ley 7— sustraería cualquier escrúpulo a la sana práctica hoy vivida.

así me veo forzado a concluir, pero matizando que lo decisivo no es que la sucesión sea legítima o voluntaria, porque ambas pueden concurrir respecto de una misma herencia (arts. 658, 764, 2; 912, 2, etc.), sino que lo trascendente será que en igual supuesto de hecho los descendientes de un signo reciban diferente porción que la que recibirían los de otro, y siempre sobre la base de que vean mermado un derecho cierto y no una mera esperanza: así, si en una sucesión semitestamentaria el cónyuge ha recibido su legítima usufructuaria larga del 837, 2 —y aun la porción disponible—, por testamento u otro título, será intrascendente que el resto del caudal se defiera por ley, porque, en todo caso, cualquiera que fuese su filiación, los sucesores de la línea descendente recibirían lo mismo. En cambio, si la fracción testamentaria de la herencia se empleó en beneficiar a los propios hijos o a un extraño, paréceme anticonstitucional que el cónyuge pretenda el usufructo de la mitad del caudal, en lugar del de un tercio, a costa del no deferido voluntariamente.

En algún caso especial de sucesión intestada, v.gr., la que se abriese por preterición errónea de todos o del único descendiente adulterino (artículo 814, 2, 1.º), en la que en el testamento anulado se hubiese atribuido al cónyuge —como se debía en hipótesis— beneficios superiores o iguales por lo menos al usufructo de una mitad, puede sostenerse que subsiste su legítima larga, la del 837, 2, aun en la intestada abierta a continuación, pero no por aplicación de la solución discriminatoria de aquel precepto, sino por la de la regla salvadora del último párrafo del citado 814, de manera que se podría deducir una voluntad del causante de atribuir voluntariamente —aun en caso de preterición no intencional— el usufructo más amplio que fuese posible a su consorte: en definitiva, estaríamos ante un caso de sucesión semitestamentaria de los acabados de citar, en la que la atribución voluntaria a favor del cónyuge se induce del artículo 814 *in fine*. Y siempre a salvo el que no se le deba atribuir un efecto aún menos contundente a la preterición errónea en beneficio del cónyuge, lo que será siempre un problema judicial.

Ni que decir tiene que el artículo 840, como precepto complementario o instrumental, sólo será ilegítimo si se pretende actuarlo en una hipótesis en que el precepto básico, el 837, no sea admisible.

Las conclusiones a que llego no se me escapa que pueden producir un cierto casuismo en la hipotética y hasta probable jurisprudencia constitucional —o internacional— a este respecto. Pero, hoy por hoy, no veo otra solución: suprimir totalmente el artículo 837, 2, sería conculcar la voluntad soberana de las Cortes, que quisieron compensar económicamente, con una mayor legítima, la suerte del cónyuge inocente; mantenerlo, aun en la sucesión intestada —total o parcial—, cuando atente contra el

principio de igualdad de los hijos, significaría probablemente transgredir un precepto constitucional que se impone incluso a aquella voluntad soberana (art. 9.º, 1 y 3, de la Constitución).

c) *Derecho comparado*

¿Qué sucede a este respecto en el Derecho comparado? RODRÍGUEZ ADRADOS nos ofrece unas ciertas pinceladas de los Derechos alemán, francés e italiano (34). Pero, por una parte, las soluciones de estos Ordenamientos, que en buena medida inspiraron la redacción inicial del Proyecto gubernamental —ya lo destacaré al examinar, si llega, el pago en metálico de las porciones hereditarias: arts. 841 a 847— no lograron superar el filtro de nuestro Parlamento, acaso por la necesidad de acatar éste unas exigencias constitucionales más estrictas o rigurosas que las de allende nuestras fronteras, con la única salvedad de las normas que comento (los arts. 837, 2, y 840), por lo que puede afirmarse que soberanamente nos hemos distanciado de los modelos europeos que influyeron en los redactores iniciales; y, por otro lado, esos modelos que cita ADRADOS son todos ellos anteriores a la famosa sentencia Marckx, que, aunque no contemplase la colisión cónyuge-adulterinos, marca un hito en el Derecho europeo, y además no son los únicos, ni siquiera los más recientes, que pueden aducirse.

— Es cierto, en efecto, que el artículo 759 del Código Civil francés, reformado por la Ley de 3 de enero de 1972, dispone que «los hijos naturales cuyo padre o madre estaba, al tiempo de la concepción de aquéllos, unido por los vínculos del matrimonio con otra persona, no excluyen a ésta de la sucesión de su progenitor cuando, en defecto de dichos hijos, ella hubiese sido llamada por aplicación» de las reglas generales de la sucesión intestada (en la cual, en general, el cónyuge se sitúa todavía detrás de hermanos y sobrinos: art. 765). Y que, en el mismo caso, los citados hijos adulterinos «no recibirán, cualquiera que sea su número, más que la mitad de lo que, de no existir ellos, habría sido deferido al cónyuge según las citadas reglas de la intestada, haciéndose el cálculo línea por línea».

— Es cierto, igualmente, que en Francia, y en esa hipótesis de concurrencia adulterinos-cónyuges, éste ostenta un derecho de atribución preferencial respecto de determinados bienes (explotación agrícola, comercial, industrial, artesanal, residencias primaria y secundaria) de la sucesión (artículo 761), incluso aunque al cónyuge no le corresponda, por anteposi-

(34) *Op. cit.*, págs. 294 a 296.

ción de otros parientes en línea recta, más que el usufructo *ab intestato* —de un cuarto o de la mitad— que le reconoce el artículo 767.

Además, es posible que el causante aparte a aquellos hijos de la liquidación sucesoria mediante una atribución suficiente de bienes hecha en vida («*faculté d'apportionnement*»: arts. 762 a 763-2).

Y en la sucesión testada la legítima de los hijos adulterinos que concurren solos (o a lo sumo con otros hijos no surgidos del matrimonio) puede no ser respetada cuando se disponga de los bienes en favor del cónyuge ofendido por el adulterio: artículo 915, 1, *a contrario sensu* (35).

— Es cierto también que en la República Federal Alemana el § 1.934 a, 1, introducido por la Ley de 19 de agosto de 1969, que entró en vigor el 1 de julio de 1970 (36), sobre la posición jurídica de los hijos no matrimoniales, establece que a éstos (sin distinguir si son o no adulterinos) y a sus descendientes les corresponde en la herencia de su padre o de parientes paternos, en concurso con descendientes matrimoniales o *con cónyuge superviviente* del causante, en lugar de su porción hereditaria, un derecho sucesorio sustitutorio («*Erbersatzanspruch*») contra los herederos y de un montante igual al valor de su parte (se transforma, por tanto, su derecho hereditario en una pretensión dineraria similar a la de legítima —alemana—, hasta el punto de que le son aplicables muchas reglas de ésta —§ 1.934 b, 2— y de que en la sucesión testada el «*Erbersatzanspruch*» convierte a su derechohabiente en legitimario en cuanto a dicho sustitutivo —§ 2.338 a—.

