

130 Frances, 170 Sardo, 252 Napolitano, 177 de Vaud, que añaden: "A menos que el hijo hubiese desistido formalmente de la accion, ó hubiese dejado pasar tres años desde el último acto del procedimiento sin continuarlo."

El artículo 320 Holandes omite lo del desistimiento, como que por sabido no merece mencionarse, y lo de la prescripcion, ó *perención* de la instancia, corresponde al Código de procedimientos segun el artículo 1978.

Los herederos, etc.: por la regla general de que todas las acciones, aun las personalísimas, que, como la de injurias, perecen por la muerte, *semel lite contestata etiam ad successores pertinent*. Ley 1 al principio, título 10, libro 47 del Digesto, y 23, título 11, Partida 7.

Podrán continuarla los acreedores y legatarios en el caso de pedir la separacion de bienes con arreglo á la seccion 6.ª capítulo 1, título 3, libro 3?

Parece que no, como no podrán continuar la de injurias, pues aunque indirectamente pueda en ciertos casos redundar de ellas algún lucro pecuniario, tienen por directo y principal objeto el honor del difunto al que son completamente estraños los acreedores y legatarios.

Y contestar: podia haberse omitido: las

fallecimiento del hijo.—Siempre que la presuncion de legitimidad del hijo fuere impugnada en juicio, durante su menor edad, el juez nombrará un tutor interino que le defienda. En dicho juicio será oida la madre.—La posesion de la filiacion legitima no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada en juicio ordinario, que admitirá los recursos que den las leyes en los juicios de mayor interés.—La posesion de la filiacion legitima no puede adquirirse por el que no la tiene, sino con arreglo á las prescripciones de los artículos 337 y 338, ó por sentencia ejecutoriada en los términos que expresa el artículo que precede.—Si el que está en posesion de los derechos de padre ó hijo legitimo, fuere despojado de ellos ó perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la que deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes, para que se le ampare ó restituya en la posesion.—Arts. 343 á 350, tit. 6, cap. 2.º, lib. 1.º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

escepciones y derechos de defensa fueron siempre perpétuos.

ARTICULO 116.

A los tribunales civiles compete exclusivamente el conocimiento de las contestaciones sobre el estado de hijo legitimo (1).

Véase lo espuesto en el 97 y 98. Lo mismo se establece en el artículo 326 Frances, 248 Napolitano, 167 Sardo y 322 Holandes, en el sentido de que la reclamacion de estado debe siempre preceder y fallarse antes que la accion criminal sobre falsificacion, supresion de parto etc.; porque, admitiéndose siempre en lo criminal prueba por testigos, vendria á eludirse la prohibicion de darle entrada en esta materia sin un principio de prueba por escrito.

ARTICULO 117.

La prueba de la filiacion no basta por sí sola para justificar la legitimidad, la cual se rige por las disposiciones del capítulo 6, título 3 de este libro (2).

Véase lo espuesto en el artículo 98 al 100 inclusive.

CAPITULO III.

DE LA LEGITIMACION.

ARTICULO 118.

Los hijos naturales se legitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Se comprende solamente bajo el nombre de hijos naturales, los nacidos fuera del matrimonio de padres, que al tiempo de la concepcion de aquellos, pudieron casarse, aunque fuera

1. Véase la nota que está puesta á fojas 74 de este tomo, que trata de quien es el juez competente en estos casos.—N. de los EE.

2. La prueba de la filiacion no basta por sí sola para justificar la legitimidad: esta se rige además por las reglas sobre validez de los matrimonios, y las establecidas en el capítulo 1.º de este título.—Art. 351, tit. 6.º cap. 2.º, lib. 1.º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

con dispensa; y deberá observarse lo dispuesto en el artículo 122 (1).

El 331 Frances dispone lo mismo que este nuestro y el siguiente, pero sin definir con la claridad que el nuestro, cuál deba ser tenido por hijo natural, y se contenta con decir, que pueden ser legitimados por el subsiguiente matrimonio los hijos nacidos fuera de él menos los incestuosos y adúlteros. Le copian el 327 Holandes, 253 Napolitano: el 178 de Vaud, en lugar de *podrán*, dice *serán legitimados*: el 171 Sardo admite además la legitimacion por rescripto del Príncipe: en el 172 enumera los hijos excluidos de toda legitimacion, presentando un singular y repugnante contraste en sus números 1 y 3: en el 173 enumera los que solo pueden ser legitimados por rescripto del Príncipe, tambien admiten esta segunda especie de legitimacion de los Códigos Bávaro, Austriaco y Prusiano, aunque limitando sus efectos.

