

tarios y que corresponden á la familia más bien que á la persona: también tendrá derecho á los retractos legítimos ó de abolengo y á la sustitución fideicomisaria en ciertos casos.

También disponía una ley del Fuero Real (3.ª, tít. VI, lib. III,) que la viuda que hubiere quedado en cinta debe conservar y administrar los bienes de su difunto esposo que puedan constituir la legítima del póstumo; y la ley 16, tít. VI, Partida 6.ª, ordena que durante este

tiempo no pueda y aún cuando solamente se dudare sobre el estado de preñez, no puede el hermano ni otro pariente del difunto entrar en la herencia, sinó que debe esperarse al parto ó á que se desvanezca toda sospecha de preñez. Estas leyes, sin embargo, han dejado de cumplirse en más de una ocasión.

La viuda tiene por esto mismo derecho á alimentos que se suponen suministrados al hijo.

CAPÍTULO II

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

Artículo 186.—La legitimidad del hijo se probará:

Primero. Por la partida de su nacimiento consignada en el Registro civil.

Segundo. Por la posesión constante del estado de legitimidad.

Tercero. Por testigos, con tal que hubiere un principio de prueba documental, ó indicios que constaren desde luego, siendo éstos tales que con la prueba testifical bastaren para probar la legitimidad.

ORÍGENES

Art. 61 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 319 y 320 Cód. Francia.—170, 171 y 174 Italia.—144 Portugal.—91 Rusia.—158 y 159 Cerdeña.—9.ª Baviera.—168 y 169 Vaud.—212 y 213 Luisiana.—Ley 9.ª, tít. IV, lib. V, Código.

COMENTARIO

La partida de nacimiento, en la que con aquiescencia y conocimiento del padre se hace constar su paternidad, es la prueba más fehaciente de la legitimidad del hijo. Debe tenerse presente que la partida de nacimiento consignada en el Registro civil solamente es exigible á los nacidos después de 1870, y que en cuanto á los demás bastará la partida de bautismo expedida por el correspondiente párroco en la forma acostumbrada.

A falta de partida de nacimiento ó bautismal se tendrá por justificada la legitimidad con la posesión constante de este estado.

¿Cómo se acredita esta posesión constante del estado de legitimidad?

El Proyecto de Código decía que se «acredita por una reunión de circunstancias que concurren á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público». Desde el momento en que no sea posible fijar de una manera taxativa en qué hechos pueda basarse la posesión constante del estado de legitimidad, nos parece impropio de una ley el casuismo del Proyecto de Código. La apreciación judicial puede únicamente señalar en qué consista.

En cuanto á la prueba testifical, ha de ir siempre acompañada de un principio de prueba documental ó indicios; de otro modo será ineficaz.

El peligro que podría resultar de someter exclusivamente á la débil prueba de testigos un hecho de tanta importancia como la legitimidad, justifica el recelo y la precaución de los legisladores.

Si hubiere prueba documental plena, pero distinta de la partida de nacimiento, ¿se tendrá por suficiente, ó habrán de concurrir testigos?

A nuestro entender, aunque la ley no enumera la prueba documental como suficiente, ha de bastar por sí sola, autorizándonos á sustentar esta opinión la redacción del párr. 3.º del artículo que comentamos.

Artículo 187.—Es imprescriptible la acción que compete al hijo para reclamar su legitimidad, y se transmitirá á sus herederos si hubiere muerto ántes del quinto año de su mayor edad, ó después dejando entablada la acción.

ORÍGENES

Ley 23, tít. XI, Partida 7.ª

Art. 62 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 130, 328 y 329 Cód. Francia.—324 Holanda.—175 y 177 Vaud.—168 y 170 Cerdeña.—Ley 1.ª, tít. X, lib. XCVII, Digesto.

