

TITULO III.

DE LAS PROHIJACIONES, LEGITIMACIONES Y EMANCIPACIONES.

CAPITULO PRIMERO.

De las prohijaciones.

- | | | | |
|---|---|----|--|
| 1 | ¿Qué cosa es prohijar? De la arrogacion y la adopcion. | 5 | Efectos de la arrogacion. |
| 2 | Todo hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohijar, teniendo las circunstancias que requiere la ley. | 6 | Efectos de la adopcion. |
| 3 | La muger solo puede prohijar en un caso. | 7* | Adopcion que hoy se usa en los ex-pósitos.* |
| 4 | De las personas que no pueden prohijarse. | 8* | Obligaciones que les impone esta adopcion, y quiénes son capaces de ella.* |

1. Explicada ya la doctrina relativa al matrimonio y á sus principales efectos civiles, trataré del segundo modo de adquirir la patria potestad, que es la prohijacion ó adopcion. Prohijar es, recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro.¹ La prohijacion puede hacerse de dos maneras, que son, *por otorgamiento del soberano ó por el del juez*. La que se hace por autoridad superior se llama *arrogacion*, que quiere decir, prohijacion de hombre que no tiene padre, y si lo tiene no está en su poder.² La que se hace con autoridad judicial se llama *adopcion especifica*, que es la mismo que prohijacion de hombre que tiene padre carnal, y está en su poder. Para la primera se requiere un consentimiento expreso de parte del arrogado; mas para la segunda basta que el hijo natural ó legítimo, que por su padre es dado en adopcion á otro, calle y no contradiga este acto³. De la prohijacion como ya se dijo arriba, nace impedimento dirimente canónico y civil para contraer matrimonio⁴.

2. El hombre libre que está fuera del poder paterno puede

1 Proem. y ley 1. tit. 16 part. 4.
2 LL. 7. tit. 7 y 1. tit. 16. part. 4. *Adrogatio* se dice a *rogatione ad populum lata*; pues conforme á la antigua legislacion romana, este acto se celebraba en los comicios curiados, y se interrogaba solemnemente al pueblo sobre si lo aprobaba ó no; como se colige de la ley 2 al fin. C. *De adoption.*, y refiere Heineccio en el mismo título de sus *Antigüedades romanas*. Despues se transfirió esta facultad á los reyes, lo cual asimismo dispusieron las leyes de Partida. En la república

creen los redactores de la última edicion de la *Ilust. al der.* de Sala, que la *arrogacion* deberá autorizarse en los Estados, Distrito y Territorios por las autoridades que ejerzan el supremo poder ejecutivo, en virtud del cual, dicen, prestaban los reyes ese otorgamiento que no envuelve sin duda acto alguno legislativo ni judicial.—E.

3 LL. 7. tit. 7. y 1. tit. 16. part. 4.

4 LL. penult. y ult. tit. 7. part. 4. cap. unico. *De cognat. legali.*

prohijar, concurriendo en él las circunstancias que la ley 2. tit. 16. part. 4. prescribe en esta forma. *Pero ha menester el que quiere esto facer, que haya todas estas cosas: que sea mayor que aquel á quien quiere prohijar de diez y ocho años, é que haya poder naturalmente de engendrar, habiendo sus miembros para ello, é non siendo tan de fria natura, por que se le embargase*. Por lo cual siendo impotente por enfermedad, por haberlo castrado á la fuerza, ó por otro accidente, no se le prohíbe prohijar, respecto á no haberle imposibilitado la naturaleza¹.

3. La muger no puede prohijar sino con licencia del sumo imperante, y entónces solo en el caso que expresa dicha ley 2., y es cuando haya perdido un hijo en servicio de la patria.

