

Fecha recepción: 07.11.2007

Fecha aceptación: 26.11.2007

# FUERO JUDICIAL APLICABLE A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y A LOS ACTOS TESTAMENTARIOS DEL REY

POR

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN

Profesor titular de Derecho Constitucional  
Universidad Rey Juan Carlos

## I. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD POR RAZÓN DEL NACIMIENTO Y LOS EFECTOS DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD, EN ESPECIAL EN LO QUE SE REFIERE AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL REY

Como ha señalado Espín Cánovas<sup>1</sup>, el artículo 39.2 CE tiene por finalidad asegurar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación im-

---

<sup>1</sup> ESPÍN CANOVAS, *Comentarios al artículo 39 de la Constitución*, en la ob. col. *Comentarios a la Constitución de 1978*, dir. por Alzaga Villaamil, Tomo IV, Edersa, 1996, pp. 46 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentarios a los artículos 108 a 141 del Código Civil*, en ob. col. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Tomo III, vol. I, Madrid, 1984; GARCÍA CANTERO, *La reforma de la filiación*, R.G.L.J., 1983, p. 133; GARRIDO PALMA, *La igualdad de los hijos ante la Ley*, B.I. Col. Abogados de Madrid, 1981; RODRÍGUEZ ADRADOS, *La filiación*, R.D.N., 1983, n.º 120; ALBADALEJO, *Reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949; Para un estudio pormenorizado, histórico y comparado, referido al Príncipe de Asturias, Vid. TORRES DEL MORAL, A, *El Príncipe de Asturias. Su Estatuto Jurídico, Congreso de los Diputados*, 2005.

plicando cualquier discriminación al respecto una violación al artículo 14 CE. Bajo esta premisa se ha de hacer constar que la equiparación de efectos entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales conforme la actual redacción del artículo 108 CC, es trasunto evidente del principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón del nacimiento, según el precepto constitucional más atrás citado, que rige desde la entrada en vigor de la Norma Fundamental y que, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria tercera de dicha Norma Fundamental, que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida (vid, p.ej. STS 10 de febrero de 1986).

La precitada disposición adicional derogatoria tercera de la Constitución entronca y da significado y valor a la disposición transitoria primera de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se reformó precisamente el vetusto régimen de la filiación en el Código Civil, en el sentido de que se sanciona en esta materia una retroactividad de grado máximo. Al punto, de que quedan fuera del marco de la irretroactividad que establece el artículo 9.3 CE los artículos del Código Civil modificados por la referida Ley 11/1981, de 13 de mayo, que amplían los derechos dentro del ámbito de la familia del menor y que hace posible el reconocimiento de la filiación no matrimonial mediante la investigación de la paternidad, por resultar ello favorable a los mismos, incluso para los supuestos anteriores a la Constitución de 1978.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en su temprana Sentencia 80/1982, reconoció, ante el rechazo de la acción de reclamación de la filiación natural por haber caducado la acción conforme el artículo 137 CC, en su versión anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, el amparo precisamente por entender que había sido derogado dicho precepto desde la promulgación de la Constitución, y por resultar aquel precepto del Código Civil incompatible con el principio de igualdad del artículo 14, que impedía el diferente ejercicio de la acción de filiación por hijos legítimos (artículo 118 CC) e ilegítimos (artículo 137 CC).

En la misma orientación, pero en cuanto a la preterización de heredero, hijo habido fuera de matrimonio, fallecido el padre y estando ya vigente la Constitución de 1978, el Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 10 de febrero de 1986, a la vista de los artículos 9, 14, 39, 52 y 53.1 y 2 CE, 657 y 814 CC, casó la Sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Madrid de 17 de octubre de 1984, que había establecido que la Constitución española ... *contiene mandatos y principios que han de ser aplicados inexcusablemente desde su entrada en*

*vigor, pues se refieren a derechos reconocidos o garantizados en el primer texto legal...*, entendió, sin embargo, que... *hay otros derechos que solamente pueden tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior, entre los cuales se incluye los relativos a la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación (artículo 39)*, por lo que, argumentó que, si la apertura de la sucesión se produjo en la fecha de la muerte del causante (artículo 657 CC), si la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, ordenó en su disposición transitoria octava que *las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación*, es claro concluye la ATM, que en el presente caso por haberse producido la apertura de la sucesión de D. José M.<sup>a</sup> C.C. el día de su fallecimiento ocurrido el 31 de enero de 1979, cuando no regía la modificación introducida por la citada Ley 11/1981, y, por tanto, cuando el hijo habido fuera de matrimonio, tenía la cualidad de ilegítimo no natural, con derecho únicamente a alimentos, y por ello, concluye esa Sentencia de la ATM, afirmando que no puede hablarse de un supuesto de preterición, en cuanto al actor. Pero esta Sentencia fue casada y revocada por el Tribunal Supremo en la suya de 10 de febrero de 1986, porque *estando ya en vigor la Constitución de 1978, que establece la igualdad entre todos los hijos, no cabe preterición alguna entre ellos*; por otro lado, el Tribunal Supremo en esa misma Sentencia, recuerda que la Constitución como norma del ordenamiento jurídico español es vinculante para todos los ciudadanos y los poderes públicos desde el momento de su misma entrada en vigor, *y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52 CE, sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponen las leyes que los desarrollen (artículo 53.3 CE), sin embargo, los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata*. Añade también esa Sentencia del Tribunal Supremo que *el principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón del nacimiento rige desde la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, los preceptos del Código Civil que tratan desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria 3.<sup>a</sup> de dicha Norma Fundamental*. Finalmente, el Tribunal Supremo en los Fundamentos 4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> de la mencionada Sentencia de 10 de febrero de 1986, establece que «**CUARTO**. *En aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (artículo 657 CC) y el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 CE y de la igualmente mencionada disposición derogatoria 3.<sup>a</sup>,*

*quedaron sin efectos los preceptos del Código Civil de contenido discriminatorio... Y por tanto no puede ni debe existir preterición en la herencia del causante. QUINTO. Como quiera que en el testamento... resultó preterizado el actor recurrente... por ello, es manifiesto que... debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido...»*

El *excurso* jurisdiccional anterior permite ubicar cronológicamente la Constitución de 1978, tanto en su contenido material en cuanto que norma jurídica con su eficacia derogatoria, como hito o referencia inexcusable para establecer las etapas históricas perfectamente diferenciadas en lo que a esta materia se refiere.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la redacción originaria del Código Civil de 1889, se mantuvo prácticamente invariable en lo relativo a las relaciones de filiación, salvo las reformas de 1898, 1958 y 1970 relativas a la adopción y a la nacionalidad, pero sin que la trascendental e innovadora reforma introducida en el Código Civil por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, afectase en nada a la filiación.

De esta forma, el Código Civil se mantuvo fiel en esta cuestión al viejo *Code Civile* napoleónico, aunque nunca sin llegar a su rigorismo extremo<sup>2</sup>; pero después de la Constitución, se ha producido no ya una reforma del Código Civil sino un auténtico cambio de rumbo en la regulación de la filiación, que ha sido plasmada en el plano de la legalidad ordinaria en la normativa recogida en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya interpretación debe hacerse a la luz de la Constitución, como tiene proclamado la STC 77/1985; asentándose, por ello, en el nuevo artículo 108 CC, una sola distinción en el actual sistema de filiación: la que se opera por la *naturaleza* y la civil o *adoptiva*. Es, por tanto, hoy, el puro hecho fisiológico el que conduce a medir por el mismo rasero la proyección jurídica de sus resultados filiativos<sup>3</sup>.

### 1.1. *Sistemas básicos sobre la investigación de la paternidad*

En torno a la investigación de la paternidad<sup>4</sup> han concurrido dos tesis anti-téticas, que han derivado en sistemas mixtos.

---

<sup>2</sup> El Código francés, en esta materia era tajante cuando decía que *la recherché de la paternité est interdite...*

<sup>3</sup> Vid, ALBACAR LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Vol. Segundo, 4.<sup>a</sup> ed., en Comentario al artículo 108; vid también, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, ob.cit., p. 117; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tecnos, 5.<sup>a</sup> ed., p. 260.

<sup>4</sup> Expresión que aún cuando hoy aparece constitucionalizada (artículo 39.2 CE), no siempre ha sido aceptada por la doctrina como denominación más correcta. Así, ESPÍN, preferiría llamar

Por una parte se encuentra la tesis de la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad. Este sistema encontró acomodo en la obra de Rousseau, quien en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* (1755), fustiga a quienes apoyan la investigación de la paternidad, porque a juicio de ese autor, una vez establecida la igualdad entre todos los seres humanos, cualquiera que sea su origen o condición, carece de sentido buscar al progenitor de los seres que carecen de padre conocido.

Esa corriente filosófica, que tuvo fuerte influencia en los principios doctrinarios de la Convención, se concretó finalmente en la Ley del Doce del Brumario del año II, que no permitía otra prueba de la paternidad natural que la que resultaba del reconocimiento voluntario del padre hecho en un acta auténtica, lo cual se plasmaba en la regla *la paternité non avouée ne peut être recherchée*. Este dogma se identifica con una moralidad apoyada en el egoísmo personalista del individuo; afirmándose que, puesto que todos los hombres son iguales, no hay que indagar el origen de ellos pues el Estado y la sociedad, han de promover la igualdad entre todos los individuos del grupo social; y por ello, se dirá que resulta innecesario cualquier búsqueda de paternidad; en definitiva, según el típico pensamiento roussoniano, el valor de todo grupo social consiste en la felicidad que produce la inclusión en el grupo por parte de todos y la protección de los derechos que le son inherentes, con independencia de la estirpe o del nacimiento de la persona<sup>5</sup>. La Convención hizo suya como hemos visto esa doctrina, pasándola por el tamiz de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta concretarse positivamente en el Código Civil napoleónico<sup>6</sup>.

También es tributario de la corriente anterior y por razones diferentes, el individualismo sistemático de Locke<sup>7</sup> y Bentham<sup>8</sup>, en la medida en que dejan al

---

la *declaración judicial de filiación natural*, Manual, Vol. 1º, 2.ª ed., 1986; MELÓN INFANTE, *Reconocimiento de la paternidad natural*, ADC, Enero-Marzo, 1952, p. 371; CASTÁN TOBEÑAS, consideraba la denominación de investigación de la paternidad, como impropia, *Derecho civil, común y foral*, T. V, II, Derecho de familia, p. 65; y en parecido sentido, DE DIEGO, *Instituciones*, T. II, p. 519. En la actualidad, cuestiona también esa denominación, O'CALLAGHAN, que prefiere usar el de filiación extramatrimonial, *Negativa a la prueba biológica en la acción de investigación de la paternidad*, Actualidad y Derecho, T. 1994-I.

<sup>5</sup> MORLEY, *Rousseau*, Vol. II, 1886, pp. 221 y ss.

<sup>6</sup> Sobre las fluctuaciones de la Revolución francesa desde la Ley Doce Brumario al Código napoleónico, en materia de paternidad y filiación, vid MICHON, *La famille au temps de la Révolution*, Recueil Sirey, París, 1930; PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. I, 11.ª ed., París, 1928, p. 506; BONNECASE, *Elementos de Derecho Civil*, T. I, México, 1945, pp. 605 y ss.

<sup>7</sup> LOCKE, *Tratado sobre el Gobierno civil*, Aguilar, 4.ª ed., 1967; y en sentido parecido, STUART MILL, *El utilitarismo*, Aguilar, 1965.

<sup>8</sup> BENTHAM, *Principles of moral and legislation*, Londres, 1789.

individuo y sus actos a su pleno albedrío fuera de cualquier acción o tutela de las instituciones públicas; el retrato literario de esta situación lo describe Charles Dickens en su obra *Oliver Twist* (1839), donde se refleja la patética realidad de la Inglaterra victoriana, de niños abandonados, sin padres, sometidos a su suerte en una sociedad cruel y nada tuitiva hacia las criaturas desamparadas, que son consideradas como producto de relaciones inconfesables.

El argumento del temor a los escándalos y a la ruptura de la tranquilidad y estabilidad familiar han sido también manejados, desde estas posiciones político-filosóficas, por juristas como Ricci, para quien la prohibición de la investigación es un principio de Derecho común, fundado en la tranquilidad de la familia y en la reputación de los ciudadanos, que deben de quedar al margen de la deshonra social<sup>9</sup>; o Giorgi, que resalta que las cuestiones de estado se refieren al ámbito estrictamente familiar y no solo no deben discutirse públicamente sino tampoco en juicio<sup>10</sup>.

Frente a la posición anterior, que influyó en la codificación decimonónica, se encuentran doctrinas de la más diversa naturaleza que han defendido o defienden la investigación de paternidad. Así, encontramos en primer lugar, el catolicismo social, particularmente desde las encíclicas *Syllabus* (1864) y *Rerum Novarum* (1891), ambas continuadoras de la tradición cristiana y que acabó incorporándose en los *Códigos de Malinas* y en el propio *Corpus Iuris Canonici*. Como también, sin que guarden en absoluto relación con la doctrina anterior, el movimiento fabiano (Webb, Potter, Wells), quienes en su *Fabian Essays* (1889), propugnan la verdad *natural* y, por tanto, se decantaron claramente por la investigación de la paternidad. Y más próximo a nuestros tiempos, Bertrand Russell<sup>11</sup>, desde el pensamiento liberal-reformista, o Freund<sup>12</sup>, desde el pensamiento marxista, defienden la libre indagación de la paternidad y el deber del Estado a proteger a todos los hijos cualquiera que sea su filiación.

Lo mismo puede decirse de la socialdemocracia alemana, que desde los tiempos de Bismarck, pasando por la Constitución de Weimar, luchará por incluir en el Código Civil alemán la libre investigación de la paternidad, posición que fue también secundada por las corrientes neohegelianas krausistas, para quienes el Estado ha de asegurar a todo hijo el derecho de exigir el reconocimiento de sus padres. Esta última corriente influyó en los juristas españoles por vía del krausismo patrio (Sanz del Río y Giner de los Ríos)<sup>13</sup>, llegando incluso a la doctrina ibero-

<sup>9</sup> RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1900, p. 158.

<sup>10</sup> GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, Tomo II, p. 252.

<sup>11</sup> BERTRAND RUSSELL, *Vieja y nueva moral sexual*, Madrid, 1930, p. 160.

<sup>12</sup> FREUND, *Das civil recht in der sowjetunion*, Berlín, 1927, p. 23.

<sup>13</sup> *El pensamiento krausista español*, 1986.

americana, de la cual Loreto ha sido su ejemplo al señalar que resulta *inhumano, antisocial y duro* negar al hijo el derecho a conocer a sus progenitores<sup>14</sup>, con su afirmación de que el estado de las personas y su acción de reclamación *son de interés público lo que permite el accionar a cualquiera para el establecimiento de la verdad*<sup>15</sup>; y que en la doctrina española tuvo su valedor en González Pérez, para quien *la prohibición de investigar la paternidad tiene su base no en la protección de la familia legítima, sino en una serie de prejuicios clasistas burgueses que contrarían los principios de justicia*<sup>16</sup>; o en politicólogos o ensayistas como Pí y Margall, cuando afirmaba que *conduzca o no al amor libre, traiga las consecuencias que traiga, estoy porque se borre toda distinción entre hijos legítimos e ilegítimos*<sup>17</sup>.

