

rable á los hermanos y á sus descendientes sobre los otros colaterales; mas para esto seria necesario alterar las graduaciones que propongo para los casos de existir descendientes y ascendientes. El legislador debe contentarse con atemperar sus disposiciones á ciertas diferencias marcadas y de fácil explicacion, como las que resultan de la diversidad de líneas: todo mayor trabajo, y, por decirlo así, *anatomía gradual* de cada una de ellas, aun suponiendo su posibilidad podría conducir á errores ó injusticias, y á no dudar, se resentiría de oscuridad y complicacion.

Yo hago una graduacion mas que los Códigos Romano, Sardo y Austriaco, pues distingo el caso de quedar ascendientes; y dos mas que la ley de Partida, que para todo caso, sin reparar en el número y línea, señala á la viuda pobre la cuarta parte.

Si por este medio puede salir de la familia alguna mayor porcion de bienes, obra será de la Comision, y consecuencia de la base por ella adoptada: pero ni la Comision se ha guiado en el orden de sucesiones por la conservacion ó concentracion de bienes en la familia, ni pueden reputarse estraños á esta el viudo ó viuda despues de la base que los ha *familiarizado*, si me es lícito usar de esta espresion.

Reputo asimismo como consecuencia forzosa de la misma base dar al viudo ó viuda preferencia sobre los hijos naturales ó ilegítimos reconocidos, alterando en esta parte la ley de 16 de Mayo de 1835. Si los ascendientes y aun los colaterales dentro del cuarto grado civil escluyen absolutamente segun aquella ley al hijo natural, ¿cómo no lo ha de escluir tambien el viudo ó viuda herederos forzosos, aun quedando hijos y descendientes legítimos? Las Cortes legislaron sobre una base que la Comision ha destruido; y ademas los hijos ilegítimos reconocidos de hoy no merecen el nombre y el favor que los naturales de entonces, pues hoy cabe el reconocimiento del hijo adulterino y sacrilego ó incestuoso, que entonces no podia entrar en la clase y derechos del hijo natural.

NUMERO 12 (1).

COMO HEREDAN Y SON HEREDADOS LOS HIJOS NATURALES.

Sobre los requisitos necesarios para que un hijo ilegítimo sea habido por natural, véase el apéndice número 2: aquí se trata de sus derechos hereditarios; en cuanto al de alimentos todas las legislaciones han estado y estarán siempre de acuerdo.

Por Derecho Romano los hijos naturales heredaban á la madre en concurso y con absoluta igualdad que los legítimos, á menos que la madre fuese ilustre; ley 5, título 57, libro 6 del Código.

Esta absoluta igualdad, por mas que segun la misma ley el concubinato fuese *licita consuetudo*, era tan inmoral como impolítica: ni las buenas costumbres ni el bien del estado pueden permitir que se atribuyan los mismos efectos y derechos al libertinage ó debilidad simplemente tolerada, que á la santidad del matrimonio, única fuente y tipo de las familias.

Tampoco puede justificarse la escepcion en el caso de ser la madre *ilustre*: las consideraciones de moralidad y decoro espuestas en la misma ley son realmente de pura vanidad: *non est satis acerbum* que la madre ilustre haya tenido estos hijos, sino el de negarles los derechos que se reconocen á los habidos en concubinato por una muger *liberæ conditionis ab homine libero*.

Con la misma igualdad que los legítimos heredaban los naturales á los parientes maternos; y como los derechos de sucesion son generalmente reciprocos, la madre y los parientes maternos heredaban en sus respectivos casos á los hijos y parientes naturales, ley 11, título 58, libro 6 del Código, y título 5, libro 3, Instituciones.