Pero, por un lado, ese derecho sustitutorio corresponde también a los parientes paternos si concurren con la madre o descendientes matrimoniales de ésta a la sucesión del hijo no matrimonial (§ 1.934 a, 2, que guarda, pues, una reciprocidad perfecta con el párrafo primero de dicho párrafo), y, por otro, el «*Erbersatzanspruch*» no surge nunca en la sucesión de la madre en la que hijos matrimoniales y no matrimoniales están absolutamente equiparados —§ 1.934 a, 4—.

(También un hijo no matrimonial con edad comprendida entre los veintiuno y los veintisiete años puede exigir de su padre una compensación sucesoria anticipada en dinero —«*vorzeitigen Erbausgleich*»: § 1.934 d— que, una vez acordada o fijada judicialmente, les excluye, como herederos legales y como legitimarios, en la sucesión de dicho padre o de los parientes paternos —§ 1.934 e—, pero como esta posibilidad es independiente de que los hijos no matrimoniales, adulterinos o

(35) Los datos los extraigo de la edición manual de la DALLOZ, 24.^a ed., París 1980-81.

(36) Ojalá nuestro legislador imite de una vez esas prudentes *vacationes legis* foráneas, por lo menos para leyes sustantivas de enjundia como la que parcialmente analizo.

no, concurren con matrimoniales o con el cónyuge, no parece oportuno explayarse en ella aquí) (37).

En la sucesión testada, en cambio, la concurrencia de cónyuge e hijos adulterinos no provoca especialidad ninguna, de manera que las legítimas de aquél y éstos permanecen idénticas, consistiendo, como es sabido, en la mitad del valor de la porción hereditaria intestada (§ 2.303) (38).

— Es cierto también, por último, que en el Derecho italiano la legítima de los hijos no matrimoniales (naturales: cf. su concepto amplio, comprensivo de los adulterinos, en el art. 250 C. C.), idéntica cuantitativamente a la de los hijos matrimoniales (legítimos), puede ser satisfecha por éstos en dinero o en bienes inmuebles hereditarios, pero siempre que no se opongan. En el caso de oposición decidirá el Juez, valorando las circunstancias personales y patrimoniales (art. 573, párrafo tercero, del Codice Civile modificado por la Ley de 19 de mayo de 1975).

Pero también es verdad que la legítima del cónyuge, que en cualquier otro caso equivale, aparte otros derechos, a la mitad —en pleno dominio— del patrimonio del premuerto (art. 540), desciende a un tercio —igualmente en pleno dominio— en concurso con un solo hijo, y a un cuarto de aquel patrimonio —siempre en pleno dominio—, concurriendo con más de uno, pero sin que, en ningún caso, se discrimine para esa variación según que los hijos concurrentes sean naturales o legítimos (artículo 542), a diferencia de lo que para los adulterinos decreta nuestro artículo 837, 2.

Y aunque también en estas hipótesis de concurrencia se aplica la regla de posible conmutación dinerario-inmobiliaria, ello sucede sólo a ini-

(37) El «vorzeitigen Erbausgleich» me recuerda lejanamente la «definición» del artículo 50 de la Compilación de Baleares, aunque ésta tiene una iniciativa, una finalidad y un ámbito, subjetivo y objetivo, distintos.

(38) Referencias extraídas de la 97.^a ed. del B.G.B. de la C. H. Beck, Munich 1980. Pueden ampliarse, p. ej., en el *Lehrbuch des Erbrechts*, de HEINRICH LANGE, continuado por KURT KUCHINKE, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 2.^a ed., Munich 1978, págs. 190 a 210, en las dos últimas de las cuales recoge abundantísima bibliografía. Sus noticias sobre Derecho comparado (págs. 192-3) también son muy completas. En concreto, a propósito de Austria, dicen que «el Derecho austriaco ha concedido al hijo no matrimonial, que antes ostentaba la posición jurídica de un hijo matrimonial exclusivamente frente a la madre y sus parientes, un derecho sucesorio legal respecto de su padre, desde la entrada en vigor de la Ley federal de 30 de octubre de 1970, sobre la nueva ordenación de la posición jurídica del hijo no matrimonial. Este hereda, según el párrafo segundo del § 754 del A.B.G.B. n. F., como un hijo matrimonial. El derecho sucesorio del hijo no matrimonial, sin embargo, es excluido completamente, frente a los descendientes matrimoniales del causante y sus equiparados. También en concurrencia con la viuda del causante se limita el derecho sucesorio (de los hijos no matrimoniales), pues según el párrafo segundo del § 757 del A.B.G.B. la porción hereditaria de la viuda se mantiene como si no existiera el hijo no matrimonial». Repárese, no obstante, en la fecha de la reforma y en la absoluta equiparación de los hijos en la sucesión materna.

ciativa de los hijos legítimos y no del cónyuge, por donde si sólo quedan hijos naturales la conmutación resulta imposible (39).

Las porciones hereditarias *ab intestato* del cónyuge ($1/2$ ó $1/3$) tampoco se alteran porque concurre con hijos de diversas especies (art. 581).

En definitiva, el breve repaso de los Derechos europeos examinados hasta aquí nos pone de relieve que, a propósito de la colisión hijos adúlteros-cónyuge supérstite, existe discriminación clara de aquéllos en el Derecho francés; discriminación cualitativa sólo respecto de las sucesiones de línea paterna, en los Derechos alemán occidental y austriaco, y discriminación, igualmente cualitativa, sólo respecto de los hijos matrimoniales, pero no respecto del cónyuge, en el Derecho italiano.

— En cambio, en Suiza, la regulación no puede ser más igualitaria y uniforme:

El artículo 462 del Código Civil de dicha Confederación reconoce al cónyuge sobreviviente, si el difunto deja descendientes —sin más especificaciones—, el derecho a elegir, en la sucesión intestada del último, o el usufructo de una mitad (permutable por una renta anual: art. 463) o la propiedad de una cuarta parte del caudal.

Y el artículo 471, por su parte, le reconoce una legítima de todo su derecho de sucesión (*ab intestato*) en propiedad cuando concurre con herederos legales —sin discriminar aquí tampoco—, y de la mitad de ese derecho cuando el supérstite es heredero único. Además, el artículo 473, en la redacción que le ha dado la Ley federal de 25 de junio de 1976, que entró en vigor el 1 de enero de 1978 (40), autoriza a un cónyuge a dejar al sobreviviente, por disposición *mortis causa*, el usufructo de toda la parte deferida, tanto a sus hijos comunes como a los hijos de sólo el disponente concebidos durante el matrimonio, así como a los descendien-

(39) Así lo interpreta también GIUSEPPE AZZARITI en la 7.^a ed. actualizada del conocido tratado de FRANCESCO SAVERIO AZZARITI y GIOVANNI MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padua 1979, pág. 214, opinando también dicho autor que la conmutación es imposible si la legítima se la ha satisfecho el causante a sus hijos naturales a través de atribuciones testamentarias que deben ser, entonces, respetadas (pág. 216). Téngase en cuenta que el artículo 30 de la Constitución de la República italiana de 27 de diciembre de 1947 dispone, en su párrafo tercero, en una formulación más matizada que la de nuestro 39, 2, que «la Ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima», pese a lo cual también se ha puesto en duda la constitucionalidad de la conmutación dinerario-inmobiliaria en algunos casos que refiere FORCHIELLI: «Aspetti successori della riforma del diritto di famiglia», en la *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1975, página 1013, citado por G. AZZARITI, pág. 217, nota 2.