Puede observarse, por consiguiente, que tanto en la tesis que podemos llamar privatista (negadora de la investigación de la paternidad) como en la pública o comunitaria (defensora de la investigación de la paternidad), conviven las más variadas doctrinas del pensamiento político y filosófico, incluso han abarcado regímenes políticos tan dispares, como desde el franco reconocimiento de la investigación de la paternidad en los ordenamientos europeos y americanos y su radical prohibición como el que se establecía por el legislador soviético, pues si bien en el primigenio Código Civil de la URSS<sup>18</sup>, se admitía la investigación de la paternidad, en sucesivas reformas posteriores se fue restringiendo al máximo hasta su casi completa negación.

Todo ello ha dado lugar en su síntesis final a tres posiciones perfectamente definidas, y que van desde la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad, hoy reducida a los Estados que se rigen por el Corán como ley suprema del Estado, a la prohibición de la investigación restringida, consistente en que sólo pueda ejercitarse la acción de estado civil de filiación no matrimonial cuando concurren determinadas circunstancias, como pueden ser documentos públicos o testamentarios al efecto, hasta llegar finalmente al sistema de libertad absoluta, recogida en las constituciones y códigos modernos, que a su vez, se manifiestan en diversas variantes, desde no ser necesario presentar siquiera un principio de prueba o bajo la necesidad de presentar este último (sistema español

<sup>14</sup> LORETO, *La acción y el proceso de filiación natural*, Buenos Aires, 1951.

<sup>15</sup> CICU, *Sistema dell accertamento della filiazione*, Rev. Trim. Dcho. Proc. Civil, 1950, pp. 86 y ss.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *La inscripción en el Registro Civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales*, Rev. de Legislación y Jurisprudencia, 1954, p. 13; vid también, Díez del Corral, *La inscripción de la filiación en el Registro Civil*, RDN, 1984, n.º 123; ALONSO y CASTOR PACHECO, *El registro del estado civil en España, 1912*.

<sup>17</sup> PÍ y MARGALL, *Cartas íntimas*, Madrid, 1911, p. 18.

<sup>18</sup> ARMINJÓN, NOLDE y WOLF, *Traité de droit comparé*, Tomo III, París, 1966.

actual), y al que se aludirá a continuación en sus líneas generales. No sin antes consignar que tanto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hecha en París en 1948, como la Convención de Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, equiparan a todos los hijos cualquiera que sea su filiación, como medio de proceder de manera eficaz a su protección integral. Para ello, el reconocimiento legal o jurisprudencial en otros casos de la prueba biológica o hematológica ha sido definitivo para establecer la igualdad de los hijos cualquiera que sea su origen.

1.2. *Reclamación de la filiación extramatrimonial hasta la Constitución española de 1978. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1907 y 1 de julio de 1908 sobre reclamación judicial de filiación contra el Rey D. Alfonso XII*

A) Referencia al Derecho histórico

Castán definía la acción de investigación de la paternidad o del reconocimiento forzoso, como la facultad que tienen los hijos ilegítimos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno-filial lleva consigo<sup>19</sup>. Y aunque es cierto que antes de la Constitución de 1978, no imperaba en nuestro Derecho vigente el principio de libertad completa de investigación de la paternidad —con la excepción que luego se verá de la Constitución de la II República—, tampoco, frente a lo que se ha dicho por algunos autores, regía el principio contrario o de prohibición absoluta de investigación, como señaladamente indicó la STS de 2 de marzo de 1865 y, en tiempos más recientes, la de 8 de febrero de 1971.

Pues, en efecto, el Derecho histórico español fue en esta materia tributario del silencio que a la cuestión le dedicó el Derecho romano. Este último, apenas se preocupó de la filiación no matrimonial y su norma de determinación, aunque distinguió a los *liberi spurii* de los *iusti liberi*<sup>20</sup>, recogiéndose con caracteres muy acusados las acciones de estado<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo V, vol. II, Madrid 1966, p. 65; ESPÍN CANOVAS, *Las acciones de filiación y la acción subrogatoria*, Rev. Fac. Derecho de Madrid, 1944, n.º 14.

<sup>20</sup> LACRUZ BERDEJO, ob. cit. p. 329.

<sup>21</sup> DE CASTRO, ob. cit., pp. 94 y 95 y las notas a pie de página allí citadas.



Por esta razón, en el Derecho español anterior al Código Civil, no estaba del todo diáfana la cuestión de la admisión de la investigación de la paternidad. La Ley XI de Toro, al modificar el concepto de los hijos naturales procedente del Derecho romano y de las leyes de Partidas (Ley 7.<sup>a</sup>, Título 15, Partida 4.<sup>a</sup>)<sup>22</sup>, extendiendo el beneficio de la naturalidad de los hijos engendrados de mujeres que no vivían en la casa de los padres, estableció como necesario el requisito de reconocimiento de éstos, bajo las palabras: *e porque no se pueda dubdar cuales son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan ser los fijos naturales cuando al tiempo que nasceran o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su fijo...*<sup>23</sup>.

Esa Ley de Toro fue la que se mantuvo, pasando por la mencionada Ley 7.<sup>a</sup>, Título XIX, del Libro 10 de la Novísima Recopilación, que vino a dulcificar la situación de los hijos inocentes y admitió la investigación de la paternidad<sup>24</sup> hasta los comienzos de la codificación con la Constitución de 1812, debiéndose poner de relieve, que el Tribunal Supremo no prohibió de forma absoluta la investigación de la paternidad, sino, por el contrario, declaró su licitud bajo determinadas circunstancias, como se demuestra en sus Sentencias (además de la ya citada de 2 de marzo de 1865) de 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873; la segunda de las cuales llega a establecer que *no es jurisprudencia admitida por los tribunales ni establecido por el Supremo, que se prohíba fuera de matrimonio la investigación de la paternidad*<sup>25</sup>.

Frente a esa corriente se situó el Código Civil napoleónico, que hizo suya la Ley del Doce de Brumario de la Convención, del año II, que no permitía otra prueba de la paternidad natural que la que resultaba del reconocimiento voluntario del padre hecho en un acta auténtica; posición contraria, por cierto, a la

<sup>22</sup> Se decía en esa Partida: *Instrumento o carta haciendo algún ome por su mano mesma, o mandándola facer a alguno de los escribanos públicos con testimonio de tres omes buenos, en que diga que algún fijo que ha nombrándole señaladamente que le conoce por su fijo, es esta otra manera en que se facen los hijos naturales legítimos.*

<sup>23</sup> CASTÁN, ob. cit., p. 68; también decía la Ley XI de Toro, que para que el hijo se reputase natural, era preciso que su padre le reconociera *con tanto que el padre le reconozca* (vid, Código Civil de España, ed. especial, Alcubilla, 1898, p. 75).

<sup>24</sup> Vid, Código Civil de España, Alcubilla, ob. cit. pp. 75 y 76.

<sup>25</sup> Sobre un estudio continuado de la jurisprudencia española hasta 1951, vid. MELÓN INFANTE, *Sentencias comentadas: reconocimiento de la paternidad*, ADC, 1952. Este autor mantiene que la influencia del Código Civil francés (art. 340) sobre el Código Civil español (artículos 135 y 141) fue funesta y contraria a los criterios jurisprudenciales de admisión de la investigación de la paternidad, que se manejaban antes de la entrada en vigor del Código Civil de 1889, como lo acreditan las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1853, 13 de junio de 1863 y 25 de enero de 1865. A estas Sentencias y otras más nos referiremos más adelante.

Ordenanza real de Enrique II, de Francia, que autorizaba la investigación de la paternidad y de la maternidad. La incógnita de cuál fue la razón por la que la Asamblea de la Convención prohibiese la investigación de la paternidad, salvo en los casos de raptó o violación, cuando se trataba de un órgano muy favorable a los hijos naturales, y se contaba desde el siglo XVI con la citada Ordenanza de Enrique II, se resuelve pensando en que esa Asamblea ya había declarado la igualdad entre todos los hijos, fuesen estos legítimos o ilegítimos, y que bajo esta premisa resultaba a juicio de la Convención superfluo saber quien era el padre natural de los hijos. Seguramente además pesó, al discutirse después el Código de Napoleón, fuera ya de las tensiones revolucionarias, de los abusos y escándalos que había dado lugar la investigación de la paternidad durante el antiguo régimen. En todo caso, producto de ese principio de igualdad y del miedo a los escándalos fue, según Planiol<sup>26</sup>, la atmósfera en la que se fraguó el artículo 340 del Código Civil francés, prohibiendo la investigación de la paternidad, con excepción del caso del raptó, y que sucesivamente en años posteriores fue ampliando los supuestos de admisibilidad, hasta que en 1912 se admitió la investigación de la paternidad. En todo caso, los efectos del Código Civil francés se dejaron sentir en otros Códigos europeos, como fue el caso italiano y español, sobre todo, en este último en su artículo 141, en el que abiertamente para los hijos ilegítimos no se admitía demanda que tuviera por objeto investigar la paternidad<sup>27</sup>.

En todos los intentos de cumplimentar la Constitución de 1812, en el sentido de disponer de un solo Código Civil para toda la monarquía, se va a notar el influjo del Código Civil napoleónico, dentro de lo que el profesor De Castro denominó el excesivo influjo del afrancesamiento en las leyes tradicionales españolas, que sólo fue compensando, en parte, por nuestras leyes históricas y el pensamiento dimanante de los juristas patrios (Gregorio López, Valenzuela, Covarrubias y otros)<sup>28</sup>.

Así, en el proyecto de 1851 (de García Goyena), se incorporó de forma mimética en su artículo 127, la dicción literal del artículo 340 del Código Civil francés. Sin embargo, en el proyecto de 1869 (de Romero Ortiz), se adoptó el principio de libertad completa, concretándose en el proyecto de 1882 (Bugallal) la prohibición relativa que fue el que en definitiva se acogió en la Base 5.<sup>a</sup>, de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, al decirse que *no se admitirá la investiga-*

<sup>26</sup> PLANIOL, *Traité élémentaire*, 13.<sup>a</sup>, 1936, p. 494; vid también BONNECASE, ob. cit. pp. 607 y ss.

<sup>27</sup> Así, el artículo 189 del Código Civil italiano de 1861. Véase AZARITI, *Diritto civile italiano*, Padova, 1943, pp. 879 y ss.; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, 2.<sup>a</sup> ed. española, Madrid, 1945, p. 126.

<sup>28</sup> DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo II-1, Madrid 1955, p. 94.

*ción de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada a ese fin, o cuando medie posesión de estado*<sup>29</sup>. Este fue, finalmente, el sistema en que apareció la filiación natural no matrimonial y la investigación de la paternidad en el régimen del Código Civil de 24 de julio de 1889 (prácticamente sin variación hasta la Ley postconstitucional 11/1981).

B) Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1907 y 1 de julio de 1908 sobre reclamación judicial de filiación, contra el Rey, Alfonso XII

Como se ha expuesto en el punto anterior, ni el Código Civil ni la jurisprudencia recaída sobre el mismo prohibieron de forma absoluta la investigación de la paternidad, pero lo que sí se rechazó de manera radical fue la libre e injustificada investigación, puesto que solo bajo los casos del artículo 135 CC estaba el padre obligado a reconocer al hijo natural, ya se produjeran por actos voluntarios del progenitor ya se decidieran mediante controversia judicial, con exclusión de otro documento que no fuera escrito indubitado reconociendo la paternidad, debiéndose contraer el fallo, ya se dictase éste en pleito civil o en causa criminal como consecuencia en este segundo caso de violación, estupro o rapto.

Ciertamente la dicción de ese precepto del Código Civil, obligó, como ha quedado reseñado más atrás, al Tribunal Supremo a mantener un criterio extremadamente rígido respecto de las acciones de paternidad cuando éstas no tuvieran un apoyo seguro en documento indubitado o en actos externos que implicasen la posesión de estado, excluyéndose todo elemento subjetivo para tal reconocimiento, como podía ser el *convencimiento más o menos racional* de la paternidad o de conductas que no expresasen la *voluntad libre, espontánea y ostensible del padre* (por todas, SSTs de 5 de julio de 1906, 12 de octubre de 1907, 8 de abril de 1915, 16 de junio de 1917 y 24 y 26 de mayo de 1920). De esta forma, el éxito de la reclamación se hacía depender de la prueba de la autenticidad del escrito del supuesto padre o de la relativa a los hechos que justificasen la posesión continuada de estado del hijo natural.

Así, se entendió por *escrito indubitado* en que se reconociese la paternidad, el documento en el que se hiciese de forma expresa y de puño y letra del proge-

<sup>29</sup> Es de destacarse que en ese ambiente, en el Congreso Jurídico de Madrid de 1886, se recogían entre otras conclusiones que *podrá ser reconocido y se equiparará a los naturales el hijo que tuvo un hombre casado de mujer soltera, una vez disuelto el matrimonio de éste y siempre que no hayan quedado de él hijos legítimos* (vid., MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed. Tomo I, p. 560).

tor, p. ej., la partida de nacimiento firmada por el padre (STS de 10 de julio de 1894), no siendo eficaz, en cambio, el mero reconocimiento tácito (STS de 28 de noviembre de 1903); sí implicaba reconocimiento expreso la carta escrita y firmada por el padre, comprensiva de una promesa de consignar en su testamento el reconocimiento de paternidad (STS de 16 de octubre de 1906). Por el contrario, el haber manifestado algunas veces una persona el deseo de ver al niño o el haberle obsequiado otras con regalos, valiéndose para ello de terceras personas y el haber indicado a sus convecinos los lazos naturales que con él le ligaban, no fueron suficientes para que el Tribunal Supremo reconociese tales hechos como constitutivos de la posesión de estado (STS de 21 de mayo de 1896), como tampoco lo acreditaban cartas que revelasen relaciones íntimas con la madre y la protección al niño, pues ello no atestiguaba el propósito manifiesto de tenerlo y tratarlo como hijo (STS de 24 de enero de 1902); sí se procedió al reconocimiento de estado de hijo natural, cuando a éste se le trató y alimentó bajo esa apariencia (STS de 28 de junio de 1895); y en fin, la posesión de estado de hijo natural no puede fundarse en simples presunciones (SSTS de 17 de junio de 1905 y 7 de enero de 1909).

Bajo esos criterios jurisprudenciales tan casuísticos, tuvieron lugar las Sentencias a las que de forma inmediata vamos a dedicar nuestra atención por incidir directamente en un supuesto de solicitud de filiación paternidad promovida contra el Rey Alfonso XII, que al tiempo de promoverse la acción había ya fallecido.

