

CAPITULO IX

DE LA FILIACION

135 Con arreglo a qué ley deben resolverse las cuestiones relativas á la paternidad, á la maternidad y a la filiación —136 Cuestiones prácticas sobre la acción para impugnar el estado —137 Hijos ilegítimos y su reconocimiento —138 Reconocimiento por un condenado a muerte civil ó por un interdicto —139 Forma del reconocimiento —140 Un reconocimiento por documento privado puede ser declarado nulo —141 Indagación de la paternidad y de la maternidad —142 Nuestra teoría y su aplicación —143 Eficacia del reconocimiento forzoso efectuado en país extranjero —144 Legitimación del hijo natural reconocido —145 Disposiciones de derecho positivo —146 Opinión de los autores —147 Nuestra opinión —148 Efectos de la legitimación —149 Legitimación por rescripto real

135 La misma ley que regula el matrimonio es, sin duda, la que debe resolver todas las cuestiones relativas a la paternidad, a la maternidad y a la filiación. Por más que sean delicadas por sí mismas las cuestiones de filiación y de paternidad, no es difícil determinar la ley por que deben resolverse. Es hijo legítimo aquel que es concebido o nacido, al menos, durante el matrimonio de sus padres. Lo primero, pues, que debe probar el que solicita el estado de hijo legítimo es la existencia jurídica de un matrimonio entre el hombre y la mujer, de que el procede, asimismo, las personas interesadas en impugnar su legitimidad deben oponer la no existencia ó la nulidad del matrimonio. Esta cuestión preliminar, en el caso de un matrimonio celebrado en territorio extranjero, debe resolverse con arreglo a los principios que ya hemos establecido.

Admitida la validez del matrimonio, puede la pretensión del individuo que reclama el estado de hijo legítimo dar lugar a diferentes cuestiones, según que lo negado sea la

paternidad legitima o la maternidad Habra que examinar si el hijo ha sido concebido dentro del término legal para que pueda decirse que ha nacido durante el matrimonio, si tiene por padre al marido de su madre, si es hijo de la mujer casada a quien llama su madre, etc, etc Estas cuestiones se enlazan con las acciones de reclamacion y de impugnacion de estado que dan lugar a otras acciones secundarias, y deben resolverse ateniéndose exclusivamente a la ley nacional del marido que es el jefe de la familia En efecto, ésta y cada uno de sus miembros viven civilmente bajo la proteccion de dicha ley, y segun ella debe determinarse el lazo juridico existente entre dos personas entre las cuales media la relacion de padre ó madre e hijo

136 Supongamos, por ejemplo, que un prusiano se ha casado con una mujer italiana, y que durante el matrimonio ha nacido un hijo que se presume legitimo El marido tendra, indudablemente, derecho para negarse a reconocerlo, si puede probar que le ha sido fisicamente imposible la cohabitacion con su mujer, con arreglo a la disposicion del Código Civil prusiano (1)

Cuando el marido ha dejado transcurrir seis meses, a contar desde el momento en que ha tenido conocimiento del nacimiento del niño sin haber intentado la acción, y ha muerto, puede surgir la duda sobre si los herederos italianos pueden impugnar la legitimidad de dicho hijo para excluirle de la posesión de los bienes del difunto, existentes en Italia Los autores que sostienen la preferencia de la *lex rei sitæ* para todas las cuestiones relativas a los bienes inmuebles, responden negativamente, porque aplican las disposiciones del Código Civil italiano que, en su art 167, dice que si el marido muere sin haber entablado la accion en tiempo util [que puede ser seis meses a lo mas,

(1) Parte 2^a tit II arts 2 al 4

art 166], tendrían los herederos un término de dos meses para impugnar la legitimidad del hijo, calculados desde el momento en que entio en posesion de los bienes del difunto (1) En el caso propuesto habrían transcurrido seis meses, luego había ya prescrito la acción de los herederos italianos

Nosotros, sin embargo, sostenemos lo contrario En especie se trataría, en efecto, de una acción para impugnar el estado de un hijo prusiano Nuestra ley dispone (art 6) que el estado del extranjero se rige por la ley de la nación a que pertenece, y por consiguiente, la acción para impugnar dicho estado debe regirse por la misma ley El Código prusiano dispone (arts 7, 14 y 15) que el padre puede impugnar la legitimidad del hijo durante un año, a contar desde que tuvo noticia de su nacimiento, que los parientes tienen la acción cuando el padre ha muerto antes de expirar el plazo legal Los herederos italianos podrían, por tanto, entablar la acción Supongamos, por el contrario, que un italiano se ha casado con una mujer

