

rian los inconvenientes de la innovacion, y se salvarian tácita y delicadamente los derechos de la autoridad temporal para lo sucesivo.

### NUMERO 2 (1)

#### HIJOS NATURALES: SUS REQUISITOS.

En los Códigos antiguos se encuentra acerca de hijos naturales una gran ventaja sobre los modernos; á saber: la definicion clara y exacta que dieron de los tales hijos.

Por Derecho Romano lo fueron únicamente los habidos en concubinato, cuya índole y condiciones legales eran clarísimas.

El concubinato era permitido ó tolerado, *licita consuetudo* segun la ley 6, título 57, libro 6 del Código: el título 26, libro 5 del mismo, y el 7, libro 25 del Digesto, llevan el epígrafe *de concubinis*.

Pero como acabo de indicar, su índole y condiciones legales eran clarísimas: en sus principios vino á ser como un matrimonio desigual: la ley Julia Papia Popea, que habia prohibido el matrimonio entre ciertas personas por la desigualdad de condiciones, les permitió, sin embargo, vivir en concubinato: *ex inaequali conjugio sobolem*, llama la ley 3, título 27, libro 5 del Código, á los naturales.

La concubina habia de ser una sola y cohabitar con el varon, *uxoris loco sine nuptiis in domo sit*; ley 144, título 16, libro 50 del Digesto; Novela 18, capítulo 5, y Novela 89, capítulo 12, párrafo 5: habia de ser tenida con ánimo y afecto de tal concubina, y era necesario hacerlo así manifiesto, tratándose de muger ingénua y de vida honesta, para no incurrir en las penas del estupro; leyes 3, párrafo 1, título 1, libro 24, y 3, título 7, libro 25 del Digesto: el casado no podia tener concubina, ley única, título 7, libro 25 del Código.

Regulado así el concubinato, estaba por demas el reconocimiento del padre: no pudiendo haber duda sobre aquel, tampoco podia haberla sobre que los hijos habidos en el mismo fuesen naturales.

1. Al capítulo 3, título 4, libro 1.

El Emperador Leon, llamado con razon ó sin ella, *el sábio y el filósofo*, abolió por su Novela 91 hácia á fines del siglo IX el concubinato, como injurioso á la Religion y á la misma naturaleza; *¿cum puras aquas haurire liceat, lutum mavis?*

El Fuero Juzgo calla sobre concubinato y sobre hijos naturales: silencio honroso, y tal vez único en los fastos de la legislacion.

Pero en los siglos transcurridos desde su publicacion hasta la del Fuero Real en 1255, habian sin duda alguna sufrido gran cambio las costumbres, pues el segundo habla ya de hijos habidos en *barragana* (ley 1, título 6, libro 3), *que no son de bendicion*, (ley 17, idem *de muger soltera é de ome soltero, é el ome los recibiese por fijos*. (Ley 3, título 8, libro 3.)

El autor del Fuero Real, que lo fué tambien de las Partidas, restableció en los títulos 14 y 15 de la cuarta, con el nombre de *barraganas*, toda la legislacion Romana sobre el concubinato é hijos naturales ó de *ganancia*.

Que el barraganato fué grato y echó hondas raices, lo prueba bien la tan sabida carta de mancebía y compañeria otorgada en Avila á 15 de abril, era de 1398 (año 1360) por la que Nuño Fortunyés recibió por mancebía y compañera para todos los dias de su vida, á Doña Elvira Gonsalvez, con placer de los parientes de esta, donándoles ciertas casas y heredades.

El trascurso del tiempo hizo sentir de nuevo su influjo en el cambio de costumbres.

El Derecho Canónico reprobaba el concubinato, al paso que con la mayor propiedad, claridad y sencillez, definia al hijo natural, habido *ex soluto et soluta*, de padre y madre libres para contraer matrimonio.

Suscitáronse pues, dudas sobre si era ó no necesario que la muger de quien se hubo el hijo, debia haber sido retenida en casa del padre ó cohabitado con él, y si debia ser una sola; en una palabra, si para la calidad de hijo natural subsistian las leyes sobre el concubinato ó barraganato.