En efecto, el 18 de abril de 1907, en nombre y representación de D. Alfonso Sanz y Martínez de Arizala, se presentó en los juzgados de Madrid demanda de juicio civil ordinario, ejercitándose acción para que se reconociese al demandante como hijo natural del difunto Rey D. Alfonso XII y de D.<sup>a</sup> Elena Sanz, con derecho a usar los apellidos paternos, a percibir alimentos desde la muerte de aquel Monarca y a la legítima que en la herencia del mismo le concedía la Ley.

La demanda se dirigió contra S.M. el Rey y su madre la Reina viuda D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina de Austria, el Infante D. Carlos de Borbón y Borbón, por sí y como representante legal de sus dos hijos menores de edad D. Alfonso María y D.<sup>a</sup> Isabel Alfonsa, y la Infanta D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa de Borbón y de Austria. Todos ellos fueron representados por el Sr. Marqués de Borja, Intendente General de la Real Casa y Patrimonio, como representante de S.M. el Rey D. Alfonso XII y de sus Augusta madre y hermanos.

La citada demanda fundaba sus pretensiones en la afirmación de que de las relaciones amorosas habidas entre el difunto Rey D. Alfonso XII y D.<sup>a</sup> Elena Sanz, había nacido el actor, concurriendo las condiciones legales necesarias para

obtener el reconocimiento de la filiación que se solicitaba con los derechos inherentes a la misma. Se apoyaba la representación del demandante, en especial, en una serie de cartas de contenido amoroso y en una prueba pericial, además del testimonio de otras personas.

La demanda se basaba en la más que evidente apasionada relación amorosa —a la que según Pérez Galdós<sup>30</sup> no fue ajena la propia Reina destronada Isabel II—, entre el citado Monarca y la cantante de ópera D.<sup>a</sup> Elena Sanz, de la que, al parecer, nació el 28 de enero de 1880 el demandante en autos. La relación tuvo dos etapas: una, la primera, de forma muy pasajera antes de conocer Alfonso XII a su prima Mercedes, con quien contrajo matrimonio; y una segunda etapa, más intensa, que tuvo lugar después del prematuro fallecimiento de esa última y que se prolongó durante los primeros años del segundo matrimonio del Rey con D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina de Habsburgo.

El nacimiento de Alfonso Sanz, promotor de los autos de referencia, se produjo en París y el Diario de la época La Publicidad informó: *Hace unos días, la Sta X dio a luz en París un niño. Se asegura que el acta de nacimiento, hecha en presencia de un embajador, se ha redactado de forma que el recién nacido sería llamado a recoger la sucesión al trono*<sup>31</sup>. En 1881 volvió la cantante de nuevo a Madrid, donde tuvo su segundo hijo varón al que llamó Fernando. Ante esta ristra de vástagos atribuidos al Rey Alfonso XII, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina lanzó a la clase política española su célebre ultimátum: *o la cantante salía de Madrid o lo hacía ella hacia Austria*. El resultado fue que D.<sup>a</sup> Elena Sanz, tuvo que regresar a París, donde vivirá hasta su fallecimiento con una renta voluntaria que le mandaba el Rey.

Tras el fallecimiento de D. Alfonso XII el 25 de noviembre de 1885, y embarazada su esposa D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina del futuro Rey D. Alfonso XIII, se convirtió ésta en regente, retirando la pensión a D.<sup>a</sup> Elena Sanz. Pero como resultase que esta última tenía una importante documentación del fallecido Rey Alfonso XII, incluidas muchas cartas amorosas a ella dirigidas, firmadas por el propio Rey, se convino en firmar el 29 de marzo de 1886, una escritura denominada Acta de París, por la que se obligaba a entregar D.<sup>a</sup> Elena Sanz a un representante de la Real Casa 110 documentos entre los que se encontraban las citadas cartas amorosas, y que, según los cronistas de la época, acreditaban la paternidad de D. Alfonso XII con respecto a su hijo natural D. Alfonso Sanz. A cambio de esa entrega se les garantizaba a los hijos de D.<sup>a</sup> Elena Sanz una suma de 31.000 francos

<sup>30</sup> PÉREZ GALDÓS, *Canovas, Episodios Nacionales*, 46, Alianza Hernando, 1980, pp. 147 y 148.

<sup>31</sup> CONSUELO FONT, *Crónica, El Mundo*, año XVII, n.º 570, 1 de octubre de 2006.

que fueron depositados en un banco bajo el control y el encargo del banquero de la familia real D. Prudencio Ibáñez. Tras el fallecimiento en 1898 de D.<sup>a</sup> Elena Sanz, los hijos de ésta no pudieron percibir la citada renta por quiebra del banco que custodiaba los títulos.

Fuese por el despecho que sufrió su madre, D.<sup>a</sup> Elena Sanz, fuese por el legítimo derecho que le asistía a que se le reconociese su auténtica paternidad, en 1907 D. Alfonso Sanz interpuso la demanda de paternidad a la que se ha hecho referencia, apoyándose documentalmente en sólo ocho cartas que se mantuvieron en su poder, por no haber sido entregadas en la Escritura acordatoria de 28 de marzo de 1886.

Frente a esa demanda reaccionó la representación procesal del Intendente General de la Real Casa y Patrimonio, solicitando ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que se ordenase al juez de primera instancia del distrito de la Latina de Madrid, que se *abstuviese de todo procedimiento con tal motivo...* El fundamento legal se apoyaba en el artículo 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 en relación con el artículo 5.º de la Ley de 26 de junio de 1876 y el artículo 342 del Código Civil. Concluía el representante de la Real Casa pidiendo que previa audiencia del Ministerio Fiscal se abstuviese el citado Juzgado del procedimiento promovido por la representación de D. Alfonso Sanz, elevando todas las actuaciones para su resolución al Tribunal Supremo, por entender que sólo este órgano judicial era el único competente para conocer de la reclamación de ese último.

En su preceptivo informe el Fiscal se opone abiertamente a las alegaciones aducidas por la representación del Intendente General de la Real Casa, por considerar, en síntesis, que *el Rey en la Monarquía constitucional, es en efecto, sagrado e inviolable hasta tal extremo que no cabe exigirle responsabilidad personal y directa por los actos que en el ejercicio de su suprema magistratura realiza. Bien es cierto que esa misma responsabilidad, caso de existir, no queda absolutamente borrada y anulada, porque la ley la transfiere a los ministros; y aún sin eso, es la realeza calidad tan delicada, tan eminente, tan exclusiva e imperiosa en sus requerimientos a la obediencia y al respeto, que, puesta en la cumbre de los Poderes públicos, a ella no alcanzan ni imputaciones ni cargos, incompatibles con sus inmunidades y exenciones. Pero allí donde los ministros no intervienen y el Rey, desprendido de su altísima investidura, actúa meramente sobre intereses o derechos de carácter civil y de índole particular y privada, la propia ley ha cuidado de crear garantías de justicia, a cuyo amparo se hacen efectivas las obligaciones contraídas independientemente de toda gestión de Gobierno y de todo atributo de soberanía. No es esta, ciertamente, la primera vez que la Casa Real sostiene pleitos ante los tribunales, ora en vía judicial, ora en vía contencioso-administrativa. Para estos efectos, no es el Rey el demandado, sino su peculio, que el Rey ni aún administra personalmente.*

*Aplicar la inviolabilidad del Monarca a tales materias sería inhabilitarle para contratar, para heredar, para disponer de sus bienes, para obrar, en fin, como persona jurídica en relaciones de derecho extrañas a la Potestad Real. Y en el presente caso, se trata únicamente de derechos y obligaciones civiles, que ni siquiera provienen de actos del Rey, sino de la sucesión de su egregio Padre. A Don Alfonso XIII no se le demanda como Jefe del Estado, ni en conexión próxima o remota con sus funciones en tal concepto. Así como lo que se le pide recae sobre derechos de heredero de otro Rey, pudiera referirse a los que dimanaran de la herencia o el legado de un particular que le hubiere instituido, y no habría ni aún pretexto para mentar su condición de Soberano. El art. 48 de la Constitución es, pues, de todo punto incongruente con la materia sometida, en esta ocasión cual en tantas otras, al fallo judicial. Y huelga agregar que si, por inviolable y sagrado, no fuera imposible intentar semejante demanda ante un juzgado de primera instancia, tampoco podría ser admitida aquella por este ni por ningún otro Tribunal. Con lo que se evidencia la falta de todo fundamento jurídico de la alegación que se formula sobre la base de la inviolabilidad en aplicación a los fines de un escrito en que, a la postre, se reclama que por unos u otros jueces se juzgue y falle lo que dentro del círculo trazado a ese argumento sería total y absolutamente injusticiable.*

Termina el Ministerio Fiscal su informe, afirmando que resulta inexacto que el litigio verse sobre cuestión contenciosa suscitada en la testamentaría de D. Alfonso XII, pues *aquí lo que se persigue es un reconocimiento de hijo natural, el uso de apellidos del padre, los alimentos y la porción hereditaria que de aquel reconocimiento hubiere de derivarse. Para resolver sobre los tres primeros puntos, no hay texto alguno que atribuya competencia al Tribunal Supremo...* Por todo lo cual, termina diciendo el Fiscal, *es mi dictamen, que la Sala debe declarar improcedente la petición articulada y mantener al juzgado... en el ejercicio de la competencia que le incumbe para seguir conociendo de los autos.*

Finalmente, por Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1907<sup>32</sup>, se acogió la tesis de la representación de los demandados, cuando se vino a fallar que *visto lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dirijase orden al Juez de primera instancia del distrito de la Latina de esta Corte, para que se abstenga de todo procedimiento con motivo de la demanda entablada por D. Alfonso Sanz y Martínez de Arizala y remita todas las actuaciones a este Tribunal Supremo, con citación a las partes que hayan comparecido.*

<sup>32</sup> Integrada por los Sres. Magistrados: D. José de Aldecoa, D. Francisco Joda, D. Vicente de Piniés, D. Ildefonso López Aranda, D. Pascual Doménech, D. Federico Monsalve y D. Camilo María Gullón, este último Ponente.

Puede observarse que la Sala sentenciadora entendió que estos tipos de procesos de filiación que afectaban al Rey y a su testamentaría tenían su propio fuero judicial especial, que no era otro que el del Tribunal Supremo, por considerar que se encontraban en vigor los artículos 20 y 5 de las Leyes de 12 de mayo de 1865 y 26 de junio de 1876, en relación con el artículo 82 de la entonces vigente LEC de 1881.

La Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 326, de 1 de julio de 1908<sup>33</sup>, falló, a su vez, sobre la citada reclamación en los términos siguientes: «*Que debemos absolver y absolvemos a D. Luis Moreno y Gil de Borja, Marqués de Borja, en la representación que ha ostentado en estos autos, de la demanda interpuesta por D. Alfonso Sanz y Martínez de Arizala, a quien condenamos al pago de las costas*».

El examen de los considerandos de esta última sentencia, nos permite formular algunas reflexiones:

1) En primer lugar, se puede estar de acuerdo con la Sentencia de 1 de julio de 1908, en cuanto a su apreciación del carácter inescindible del ejercicio de la acción de filiación de paternidad con el resto de las pretensiones esgrimidas por el actor, esto es, derecho a usar el apellido, alimentos debidos y cuota legitimaria; porque estos últimos derechos descansaban en el previo y esencial reconocimiento de la filiación alegada y del obligado reconocimiento de la cualidad de hijo natural de D. Alfonso Sanz con respecto al Rey D. Alfonso XII; o dicho de otra manera, no puede existir reclamación al haber legitimario sin que *prima facie* se resolviese la cuestión de estado planteada por el demandante.

2) Como consecuencia de lo anterior, resulta igualmente aceptable que el órgano judicial competente fuera, como así ocurrió, la Sala Primera del Tribunal Supremo. Ello es debido a que tampoco cabe separar o escindir la cuestión de la filiación de los efectos jurídicos que su reconocimiento judicial comporta y que, al ser de indudable aplicación al caso los artículos 20 y 5 de las Leyes de 12 de mayo de 1865 y 26 de junio de 1876, todas las demás cuestiones contenciosas que se suscitasen directa o indirectamente, principal o incidentalmente sobre la testamentaría del Rey debe avocar al conocimiento del fuero judicial específico que para estas cuestiones contenciosas atribuían los preceptos citados, esto es, la Sala Primera del Tribunal Supremo.

3) En cambio, no puede compartirse en absoluto la argumentación contenida en la Sentencia de 1 de julio de 1908, en el sentido de reconocer pala-

---

<sup>33</sup> La Sala estaba integrada, en este caso, por los Sres Magistrados: D. José de Aldecoa, D. Vicente de Piniés, D. Víctor Cobián, D. Antonio Alonso Casaña, D. Pascual Doménech, D. Ramón Barroeta y D. Camilo María Gullón, siendo este último Ponente.



dinamente que un Monarca no está sujeto al Derecho común, y menos aún al régimen ordinario de la filiación. Esta forma de razonar estaba ya fuera del tiempo y aún diríamos de las propias previsiones de la Constitución de 1876, y aún más, estaba fuera de la realidad social de los años en que se dictó la referida Sentencia. Ciertamente que la Constitución de 1876 declaraba a la persona del Rey como *sagrada e inviolable* (artículo 48), pero ello sólo era a efectos de exigirle responsabilidad directa por los actos que en el ejercicio de sus funciones público-constitucionales realizase, haciendo precisamente responsable de ese tipo de actuaciones a los Ministros que las refrendasen, y por ello, transfiriéndoles a estos últimos la responsabilidad por esos actos político-constitucionales.

Pero en una monarquía constitucional como la de la Restauración, contando con todas sus imperfecciones, era ya doctrina consolidada que allí donde no intervienen los Ministros o el Jefe del Gobierno, el Rey actúa sobre intereses o derechos de carácter civil, y por tanto, sometido a la legislación ordinaria. Pues, en otro caso, se estaría ante una vuelta a la odiosa y arbitraria regla de considerar al Monarca como *exorbitant a iure commune*, propio del antiguo régimen con el que se configuró el principio dogmático del *princeps legibus solutus est*, que resultaba de todo punto inaceptable, por encontrarse ya superado en la etapa de la restauración en que se dictó la Sentencia de 1 de julio de 1908.

4) Tampoco puede asumirse de esa Sentencia, sin más, el argumento de que bajo el Código Civil de 1889, estuviese absolutamente prohibida la investigación de la paternidad, pues como ya se ha expuesto más atrás, más que una prohibición de la investigación, lo que el Código Civil establecía era una fuerte restricción a la libre indagación de la paternidad, reconociéndose esta última, esto es, la paternidad extramatrimonial, bajo los estrictos supuesto de los artículos 135 y 141<sup>34</sup>.