Muy otra y bien favorable era la condicion de los hijos naturales respecto del padre, pues únicamente le heredaban no quedando descendientes legítimos y viuda, y entonces no mas que en la sexta parte, aunque fuesen muchos, y habian de partirla con

1. Corresponde á la Seccion 5, capítulo 2, título 2 de las herencias.

su madre, llevándose esta *unius filii portionem*, Novela 89, capítulo 12, párrafo 4: de consiguiente, ni el padre ni los parientes paternos heredaban á los naturales, ni estos á ellos, diferencia que me parece injustificable, y que luego impugnaré.

El Fuero Juzgo calló sobre hijos naturales: el Real habla ya de ellos ó de los de barragana en oposicion á los de muger de bendicion, de su reconocimiento espreso y formal por el padre y de sus derechos, leyes 1, título 6, libro 3, 7, título 23, libro 4, y otras: en la 7 concede al hijo reconocido segun allí se previene el derecho de heredar todo lo de su padre en falta de descendientes legítimos; como esta ley, con razon ó sin ella, no ha tenido observancia, escuso alguna cuestion que se ha agitado sobre ella.

El Fuero de Sepúlveda, en sentir de un ilustrado contemporáneo, parece disponer que los hijos habidos en barraganas ó mancebas que se constituian tales con placer de sus padres ó parientes mas cercanos fuesen equiparados á los legítimos: igual ó semejante favor hallaríamos tal vez en otros Fueros, si esta investigacion pasara hoy de simple curiosidad.

Las Partidas copiaron servilmente el Derecho Romano: el padre y sus herederos debian alimentos al hijo natural: si aquel moria con hijos legítimos, no podia dejar al natural sino una parte de dote; muriendo tan solo con ascendientes, podia dejarle todo lo que no fuese legítima rigurosa de ellos. En la sucesion intestada del padre nada tenia el hijo natural, quedando descendientes legítimos; á falta de ellos, aun quedando viuda, heredaba una sexta parte que debia partir con su madre: la opinion y práctica mas comun del dia han convertido la sexta parte en un quinto.

Toda esta variedad y rigorismo para heredar al padre se convertia en sencillez, y en una inmoralísima indulgencia para heredar á la madre, pues que la heredaban *ab intestato* naturales y espúreos juntamente con los legítimos, á menos que la madre fuese ilustre, leyes 8 y 9, título 13, Partida 6.

La ley 9 de Toro, ó Recopilada 5, título 20, libro 10, desagrávió á la legitimidad ultrajada, estableciendo que solo en falta de hijos y descendientes legítimos fuesen los naturales y espúreos por su orden y grado herederos forzosos de la madre *ex testamento y ab intestato*.

La 10, tambien de Toro, y Recopilada 6, del mismo título, modificó la de Partida; autorizando al padre que muere sin hijos legítimos, pero con ascendientes, para dejar al hijo natural todos sus bienes, privando de su legítima á los segundos. Esta ley envuelve una chocante contradiccion: los colaterales no pueden obstar en caso alguno para la legítima de los ascendientes; los hijos naturales, si; y, á pesar de tanto favor, estos mismos hijos naturales son escluidos de la sucesion intestada del padre (salva la sexta parte) por los colaterales.

Sobre la sucesion de legítimos y naturales en línea colateral, la ley 12, título 13, Partida 6, copió tambien su original Romano: los hijos naturales no heredaban á los parientes por parte de padre, ni estos á ellos, pero sí á los parientes maternos, y viceversa, sin que en este caso obre efecto alguno la legitimidad; el natural mas cercano en grado escluye al pariente legítimo mas remoto; sin embargo, la misma ley contiene á favor de los hermanos de parte una escepcion injustificable, y que ha puesto en tortura á nuestros intérpretes.

Me he limitado á recapitular la legislacion Romana y Patria, sin tocar una sola de las innumerables dudas y cuestiones á que han dado lugar, ni examinar la justicia y consecuencia de sus disposiciones: pero seá-me permitida una observacion.

Yo no acierto á esplicar satisfactoriamente el exorbitante favor que aquellas legislaciones, y alguno de los Códigos modernos, conceden al hijo natural en la herencia de sus madres y parientes maternos, al paso que le escluyen total ó parcialmente de la de su padre y parientes paternos.

