

padre es el jefe de ella, se dice, y su voluntad se sobrepone á la de la madre, cuando se trata del matrimonio del hijo (art. 148); y siendo él quien tiene la patria potestad durante el matrimonio, y llevando el hijo su nombre, ¿cómo pues, tendría una patria distinta de la suya? (1). Si la nacionalidad fuese cuestión de potestad, la decisión sería muy lógica; pero la patria potestad nada tiene de común con la nacionalidad del hijo; pues se trata de un derecho del hijo, y no del padre. ¿Cuál es el derecho del hijo? Reclamar la nacionalidad que le dan su origen, la raza de la cual desciende y la sangre que corre por sus venas; luego, en este caso, el hijo pertenece á dos razas, y tiene por lo mismo dos patrias. Indudablemente, que esto es anomalía; pero no es menos cierto que la misma anomalía le dá derechos al hijo, quien puede reclamar la nacionalidad de su madre, en virtud de su origen francés, y puede también reclamar la nacionalidad de su padre, en virtud de su origen belga. ¿Con qué derecho el padre le quitaría una facultad que tiene por el nacimiento? El que tiene dos derechos puede ejercitarlos cuando son compatibles; y cuando no lo son, debe elegir. Esta elección, lo confesamos, da lugar á muchas dificultades. ¿Cuál será la condición del hijo durante su minoría cuando no tiene capacidad para elegir? Belga en Bélgica, será francés en Francia. Se dirá que esto es absurdo, y nada más cierto; pero el absurdo no tiene relación con el intérprete, y toca al legislador hacerlo desaparecer, ya por medio de una ley, ya por medio de tratados. En cuanto al intérprete, este debe permanecer fiel á sus principios, salvo el señalar los huecos, absurdos y contradicciones que encuentre al aplicarlas.

327. Ocurre otra dificultad en la aplicación de nuestro principio. El padre es francés al tiempo de la con-

1 Mourlon, *Repeticiones sobre el código Napoleon*, tom. 1 pág. 88.

cepción del hijo, y es belga al tiempo de su nacimiento. ¿Debe atenderse á la época de la concepción para determinar la nacionalidad del hijo, ó á la del nacimiento? Nuestros textos dicen: «todo individuo nacido» (art. 9) ó «todo hijo nacido» (art. 10); parece, pues, se fijan en el nacimiento y no en la concepción. Esto está también en armonía con los principios. No olvidemos que se trata de un derecho del hijo. Ahora bien, ¿cuándo tiene derechos un hijo? Por lo general no los tiene sino desde el instante de su nacimiento, y todavía falta que nazca capaz de vivir. Mientras no nazca, no tiene existencia exterior, no forma parte de la sociedad humana; no tiene, pues, derechos que reclamar. Ahora bien, siendo la nacionalidad el más precioso de los derechos, se sigue que, únicamente por el nacimiento, será cuando el hijo pueda tener patria.

Este principio es, sin embargo, susceptible de una modificación; pues existe un adagio antiguo que dice que el hijo se considera nacido cuando se trata de su interés. ¿Puede invocar esta regla si tiene interés en reclamar la nacionalidad que tenía su padre al tiempo en que él fué concebido? Creemos que lo podría. El adagio procede del derecho romano, y está formulado por los juriseconsultos, en los términos más generales. Cuantas veces, dice, lo exija su interés, el hijo concebido ejercitará sus derechos como si ya hubiera nacido (1) El padre era francés cuando su concepción, y el hijo posee su nacionalidad francesa; ¿por qué no se le permitiría invocar el adagio? Es cierto que de ahí resultaría una incertidumbre sobre el estado de este hijo; pero de él depende ser belga ó francés; y tiene la elección entre dos patrias. Esto tiene inconvenientes, acabamos de decir; pero esos inconvenientes no pueden ser invocados con-

1 «Quotis de commodis ipsius partus quæritur (L. 7, D. I, 5).

