

Leg 6

Cuaderno 1

hoy

~~no 78~~

496

Legitimación.

(D. A.)

2

78

[Faint, mirrored handwriting, possibly bleed-through from the reverse side of the page]



DISCURSO

LEIDO

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR

D. MARIANO BOSOMBA Y BOSOMBA,

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID,

EN EL ACTO DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE DOCTOR

EN DERECHO CIVIL Y CANONICO.



MADRID:—1860.

IMPRESA DE D. F. SANCHEZ Á CARGO DE D. A. ESPINOSA,
Plazuela del Conde de Miranda, núm. 5.

HTCA

U/Bc LEG 6-1 n°496



1>0 0 0 0 2 8 1 9 5 6

INSCRIPCIÓN

LEIDO

DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

D. MARIANO BOSCHER Y BOSCHER

DOCTOR DEL INSTITUTE POLITÉCNICO DE MADRID

EX EL AÑO DE 1906 EN VIRTUD DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE JULIO DE 1906

DE DERECHO CIVIL Y COMERCIO

MADRID - 1906

UVA. BHSC. LEG. 06-1 n°0496

LEGITIMACION. } ESPOSICION DEL PÁRRAFO XIII, TIT. X, LIB. I
DE LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.
(Cuestionario.)

Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem. Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus potestati patris subjicitur. Nec non is, qui, à muliere liberâ procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostrâ constitutione, dotalibus instrumentis compositis in potestaté patris efficitur. Quod et alli ex eodem matrimonio si fuerint, procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

(INST. LIB. I, T. X, §. XIII.)

EXCMO. É ILLMO. SR.:

Cujus est onus illius honus.

Misericordia indigni non sunt qui alieno laborant vitio.

(JUST. C, LIB. V.)

I.

Es la legislacion de un pueblo la traduccion de sus costumbres existentes, de otras que pasaron á la historia y nos trasciben las leyes que llaman desusadas, y de aquellas que se presiente podrán regirle en una época próxima. Segun la influencia que se quiere dar á unas ú otras, considerándolas ya relegadas, ya admisibles, dicese que domina en el derecho la escuela histórica ó la progresiva, llamada tambien racionalista. Pero es lo cierto que injuriamos á ambas si creyéramos que por desvarios de algunos escritores naciese la idea dominante

de sus sistemas de otra causa que del buen deseo de fijar la atención sobre partes de la inteligencia ó sobre hechos de que al parecer prescindia su época; si creyéramos que olvidaron sus buenos autores los eternos principios de justicia. Nadie debe hoy sostener que al fijarnos en los hechos históricos, universales y nacionales, al formar un Código no debemos atender á la ley del progreso, ó que nos lancemos á espacios imaginarios aun, para el hombre que se acuerda siempre de lo que abandona.

Muy en cuenta deben tenerse estas ideas pobremente enunciadas al intentar, contando con vuestra benevolencia, comentar el párrafo de las Instituciones de Justiniano que trata de legitimaciones, porque se ofrece con toda claridad la época de la trasformacion mas profunda del derecho. Si la historia puede dividirse en tres épocas y con relacion á ella tambien el derecho, la division mas filosófica de este es en dos: porque las nuevas doctrinas á que se señala por origen el sacrificio en el Gólgota lucharon aun largo tiempo con las existentes, y bajo nuestro punto de vista juridico, —en la necesidad de fijar el de su victoria, es decir, de su traduccion á la legislacion, —señalamos el reinado de Justiniano. No importa que no sea bien fijo cual sucede con otros en derecho, ni que antes Constantino hubiese dado la paz á la Iglesia.

Debemos comentar, que tanto vale como esponer, explicar (1) el párrafo de las Instituciones, valiéndonos de la historia y de la critica.