Los Romanos no solo reconocieron estas dos especies de legitimacion, sino otra tercera *per curia dationem*, y aun se ha pretendido descubrir otra cuarta por testamento en la Novela 74, capítulo 2, por instrumento público, Novela 117, capítulo 2: todo esto fué

1. Solo pueden ser legitimados los hijos naturales.—El único medio de legitimacion es el subsiguiente matrimonio de los padres; y este produce sus efectos, aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio.—El subsiguiente matrimonio legitima á los hijos, aunque sea declarado nulo, si uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fé al tiempo de celebrarlo.—Son hijos naturales los concebidos fuera del matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podian casarse, aunque fuera con dispensa.—Arts. 352 á 355, tit. 6, cap. 3, lib. 1.º cód. civ. vigente.

La comision dice que el capítulo 3 trata de la legitimacion y que esta solo se concede por subsiguiente matrimonio, advirtiendo que si éste último se anula, la legitimacion habiendo habido buena fé, es justo que subsista porque nunca debe equipararse el error con el crimen. Además dice la espresada comision, que el reconocimiento del hijo natural es necesario para la legitimacion; porque de otra manera, no descansaria esta en un fundamento tan sólido como la confesion de los mismos padres.—N. de los EE.

Tom. I.

copiado servilmente en la ley 4 y siguientes del título 15, Partida 4.

El Emperador Constantino fué el autor de la legitimacion por subsiguiente matrimonio, pero solo de los hijos entonces nacidos, no de los que nacieran despues, porque su ánimo fué fomentar el matrimonio, no el concubinato: el Emperador Zenon renovó en los mismos términos la Constitucion de Constantino por la ley 5, título 27, libro 5 del Código; pero en la siguiente ley 6 el Emperador Anastasio hace estensivo el beneficio á todos, *progenitos, seu procreandos*; y desde entonces quedó esta legitimacion como derecho comun y ordinario.

Todas las legislaciones, inclusa la canónica, lo admitieron bajo el mismo concepto: una sola, á saber, la Inglesa, lo ha desechado por considerarlo como un fomento del concubinato.

Pero mas de una vez la inflexibilidad de las máximas aleja para siempre de la virtud al que hubiera vuelto fácilmente á ella, siendo llamado por la dulzura é indulgencia. Las fragilidades ó estravios en esta materia son inevitables; el orden público y la moral interesan en hacerlos cesar, apelando á la ternura de los padres hácia sus hijos y á su mútuo cariño para estrecharlos en una union santa. Así, la muger débil ó seducida logra reparar su falta, y se hace digna de los honrosos títulos de esposa y madre, y los hijos recobran todas las prerogativas de la legitimidad, cuando de otro modo no quedaria á los padres mas que la triste alternativa de continuar en su comercio ilícito, ó de separarse por fastidio, quedando deshonrados ellos y sus hijos. En suma; esta legitimacion, lejos de apartar del matrimonio, es un llamativo permanente hácia él, y un medio santo de reparar males inevitables. El pueblo, que no ha adoptado la legitimacion por el subsiguiente matrimonio so pretesto que favorece el concubinato, afecta necesariamente creer que la reforma es el alimento del desorden, y el arrepentimiento el atractivo del vicio.

Únicamente: queda, pues, desterrada la

18.

legitimacion por rescripto del Príncipe, elevada por Justiniano á derecho comun en la Novela 74, capítulo 2, y 89, capítulo 9, aunque en casos extraordinarios y por causas graves la habian concedido antes otros Emperadores, segun la ley 57, párrafo 1, título 2, libro 23 del Digesto.

Nuestras leyes la habian adoptado; pero nuestra nueva organizacion política la rechaza. La tal legitimacion no era un uso, sino un abuso de la soberanía usurpada.

Y como los abusos de usurpacion no tienen límites, se llegó hasta legitimar á los hijos adulterinos; y los autores lo justificaban, escribiendo con simplicidad que, siendo los Príncipes superiores á las leyes, no se les podia disputar el derecho de dispensarlas.

En toda sociedad, en que la ley sola regula el estado de los ciudadanos, ninguna autoridad puede conceder los derechos de filiacion legitima, cuando aquella los niega.

Ni el mismo matrimonio subsiguiente podria darlos, si la ley no le concediera expresamente este privilegio, porque en el orden natural y social nada puede producir efecto ó consecuencias antes de haber existido.

A estas concluyentes observaciones de un célebre orador y juriconsulto, solo añadiré yo, que en el Ministerio de Gracia y Justicia obran particularmente respecto de nuestras colonias, los mas escandalosos ejemplares de este abuso: legitimaciones de hijos á la par sacrilegos y adulterinos, por mayor ó menor cantidad de dinero!