COMENTARIO

Dice oportunamente Goyena: «La severidad

de las pruebas en establecer la filiación legítima, se compensa con la libertad de reclamarla en todo tiempo; la ley, por honrar más el matrimonio, hace aquí una excepción á las reglas generales sobre la prescripción. Además, el objeto de ésta es que la propiedad no quede siempre incierta; y para que el estado civil deje de ser incierto, es necesario que pueda siempre reclamarse. La prescripción sólo tiene lugar en las cosas que están en el comercio de los hombres, es decir, que pueden ser compradas y vendidas: el estado civil no está en el comercio ni es enajenable.»

Pero si la prescripción no tiene lugar tratándose de la reclamación que directamente haya de entablarse por el hijo, la ley no ha creído que podía sancionar el mismo principio cuando muera sin haber entablado la acción correspondiente, ó después de los 30 años de edad.

CAPÍTULO III

DE LA LEGITIMACION

Artículo 188.—Los hijos ilegítimos se legitiman por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no podrán legitimarse los hijos adulterinos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 331 Cód. Francia.—327 Holanda.—178 Vaud.

COMENTARIO

La condición de paternidad y los derechos de la legitimidad se adquieren también por la legitimación. *Tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se hacen por ende los hijos legítimos*, dice la ley de Partida en armonía con los cánones de la Iglesia y con la doctrina de muchos Códigos.

Casándose los padres, los hijos se hacen legítimos; de aquí se infiere que, cuando los padres no pueden celebrar matrimonio, los hijos no son legitimables.

Resulta, pues, que hay hijos que pueden legitimarse, y otros á los cuales está vedado este favor.

Que los hijos de padres que de ningún modo pueden contraer matrimonio no son legitimables en la forma que se previene en este artículo, es tan racional y tan obvio, que no merece explicación. Si solamente el subsiguiente matrimonio legitima los hijos, es claro que aquellos que no lo celebran válidamente, siquiera sea por imposibilidad ajena á su deseo, no legitiman su prole. Así, el nacido de la unión de un padre y su hija, ó de dos hermanos, etc., no pueden legitimarse.

Los hijos se clasifican en legítimos é ilegítimos, según que nacen ó no de matrimonio.

Los hijos ilegítimos, llamados también bastardos, si bien con poca propiedad, se dividen en naturales y expúreos, y estos últimos en incestuosos, adulterinos, sacrilegos y manceros.

Del hijo natural nos ocupamos en el artículo

siguiente. El incestuoso es el habido entre personas unidas por el parentesco de consanguinidad, y aun de afinidad. Se distinguen con la palabra *nefario* cuando ha sido habido entre ascendientes y descendientes.

El adulterino es el habido de adulterio.

¿Y qué es el adulterio? «Yerro que home face á sabiendas yaciendo con mujer casada ó desposada con otro.» «Cometen adulterio, dice nuestro Código penal, la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.» De manera que no cometen adulterio:

1.º El hombre casado que yace con mujer soltera ó viuda.

2.º La mujer soltera ó viuda que yace con hombre casado.

Y 3.º El hombre que yace con mujer casada ignorando que lo es.

Parece, por consiguiente, que los hijos que provengan de estas uniones no deben ser adulterinos; mas, sin embargo, la ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª, llama *fechos en adulterio* los hijos procreados por un hombre casado y su barragana.

Sacrilego es el habido entre personas que al tiempo de la concepcion estaban ligadas, á lo ménos una, con voto solemne de castidad, profesion religiosa ú orden sacro.

Manceres son los nacidos de prostitutas.

Ademas de estas diversas clases de hijos de que nuestras leyes se ocupan, hay otros que pertenecen á la categoria de ilegítimos, y que no tienen denominacion especial, como, por ejemplo, el engendrado por la viuda, hallándose ya en el estado de viudez, y nacido ántes de los trescientos días de disuelto el matrimonio, pues ni se ha engendrado en adulterio, ni ha nacido en época en que pueda considerarse como natural; y el nacido de la pupila y los descendientes del tutor en época en que no había recaído aprobacion de cuentas ni había sido autorizado el matrimonio por el padre conforme á la ley.