(40) Vide nota 36. Esta Ley es la que ha implantado la equiparación sucesoria absoluta de los descendientes con sólo retocar los artículos de la filiación y suprimir los escasos preceptos singulares que subsistían en el libro III, «De las sucesiones».

tes de unos y otros (¡qué acertado precepto a imitar!). La parificación, como puede apreciarse, es siempre total (41).

— En Portugal, los artículos 2.133 y 2.139 del Código Civil de 1966, en la redacción que les ha dado el Decreto-ley 496/77, de 25 de noviembre, sitúan como primera clase de sucesores *ab intestato* al cónyuge y a los hijos —sin ningún distingo—, todos los cuales se dividen la herencia por cabezas, aunque la cuota del cónyuge no puede ser nunca inferior a una cuarta parte del caudal.

Y en la sucesión testada —en la que son legitimarios el cónyuge, los descendientes y los ascendientes por el orden y según las reglas establecidas para la sucesión *ab intestato*: art. 2.157— la legítima del cónyuge y de los hijos —éstos siempre sin matizaciones—, en caso de concurso, es de dos tercios de la herencia: artículo 2.159, 1, también modificado, como el acabado de citar, por el importante Decreto-ley referido, en el que no aparece sombra discriminatoria alguna (42).

— Y, en fin, en una órbita completamente distinta de la en que me he movido hasta ahora, el § 365 del Zivilgesetzbuch (Z.G.B.) de la República Democrática Alemana de 19 de junio de 1975 (entrado en vigor el 1 de enero de 1976) dispone que son herederos legítimos del primer orden el cónyuge y los hijos —sin más— de la persona de cuya sucesión se trata, todos los cuales heredan por partes iguales, aunque el cónyuge, sin embargo, hereda al menos un cuarto del patrimonio hereditario (aparte del ajuar doméstico).

Y el parágrafo 396 norma la legítima de cónyuge e hijos (de nuevo, sin adjetivos) que, como pretensión pecuniaria, asciende a dos tercios del valor de la cuota que se habría deferido al legitimario en base a la sucesión legítima (43).

B) OTRAS OBSERVACIONES

Abandonando el problema de la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 837, procede continuar su exégesis en otros aspectos:

a) Sucede, en primer lugar, que si el propósito del legislador fue compensar en el plano patrimonial, y mediante el mecanismo indirecto de aumentar la legítima viudal, una lesión personal, amén de remediar algo

(41) Los datos los extraigo del ejemplar del Código Civil editado por la Cancillería federal, Berna 1978.

(42) Las citas las hago del *Código Civil português*, anotado y actualizado por JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 1979.

(43) Utilizo la traducción al italiano del Z.G.B. efectuada por GABRIELE CRESPI REGHIZZI y GIORGIO DE NOVA, ed. Giuffrè, Milán, 1976.

la perjudicial (para el cónyuge) ampliación que experimenta la línea recta con los parientes no matrimoniales, hay que reconocer que no fue muy consecuente en la formulación de su voluntad. Pues ciertamente la deshonra la infiere también, y casi diría que en mayor medida, el esposo/a que incurre en infidelidad fértil teniendo hijos matrimoniales o adoptivos plenos comunes: ¡y, sin embargo, en esos casos la legítima viudal se mantiene en un tercio! (cf. el adjetivo «únicos» del artículo). Dígase lo mismo si el cónyuge infiel tenía hijos de algún matrimonio anterior o no matrimoniales previos a las nupcias o adoptivos unilaterales; ¿es que acaso el adulterio se atenúa cuando ya se dispone de hijos o descendientes, matrimoniales o no?

b) Este contrasentido de la reforma me lleva a interpretarla de la manera más coherente posible, y así, si la concurrencia del viudo, sólo con hijos adulterinos, obedece a una previa renuncia a sus derechos hereditarios por parte de cualesquiera otros descendientes que excluirían la hipótesis del 837, 2, entiendo que, desaparecidos éstos de la escena (incluso por indignidad o desheredación justa), subsiste la razón que conduce a reconocerle al supérstite, como legítima, una mitad en usufructo (siempre, al menos, dentro de la sucesión testada, que es donde estimo plenamente legítima la norma) (44).

c) Igualmente, aunque el artículo 837, 2, hable sólo de «hijos», no resulta nada forzado extender su «Tatbestand» a la concurrencia exclusiva con cualesquiera descendientes surgidos de esos hijos —los adulterinos— y aunque estos últimos ya no existan.

d) En otro orden de cosas, nótese que el artículo se refiere a hijos «concebidos» extramatrimonialmente por el premuerto, y sabido es cuán ignoto y discutible es el momento de la concepción. Por aplicación analógica de los artículos 117 y 116 del Código Civil, creo que pueden considerarse «concebidos» durante el matrimonio los hijos extramatrimoniales de filiación determinada con el causante, nacidos después de los ciento ochenta días del matrimonio de éste y antes de los trescientos de su disolución por muerte (45). En algún caso será preciso esperar al parto para

(44) La cuestión me recuerda la de cuándo hay heredero único, a propósito del artículo 14, 3, de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento (hoy art. 79 tras la reforma del mismo por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre —B.O.E. del 27 siguiente—, que, por lo demás, en nada ha afectado al presente trabajo).

(45) Y sólo por muerte (o declaración de fallecimiento). En efecto, si se disuelve por divorcio, falta el presupuesto para que el supérstite ostente legítima concurrencial (cf. arts. 85 y 834, éste —y correlativos— cuando habla de «cónyuge»). En caso de nulidad, el derecho a legítima tampoco suele surgir por ser posterior normalmente a la declaración de aquélla (art. 79). Si el hijo extramatrimonial ha sido concebido tras la separación legal de los cónyuges, y aunque se puede decir que ha sido engendrado constante el matrimonio con el supérstite, si bien, por hipótesis, no dentro de él, para que el artículo 837, 2, pueda jugar, es preciso participar de la opinión de LACRUZ (*Derecho de sucesiones* cit., 1981, pág. 476), según el cual:

conocer el alcance de los derechos legitimarios de la viuda (y, en su caso, su condición de heredera *ab intestato*). Respecto del viudo, sólo se concibe la espera si se suscita litigio acerca del carácter matrimonial o no del hijo dejado por su esposa.