Dos puntos merecen nuestra atención... *Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat postea curiæ datus potestati patris subicitur* : 2.º *Nec non is, qui, à muliere liberá*

UVA. BHSC. LEG.06-1 nº0496

(1) Dicc. de la Academia.

procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, etc. Comenzaremos por el último.

Las palabras *aliquando autem evenit...* son aplicables en todos tiempos, porque la naturaleza sola no puede guiarnos para apreciar la estension é importancia de la paternidad, de la filiacion. Los corazones del padre y de la madre, llenos de sentimientos tiernos al par que profundos, son con sobrada frecuencia alterados por todas las pasiones que agitan al hombre; y la historia nos ofrecerá sistemas que conceden mayor ó menor latitud para legitimar segun las *presunciones* en que se fundan las leyes en esta materia, segun el dominio que se quiera dar á uno de los dos *principios* que la rigen, segun la moralidad de la época y del pueblo para que se legisla, pero nunca una base tan segura é infalible como la dominante en otros puntos del derecho.

Examinando el grado de latitud para legitimar establecido por Justiniano en este segundo punto, vemos que establece la fórmula mas general existente en todas las modernas legislaciones, el único que en rigor debieran consignar: la de los hijos nacidos fuera de matrimonio de padres que, al tiempo de su concepcion pudieron casarse. Pero el atender tambien á otra idea es causa de que comprendan otros casos sobre los que se agita principalmente la discusion.

Sentemos los hechos como sucedieron segun nuestro criterio. La primitiva legislacion romana, que reconocia el principio: *Si pater filium ter venum duit, filius à patre liber esto* (2): daba al padre omnimodas facultades, período de la familia civil en todo su vigor: salia de ella el individuo que aquel queria. Por esto no vemos

(2) Tabula quarta. *Tertia editio (corpus juris civilis)* C. M. Galliset.
UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0496

las modernas diferencias de hijos que en ella existen con derechos que nadie les puede quitar y otros que nunca pueden adquirirlos ó solo en parte. Leyes suficientes para aquella época.

Al establecerse el Imperio por Augusto eran legítimas las *justæ nuptiæ* y permitido el *concubinatus*. Los jurisconsultos romanos lo comprueban: *Concubina igitur ab uxore soló dilectu separatur* (3). No obsta la mayor ó menor consideración: que *uxor in manum certis verbis, et testibus decem præsentibus, et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur* (4). El antellamado Octavio vió en la legislación romana dos vicios: el poder absoluto del padre que le permitía abandonar á sus hijos, permaneciendo insensible el legislador á las quejas de aquellos que le clamaban su protección á falta del amor paterno. El segundo vicio amenazaba el orden público: podía el padre introducir en la familia toda clase de personas haciéndose así gentil la sangre romana. Augusto nada hizo para corregir el primer vicio y favoreció y acrecentó el segundo, combatiéndole al parecer, sin olvidarse nunca, como recuerda Tácito, del fisco. La famosa ley Papia Popea que incapacitaba á los celibatarios recibir por testamento fué eludida con la libertad concedida por fideicomisos: entonces se estableció que solo se podía tener á la vez una concubina con ciertas condiciones.

Los senadoconsultos Orphiciano y Tertuliano son los primeros resultados de una doctrina que en los períodos en que era ley el capricho, la venganza y el desorden, mitigó ya que no podía curar el mal, la filosofía estoica. que nos señala el principio de una revolución que no

(3) *Pauli sentent.* lib. II, tit. XX.

(4) *Ulpiani regulæ*, lib. IX.

concluyó hasta Justiniano. Dió estos primeros monumentos de un sistema fundado en principios enteramente diferentes de los que servian al antiguo. Dirigiéronse contra uno de los vicios del antiguo sistema, el abandono de niños; pero no se cuidaron de la pureza y castidad del hogar doméstico: les dieron medios de subsistencia, derechos posesorios, pero no se sublevaron contra la licencia sin límites que daba á los padres de hijos naturales el derecho de introducirlos en la familia ó despojerlos de ella. Dejaron á los romanos esta estraña libertad, menos quizá por respeto á los antiguos principios que por temor al sentimiento público que habrían sublevado.