Enumeradas ya todas las clases de hijos ilegítimos, creemos inútil discutir, como lo hacen algunos autores, si es legítimable cada uno de ellos.

En nuestra opinion, puede sentarse una regla general para resolver todas las cuestiones que sobre este punto se presenten, haciendo no obstante una excepcion.

Creemos que siempre que los padres celebren entre sí matrimonio legítimo, bien porque

así lo autoricen las leyes, bien porque obtengan dispensa siquiera sea especial; los hijos habidos con anterioridad quedan legitimados. Por consiguiente, son legítimables todos aquellos hijos cuyos padres puedan contraer matrimonio válido.

La excepcion es la siguiente: los hijos adulterinos no pueden legitimarse ni aun por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

A pesar de la claridad de la regla que dejamos consignada, podrá preguntársenos: ¿el hijo *mancer* es legítimable? Creemos que no, pues aunque la prostituta puede contraer matrimonio, es indispensable para que éste dé por resultado la legitimacion, que se celebre entre el padre y la madre, y en el caso presente, la madre es cierta, pero no puede afirmarse que lo sea el padre.

En una palabra, la prostituta que se case con el padre del hijo que haya dado á luz, haría legítimo al hijo siempre que pudiese probar la paternidad; mas como siendo prostituta no es posible de ningun modo señalar al padre, de aquí que este hijo no pueda legitimarse.

El reconocimiento hecho por el marido, tampoco produce efecto ninguno por lo mismo que no hay pruebas de la paternidad, y la confesion de lo que no es cierto, no debe tenerse por válida, sobre todo si hay perjuicio de tercero.

¿Quedarán legitimados los hijos de dos personas cuyo subsiguiente matrimonio resulta putativo? Entendemos que sí, pues si existió buena fe al contraer el matrimonio, es claro que esa misma buena fe existió ó pudo existir cuando procrearon; por consiguiente, siendo legítimos los nacidos en el matrimonio putativo, deben serlo los nacidos con anterioridad, por la razon general en que se funda la legitimacion.

Este principio, comunmente aceptado cuando la buena fe existe por ambos cónyuges (Escriche, tomo III, pág. 77), ha merecido seria impugnacion, cuando la buena fe no existe más que por una sola de las partes, como en el caso de que una mujer soltera procreara un hijo con un hombre casado al que ella tenía por soltero y con el cual se casa más tarde subsistiendo el primer matrimonio.

M. d'Aguesseau, Molina, Covarrubias, Sarmiento y otros, creen que este hijo no será legítimado, porque no existirá buena fe ni es posible suponerla en los que viven ilícitamente y porque las consecuencias del adulterio que cometieron deben sufrirlas, siquiera no las hubiesen previsto ni podido calcular.

Nosotros, fundándonos en la opinion de respetables jurisconsultos, como Basilio, Ponce y otros, entendemos que la procreacion hecha de buena fe, siquiera ésta no exista más que por una parte, no es sacrilega, ni incestuosa, ni adulterina, pues como dice Pothier, sin mala fe no se comete adulterio, *adulterium sine dolo malo non committitur*, y por consiguiente, si la buena fe ha existido al tiempo de la procreacion y se ratifica celebrando un matrimonio putativo, el hijo debe ser legítimado.

¿De qué condicion disfrutará el engendrado en adulterio y nacido cuando sus padres habían contraído matrimonio válido? Escriche entiende que este hijo es ilegítimo, porque fué concebido en la ilegítimidad y no sobreviene un acontecimiento que le exima de esta mancha.

Llamas, por el contrario, sostiene que nadie más que el padre tiene derecho á desconocer al hijo nacido ántes del tiempo; celebrado el matrimonio, es preciso respetar el primer derecho de los cónyuges, que es reconocer, tener por suyo el fruto de su union.