«En los casos de separación, este derecho (el de legítima) compete exclusivamente al cónyuge no culpable: como dice el artículo 834, tiene derecho a la legítima viual el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto. La nueva regulación del matrimonio es poco propicia a apreciar culpabilidades en la separación de los cónyuges, pero no se rechaza este concepto (véase art. 82, causa 1.ª), que se ha conservado en el artículo 834. Por tanto, el cónyuge separado por culpa del otro conserva su derecho a la legítima» (el mismo criterio, implícitamente, en su *Derecho de familia* —en colaboración con SANCHO REBULLIDA—, edición experimental, fascículo 2.º, Bosch, Barcelona 1982, pág. 222; también de modo implícito, pero en esta línea, parece situarse AGUSTÍN LUNA SERRANO, en «Matrimonio y divorcio», dentro de la obra colectiva *El nuevo régimen de la familia*, t. I, col. Cuadernos Civitas, Madrid 1982, pág. 199). Parecidamente se ha pronunciado FERNANDO F. DE BOBADILLA, en «Matrimonio; separación personal. Resumen esquemático de los principales efectos que produce la separación personal de los cónyuges», en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2.ª época, núm. 13, enero 1982, págs. 161-2, el cual, además, ante la dificultad de que los Tribunales civiles declaren culpabilidades en los procesos de separación, aconseja interpretar el artículo 834 C.C., como si dijese: «el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o por lo menos no lo esté por culpa propia, etc.» (lo cual, a mi juicio, no resuelve el problema). Últimos representantes de esta tendencia son, hasta la fecha, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...* cit., 2.ª ed., pág. 582; XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho civil*, t. V, Derecho de sucesiones, Ed. R.D.P.-Edersa, Madrid, 1982, pág. 300; JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA en su comentario al artículo 83, pág. 587, dentro de la obra colectiva coordinada por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, y CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La separación de hecho matrimonial*, Ed. R.P.P.-Edersa, Madrid, 1982, págs. 175 a 182 y 258 a 259, donde *iure condito* parece resignarse con la absurda distinción a este respecto entre sucesión testada e intestada.

De manera que sólo reconociendo legítima al cónyuge separado inocente y colisionando éste con adulterinos podría surgir el supuesto de hecho del artículo que comento. Pero la opinión de LACRUZ (ítem la de BOBADILLA y demás representantes de esta tendencia) se ha vertido minimizando (cf. pág. 562 de la obra del primero) el alcance del nuevo artículo 945 del Código Civil, que niega derecho sucesorio *ab intestato* al cónyuge que «estuviera separado (sin distinguir inocente o culpable) por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente». ¿Cómo reconocerle derecho a un beneficio testamentario —legítima, aquí acrecentada— a persona que carece de él *ab intestato*? El problema ya lo percibió en seguida MARTÍNEZ-PIÑEIRO (folleto citado, pág. 10), y, con referencia a la separación de hecho, apuntó su correcta solución:

«Es curioso destacar —escribe— que en estas normas no reformadas (se refiere a los arts. 834 y 835) solamente se tiene en cuenta la separación judicial, no la separación de hecho, mientras que en el nuevo artículo 945, con referencia a la sucesión intestada, se excluye al viudo cuando esté separado por sentencia firme o 'de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente'. Se va a producir una situación curiosa: el viudo separado de hecho tendrá derecho a la legítima y no, en cambio, a suceder intestado en concurrencia con hermanos del difunto. Son las consecuencias de legislar fragmentariamente. Quizá sobre la base del nuevo 945 pueda defenderse que también se pierde la legítima en el supuesto de separación de hecho. Ya veremos.»

e) ¿Qué decir, por último, si concurren herederos voluntarios, además de los adulterinos y el cónyuge? Creo que se aplicará sin problemas el artículo 837, 2, de manera que el supérstite tendría derecho a la mitad en usufructo, ya que el adjetivo «únicos» complementa y ciñe al sustan-

Pero la que ha desarrollado la cuestión con todo su pormenor y argumentado seriamente la solución a que aquí me adhiero ha sido ETELVINA VALLADARES RASCÓN, en *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Ed. Civitas, S. A.; Madrid 1982, págs. 313 a 319. Dicha profesora, tras señalar la contradicción entre los artículos 834 y 945:

1.º Pone de manifiesto cuál fue la peripecia parlamentaria de este último precepto, que en el Proyecto del Gobierno rezaba solamente: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado por sentencia firme». Al mismo se presentó la enmienda 244 de los Socialistas de Cataluña, en la que se proponía añadir al artículo un inciso final que dijera: «... o durante un año anterior al fallecimiento del causante hubieren vivido los cónyuges separados de hecho», motivándola en que «es impensable que en semejante situación 'presuma' la Ley la voluntad del causante favorable a que su cónyuge herede antes que sus hermanos», enmienda que, defendida en el Pleno del Congreso por el señor Verde Aldea y combatida por el también diputado señor Escartín Ipiens, fue rechazada por la Cámara Baja. Fue entonces la Ponencia del Senado la que, a pesar de no habersele presentado enmiendas, dio *motu proprio* al 945 su redacción actual, que ya no se retocó en las otras instancias de la Cámara Alta ni en su retorno definitivo al Congreso.

2.º Subraya que literalmente interpretado el único llamamiento que excluye el artículo 945, es el referido en el artículo anterior, el 944, es decir, el que se efectúa al cónyuge sobreviviente *en defecto de ascendientes y descendientes*, pese a lo cual parece considerar este detalle como una imperfección técnica a la que no cabe dar mayor importancia, dado que luego la referida autora resuelve lo mismo para el caso de que el usufructo viudal se defiera al cónyuge en concurso con descendientes o ascendientes. (Además —apostillo yo—, imperfección por imperfección: también el único artículo que excluye de la legítima al cónyuge separado culpablemente es el 834 y no los 837 y 838, pese a lo cual se extiende su *ratio* a éstos; pues lo mismo debe suceder «a contrario» desde el 944 a los llamamientos concurrentes con la línea recta.), y

3.º Recuerda que parecida contradicción se producía ya en el derecho anterior entre los artículos 834 y 835, por una parte, y el 952, por otra, aunque razona que si entonces casi prevalecieron doctrinalmente aquéllos sobre éste, era dentro de un contexto jurídico en que se requería culpa para acceder a las separaciones.

Y, en fin, sentadas las anteriores premisas, concluye dicha profesora afirmando que «el cónyuge separado judicialmente o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente pierde también su derecho a la legítima. No lo pierde, en cambio, en los casos de separación (de hecho, se entiende) impuesta unilateralmente, pero cabe aquí la desheredación cuando el testador pueda alegar alguna causa de separación basada en la infracción de los deberes conyugales».