5) Por último, no en cuanto a la forma argumental de resolver el pleito, sino en cuanto al resultado alcanzado en su Fallo, se podría estar de acuerdo con esa resolución, pues en realidad no se separa de otras recaídas sobre la misma materia en sentencias de la época y a las que se ha hecho referencia más atrás. Por tanto, la crítica a la Sentencia de 1 de julio de 1908 no es tanto por su Fallo en sí mismo considerado —con excepción de la apreciación de temeridad que se impone al actor al ejercitar su acción, que no debió imputársele, pues, en definitiva, apeló a la vía judicial en defensa de lo que consideró sus derechos legíti-

<sup>34</sup> Vid al respecto, la exposición que hace MELÓN INFANTE, ob. cit., pp. 374 y ss.; como también, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, T. V, vol. 2, Madrid, 1912; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949; y ÁLVAREZ POSADILLA, ob. cit., pp. 110 y ss.

mos—, sino por el tipo de fundamentación que se dio a ese Fallo, de todo punto trasnochado en muchos de sus pasajes.

- C) El derecho constitucional a la investigación de la paternidad después de la Constitución de 1978. Auto de 27 de mayo de 2003, sobre determinación de la filiación de paternidad extramatrimonial con respecto al Rey D. Alfonso XIII. Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero y 29/2005, de 14 de febrero

Como ya se ha dicho más atrás, la vigente Constitución, siguiendo las huellas de la Constitución republicana, considera a la familia como institución, digna de protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos.

Esa protección exigible de los poderes públicos, informa, de acuerdo con el artículo 53.3 CE, la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Y si es cierto, que el artículo 39 CE en su conjunto, encierra un plan programático para el legislador, cuya infracción, obvio es decirlo, no puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sí en cambio, lo puede ser como así ha sido y tendremos ocasión de exponerlo, la violación del derecho fundamental a la igualdad entre los hijos, cualquiera que sea el origen de éstos, porque tal conculcación de producirse infringiría de forma directa el artículo 14 CE.

Pero además, en relación con la familia y su protección hay que situar el mandato exigido a los poderes públicos en el artículo 9.2 CE, para que promuevan las condiciones para que esa igualdad entre los hijos sea real y efectiva. También, desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta que la protección de la familia y en particular de sus miembros, padres e hijos, están protegidos los derechos fundamentales recogidos en los artículos 15 CE, sobre el derecho a la vida, 18.1 CE, sobre el honor, la intimidad personal y familiar, y 27.1 y 3 CE, sobre el derecho a la educación, a la libertad de enseñanza y a la formación religiosa y moral.

Por lo que a este trabajo importa, la protección y la igualdad de todos los hijos ante sus padres biológicos, dio lugar a la reforma legislativa del Código Civil que se operó a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en la que se ordena un tratamiento idéntico de los habidos en matrimonio y los extramatrimoniales, tanto en cuanto a los deberes del progenitor como a la herencia de éste<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> PRIETO SANCHÍS, *Matrimonio y Familia en la Constitución*, UNED 1, Madrid, 1978, pp. 85 y ss.; SÁNCHEZ AGESTA, *La ordenación de la familia en la Constitución de 1978*, Anales de Moral Social y Económica, 1981; ROCA TRÍAS, *Constitución i Familia*, RJC, 1984, pp. 287 y ss.; PERLINGIERI, *La familia en el sistema constitucional español*, RDP, 1988.

Por tanto, es claro que hoy pueden reconocerse a los hijos extramatrimoniales sin ningún impedimento, con independencia de que el reconocedor estuviese con persona distinta del otro progenitor del reconocido al tiempo de la concepción o al de su nacimiento o al del momento en que se efectúe el reconocimiento. Tampoco se prohíbe el reconocimiento de los hijos incestuosos, si bien sometido a unos condicionamientos específicos que estudiaremos posteriormente<sup>36</sup>.

En la citada reforma de 1981, según Díez-Picazo y Gullón, al reconocimiento no se le puede considerar como un negocio jurídico, pues no se exige una voluntad dirigida a la producción de determinados efectos en concreto, el estado civil de filiación, que se dan y se tutelan por el orden jurídico en tanto son queridos y conformes con aquella voluntad. La filiación no matrimonial queda determinada desde luego por la declaración del progenitor, pero estos efectos derivan directamente de la Ley, que para nada tiene en cuenta si el que reconoce los quería alcanzar. Por eso el reconocimiento es un acto jurídico, cuyo contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento. La cuestión no es meramente académica. Al destacarse la naturaleza no comercial del reconocimiento, lo que se afirma es el predominio de los efectos legales sobre la voluntad del reconocedor. En la reforma de 1981 cuenta tanto la búsqueda de la verdad biológica que admite la libre investigación de la paternidad como base de las acciones de filiación. No es coherente que afirmada la paternidad, por ejemplo, se trate todavía de indagar si la voluntad del padre era la de procurar al hijo un estado de filiación, o de atribuirle los efectos de la misma, frases que pueden leerse en numerosas sentencias de los tribunales. El reconocimiento es una afirmación de paternidad simplemente, y desde ahí hay que juzgar la determinación de la filiación no matrimonial<sup>37</sup>.

Al reconocimiento, según Díez-Picazo y Gullón, se le pueden atribuir los siguientes caracteres:

1.º Es un acto voluntario.

2.º Es un acto personalísimo, propio del padre o de la madre exclusivamente, si bien puede hacerse por medio de apoderado con poder especial, pero que en realidad será un mero portavoz de la voluntad ya formada del reconocedor. Deberá constar en documento público ese apoderamiento (art. 1.280.5º).

3.º Es un acto puro, no sujeto a término ni condición. Un reconocimiento condicionado o a término debe entenderse como puro (arg. por analogía art. 45).

4.º Es un acto irrevocable.

<sup>36</sup> DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, ob. cit., p. 260.

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, ob. cit., p. 260.

5.º Tiene por principio general carácter retroactivo en cuanto a sus efectos (art. 112)<sup>38</sup>.

En nuestro sistema jurídico actual, la determinación de la filiación de paternidad no matrimonial, parece configurada en el artículo 120 del vigente Código Civil, a través de dos vías. La vía registral (artículo 120.1º y 2º) y la vía judicial (artículo 120.3º). A ambas vías nos referiremos a continuación en cuanto a su especial incidencia en la persona del Rey.

1.º DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL MEDIANTE EXPEDIENTE GUBERNATIVO-REGISTRAL. AUTO DE 21 DE MAYO DE 2003, SOBRE DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN DE HIJO DE D. ALFONSO XIII

La determinación de la filiación de paternidad no matrimonial en expediente registral, puede tener lugar, a petición propia de quien tenga, como proclama el artículo 189 del Reglamento del Registro Civil, interés legítimo en alguno de los supuestos siguientes: 1.º) Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca la filiación; 2.º) cuando el hijo se halle en posesión continua del estado de hijo natural del padre, justificada por actos directos del mismo o de su familia (artículo 49.2 de la Ley del Registro Civil).

Precisamente, este segundo supuesto fue el procedimiento seguido por D. Leandro Alfonso Luis Ruiz Moragas, para solicitar mediante el citado expediente gubernativo la filiación paterna no matrimonial como hijo de S.M. D. Alfonso de Borbón y Austria, quien además reivindicaba para sí todos los derechos que le fuesen favorables, incluido el de usar el apellido DE BORBÓN.

En efecto, con fecha 5 de diciembre de 2002 y ante el Registro Civil de Madrid, se presentó por D. Leandro Alfonso Luis Ruiz Moragas, escrito por el que se solicitaba la incoación de expediente gubernativo de filiación paterna no matrimonial como consecuencia de la posesión de estado, instándose a que se inscribiera en su acta de nacimiento que era hijo de S.M. D. Alfonso de Borbón y Austria con todos los derechos que le fuesen favorables y con modificación de los apellidos que en ese momento ostentaba por los de DE BORBÓN RUIZ.

El solicitante fundamentaba su petición en los artículos 120.2 del Código Civil y 49 de la Ley del Registro Civil; a tenor de este último, puede inscribirse una filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo aprobado por el juez encargado del Registro Civil siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, y siempre

---

<sup>38</sup> Díez-PICAZO y A. GULLÓN, ob. cit., p. 260.

que el hijo se halle en la posesión continua de estado de hijo natural del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Constituido en parte del expediente el Ministerio Fiscal, éste manifiesta en su dictamen que no se opone a la determinación de la filiación no matrimonial solicitada. Y, asimismo, es de resaltarse que durante el expediente no existió oposición de todas aquellas personas interesadas que pudieran sentirse directamente afectadas por la solicitud de tal estado de filiación, que, en este caso, eran los descendientes directos del Rey D. Alfonso XIII, a quienes se les notificó personalmente el expediente de filiación paterna no matrimonial.

En consecuencia con lo anterior, el Auto de 21 de mayo de 2003, recoge en su Fundamento jurídico Tercero, lo siguiente: *«No existiendo escrito indubitado de reconocimiento, resulta obligado examinar si concurre la segunda de las circunstancias enumeradas en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, esto es, la posesión del estado de hijo no matrimonial respecto del padre, y en este sentido, valorada en su conjunto la prueba documental aportada, y singularmente determinados documentos aportados con el escrito inicial relacionados con los números n.º 3, 4, 5 y 17, se puede llegar a la conclusión de ser un hecho aceptado que el promotor del expediente ha sido considerado desde su nacimiento en posesión sucesiva en el tiempo del estado de hijo no matrimonial respecto a su progenitor, cumpliéndose en este sentido las previsiones del artículo 49-2 ya citado».*

Y por todo ello, concluye el Auto de 21 de mayo de 2003 con la siguiente Parte Dispositiva: *«...que se debía estimar y se estimaba la petición formulada en el expediente gubernativo...en su virtud que en el acta de nacimiento del mismo obrante en este Registro Civil... se haga constar que el inscrito es hijo de su Majestad D. Alfonso de Borbón y Austria. Como consecuencia de esta determinación de filiación paterna y conforme al Artículo 55 de la Ley del Registro Civil el inscrito ostentará en lo sucesivo los apellidos DE BORBÓN RUIZ».*

Ese Auto en cuestión ofrece los rasgos siguientes:

a) Se trata de un acto unilateral, expresado mediante una declaración única y no receptiva del reconocedor, en este caso premuerto y de los descendientes directos del Rey Alfonso XIII.

b) Es también un acto personalísimo del reconocedor, en este caso al encontrarse fallecido ya, ese carácter personalísimo ha venido dado por la falta de oposición de los descendientes directos del mencionado Rey Alfonso XIII.

c) Es, finalmente, un acto irrevocable, sin perjuicio de su posible impugnación; lo que debió hacerse en su caso en tiempo y forma, y al no hacerse así se trata de un reconocimiento puro, definitivo y no sometido a ningún tipo de condición o término.

2.º DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL POR VÍA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL. VALOR DE LAS PRUEBAS HEMATOLÓGICAS Y SIGNIFICADO DE LA FICTA CONFESSIO SEGÚN LAS SSTC 7/1994, DE 17 DE ENERO Y 29/2005, DE 14 DE FEBRERO

Uno de los medios de determinación de la filiación extramatrimonial es por sentencia firme, según establece el artículo 120.3º CC, que como se ha dicho ya, esa sentencia puede producirse tanto en un proceso penal como civil (artículos 111.1 CC y 193 CP).

Cuando la determinación judicial de la paternidad no matrimonial se realiza mediante un proceso penal, ésta comporta la fijación de alimentos, incluso los demás derechos. Ello quiere decir que no cabe reserva de la acción durante el proceso penal para que tal declaración de filiación pueda ejercitarse en un posterior proceso civil, siendo la acción irrenunciable (STS, Sala 2.ª, de 24 de febrero de 1977, luego muy reiterada).

De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 114), la declaración de filiación es pronunciamiento accesorio de la condena penal, y sólo cabe cuando la sentencia sea condenatoria (SSTS, Sala 2.ª, de 30 de mayo de 1972, 28 de marzo de 1974 y 6 de abril de 1983); si bien, ha de quedar claro que como según establece el artículo 116 LECrim, la sentencia absolutoria penal no impide el ejercicio de la acción civil (SSTS, Sala 2.ª, entre otras, de 7 de noviembre de 1985 y 2 de noviembre de 1987); esto abre la posibilidad de que se recurra a continuación al ejercicio de la acción civil de reclamación de filiación no matrimonial.

En el ya estricto ámbito de la acción civil de reclamación de filiación de paternidad no matrimonial, hay que consignar como conquista de la ciencia y del Derecho, la utilización de las pruebas hematológicas para determinar con certeza casi absoluta la paternidad o no paternidad reclamada. Es decir, puede hablarse con rigor de que en esta materia el ordenamiento jurídico ha introducido lo que podemos llamar la verdad biológica. Con ello no quiere decirse que la filiación, cualquiera que sea su origen, sea una situación necesariamente derivada de un dato biológico sino sólo que éste último debe operar con la fuerza procesal que ha determinado el Tribunal Constitucional, en los casos en los que se reclama por vía judicial la paternidad no matrimonial y existe oposición o silencio del presunto progenitor. Obvio es decirlo, los efectos de esa prueba biológica no admiten excepción por razón de la persona en que haya de realizarse.

Por la sentencia civil firme se establece, en su caso, una concreta filiación (extramatrimonial) que no estaba determinada previamente formalmente. El ejercicio de la acción para obtener esa sentencia, puede provenir de dos situaciones

diferentes. Si *existe posesión de estado*, la legitimación para accionar se le reconoce a cualquier persona con interés legítimo (artículo 131 CC). Pero *si no hay posesión de estado*, la acción corresponderá al hijo durante su vida (artículo 133.1º); que para el caso de que fuere menor o incapacitado, podrán accionar en su nombre y representación, indistintamente, su representante legal y el Ministerio Fiscal (STS de 21 de abril de 1988 y artículo 129 CC). Siendo estas normas de general aplicación para todos los ciudadanos, incluido el caso en que la acción se ejercite contra el Rey o alguno de sus ascendientes.

En cualquier caso el reconocimiento judicial de la filiación de paternidad extramatrimonial, de no existir un previo reconocimiento expreso o tácito y tampoco la posesión de estado o la convivencia con la madre en la época de la concepción, avoca directamente a que la acción de filiación se apoye en la prueba directa de la generación a través de la citada prueba biológica positiva, única que hoy puede acreditar el acto de la procreación y una paternidad determinada. En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 1986, apreció que con ser importante la prueba biológica y aportar una certeza casi absoluta, no es menos cierto que ello no debe privar a los tribunales de proceder a una valoración conjunta de todas las pruebas practicadas, según las reglas de la sana crítica. Constituyendo, pues, la prueba biológica o hematológica un elemento determinante de la procreación, pero no el único; esta es la razón por la que conviene examinar cual ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en orden a dar un significado a la voluntad o no de someterse a la citada prueba; y si, la negativa a someterse a esa prueba hematológica es base suficiente para suponer una *ficta confessio*, sin más, o hay que tener en cuenta el resto de los elementos probatorios aportados en autos, para que en su conjunto permitan declarar o no la paternidad pretendida (STS de 17 de noviembre de 1999).