La ley 11 de Toro, hoy recopilada 1, tí-

tulo 5, libro 10, decidió estas dos dudas clara y categóricamente en sentido negativo: sin embargo, los intérpretes movieron voluntariamente otra duda sobre esta misma ley, á saber: si era necesario el reconocimien- to espreso, ó bastaria el tácito, deducido de presunciones fundadas en hechos, como el de alimentar y educar al pretendido hijo: la práctica se decidió generalmente por el tácito, y aunque no se puede negar que sea humana y piadosa, ha de ser muy difícil su conformidad con el espíritu de la ley y que no haya dado ocasion á pleitos escandalosos.

Mas fundada y difícil ha sido la otra duda á que da lugar la alternativa *literal* de la ley entre el tiempo de la concepcion y el del nacimiento. Yo no puedo creer que la ley haya adquirido hacer un ultraje á la moral y á la santidad del matrimonio; y esto se verificaria de tomarla á la letra como pretendien algunos.

Un marido ha estado ausente en América, por muchos años, y muere el 30 de Diciembre: su esposa infiel libra en España el 31 del mismo: ¿podrá el adúltero reconocer al hijo alegando que pudo casar con la madre sin dispensacion al tiempo del nacimiento? ¿Quedará este hijo legitimado por el subsiguiente matrimonio de los adúlteros, y heredará á la madre juntamente con los legítimos del matrimonio anterior? Lo repugnante del caso podria llevarse hasta el extremo de haber sido condenados los adúlteros á instancia del marido que regresó, por ejemplo, dos meses antes del parto, y murió el dia antes de verificarse.

Las leyes 2, título 15, Partida 4, y 8, título 13, Partida 6, atendian solo al tiempo de la concepcion, y negaban á estos hijos el concepto y derechos de naturales, "porque fueron fechos en adulterio"

La letra de la ley de Toro se resiste á que se tome su *disyuntiva* por *conjuntiva*, como pretenden algunos, aunque alguna vez *conjuncta pro-disjunctis, et disjuncta pro-conjunctis accipiantur*, ley 53, título 16, libro 50 del Digesto, y sin embargo, es preciso admitir todo antes que el escándalo.

Como quiera, el Derecho Romano y Patrio tienen la ventaja de definir los hijos naturales, en vez de que los Códigos modernos hablan y tratan de ellos sin haberlos antes definido.

El Código Frances, por ejemplo (puesto que casi todos les siguen), da el epígrafe "De los hijos naturales" al capítulo 3, título 7, libro 1, y en la Seccion primera trata de su legitimacion; en la segunda de su reconocimiento.

¿Pero cuáles son estos hijos naturales que pueden ser legitimados ó reconocidos? ¿Dónde está su definicion? En vano será buscarla.

Dice sí en la seccion primera que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio todos los nacidos fuera de él, menos los incestuosos y adulterinos, callando sobre el tiempo de la concepcion.

En la Seccion segunda siguiente prohibe tambien "el reconocimiento de los hijos nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino, guarda, pues, consecuencia con la Seccion primera.

Pero como en el artículo 396 se permite al padre reconocer al hijo sin indicar la madre, puede quedar ilusoria en muchísimos casos la sábia y moral restriccion del artículo anterior.

De los tres discursos motivados sobre el título Frances *De la paternidad y filiacion* solo en uno se presta atencion á este gravísimo inconveniente, y, como de paso y con vergüenza, se dice: "Fácil es de ver todo lo que puede producir esta facultad de una declaracion solitaria. Pero vale mas para la sociedad tolerar lo que ella ignora, que saber lo que debe castigar:" esta disposicion era una consecuencia forzosa de estar prohibida la investigacion de la paternidad.