(1) *Código Civil italiano* —Art 157— «Si el marido muriese sin haber intentado la acción pero antes de la expiración del plazo útil los herederos tienen dos meses de tiempo para impugnar la legitimidad del hijo contados desde el momento en que haya entrado en posesión de los bienes del difunto ó de aquel en que los herederos hubiesen sido molestados en su pacífica posesión por el hijo

El art 166 se expresa de este modo En todos los casos en que el marido está autorizado para reclamar debe producir directamente su demanda en los plazos siguientes dentro de dos meses si se halla en el lugar del nacimiento del niño de tres después de su regreso al referido lugar ó al del domicilio conyugal si estaba ausente y también en el de tres después del descubrimiento del fraude en caso de haber recelo del nacimiento

Estas disposiciones del Código Civil italiano corresponden á los arts 916 y 917 del francés concebidos en estos términos Art 916 En los diversos casos en que el marido se halle autorizado para reclamar deberá hacerlo en el término de un mes si se encuentra en el lugar donde se verifica el nacimiento del niño dentro de dos meses después de su regreso si estaba ausente y en el mismo plazo después de descubierto el fraude si se le había ocultado el nacimiento Art 917 Si el marido muriese antes de hacer la reclamación pero dentro del plazo útil para hacerla tendrán los herederos un plazo de dos meses para impugnar la legitimidad del niño á contar desde la época en que éste hubiera entrado en posesión de los bienes del marido ó en que hubiese molestado á los herederos en dicha posesión

austriaca, y que nace un hijo doscientos dias despues de la celebracion del matrimonio. Mueiten ambos conyuges antes de expirar el plazo legal, ¿podran los herederos austriacos impugnar el estado de hijo legitimo para excluir a este niño de la herencia de los bienes existentes en Austria y reservados exclusivamente a los hijos legitimos, fundandose en el art 138 delCodigo Civil austriaco, que considera como ilegítimos a los hijos que nacen antes de transcurir doscientos dias despues de la celebracion del matrimonio? A primera vista, parece que puede sostenerse la afirmativa, porque se trata de una cuestion de herencia, y por que, para determinar si el sucesor tiene o no la calidad de heredero legitimo, debena aplicarse la ley del lugar en donde se pide la posesion de la herencia, sin embargo, considerando que la cuestion principal es una pura cuestion de Estado, y que para resolverla debe aplicarse la ley personal, opinamos por la negativa. La legitimidad o ilegitimidad, así como la presuncion de estar concebido dentro o fuera del matrimonio, debe decidirse con arreglo a la ley personal de cada uno. En el caso propuesto, debe, pues, aplicarse la ley italiana, la cual considera concebido durante el matrimonio al niño que nace ciento ochenta dias despues de celebrado aquel.

137 Con arreglo a la misma ley personal del padre debe determinarse cuando es el hijo ilegítimo, incestuoso o adulterino, y cual es la situacion juridica en que se hallan los hijos ilegítimos respecto de sus padres y de los parientes de éstos. Notemos, sin embargo, que si el lazo natural por el que el hijo ilegítimo esta unido al tutor de sus dias, solo en virtud del reconocimiento que éste ha hecho de aquel, adquiere una eficacia juridica, es necesario examinar algunas cuestiones especiales a que puede dar lugar el reconocimiento, que es el acto solemne por el que un hombre o una mujer declaran su propia paternidad ó

maternidad respecto de un hijo procreado fuera del matrimonio

El reconocimiento trae consigo un cambio de estado, ya sea con relacion a los padres, ya con relacion al hijo, por consiguiente, la capacidad del hijo natural para ser reconocido, y la de los padres para reconocerle, debe ser determinada con arreglo a la ley nacional del padre o de la madre, segun que sea el uno o el otro el que quiera reconocerle

Bajo este aspecto, son diversas las disposiciones del derecho positivo segun el Código holandés [art 337], si el menor no ha cumplido aun 19 años, no puede reconocer validamente a un hijo natural, y, con arreglo al art 319, mientras viva la madre, no puede admitirse, sin el consentimiento de ésta, el reconocimiento de un hijo natural. Algunas legislaciones, tales como la ley prusiana, por ejemplo, no próhiben en ningun caso el reconocimiento de los hijos, mientras que el Código de Napoleón (art 335), y el Código italiano (art 180) prohiben el reconocimiento de los hijos incestuosos o adulterinos [1] Segun la opinion de los jurisconsultos franceses, consagrada por diferentes tribunales imperiales, y que puede sostenerse tambien ante el Código Civil italiano, debe considerarse como valido el reconocimiento hecho por un menor no emancipado en ausencia de su tutor, por un menor emancipado sin la asistencia de su curador, y por una mujer casada sin el consentimiento de su marido (2) De cual quier modo, es indudable, dado nuestro sistema, que la capacidad del padre para reconocer, y la del hijo para