Por tanto, importante es para esta exposición, la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, por la que se anuló la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992<sup>39</sup>) y se declaraba la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección Décima, de 26 de febrero de 1990 (R. 873/1988).

<sup>39</sup> La anulación por el Tribunal Constitucional de esa Sentencia del Tribunal Supremo originó uno de los conflictos institucionales más sonados entre ambos Tribunales. Así para tener una visión de este conflicto puede verse MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *A propósito de las pruebas biológicas* (ABC 4 febrero); JIMÉNEZ DE PARGA, M., *Investigación de paternidad, cuestión disputada* y como «Secundat» *El arbitraje del Rey y Discrepancias premonitorias*; PÉREZ ROYO, J., *Ni en la forma ni en el fondo* (El País 5 febrero); DE ESTEBAN, J., *La guerra de las togas* (El Mundo, 5 febrero); CÁNDIDO, *El Rey* (El Mundo 5 febrero); TOMÁS Y VALIENTE, F., *Juzgar, arbitrar y legislar* (El País 11 febrero); ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. y CORROCHANO JEREZ, S., *Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribu-*

La mencionada Sentencia resolvió el recurso de amparo n.º 1407/1992, formulado contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1992, que había revocado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de febrero de 1990, por la que se declaraba la paternidad del demandado en proceso civil de filiación extramatrimonial.

La cuestión surgió cuando una mujer soltera interpuso contra un hombre casado demanda de reclamación de la paternidad extramatrimonial de su hija menor. El Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid dictó Sentencia desestimando la demanda por no considerar probada la paternidad. En los trámites procesales seguidos en esa instancia se acordó la práctica de la prueba biológica a la que se opuso la representación procesal del demandado, dictándose finalmente Sentencia por la que se denegaba la reclamación de paternidad extramatrimonial.

Apelada la Sentencia, la Audiencia acordó la práctica de aquella prueba, y previa cita del demandado, para tal práctica, se volvió a negar éste al sometimiento de la prueba biológica. La Audiencia Provincial dictó Sentencia, en la fecha indicada, revocando la de la instancia y declarando la paternidad del demandado, el cambio de apellidos y el pago de pensión alimenticia.

En su Sentencia la Audiencia valoró la importancia de la prueba biológica y la reiterada negativa del demandado a la realización de esa prueba hematológica, alegando sus derechos constitucionales recogidos en los artículos 15 y 18 CE. La Sentencia de la Audiencia Provincial entendió que la reiterada negativa del demandado a la prueba biológica venía *a dificultar muy sustancialmente la normal sobrellevanza de la carga de probar* a que alude el artículo 1214 CC. Con todo ello, integrando esa negativa en el conjunto de las pruebas practicadas y valorando todo conjuntamente, quedó acreditado para ese órgano jurisdiccional que *la menor era hija extramatrimonial del demandado*.

En casación, el Tribunal Supremo revocó esa Sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó la dictada por el Juez de Primera Instancia, afirmando *que la prueba biológica no puede imponerse a la fuerza porque ello quizá vulneraría el*

---

*nal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, «Actualidad y Derecho» n.º 6/1995, 6-12 febrero, pp. 1-9; RIVERO HERNÁNDEZ, F., Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación, Revista de Derecho Judicial n.º 33, marzo 1994, pp. 349-86; LLEDÓ YAGÜE, F., La paternidad forzada: a propósito de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994, Revista de Derecho y Genoma humano, 1/1994, pp. 203-212; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Negativa a la prueba biológica de la acción de investigación de la paternidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, 17 de enero), Actualidad y Derecho n.º 17, 25 abril-1 mayo 1994, pp. 1-13; BUSTOS PUECHE, J. E., Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, Diario La Ley, año XV, n.º 3601, 6 septiembre 1994, pp. 1-5; MENDIZÁBAL ALLENDE, La guerra de los jueces: Tribunal Supremo «vs» Tribunal Constitucional, Rev. Derecho procesal, 2005, Separata, pp. 22 y ss.*



*artículo 10.1 de la Constitución, por lo que pudiera reflejar una cierta vejación.* Añade también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de abril de 1992, que la negativa del demandado *no puede considerarse como ficta confessio y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable en orden a la estimación de la demanda.*

Interpuesto recurso de amparo contra la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional, de la que fue ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero, estableció que si el demandado en una acción de investigación de la paternidad se niega a la práctica de la prueba biológica, no habiendo prácticamente otras pruebas, es declarado padre, pues su negativa no se apoya en derechos constitucionales y, de no seguirse este criterio, se violarían derechos constitucionales de la demandante y de su hijo.

Posteriormente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2002, anuló otra de 7 de diciembre de 1996, de la Audiencia Provincial que confirmaba la del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid de 3 de noviembre de 1995, en la que no se procedió atribuir la paternidad extramatrimonial solicitada, aún existiendo negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica, prescindiendo del resto del material probatorio obrante en autos.

En su Sentencia de 20 de septiembre de 2002, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, y por tanto, casó y anuló la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, declarando la condición de hijo no matrimonial al actor menor de edad (representado por su madre) con respecto al demandado.

En esta reclamación de filiación de paternidad extramatrimonial, el Tribunal Supremo entendió que la negativa del demandado a someterse a la prueba hematológica, determinaba conforme la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, una verdadera *ficta confessio* para el demandado, sin entrar a valorar el resto de las pruebas practicadas en las instancias. Lo cual, obviamente, no era precisamente lo que mantuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/1994, ni era tampoco lo que venía manteniendo el propio Tribunal Supremo que rechazan atribuir a esa prueba biológica un carácter absoluto de prueba de paternidad, otorgándole sólo el carácter de índice probatorio, que se convierte en relevante cuando no existen otros medios probatorios en autos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo en esa Sentencia de 20 de septiembre de 2002, hace una interpretación rígida y rigorista de la Sentencia 7/1994 del Tribunal Constitucional, en la que dice apoyarse, considerando que el demandado había atentado contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del demandante al haberse negado a la práctica de la prueba biológica, así como al derecho a la igualdad sin discriminación que tiene el hijo al impedir la declaración de paternidad (artículos 24.1 y 39.2 CE), añadiendo que por ello se

ha infringido la doctrina del Tribunal Constitucional, en sus Sentencias de 17 de enero de 1994 y 31 de mayo de 1999.

Es evidente que el Tribunal Supremo valoró en este caso la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de forma aislada, sin ponerla en conjunción con el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento, a las que estaba obligado por el principio de valoración conjunta de la prueba, pasando por alto el hecho cierto, como se declaró en las Sentencias de instancia y apelación, de la inexistencia absoluta de prueba reveladora, siquiera, de una mera amistad entre la demandante y el demandado, ni tampoco de que existiera encuentro alguno entre ellos con posterioridad al día en que se conocieron en presencia de numerosos familiares y en el domicilio del demandado.

El demandado interpusiera recurso de amparo, por entender que se había vulnerado su derecho fundamental a obtener la tutela efectiva judicial en su dimensión concreta del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, en relación ello con los principios de seguridad jurídica e interdicción a la arbitrariedad.

Asimismo, el demandado de amparo reprochó a la Sentencia impugnada, lesión del principio de igualdad, en su vertiente de aplicación jurisdiccional de la Ley (artículo 14 CE), al separarse la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin motivar ni justificar tan radical cambio de criterio, de su consolidada doctrina y de la del Tribunal Constitucional sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad.

En realidad, la Sentencia impugnada en amparo no solo era contraria a la doctrina de las SSTC 7/1994 y 95/1999, sino también a toda una consolidada jurisprudencia recaída sobre este punto desde el propio Tribunal Supremo, (entre otras muchas, 19 de septiembre de 1988, 3 de octubre de 1988, 26 de septiembre de 1998, 2 de octubre de 1998, 4 de diciembre de 1998, 28 de mayo, 26 de junio, 26 de julio, 2 de septiembre, 11 de octubre de 1999, 28 de marzo, 24 de abril, 22 de mayo, 29 de mayo, 30 de mayo, 20 de junio, 11 de noviembre y 22 de noviembre de 2000).

Toda esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya había sentado de forma firme que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *ficta confessio*, porque necesita conjugarse con las demás pruebas practicadas en el proceso. Por consiguiente, la falta de justificación y la propia irracionalidad de la valoración conjunta de las pruebas, hace que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002, introduzca un cambio errático del criterio jurisprudencial seguido hasta entonces, y por ello, una ruptura aislada y ocasional de una línea doctrinal previa, ya consolidada y uniforme y mantenida posteriormente de las que recientemente puede darse cuenta, como son, las SSTS de 29 de junio de 2004, 16 de julio de 2004 y 19 de septiembre de 2004.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 29/2005, de 14 de febrero, correspondiente al recurso de amparo n.º 6002/2002, decidió estimar la demanda de amparo y declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la ley; y por esta razón, anuló la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002.

En todo caso, las SSTC de 7/1994 y 95/1999 son de extrema importancia para la cuestión que aquí se analiza, pues una simple negativa del Rey a someterse a las pruebas hematológicas, no implicaría sin más una *facta confessio* de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, sino que, en su caso, el demandante habría de acreditar en su contra otros elementos probatorios.

### 3.º LA INVOLABILIDAD DEL ARTÍCULO 56.3 CE NO ES INMUNITARIA AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL REY NI A LOS EFECTOS QUE ÉSTA COMPORTA.

El artículo 56.3 CE establece que la persona del Rey es inviolable. En esta norma se recoge lo que ha sido una constante en el constitucionalismo español: las constituciones monárquicas han repetido tradicionalmente la idea de que *la persona del Rey es sagrada e inviolable* (Constituciones de 1812, 1837, 1845 y 1876); excepto la de 1869 que elimina el vocablo *sagrada*, expresión ésta que tampoco aparece, obviamente, en la vigente Constitución española.

Se expuso más atrás, cómo la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1908, dictada bajo la Constitución de 1876, en un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial contra el Rey premuerto D. Alfonso XII, estableció una suerte de baluarte inmunitario en torno a todos los actos del Monarca, incluidos los procedentes del hecho biológico de la procreación extramatrimonial.

Para la doctrina constitucionalista<sup>40</sup> el fundamento de la inviolabilidad de la persona del Rey se encuentra, precisamente, en que se trata del correlato de su

<sup>40</sup> ALVAREZ CONDE, *El régimen político español*, 4.ª ed., Madrid, 1990; ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española*, Vol. V, 2.ª ed., en especial el Comentario al artículo 56 de HERRERO Y R. DE MINÓN, 1996; ARAGÓN REYES, *La Monarquía parlamentaria*, en la obra de PREDIERI Y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española*, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ FONTECHA Y PÉREZ DE ARMIÑÁN, *La Monarquía y la Constitución*, Cívitas, 1987; FRANCESC DE CARRERAS, *El significado constitucional de la Monarquía parlamentaria*, dentro de la ob. col. VII *Jornadas de Derecho Parlamentario*, sobre la Monarquía parlamentaria, Congreso de los Diputados, 2001; entre otros muchos.

irresponsabilidad y en el refrendo<sup>41</sup>. La inviolabilidad sería así el arco de bóveda donde se concita la unión entre irresponsabilidad y refrendo regio. Se ha mantenido, mayoritariamente por la doctrina, que mediante la inviolabilidad se le otorga al Rey una especial protección civil y penal, que no sólo le exime de cualquier responsabilidad civil y penal, sino que impediría someter a juicio su persona. Es la traducción moderna —admitida por lo demás en la práctica totalidad de las Constituciones monárquicas europeas<sup>42</sup>— del principio inglés según el cual *el Rey no puede hacer mal*<sup>43</sup>, y que se mantuvo en vigor hasta la promulgación de la Crown Proceeding Act de 1947, y a partir de esta fecha se empezó en el Derecho público británico a admitirse la responsabilidad de la Corona para ciertos actos tanto de carácter administrativo como para actos privados, posibilitando que los particulares afectados por los mismos pudiesen ejercitar las correspondientes reclamaciones contra la Corona.

Ahora bien, la inviolabilidad regia no impide a que el Rey tenga relaciones extramatrimoniales con terceras personas ni que éstas no puedan reclamar su filiación de paternidad, pues en otro caso, se estarían lesionando derechos fundamentales de esas últimas. En esta misma senda, también cabría admitir que si el Rey desplegara una actividad antijurídica y culpable, no quedaría exento de responsabilidad, aunque las consecuencias no fueran de orden civil o penal sino que el reproche a su persona habría que buscarlo a través del mecanismo del artículo 57.5 CE. En este sentido, algunos autores han llegado a cuestionar abiertamente que exista una inviolabilidad absoluta para los actos ilícitos del Rey (Gimbernat); se apoyan en el principio general de igualdad de todos ante la Ley recogido en el artículo 14 CE e incluso en la posible omisión del derecho a la tutela judicial efectiva de los terceros afectados por aquella conducta. Si esto es así, con mayor razón habrá que admitir las consecuencias jurídicas que derivan del acto de procreación extramatrimonial y las subsiguientes reclamaciones de paternidad que puedan suscitarse contra la persona del Rey.

A esa tesis, sin embargo, se le ha opuesto la dificultad de que, precisamente a los efectos que nos ocupan, el artículo 56.3 CE es una excepción deliberada del

<sup>41</sup> Así, p. ej., GONZÁLEZ TREVIJANO, *El Refrendo*, Madrid, 1998 y STC 5/1987, de 27 de enero.

<sup>42</sup> Vid JIMÉNEZ DE PARGA, M., *La Monarquía europea en el horizonte político español*, Tecnos, Madrid, 1966; HERRERO Y R. DE MIÑÓN, *El principio monárquico*, Madrid, 1972; de este mismo autor, *La posición constitucional de la Corona*, en el libro homenaje a García de Enterría, ob. cit., Vol. III.

<sup>43</sup> Como señaló GARCÍA PELAYO, *es un principio clásico del Common Law que el Rey no puede hacer el mal, no puede realizar entuerto. No hay acción contra el Rey*, en *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1984, p. 296.

constituyente respecto del contenido general del artículo 14 CE e incluso del artículo 9.3 CE, y por ello, se ha buscado el expediente de reconducir el control político-judicial de esas conductas regias hacia la previsión del artículo 57.5. Sin embargo, esta forma de razonar no satisface plenamente la preterición del derecho fundamental a la tutela efectiva judicial de las personas que se viesen afectadas por actos o conductas del Rey como las expresadas más atrás; siempre en el bien entendido que nos estamos refiriendo a actos y conductas personalísimas o íntimas del Monarca con otras personas y también a los actos negociables de orden estrictamente patrimonial, extensibles incluso a los actos dolosos o culposos generadores de responsabilidad extracontractual.