El reconocimiento aislado ó solitario del artículo 336 Frances ha sido adoptado en el 181 Sardo, 223 de la Luisiana y 259 Napolitano: el 339 Holandes no permite al padre reconocer al hijo natural en vida de la madre, si esta no lo consiente.

El artículo Frances 340, por el que se

prohibe la investigacion de la paternidad, ha sido copiado en el 263 Napolitano y en el 342 Holandes; pero la autorizan el 182 de Vaud, 226 de la Luisiana, 163 Austriaco y 618 Prusiano.

El 185 Sardo la permite en los casos siguientes: "primero, cuando se produzca un escrito emanado del individuo indicado como padre del niño, en el que declare su paternidad, ó del cual resulte que haya dado al niño una serie de cuidados á título de paternidad; pero la accion no podrá ser propuesta sino en vida del padre: segundo en el caso de raptó ó estupro violento, cuando el tiempo de ellos corresponda al de la concepcion;" este segundo caso ha sido tomado del Código Frances.

Al meditar yo sobre tantas y tan encontradas legislaciones, me asaltó el pensamiento de que podría volverse á la sencillez y pureza del Fuero Juzgo, dando así á nuestro Código un rasgo original y altamente ventajoso en el orden moral sobre todos los Códigos modernos.

Creia yo que un buen Código no debe mancharse con las repugnantes categorías de hijos naturales, espúreos, adulterinos, sacrilegos, incestuosos; que la palabra hijo debe llevar siempre consigo y representar necesariamente la idea del matrimonio; que solo debe quedar abierta esta puerta á los que aspiren al dulce nombre de padre; que de este modo se estimula al matrimonio y se realza su dignidad; que no merecen consideracion alguna los que falso *caelibatus nomine* (Novela 89 del Emperador Leon) ni tienen la virtud de castidad conveniente al celibato, ni el valor necesario para arrostrar con las cargas y trabajos del matrimonio; y últimamente, que, si despues de sus fragilidades ó extravíos, quieren mostrarse padres hácia el fruto de ellos fuera del matrimonio, les queda abierta la puerta de la adopcion sin escandalizar dándoles publicidad, y sin ocupar al legislador con el arreglo enojoso de sus consecuencias.

No se me ocultaba que mi pensamiento era demasiado austero para encontrar una

favorable acogida; pero quise probar fortuna y ver si en un arranque generoso de moralidad y de amor propio podia conseguir su adopcion.

Manifesté, pues verbalmente mi pensamiento á la Seccion del Código civil: el señor N. se asoció á él con una adiccion que no tuve inconveniente en admitir, y firmamos la base ó proposicion siguiente:

"La ley no reconoce por hijos, para los efectos civiles, sino los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio: sin embargo, cuando por mediar entre los padres, al tiempo de la procreacion del hijo, algun impedimento, hubieren ellos pedido y obtenido de comun acuerdo la dispensa, si por la muerte de uno de ellos ú otra causa independiente de su voluntad no se realizare el matrimonio, tendrá el hijo derecho á llevar los apellidos de los padres, á ser alimentados por estos, y á lo demas que se dirá en el título de herencias."

"Los mismos derechos tendrá el hijo procreado por padre y madre libres, si por iguales causas no pudiese verificarse el matrimonio, despues de haber aquellos declarado la filiacion en sus capitulaciones matrimoniales."

Pero el señor N. tenia presentada esta base en los términos siguientes:

"El padre ó la madre padrán reconocer al hijo ilegítimo que hubiere sido procreado cuando la persona por quien es reconocido se hallaba en aptitud de casarse. Este reconocimiento dará al hijo el derecho de llevar el apellido y recibir alimentos del padre ó madre que le hubiere reconocido; y de los dos si por ambos se hiciera el reconocimiento hallándose en las circunstancias espresadas:" esta base ó proposicion viene á ser en sustancia el artículo 336 Frances ó 123 nuestro."