tra el hijo; pues sería necesario, para quitarle su derecho, negar el principio en cuya virtud invoca la época de la concepcion. Así se ha hecho. El adagio romano, se dice, es una ficcion; el código la admite en materia de sucesion y de donacion (arts. 725 y 906); pero por lo mismo que la aplica á dos casos especiales, la excluye implícitamente de todos los demás (1). Nos parece, esto es racionar mal. Si, el adagio es una ficcion; pero consagrándola á las sucesiones y donaciones, el código reconoce que tiene un fundamento racional. La ley romana nos dice cuál es la razon de que se la admita: el interés del hijo. La razon es general y no especial, para las donaciones y sucesiones, y entónces el principio debe tener aplicacion en cualquier caso en que esté de por medio el interés del hijo. ¡Véase á qué extrañas contradicciones conduce la opinion contraria! ¡Qué, la ley permite al hijo invocar la época de su concepcion cuando se trata de intereses pecuniarios, y no se lo permitiera, tratándose del mayor de todos los intereses, el de la nacionalidad! ¡Cosa más singular todavía! En el sistema del código, el extranjero no es hábil para suceder. Se presenta un hijo que fué concebido al tiempo de la apertura de la herencia, y en esta época su padre era francés. Se le rechazará diciéndole: «se os considera nacido desde vuestra concepcion, para suceder; pero no se os considera nacido desde vuestra concepcion, para ser francés, es decir, para ser hábil para suceder.» Así, reunidas en una sola y misma materia, las calidades requeridas para suceder, ¿podrá invocar el hijo la concepcion para una de esas calidades, y no lo podrá para la otra? Seamos más lógicos, y digamos que el legislador, aplicando el adagio romano, lo consagró por el mismo hecho, y que lo consagró tal como lo formulaba el derecho romano, como una regla

1 Mourlon, *Repeticiones sobre el Código de Napoleon*, t. I, p. 91, nota.

general, fundada en el interés del hijo, y que el hijo siempre puede invocar, cuando en ello esté interesado.

Decimos que el hijo tiene la eleccion, y este punto es controvertido, estando en contra nuestra la doctrina tradicional. El derecho romano seguido por Demante y Marcadé, distingue. Si es la nacionalidad del padre la que determine la del hijo, debe decidirse conforme al tiempo de la concepcion, porque únicamente por ella, es por la que el hijo se viene á unir con el padre; pero si el hijo debe seguir la condicion de la madre, es necesario fijarse en el momento del nacimiento, pues hasta entónces el hijo es uno con la madre, y sólo despues de que ha nacido es cuando se distingue de ella, y desde ese momento cuando puede existir para él una nacionalidad (1). Esta teoria implica que la ley imprime una nacionalidad en el hijo; más para que pueda decirse que la ley determina la nacionalidad, se necesita una ley. Luego nuestro código no reproduce la distincion romana, pues en ninguna parte habla de la concepcion, y si siempre del nacimiento. En general, pues, el nacimiento es lo que imprime la nacionalidad del hijo. En cuanto á la concepcion, es un favor, una ficcion que el hijo puede invocar, ó no. El favor no puede convertirse en necesidad, porque esto pugna con la lógica de las ideas; y se volveria contra el hijo un principio que se estableció en su favor. Si su padre era extranjero en el momento de la concepcion, y francés en el del nacimiento, ¿por qué se le declararia extranjero? ¿Por qué no se le dejaria el beneficio de la regla, que es el nacimiento, dejando á salvo que invoque la ficcion si en ello tiene interés?

1 Demante, t. I, p. 65, segun Gayo, *Instit*, 1, 89; Marcadé, t. I, p. 85, núm. 3.

NUM. II. DEL HIJO NATURAL.

328. La nacionalidad del hijo natural es regida por el mismo principio que la del hijo legítimo, y su patria es la de sus padres. ¿Pero quiénes son sus padres? Aquí hay diferencia entre el hijo natural y el legítimo. El estado de éste, es cierto, lo prueba el matrimonio y lo comprueban las actas de él y del nacimiento. No sucede lo mismo con el hijo natural. En nuestro derecho no tiene filiación si no es reconocido. Supongamos que no lo sea ni por el padre, ni por la madre; no tiene filiación, es decir, que ningún vínculo legal le une con familia alguna; y legalmente no tiene origen; por tanto, no puede tener nacionalidad, está sin patria.

Tal es el rigor de los principios. En la opinión general, el hijo nacido de padre y madre desconocidos, es francés por sólo haber nacido en Francia. Merlin enuncia esta opinión como un axioma: el hijo nacido de padres desconocidos, dice, pertenece al Estado desde su nacimiento; y no se le podrá disputar el título de francés, que es propio de todos los vasallos del rey (1). Esto es fijar como cierto lo que se necesita demostrar. ¿Dónde se ha dicho que el hijo nacido en Francia de padres desconocidos, pertenece al Estado, y que es vasallo del rey? Esto era verdad en el derecho antiguo, cuando la nacionalidad del hijo se determinaba por el lugar del nacimiento; pero no es cierto conforme al nuevo principio que determina la nacionalidad por la del padre: el que legalmente no tiene padre no puede tener patria. Se dice que el hijo debe presumirse nacido de padres franceses, puesto que tal es la regla general para los que nacen en Francia, no siendo más que una excepción la cualidad de extranjero (2). Indudablemente esta

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Francés*, § 1, núm. 1.

