

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 después de haber transcurrido 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 sí; 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.

to.» «Si el hijo reconocido es menor, podrá reclamar contra el reconocimiento cuando llegue á mayor edad» (arts. 128 y 129). En nuestro derecho constituido no encontramos disposiciones análogas á las copiadas.

¿Puede un menor de edad reconocer válidamente á un hijo natural? El art. 337 holandés ha prevenido esta cuestion permitiendo el reconocimiento al varón de 19 años cumplidos, no mediando error, dolo, violencia ó seducción, y á la mujer áun antes de aquella edad. El Código francés ha callado sobre este punto, y sin embargo, el tribunal de Casacion la ha resuelto en sentido afirmativo, segun Rogron, al artículo 334.

Goyena cree que en ningun caso debe tenerse por válida la obligacion contraria por el menor: «el reconocimiento,—dice,—es una obligacion, porque encierra varias obligaciones; será, pues, nulo, á ménos que el hijo sea producto de un delito del menor, pues entónces éste es habido por mayor.»

Artículo 192.—El reconocimiento hecho por el padre, del hijo natural, supone el reconocimiento tácito de los demas hermanos de éste.

ORÍGENES

Ley 7.^a, tit. XV, Partida 4.^a

COMENTARIO

Hablando la ley de Partida de los diversos modos en que se pueden reconocer los hijos naturales en que se hacen legítimos, segun su expresion, pero que hacen relacion al reconocimiento, añade: *por tal consciencia como esta serán legítimos* (entiéndase reconocidos) *los otros hermanos, cuanto para heredar en los bienes del padre, maguer no fuesen nombrados en ella.*

Desde luégo ha de entenderse que estos hermanos son los provenientes de las relaciones habidas entre sus padres, y de ningun modo los otros hermanos simplemente uterinos ó germanos.

Artículo 193.—El hijo reconocido por el padre ó la madre, ó por los dos de comun acuerdo, tiene derecho:

Primero. A llevar el apellido del que le reconozca.

Segundo. A ser alimentado por éste y sus ascendientes.

Tercero. A heredar en el modo y forma que se determina en el cap. VII, tít. II, libro III.

ORÍGENES

Ley 5.^a, tít. XIX, Partida 4.^a

Ley 5.^a y 6.^a, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (9.^a y 10 de Toro).

Art. 51 Ley Reg. civ.

JURISPRUDENCIA

Los herederos del padre están obligados á dar alimentos al hijo natural en proporcion á la importancia de la herencia (Sent. 10 Febrero 1860).

Esta obligacion que pesa sobre los herederos es condicional y depende de la importancia de la herencia y del estado de fortuna de los mismos (Sent. 18 Setiembre 1860).

En ninguna ley se fija la cantidad que haya de darse al hijo natural de quien el padre se olvidó ó no hizo mérito, siendo obligacion condicional y dependiente de la importancia de la herencia y del estado de fortuna del heredero. No se deben alimentos desde la muerte del padre natural, sinó desde que la hija fué declarada tal por sentencia ejecutoria (Sent. 20 Noviembre 1869).

COMENTARIO

El hijo natural reconocido no tiene la consideracion de legítimo, pero tiene ciertos derechos que le hacen de mejor condicion que los demas ilegítimos.

La ley de Partida citada dice: *Ca los fijos que nascen de las mugeres que han los homes de bendicion; tambien los parientes que suben por línea derecha del padre como de la madre, son tenuto de los criar. Eso mismo es de los que nascen de las mugeres que tienen los homes por amigas manifestamente, como en lugar de mugeres* (que hoy se llaman hijos naturales), *non habiendo entre ellos embargo de parentesco ó de órden de religion ó de casamiento.*

El Proyecto de Código no imponía á los ascendientes la obligacion de dar alimentos.

En cuanto á las herencias, en su lugar oportuno expondremos las leyes vigentes en la materia.

Artículo 194.—Los demas hijos ilegítimos

tienen derecho á ser alimentados. La obligacion de alimentar á estos hijos no pesará sobre los ascendientes del padre, pero sí sobre los de la madre.