La madre es siempre cierta, y el padre no: esta es la única razon que se da como deci-

siva é incontestable; leyes 5, título 4, libro 2 del Digesto, y 11, título 13, Partida 6.

¿Pero no podría decirse otro tanto del matrimonio?

Además, esté ó no prohibida la investigación de la paternidad y maternidad, que bastase el concubinato, que fuese ó no necesario el reconocimiento judicial ó voluntario, el espreso ó el tácito, siempre será cierto que ha habido y no puede menos de haber en todos los casos un sello, ó tipo legal y especial, para determinar el carácter de hijo natural respecto del padre.

Y si lo hay, ¿á qué viene la vulgaridad de que *las madres siempre son ciertas*, para fundar tan chocante diferencia? Podrá haber en algunos casos esta certeza física y material, podrá también ser dudosa en otros: pero de todos modos, los efectos civiles deben regirse por la certeza legal, y cuando esta existe, así respecto del padre como de la madre, los efectos deben ser iguales.

Es por lo tanto racional, legal, y casi indispensable seguir en esto al Código Frances y otros modernos, que han abolido la diferencia mencionada.

Pero, autorizado en el artículo 143 el reconocimiento aislado del hijo natural por uno solo de los padres, la moral aconseja no dar al hijo en este caso los mismos derechos que al reconocido por el padre y la madre juntamente: la razón es que el primero puede proceder de una unión criminal, y ser adulterino, incestuoso ó sacrilego: en el segundo no caben estas sospechas, y reúne además la ventaja del doble vínculo: paso á los Códigos extranjeros.

El artículo 756 Frances comienza con una máxima absoluta: "*Los hijos naturales no son herederos*:" pero en el artículo siguiente, para el caso de no quedar descendientes legítimos, les concede sobre los bienes de su padre ó madre difuntos el derecho á una tercera parte de la porción legítima que les correspondería si fuesen legítimos; á una mitad cuando solo quedan ascendientes, hermanos ó hermanas, ó tres cuartas partes en todo otro caso.

Paso por alto las dudas y dificultades á que ha dado lugar el artículo 757.

En los discursos 52, 53 y 54 franceses, al tratarse de los dos artículos mencionados, se dice que la ley en ningún caso llama á los hijos naturales como *herederos*; que únicamente les concede sobre la sucesión de sus padres derechos proporcionados al valor de los bienes, que estos derechos son un crédito de los hijos; y una deuda contraída por los padres al tiempo de reconocerlos; que los hijos naturales están fuera de la familia.

No faltará quien diga que tanto favor y liberalidad en lo más importante (el patrimonio), y tanto remilgo y afectado escrúpulo en negar el título de heredero, se avienen mal con la realidad de las cosas y con la gravedad propia del legislador.

Mayor sencillez, verdad y consecuencia hay en el Derecho Romano y Patrio, usando de las palabras "heredar y heredero" siempre que conceden al hijo natural en los bienes de sus padres algún derecho fuera de los alimentos, aunque no pase de la sexta parte de los bienes, según la ley 8, título 13, Partida 6.

Así es que el Código Frances no ha sido imitado en esto por los modernos, salvo el Holandés en sus artículos 109 y 110.

El artículo 674 Napolitano dice: "Los hijos naturales heredan á su madre, pero no á su padre, á menos que hayan sido legalmente reconocidos, y en el caso que la ley admite la prueba de la paternidad."

"Ellos heredan la mitad de lo que heredarían si fuesen legítimos, cuando el padre ha dejado hijos, descendientes y ascendientes legítimos: dos tercios cuando existen colaterales en grado sucesible, y el todo si no existen."

El 951 Sardo: "Si el padre ó la madre no deja posteridad legítima ni ascendientes, pero sí otros parientes, el hijo natural hereda la mitad de los bienes; la otra mitad recae en los parientes:" según el 952, á falta de parientes en grado sucesible y de cónyuge, hereda todos los bienes.