2 Marcadé, t. I, p. 84, núm. 2.

presunción está fundada en la razón, puesto que tiene en su favor la probabilidad. ¿Pero basta esto para que el intérprete pueda admitirla? No hay presunciones fuera de las que establece la ley, porque en el caso no puede tratarse de las que se han dejado á la prudencia del magistrado (art. 1353). El intérprete, pues, no puede crear presunción; el legislador habría podido y debido hacerlo, pero no lo hizo, y desde luego la cuestión está resuelta, porque no toca al intérprete llenar los vacíos de la ley.

Se invoca el decreto de 4 de Julio de 1793, que declara que los hijos expósitos llevarán el título de *hijos naturales de la patria*; pero este decreto es anterior al código, y reproduce el principio antiguo que se encuentra en todas las leyes y constituciones dadas desde 1789. No habiendo asentado el código un principio nuevo, no hay ya que valerse de la legislación antigua para interpretar la nueva. Existe un decreto posterior al código, el de 19 de Enero de 1811, que está formado con el mismo espíritu. El art. 17 dice que los hijos expósitos, educados por cuenta del Estado, están enteramente á su disposición; y conforme al art. 19, son llamados al ejército, como conscriptos. Esto es suponer que son franceses; y sin embargo, la ley no lo dice. Aquí se ve la fuerza de la tradición. Los autores del decreto razonaron como Merlin: el hijo expósito es vasallo del rey, por solo el hecho de que nació en Francia. Esto era verdad en otro tiempo, y hoy ya no lo es. El código parte del principio de que la nacionalidad depende del origen, y en este orden de ideas el hijo que no tiene filiación no tiene nacionalidad. Diremos más adelante, que el hijo nacido en Francia, de padres desconocidos, puede invocar el beneficio del art. 9.

329. Ordinariamente, el hijo natural nacido en Francia,

está inscrito en los registros del estado civil, bajo el nombre de su madre, sin que exista allí un reconocimiento propiamente dicho. Se dice, entónces, que la madre es *conocida*; y bastará esto, para que el hijo sea francés, si la madre es francesa? Se pretende así (1); pero esto es contrario á los principios que acabamos de recordar. ¿Qué importa que la madre sea *conocida* de hecho? ¿Y es esto todo lo que resulta de la declaracion comprobada por el oficial del Estado civil, cuando el hijo natural no está reconocido? Legalmente, este hijo no tiene madre; y por consiguiente, no tiene nacionalidad de origen. En nuestra opinion, no tiene patria habiendo nacido de padres desconocidos, y seria necesaria una ley para darle la calidad de francés por vía de presuncion; ahora bien, no hay ley. Esto decide la cuestion, y este niño, habiendo nacido en Francia, podrá tambien invocar el beneficio del art. 9.

330. Si el hijo natural es reconocido por uno solo de sus padres, volvemos otra vez al principio general, y seguirá la condicion del padre ó de la madre que le hayan reconocido. Si es la madre, no hay duda. Se habia decidido ya tambien en el derecho antiguo. La cuestion no se presentaba como si el hijo hubiera nacido en el extranjero, y se decidia que el hijo natural seguia la condicion de su madre; nacido de una francesa era francés (2). Es inútil decir que hoy sucede lo mismo. ¿Podria ampararse con el adagio de que el hijo concebido se considera nacido cuando se trata de su provecho? La madre, extranjera en el instante del nacimiento, era francesa al tiempo de la concepcion. El hijo podrá, á nuestro juicio, reclamar la calidad de francés, porque en efecto, el código no limita el adagio á los hijos legítimos; y la razon en que él se funda

1 Dalloz, *Repertorio*, en las palabras *Derecho civil*, núm. 71.

2 Pothier, *Tratado de las personas*, parte 1ª, tit. 2, sec. 1ª

es general, debiendo desde luego aprovechar á todos los hijos. Apliquemos los mismos principios al hijo natural reconocido por su padre. La época del nacimiento es la que determinará la nacionalidad de este hijo, dejando á salvo su derecho para que invoque el momento de la concepcion, si tiene interés en ello. Así lo hemos resuelto tratándose de los hijos legítimos; y los mismos principios deben aplicarse á los naturales, porque no hay razon para establecer una diferencia.