(1) *Código Civil francés*—Art 335—«Este reconocimiento no podra verificarse en favor de los hijos incestuosos ó adulterinos —Código Civil italiano—Art 180—No pueden sin embargo ser reconocidos 1. Los hijos de personas que en la época de la concepción no podian casarse una con otra —2.º Los hijos de aquellas que no podian verificarlo por razón de parentesco ó de alianza en linea recta hasta el infinito y en la colateral hasta el segundo grado

(2) *Toullier* II 952—*Duranton* II 208—*Demolombe* num 338—*Zaccarias* § 359—*Dalloz Jurisp gen* V filiation num 3

ser reconocido, debe determinarse por la ley nacional de cada uno, con tal que no contradiga ningún principio de orden público. Así, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural de un prusiano y de una mujer italiana casada, no puede producir efectos en Italia por existir en nuestro Código una disposición absoluta que prohíbe el reconocimiento de los hijos adulterinos (art 180)

138 Puede surgir una cuestión importante y difícil de resolver, a saber la de si debe juzgarse la capacidad del extranjero para reconocer un hijo natural, según las mismas reglas que sirven para determinar la capacidad para verificar un acto civil cualquiera. Supongamos, por ejemplo, que un extranjero condenado a muerte civil quiere reconocer un hijo natural en Italia. Siendo este individuo incapaz de realizar cualquier acto civil, ¿debe considerarse también como incapacitado para reconocer a su hijo?

Si se quisieran aplicar al reconocimiento las reglas observadas para los contratos y las obligaciones, podría discurrirse de la manera siguiente. Cuando la ley declara a alguno incapaz, es porque no ofrece todas las garantías exigidas para poder consentir legalmente. Ahora bien, si para un acto tan importante como el reconocimiento de un hijo son necesarias la lucidez de espíritu, la madurez de la razón y la plenitud de la voluntad, deberán exigirse igualmente las condiciones indispensables para los demás actos. Y no se diga que el reconocimiento no es un contrato, sino la declaración de un hecho, porque la capacidad anexa a la interdicción es genérica y abarca todos los actos jurídicos que aquel hiciera personalmente, y respecto de los cuales podría pedir siempre la *restitutio in integrum*, cuando hubiere sufrido algún perjuicio. Del hecho del reconocimiento puede derivarse un perjuicio, no solo porque el que reconoce renuncia a la excepción perentoria que hubiera podido poner a

la indagación de la paternidad, o a la maternidad, si estas indagaciones estaban prohibidas por su ley, sino tambien por contraer graves obligaciones. No pudiendo el condenado o *entredicho*, reconocer la mas pequeña deuda, ¿como podría realizar un acto tan grave bajo todos los aspectos? El incapaz no puede enajenar validamente sus derechos, y por esto no puede hacer una confesión, legalmente valedera, que lleva consigo la enajenación del derecho que tiene a combatir la obligación y a pedir la prueba de ella.

Por todas estas razones, que son muy graves, puede sostenerse que el extranjero incapaz de realizar los demas actos civiles, debe considerarse tambien incapacitado para verificar un acto de reconocimiento.

La solución de esta cuestión ofrece graves dificultades. Nuestro parecer es que el acto del reconocimiento no puede compararse en todo a las demas obligaciones que pueden derivarse del conyugato, porque aquel es el cumplimiento de un deber sagrado y un derecho esencialmente personal que no puede ejercerse por delegación ni por representación, pues el incapacitado está privado indudablemente del ejercicio, pero no del goce de los derechos civiles. Si la ley del país a que pertenecen no exige sólo la autorización, sino tambien la intervención del tutor, el cual no completa la personalidad del pupilo que ha salido ya de la infancia, como sucedia en el derecho romano, sino que lo representa, y, cualquiera que sea su edad, *negotium gerere debet*, como dispone nuestra ley, cuando se aplican al reconocimiento las reglas generales, el incapacitado estará privado del goce de semejante derecho. Como por si mismo no podría reconocer válidamente a su hijo, no podría tampoco sostenerse que bastaria el mandato legal del tutor para justificar su intervención, para conferirle el derecho de reconocer un hecho que le es completamente extraño.