Abandonaron esta tarea á los filósofos cristianos que debían hallar en su conciencia el valor necesario para abordar y llevar á cabo tan sábia empresa. La paternidad natural fué por grados lentos pero continuos á colocarse en lugar de la civil, modificando de una manera radical la familia que cesó de ser romana para ser humana: se rompieron aquellos viejos lazos de la agnacion unidos con tanto arte, pero se presentan civilizadores los nuevos del parentesco natural.

Animado Constantino por su celo religioso trató de establecer el *conjugium* segun el Evangelio. Dificil problema el conciliar los dos principios al parecer opuestos que se hallan al ocuparse de los hijos naturales: la proteccion debida á la familia legitima, baluarte al propio tiempo contra las malas costumbres que los jurisconsultos romanos han comprendido en aquel principio, aunque de aplicacion mas general *cujus es onus illius honus* y la seguridad de los huérfanos dignos de toda consideracion, especialmente los *infantes*, y del auxilio que la naturaleza reclamaba; que Justiniano ha espresado con tanta propiedad en la hermosa lengua del Lacio, *miseri-*

cordia indigni non sunt qui alieno laborant vitio (5). No se alcanzó en aquella época la fórmula conveniente, y no es extraño cuando muchas legislaciones del siglo XIX, entre ellas la española, no la contienen cual la moral exige. Aquella cayó en otro extremo, confundiendo el desarrollo extraordinario de una enfermedad en una época determinada, con su constante existencia en todas; despues de abolir los medios de favorecer á los bastardos, promulgó uno de legitimarlos, esto es, considerarlos con los mismos derechos que los nacidos de *justæ nuptiæ*, el matrimonio de su padre con la concubina: pero esta disposicion comprendia solo á los actuales segun afirma el Emperador Zenon (6) en otra constitucion que dió con igual carácter. Creyeron que este estímulo podia tambien llevar consigo el del temor, no pudiendo legitimar á los que de aquella clase sobreviviesen, que fué lo mismo que creer que no podian los hombres faltar mas en este punto, ó que seres venideros inocentes debian ser absolutamente condenados en expiacion eterna.

Justiniano en las palabras citadas renueva la disposicion de sus predecesores, y le da un carácter permanente rigiendo todos los casos que pudieran presentarse. Nos explica la causa, que es la que indicamos al juzgar la ley de Constantino: *Consideremus autem aliquid ad solam naturam clemens. Multi namque modesti sunt nobis semper, precesque cræbe, et flentes filii. Et semper equidem clemens aliquid definimus; sed quod non hoc cum legé agimus, embescimus: ideoque causæ etiam legem adjicientes, ipsi equidem populos removebimus; dabimus autem omnibus habere ex legé remedium* (7). Ciertamente

(5) Cod. lib. V. tit. XXVII, an. 519.

(6) Cod. lib. V, tit. XXVII, an. 476.

(7) Nov. ~~XVIII, tit. V, cap. V~~ ¹¹⁵ C. LEG. 06-1 n°0496

mejor es una ley que reglas casuísticas. Implícitamente condena también este texto la *legitimatío per principis rescriptum*.

Interpretamos que era necesario para la legitimación de los hijos la condición de que los padres no tuviesen prohibición de casarse al tiempo de la concepción de aquellos, insuficiente la posibilidad en el momento de legitimar. Y esta es la opinión más general que sostienen entre otros Heinecio, Boehmer y Dupin, á quienes siguen Laserna y Ortolan. Nos fundamos nosotros en palabras de la Nov. XVII, cap. V, que creemos aplicables: *Nam si hoc (el conjugium singulare) non constituimus, indiscretæ erunt mulieres, quam magis aut quam minus amaverint: indiscreti etiam filii et nos non præbemus luxuriantibus, sed caste viventibus legem.*