331. Llegamos á la hipótesis más difícil, el hijo natural es reconocido por ambos padres. Si los dos son franceses, ya no hay caso; ¿pero qué debe decidirse si el uno es francés y el otro extranjero? Supongamos en primer lugar, que el reconocimiento se hace simultáneamente. Creemos que este hijo tendrá dos nacionalidades, porque efectivamente, por el padre, si éste es francés, su origen será francés; y por la madre, si es alemana, su origen será alemán. Descendiente de dos razas diferentes, tendrá dos patrias; y por consiguiente, tendrá la eleccion entre dos nacionalidades. Nosotros lo hemos decidido así, aun cuando el padre y la madre fueran casados; y con más razon, debemos sostener nuestra opinion para el caso en que no haya matrimonio, y por lo mismo, ningun vínculo legal entre el padre y la madre. Estamos entónces al frente de dos nacionalidades distintas, sin que haya una razon determinante, para decidirnos en favor de la una, mas bien que de la otra.

Esta opinion, que es la de M. Richelot (1), no tuvo apoyo. Unos se deciden por la nacionalidad de la madre, y otros, por la del padre. En el derecho antiguo, el hijo natural seguia la condicion de la madre, pero el código no reproduce este principio; ¿podemos nosotros, por la

1 Richelot, *Principios del derecho civil frances*, t. 1, p. 111, núm. 66.

omision de la ley, admitir que la nacionalidad de la madre se sobrepone á la del padre? (1) Esto seria imponer una patria al hijo, y quitarle un derecho que tiene por su origen paterno. El legislador podria hacerlo; y todavia no encontramos razon para que lo haga. En todo caso, el intérprete no lo puede, porque no tiene carácter alguno para hacer la eleccion en lugar y en vez del hijo. ¿Hay motivo para dar preferencia á la nacionalidad del padre (2)? Se invoca la analogia del matrimonio: el padre natural es quien ejerce la patria potestad, quien da su nombre al hijo. Sobre este último punto, no hay texto, y no vemos la razon por que el hijo natural deba llevar el nombre del padre, cuando preferiria llevar el de la madre. En cuanto á la patria potestad, ya hemos dicho que nada tiene de comun con la nacionalidad, porque no se trata de un derecho del padre, sino del hijo. Luego el hijo tiene dos derechos, y á él, que tiene dos derechos, toca la eleccion; pues el intérprete no lo puede hacer por él, y el legislador, que lo podria, no lo hizo.

Hemos supuesto que el reconocimiento se hizo simultaneamente por el padre y por la madre. Cuando el hijo es reconocido sucesivamente, nos parece que hay una razon más en favor de nuestra opinion. El hijo es reconocido por su madre francesa, y despues le reconoce igualmente su padre aleman. El primer reconocimiento le da ciertamente un derecho al hijo; que es ya frances. ¿Puede su padre quitarle este derecho? El que tiene la calidad de frances, no la pierde sino por una causa prevista por la ley, y seria ne-

1 Esta es la opinion de Duranton, t. I, núm. 121.

2 Esta es la opinion de Valetto en Proudhon, t. I, p. 123; de Marcadé, de Demolombe, etc. (Véase las fuentes en Dalloz, en las palabras *Derecho civil*, núm. 73). Fué consagrada implicitamente por la corte de Gante, en materia de extradicion, sobre la requisitoria de M., abogado general D. Paepé. (*Pasicrisie* 1861, 2, 383). Hay, tambien, un fallo de la corte de Caen (18 de Febrero de 1852) en este sentido (Dalloz, 1853, 2, 61).

cesaria la intervencion de otra ley, para que el reconocimiento del padre hiciera perder al hijo la nacionalidad que tiene ya por su origen materno. ¿Se necesita repetir que no hay ley? Cuando, pues, el intérprete decide que el reconocimiento del padre destruye el de la madre en lo que concierne á la nacionalidad, él es quien realmente hace la ley, siendo así que su mision se reduce únicamente á interpretarla.

NUM. III. DEL HIJO NACIDO DE UN EXTRANJERO EN FRANCIA.