La Seccion, sin decidirse por una ú otra de las dos bases, acordó pasarlas á la Comision general, donde principió la discusion de la mia en 9 de Enero de 1843, y siguió hasta el 16 en que fué desechada por mayoría absoluta; y quedó aprobado el artículo 336

Frances con todos sus inconvenientes y eventualidades: un hermano podrá reconocer por hijo natural al habido en su hermana, y lo mismo podrá ocurrir en los adulterinos y sacrilegos.

Con este motivo pronuncié yo entonces el discurso siguiente:

Señores: Esta es la cuarta sesion de vivas y luminosas discusiones sobre mi base; ninguna otra nos ha ocupado hasta ahora tanto tiempo, ni escitado tanto interés, y no tenemos por qué avergonzarnos de ello: "Cuando se trata de fijar la suerte de los hijos naturales, dice un orador frances, nada es mas difícil que conservar un justo equilibrio entre los derechos que les da su nacimiento y las medidas que exige la necesidad de mantener la organizacion de las familias. Este parece ser el escollo en que hasta ahora se han estrellado todos los legisladores, exigiendo demasiado en favor del orden social ó descuidándolo demasiado."

Por mi parte yo miro la discusion presente como una batalla campal entre el matrimonio y la prostitucion; y aunque la materia está agotada, y la Comision desea justamente poner término á la discusion, me ha de ser permitido, como autor de la base, esponer mis fundamentos, aunque no sea sino por bien parecer.

Cuando me decidí á proponer la base, objeto de esta discusion, no se me ocultaba que pasaria por rígido y severo á los ojos de algunos celibatarios con espolones, que sin la virtud necesaria para el voto de castidad, ni el valor bastante para arrostrar las cargas y molestias del matrimonio, se reservan tomar, cuando bien les plazca, el dulce nombre de padres, despues de haber gozado furtivamente, como seductores, y sin cuidarse en los mas casos de la víctima de su perfidia.

Pero llámese como se quiera, acháquese en buen hora á los sostenedores de la base la manía ó afectacion de ascetismo; en cuanto á mí, prefiero pasar por asceta, realizando la dignidad y privilegios del matrimonio, la moral pública y los intereses de la sociedad, á ser tenido por filósofo y hombre de mundo,

*si corrumpere et corrumpi seculum vocatur*, si se llama gran mundo el corromper y ser corrompido.

La suerte de los hijos ilegítimos ha sido siempre mejor en los Estados mas estragados y en momentos de mayor delirio: la historia de la legislacion Romana y Española atestigua esta verdad: el señor N. nos citó un ejemplo vivo en la República de Haití; y yo añadiré que en el frenesí revolucionario de la Francia los hijos naturales fueron igualados con los legítimos, y se llamó por escarnio *faccion de los padres de familia* á la clase mas respetable y benemérita del Estado. Esta observacion me lleva naturalmente á otra, y es que la tendencia general de las sociedades modernas es hácia la moralidad y el decoro: ¿qué papa ni que rey casado se atreverán hoy á reconocer y hacer cardenales ó infantes á sus hijos sacrilegos ó adulterinos? ¿Podria hoy un cardenal de España formar una de las primeras grandezas en un hijo sacrilego, ó se atreveria un arzobispo de Toledo á colocar en la misma capilla dos magníficos sepulcros, uno para sí y otro para el fruto de sus relaciones criminales y escandalosas?

Habrà, si se quiere, las mismas debilidades, pero cubiertas con el velo del pudor, que sobrevive á la pérdida de la virtud; y el *qué dirán* es el último baluarte de la moral pública.

Serìa, pues, no pequeña gloria para nuestra anómala revolucion contrastar con la francesa y adelantarse á todos los Códigos modernos en esta carrera y tendencia general hácia la moralidad.

Yo respetaré á primera vista como simple argumento de autoridad el que se toma de los Códigos modernos; pero sin esclavizar por esto mi propio juicio: *omnia quæ nunc vetustissima creduntur, nova fuere; inveterascent hoc quoque*: y sin que sea presuncion de nuestra parte, si llegara á adoptarse la base, y consignarse en el nuevo Código, tendria tambien su fuerza de autoridad y se citaria como ejemplo; pues qué, señores, ¿el Código que ha de regir trece, y tal vez diez y ocho

millones de españoles, no merecerá la atención y estudio que nosotros prestamos á los de Cantones y Estados microscópicos?