El último período del texto ha sido interpretado de muchas maneras; admitimos, porque creemos la más razonable, la de Gayo, á quien sigue Laserna (8), desechando la de Hotoman (9), que á pesar del respeto debido á su autor nos parece un absurdo; y la de Ortolan, que es la Bynkersh, aunque aquel diga lo contrario. *¿Cum enim affectio prioris sobolis, et ad dotalia instrumenta efficienda, et ad posteriorem filiorum edendam progeniem præstiterit occasionem, quomodo non estiniquissimum, ipsam stirpem, secundæ posteritatis (prioris) quasi injustam excludere, cum gratias agere fratibus suis posteriores quorum benefitio ipsi sunt justi filii et nomen et ordinem consecuti? (10)* Según este texto parece que lo dudoso fué si los hijos posteriores al vínculo legal habían

(8) Curso histórico-exegético, etc., T. I, páginas 87 y 90.

(9) *Quod etsi alli liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati.*

(10) Cod. lib. V, lit. XVII. *UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0496*

de ser de mejor condicion , lo que llama *iniquissimum*: nunca que los efectos se limitasen á los hijos existentes al efectuarse la legitimacion *per justas nuptias*.

II.

No comprenderíamos bien el espíritu de la especie de legitimacion *por oblacion á la Curia*, sino manifestáramos la idea que tenemø formada de este cuerpo que representaba , atendiendo siempre á las diferencias de época, nuestros ayuntamientos. Por este mismo carácter su origen no tiene data fija , y sin duda le hallaron los romanos en sus diferentes conquistas , como lo prueban por otra parte sus historiadores. La potente fuerza de asimilacion que Roma poseia , modificaba hondamente la pública organizacion de los pueblos , y el carácter severo que se nos retrata en Régulo , Caton y otros hombres suyos , no le impedía emplear con este fin aquella astucia ó política baja y odiosa , sinónimo de mala fè que jugaba con las palabras *civitas* y *urbs* , que cortaba con un puñal lo que sus águilas no habian podido deshacer. Por eso á los pueblos que sin luchar se habian entregado ó que habian prestado grandes servicios , se les concedía el *derecho itálico* , alguna vez el *del Lacio* , es decir , el mayor grado de asimilacion que como un gran favor recibían. Aquellos que mas tenaces habian sido , como nuestra Numancia , eran *dediticios* ó dentro de aquellos limites en que al principio de la guerra habia el fecial lanzado un dardo , se fundaba una *colonia*. Los pueblos que podemos considerar con un carácter intermedio , juzgados indignos de tener los primeros derechos, magistraturas análo-

gas á las de la *Urbs*, y sin haber sufrido el suplicio de los últimos eran los que se gobernaban esencialmente por *Curias*.

Imposible era abolir el Ayuntamiento, institucion de todas épocas y paises llena de poder y gloria por mas que tenga sus defectos, por mas que hoy se halle con ventaja oscurecida por la sociedad nacional que parece la prepotente: institucion que exige vida y nuestro amor, sin lo que la fuerza y el patriotismo en un Estado son imposibles: tampoco escluimos aquella aspiracion que tiende cada dia mas á unir los pueblos, miembros todos del cuerpo universal género humano.

Así Roma no podia abolir las *Curias*, pero quiso segun sus fines que las constituyesen determinados ciudadanos; pertenecer á ellas era alto privilegio y honrosa distincion que con dificultad se adquiria. Distribuia los impuestos, atendia á varios auxilios que el ejército precisa, vigilaba la policía urbana y otros servicios de administracion general y local: derechos y deberes ó cargas que se compensaron bien durante la república.

