

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 adición 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 aequitate 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.

ta era la disposición normal: la paternidad y la maternidad eran cosas inseparables.

Pero obsérvese, que, aun en el reconocimiento por comun acuerdo, si no tiene por objeto inmediato la legitimación previa dispensa, habrá el escándalo conocido y público de que los padres podrán continuar un comercio incestuoso, y los hijos, que realmente sean tales, gozarán de los derechos de hijos naturales: el favor concedido para el caso de legitimación en el artículo 118 y para poner fin al escándalo, no debía estenderse aquí para continuarlo.

No podrá ser reconocido: véanse los motivos al final del artículo 118.

ARTICULO 123.

Para el reconocimiento por uno solo de los padres bastará que el que le reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte dias de los trescientos que precedieron al nacimiento; la ley presume para este caso que el hijo es natural (1).

Viene á ser el artículo 336 Frances, 223 de Luisiana, 259 Napolitano, 181 Sardo y 339 Holandes: en el artículo anterior he notado los inconvenientes del reconocimiento por comun acuerdo.

Este artículo con los 125, 126 y 127, que son sus consecuencias, abre la puerta al reconocimiento de hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos: por lo tanto son de más bulto y pueden ser de mucho mayor escándalo los inconvenientes del reconocimiento aislado, ó por uno solo de los padres: la madre soltera ó viuda podrá reconocer al hijo que hubo de un casado: el tío y sobrina carnales, y hasta el hermano y hermana al fruto de su union incestuosa: ¿diré todavía más? A la sombra de este artículo podrá ser reconocido y pa-

1. Para el reconocimiento por uno de los padres, bastará que el que reconoce, haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte dias que precedieron al nacimiento. La ley presume para este caso que el hijo es natural.—El reconocimiento no produce efectos legales sino respecto del que lo hace.—Arts. 365 y 366, tít. 6, cap. 4, lib. 1.º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

sará por hijo natural el fruto del incesto en línea recta!!

El escándalo llegará á su colmo en los pueblos cortos, donde es casi imposible ocultar la verdadera filiación; y la repugnante latitud de este artículo contrasta con haber mejorado la condicion de los hijos naturales en las herencias intestadas sin hacerse más que la pequeña diferencia del artículo 777 entre los reconocidos de comun acuerdo, y por uno solo de los padres.

No se ocultaron, ni pudieron ocultarse á los legisladores franceses tamaños inconvenientes, y tan horribles eventualidades; sin embargo, de los tres discursos motivados sobre el título *de la paternidad y filiación*, solo en el 27 se presta alguna atención á ellos, y se hace como de paso y con vergüenza. "Fácil es de ver (se dice), todo lo que puede producir esta facultad de una declaración solitaria. Pero vale más para la sociedad tolerar lo que ella ignora, que saber lo que debe castigar." Tengo por completamente falso y frívolo este raciocinio, tanto bajo el aspecto de la verdad, como de la moralidad.

En cualquiera de los primeros ciento veinte dias: vé el comentario del artículo 101 sobre las palabras *en los primeros ciento veinte dias*. La naturaleza no varía su curso y leyes porque el hijo sea ó no legítimo: los períodos de ciento ochenta y de trescientos dias, favorables á la filiación legítima, deben también favorecer á la natural: siempre que según las leyes de la naturaleza pueda presumirse que el hijo es natural, ó pudo ser concebido siendo libre el padre que lo reconoce, ha de admitirse esta interpretación ó presunción benigna, sobre todo, en favor del hijo inocente; *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* 56 de *regulis juris*: pero esta presunción es simplemente *juris* y cederá siempre á la prueba en contrario: vé el artículo 127.

ARTICULO 124.

El reconocimiento de un hijo natural ha de hacerse en la partida de su nacimiento, en escritura pública, ó en testamento.

De otro modo no producirá efecto en derecho (1).

334 Frances, 221 de la Luisiana, 336 Holandes, 257 Napolitano, el 180 Sardo permite que el instrumento auténtico de reconocimiento sea anterior al nacimiento; y este es también el espíritu de nuestro artículo, como lo es el del 334 Frances según lo tiene declarado el tribunal de Casación.

Entre los romanos no fué necesario el reconocimiento, puesto que no había otra fuente de la filiación natural que el concubinato.

La doctrina romana sobre este punto pasó íntegra al título 14, Partida 4; pero variaron las costumbres y sobrevinieron dudas: para cortarlas se dió la ley 11 de Toro, que exigía que el padre reconociese al hijo, cuando no hubiera tenido en su casa á la muger de quien lo hubo.

Peró aun despues de esta ley, no solo no se creyó necesario que el reconocimiento se hiciera por instrumento auténtico, en lo que seguramente no se faltaba á la ley, sino que se estimó por bastante el reconocimiento tácito, burlando el espíritu y objeto de aquella, y comprometiendo el reposo de las familias con pleitos escandalosos.

El artículo 124 unido al 127 fija clara y terminantemente esta materia, previniendo toda cuestion y duda para lo sucesivo: el reconocimiento será voluntario sin que sea permitida la investigación de la paternidad; pero ha de ser espreso y hacerse en instrumento público.