El 912 de la Luisiana: "Los hijos natu-

rales, debidamente reconocidos por la madre, la heredarán á falta de descendientes legítimos, con esclusión del padre y madre, ascendientes y colaterales de la difunta."

El 913: "No heredarán al padre sino á falta de descendientes, ascendientes, colaterales y viuda, excluyendo al Estado."

El 546 de Vaud: "El hijo natural sucede en la totalidad de los bienes de su padre y madre, cuando estos no dejan ni parientes en grado sucesible, ni esposo."

El 754 Austriaco llama, como el Derecho Romano y ley de Partida, á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la herencia de su madre, y calla sobre la del padre: el Bávoro, libro 3, capítulo 12, número 11, llama á los naturales á toda la herencia de la madre, no quedando hijos legítimos; pero no heredan al padre sino en defecto de herederos legítimos.

El Prusiano, en su artículo 656, establece la misma absurda igualdad de naturales y legítimos respecto de la madre: en el 655 dice, que respecto del padre solo tienen derecho á reclamar alimentos hasta los catorce años: no quedando hijos de matrimonio de mano derecha ni izquierda, los naturales heredan al padre en la sexta parte, si han sido reconocidos voluntaria ó judicialmente.

Todos los Códigos están acordes en conceder alimentos al hijo natural cuando no es llamado á la herencia: el Frances, en su artículo 757, le favorece demasiado, pues bajo este concepto le da cierta porción de bienes aun en concurso de hijos legítimos.

En cuanto al derecho de los naturales para heredar á otros parientes fuera del padre ó de la madre, la legislación Romana y de Partidas era clara y sencilla: los naturales estaban igualados á los legítimos respecto de la madre y parientes maternos, de modo que el natural de mejor grado escluía al legítimo, á pesar del lenguaje dubitativo de Gregorio López, en su glosa 2 á la ley 12, título 13, Partida 6: veamos los Códigos modernos.

El artículo 756 Frances niega á los naturales todo derecho sobre los bienes de los

parientes de su padre ó madre; pero en los artículos 765 y 766 defiere la herencia del hijo natural; 1º, á su posteridad; 2º, al padre ó madre que le ha reconocido; 3º y último, á los *hermanos y hermanas naturales*, y á sus descendientes. De esto se infiere necesariamente que el natural no hereda en línea colateral sino á sus *hermanos y hermanas naturales*.

Los artículos 677 y 681 Napolitanos, el 917 de la Luisiana y 918 Holandes, disponen lo mismo que el 756 y 766 Franceses: la consecuencia debe ser la misma.

El 954 Sardo es aún más explícito: "Los hijos naturales, aunque reconocidos, no tendrán derecho alguno sobre los bienes de los parientes de su padre ó madre, ni estos parientes sobre los bienes de los dichos hijos naturales:" en los siguientes 955 y 966 defiere la herencia del hijo natural muerto sin posteridad á su viudo ó viuda, y al padre ó la madre que le reconocieron, y no habla del caso en que falten estos, y existan hermanos ó hermanas naturales.

Los Códigos Austriaco y Bávoro, admitiendo indistintamente á los naturales y legítimos á la herencia de la madre, como el Derecho Romano, parecen envolver la consecuencia de heredarse recíprocamente los naturales y parientes legítimos paternos.

De lo recapitulado sobre el derecho de los hijos naturales para heredar, puede inferirse por quién serán ellos heredados.

En Derecho Romano y Patrio lo eran á falta de posteridad por su madre y parientes maternos: el padre los heredaba en una sexta parte en los mismos términos y casos que los naturales heredaban al padre en dicha sexta parte, *authent. licet etc.*, á la ley 8, título 27, libro 5 del Código, y leyes 8 y 11, título 13, Partida 6, que en esta parte no fueron corregidas por la 9 de Toro, aunque dejó ya relevada la injustificable escepcion que hace la ley 12 del mismo título y Partida.