4. Nadie puede prohijar al siervo aunque esté manumitido², ni el tutor á su menor, á ménos que no sea despues de haber cumplido veinte y cinco años, y en este caso ha de intervenir beneplácito del soberano, y no de otra suerte³. El menor de siete años no puede ser prohijado, porque carece de la competente capacidad para consentir; pero siendo mayor de ellos y menor de catorce puede serlo con licencia del soberano, y no en otros términos, informándose previamente este de si el prohijador es pobre ó rico, pariente ó extraño, si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para poder engendrar, si es de buena vida y fama, qué bienes pertenecen al prohijado, y si consiente serlo; y si por este exámen ó indagacion conoce que le es útil la prohijacion, puede concederle licencia para hacerla, obligándose el prohijador por escritura ante escribano público, y dando seguridad de entregar todos los bienes del prohijado á la persona que debe heredarlos en el caso que muera dentro de la edad pupilar: y aunque el soberano no le mande constituir la obligacion, queda obligado como si la hubiese hecho, pues el acto de la prohijacion no puede perjudicar el derecho que los parientes tienen á heredar abintestato al prohijado⁴, ni el que asimismo compete al substituto pupilar y legatarios si su padre le hubiere nombrado uno y otros en su testamento. Las mismas diligencias debe practicar el juez para la adopcion de los impúberes y menores, oyendo respectivamente á sus parientes mas cercanos y curadores.⁵

5. Tal fuerza tiene la prohijacion hecha por via de *arrogacion*, que por el mismo hecho de ser prohijado el que está sin padre, pasa al poder del prohijante con todos sus bienes, y este no puede echarle de él sin que preceda alguna de las causas que

1 L. 3. tit. 16. part. 4.

2 L. 5. tit. 16. part. 4.

3 L. 6. tit. 16. part. 4. Gom. lib. 1. Var. cap.

9. n. 12.

4 L. 4. tit. 16. part. 4.

5 LL. 2. C. *De adop.* y ult. eod. *De auct. praesq.*

expone la ley 7. tit. 16. Part. 4. en esta forma: *E non le puede sacar de su poder el porfijador aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha á tal, que la pueda probar ante el juzgador. E esto podria facer por dos razones, la una es cuando el porfijado face tal tuerto ó tal cosa porque se ha de mover á muy gran saña aquel quel porfijó. La otra es cuando á tal porfijado como este establece alguno otro su heredero en su testamento só tal condicion, diciendo asi: yo establezco á fulano por mi heredero si le sacare de su poder aquel que le porfijó. Y aunque por algunas de dichas causas salga de su poder, está obligado á volverle todos los bienes que hubiere llevado, y si le echa ó exhereda sin motivo justo, debe restituírse los, y las ganancias que adquirió miéntras estuvo en su poder, excepto el usufruto que produjeron; y ademas tiene derecho el prohijado á la cuarta parte de sus bienes despues de su muerte¹, si carece de descendientes legítimos, pues habiéndolos solo le tendrá al quinto.*

6. Pero si la prohibicion es por via de *adopcion*, no pasará el adoptado al poder del adoptante, á ménos que sea su descendiente², y si pasa por algun motivo, puede echarle de él con causa ó sin ella, y entónces nada heredará de los bienes del prohijador, excepto que muera abintestato sin descendientes³; y de esto se prueba que el adoptado tampoco heredará cosa alguna de los bienes del adoptante contra su testamento⁴. Y aunque la ley 9. tit. 16. part. 4. permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño igualmente con sus descendientes, como si fuese su hermano carnal, está derogada en esta parte; pues solo heredará el remanente del quinto, si no dispone de él, que es lo que puede dejarle en virtud de la ley 28 de Toro⁵, porque la legítima no puede ser gravada, ni los extraños constituidos por herederos, ni heredar juntamente con los legítimos, como se dirá en su lugar.

7. *Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion, conforme á las leyes de Partida. Hoy no estan ya en uso esas disposiciones,⁶ y en su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes otra especie de adopcion mas útil á la humanidad. Tal es la que se verifica en los expósitos, que son aquellos niños ó niñas echados por sus padres en las puertas de las iglesias, en las casas y otros parages públicos, ó por no tener con que criarlos, ó por ocultar de quién son hijos. Estos pueden ser adoptados por cualquiera persona con tal que sea decente y

1 L. 8. tit. 16. part. 4.

2 L. 9. tit. 16. part. 4.

3 L. 8. tit. 16. part. 4.

4 Greg. Lep. en la gl. fin. de la ley 8. tit.

16. part. 4. Gutier. *De matrim.* cap. 102.