Y apoya estas conclusiones:

a) En que, en caso de duda, debe prevalecer la ley posterior sobre la anterior, máxime cuando en la gestación de aquélla la sucesión intestada se representa para nuestros parlamentarios como una sucesión voluntaria presunta; y

b) En que el párrafo segundo del artículo 101 parece partir de la base de que el cónyuge separado no conserva sus derechos hereditarios, pues al establecer que «el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor...» sería demasiado «atribuir al supérstite el usufructo del tercio, de la mitad o de los dos tercios de la herencia, según los casos, y, además, el derecho a seguir cobrando la pensión».

tivo «herederos», pero también a su otro calificativo, «forzosos». La *ratio* de la norma, tan extensamente explayada antes, nos conduce a la misma conclusión que se extrae de su análisis gramatical.

Ciertamente, estoy de acuerdo en que el artículo 945 debe presidir, como última *voluntas legislatoris*, la interpretación, anulatoria si es preciso, de este aspecto (concretamente, del inciso «o lo estuviere por culpa del difunto») del artículo 834, pues cabe aducir también:

a) Que desde la separación el supérstite, aun inocente, no ha contribuido *objetivamente* a la formación del patrimonio del *de cuius* ni fácilmente se sitúa en la línea de preferencias presuntas de éste.

b) Que dicho supérstite, además de la mitad de los probables gananciales hasta la separación generados, ya cuenta con una compensación teóricamente suficiente a través del artículo 97 y concordantes.

c) La culpabilidad civil que no resultase diáfana de los supuestos fácticos (ya que no del fallo judicial donde sería improcedente) en los procesos de separación (piénsese, por ejemplo, en las causas 5.ª y 6.ª del artículo 82) tendría que constatare (de modo similar al adulterio del artículo 852 *in fine*) en un proceso declarativo ordinario con las consiguientes dificultades. Aparte de que mantener esta importante consecuencia sucesoria en las separaciones provocaría crispación en no pocos de los procesos tendentes a obtenerlas, en contra de la nueva política legislativa; y

d) Se suscitarían arduos problemas en las sucesiones mixtas —testada e intestada a la vez— y que ya antes destaqué a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 837, 2: por ejemplo, si el causante separado judicial fallece dejando cónyuge y un hijo adulterino, pero bajo un testamento en el que se limita o a designar tutor o contador o a dejar la porción disponible a una persona extraña (acaso la barragana actual), ¿su sucesión es testamentaria o *ab intestato* a los efectos que aquí interesan? Desde luego, el artículo 912 cobraría, sin motivo, una trascendencia insospechada.

En fin, en cuanto a las separaciones de hecho, concluyo lo mismo que respecto de las judiciales, es decir, la prevalencia del artículo 945, interpretado expansivamente, sobre el 834, pero siempre que se trate de una separación de hecho cualificada, o sea la basada en un «mutuo acuerdo que conste fehacientemente» (lo que debe constar fehacientemente parece que es el acuerdo recíproco, no la separación; para la fehaciencia téngase en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.218 y 1.225-6 —pues aquí no hay problema de terceros—, aunque no sólo los documentos públicos o privados hacen fe —léase «prueban»— de un acuerdo). De no ser así, de no tratarse de una separación de hecho convenida fehacientemente, por supuesto que puede surgir la colisión de nuestro 837, 2, pues ya escribió PUIG BRUTAU (*op. cit.*, V, 3.º, pág. 135), recordado por LACRUZ (*op. cit.*, pág. 476), que esta suerte de separación —la de hecho— «puede responder a diversas causas y no permite fundar en ella con seguridad un efecto tan importante como privar del derecho a legítima al cónyuge sobreviviente. El siguiente artículo 835 abona, por otra parte, esta interpretación, tanto más fundada si se tienen en cuenta las justas causas que para desheredar al cónyuge contiene el artículo 855».

No obstante, debo hacer una observación de derecho transitorio. Para los separados inocentes, con arreglo al sistema anterior a la Ley 30/81, entiendo que no se aplicará escuetamente la Disposición transitoria octava de la Ley 11/81, de manera que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley (el 8 de junio de 1981) se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación» (máxime cuando las separaciones *sine culpa* sólo pudieron empezar a declararse en la práctica a partir del 1 de septiembre siguiente), sino que aquélla se deberá combinar con la más matizada Disposición transitoria duodécima del Código Civil, según la cual «... la herencia de los fallecidos después (de la entrada en vigor de dicho Cuerpo legal), sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá

Artículo 840: «Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.»

I. ANTECEDENTES

Ya presentaba esta redacción en el Proyecto, y su *iter* parlamentario es paralelo al del artículo 837, 2, anteriormente descrito: combatido por

con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por tanto, las legítimas...» En consecuencia, y como la transitoria segunda de la Ley 30 —introducida por la Ponencia del Congreso, previa enmienda comunista—, no se refiere a esto, en tanto no se adapte la situación de separación legal (o convenida) anterior al nuevo régimen con todos sus efectos (pensión suficiente incluida), si ello es posible y en la medida en que lo sea (cuestión que no me atrevo a abordar aquí), el separado no culpable creo que conserva su legítima (incluso se le acrecienta a la mitad en concurso sólo con herederos forzosos adúlteros de su consorte: transitorias originarias primera y duodécima) tanto en la sucesión testada como en la intestada, dada la interpretación prevalente en el Derecho anterior, que, en su contexto, parecía acertada. La transitoria octava de la Ley 11 sin duda se gestó en la creencia de que con dicha Ley no desaparecía ningún legitimario del cuadro legal, sino que, antes al contrario, se incorporaban otros: lo cual ya no era exacto ni en el Proyecto del Gobierno, a la vista de la versión que proponía para el artículo 180, párrafo tercero, relativo a los parientes por adopción simple. De ahí la necesidad de resucitar en su auxilio la transitoria duodécima del Código, a fin de salvaguardar los «derechos adquiridos» de esos legitimarios «dados de baja» en las reformas, a saber, adoptante y adoptado simples y descendientes del último y cónyuge separado judicial inocente o separado de hecho en cualquier forma (aun por mutuo acuerdo que conste fehacientemente).

Ultimamente también considera «muy dudosa» la subsistencia de la cuota hereditaria forzosa a favor del cónyuge separado judicialmente —no se pronuncia sobre el caso del separado de hecho por convenio fehaciente— ENRIQUE FOSAR BENLLOCH en *Estudios de Derecho de Familia*, t. II, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 83. Y finalmente una meditada consideración del problema se contiene en la profunda conferencia de JUAN BOLÁS ALFONSO «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *A.A.M.N.*, t. XXV, Ed. R.D.P.-Edersa, Madrid, 1982, págs. 213 a 221, cuya postura puede resumirse en que: a) en la hipótesis de separación judicial el artículo 945 prevalece sobre el inmodificado 834, y b) en el supuesto de separación de hecho es preciso distinguir: b') *de lege ferenda*, debería darse idéntica prevalencia al precepto últimamente reformado, y b'') *de lege data* se impone admitir la subsistencia íntegra del artículo 834, fundamentalmente por: 1.º, la desestimación de la enmienda 234 del Grupo parlamentario de los Socialistas de Cataluña, dirigida contra dicho precepto, al que se pretendía hacer decir: «el cónyuge que al morir su consorte no se hallara separado, *legalmente o de hecho*, o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre..., etc.», y 2.º, la interpretación lógica del artículo 855 *in fine* del Código Civil, según el cual: «... Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo», de donde se infiere que presupuesto de la desheredación (o deslegitimación) conyugal es precisamente la falta de convivencia en el hogar matrimonial; *ergo* —piensa BOLÁS— los separados de hecho conservan

los socialistas (a través de la enmienda 357, desechada por la Ponencia, Comisión y Pleno del Congreso —este último tras el debate Sotillo-Ruiz Navarro ya conocido— y a través de la enmienda senatorial número 17, motivada «por coherencia» con la presentada al artículo 837), fue suprimido por las tres instancias del Senado y repuesto definitivamente y con mayoría aplastante por la Cámara Baja.