Según lo arriba espuesto, por los Códigos Frances, Napolitano, Holandés y de la Luisiana, los naturales son herederos gradual-

mente por su posteridad, por el padre ó la madre que los reconoció, y en línea colateral únicamente por los hermanos y hermanas naturales.

El Código Sardo calla absolutamente sobre la línea colateral; y el mismo silencio se advierte en el Bávaro, libro 3, capítulo 12; el de Vaud, artículo 550, en falta de padres del hijo natural, llama indistintamente á sus hermanos y hermanas, *legítimos ó naturales*, faltando así á la regla sobre reciprocidad de las sucesiones, pues que en los artículos 546 y 548 excluye á los naturales de todo derecho á heredar.

Segun los Códigos Austriaco y Prusiano parece que debe regir en este punto la legislación Romana.

En nuestro artículo 781 se han añadido para mayor claridad las palabras *aunque sean legítimos*, que recaen sobre los descendientes de hermanos y hermanas naturales.

NUMERO 18 (1).

Uso de la palabra *vientre*, porque el Diccionario la admite y hace sinónima de la de *feto*.

El Derecho Romano fué muy previsor y minucioso en esta materia, ya por su gravedad, ya por la frecuencia de los casos.

Los títulos 4, libro 5, el 4, 5 y 6 del libro 25, y el 9 del libro 37 del Digesto, están consagrados á los derechos del vientre y de su madre, pues que en ellos la palabra *vientre* se refiere, unas veces al feto, otras á la muger en cinta.

No deja de ser motivo de alguna confusión el tratarse en libros tan apartados de cosas y derechos que tienen un mismo origen, y se refieren á unas mismas personas: yo he creído consultar por la unidad, sencillez y claridad, reuniéndolos todos en este lugar, al que pueden hacerse referencias, cuando sea preciso indicarlos en alguna otra parte. Lo mismo pudo hacerse en Derecho Romano, que trata este punto al hablar de la petición de herencia, de los alimentos como efecto ó consecuencia del matrimonio, y de las sucesiones intestadas.

1. Corresponde al capítulo 1º, título 3, libro 3.

En nuestro Derecho, despues de la ley 3, título 6 del Fuero Real, solo encuentro otras tres que hagan al caso; la 7, título 22, Partida 3, y las 16 y 17, título 6, Partida 6; pero son leyes sueltas, y, por decirlo así, *incidentales*, que no tienen lugar propio ni objeto conocido. La 7 habla de la posesion y alimentos de la viuda en cinta por via de ejemplo, en el título de los juicios ó sentencias; las 16 y 17 hablan evidentemente del caso de morir uno *sin testamento* con parientes propincuos, y solo se ocupan en las minuciosísimas formalidades ó precauciones que hallamos en la ley 1, título, 4, libro 25 del Digesto, para evitar la suposicion del parto. Por Derecho Romano (título 9, libro 37 del Digesto) se daba la posesion de los bienes al vientre y en su nombre á la viuda; pero al mismo tiempo se nombraba al vientre y á los bienes un Curador y este daba alimentos á la viuda.

La ley 7, título 22, Partida 3, dice que la viuda "deve ser apoderada de aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura de que es preñada; é puede vivir é mantenerse en ellos;" la 17, título 6, Partida 6, da por supuesto que debe ser entregada ó posesionada de los bienes del muerto; pero ni una ni otra hablan del nombramiento de Curador.

Yo hallo en las disposiciones del Derecho Romano inutilidad, complicacion é inconsecuencia. ¿Por qué ha de darse la posesion á virtud de un derecho incierto y eventual, como lo es el hecho ó acontecimiento futuro de que depende? En todos estos casos el derecho lleva embebida tácita y necesariamente la condicion "si el vientre naciere y fuere de vida;" y por un derecho condicional, ni se da, ni debe darse la posesion.