Aunque fuera con dispensa. El subsiguiente matrimonio, previa dispensa, sobre todo in radice ¿legitimaba para los efectos civiles á los hijos nacidos antes de ella?

En esta cuestion se hallaban divididos los civilistas y canonistas: los primeros opinaban en general por la negativa (salvo un caso que no dejaba de tener algo de metafísico), y la letra de la ley 11 de Toro favorecia esta opinion: sin embargo, se vacilaba en la práctica. Elizondo, en su *práctica universal forense, capítulo 8, parte 2ª*, trató es-

te punto con la erudicion y confusion que respira toda su obra.

Nuestro artículo corta todas las dudas y cuestiones anteriores, como tambien las que actualmente se agitan en Francia, y pueden verse en Rogron al artículo 331. Por la dispensa se retrotrae el matrimonio; y la ley contrayéndose á los efectos civiles, finge que existía ya entonces. Los motivos son el favor que se debe á los hijos inocentes, fruto de una union ilícita, pero no criminal; que el matrimonio se contrae por consideracion á ellos; y quitado este estímulo ó recompensa, probablemente dejaria de contraerse.

Pero lo de dispensa no habla con los hijos sacrilegos, pues en el artículo 132 son equiparados ó los adulterios é incestuosos con impedimento no dispensable.

El matrimonio putativo del artículo 93 surtirá los efectos de la legitimacion respecto de los hijos habidos antes de su celebracion?

Algunos lo han negado, tocando este punto de paso, y sin dar razon satisfactoria; yo opino en contrario.

El artículo citado atribuye al tal matrimonio todos los efectos civiles en favor de los hijos de los contrayentes, sin distinguir entre los habidos antes y despues.

Ademas, ¿cómo un mismo matrimonio ha de producir diferentes efectos entre los hijos de unos mismos padres habidos con la misma buena fé? Los hijos habidos antes han sido probablemente la causa impulsiva del matrimonio, y la intencion de legitimarlos es evidente en los padres, pues han seguido el camino santo que para este efecto les marcaba la ley.

Lo dispuesto en el artículo 122. El reconocimiento es, segun el artículo siguiente, un requisito indispensable para esta legitimacion; y no puede ser reconocido el hijo habido por un tío en su sobrina carnal: lo mismo debe decirse del habido en la tia por un sobrino.

Sororis pro neptem non possum ducere uxorem, quia parentis loco ei sum, dice la ley 39, título 2, libro 23 del Digesto. El

tío ocupa frecuentemente el lugar del padre, y desde entonces debe llenar los deberes de tal. La tia no es siempre estraña á los cuidados de la maternidad. Los deberes del tío y los cuidados de la tia casi nunca podrian conciliarse con los procedimientos menos serios, que preceden y preparan el matrimonio.

Por estos delicados motivos de pudor y moralidad habia prohibido el Derecho civil que se casaran: en los mismos se funda la única escepcion de este artículo y del 122, aunque segun el derecho canónico sea dispensable este impedimento. Pero no se estiende mas allá de los tíos y sobrinos carnales, á pesar de que el impedimento civil era mas lato, párrafo 3, título 10, libro 1, Instituciones: el artículo 173 Sardo, en su número 1, prohíbe tambien que sean legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos de tíos y sobrinos carnales; "Los nacidos de personas que al tiempo de la concepcion estaban ligados con vínculo de parentesco en tercer grado ó en segundo de afinidad por computacion civil."

ARTICULO 119.

Para que la legitimacion tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle necesariamente antes de la celebracion del matrimonio, ó en el acto de celebrarlo (1).

Es la segunda parte de los artículos estraños citados en el nuestro anterior.

El subsiguiente matrimonio legitimaba hasta ahora *de pleno derecho*, porque, estan-

1. Para legitimar á un hijo natural, los padres deben reconocerle expresamente ántes de la celebracion del matrimonio, ó en el acto mismo de celebrarlo, ó durante él; haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta ó separadamente.—Si el hijo fué reconocido por el padre ántes del matrimonio, y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita el reconocimiento expreso de esta, para que la legitimacion surta sus efectos legales por el subsiguiente matrimonio.—Tampoco se necesita el reconocimiento del padre, si se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.—Arts. 356 á 358, tít. 6, cap. 3, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

do permitida la investigacion de la paternidad natural, podia el hijo probarla aun despues de celebrado el matrimonio, y á pesar de la oposicion de sus padres.