Pero llegan los Emperadores con los caractéres que Suetonio y otros nos refieren, y multiplicándose entonces caprichos y crímenes de toda especie que los pueblos habian de satisfacer y sufrir, rápidamente decayeron sus representantes, las *Curias*: y al fin del Imperio de Occidente solo hallamos por la una parte de los curiales multitud de medios para eludir su cargo; por la otra, del poder central, igual solicitud para ligarlos. Las *Curias* fueron abolidas por Leon el Filósofo. No corresponde bosquejar en esta débil reseña el carácter sucesivo que tuvieron; hasta donde penetró en esta institucion el benéfico elemento germánico, punto controvertido cuando se trata de los *Concejos*.

Después de esto, ¿qué debemos decir de las palabras del testo.... *Curia datus potestatis etc.*?.... Que expresan un modo de legitimar introducido por Teodosio el Joven: su objeto ofrecer al Estado personas y cosas sobre que pudiese hacerse efectiva la responsabilidad que el fisco reclamaba. Desaparecieron unas y otras por tantos trastornos civiles é internacionales. Por esto era tan generosa la ley: quedan legitimados los hijos naturales ofrecidos á la respectiva *Curia*: por su padre curial ó aunque no tenga este carácter: también la hija natural casada con un curial queda legitimada: aunque hubiese hijos legítimos: todos los hijos ó algunos, *omnes aut quosdam ex eis*. No nos estrañaremos que bajo otro aspecto fuese mas restrictiva; solo era permitido á las personas ricas.

En vano se esforzaron los Emperadores en decir que legitimándolos les daban los mayores honores: *Indignum enim est ut qui sacratissimæ urbis ubere gloriatur, naturales suos non illustris ordine civitatis illuminet:—et is qui naturalem filium habens, honorantibus legibus, ultro ad instar legitimi filii municipalibus enim voluit aggregare, muneribus et donare patriæ principalem* (11): títulos vanos, honores tardios como los concedidos en España á los que voluntariamente se inscribiesen al pedir ciertos empréstitos (12): al convocar algunas veces las Córtes en los últimos siglos.

III.

Aunque no comprendidas en el testo diremos que Justiniano introdujo la legitimacion por *rescripto*, por

(11) Cod. lib. V, tit. XVII, 3. 4.

(12) Véase el preámbulo del decreto creando los vales reales.

la Novela 74, que subsiste en la legislacion española.

Que parece indudable que admitió otra especie, aunque no sin motivo, rodeada de precauciones, contenida en la misma Novela 74, que comienza..... *moriens verò, etc.*

IV.

Nos parece que debemos estender este comentario apreciando nuestra legislacion y aun la extranjera.

La legislacion española fué cada vez menos exigente en este punto. Segun la romana, tan solo eran naturales los hijos de concubina, con quien se cohabitaba. Por derecho de Partidas solo se exigió que la concubina fuese única. Las leyes de Toro dadas con el fin de mejorar nuestra legislacion, contienen una cláusula, segun la que pudiera deducirse que concedia esta calidad á hijos, que por las leyes romanas y las de Partida no tenían semejante consideracion.

¿Cuál debe ser la fórmula de legitimar que debe expresar un Código civil? Observaremos que hay que atender á los dos principios manifestados: el respeto debido á la institucion eminentemente moral del matrimonio, gèrmen de las sociedades mas estensas y la misericordia, ó si se quiere, derecho que reclaman sères inocentes. Veremos tambien que todas las legislaciones han tenido que hacer una distincion entre estos á pesar de tener bajo cierto aspecto igual carácter; porque de la misma manera que el bien ó el mal de los padres refluye á los hijos, asi tambien el favor ó justicia á estos dispensada, es en esta materia, un indulto para sus culpables padres. Segun esto, si todas las legislaciones han transigido con los