Participamos de la misma opinion que Llamas, porque todo hijo nacido *dentro* del matrimonio debe reputarse nacido *de él*, salvo el derecho exclusivo que el padre tiene á impugnar la legítimidad.

Artículo 189.—Los hijos naturales podrán legitimarse ademas por gracia otorgada por el Rey.

Se reputará hijo natural el nacido de padres que, al tiempo de la concepcion ó del parto, podían contraer entre sí matrimonio, justamente y sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por su hijo.

ORÍGENES

Ley 17, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

Ley 4.ª, tít. XV, Partida 4.ª

Ley 1.ª, tít. V, lib. X, Nov. Rec. (Ley 11 de Toro.)

Ley 14 Abril 1838.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 171 Cód. Cerdeña.—165 Austria.—27 Prusia.

JURISPRUDENCIA

La calidad de hijo natural ha de fundarse necesariamente en el reconocimiento del padre, espontánea y legalmente probado, ó en caso de

omision y resistencia, en una ejecutoria solemne que así lo declare (Sent. 16 Abril 1864): y no basta para justificarla la simple partida de bautismo (Sent. 28 Junio 1864).

La ley 11 de Toro no exige que el reconocimiento sea expreso, ni ántes de ella lo exigía otra alguna; pues la ley 7.ª, tít. XXII, cap. IV, Fuero Real, tiene por objeto en la fórmula que sanciona, como lo patentizan sus mismas palabras, no el reconocimiento, sino la adopcion de los hijos naturales, estén ó no á la sazón reconocidos como tales (Sent. 8 Octubre 1853).

La ley 11 de Toro no exige que exista el hijo natural, cuyo reconocimiento y declaracion se solicite (Sent. 12 Marzo 1866).

Debe reputarse por hijo natural el que ha sido reconocido como tal por su madre, viuda al tiempo de la concepcion y del nacimiento, expresando haberlo tenido de persona libre, é instituyéndole ademas en su testamento su heredero universal (Sent. 4 Abril 1865).

No es cierto el principio de que fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito, ni aun posible, inquirir, ni hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad; porque nuestras leyes y la práctica constante de los tribunales autorizan la investigacion civil de aquélla en todos los demas casos que las mismas determinan (Sentencia 16 Octubre 1865).

El reconocimiento puede ser tácito, con tal que se acredite por cualquiera de los medios probatorios que el derecho establece (Sent. 13 Junio 1863, 2 Marzo, 4 y 20 Abril, 30 Junio, 16 Setiembre, 9 Octubre 1865 y 11 Junio 1870).

Si bien la ley de Toro no señala prueba ninguna especial para acreditar el reconocimiento que el padre debe hacer de su hijo natural, para poder ser éste declarado tal exige, sí, que este reconocimiento sea cumplido (Sent. 21 Mayo 1877).

COMENTARIO

Por Derecho Romano, y aun por nuestra legislacion de Partidas, se admitía, ademas de la legitimacion *per subsequens matrimonium*, la verificada por rescripto del príncipe y por oblation á curia.

Hoy estas clases de legitimacion no tienen lugar, y solamente se conserva el rescripto real como una de las gracias al sacar, tratándose de hijos naturales.

Solamente, pues, el hijo natural podrá ser legítimado de este modo.

Mas para ello es preciso que el padre lo reconozca por su hijo.

La ley 11 de Toro define de esta manera los hijos naturales... «ordenamos e mandamos que estonce se digan ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nasceren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su fijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo huvo en su casa, ni sea una sola, ca concurriendo en el fijo las calidades susodichas, mandamos que sea fijo natural.»

Dictada esta ley con objeto de resolver grandes dudas á que daban lugar disposiciones anteriores, creó á su vez problemas y dificultades, sobre las que se han escrito gruesos volúmenes.