5 L. 1. tit. 22. l. 4. F. R.

6 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 4. n. 110 al

fin. Alvarez *Instituciones* lib. 1. tit. 11.

honesta, y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que les dé buena educacion y destino. No es pues impedimento el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta para hacerla, que el vecino á cuyas puertas fuese expuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de quien sea feligres, expresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el expósito será bien educado¹. Si el expósito que se quisiere adoptar fuere sacado de alguna de las casas de caridad, la licencia deberá ser dada por el rector ó administrador de ella². Y en cualquier tiempo que la persona que se hizo cargo de él quisiese dejarlo, dará noticia al párroco ó administrador para que dispongan lo conveniente; pero si lo abandonase sin dar este aviso y esperar su resulta, será castigada por la justicia, segun dictaren las circunstancias³.

8.* En los adoptados de esta manera no tienen los que los han criado patria potestad, ni derecho para exigir de ellos cosa alguna por razon de la crianza⁴. Sin embargo, debe el que reci-

1 Arts. 12, 17 y 19. de la ley 5. tit. 37.

l. 7. N.

2 L. 3. id. id.

3 Art. 19. cit. En la constitucion 24 de las formadas para el mejor gobierno y direccion de la casa de Sr. S. José de niños expósitos de esta ciudad de Mejiço, por el sr. arzobispo Haro y Peralta, aprobadas y mandadas ejecutar en cédula de 19 de julio de 1774, se dispone que: „Las personas que hubieren de prohijar niños ó niñas de esta casa, han de ser de buena opinion, han de tener algunas conveniencias, y no han de ejercer los oficios mas bajos, y han de hacer escritura de prohibicion en la forma acostumbrada ante el escribano de la casa; y hecho el concierto y traída razon del escribano de estar otorgada la escritura, se anotará la prohibicion á la margen de la partida de recepcion de la criatura prohibida, y en el libro al folio de su última cuenta: lo cual ejecutado entregará el capellan la escritura al prohijante, advirtiéndole la obligacion de justicia que ha contraído de alimentos, y educar aquella criatura por todos los dias de su vida, como si fuese su hijo legitimo, quedando del cargo del capellan procurar que á la criatura prohibida se le guarden sus derechos. Y porque estas prohibiciones nunca han de ser en perjuicio de la criatura, se observará que si por muerte del prohijante, o porque se reduzca á tal po-

breza, que no pueda mantener á la criatura prohibida, ó por otro motivo viniese la prohibicion á ser en daño de la criatura; se le restituirá á la casa, y se le cuidará como á los demas que no esten prohibidos.”

4 LL. 3. tit. 20. part. 4, 35 y 37. tit. 12 y 35. tit. 14. part. 5. En la citada cédula de aprobacion, con referencia á la constitucion 28 que habla de los expósitos que murieren sin testar y no tuvieren hijos, se ordena: „Que los expósitos de ambos sexos que sean de padres no conocidos, y que mueran sin testamento, tengan por heredero forzoso á la enunciada casa, haciéndoles esta los sufragios prevenidos: que si muriesen con testamento, pueda solo disponer de la tercera parte de sus bienes, quedando las dos restantes como legitima á la misma casa; y que en el caso de que se les haya adoptado y prohijado, sin haber reintegrado á la casa los gastos de su crianza y educacion causados hasta entónces, deberá observarse la propia regla, y heredar la casa *ab intestato* ó con testamento, segun y en los términos que respectivamente va declarado; pero si al sacarlos indemnizasen á la casa los padres adoptivos, naturales ó legítimos, les quedará la libertad de testar y disponer de sus bienes libremente, con arreglo á las leyes reales, y de que les hereden conforme á ellas, muriendo *ab intestato*.”

bió tan gran beneficio, honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural, y se le prohíbe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la cual le resulte grave daño en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por bien de la república¹. Finalmente, de esta especie de adopcion son capaces no solo los infantes ó recién nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que esten en edad de ser educados, y carezcan de los auxilios convenientes para lograrlo².