Establecido lo anterior, interesa señalar a nuestros efectos, que, en todo caso, el límite de la inviolabilidad viene dado por la propia literalidad del artículo 56.3 CE: sólo es inviolable la persona del Rey, pero no su patrimonio; y que además, a nuestro juicio, esa inviolabilidad agota su contenido, por amplio que éste sea, en el ámbito político-constitucional a que se circunscribe el estatus del Rey, como Jefe del Estado.

Desde esa perspectiva, si la inviolabilidad se predica de la persona del Rey, que quedaría exenta de responsabilidad individual, la irresponsabilidad *stricto sensu* se referiría a la irresponsabilidad política del *oficio regio*. La razón de la irresponsabilidad del Rey se encuentra en el hecho de que en las monarquías parlamentarias el Monarca no detenta poder político, y por ello mismo no es responsable<sup>44</sup>. Por ello, afirma Torres del Moral, que en una democracia, donde hay poder hay responsabilidad y donde hay responsabilidad hay poder y, como el Rey estrictamente no tiene poder no contrae responsabilidad<sup>45</sup>. Pero ya hemos visto qué dimensión hay que dar a este adagio.

Esa línea argumental nos conecta con la virtualidad de los actos políticos del Rey, que no son actos propios sino ajenos (del Gobierno o de las Cortes Generales), y por eso van refrendados por el Presidente del Gobierno, o en su caso por los Ministros (artículo 64.1 CE), salvo en lo que a la previsión del artículo 99 CE se refiere, cuyo refrendo corresponde al Presidente del Congreso de los Diputados. Es en este contexto donde hay que situar la expresión contenida en el artículo 56.3 CE, referida a que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Siendo responsable de sus actos la persona que lo refrenda.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA, C., *La irresponsabilidad del Rey. El refrendo, evolución histórica y regulación actual*, RDP n.º 44, 1998; también, GARCÍA CANALES, *El refrendo en las monarquías parlamentarias*, Madrid 1973; y del mismo autor, *La monarquía parlamentaria*, Madrid, 1991.

<sup>45</sup> TORRES DEL MORAL y GÓMEZ SÁNCHEZ, *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995, p. 27.

Por eso, irresponsabilidad del Rey y refrendo son dos actos inseparables en sí mismos. Si hay refrendo no hay responsabilidad; y si no hay refrendo el acto carece de validez, salvo lo dispuesto en el artículo 65 CE, respecto a los actos del Rey por los que se designa y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

Se ha insistido, por Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán, en que, más allá de la irresponsabilidad política cubierta por el refrendo, el Rey puede asumir responsabilidades por actos estrictamente sujetos al Derecho privado, y que para ello no son obstáculo alguno los privilegios de irresponsabilidad e inviolabilidad que se contienen en el tan citado artículo 56.3 CE<sup>(46)</sup>. Y esto hace, según esos autores, que resulte inaplicable el requisito del refrendo a los llamados actos personalísimos o familiares, que pueden incluir hasta el propio otorgamiento del testamento; e incluso la contratación en el ámbito jurídico-civil y jurídico-mercantil, que también resultarían exentos del refrendo. Ahora bien, no se pierda de vista que en todos estos casos, como ha señalado Díez-Picazo<sup>47</sup>, en las cuestiones del patrimonio personal del Rey éste ha de actuar en el tráfico patrimonial siempre mediante una persona interpuesta que cubra su responsabilidad. Esta persona interpuesta no es otra, según el artículo 3.1 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de su Majestad el Rey, el Jefe de su Casa. En esta misma línea argumental, Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán indican que resulta muy difícil distinguir entre los negocios patrimoniales que se llevan a cabo como Rey y los que éste realiza como particular; y añaden, que si junto con lo anterior se tiene en cuenta que los bienes muebles e inmuebles que utiliza el Rey pertenecen al patrimonio nacional, no resultaría tan difícil determinar cual es el contenido del patrimonio privado del Monarca, que, a juicio de esos autores, sería el siguiente: a) lo que fuera su patrimonio privado antes de convertirse en Rey; b) lo que proceda de lo anterior mediante subrogación real y c) lo que reciba a título gratuito y en consideración exclusiva hacia su persona<sup>48</sup>.

Todo lo anterior tiene su interés, pero por lo que a este trabajo se refiere la trascendencia de determinar el llamado patrimonio privado del Monarca estriba en que de prosperar una acción judicial de reclamación de paternidad extramatrimonial contra la persona del Rey, el declarado hijo por este procedimiento tendría los correspondientes derechos hereditarios sobre ese patrimonio.

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ FONTECHA y PÉREZ DE ARMIÑÁN, ob. cit. p. 380; también, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El control jurisdiccional de los actos del Jefe del Estado*, en Estudios sobre la Constitución española, 1991, p. 1989; y VACAS GARCÍA-ALÓS, ob. cit., pp. 111 y 112.

<sup>47</sup> Díez-Picazo, L. M., *El régimen jurídico de la Casa del Rey*, REDC, n.º 6, 1982, pp. 33 y ss.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ FONTECHA y PÉREZ DE ARMIÑÁN, ob. cit., p. 381.

Cuestión diferente pero muy entrelazada con la anterior, es que no existe en nuestro ordenamiento jurídico la determinación de un fuero judicial especial que conozca de las controversias que planteen terceros frente al Rey, tanto en reclamaciones jurídico-privadas como aparentemente en la acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial<sup>49</sup>. Evidentemente esto contrasta poderosamente con el hecho de que tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en la Ley Enjuiciamiento Criminal se contiene la lista de personas aforadas ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo para el resto de autoridades del Estado, como se demuestra con la lectura de los artículos 56.2 LOPJ y 412 LECrim, así como de la lectura de los Reglamentos del Congreso (artículos 10 y ss.) y del Senado (artículo 22), en conexión con la Ley de 9 de febrero de 1912 sobre aforamiento de diputados y senadores (así, artículo 71 CE), con similares precisiones con respecto a los magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 26 LOTC). No parece concebible que pueda reclamársele al Rey sobre el cumplimiento de una obligación o sobre el reconocimiento de la filiación extramatrimonial ante un juzgado de primera instancia, porque ello no se compadece con la posición constitucional que el Rey tiene como Jefe del Estado, pues, siendo difícil desvestir la cualidad de Rey de su carácter de persona más lo es desvestir la condición de persona de su carácter de Rey.

Se ha de recordar, que cuando el legislador ha querido derivar imputaciones directas a la persona del Rey lo ha hecho expresa y conscientemente, como ocurrió con el Estatuto de Roma, por el que se aprueba el Tribunal Penal Internacional, que culminó con la aprobación de la correspondiente Ley Orgánica por la que se autorizaba la ratificación del citado Estatuto. En este caso, el Estatuto de Roma, quebró en alguna medida la concepción tradicional de la prerrogativa de inmunidad judicial de la persona del Rey, pero se trata justamente de una excepción expresamente requerida por el Derecho internacional que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1374/99, de 22 de julio, y se puso en evidencia durante los debates parlamentarios, en nada empece y contradice la legalidad constitucional y ordinaria del ordenamiento interno español la interrupción de la inmunidad judicial de la persona del Rey en el ámbito de los actos a que se refiere el Estatuto de Roma.

Todo lo anterior, ofrece una perspectiva un tanto confusa en el manejo de las categorías jurídicas a que se contraen las expresiones inviolabilidad e inmunidad, y de otro, de la relación inmunidad e impunidad. Ya se ha visto que la inviola-

---

<sup>49</sup> Veremos más adelante, sin embargo, como sí existe un aforamiento judicial especial del Rey respecto a las reclamaciones que formulen terceros, que directa o indirectamente incidan en su testamentaría.

bilidad en cuanto prerrogativa regia es absoluta y sin excepciones para todos los actos que afecten a la posición jurídico-institucional que la Constitución atribuye al Rey en el sistema político vigente formalizado en una Monarquía parlamentaria, esto es, el Rey en cuanto titular de la Corona; asimismo, se extiende esa inviolabilidad al conjunto de relaciones que vinculan al Rey con los órganos constitucionales del Estado. En este amplio espectro los actos del Rey son, como ha dicho la doctrina, *actos debidos* y están exentos de responsabilidad —de cualquier responsabilidad no sólo política sino de cualquier orden de responsabilidad jurídica—, a través del instituto del refrendo, haciéndose responsables de esos actos las personas que los refrenden (artículo 64.2 CE)<sup>50</sup>. En este sentido es donde toma cabal significado la expresión del artículo 56.3 de que *la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*.

Fuera de ese espectro o ámbito competencial, hay que situar, en primer lugar, el supuesto *ex constitutione* del artículo 65.2 CE, esto es, el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de su casa, que al ser de libre nombramiento por el propio Rey no necesita refrendo, y por tanto, se abriría una primera vía de imputación de responsabilidad, aunque para estos supuestos la responsabilidad se derive hacia la Casa de S.M. el Rey, la cual al tener naturaleza de órgano administrativo-estatal se encuentra sometida al sistema de control general de las Administraciones Públicas<sup>51</sup>.

Otra vía de responsabilidad imputable a la persona del Rey, sería como hemos visto, la referida a los actos y negocios en los que ése actuase como sujeto de derecho privado, que afectaría a la responsabilidad jurídica personal del Monarca. Para resolver esta cuestión, habría que partir, como dice Biglino Campos<sup>52</sup>, del hecho de que la Corona se inserta en un Estado democrático de Derecho. Principios básicos de este Estado son, entre otros muchos, los consagrados en los artículos 9.1 CE («*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la*

<sup>50</sup> MENÉNDEZ REXACH, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, INAP, Madrid, 1979, pp. 430 y ss; y ARAGÓN REYES, *La Monarquía Parlamentaria*, en la ob. col. cit., *La Constitución española de 1978*, pp. 467 y ss.

<sup>51</sup> Así, el Tribunal Constitucional ha caracterizado a la Casa del Rey como una organización estatal que no se integra en ninguna de las Administraciones Públicas, pero sometida, sin merma de su independencia a la fiscalización jurisdiccional (STC 112/1984); en el mismo sentido, BASOLS COMÁ, *Instituciones administrativas al servicio de la Corona: dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional*, RAP n.ºs 100 a 102, 1983; VACAS GARCÍA-ALÓS, *La administración de la Casa del Rey y su control jurisdiccional en el Derecho Constitucional español*, CEPC, 2002; y, CREMADES GARCÍA, *La Casa S.M. el Rey*, Cívitas, 1998.

<sup>52</sup> BIGLINO CAMPOS, *La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos*, en *Jornadas de Derecho Parlamentario*, 2001, Madrid, p. 244.



*Constitución y al resto del ordenamiento jurídico») y 14 CE («Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»).* Algunos derechos fundamentales son, también, especialmente significativos para poder contestar adecuadamente a la cuestión formulada al principio del párrafo: es el caso, por ejemplo, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Todos estos principios y derechos fundamentales, elementos esenciales de todo Estado de Derecho, nos conducen a la conclusión que la irresponsabilidad jurídica personal del Rey debe quedar circunscrita a aquellos actos de los cuales no es responsable político, es decir, de los actos sometidos a refrendo que realiza como titular de un órgano constitucional y que no dependen de su voluntad. En su caso, la responsabilidad jurídica será del órgano refrendante en su condición de poder público. Ahora bien, en los demás, parece evidente que la persona del Rey tiene idéntica responsabilidad jurídica que el resto de los ciudadanos<sup>53</sup>.

En efecto, es impensable que el Rey, como persona jurídica privada, no esté sujeto a las leyes penales o civiles. Imaginemos un ejemplo en el campo del derecho penal. Supongamos, dice Biglino, que la persona del Rey comete al conducir un coche por carretera un homicidio por imprudencia grave: ¿hay razones para no aplicarle las sanciones previstas para la generalidad de las personas en el art. 142 del Código Penal? Ni desde el punto de vista del sometimiento al Derecho (art. 9.1 CE), ni desde el punto de vista de la igualdad ante la ley y de interdicción de discriminación (art. 14 CE) es razonable que esté exento de la responsabilidad criminal que le corresponde como a los demás ciudadanos. Además, ¿se le puede desposeer a la víctima del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE? ¿no debería el fiscal proceder de oficio a emprender la acción penal de acuerdo con sus funciones? Y si ello es así, también debe serlo en cuestiones civiles, especialmente de responsabilidad patrimonial y, también, por supuesto, en los demás procedimientos jurisdiccionales en los cuales pueda imputársele responsabilidad<sup>54</sup>.

Pues bien, es en este ámbito que va más allá incluso de los actos privados del Rey y se concretan en la esfera de los actos personalísimos, con incidencia en los llamados derechos de la personalidad, donde hay que ubicar la cuestión del pleno sometimiento del Rey al régimen jurídico de filiación de paternidad extramatrimonial, particularmente a su reconocimiento por vía judicial, incluido el sometimiento a las pruebas biológicas, con el significado que a éstas les ha

<sup>53</sup> BIGLINO CAMPOS, ob. cit., pp. 244-245.

<sup>54</sup> BIGLINO CAMPOS, ob. cit., pp. 244-245.

dado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y particularmente las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1994 y 95/1999, a las que se ha hecho referencia más atrás.

A nuestro juicio, el Rey está sometido a las normas comunes en materia de filiación, sea ésta de origen matrimonial o extramatrimonial, incluido su régimen de reclamaciones, ya sean éstas de orden gubernativo-registral como ha quedado expuesto más atrás, como de orden jurisdiccional. Y ello es así, porque en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores fundamentales, entre otros, la justicia y la igualdad (artículo 1.1 CE), no existen razones que puedan alegarse con motivo suficiente para otorgar un trato diferenciado al Rey con respecto al resto de los ciudadanos en la materia a la que nos estamos refiriendo; pues, además de afectar a un tercero o terceros legitimados para investigar la paternidad y en su caso reclamarla, la negativa a admitir esta premisa pondría en tela de juicio el sistema de garantías constitucionales, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva a que alude el artículo 24.1 CE. Además de atentarse también contra el principio de igualdad del artículo 14 CE; y por ello, se estaría negando *in radice*, en su origen un acto biológico, como es la procreación, que fácilmente puede observarse que nada tiene que ver con la función constitucional regia ni incluso con la actividad jurídica privada del Rey, aunque, obvio es decirlo, de prosperar la acción judicial de reclamación de filiación extramatrimonial, ésta tendría innegables efectos jurídicos en el patrimonio del Rey, si quiera fuera por vía testamentaria.

Bien es verdad que además de esos efectos, se originarían otros como serían el derecho a usar el apellido e incluso eventualmente a suceder en la Corona, a título de Rey, en el supuesto que se produjesen las previsiones de los artículos 57.1 y 57.3 CE. Pues, en definitiva, el mandato constitucional del artículo 56.3, que proclama la inviolabilidad de la persona del Rey y su exención de responsabilidad, no autoriza a extender un manto de impunidad sobre los actos del Rey de naturaleza privada y de aquellos otros que afecten a los derechos de la personalidad de terceros, como obviamente puede ser el reconocimiento de la paternidad y la filiación de los hijos extramatrimoniales; pues esas conductas han de estar sometidas al ordenamiento jurídico como la del resto de los ciudadanos (artículo 9.1 CE); sin que tampoco pueda interpretarse la inviolabilidad del Rey como una forma de inmunidad absoluta del control jurisdiccional de ese tipo de actos.