Respecto del condenado a muerte civil, debemos observar que, siendo consecuencia de la pena la privación de los derechos civiles, no puede aquella ser eficaz en territorio extranjero. Por otra parte, la ley no puede impedir al muerto civilmente tener hijos naturales, ni, por consiguiente, quitarle el derecho de reconocerlos. Concluimos, pues, que para poder reconocer un hijo natural, basta tener capacidad de voluntad, según los principios del derecho filosófico, y no según las reglas comunes establecidas para los actos civiles. Por esto, haciendo abstracción de las reglas generales por las cuales debe determinarse el valor legal de una obligación civil por falta de capacidad, debe el magistrado del lugar en donde se verifica el reconocimiento, examinar la capacidad especial exigida por la ley nacional para este acto, y si ésta nada determina, puede, apreciando las circunstancias, pesar la sinceridad del reconocimiento y sancionarlo, aun cuando se hiciese por una persona incapaz de verificar otros actos civiles.

139 Acerca de la forma intrínseca del acto del reconocimiento, debe juzgarse con arreglo a la ley del país en donde aquel se verifica. Por consiguiente, en cuanto a las formalidades necesarias para que el acto pueda decirse auténtico, y en cuanto al magistrado competente para presenciario, debe aplicarse el principio general de *locus regit actum*.

Puede, sin embargo, surgir una duda, cuando la ley del país en donde el acto se verifica declara válido el reconocimiento hecho de un modo privado, y la ley del lugar en donde aquel haya de producir sus efectos, exige que revista la forma auténtica.

Algunos autores son de parecer que el principio *locus regit actum* debe aplicarse solo a los actos públicos, y lo

restringen a los límites de la pura necesidad (1) Las condiciones de autenticidad, dicen aquellos, deben apreciarse con arreglo a la ley del lugar donde se verifica el acto, pero no existe motivo alguno para dispensar al ciudadano que quiere reconocer su hijo, de verificarlo de un modo auténtico, porque las condiciones de la autenticidad pueden siempre llenarse en el país en donde el acto se realiza Por otra parte, la ley prescribe que se haga el reconocimiento por un acto auténtico en interés de las partes y para impedir las violencias, sorpresas y manejos de todo género con que se podría, quizá, alcanzar por fuerza un reconocimiento infundado Por estas consideraciones podría concluirse que el reconocimiento de un hijo natural verificado en Austria por un italiano en documento privado, no puede ser eficaz en Italia por carecer de las garantías exigidas por nuestras leyes para estar ciertos de la libertad del autor del reconocimiento

Creer otros que el principio *locus regit actum* debe aplicarse, no solamente a los actos públicos, sino también a los privados, porque la diferencia entre unos y otros es meramente formal, no sustancial, es extrínseca, no intrínseca, y no hay razón para distinguirlas (2) Nosotros creemos que es admisible esta doctrina, pero con ciertas reservas

El principio *locus regit actum* ha sido aceptado por todas las sociedades políticas, no solo porque sería muy difícil observar en país extranjero todas las formalidades establecidas por la ley del lugar en donde ha de tener valor el acto, sino por razones fundadas en la equidad, en la buena fe y en el interés público, según las cuales, los actos válidamente hechos en un país deben producir sus

(1) Duranton t I p 95

(2) Félix num 79—Zaccarius § 51—V Meilin *Repet V Testamento* sección 2ª § 4 art 1º num 3—Demangeat *Condición de los extranjeros en Francia* página 342

efectos en todas partes. Es verdad, como dice Duranton, que las condiciones de autenticidad pueden llenarse siempre en país extranjero, pero puede suceder que a la persona que quiera de buena fe verificar un acto válido en el lugar en que reside, no se le indique como necesaria la forma auténtica. Sería, pues, un grave perjuicio el admitir, como regla general, que un reconocimiento legal, sincero, honrado y válido con arreglo a la ley del lugar en donde se ha verificado el acto, se anulara en Italia por la sola razón de carecer de la autenticidad exigida por la ley.

En la jurisprudencia francesa hallamos decisiones que confirman esta doctrina. El Tribunal de París, en dos sentencias diferentes, ha declarado válidos contratos de matrimonio con las donaciones que contengan, aunque verificados privadamente en Londres y en Mónaco por franceses, allí refugiados (1). El Tribunal de Casación francesa ha decidido, además, que el matrimonio mismo, como acto de estado civil, puede contraerse válidamente entre franceses en país extranjero, sin ninguna otra escritura, si reúne las condiciones exigidas por las leyes del país en donde se ha verificado [2].