Gutierrez señala á esta ley cuatro defectos: 1.º, la eleccion de los dos tiempos, pudiendo elegir el de la concepcion ó el del parto para calificar al hijo; 2.º, siendo dispensables ciertos impedimentos, no había para qué exagerar esta excepcion; 3.º, sin tanto rodeo pudiera haberse dicho que donde no existe el concubinato es natural cualquier hijo tenido en mujer soltera, y 4.º, la indicacion del reconocimiento, no diciendo en qué ha de consistir ni cómo se verifica, es insuficiente.

Desde luégo estamos de acuerdo con este parecer, en cuanto se refiere al segundo y cuarto de los defectos enunciados, pues teniendo presente la indicacion de Gutierrez, se ampliaría el concepto de hijos naturales, y cabrían dentro de esta denominacion muchos de los que hoy se hallan excluidos por haber impedimento dispensable entre sus padres para contraer matrimonio, como los incestuosos en ciertos casos. Señalar de qué modo ha de hacerse ó en qué ha de consistir el reconocimiento, tambien nos parece muy conveniente.

Mas en cuanto al primero de los defectos que enumera Gutierrez, entendemos que es preferible que pueda atenderse á cualquiera de los dos tiempos, y más aún, tampoco tendríamos inconveniente en que ampliara á un momento cualquiera de la gestacion, á semejanza de lo que sucedía en Roma con la esclava, que era un momento libre, pues sobre no hallar en esto inconveniente de ningun género, siempre es ventajoso: tal es, á lo ménos, nuestra opinion; ampliar cuanto sea posible la calificacion de hijos naturales disminuyendo, por lo tanto, los demas ilegítimos que son de peor condicion. En este punto creemos que debe estarse á lo más favo-

rable para el nacido, siempre que con ello no resulte el escándalo, como no resulta de la ley ni aún ampliándola en el sentido ántes indicado, pues no creemos, como Gutierrez, que con esta ley haya posibilidad de que merezca el título de natural un hijo adulterino, como veremos más tarde. Y decimos que debiera ampliarse la ley en el sentido de considerar natural á aquel cuyos padres pudieron casarse en un momento cualquiera de la gestacion, siquiera el matrimonio fuere imposible en la época de la concepcion y del parto: 1.º, porque de este modo se favorece al nacido, á lo cual debe caminar la ley, y 2.º, porque los hijos que se hallan en estas circunstancias, quédanse en una situacion excepcional. Supongamos que un hijo adoptivo y un descendiente legitimo del adoptante engendran un hijo, es decir, que en el momento de la concepcion los padres no pueden contraer matrimonio: se rompe poco despues la adopcion, y desaparece por tanto el impedimento, mas en la época en que nace el hijo, el padre ha contraido matrimonio con tercera persona: ¿cómo apellidaremos este hijo? ¿Qué denominacion le da la ley? ¿No sería cuando ménos equitativo que se considerase como natural?

En cuanto al tercer defecto que delata Gutierrez, tampoco estamos conforme con su parecer. Declarar que todo hijo de mujer soltera es natural, equivale á que tomen esta denominacion los incestuosos, los sacrilegos, los manceres, y lo que es aún peor, los adulterinos en ciertos casos.

Uno de los puntos que ha merecido más larga controversia á propósito de la ley de Toro, es, si con arreglo á ella podría considerarse natural el hijo engendrado en adulterio, pero nacido en la viudez. La ley de Toro y la de Partida parecen hallarse en contradiccion.

Esta declara adulterino al hijo que proviene de adulterio, aquélla considera natural á todo nacido en época en que sus padres podrían contraer matrimonio. Sobre este punto la contienda ha sido tan extensa y tan proliza, que ni aún en extracto permiten las dimensiones de esta obra que enumeremos las principales alegaciones hechas por los que sustentaban ideas opuestas.

Nada hemos de decir sobre esta controversia, porque á nuestro entender carece por completo de la importancia que se la ha atribuido y por lo ménos en la actualidad no tienen ninguna.

El hijo engendrado en adulterio y nacido en

la viudez es adulterino; así lo exige el principio sentado en la ley de Partida, y su doctrina no está en contradiccion con la ley de Toro.