Sentado lo anterior, que supone un límite claro y rotundo a la proclamada irresponsabilidad regia, se plantea una cuestión diferente si nos preguntamos cuál ha de ser el órgano judicial competente para examinar y conocer de los juicios o procesos en que por esta materia se vea sometido el Rey.

Ha quedado reflejado mas atrás que la Constitución guarda silencio sobre el aforamiento judicial que le corresponde al Rey para estos casos, estando en cambio previsto para los altos cargos según se detalla en los artículos 56 a 58 LOPJ, o la referencia que se contiene en los artículos 71 CE y 26 LOTC, pero sin que este silencio pueda interpretarse en modo alguno que no pueda llamarse a la persona del Rey ante los órganos jurisdiccionales, como han señalado algunos autores<sup>55</sup>, y menos aún en el ámbito de las cuestiones contenciosas relativas a la filiación de los hijos extramatrimoniales, pues éstos tienen el derecho a que se les reconozca judicialmente la paternidad que les corresponde.

En resumen, pues, todo el *excurso* anterior debe servir para mantener que el Rey puede ser llamado, a través de su representante, que entendemos ha de ser el Jefe de la Casa, en los procesos judiciales en los que se le reclame a aquél su condición de presunto padre extramatrimonial, con los efectos que ello comporta. Y, esto a su vez, nos lleva a determinar cuál ha de ser el órgano judicial competente para entender de este tipo de procesos en los que sea llamado el Rey.

## II. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS RECLAMACIONES DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y ASUNTOS TESTAMENTARIOS DEL REY. VIGENCIA DE LOS ARTÍCULOS 20 DE LA LEY DE 12 DE MAYO DE 1865 Y 5 DE LA LEY DE 26 DE JUNIO DE 1876, QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES TESTAMENTARIAS DEL REY.

### 2.1. *Antecedentes legislativos. Las Leyes de 12 de mayo de 1865 y de 26 de junio de 1876.*

La ausencia en nuestro ordenamiento jurídico vigente de una norma constitucional o de desarrollo postconstitucional<sup>56</sup>, sobre el régimen aplicable a la responsabilidad de los actos del Rey cuando éste no actúa como Jefe del Estado y la fijación, en su caso, del fuero judicial competente, origina una laguna que debe

<sup>55</sup> P. ej., HERRERO Y R. DE MIÑÓN, ob. cit., p. 74, cuando dice que no se puede demandar al Rey ante la jurisdicción ordinaria; en parecidos términos, BIGLINO CAMPOS, ob. cit. p. 207. En puridad, la alusión al Rey en nuestro ordenamiento vigente procesal está referida únicamente a que no puede comparecer, por estar exento, a declarar como testigo (art. 411 LECrim).

<sup>56</sup> Al estilo, p. ej., de la Crown Proceeding Act de 1947 para el Reino Unido.

ser integrada de la forma más racional posible, para lo que habrá de acudir al canon interpretativo del artículo 3.1 CC, en particular, en nuestro caso, apelando a *los antecedentes históricos y legislativos* existentes sobre la cuestión que aquí se está exponiendo.

Los antecedentes legislativos los encontramos en las Leyes de 12 de mayo de 1865 y 26 de junio de 1876. Se trata de dos normas que, aunque próximas en el tiempo, tuvieron lugar en momentos muy diferentes aunque con una finalidad convergente, como vamos a ver.

La primera, la Ley de 12 de mayo de 1865, se promulga cuando el régimen isabelino enfila su desenlace definitivo: corrupción del sistema, expulsión de Castelar de su cátedra, y apenas transcurrido un mes de los luctuosos sucesos de la llamada «noche de San Daniel» (10 de abril de 1865), que marcaron el principio del fin de la etapa política que se abrió con la Constitución de 1845. Con todo, esa Ley de 1865 pretendió, bajo la presidencia del Consejo de Ministros de Narváez, racionalizar la confusa situación creada entre los bienes del patrimonio de la Corona y los del caudal privado del Rey<sup>(57)</sup>. Se trata de una disposición de suma importancia para el Derecho público constitucional y administrativo, pues aparte de establecer un catálogo de los bienes que han de formar el Patrimonio de la Corona, diferencia con nitidez entre esos bienes y los que integran el caudal privado del Rey. Por otro lado, contiene, asimismo, dos importantes normas de orden procesal. En la primera de ellas, se dice que *de toda cuestión contenciosa que se suscite en la testamentaria del Rey, conocerá en primera y única instancia el Supremo Tribunal de Justicia en sus dos Salas de casación civil reunidas* (art. 20). Y por otro, en su artículo 21, se introducen dos elementos de vital trascendencia para los procedimientos contenciosos que se siguieran respecto al Patrimonio de la Corona o al caudal privado del Rey, en el sentido de indicar que *representará a la Real Casa el administrador general de la misma*; y que, en estos procedimientos *será siempre oído el Ministerio fiscal*.

Por tanto, el transcrito artículo 20 de la Ley de 1865, determina el fuero judicial competente para entender de los asuntos testamentarios del Rey; y el artículo 21 de esa misma Ley, fija cuál ha de ser la representación que ha de ejercitarse en esos procesos en nombre del Rey; introduciendo además la garantía de la audiencia del Ministerio Público.

Por su parte, la Ley de 26 de junio de 1876, sobre designación de los bienes y derechos que constituyen el Patrimonio de la Corona y el caudal privado del

---

<sup>57</sup> En esta distinción y esclarecimiento entre unos bienes y otros debió influir la obra doctrinal de MONREAL, J. M., *Estudios histórico-legales acerca de los derechos de los Reyes de España sobre los bienes comprendidos bajo la denominación del Real Patrimonio*, editada en Madrid en 1855.

Rey, en contraste con los tiempos en que se dictó la Ley de 1865, se promulgó dentro de un ambiente de franco optimismo debido a lo que entonces se consideró esperanzadora restauración borbónica, entronizada en la persona de Alfonso XII, y cuyo artífice, bien es sabido, fue el político del momento, Cánovas del Castillo.

Pues bien, esa Ley de 1876 se promulgó solo cuatro días antes de que el Rey sancionase el nuevo texto constitucional de 1876<sup>58</sup>, con el que se inicia la larga etapa de la Restauración. Con esa ley de 1876 se pretendió insistir en la separación entre los bienes que formaban el Patrimonio de la Corona de los que debían integrar el caudal privado del Rey, estableciéndose en su artículo 5.º que *sobre las condiciones legales del patrimonio de la Corona y del caudal privado del Rey regirán las disposiciones del título II de la Ley de 12 de mayo de 1865, excepto las contenidas en su artículo 18, que queda derogado*<sup>59</sup>, añadiéndose en su artículo 6.º una norma perfectamente acorde con lo que debía ser una monarquía constitucional, cuando disponía que *el Rey podrá disponer de su caudal privado por acto entre vivos y por testamento, conformándose a las prescripciones generales de la legislación civil, que regirán asimismo en el caso de abintestato*.

Ambas Leyes, la de 1865 y la de 1876, tuvieron como finalidad política, desamortizar la gran masa de bienes raíces que constituían el caudal de la Corona, eliminando privilegios que se remontaban al reinado de Fernando VII por los que se concedían rentas, beneficios y mercedes a familiares y amigos del Monarca sobre elementos patrimoniales del Real Patrimonio, tal como se desprende de la Sentencia de la época de 30 de abril de 1879, en un pleito seguido a instancias de la Real Casa contra la R.O. de 11 de enero de 1878, que declaró canceladas láminas no negociables, expedidas a favor de los Alcázares de Sevilla.

La jurisprudencia posterior a ambas leyes de 1865 y 1876, hicieron, como hemos visto, aplicación de los artículos 20 y 5 de ambas Leyes. La cuestión se planteó con toda su intensidad, como ha quedado consignado más atrás y no vamos a repetir ahora, salvo en lo estrictamente necesario, cuando D. Alfonso Sanz y Martínez de Arizala presentó una demanda judicial para que se le reconociese su condición de hijo natural de D. Alfonso XII y de su madre D.<sup>a</sup> Elena Sanz.

<sup>58</sup> De hecho, la Ley de 26 de junio de 1876 se publicó en La Gaceta el mismo día 30 de junio de 1876.

<sup>59</sup> Ese artículo 18 que la Ley de 1876 (artículo 5º) derogaba de la Ley de 1865, decía lo siguiente: *No obstante lo ordenado en el artículo anterior, el Rey podrá disponer libremente de su caudal privada por acto entre vivos y por testamento, conformándose a lo concertado en las capitulaciones matrimoniales, y sin sujetarse a las prescripciones de la legislación civil que regulan los derechos respectivos de la familia. En caso de abintestato dispondrá el Estado del caudal privado del Rey.*

La representación procesal del Intendente de la Real Casa planteó un incidente de competencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, por entender que conforme a los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876 en relación con el entonces vigente artículo 82 LEC de 2 de febrero de 1881, correspondía a ese Alto Tribunal y no al juzgado de primera instancia del distrito de la Latina, al que por reparto le había correspondido. Tesis que fue acogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 1907, fundamentando su decisión en que *la cuestión de reconocimiento de una persona en concepto de hijo natural puede entrañar según los casos entre sus consecuencias y efectos la del derecho al haber legitimario en concurrencia con los demás herederos de los padres naturales e implicar en este sentido y aspecto una verdadera cuestión contenciosa que afecta sustancial y necesariamente a la testamentaria de aquellos, ya en cuento se entienden los derechos que dentro de ella cabe ostentar a mayor número de personas...*

Y, asimismo, esa Sentencia en su Considerando segundo, advierte que *relacionando el reconocimiento de un supuesto hijo natural con el derecho antes indicado (es decir, con el caudal hereditario)... no cabe separar una cuestión de otra a los efectos de la competencia para que los tribunales conozcan en distinta forma procesal y en diferentes momentos de tales cuestiones...* Vemos pues, como el Tribunal Supremo en esa Sentencia de 24 de mayo de 1907 acoge con pleno vigor los artículos 20 y 5 de las Leyes de 12 de mayo de 1865 y 26 de junio de 1876, respectivamente.

Cien años después de esa Sentencia de 1907, cabe preguntarse todavía si están en vigor los tan mencionados artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876, cuestión que se examinará a continuación.

## 2.2. *Sobre la vigencia actual de los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876, sobre la competencia del Tribunal Supremo para entender de las cuestiones contenciosas en materia de filiación extramatrimonial y testamentaria del Rey.*

La Ley de 12 de mayo de 1865, cuyo contexto histórico hemos descrito sumariamente más atrás, constaba de tres Títulos. En el Título I (artículos 1.º a 4.º), por primera vez en la historia jurídica española, se identificaban nominativamente los bienes que formarían el Patrimonio de la Corona. Este sistema de catálogo de bienes sería paradigmático en las legislaciones posteriores sobre la materia. El Título II (artículos 5.º a 21.º), regulaba el carácter y conservación del patrimonio de la Corona y del caudal privado del Rey; siendo de señalar a este

respecto, que a los bienes integrantes del Patrimonio de la Corona se les atribuía la cualidad jurídica de ser inalienables e imprescriptibles y no podían estar sujetos a ningún gravamen real, ni a ninguna otra responsabilidad (artículo 5.º). Estas reglas quedarían ya fijadas de forma definitiva en la legislación española sobre esta materia. Siendo también destacable el artículo 17, relativo a los bienes del caudal privado del Rey, señalándose al respecto en ese precepto que *el Rey podrá adquirir toda clase de bienes por cuantos títulos establece el derecho. Los bienes de este caudal privado pertenecerán en pleno dominio al Rey. Estos bienes estarán sujetos a las contribuciones y cargas públicas, a las responsabilidades del orden civil, y en general, a las prescripciones del derecho común.*

La importancia de ese precepto es capital y en cierta medida estaba por encima de los propios postulados ideológicos del régimen político donde esa norma se insertaba. Se trata de un reconocimiento claro y explícito de que el caudal privado del Rey y los actos que éste realice sobre los mismos estaban sujetos al Derecho común. De aquí, el desacierto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1908, que resolvió como quedó consignado más atrás, sobre el fondo del asunto planteado por D. Alfonso Sanz y Martínez de Arizala, sobre reconocimiento de filiación extramatrimonial contra los herederos del Rey Alfonso XII.

Finalmente, dentro de este Título II se encontraba el célebre artículo 20, ya transcrito más atrás, y con cuyo contenido se pretendía establecer un fuero judicial especial, que no era otro que el del Tribunal Supremo de Justicia, para entender de toda cuestión contenciosa que se suscitase en la testamentaría del Rey. También, ha quedado consignado más atrás, cómo el artículo 21 y último de ese Título II, establecía la representación general de la Casa del Rey y recaía en la persona del administrador general de la misma y el deber de oír al Ministerio fiscal en ese tipo de pleitos.

Esa Ley de 12 de mayo de 1865 tuvo continuidad político-jurídica en la legislación revolucionaria que se produjo sobre esta materia por la Ley 9-18 de diciembre de 1869, que declaró extinguido el patrimonio de la Corona, fundado precisamente por la Ley de 12 de mayo de 1865, revirtiendo al Estado los bienes que le constituían y precisando los bienes que formaban el caudal privado del Rey.

Los Decretos de 14 de septiembre de 1870 y 15 de abril de 1873 (siendo Presidente del Gobierno de la República, Figueras) no alteraron en el fondo las normas de la Ley 9-18 de diciembre de 1869, como tampoco lo hicieron las Leyes republicanas de 1 de julio y 21 de julio de 1873, pues ambas estaban destinadas a crear una comisión para la incautación de los bienes pertenecientes al patrimonio de la Corona. Esta última legislación, muy propia del sexenio

revolucionario, acabó siendo abolida en los albores de la Restauración, primero a través del Decreto modificador de 14 de enero de 1875, por el que se devolvía a la Administración de la Real Casa los bienes destinados al uso y servicio del Rey, y en segundo lugar, y de forma definitiva, por la tan citada Ley de 26 de junio de 1876, que confirmó prácticamente el contenido de la Ley de 12 de mayo de 1865, salvo su artículo 18 que quedó derogado.