Por otra parte, ¿cuáles son los efectos ó ventajas de esta posesion? La madre, poseedora á nombre del vientre, queda reducida á recibir los alimentos del curador; triste condicion, por cierto, para un poseedor y para una madre, á la que nosotros concedemos toda la dignidad y derechos del padre, cuando este ha muerto.

La ley 7, título 22, Partida 3, no encierra la estrañeza del nombramiento de curador; pero este silencio abre la puerta á una gran duda; ¿habrá de señalarse á la madre por alimentos una cantidad cierta de los frutos y rentas de los bienes, ó los percibirá y hará suyos por entero como poseedora de buena fé y á virtud de un título tan sagrado?

En vista de todas estas consideraciones me he decidido por un secuestrario ó administrador judicial bajo fianza, que poseerá á nombre de aquel, á quien bien pronto deberán ir los bienes: la viuda en cinta percibirá los alimentos sin responsabilidad alguna, sin cuidados ni trabajo, que podrian perjudicarle en su delicado estado. En el caso de existir coherederos, debe confiárseles la administracion por motivos de decoro, por el interés del mismo vientre, y porque, estando indivisa la herencia, ellos la poseen en todo.

He creído tambien conveniente, que hasta el parto ó el aborto se suspenda la division de la herencia, y claro es que hablo del caso en que existan coherederos del vientre.

No encuentro previsto este caso en las Partidas, pues la ley 16, título 6, Partida 6, supone el de hermanos ú otros parientes colaterales del difunto que dejó su muger en cinta, y dispone que, hasta ver el resultado del parto, no puedan entrar la herencia.

El Derecho Romano no solo previó el caso de existir coherederos del vientre, sino que distinguió si quedaban en cinta dos ó mas viudas de hermanos, tratándose de heredar á otro hermano; ó quedaban hijos con su madre en cinta, y se trataba de heredar al padre.

En el primer caso, no podian pedir los coherederos sino una parte incierta de la herencia, porque, habiendo mas de una viuda, no podia saberse el número de los que saldrían á luz; en el segundo por la razon contraria de quedar una sola viuda, y calcularse en tres el máximo de las criaturas de un

parto, podian pedir parte cierta, reservándose otras tres partes para el caso calculado.

Tanta sutileza y complicacion podian pasar en los libros de Jurisconsultos que respondian sobre casos particulares y raros; pero no dicen bien con la gravedad y sencillez del legislador, que solo debe dar reglas generales y para los casos ordinarios.

Aun tratándose de heredar á un hermano, podia quedar una sola viuda de otro hermano; la reserva de tres partes era excesiva, porque los partos de tres criaturas son rarísimos: habia, pues, de recurrirse casi siempre, á nueva particion, y siempre era provisional y pendiente del éxito del parto la primera que se hacia: ningun perjuicio irreparable se irrogaba por ella ni al vientre ni á los coherederos.

¿No es mas sencillo suspender la division por el corto período de la preñez, y hacerla una vez sola definitiva é irrevocablemente? Entre tanto los derechos é intereses de los acreedores quedan á cubierto con lo dispuesto en los artículos 796 y 798.

En los Códigos modernos, incluso el Frances, esta importante materia pasa casi desapercibida; únicamente en el de la Luisiana, artículos 414 al 417, y en el Austriaco, artículo 270, enumerándose los casos en que deba darse curador, se cuenta entre ellos el del *vientre ó niños por nacer*; pero sin añadir una sola palabra mas.

En el artículo 393 del Código civil Frances solo se dice de paso y como por incidencia: "si al fallecimiento del marido queda la muger en cinta, el Consejo de familia nombrará un curador al vientre. Cuando el hijo nazca, la madre será su tutora, y el curador quedará de pleno derecho tutor subrogado."

El libro 2 del Código de *procedimientos civiles* lleva por epígrafe: "Procedimientos relativos á la apertura de una herencia;" y, sin embargo, no se halla en todo él un solo artículo sobre esta materia.