ORÍGENES

Ley 5.^a, tít. XIX, Partida 4.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 762 Cód. Francia.—914 Luisiana.—914 Holanda.—678 Nápoles.—957 Cerdeña.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Mayo 1868.

COMENTARIO

La ley no ha podido consentir que una criatura inocente perezca abandonada de aquellos que le dieron el sér, sin embargo de que no ha estado muy distante de hacerlo.

Verdaderamente la situacion de los hijos ilegítimos es, con arreglo á nuestra legislacion vigente, poco lisonjera, debiendo promoverse una reforma en sentido de dulcificar cuanto sea posible el estigma que injustamente pesa sobre el inocente hijo.

Mas los que nascen de las otras mugeres, asi como de adulterio o de incesto, o de otro fornicio, los parientes que suben por la línea derecha de parte del padre, non son tenudos de los criar si non quisieren: fueras ende, si lo ficieren por su mesura moviendose naturalmente a criarlos e a facerles alguna merced, ássi como farian a otros estraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por línea derecha de parte de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de los criar, si oviese riqueza con que lo puedan facer.

Tal es el precepto de la ley de Partida. Aunque nada se dice de la obligacion del padre, esto no le absuelve de ella como algunos pretenden, porque la obligacion de dar alimentos y las razones que lo motivan, son de tanta fuerza y valor cuando se trata de estos hijos como cuando á otros se refiere la ley. Además, la misma forma de su redaccion, unido á lo que dispónese en la 10 de Toro, nos da la seguridad de que el padre, lo mismo que la madre, tienen la inmediata obligacion de alimentar á todos los hijos ilegítimos.

Esta obligacion la hacen estribar la mayoría de los autores en la necesidad del hijo, y, por

consiguiente, sólo cuando esta necesidad existe son exigibles los alimentos, desapareciendo esta obligacion cuando el hijo tiene bienes ó medios de alimentarse por su industria ú otro trabajo. (Véanse Llamas y Escriche.)

Es más, algunos autores no solamente sustentan esta teoria, sinó que prohíben al padre que sumistre voluntariamente los alimentos en el caso de que el ilegítimo no lo necesite. Matienzo, por ejemplo, sostiene esta opinion, pues dice que prestar los alimentos sin necesidad sería proceder en fraude de la ley. Del mismo modo entienden Llamas y Acevedo esta cuestion.

Lara de Córdoba y Gregorio Lopez, por el contrario, afirman que el padre puede dar alimentos al hijo ilegítimo, aunque no los necesite, pero siempre que la cantidad donada ó legada por este concepto no exceda del quinto marcado por la ley. Si la ley 10, tít. V, lib. III del Fuero Real concede al padre la facultad de disponer del quinto de sus bienes en favor de extraños, con mayor razon podrá disponer á favor de sus hijos ilegítimos. De esta manera opina tambien Escriche, y en ello conviene asimismo Gutierrez. En nuestro sentir, es este principio tan obvio, que nos parece imposible que haya nacido la duda, é inútil toda controversia sobre ella.

Tambien suscitan algunos la duda de si habrá de darse por alimentos más del quinto si éste no fuere suficiente. Entendemos que no podrán exigirse al padre más alimentos que los que formen el quinto de sus bienes, pero que voluntariamente podrá darles mayor cantidad siempre que no tenga hijos legítimos, y sólo hasta la tercera parte si tuviere ascendientes.

Pudiendo acaecer que un padre tenga cinco ó seis hijos legítimos, resulta que el expúreo obtendrá una cantidad igual y á veces mayor que el hijo legítimo. Esto ha dado lugar á la duda de si deberían entónces disminuirse los derechos del expúreo. Si esta cantidad es por alimentos ¿cómo han de ser mayores los del expúreo que los del legítimo? Llamas resuelve esta cuestion diciendo que, si los legítimos tienen igual necesidad que el expúreo del quinto para su decente manutencion, el padre no está obligado á dejar el quinto á éste en perjuicio de sus hijos legítimos, pues sería entónces aquél de mejor condicion que éstos, lo cual prohíben las leyes; pero cuando al contrario, los legítimos no tienen igual necesidad del quinto para su decente manutencion que el expúreo, el padre estará obligado á dejar el quinto de sus bienes á

éste, sin que se verifique entonces que el expúreo sea de mejor condicion que los legítimos, porque es mejor no haber menester socorros que tener necesidad de ellos.