Para que este hijo pudiera ser tenido por natural, sería preciso que en el momento en que nació, hubieran podido sus padres contraer matrimonio justamente y sin dispensa, mas como esto no era posible, el nacido no es natural, sinó adulterino.

Las palabras *justamente sin dispensacion* han sido interpretadas de diverso modo; pero de cualquier manera es preciso admitir que no son un pleonasma, y por consiguiente, que la palabra *sin dispensacion* indica un concepto distinto del expresado en la palabra *justamente*. ¿Qué quiere decir *justamente*? Cervantes entiende que hace relacion á lo lícito para el fuero interno, y Llamas opina lo contrario; mas una y otra doctrina caben en estas palabras de Justiniano: *Justas autem nuptias interes cives romani contrahunt qui sequndium precepta legum cœunt*, y por consiguiente no es posible afirmar que pueda contraerse *justamente* un matrimonio, cuya celebracion constituya un delito, por más que no exista impedimento alguno.

Ahora bien; los padres del engendrado en adulterio y nacido en la viudez, podrán casarse canónicamente *sin dispensa* con arreglo á la ley Recopilada; pero la mujer cometerá el delito previsto y penado en el art. 490 del Código penal: no podrán pues celebrar matrimonio lícito y *justo*; el hijo por lo tanto no será natural, sinó adulterino.

Como consecuencia de esta doctrina, que nos parece la verdadera, son inmotivadas las observaciones de Escriche al decir que el hijo adulterino es de mejor condicion que el incestuoso, y que éste «quedará para siempre sumido en la ignominia, sin poder arribar á la clase de natural, y sin derecho á heredar á su padre, aunque la culpa de que es fruto, culpa que á nadie tal vez causó agravo ni alarma, se haya lavado con la dispensa pontificia,» pues no solamente es imposible que el engendrado en adulterio se convierta en natural, sinó que tampoco es cierto que el incestuoso no lave su mancha cuando la licencia pontificia autoriza el matrimonio y éste, con efecto, se celebra (véase nuestro artículo anterior).

Tratándose del matrimonio civil, hay una razon ademas de la ya consignada, y es que en el art. 5.º de la ley se establece un impedimento para la viuda ántes de los trescientos un días de disuelto ó anulado el matrimonio anterior.

En cuanto al engendrado en adulterio, pero nacido despues de contraido el segundo matrimonio, respetos y consideraciones de otra índole nos hacen participar de la opinion de Llamas, como hemos dicho en el artículo precedente.

¿Qué consideracion debe merecer el hijo engendrado en la viudez y nacido ántes de los trescientos días de disuelto el primer matrimonio?

¿Cuál será la del engendrado por la pupila y el hijo del tutor, y nacido ántes de la rendicion de cuentas de éste?

¿Cuál la del engendrado por el tutor y su pupila en el caso de que el padre no hubiese dejado autorizado el matrimonio?

¿Qué nombre recibirá el engendrado entre el adoptado y el hijo del adoptante y nacido en tiempo en que subsistía la adopcion?

La situacion de cada uno de estos hijos envuelve un problema de la mayor trascendencia.

Enemigos de que la sociedad lea en la frente del inocente niño una palabra infamante que denuncie un delito que solamente cometieron sus padres, deseamos vivamente que nuestra legislacion sufra grandes reformas en este punto, encaminadas todas á borrar una pena que el Código ha rechazado, pero que la sociedad conserva, uniendo siempre á la suerte de una criatura el estigma de su nacimiento.

Hacer de peor condicion al hijo para atormentar al padre, como alguien ha sostenido, nos parece sencillamente un absurdo; equivaldría á ajusticiar al hijo de un ladron para que éste expiase con este dolor los crímenes que se le imputan.

«Con tal que el padre le reconozca por su hijo,» dice la ley.

Este reconocimiento, ¿ha de ser voluntario? ¿Puede ser forzoso? ¿Ha de ser expreso? ¿Bastará que sea tácito?