II. COMENTARIO

MARTÍNEZ-PIÑEIRO glosa este artículo (46), primero de los que sustituyen a los antiguos integrantes de la Sección octava («De los derechos de los hijos ilegítimos») del Capítulo II del Libro III del Código Civil, con estas ideas generales:

«Al viudo se le reconoce este especial derecho de conmutación (el normal continúa rigiéndose por el artículo 839 antiguo), siendo, pues, facultad suya el utilizarlo o exigirlo ('podrá exigir'). Los hijos adulterinos

en principio su legítima suprimible sólo por voluntad del testador. Pero no me convence tampoco esta demasiado prudente opinión de mi buen amigo y meteórico Notario de Madrid. Primero, porque la desestimación de la enmienda a que alude se produjo por el motivo puramente formal de que el artículo 834 no estaba comprendido en el Proyecto del Gobierno y en todo caso la Ley 11 y sus antecedentes deben interpretarse a la luz de la Ley 30 que introdujo la *separatio sine culpa*; y segundo, porque al inciso final del artículo 855, que se perpetúa inadvertidamente desde la redacción originaria del Código a través de las versiones de 24 de abril de 1958 y 7 de julio de 1981, no hay que reconocerle tanta trascendencia: o se debe «ir a pique» junto con el inciso sobre la culpa del 834 ante el peso indiscutible del postrer artículo 945 o cabe que sea objeto de interpretaciones más armónicas como distinguir los ámbitos de la separación de hecho convenida y de la falta de convivencia *sub eodem tecto*, de manera que este presupuesto negativo de la desheredación sólo sea predicable de los separados de hecho unilateralmente o de forma bilateral no fehaciente. Así, si los esposos se han separado con los requisitos del artículo 945 *in fine*, huelga la desheredación porque mal se puede privar de un derecho (el derecho a la legítima) del que carecen; si se han separado de cualquier otro modo y se ha incumplido grave o reiteradamente por uno de ellos o los dos los deberes conyugales (por hipótesis ya se infringe el primero de los del art. 68), hasta el punto de constituir causa de separación (art. 855, 1.ª, e inciso final del mismo que ya no armonizan tampoco), entonces para que la desheredación decretada por el otro de los cónyuges surta todos sus efectos, se impone averiguar si se reanudó o no la convivencia en el mismo hogar.

Una última observación: la interpretación de LACRUZ podría, en cambio, tener más defensa en Mallorca y Menorca por el juego combinado de los artículos 45, 1, 51 y, sobre todo, 52 de su Compilación, pero la incidencia de las recientes reformas del Código Civil en los Ordenamientos forales (de inminente remodelación, además) es un tema tan descomunal que lo voy rehuendo intencionadamente en este comentario «a vuela pluma».

(46) Que según el artículo 6.º de la Ley 11/81 pasa a ser el último de la Sección séptima, «Derechos del cónyuge viudo», sección que, de este modo y conservando su enunciado anterior, gana un artículo más.

de su consorte no tendrán más alternativa que optar entre un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios; caso de no haber acuerdo deberá prevalecer la decisión judicial (art. 839, por analogía). En todo caso, el capital o los bienes hereditarios deberán entregarse al viudo en plena propiedad, ya que la *ratio* de la norma es, evidentemente, el evitar la concurrencia del viudo con los hijos adulterinos de su consorte respecto de unos mismos bienes» (47).

Por mi parte, creo que este nuevo artículo no altera la naturaleza cualitativa de la legítima viudal (48) —en un caso especial—, que continúa siendo un derecho de usufructo y en él está cifrada, si bien en orden a su pago o satisfacción el cónyuge legitimario puede exigir una conmutación que recuerda bastante la del artículo 839.

De ésta, sin embargo, se diferencia:

1.º En el titular único de la iniciativa, que en el supuesto del artículo 839, aunque se ha discutido (49), son los herederos; en tanto que en el artículo 840 lo es el cónyuge viudo.

2.º En el ámbito subjetivo: los conmutantes del artículo 839 lo son toda clase de herederos (testamentarios o *ab intestato*) y aun los legatarios, con tal que unos u otros se vean afectados por el usufructo legal del viudo (50); los afectados por la conmutación del 840 (los «conmutados» podríamos impropriamente decir) lo son únicamente los hijos (entiéndase aquí también: «y sus descendientes») que sean sólo del causante y concebidos constante su matrimonio con el supérstite; y

3.º En las posibilidades de opción: en el artículo 839 el abanico comprende o una renta vitalicia o los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (51); en el artículo 840 las alternativas son solamente dos: o un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, po-

(47) MARTÍNEZ-PIÑEIRO: folleto cit., pág. 11.

(48) Ni menos su naturaleza jurídica de *pars bonorum* y no *pars hereditatis*. Cf., acerca de las discusiones sobre este extremo, LACRUZ: *op. cit.*, II, ed. 1973, páginas 86-88; PUIG BRUTAU: *op. cit.*, V, 3.º, págs. 110 a 133; VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, I.N.E.J., Madrid 1974, vol. I, págs. 276 a 281; también, en «Comentarios...» cit., 1.ª ed., págs. 414 a 419.

(49) Vide un exhaustivo resumen de posiciones en VALLET: *Limitaciones... cit.*, volumen I, págs. 295 a 299.

(50) VALLET: *Limitaciones... cit.*, págs. 288-9. En el mismo sentido, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *A.D.C.*, XVII-III, julio-septiembre 1964, págs. 583 y ss.; en contra, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO: «Conmutación del usufructo viudal común (Análisis del artículo 838 del Código Civil)», en *R.D.N.*, XV, enero-marzo 1957, págs. 240 y ss., para quien sólo pueden conmutar los descendientes legítimos afectados en su legítima larga.

(51) Esto último, probablemente, como fruto de una defectuosa traducción de las últimas palabras de su modelo, el artículo 819 del Código Civil italiano de 1865.

sibilidades ambas que equivalen a la opción «capital en efectivo» del artículo 839 (aunque no lo entendiera así la sentencia de 28 de junio de 1962).