Pero séame permitido oponer un ejemplo nacional á los extranjeros con que se nos arguye; en el Fuero Juzgo, á que habemos recurrido en mas de una ocasion, no se encuentra una sola ley, una sola palabra de hijos naturales; y la base que yo propongo estriba precisamente en este mismo silencio: *soli barbarorum una uxore contenti sunt*; dice Tácito de los Germanos nuestros antepasados.

Conviene tambien no olvidar que en esta materia de hijos habemos abolido por espíritu de moralidad una institucion antiquísima, á saber; la legitimacion por rescripto del príncipe, dando así á entender que no reconocemos el sello de la filiacion fuera del matrimonio.

Diráse tal vez que el invocar en apoyo de esta base la santidad del matrimonio, los fueros de la legitimidad, la moral pública y el orden social, resultado necesario del orden y distincion de las familias, son generalidades huérfanas, y cuando mas especiosas: al que tal diga, señores, yo no me esforzaré en vencerle, y menos en persuadirle; yo creeré siempre que en el matrimonio están encerradas la moral y la sociedad entera; que acercar ó alejar del matrimonio es acercar ó alejar de la moral y sociedad: mi conviccion en este punto es tan íntima y profunda que me ha sido y será siempre imposible sacrificarla á la autoridad y anatemas del Concilio de Trento.

Pero no me he decidido por solas estas consideraciones, aunque de orden muy elevado: he recorrido paso á paso la historia de la legislacion sobre hijos naturales desde la Romana hasta la ley de Toro, que es la vigente; y que, dada para resolver dudas de leyes anteriores, fué ella misma un manantial fecundo de nuevas y mayores dudas; las calidades ó requisitos de la filiacion están hoy en mayor oscuridad, y los derechos de sucesion (sobre todo en línea colateral) por lo menos tan embrollados como lo estaban antes.

El Código Frances, que tal vez se nos quiera proponer como modelo, ofrece tambien inconvenientes y aun contradicciones de no pequeño bulto.

En primer lugar no define con precision cuáles sean los hijos naturales, sino por contraposicion á los adulterinos é incestuosos; en segundo, no distingue entre la época de la concepcion y del parto; pero lo mas chocante es que en el artículo 335 niega el beneficio del reconocimiento á los incestuosos y adulterinos, y en el 336 se les concede indirectamente, estableciendo que el padre pueda reconocer al hijo sin necesidad de indicar la madre.

La contradiccion era muy grave y palpable: sin embargo, uno solo de los oradores se atrevió á indicarla en la esposicion de los motivos; pero con embozo y con vergüenza, porque no hallaba razones bastantes para disculparla.

Tampoco le hallo yo claro y consiguiente en el punto de alimentos, pues que los concede indistintamente á todos los hijos ilegítimos, bien sean naturales, incestuosos ó adulterinos, y aunque en otra parte parece favorecer á los naturales, señalándoles una pequeña porcion en los bienes del padre, aun en concurso de hijos legítimos, se echa claramente de ver que no es sino una sustitucion de los alimentos: por manera que ni en esto, ni el reconocimiento hay diferencia sustancial entre las diversas clases de ilegítimos, por mas que la ley proteste que la establece.

El sistema del señor N. adolece de estos inconvenientes, y yo encuentro difícil cortarlos fuera de la base que he propuesto.

Desde que se haga una clase ó especie de los hijos naturales, será preciso descender á las de adulterinos, sacrilegos é incestuosos, cuando la base encierra en su poderoso silencio una legislacion pura, sencilla y desembarazada.

Conviene tener en cuenta, señores, que, desterrada la investigacion de la paternidad, y descartado el estupro del Código penal, debemos sustituir algo que, sin los inconvenientes de aquellas medidas, sirva de freno ó

pena al libertinage; y tal es el hacer imposible el nombre de verdadero padre sino dentro del matrimonio.