332. El hijo nacido en Francia de un extranjero es extranjero segun el nuevo principio admitido por el Código civil; pero el legislador le permite adquirir la calidad de francés, y puede reclamarla, dice el art. 9, en el año de su mayoría; porque es un derecho que ejercita, y no un favor que pide; se convierte en frances por su sola voluntad. ¿Por qué la ley se muestra tan favorable á este hijo? El derecho antiguo le era mucho más favorable todavia, puesto que el hijo nacido en Francia de un extranjero era francés de pleno derecho; desde su nacimiento. Aun cuando se haya abandonado este principio, el legislador ve siempre á este hijo con una predileccion singular. Este favor se puede justificar, cuando el hijo nacido en Francia, ha sido tambien educado allí; y entónces está unido á Francia por ese lazo poderoso que nos encadena al suelo natal. Esto es lo que supone el orador del gobierno cuando escribió estas palabras un poco floridas: «Sus primeras miradas han visto el suelo francés; y sobre esta tierra hospitalaria, es donde ha sonreido por primera vez á las caricias maternas, donde ha sentido sus primeras emociones, donde se han desarrollado sus primeros sentimientos. Las impresiones de la infancia jamás se borran, y todo le traerá á la memoria, en el curso de la vida, sus primeros juegos y sus primeros

placeres: ¿por qué rehusarle el derecho de reclamar la calidad de francés, que tantos y tan dulces recuerdos podrán hacérsela cara? Es este un hijo adoptivo. . . . (1).» Es evidente que estas consideraciones no tienen valor alguno, cuando el hijo nace en Francia, durante una estancia pasajera que haya tenido allí su madre. Quizá el legislador hubiera debido limitar su disposición, al hijo nacido de padres que se hayan establecido para vivir allí.

333. ¿A qué hijos se aplica la disposición del art. 9? El texto dice: «Todo individuo nacido en Francia de un extranjero.» Es necesario por lo mismo, que el hijo haya nacido en Francia, y de un extranjero. Se pregunta si podrá invocar el adagio que reputa al hijo concebido, como nacido, cuando se trata de su provecho. Todos están de acuerdo en que esta ficción no se aplica en cada caso. Los motivos que acabamos de transcribir, nos dan la razón. El adagio supone, que solo el hecho de la vida es suficiente para que el hijo ejercite el derecho que reclama; luego el art. 9 fija el derecho, que concede al hijo, no en el hecho de la vida, sino en el hecho del nacimiento; y es necesario que haya nacido en el suelo francés, para que este suelo le confiera un derecho; porque el nacimiento es una condición esencial, exigida por la ley, para que el hijo pueda gozar del beneficio que ella le concede. Si esta condición falta, el beneficio no existe ya.

334. El hijo debe haber nacido de un extranjero, para que haya lugar á aplicarle el art. 9. Se pregunta cuál es la posición del hijo nacido de padres que no tienen ya patria. Un belga se establece en Francia, sin ánimo de volver; y pierde la calidad de belga, sin adquirir la nacionalidad francesa. ¿Cuál será la condición de los hijos á quienes diere vida en Francia? La respuesta se encuentra en el texto

1 Treilhard, Exposición de los motivos (Loché t. I, pág. 465, núm. 4).

del art. 9. «Todo individuo, dice la ley, nacido en Francia de un extranjero, podrá reclamar la calidad de francés.» El hijo nacido de padres que no tienen patria es ciertamente, descendiente de un extranjero; y desde luego nace extranjero, por la aplicación del principio general de que el hijo sigue la condición de su padre. Puede hacerse francés, llenando las condiciones prescritas por el art. 9; y si no las llena, permanece extranjero y sin patria, como su padre.

No es así como opina M. Demante. Le parece que este hijo es natural francés, y que no tiene necesidad de hacer ninguna declaración. El principio conforme al cual el hijo sigue la condición de su padre, supone que éste tiene nacionalidad; pero cuando no la tiene, tampoco la transmite á su hijo, quien por lo mismo, no puede seguir la condición del padre. No hay lugar á la aplicación del art. 9, porque este artículo supone también que el hijo nacido en Francia de un extranjero tiene una nacionalidad de origen; y la ley le concede la elección entre esta nacionalidad y la francesa; siendo este el motivo por que ella exige la declaración de intención en el año de su mayoría. Mas el que nace sin patria, no tiene elección. ¿A qué, pues, exigirle aquella manifestación, cuando no puede tener otra intención, que la de ser francés? Es, pues, necesario, volver entónces al principio antiguo, que daba de pleno derecho la nacionalidad francesa al hijo nacido en Francia. La ley no dice que para nacer francés, sea necesario nacer de un francés; pues nada impide que el hijo nacido en Francia de un padre que no tiene patria, invoque su nacimiento en el suelo francés (1).

Hay en estos razonamientos una mezcla de verdad y de error. Indudablemente, el legislador habría podido tomar

1 Demante, *Curso analítico del Código civil*, t. I, p. 66 y siguientes. M. Valette (sobre Proudhon, *Tratado de las personas*, t. I, p. 200), participa de esta opinión.