Esa última disposición, se dicta ya con Alfonso XII como Rey constitucional de España, se trata de una norma muy breve, de sólo siete artículos, en la que se vuelve a la Ley de 12 de mayo de 1865, es decir, se estructuran los bienes que conforman el patrimonio de la Corona, con indicación nominativa de los mismos, a excepción de las fincas urbanas y rústicas que hubieran sido enajenadas por el Estado a particulares por título oneroso, en virtud de la Ley 18 de diciembre de 1869. En definitiva, la finalidad institucional de la Ley de 26 de junio de 1876 era la de reintegrar los bienes a la Casa Real. Pero lo verdaderamente determinante de esta última Ley era el tan proclamado artículo 5, en cuya virtud *sobre las condiciones legales del patrimonio de la Corona y del caudal privado del Rey, regirán las disposiciones del título II de la Ley de 12 de mayo de 1865; y asimismo su artículo 6.º, que reconocía la libre disposición por parte del Rey de su caudal privado, tanto por actos inter vivos como por testamento, con plena sujeción a las prescripciones generales de la legislación civil.*

Pues bien, llegados a este punto, hemos de afirmar que, desde nuestro punto de vista, el artículo 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865, se encuentra actualmente vigente. Apoyamos este criterio en que el carácter especial del precepto no fue modificado ni alterado por la Ley de 18 de diciembre de 1869, que declaraba extinguido el patrimonio de la Corona, revirtiendo al Estado en pleno dominio, sus bienes y derechos y los de la Casa Real. Esta última Ley fue dictada después de la Revolución «septembrina», recogiendo en su artículo 19 y último un precepto similar al artículo 17 de la Ley de 12 de mayo de 1865, en el sentido de someter los bienes constitutivos del caudal del Rey a las responsabilidades de orden civil y en general a las prescripciones del Derecho común. Pero siendo una Ley decididamente revolucionaria, nada dijo sobre el artículo 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865, quedando por tanto en vigor<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Sobre si el artículo 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865, estuvo derogado temporalmente por la legislación del sexenio y de la I República, en particular por la Ley 9-18 de diciembre de 1869, los Decretos de 14 de septiembre de 1870, 15 de abril de 1873, las Leyes de 1 y 24 de julio de 1873 y el Decreto de 28 de julio de 1873, hay que afirmar, que ninguna de estas disposiciones se refirió en concreto al artículo 20 de la citada Ley de 12 de mayo de 1865; pero además, ya hemos visto como toda esa legislación quedó en primer lugar atenuada por el Decreto de tran-



Tampoco la Ley provisional de 17 de junio de 1870, del Poder Judicial, establecía cláusula derogatoria expresa o tácita sobre el artículo 20 de la Ley de 1865, no obstante establecer una nueva planta judicial del Estado y las correspondientes atribuciones competenciales a Juzgados y Tribunales.

Restablecida la Constitución borbónica, se promulgó la Ley de 26 de junio de 1876, designando los edificios, bienes y derechos que constituían el Patrimonio de la Corona y en cuyo artículo 5 se decía: «*Sobre las condiciones legales del Patrimonio de la Corona y del caudal privado del Rey regirán las Disposiciones del Título II de la Ley de 12 de mayo de 1865, excepto las contenidas en su artículo 18, que queda derogado*». A partir de este momento ya no se hablará sólo del artículo 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865, sino también del artículo 5 de la Ley de 26 de junio de 1876 como grupo normativo específico de la competencia del Tribunal Supremo para conocer de las cuestiones contenciosas atinentes a la testamentaria del Rey.

La ocasión para derogar los citados artículos 20 de la Ley de 1865 y 5 de la Ley de 1876 se pudo haber planteado en la Ley de 2 de febrero de 1881, de Enjuiciamiento Civil, que estableció la unidad de fueros para todos los españoles y unos únicos procedimientos como garantías de la libertad y seguridad de los ciudadanos. Las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que siempre fueron parciales, tampoco contuvieron norma derogatoria de los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876. Tampoco durante la II República ni en la etapa del Régimen Autoritario del General Franco se legisló en contra de los citados preceptos.

Con la Constitución de 1978, por la que se reconoce que la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria (artículo 1.3 CE), se va a dotar al Poder Judicial de su propia Ley Orgánica. Pues bien, es de advertir que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y sus modificaciones parciales posteriores, tampoco contiene norma derogatoria, ni expresa ni tácita, sobre los artículos 20 y 5 de las Leyes de 1865 y 1876.

En el largo periodo que discurre desde la aparición de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la Constitución de 1978, y a los efectos que aquí interesan, la Disposición final (que en realidad era derogatoria) de esa Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, artículo 2182, fue objeto de una depurada jurisprudencia por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Baste decir como ejemplo que con apoyo en ese artículo 2182 se llegaron a declarar dero-

---

sión a la Restauración de 14 de enero de 1875 como por el restablecimiento que la Ley de 26 de junio de 1876 hizo expresamente sobre el tan mencionado artículo, derogando la legislación que sobre esta materia se había dictado en el sexenio revolucionario.

gadas las disposiciones de Las Partidas sobre plazos en la acción de jactancia (así, STS de 15 de junio de 1946); no encontrándose en cambio ninguna resolución judicial que con apoyo en el artículo 2182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 declarase la derogación de los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876. Antes al contrario, existe un importantísimo y relevante precedente judicial, constituido por las tan mencionadas Resoluciones de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, ambas sobre el mismo asunto, de 14 de mayo de 1907 y la Sentencia n.º 326 de 1 de julio de 1908. En la primera, como hemos tenido ocasión de examinar, la Sala Primera del Tribunal Supremo abocó su propia competencia y mandó abstenerse de todo procedimiento al Juez de Primera Instancia, con motivo de la citada demanda de D. Alfonso Sanz y Martínez de Arizala. Y en la Sentencia n.º 326 de 1 de julio de 1908, la Sala Primera del Tribunal Supremo con toda normalidad, después de resuelto el incidente a que se ha hecho referencia, resolvió sobre el asunto planteado por el Sr. Sanz y Martínez de Arizala.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, por la que se aprueba la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición derogatoria única deroga expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con las excepciones en esa Disposición establecidas, omitiéndose toda referencia a los artículos 20 y 5 de las Leyes de 1865 y 1876. Ahora bien, si no existe norma expresa, ni siquiera tácita, que haya derogado los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876, debe ser invocado de inmediato el artículo 2.2 del Título Preliminar del Código Civil, que establece sin ambages *«que las leyes sólo se derogan por otras posteriores»*, siendo relevante a estos efectos la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1983, que establece la siguiente doctrina:

*«La derogación de los preceptos opuestos a la CE y anteriores a ella, derivan de su disposición y fuerza derogatoria, y no del pronunciamiento del TC, y se produce desde el momento en que la CE entró en vigor».*

Desde luego, no se deduce de la lectura de los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de 26 de junio de 1876 que estemos en presencia de normas contrarias a la vigente Constitución de 1978, ni tampoco a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio y modificaciones posteriores; puesto que, en nuestro ordenamiento, hay datos suficientes para mantener que, independientemente del régimen jurídico al que estén sometidos los actos del Rey, su persona en cuanto que Monarca no está incluida en la lista de personas aforadas ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo, tal como hace con el resto de las autoridades del Estado (artículo 56 y 57 LOPJ y Ley de 2 de febrero de 1912).

Ese dato confirma la plena vigencia de los artículos tantas veces citados 20 y 5 de las Leyes de 1865 y 1876, en lo referente a las cuestiones que afectan a la testamentaría del Rey, pero que tienen un *efecto arrastre* sobre las reclamaciones de paternidad extramatrimonial que se ejerciten contra la persona del Rey, pues resulta imposible examinar y decidir sobre la primera de esas cuestiones (testamentarias), sin analizar y resolver previamente sobre la segunda (filiación extramatrimonial).

Es más, entendemos también, que ya fuera del ámbito contencioso de la filiación extramatrimonial y testamentaria del Rey, también resultaría constitucionalmente difícil aceptar la sumisión del Rey a cualquier tribunal, por resultar incompatible con su posición como Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia (artículo 56.1 CE) y con el principio democrático de que la justicia emana del pueblo y se administra por medio de jueces y tribunales en su propio nombre (artículo 117.1 CE), sin que esto pueda considerarse un privilegio sino como una garantía objetiva al sistema constitucional que además en nada afecta a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, pero que sitúa a la Corona como órgano constitucional y a su titular en una posición institucional que requiere que sea el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (artículo 123.1 CE), salvo en materia de garantías constitucionales como es el Tribunal Constitucional, como único competente para entender de las controversias judiciales que afecten al Rey y que tengan incidencia en su condición de progenitor y, por tanto, en su patrimonio privado.

Para finalizar, se ha de tener en cuenta que al configurarse el Ministerio Fiscal en el ordenamiento constitucional y ordinario español como defensor de la legalidad (artículo 124.1 CE), debe ser oído en todo proceso contencioso en cuestiones testamentarias del Rey, no sólo porque no se ha observado en la evolución legislativa recogida más atrás que el inciso final del artículo 21 de la Ley de 12 de mayo de 1865, haya sido derogado, sino porque le corresponde también al Ministerio Fiscal velar por el interés público tutelado por la Ley (artículo 1 EOMF) y por el respeto de las instituciones constitucionales en cuantas actuaciones exija su defensa (artículo 3.3 EOMF), una de las cuales es precisamente, por imperativo del artículo 749.1 de la vigente LEC, en los procesos de determinación e impugnación de la filiación; como por otra parte, ya se establecía en la legislación procesal incluso anterior a la derogada LEC de 1881, para estos casos, y, en especial, en las cuestiones contenciosas que afectasen directa o indirectamente a la testamentaría del Rey, como expresamente proclamaba el tan citado artículo 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865.

### III. CONCLUSIONES

A la vista de cuanto queda expuesto, es procedente formular las conclusiones siguientes:

1.<sup>a</sup> En un Estado social y democrático de Derecho que se ha dado como forma política la Monarquía parlamentaria, no puede considerarse al titular de la Corona como *exorbitans a iure commune*, pues todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución española y al resto del ordenamiento jurídico.

2.<sup>a</sup> La igualdad de derechos de todos los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales, es exigible respecto de todos los ciudadanos, cualquiera que sea la posición institucional de estos últimos.

3.<sup>a</sup> El derecho a investigar la paternidad extramatrimonial se predica, asimismo y sin excepción, de todos los ciudadanos.

4.<sup>a</sup> Tanto la igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, como la investigación de la paternidad pueden ser alegadas y exigidas ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que las han previsto y desarrollado, y de las que se ha dado cuenta en este trabajo.

5.<sup>a</sup> La exigibilidad de las normas de legalidad constitucional y ordinaria que establece el régimen jurídico de la filiación por naturaleza, en especial la extramatrimonial, no admite personas o zonas de inmunidad.

6.<sup>a</sup> La cláusula constitucional de inviolabilidad de la persona del Rey, y su exención de responsabilidad, no es inmunitoria respecto del régimen de filiación extramatrimonial del Rey y de los asuntos contenciosos sobre su testamentaría.

7.<sup>a</sup> La reclamación judicial sobre la testamentaría del Rey por hijos ajenos a la filiación matrimonial de este último, comporta por obligada conexidad procesal el previo reconocimiento judicial o por expediente gubernativo-registral de la determinación de filiación extramatrimonial.

8.<sup>a</sup> La vigencia actual de los artículos 20 de la Ley de 12 de mayo de 1865 y 5 de la Ley de 26 de junio de 1876, que determinan la competencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo para conocer de las cuestiones contenciosas de la testamentaría del Rey, comporta la existencia para estas materias de un fuero judicial específico para esas cuestiones y para las reclamaciones de reconocimiento de filiación extramatrimonial que se ejerciten o puedan ejercitarse contra la persona del Rey.

9.<sup>a</sup> Los instrumentos procesales para plantear la competencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, hay que buscarlos en la actualidad en el plano de la legalidad ordinaria procesal ante el silencio constitucional sobre esta materia.

10.<sup>a</sup> Ante una eventual demanda contra la persona del Rey en un juzgado de primera instancia en reclamación de las cuestiones a que nos estamos refiriendo, éste debería abstenerse de conocer el asunto, previa audiencia del Ministerio Fiscal, remitiendo una exposición razonada a la Sala Primera del Tribunal Supremo, manifestando los motivos por los que la competencia corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Este oír a las partes y al Ministerio Fiscal y resolverá mediante resolución que adoptará la forma de auto y que tendrá carácter irrecurrible.

11.<sup>a</sup> Al recabar avocando su propia competencia, la Sala Primera del Tribunal Supremo requerirá al juez de instancia para que remita las actuaciones de las que estaba conociendo.

12.<sup>a</sup> El proceso especial a seguir ante el Tribunal Supremo será el señalado para el juicio verbal con las especialidades que han sido indicadas en el cuerpo de este estudio.

13.<sup>a</sup> Todas las pruebas del sistema procesal vigente son predicables para este tipo de procesos y, por tanto, respecto de la persona del Rey como presunto demandado en el mismo, incluidas las pruebas biológicas o hematológicas, cuya negativa a someterse a las mismas no implica sin más *ficta confessio*, si no se han presentado y practicado otros medios o indicios probatorios durante la sustanciación del procedimiento.

14.<sup>a</sup> El reconocimiento judicial de la filiación extramatrimonial de un hijo con respecto al Rey, comporta tener los mismos derechos que los hijos naturales de origen matrimonial, incluido, en su caso, el derecho a la sucesión a la Corona.

15.<sup>a</sup> La anterior conclusión no autoriza, a nuestro juicio, que ese reconocimiento judicial implique que el hijo de filiación extramatrimonial forme parte de la Familia Real. Bien es sabido que no emplea nuestra Constitución el concepto Familia Real, por ello hay que acudir al RD 2917/1981, de 27 de noviembre, que considera Familia Real: «*al Rey de España, su Augusta Consorte, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes y al Príncipe heredero de la Corona*». Ciertamente esta norma no es en modo alguno clarificadora; pero, es evidente que sólo formarán parte de la Familia Real, además de los ascendientes de primer grado, los descendientes habidos entre el Rey y la Reina consorte o los descendientes habidos entre la Reina y el consorte de la Reina.

16.<sup>a</sup> Sería conveniente que en la futura Ley Orgánica a que se refiere el artículo 57.5 CE, se previese el fuero judicial especial del Rey para conocer sobre las materias a que este trabajo se contrae.

### **Title**

Applicable judicial jurisdiction to the filiation extramarital and the King's testamentary acts

### **Resumen**

La cuestión que se quiere plantear en este trabajo es la de fijar cuál es el régimen jurídico aplicable y, sobre todo, el orden jurisdiccional competente para conocer de los asuntos relativos a la filiación y testamentaría del Rey, ante eventuales reclamaciones de reconocimiento de la filiación no matrimonial contra el Monarca.

### **Abstract**

The question that it wants to think about in this work is the one of fixing which the applicable juridical régime is and, mainly, the competent jurisdictional order to know from the relative matters to the affiliation and the execution of a will of the King, before eventual reclamations of recognition of the non matrimonial filiation against the King.

### **Palabras clave**

Inviolabilidad del rey. Filiación extramatrimonial del rey. Investigación paternidad del rey. Sentencia TS 24 mayo 1907. Sentencias TS 1 julio 1908

### **Key Words**

Inviolability of King. King's extramarital Affiliation. Research paternity of the king. Judgments TS May 24, 1907. Judgments TS July 1, 1908