Fuera de este, todas las relaciones carnales entre hombre y muger son, por lo menos, ilícitas y culpables; y es regla de jurisprudencia universal que nadie puede adquirir un derecho ó mejorar su condicion á favor de una culpa suya: por esta puede incurrirse en responsabilidad y obligaciones, pero nunca se adquieren derechos ni acciones, y los derechos y obligaciones, señores, son siempre correlativos: por esto el señor N. halló mas consecuente la legislacion actual á pesar de sus imperfecciones; si el padre tiene derecho para reconocer, el hijo lo tiene para obligarle al reconocimiento.

¿Pero qué se hará cuando el hijo, justamente indignado por el largo abandono en que le ha tenido el padre, ó en que todavia se encuentra su desgraciada madre, resista el tardío reconocimiento?

Igual resistencia puede haber cuando la riqueza ó elevacion del hijo aparezcan ser las causas impulsivas del reconocimiento; y nadie ha resuelto ni aun previsto estos y otros casos posibles de resistencia.

Responderé brevemente á las objeciones hechas en la penúltima sesion, segun me ayude mi débil memoria.

*La inocencia de los hijos naturales*; pero esta es igual en los adulterinos é incestuosos, aunque sus padres sean mas criminales ó culpables que los de aquellos. Yo creo que mi base es mas justa y liberal y mas favorable á la inocencia, pues que la respeta igualmente en todos los hijos, quitándoles toda traba é incapacidad especial por razon de nacimiento para adquirir entre vivos ó por última voluntad. El Código penal castigará en los padres el incesto ó el adulterio; el civil no hará mas que encerrar los efectos civiles de la paternidad y filiacion en el matrimonio para fomentarlo y premiarlo.

*Se poblaran los caminos de bandoleros*: esto no pasa de una piadosa declamacion; pero ademas es inexacto y desmentido por la experiencia y la estadística judicial; no son

por cierto los desgraciados de la inclusa quienes pueblan los caminos ó manchan los patibulos; la educacion que se les da y el oficio que se les enseña los ponen en mejor camino: *por el trabajo nunca se fué al erimen*. Ademas este argumento haria necesaria la investigacion de la paternidad; pues mientras el reconocimiento sea voluntario, el bandoleraje seria inevitable.

(Trájose, y á mi entender infelizmente, el ejemplo de un Grande que ha casado con la viuda de quien hubo antes un hijo adulterino, y se dijo: si este hijo no puede ser reconocido, tal vez pretenda mañana por esposa á su hermana, hija del segundo matrimonio.)

(Hasta ahora, la ley no ha permitido tales reconocimientos, y no se ha oido de tales conflictos y escándalos: este argumento, como el anterior, nos conduciria á la investigacion de la paternidad, aun en el caso de incesto ó adulterio doble: de otro modo, ¿cómo evitar esta triste y exagerada posibilidad? La ley civil no quita los derechos de la sangre).

*¿Y si la madre se ha casado ó desmoralizado?*

Señores, en estos casos habrá una nueva culpa, una insigne perfidia, la mas negra y constante inmoralidad de parte del padre. La víctima de la seducccion, la muger que ha tenido la desgracia de ser madre fuera del matrimonio, nada desea tan ardientemente como reparar su falta y cubrir su deshonra con la dignidad de esposa de aquel á quien entregó su corazon y su cuerpo: si, por último, tiene que recurrir á otro enlace, y si, lo que es infinitamente peor, se lanza en la carrera de la infamia, culpa será del seductor que la abandona: y de una nueva y mayor culpa no puede argüirse para título ó derecho.

Yo observo, señores, que en esta materia, los impugnadores de la base muestran una exquisita sensibilidad sobre la desgracia del hijo, y permanecen insensibles á la de la madre.

Se han invocado hasta las preocupaciones mas añejas, objeto hasta ahora de la mas