A falta de precepto legal que termine estas dudas, véase en el lugar correspondiente lo resuelto por la jurisprudencia.

Artículo 190.—Los hijos legitimados son iguales á los legítimos para todos los efectos legales, salvo lo que respecto á los legitimados por rescripto se dispone en el cap. III, tít. II, lib. III, de este Código.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª

Ley 4.ª, tít. XV, Partida 4.ª

Ley 7.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (12 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuera con: Art. 333 Cód. Francia.—119 al 122 Portugal.—331 al 334 Holanda.—219 Luisiana.—180 Vaud.—161 Austria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Abril 1861.
Sent. 17 Junio 1861.
Sent. 12 Noviembre 1864.
Sent. 20 Junio 1865.

COMENTARIO

Tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se hacen por ende los hijos legítimos. Estas palabras de la ley de Partida reasumen, por decirlo así, el concepto en que se colocan los hijos legítimos por subsiguiente matrimonio.

La legitimación es una ficción y un remedio. Una ficción, en cuanto que por ella se presumen nacidos de matrimonio los que en verdad se engendraron y nacieron fuera de él. Es un remedio, porque supone el arrepentimiento eficaz de una falta cometida.

Como ficción, es hija de la necesidad: como remedio, obedece á la santa idea de horrar por el arrepentimiento las consecuencias del pecado.

El matrimonio, por consiguiente, confiere todos los derechos de los hijos legítimos á los hijos que hemos denominado legitimados. Los efectos de esta legitimidad adquirida, comienzan á contarse desde la fecha de la legitimación y no desde el nacimiento de los hijos.

En cuanto á los legitimados por rescripto real, se hacen también legítimos; mas en cuanto á las herencias, rigen disposiciones especiales que explicaremos en su lugar correspondiente.

Por último, y para concluir con esta materia, diremos que la ley 4.ª, tít. XXXVII, lib. VII, Nov. Rec., dispone «que, todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, así los que hayan expuesto en las inclusas ó casas de caridad, como los que lo hayan sido ó fueren en cualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por la real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepción, no obstante que en alguna ó algunas reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, ó excluido de la legitimación civil para algunos efectos.»

CAPÍTULO IV

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

Artículo 191.—El padre puede reconocer como hijo natural al que reúna las condiciones enumeradas en el párrafo segundo del art. 189.

ORÍGENES

Ley 7.ª tít. XV, Partida 4.ª
Ley 1.ª tít. V, lib. X, Nov. Rec. (11 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 11 de Toro no exige para la declaración de hijo natural el reconocimiento de la madre, requiriéndose sólo el del padre (Sent. 30 Junio 1865).

Tampoco exige la ley que exista el hijo natural cuyo reconocimiento y declaración se solicite (Sent. 12 Marzo 1866).

No obsta á la prueba de la filiación la declaración contraria de la que se supone madre (Sent. 30 Junio 1865).

El reconocimiento del hijo natural puede ser tácito con tal que se acredite cumplidamente por cualquiera de los medios probatorios que el derecho establece (Sents. 8 Febrero 1853, 13 Junio 1862, 24 Febrero y 7 Octubre 1865, 11 Junio 1870, 5 Enero, 20 Abril 1871, 23 Marzo 1872 y 21 Mayo 1877).

Es lícita la investigación civil de la paternidad. (Sent. 16 Octubre 1865).

En el caso de omisión ó de resistencia del reconocimiento, ha de fundarse la calidad de hijo natural ó su filiación en la declaración solemne de una ejecutoria (Sents. 16 Abril y 28 Junio 1864).

El reconocimiento de hijo natural puesto por

nota en un libro sacramental despues de haber trascurrido tiempo desde que se extendió la partida de bautismo y verificado sin un precepto legal de la autoridad competente, es un acto puramente civil para cuya justificación no se hallan establecidos los libros sacramentales (Sent. 16 Abril 1864).