Ahora está prohibida hasta la investigacion de la maternidad, segun el artículo 127: no hay hijo natural sin reconocimiento previo y voluntario, salvas las escepciones del artículo 131, y conviene que el reconocimiento, preceda ó acompañe al matrimonio.

Estas dos épocas no son sospechosas, pues precisamente el objeto primario del matrimonio es la procreacion de hijos, pero la ley desconfia del reconocimiento posterior, porque es posible que dos casados sin hijos, ni esperanza de tenerlos, y que echen de menos las dulzuras de la paternidad, se confabulen para reconocer como hijo natural á quien realmente no lo es.

La vergüenza ó miedo para el reconocimiento anterior ó simultáneo no deben tomarse en cuenta, porque nada puede dispensar de obedecer á la conciencia, y llenar los deberes de la naturaleza, ni las familias deben quedar en continua incertidumbre: vé el capítulo 3, título 12 de este libro.

ARTICULO 120.

Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son iguales á los legítimos para todos los efectos legales (1).

333 Francés, 219 de la Luisiana, 254 Napolitano: el 176 Sardo dice que "los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio tendrán desde el día de su celebracion, los mismos derechos que los hijos legítimos:" 180 de Vaud, 332 Holandes; el 161 Austriaco sienta la misma doctrina que el 176 Sardo.

Filii per subsequens matrimonium legitimati habebant in universum jura legitimorum liberorum perinde ac si tales non facti, sed nati fuissent, Voet, número 6, tí-

1. Los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos; y los adquieren desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.—Art. 359, tít. 6º cap. 3, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

tulo 7, libro 25, con muchas citas de leyes y Novelas.

Otro si, *son* legítimos los hijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues se casa con ella;" ley 1, título 13, Partida 4: "son legítimos verdadera y realmente, y no por ficcion," dice Gregorio López en su glosa 7.

En esta materia se agitaban antes dos cuestiones, que si bien han perdido mucho de su importancia por la abolicion de los mayorazgos, pueden no obstante renovarse.

Cuando son llamados á la sucesion los hijos con la adiccion de procreados y nacidos de legítimo matrimonio, sucederán los legítimos por subsiguiente matrimonio?

La afirmativa ha sido la opinion comun: puede verse á Gregorio López en la glosa 9, á la citada ley 1, y en la 10, á la ley 2, título 15, Partida 2, así como á Molina, número 10, capítulo 1, libro 3. Yo he visto ejecutoriada esta opinion por la Sala segunda del Supremo tribunal de Justicia en un pleito á que yo asistí sobre la sucesion de la Baronia de

Los dos autores citados, en vez de aducir razones, se contentan segun costumbre de entonces con enumerar una larga cáfila de otros: pero mi conviccion es tan íntima y arraigada en este punto, que tendria por nula, como contraria á las leyes y buenas costumbres, la exclusion de los legítimos por subsiguiente matrimonio, aun cuando la ordenara espresamente el fundador ó testador: (Gregorio López la tiene por válida, glosa 10, á la ley 2, título 15, Partida 2).

El matrimonio y sus efectos son de derecho público, y este no puede variarse por disposiciones ó pactos particulares. La ley al igualar en todo á los legítimos de esta especie con los legítimos se propone el fin santo de hacer cesar un comercio ilícito y estimular fuertemente al matrimonio: disminuir de cualquier modo la plenitud de derechos, el premio ó prima que concede la ley, equivale á contrariar su espíritu y santo objeto.

La segunda cuestion abrazaba este caso:

Pedro hubo un hijo natural de Juana, y sin embargo casó con Joaquina, de la que hubo un hijo legítimo: pero, muerta Joaquina, volvió á casar con Juana, legitimando por este medio al hijo natural: ¿deberia este suceder en el mayorazgo por ser de mayor edad y escluir al hijo legítimo de Pedro y Joaquina?

Molina, al número 7 del capítulo citado, se decide en este caso por el legítimo contra el legitimado, asegurando que esta es la opinion verdadera y comun, la que debe seguirse en las consultas y fallos; cita una letrada de autores, pero sin ocultar que Don Diego Covarrubias y otros siguen la contraria: Gregorio López, en la glosa 9 de la ley 1, título 13, Partida 4 opina como Molina.

Toda la razon de Molina consiste en que el legítimo adquirió independientemente de la voluntad de su padre el derecho de primogenitura para suceder en el mayorazgo, y el efecto retroactivo de la legitimacion no puede estenderse en perjuicio de este derecho. Pero el derecho de primogenitura no principia á surtir efectos sino cuando el padre ha muerto, y entre tanto se halla suspenso el derecho del primogénito.