Un acto tan precioso, y que debe servir de título al hijo natural, no podia ser abandonado á la débil garantía que resulta de un reconocimiento privado, y por otro lado convenia poner á las familias al abrigo de toda sorpresa. La solicitud y consecuencia de la

1. El reconocimiento de un hijo natural solo producirá efectos legales, si se hiciere de alguno de los modos siguientes:—I. En la partida de nacimiento, ante el juez del registro civil.—II. Por acta especial ante el mismo juez.—III. Por escritura pública.—IV. En testamento.—V. Por confesion judicial directa y expresa.—Art. 367, tít. 6, cap. 4, lib. 1.º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ley en este punto han ido todavía mas lejos como puede verse en el capítulo 3, título 12 de este libro.

Partida de su nacimiento, etc. Vé el artículo 336, número 6. El objeto y espíritu del artículo son que el reconocimiento se haga en instrumento público, según está definido en el artículo 1199: la partida, testamento y escritura pública, aquí enumeradas, no son mas que especies de instrumentos públicos: pero el artículo citado es mucho mas general y lato. Las partidas de nacimiento, como todas las demas del título 12, son instrumentos públicos y hacen fé en juicio según el artículo 346: el testamento, aún ológrafo, y nuncupativo, lo es también despues de evacuadas las diligencias prevenidas en las secciones 1 y 2, capítulo 3, título 1 del libro 3; y además, envolveria contradicción darle fuerza de testamento para unas cosas y para otras no. Sin embargo, Rogron al artículo 970 Frances, cita por la negativa un fallo del tribunal de Casación.

El reconocimiento puede hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, con tal que de ellos aparezca suficientemente la intención de hacerlo: basta, pues, la simple indicación *de hijo natural suyo* que haga el testador en la persona del legatario: pero la revocación del testamento no dejaria sin efecto el reconocimiento, porque este no seria mas que la declaración de un hecho, y el principio de esta declaración no existe en el testamento sino en el hecho mismo de la paternidad; y el estado que el hijo ha adquirido por esta declaración, no debe ya quedar pendiente de la inestabilidad de la voluntad del testador.

Aunque el reconocimiento ha de ser voluntario, esto no regirá en los casos excepcionales del artículo 131; y podrá siempre ser atacado por el mismo que lo hizo si medió fraude, error ó violencia.

De otro modo no producirá efecto. Será, pues, enteramente nulo el reconocimiento hecho en instrumento privado, y no producirá ninguno de los efectos designados en el artículo 130. Sin embargo, si el instru-

mento privado de reconocimiento contuviera al mismo tiempo una promesa de alimentos, ó de alguna cantidad, podría declararse válido en cuanto á esta; pues aunque la declaración de paternidad sea nula para atribuir el título de hijo natural al que es objeto de ella, puede no obstante ser considerada como causa de la obligación especial consentida en el mismo instrumento.

ARTICULO 125.

Cuando el padre y la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podrán revelar, en el acto del reconocimiento, el nombre de la persona con quien la hubo, ni espresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida (1).

Vé el artículo 340 y lo en él espuesto, y al número 6 del 356. Este artículo es una consecuencia del 127: prohibida la investigación de la paternidad, no pueden permitirse en el reconocimiento aislado designaciones de nombres ni de circunstancias, que solo pueden conducir á la difamación y al escándalo.

ARTICULO 126.

El párroco y el escribano, cada uno en su caso, no podrán autorizar un documento en que se contravenga á lo dispuesto en el artículo anterior, bajo la pena de 25 á 100 duros.

Ademas se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelacion (2).

1. Cuando el padre ó la madre reconozcan separadamente á un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fué habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser conocida. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio.—El juez del registro civil, el ordinario en su caso y el notario que consientan en la violación del artículo que precede, sufrirán las penas señaladas en el artículo 64.—Arts. 368 y 369, tit. 6, cap. 4, lib. 1.º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Véase la nota anterior que concuerda con el presente artículo; respecto á las penas que señala el artículo 64 citadas en la espresada nota, diremos: que dicho artículo previene que la falsificación de las actas y la inserción en ellas de circunstancias ó declaraciones prohibidas por la ley, causará la destitución del juez, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito de falsedad y de la indemnización de daños y perjuicios.—N. de los EE.

Encierra la sanción penal para el caso de contravenirse por el párroco ó escribano al artículo anterior.

Se tacharán de oficio: es decir que podrá mandarse de oficio por el juez que se tachen sin que sea necesaria reclamación de parte; pero ni el párroco ni el escribano podrán tacharlas por su propia autoridad: y si se tratase de una partida de nacimiento, habrá de observarse lo dispuesto en el capítulo 6, título 12 de éste libro.

ARTICULO 127.

Se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Sin embargo, todo reconocimiento del padre ó de la madre, ó de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, despues de muerto el que hizo el reconocimiento. (1).