¹ L. 3. tit. 20. p. 4.

² L. 5. cit.

CAPITULO II.

De las legitimaciones.

- | | |
|---|--|
| 1. ¿Qué es legitimación? | 7* Esta se obtiene aunque los padres se casen en edad avanzada ó en artículo de muerte.* |
| 2. ¿Cuántas clases hay de hijos ilegítimos? | 8* Y cuando el padre despues de habido un hijo en alguna muger, se casa con otra, y muerta está contrae de nuevo con aquella.* |
| 3. De la legitimacion hecha por decreto de las legislaturas. | 9. Modo especial de legitimarse las hijas naturales. |
| 4* Cosas que han de expresarse en la solicitud que se haga para obtenerlo.* | 10. Otros modos de legitimacion que se usaron antiguamente. |
| 5* Legitimacion de los expósitos.* | |
| 6* Legitimacion por subsecuente matrimonio.* | |

1. **E**l tercer modo de adquirir la patria potestad es la *legitimacion*. Legitimar es hacer como de legítimo matrimonio al que realmente no lo es, quitándole el legal impedimento que le priva de obtener y gozar las preeminencias concedidas á los legítimos, poniéndole en el estado de estos, y reduciéndolo á la patria potestad. De aquí es, que en la legitimacion se requiere el consentimiento del que lo va á ser, pues á nadie puede contra su voluntad reducirse á la patria potestad.¹

2. Los hijos ilegítimos son de dos clases, *naturales y espurios*. Se llaman naturales en lo antiguo los procreados por hombre y muger solteros que vivian juntos y no tenian impedimento para contraer matrimonio, siendo la muger una sola². Hoy se da este nombre á los hijos cuyos padres al tiempo de su procreacion y concepcion, ó al de su nacimiento, estan hábiles para contraer

¹ L. 11. ff. De his qui sunt sui vel alieni jur. Nov. 89. cap. 11. Heinocio Recitaciones lib. 1. § 172.

² Tit. 13 y 15. part. 4. ley unic. Cod. De concubin.

matrimonio sin dispensacion, ya vivan ó no juntos en una misma casa, y la muger sea ó no una sola, con tal que si el padre no la tiene en su casa, los reconozca por sus hijos, con arreglo á la ley 11 de Toro, que es la 9. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 5. lib. 10. Advirtiéndose que si alguno tiene muchos hijos en alguna muger, y reconoce á uno de ellos, por este hecho se entienden reconocidos tambien sus hermanos.¹ Hijos *espurios* son todos los demas ilegítimos, y se distinguen con varios nombres. Unos se llaman *adulterinos* ó *notos*, y son los procreados de muger casada y hombre que no es su marido, ya esté ó no casado con otra (á los cuales la ley 9 de Toro llama tambien de *dañado y punible ayuntamiento*, porque la madre por el adulterio incurre en pena de muerte natural). Impropiamente se llaman tambien así los que el casado procrea en muger viuda ó soltera, que se nombra *barragana*, los que por otro nombre se llaman *bastardos*, por no ser habidos en su propia muger, por lo cual bastardean, pues aunque él es casado, la muger no. Otros se llaman *nefarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes, v. gr. el padre en una hija. Otros *incestuosos*, que son los habidos entre parientes trasversales en grado prohibido, sin que precediese la debida dispensacion, sabiendo el impedimento, ó aunque lo ignoren, siempre que contrajeran matrimonio que la Iglesia reputa clandestino.² Otros *sacrílegos*, que tambien llama la ley de *dañado ayuntamiento* aunque no *punible*, y son los hijos de clérigo ordenado *in sacris*, y los de frailes y monjas profesos, ya sea por acceso entre sí, ya con seglares. Otros se denominan *manceres* ó *mancillados*, y por tales se reputan los que nacen de ramerías públicas que se prostituyen á todo hombre, y por eso se ignora quién es su padre, por cuya razon son de peor condicion que los demas, y los que con propiedad se llaman espurios.³ Finalmente no son legítimos los hijos procreados en matrimonio que no se haya celebrado conforme á las disposiciones eclesiásticas, siempre que la falta de estas anule el matrimonio.⁴