Además, la *ratio* entre ambos preceptos no me parece absolutamente coincidente: si en el artículo 839, junto a la lejana finalidad subjetiva de evitar el encuentro entre sucesores, en casos aislados, probablemente antipáticos entre sí, prevalece su motivación objetiva de obviar desmembraciones antieconómicas del dominio; en el artículo 840 el factor subjetivo pasa a ser el predominante, como evidencia la limitación de la facultad conmutativa sólo frente a los descendientes adulterinos.

No obstante estas diferencias entre las dos conmutaciones, pareceme lícito traspasarle a la innovada la problemática de la pretérita a fin de decidir en qué medida le afecta a esta última y, al mismo tiempo, imaginar para la misma nuevas cuestiones. Así:

1.º ¿Puede el testador prohibirla o imponerla?

Dada la finalidad pacificadora de la nueva regla estimo que resulta tan dudoso excluirla *a priori* como las famosas cláusulas que prohíben a los sucesores litigar sobre la herencia, y aun éstas se hallarían frecuentemente mejor intencionadas (52). En cambio, sí creo posible que el testador mismo la ordene en su testamento y aun la lleve a cabo, partitivamente, en él, sin fraude (léase lesión legitimaria) para nadie, por supuesto (53).

2.º ¿Y el contador-partidor ordinario?

Excluirla no parece que pueda nunca; imponerla (o realizarla), sí, siempre que esté facultado expresamente por el *de cuius*; ejecutar los acuerdos de los interesados, por supuesto, pero entonces actúa más como contador-partidor electo que testamentario (54).

3.º ¿Y el contador-partidor especial del artículo 841?

Si el caso no hace tránsito al supuesto anterior, entiendo que tampoco podrá vetar la conmutación, ni siquiera imponerla o realizarla *per se*, porque, como se verá al analizar los artículos 841 a 847, las legítimas conmutables a metálico en virtud de esos preceptos son sólo las de los hijos o descendientes (nunca la del cónyuge), como descubre si no la letra

(52) En el mismo sentido, VALLET: *Comentarios...* cit., 2.ª ed., pág. 477. Cf. también la precaución del artículo 1.045 en relación con los 1.044 y 1.039, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(53) Véase similar cuestión dentro del 839 en VALLET: *Comentarios...*, citado, 2.ª ed., págs. 476-7, donde recoge parecidas opiniones de CÁMARA y GULLÓN.

(54) LACRUZ ha escrito certeramente, pero sin matizaciones: «No creo que pueda hacerlo (conmutar ex 840) el contador partidor que no ha sido designado por el viudo y no puede intervenir en el ejercicio de unos derechos que no le ha concedido a dicho viudo el premuerto, sino la ley» (*op. cit.*, ed. 1981, pág. 480).

del 841, sí la de los artículos 842, 843 y 847 (54 bis). El mismo criterio negativo es predicable del contador-partidor dativo del artículo 1.057, 2, a menos que obtenga la confirmación total expresa (no basta la aprobación judicial) que previene ese párrafo.

4.º Si los descendientes adulterinos fueren varios, la elección entre el dinero o el lote hereditario deberán efectuarla, si no por unanimidad, sí por mayoría; argumento: analogía con el nuevo criterio que inspira al artículo 1.057, 2 (aunque si se medita mejor, la unanimidad del artículo 1.058 o, en otro caso, la inevitable decisión judicial, anida todavía en aquel precepto, y lo único que se excluye con él son los engorrosos juicios universales).

5.º Si fueren menores o incapaces, creo que debería bastar la intervención de sus representantes legales (art. 1.060, interpretado conforme indico en la nota 155 ter de mi anterior entrega, número 550 de esta Revista, páginas 582 a 584, y, por consiguiente, exclusión hecha del defensor judicial, sometido siempre al art. 1.049 L.E.C.) para conmutar, pues la mera elección entre las dos alternativas del Código, si no un acto puramente partitivo, sí parece un acto debido (dada la iniciativa del viudo) que debe contar con la misma flexibilidad en orden a la aprobación judicial que la que inspira algunas de las hipótesis del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, singularmente, hoy, sus párrafos 2 y 3, en orden a otros complementos de capacidad (55).

6.º ¿*Quid* si se interfirieran las dos conmutaciones, es decir, si los descendientes adulterinos son herederos, no sólo forzosos (por mejor decir, legitimarios), y deciden poner en funcionamiento el mecanismo del artículo 839, al par que el cónyuge viudo activa el del 840? Si damos prevalencia sentimental a este último precepto (56), incluso por ser más

(54 bis) En el mismo sentido, FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ: «Fichero de reflexiones y problemas prácticos», X, en *Boletín del Ilustre Colegio Nacional de Registradores*, núm. 172, octubre de 1981, pág. 1035.

(55) Con lo cual columbro aquí otra posible diferencia con respecto a la conmutación ordinaria, donde DÍEZ PICAZO ha opinado, al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 (*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Madrid, 1969, tomo II, pág. 564), que: «tanto las facultades del padre como, en su caso, las del defensor judicial que le sustituya en la partición de la herencia son facultades puramente particionales o divisorias, y que, por consiguiente, si al efectuar la partición se altera el régimen de propiedad de bienes —lo que ocurrirá siempre que se hagan adjudicaciones de bienes en pago de deudas o que se adjudiquen inmuebles para pago de usufructo—, el convenio ya no es puramente particional y la aprobación del Juez debe recaer por imperio de lo establecido en el artículo 164». No se arguya que también es debido el pago de deudas y, sin embargo, se considera acto alienatorio, porque el pago de haberes (y el del viudo que exige la conmutación lo es) nunca se ha asimilado al pago de créditos.

(56) No sé si ésta es la opinión de VALLET (*Comentarios...*, cit., 2.ª ed.) cuando nos dice que: «La opción para conmutar el artículo 839 se la confiere a los herederos; y, en cambio, el artículo 840 se la concede al cónyuge viudo. Creo, sin

singular o específico, podríamos incurrir en una cierta discriminación hacia los descendientes adulterinos, al hacerlos de peor condición que los demás herederos ordinarios, pues no podrían pretender conmutar ex artículo 839, sin exponerse a ver enervada o alterada su pretensión vía 840. Más equitativo quizá resulte que, en defecto de previsión por el testador, rija el sano principio del *prior tempore...*, de manera que aquel de los dos polos de la conmutación que, fehacientemente, tome la iniciativa primero deje al otro expuesto a los resultados, nunca fraudulentos, de ella (57).