En el lugar correspondiente hablaremos de los derechos hereditarios que á los hijos ilegítimos conceden nuestras leyes, completando así la teoría que sobre los mismos constituye la doctrina vigente.

Al examinar las leyes que llevamos consignadas, hemos expresado nuestra opinion desfa-

vorable á los principios que en nuestros cuerpos legales se contienen y la necesidad de una reforma que complete la iniciativa en las leyes de Toro, que son un progreso en relacion á las anteriores en este punto.

Los problemas que nacen de la ilegitimidad, son de los más complejos dentro del derecho. Esperamos, sin embargo, que el progreso realice, si bien lentamente, grandes modificaciones, cuyo influjo sobre las costumbres ha de ser poderoso.

TÍTULO VI

DE LA ADOPCION

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS QUE PUEDEN ADOPTAR Y SER ADOPTADOS

Artículo 195.—Pueden adoptar los varones que se hallen emancipados.

El adoptante ha de tener 18 años más que el adoptado.

ORÍGENES

Ley 2.^a tit. XVI, Partida 4.^a

COMENTARIO

«*Adoptio*, en latin, tanto quiere decir en romance como porfijamiento: et este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes seer fijos de otros magüer no lo sean naturalmente:» tal es la definicion consignada en nuestra leyes de Partida. Algun autor la define diciendo *un acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente*.

El objeto de la adopcion es dar consuelo á las personas á quienes la naturaleza les ha negado tener hijos. Así fué conocida de los hebreos, asirios, egipcios, griegos y sobre todo de los romanos, á causa de que la ley Julia y Papia Popea concedieron varios privilegios á los padres que tuviesen tres hijos varones, pues por medio de la adopcion se colocaban los ciudadanos romanos en situacion de disfrutar de tales privilegios.

La adopcion llegó á ser tan frecuente é importante en Roma, que los hijos adoptivos fueron muchas veces preferidos á los legítimos. Así observa Goyena que Augusto adoptó á Tiberio y Agripa, aunque tenía hijos de su hija Julia: el mismo Tiberio lo repitió adoptando á Germánico *super propriam stirpem*: y por último, el emperador Claudio adoptó y designó

por sucesor á su hijastro Neron, anteponiéndole á Británico, hijo natural y legítimo suyo, aunque sólo tenía dos años menos que Neron: *Tácito, lib. XII de los Anales*, número 25.

La adopcion entre nosotros carece de importancia, pues casi nunca tiene lugar. Por esta razon son muchos los autores que estiman necesaria la abolicion de las leyes que tratan de esta materia, como ha sucedido en Luisiana, en Holanda, en Portugal, en Vaud, en Inglaterra, en Méjico, en los Estados-Unidos, en Noruega, en Suecia, etc.

Nuestro Proyecto de Código civil dedica á algunos artículos á esta materia, sin embargo de haber acordado la comision pasarla en silencio como institucion extraña á nuestras costumbres. A nuestro entender, por desusada que esté la adopcion, debe conservarse por si alguna vez puede por este medio llevarse consuelo al que se ve completamente desprovisto de afecciones de familia.

La adopcion, como se ve, es una ficcion de derecho; necesita por consiguiente para que pueda tener lugar, que haya términos hábiles. Por eso la ley exige que el adoptante tenga 18 años más que el adoptado, porque si se permitiera que fuesen de una misma edad sería imposible la ficcion de que uno es hijo del otro. Por idéntico motivo están privados de adoptar los que padecen de impotencia física, porque siendo inhábiles para la procreacion no es posible suponer que tengan hijos.

Idéntico fundamento tiene la prohibicion del art. 197 en cuanto se refiere á los eclesiásticos.

Adoptio est æmula naturæ, seu naturæ imago, este es el motivo de todas las limitaciones que nuestras leyes consignan para adoptar.