3. Esto supuesto, hay varios modos de legitimar los hijos. 1. ^o Por *decreto de las respectivas legislaturas* en los Estados, Distrito y Territorios, expedido á peticion de los padres ó de los mismos hijos, que fundan su súplica, en que su padre que no tenia otros legítimos, indicase tal solicitud en su testamento. De esta gracia son capaces cualesquiera hijos ilegítimos, y en su virtud gozarán de las mismas honras y preeminencias que si hubieran nacido de matrimonio legítimo; á no ser que solamente se les habilite para

¹ L. 7. tit. 15. part. 4.

² LL. 2. tit. 15. y 3. tit. 3. part. 4.

³ L. 1. tit. y part. cit.

⁴ L. 2. cit. al fin.

algun efecto particular, sin que esta legitimacion pueda perjudicar á los descendientes legítimos en sus derechos hereditarios, como se dirá en el título de testamentos. Lo dicho se entiende tan solo en lo civil, pues para lo eclesiástico la legitimacion se ha de conceder por el papa, cuya concesion del mismo modo no podrá trascender á lo secular.¹

4. *Siendo muchos los hijos ilegítimos habrá de impetrarse para cada uno la legitimacion, pues la concedida á uno solo no se extiende á los demas.² Para que al decreto en que se otorga no pueda objetarse el vicio de *obrepcion*, ha de expresarse en la solicitud que se haga para obtenerlo, ademas de la razon en que esta se apoye, si existen ó no otros hijos legítimos, si el legitimado es espurio ó natural, si es nacido de incesto, sacrilegio ó adulterio, y en una palabra todas cuantas circunstancias concurren en el caso, y puedan influir en la determinacion del concedente.^{3*}

5. *A esta especie de legitimacion puede referirse la que se concede á todos los expósitos de ambos sexos que no tengan padres conocidos, cualquiera que haya sido el lugar donde se expusieron; pues estan declarados legitimados por autoridad del soberano, y mandado se les tenga como legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, sin que pueda servirles de nota la cualidad de tales, y sin mas restriccion que la observancia de las constituciones de los colegios y fundaciones piadosas, que exijan para la admision de sus individuos que sean hijos de verdadero y legítimo matrimonio.^{4*}

6. *El segundo modo de legitimar es por *subsecuente matrimonio*, y se verifica casándose el hombre y la muger que tuvieron ántes algun hijo, con tal que careciesen de impedimento canónico al tiempo de su concepcion ó al del nacimiento; de manera que esta legitimacion solo puede recaer en los hijos naturales, y de ningun modo en los espurios:⁵ bajo el concepto de que si el

1 LL. 4, 6 y 9. tit. 15. part. 4 y 10. tit. 8. E. 5. R., ó 7. tit. 20. l. 10. N. Sobre este punto dice Cornejo en el tomo 1.º de su *Diccionario del derecho de España*, art. *Legitimacion*, que á veces puede la legitimacion del papa producir efectos seculares, dispensando en la raiz del matrimonio, por declaracion que haga de alguno dudoso; ó padeciendo el vicio de nulo por cierto impedimento eclesiástico, quitando este, hacerlo válido; en el cual caso purgado aquel defecto en cuya virtud estableció la ley civil la privacion de los efectos temporales, cesa esta, y empieza á valer el matrimonio como si al principio se hubiese contraído justa y lícitamente. Véase entre otros que tratan esta cues-

tion, á Salcedo *De lege politica*, lib. 2. cap. 1.—E.

2 Arg. del art. 25 de la ced. de 21 de diciembre de 1800.

3 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 4. n. 169.