Al morir el padre aparece ya que el legítimo es primogénito, no solo en el orden natural, sino en el civil, por la ficcion de derecho que retrotrae su legitimacion al tiempo de la concepcion ó nacimiento, y los hace para todos los efectos tan plenamente legítimos como si hubiesen nacido tales.

El derecho de primogenitura (se dice) no puede quitarse por el padre: cierto, pero tampoco puede quitarse el de la legítima; y en el caso arriba propuesto podrá haber muchos hijos naturales de Juana, que disminuyan, y casi anulen, la legítima del hijo de Joaquina.

Finalmente; aquí no se trata de quitarse el derecho de primogenitura por la simple disposicion del padre, sino de fijar quién deba gozar de aquel derecho, y ser reputado primogénito al morir el padre, que es cuando se abre la sucesion.

Las leyes Romanas no pudieron ocuparse

de esta cuestion, por no reconocer los mayorazgos; las nuestras han dejado en pié las notabilísimas palabras de la ley 1, título 13, Partida 4. "Son legítimos los hijos etc.:" por todo lo dicho en esta y en la anterior cuestion las habria yo decidido siempre en favor de los legítimos: la letra y espíritu de nuestro artículo las ha cortado en este mismo sentido no reconociendo diferencia alguna para los efectos legales entre legítimos y legitimados.

Pero no se infiera de esto que lo pasado en la familia del padre ó madre despues del nacimiento y antes de la legitimacion del hijo ha de quedar sujeto á nulidad, revocacion ó reduccion, como si hubiera pasado existiendo realmente hijos legítimos: en esto se funda la disposicion del artículo 960: vélo en él expuesto.

ARTICULO 121.

La legitimacion puede hacerse tambien en favor de los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio han fallecido, dejando descendientes, en cuyo caso aprovechará á estos (1).

332 Frances, 218 de la Luisiana, 254 Napolitano, 179 de Vaud, 334 Holandes.

La disposicion ó doctrina de este artículo fué disputada en Derecho Romano; el artículo consagra la opinion comun entre los intérpretes, que es la más conforme á los principios generales de derecho y á los dictados de la equidad. Yo me asombro de que Gregorio López se decida por la negativa en la glosa 9, á la ley 1, título 13, Partida 4, sobre una simple autoridad: más cuerdo Molina al número 9, capítulo 1, libro 3, abraza la afirmativa como verdadera: *atque acquitate plena: sicut enim ex matrimonio subsequenti filius naturalis, si viveret, legitimus*

1. Pueden ser legítimos los hijos que, al tiempo de celebrarse el matrimonio, hayan fallecido, dejando descendientes.— Pueden serlo tambien los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara: que reconoce al hijo de quien la muger está en cinta; ó que le reconoce, si aquella estuviere en cinta.—La legitimacion de un hijo aprovecha á sus descendientes.—Arts. 360 á 362, tit. 6, cap. 3, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

efficeretur, ita etiam nepos legitime ex natus, eo mortuo, avo legitimus efficitur.

Es bien justo dar este consuelo á los hijos del que, durante su vida, fué privado injustamente de él. Por este medio la ley conserva en la familia unos bienes que pasarian á estraños, y repara en cierto modo el agravio que su abuelo habia hecho á la memoria de su padre por un silencio demasiado largo, y cuyo efecto habia sido arrebatarles su estado.

La ley ha querido por la legitimacion crear un gefe de familia: si este gefe ha dejado de existir, deben ser admitidos sus descendientes á representarlo.

En fin, esta medida es buena, puesto que es justa, y solo haciendo resplandecer en las leyes el espíritu de justicia, es como se les concilia el amor.

CAPITULO IV.

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES.

ARTICULO 122.

Los padres de un hijo natural podrán reconocerle de comun acuerdo.

No podrá ser reconocido el hijo habido por un tio en su sobrina carnal (1).

En mi sistema no se admitia este reconocimiento, ni habia hijos naturales sino para su legitimacion por el subsiguiente matrimonio de sus padres; no se sabia de la falta sino en el momento mismo de su reparacion.

De comun acuerdo: pero en este caso habrán de probar el requisito del artículo 118: si uno solo de sus padres reconoce, véase el artículo siguiente.

Ningun Código ha prohibido, ni podido prohibir el reconocimiento de comun acuerdo: en Derecho Romano, y en el nuestro, es-

1. Solo el que tenga un año mas de la edad requerida para contraer matrimonio, puede reconocer á sus hijos naturales.—Los padres de un hijo natural pueden reconocerle de comun acuerdo.—Arts. 363 y 364, tit. 6, cap. 4, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.