Cualquiera que haya sido la interpretación dada por los tribunales á la ley 1.ª tít. XIII, Partida 4.ª, respecto á los hijos que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, es lo cierto que habiéndose interpretado auténticamente por las reales cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 Enero de 1837, ya no puede caber duda en cuanto á la aptitud legal con que se hallan los hijos incestuosos para ser legitimados con siguiente matrimonio, contraído en virtud de rescripto pontificio (Sent. 12 Diciembre 1865).

COMENTARIO

El hijo no es verdaderamente natural si el padre no lo reconoce por suyo. Mas el padre no puede hacer este reconocimiento sino de los hijos que reúnan las condiciones que enumeramos en el párr. 2.º del art. 189.

En su virtud, pues, no podrán ser reconocidos los hijos incestuosos, sacrilegos ni adulterinos, sino solamente aquellos que nacieron ó fueron engendrados en época en que sus padres podían contraer entre sí matrimonio válido y justo.

La primera cuestión á que da lugar el reconocimiento de hijos naturales es esta: ¿se permiten las investigaciones de paternidad? Con arreglo á nuestro derecho es indudable que si; el Tribunal Supremo ha ratificado esta doctrina.

Nuestro Proyecto de Código civil dice: «Se prohíbe en todo caso la investigación de la paternidad y de la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.»

La mayoría de los autores y casi todos los Códigos están conformes con no tolerar las investigaciones de paternidad; mas cuando se trata de la maternidad, no son tan unánimes los pareceres.

Koenigswarter dice que no debe permitirse al hijo esa investigación, porque es imposible conceder un derecho que no se prueba: el hijo debe probar, además del comercio carnal que existió entre el padre y la madre, que él es producto de aquel comercio, lo cual es difícil de probar á no ser por la declaración de la madre. Por otra parte,—añade,—no se ofende la moral

negando á los hijos un derecho que no pueden probar.

Goyena dice: «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 éste, se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad.»

«Las cuestiones de filiación,—expresa Gutiérrez,—se repetirán hasta con escándalo como no se eviten declarando, de una vez para siempre abolidas las investigaciones de paternidad.»

En nuestro sentir, son dadas al escándalo, á la impudencia y al engaño las investigaciones de paternidad; mas no sabemos si habrá términos hábiles para abolirlas en absoluto, mientras en el Código penal estén consignados los delitos de estupro, violación y raptó, los cuales llevan siempre consigo una especie de investigación de paternidad.

Ahora bien; si la paternidad se investiga (y no puede menos de ser así) en esos tres casos, á que se refieren los arts. 453, 458, 469 y siguientes de Código penal (1), ¿por qué causas ha de prohibirse en otros? ¿Acaso lo prueba posible cuando la doncella es menor de 23 años; se hace imposible cuando tiene 30? ¿Acaso producirá menos escándalo una querrela por violación ó estupro, que un expediente de investigación de paternidad?

Otra duda que ocurre al estudiar el reconocimiento de hijos naturales, es respecto á la forma de este reconocimiento.

Una ley de Partida (7.ª, tít. XV, Partida 4.ª) habla de instrumento ó carta hecha por mano del mismo padre, ó mandada hacer á escribano público, «con testimonio de tres omeos buenos, etcétera.» Nuestra jurisprudencia, como puede verse en el lugar correspondiente, establece que este reconocimiento puede ser tácito con tal que se acredite cumplidamente por cualquiera de los medios probatorios que admite el Derecho. Téngase, sin embargo, presente, que en un fallo (de 10 Julio 1846) se ha declarado que no basta la prueba hecha por medio de testigos de que uno es hijo de otro que le ha preterido en su testamento, si aquel de quien pretende ser hijo ha manifestado que no lo era en su última voluntad.

El Proyecto de Código tiene dos artículos importantes que dicen así: «El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento»

(1) Véase el caso 3.º del art. 464 del Código penal.