7.º ¿Qué se debe entender por «usufructo que grave la parte que reciban los hijos»? ¿Sólo el tercio de mejora, donde necesariamente confluyen siempre adulterinos y viudo? ¿O también la mitad del tercio libre que a este último concede el artículo 837, 2, si la correlativa nuda propiedad se ha hecho llegar voluntariamente a los descendientes? ¿O, igualmente, a la otra mitad del tercio libre que, por voluntad del causante, también les haya llegado a viudo y adulterinos en usufructo y nuda propiedad, respectivamente? (58). La referencia al artículo 837 con que comienza el 840 inclina a pensar que, como mínimo, el usufructo conmutable es todo el que se concede al viudo, en la tesitura de su exclusiva concurrencia con el fruto de la infidelidad de su cónyuge; pero la *ratio*

embargo, que una opción no excluye la otra, sino que cualquiera de ambas partes podrá ejercitar la suya, aunque el cónyuge viudo tiene limitada su iniciativa respecto del usufructo que grave la parte que reciban los hijos no matrimoniales de su consorte engendrados por éste durante el matrimonio de ambos», porque luego añade —pág. 487 también—: «Esta es la única opción que puede ejercitar el cónyuge viudo y tan sólo frente a los expresados hijos no matrimoniales de su consorte. Pero, si la ejercita (¿criterio «prior»?), pregunto yo), queda excluido que éstos puedan optar por asignarle una renta vitalicia o los productos de determinados bienes...»

(57) A otro posible caso de concurrencia de conmutaciones, ya no conflictivo, sino paralelo, alude VALLET con estas certeras palabras: «Lo expresado puede dar lugar a que, en contra de lo que se estimó excluido en el supuesto del artículo 839..., en el supuesto del artículo 840 puedan concurrir una parte del usufructo conmutada y otra no conmutada, o bien conmutada parte con una fórmula y parte con otra distinta. Ocurrirá así, con los hijos no matrimoniales del cónyuge premuerto concebidos durante el matrimonio, si concurren con herederos voluntarios a quienes corresponda la mitad del tercio de libre disposición de la herencia en la que recaiga el exceso del usufructo viudal sobre el tercio de mejora ($1/2 - 1/3 = 3/18$), y si el cónyuge viudo reclama a los hijos de su consorte, la conmutación del usufructo, en un capital o en dinero o en un lote de bienes, y si los herederos voluntarios no optaran por conmutar o si eligieran pagarlo con una renta vitalicia o los productos de determinados bienes» (*Comentarios...* cit., 2.ª ed., pág. 488).

(58) Donde es evidente que no puede nunca llegar la facultad conmutativa es al caso de un usufructo que grave incluso la legítima estricta mediante cautela de opción compensatoria, aceptada *post mortem* por los afectados, para los que la sobrevenida conmutación impuesta representaría una verdadera «jugarreta» del viudo y, en cierto sentido, un *venire contra factum proprium* de éste.

subjetiva de la norma, antes expuesta (59), me da pie para ir más lejos y patrocinar la conmutabilidad del usufructo viudal sobre cualquier fracción de los tercios segundo y tercero, cuyos nudos propietarios sean los descendientes adulterinos (60).

8.º Si los tales descendientes no se avienen, ni siquiera por mayoría (v.gr., por ser uno; o por ser dos y disenter; o tres y discrepar dos y abstenerse el otro, etc.), a elegir una de las dos posibilidades que les autoriza la Ley, ¿pasará la decisión al viudo, por analogía, por ejemplo, con el artículo 822, o resolverá en todo caso el Juez? Me inclino por lo primero, aunque en muchos casos para llevar a cabo la conmutación por la modalidad (dinero o lote) elegida ahora por el viudo se necesitará la intervención judicial que supla el poco entusiasmo ejecutivo que demuestra la inhibición o la discordancia electiva de los adulterinos; y

9.º Si el dinero que se opte por entregar al viudo se hallaba en la herencia, en realidad la alternativa seleccionada fue la otra, la de lote hereditario. En todo caso, si el capital se pacta pagarlo fraccionadamente, todas las circunstancias del vínculo, así como sus garantías, se ajustarán

(59) Y que también confirma VALLET: «Lo que el artículo 840 pretende —escribe— es que el cónyuge viudo no haya de mantener relaciones permanentes —de usufructo y propiedad, o de acreedor y deudor— con los hijos extramatrimoniales que su fallecido consorte engendró durante el matrimonio de ambos. Por eso le confiere la opción para exigir un capital en efectivo con cuyo pago se finiquite toda relación entre éste y aquéllos» (*Comentarios... cit.*, 2.ª ed., pág. 487).

(60) Con lo cual advierto aquí otra diferencia respecto de la conmutación ordinaria del artículo 839 del Código Civil. Para mí este precepto sólo autoriza a variar el usufructo legal del cónyuge (cfr. la expresión «su parte de usufructo» del 839 y la incardinación de este precepto), no aquel usufructo (ni, por supuesto, cualquier otra atribución) que, más allá de la legítima, le hubiera hecho llegar el causante, porque así lo exige: a) el principio de que la voluntad del *de cuius* es ley suprema de la sucesión; b) el criterio que se desprende de los artículos 820, 3.º, y 886, 1; c) la consideración —apuntada ya por MEZQUITA (*op. cit.*, págs. 240 y siguientes)— de que si no fuera así, el cónyuge viudo sería un sucesor de peor condición que cualquier otro beneficiado con un usufructo. Además la *ratio* del 839— evitar antieconómicas desmembraciones del dominio— no se puede desorbitar del marco en que se sitúa el precepto, porque, de lo contrario, toda atribución sucesoria en usufructo hecha a cualquier persona sería conmutable y aún los usufructos *inter vivos* (de la misma manera que los censos son redimibles). Así parece entenderlo también, implícitamente, VALLET: *Comentarios... cit.*, 2.ª ed., pág. 474. En el caso de sucesión testada en que la legítima del viudo se le deje embebida en una atribución usufructuaria mayor y además concentrada en el goce de unos concretos bienes que le haya señalado el testador (o el contador) para su pago, la determinación de cuáles de esos bienes usufructuados se pueden conmutar «ex 839» y cuáles no (siempre que de la atribución específica no se deba deducir una voluntad del causante prohibitiva de la conversión), me recuerda la problemática similar que se plantea acerca de qué bienes se han dejado por el descendiente del 811 al ascendiente reservista en pago de su legítima (y, por tanto, *ex ministerio legis*) y qué otros *au delà* de ella, y, por consiguiente, libres de la vinculación reservataria: al equitativo criterio proporcional patrocinado allí por la mejor doctrina me remito.

a lo convenido. Para valoración del usufructo a conmutar y de los bienes a dar en cambio (y momento adecuado para ambas), véase la doctrina vertida a propósito del artículo 839 (61). Hoy, para llegar a las mismas conclusiones en punto al momento del cálculo (el de la práctica de la conmutación, en tanto en cuanto el usufructo vidual es *pars bonorum*), tenemos a nuestro favor, además, la analogía con otro precepto similar: el 847. Su criterio justo de devengo de interés legal —siempre escaso en esta época de inflación— también se hubiera podido extraer de una adecuada interpretación de los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil.

Reus, 17 de agosto de 1982.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de la Propiedad

(61) LACRUZ: *Op. cit.*, ed. 1973, págs. 97-8; VALLET: *Limitaciones...* cit., página 300.