hijos de padres que al tiempo de su concepcion pudieron casarse, imposible es establecer lo mismo para los sacrilegos, incestuosos y adulterinos. Tenemos, pues, respecto á los primeros, una fórmula justa, fija y moral que debe contener la ley civil. La gran dificultad, donde luchan muchos intereses y pasiones, y donde andan divididos los autores, es respecto á aquellas tres clases. Unos, entre ellos un jurisconsulto español (13), quieren que aquella sola fórmula sea admitida, ya que otras, aunque dadas con el fin principal de favorecer á los hijos *ex soluto* y *ex soluta*, pueden, por el hecho de ser legitimaciones unilaterales,—solo por el padre ó la madre,—comprender á hijos de las otras clases y ser por consecuencia inmorales: se fundan tambien en observar en este punto oscuridad, silencio y contradicciones en los modernos códigos, que atribuyen á esta causa. Otros sostienen la conveniencia de la legitimacion unilateral: espanta ciertamente el mal que de no admitirla de algun modo, se puede ocasionar á aquellos seres. Por ella nos declaramos, porque creemos imposible dar mucha extension á la *investigacion de la paternidad* por parte de los hijos que pudiera producir graves males. Pero nos guardaremos de alegar pretestos: no diremos que hay barreras insuperables entre las clases sociales, por lo que no podian los nobles legitimar á los bastardos; ni insultaremos á los que soportan las cargas del matrimonio, llamándoles faccion de los padres de familia (14).

Admitimos un medio de prueba de investigacion; la posesion de estado: aqui solo se intenta que lo que ya es real, que está en la conciencia de un gran número, pase á ser legal. Decimos que es real cuando se funda en he-

(13) Goyena.

(14) *Rev. VA. BHSC. LEG. 06-1 n°0496*
Revolucion de Francia.—Convencion.

chos públicos: cuando se ha visto con certeza las relaciones que unen al hijo con su padre, el lugar que cada uno ocupara en la familia: este goce público de su modo de ser, esta posesion es la mas sólida prueba que solo puede perjudicar á celibatarios egoistas ó delinquentes. No la admite nuestro proyecto de Código civil.

Importa mucho distinguir y fijar bien en un Código aquella primera fórmula y los derechos que se quiera dar á las otras tres clases de hijos. De lo contrario, veremos como en el Código Napoleon, que por su oscuridad unos intérpretes creen necesario que sean aptos los padres para casarse al tiempo de la concepcion de los hijos: otros que es suficiente al tiempo del nacimiento: así tambien se puede comprender por nuestras leyes de Toro, que claramente lo espresan (15). Y no veremos disposiciones peores como la que autorizaba la legitimacion de los hijos de clérigos ó sacrilegos.

No admitimos las otras especies que trasciben las Partidas (16). En efecto, muy distinta es nuestra organizacion social para que valgan las palabras «Este es mi fijo que he de tal mujer, é dolo á servicio de este Concejo, etc.» Antiguos comentadores dijeron ya que no estaba en uso.

Tampoco aquellas otras: «Piden merced los homes á los Emperadores é á los Reyes en cuyo Señorío biven que les fagan sus fijos que han de barraganas, legitimos.» No podemos conceder á los Emperadores ni á los Reyes el poder de cambiar el estado de las personas.

Las de la ley 6.^a, Part. IV en un testamento: «Quiero que fulano ó fulana, mis fijos, que ove de tal mujer,

(15) Ley XI de Toro. *UVA BHSC. LEG.06-1 n°0496*

(16) Leyes V, IV y VI, tit. XV, P. 4.^a

que sean mis herederos legítimos, » exige muchas precauciones.

Concluamos, anhelando que nuestros legisladores encuentren los medios convenientes en esta y otras materias, para que se vean cumplidos los deseos en orden á la publicacion de Códigos (17) que, aun cuando han de tener necesariamente defectos, servirán con ventaja para el arreglo de nuestros actos é intereses en los tribunales de justicia. — HE DICHO.

(17) No debemos contestar aqui los argumentos en contra alegados.

Lic. Mariano Bosomba.

Madrid 26 Noviembre de 1860.



УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n°0496

УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n°0496