1. Se prohíbe absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra del hijo.—Este sin embargo puede reclamar la paternidad únicamente en el caso de hallarse en posesión de su estado civil, conforme á lo dispuesto en el artículo 335 citado en la nota que obra á fojas 105 de este tomo.—Solamente el hijo tiene derecho de investigar la maternidad, para obtener el reconocimiento de la madre; y únicamente podrá hacerlo, concurriendo las dos circunstancias siguientes:—1.º Que tenga en su favor la posesión de estado de hijo natural de aquella:—2.º Que la persona cuya maternidad se reclame, no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento.—La posesión de estado, para los efectos del artículo anterior, se justifica probando el hijo por los medios ordinarios, que la pretendida madre cuidó de su lactancia y educación y que lo reconoció y trató como á hijo.—La obligación contraída de dar alimentos no constituye por sí sola prueba ni aun presunción de paternidad ó maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar estas.—Todo reconocimiento puede ser contradicho por un tercer interesado, despues de muerto el que lo hizo.—Si la madre contradice el reconocimiento que un hombre haya hecho ó pretenda hacer de un hijo que ella reconoce por suyo, bastará, su sola contradicción para invalidar aquel reconocimiento, con tal de que el hijo consienta en reconocerla por madre. En este caso no conservará el hijo ninguno de los derechos que le haya dado el referido reconocimiento.—Arts. 370 á 376, tit. 6, cap. 4, lib. 1.º cód. civ. vigente.

La comisión manifiesta que al establecer las

El 340 Frances prohíbe la investigación de la paternidad; el 341 permite la de la maternidad; lo mismo el 263 y 264 Napolitanos, y el 342 y 343 Holandeses: el 187 de Vaud admite también la de la paternidad; el 185 Sardo solo en dos casos: el 226 de la Luisiana la permite á favor de los hijos libres y blancos; y aun á favor de los hijos *de color* libres, si el que buscan por padre es hombre *de color*: por manera que en aquel Código la justicia varía segun el *diverso color* de las personas:

Por Derecho Romano y de Partidas solo el concubinato, que tenia sus formas y caracteres peculiares como el matrimonio, fijaba la suerte del hijo natural: fuera del matrimonio y concubinato, la unión entre dos personas libres constituía el delito público de estupro, y los hijos nacidos de este no eran naturales á pesar de la libertad de los padres, ley 3, título 1 libro 25 del Digesto.

Vé lo espuesto sobre la ley 11 de Toro en el artículo 124: con razón ó sin ella, interpretando bien ó mal la ley, lo cierto es que la investigación de la paternidad fué cosa corriente en la práctica, y que la mencionada ley reputó naturales los hijos procedentes de estupro contra lo establecido por toda la legislación anterior Romana y Patria.

Esta innovación era conforme al derecho canónico, por el que se consideraba natural al hijo habido *ex soluto et soluta*; y aunque ni la ley 11 de Toro, ni otra alguna, había revocado las penas contra el delito de estupro

reglas contenidas en los artículos citados en las notas precedentes respecto al reconocimiento de los hijos naturales, lo hizo por considerarlas todas de justicia y conveniencia reconocidas: que al prohibirse la investigación de la paternidad exceptuó dos casos, el primero el rapto ó violencia, y el segundo el hallarse el hijo en posesión de su estado; porque el primero, concurriendo las circunstancias que se exigen, hay un dato fijo de donde partir, y una justa reparación que pretender; y en el segundo hay casi una prueba, que unida á otras, justificará plenamente la filiación: que respecto á la maternidad puede investigarse bajo ciertas condiciones; porque es más fácil y porque no ofrece tantos peligros.—N. de los EE.

TOM. I.

pro, llegó igualmente á prevalecer en los tribunales la disposición canónica de que el estuprador dotara ó se casara con la estuprada y reconociera la prole: así quedó completamente por tierra la antigua legislación sobre estupro.

Pero la opinión ilustrada comenzó á revelarse contra la doctrina del derecho canónico y la práctica de los tribunales, acusándolas de injusticia y de inmoralidad.

La ley recopilada 11, título 10, libro 3, al número 9, amplifica y realza estos cargos; y manda *repeler absolutamente las querrelas de estupro por ser motivo de escándalo y de corrupción de costumbres*. Esta ley es de 31 de mayo de 1795; y aunque por la 4, título 29, libro 12, que es de 30 de octubre de 1796, y fue mandada guardar por Real orden de 28 de agosto de 1829, se ve que continuaba la práctica segun el derecho canónico, todavía se desprende de la misma que pendía en el Consejo algun expediente de reforma sobre esta materia; por manera que, á no dudar, el espíritu de aquella época, era desfavorable á las estupradas.

¿Cómo un mismo delito cometido por dos personas puede ser castigado en una y recompensado en otra?

Mujeres impudentes, que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor ó inesperienza de la juventud, como sobre la debilidad de la vejez, y á veces, como yo he visto, sobre la imbecilidad ó mengua intelectual de algun desdichado, escandalizan todos los días al público y á los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron, y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y único objeto de su pretendida seducción; porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre.

La paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio; en la imposibilidad de obtener este signo ó sello natural se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de este se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad!

19.