4 L. 4. tit. 37. lib. 7. N.

5 L. 1. tit. 13 y 2. tit. 15. part. 4. El célebre juriconsulto Justo Henningio Boehmer, escribió una *Disertacion* (que se encuentra al fin del tomo 1.º de la traduccion española de las *Recitaciones de Heineccio*, impresa en Madrid en 1830), en la que apartándose de la opinion comun, prueba con muy buenas razones, que hoy son capaces de la legitimacion por subsecuente matrimonio, no solo los hijos naturales, sino los demas ilegítimos.—E.

hijo hubiese muerto al tiempo de verificarse el subsiguiente matrimonio de sus padres, y dejase hijos legítimos, obrará la legitimacion todo su efecto en estos nietos.¹ *Los hijos legitimados de esta manera se equipararán en todo á los legítimos.^{2*}

7. *Esta legitimacion se obtendrá aun cuando los padres se casen en edad muy avanzada ó en artículo de muerte, á no ser que estuviesen tan próximos á ella que careciesen de sentido, pues entónces es nulo el matrimonio; ó que la enfermedad de que adoleciesen fuera tal, que los constituyese perpetuamente impotentes.^{3*}

8. *Tambien se legitima el hijo por el subsecuente matrimonio, aunque su padre despues de habido en una muger se case con otra, si muerta esta se casa con aquella; porque el derecho no exige aptitud entre los contrayentes en el tiempo que media desde el nacimiento del hijo hasta el casamiento de los padres.^{4*}

9. Tercero. La hija natural se legitima asimismo, contrayendo matrimonio con el que ejerza empleo honorífico de los principales de alguna ciudad ó villa.⁵

10. Ademas de estos modos de legitimar, las leyes 4 y siguientes del tit. 15. part. 4., imitando á las romanas, hablaron determinada-mente de la legitimacion por ofrecimiento á la curia, y por instrumento público firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos, y que los reconoce por tales; pero acerca del primero de estos modos, dicen los autores no estar en uso, ni ser compatible con el actual gobierno municipal de nuestros pueblos.⁶ Respecto del segundo opina Lopez que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que verdadera legitimacion.⁷ Así que en rigor solamente hay los tres modos de legitimar que quedan referidos.

1 Escribe *Diccion. de Legislac.* art. *Legitimacion*.

2 LL. de Partida citadas y 10. tit. 8 lib. 5. R., ó 7. tit. 20. lib. 10. N. Cap. 6. *Qui filii sint legit.*

3 Greg. Lop. en la gl. 9. de la cit. ley 1. tit. 13.

4 Escribe lug. cit.

5 L. 8. tit. 15. part. 4.

6 Sala *Ilustrac. al der.* lib. 1. tit. 6. n. 1. edic. mej. de 1807. Torres y Berni en el § 13. *Inst. de Nuptiis*. Para que se entienda por qué motivo ha caído hoy en desuso ese modo de legitimar, creemos necesario referir su origen. Por *curia* se entendian los magistrados municipales, cuyos oficios aunque tenian anexa dignidad y ejercicio de jurisdiccion en el municipio, eran muy aborrecidos por los gastos que ocasionaban; pues los curiales debian dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos, convites, en los que á veces consumian todo su patri-

monio. Por lo mismo se establecieron varios privilegios para atraer á los hombres á la curia, siendo uno de ellos el declarar legitimado al hijo natural ofrecido por su padre á su servicio, inventado por el emperador Teodosio el joven en la ley 3. *C. De natur. lib.* Véase á Heineccio *Antiq. rom. apend. ad tit. De nuptiis*. Pero ambicionando los hombres de nuestros tiempos los cargos municipales, confiriéndose estos por eleccion popular, y no imponiendo el dicho gravámen pecuniario, han cesado en consecuencia aquellos privilegios, y no es por tanto ya de uso alguno tal modo de legitimar. Sin embargo, el primer editor mejicano de Sala (en el § *Ladies* correspondiente á este título) advierte, que no habiendo nada legitimamente contrario á la disposicion de las leyes que lo establecieron, podrá aplicarse en algunos casos, en cuanto lo permita la variacion de circunstancias.—E.

7 Glosa 7. de la ley 7. tit. 15. part. 4.