(1) París 11 de Mayo de 1816 *Bertin* [Sney 1817 II 10] — París 2º de Noviembre de 1828 *Requenaime* [Sney 1829 II 77]

El Tribunal de Casación ha resuelto en 18 de Abril de 1865 que el contrato de matrimonio de un francés residente en Constantinopla puede ser válido con un solo documento privado con arreglo a la legislación del país y no hay necesidad de la forma auténtica ante el Canciller de Francia sobre todo cuando se trata de un contrato de matrimonio entre un francés y una extranjera [Dalloz 1865 I página 342]. La misma Sala de este Tribunal falló también el 12 de Junio de 1855 que el contrato de matrimonio celebrado en país extranjero con arreglo a la ley del mismo es válido por más que no se hayan llenado algunas formalidades accesorias [Dalloz 1855 I pág 389]. Por último el 30 de Marzo de 1844 el tribunal de Grenoble decidió que las disposiciones de los arts 1394 y 1395 del Código Civil constituyen un estatuto real. Por consiguiente el contrato dotal hecho por un francés al contraer matrimonio en el extranjero ha podido ser redactado posteriormente a la celebración del matrimonio si la legislación de este país (de España por ejemplo) fundada en el Derecho Romano permite constituir la dote y arreglar y modificar el régimen matrimonial posteriormente a la celebración [Dalloz 1845 II pag 36].

(N de P F)

[2] T de Cas fran 29 de Diciembre de 1841 [Dev 1842 II 321] Idem 13 de Enero de 1857 (Dev 1857 I 81). El tribunal de Bourdeaux ha fallado en 14 de Marzo d

140 Hemos dicho, sin embargo, que la validez del acto debe admitirse con alguna reserva. En primer lugar, debe la parte que quiera hacer valer tal documento, probar que se ha hecho verdaderamente en el lugar a cuya ley quiere adaptarse respecto a la forma, en segundo, es absolutamente necesaria la buena fe. Por consiguiente, debe el magistrado acoger fácilmente las demandas de nulidad por causa de sugestión, de sorpresa ó de error.

Demolombe dice que la diferencia entre el acto autentico y el privado no es mas que una diferencia de forma, y deduce de aquí, que el acto privado verificado en un país que permite esta forma, debe equivaler al auténtico en otro país que exija la forma autentica, porque esta diferencia no es intrínseca, sino extrínseca, no es fundamental, sino formal, esta, pues, sometida a la regla *locus regit actum* [1]. No combatimos esta doctrina, pero creemos indispensable hacer algunas observaciones.

El motivo en que se funda nuestro legislador para rechazar y declarar nulo el reconocimiento por documento privado, no procede de consideraciones extrínsecas, sino intrínsecas y que afectan la sustancia y la validez del acto. La disposición del art 181, que esta conforme con la del 334 del Código de Napoleón [2], tiende a prevenir todas las sorpresas, manejos e intrigas de cualquier género por las que puede forzarse a una persona a reconocer su progenitura, y garantiza la independencia de la vo-

1849 que el art 170 del Código Civil que declara válidos los matrimonios contraídos en el extranjero si han sido celebrados en las formas allí usadas se aplica también al caso en que como sucede en el Estado de Nueva York no exige la ley documento escrito y se contenta con la cohabitación y la posesión de estado matrimonial legitimo (Dalloz 1852 II pág 18)

(N de P F)

[1] Demolombe t I num 106

(2) Código Civil italiano art 181. El reconocimiento de un hijo natural tendrá lugar en el acta de nacimiento ó en un documento autentico anterior ó posterior á aquel.

Código Civil francés art 334. El reconocimiento de un hijo natural se hará mediante un acta auténtica cuando no se hubiere hecho en la del nacimiento.

luntad y la completa libertad del autor del reconocimiento

Un acto válido de reconocimiento produce consecuencias jurídicas muy importantes como acto de estado civil M Lahuy, en su relación al Tribunado en 19 de Marzo de 1803, se expresa en los términos siguientes «Un acto tan precioso y que debe servir de título al hijo natural y a los herederos de su padre, no puede abandonarse a una garantía tan fragil como la que resulta de un documento privado Es, pues, digno de la solicitud del legislador el exigir que se conserve en el archivo publico el documento correspondiente »

Por todas estas consideraciones no podemos equiparar el reconocimiento auténtico con el privado Para impugnar la validez de un reconocimiento autentico é inatacable en la forma, hay necesidad de probar que ha habido engaño, error o violencia, mas, para invalidar un reconocimiento privado, aunque válido, con arreglo a la ley del lugar en que se ha verificado, basta demostrar la falta de buena fe o de espontaneidad por parte del autor del reconocimiento, ó las sugerencias, intrigas o sorpresas de cualquier género En suma, el acto no debe considerarse como absolutamente nulo, mas para neutralizar los inconvenientes que podría traer consigo el adoptar sin reservas la doctrina de Demolombe, creemos que el magistrado debe acoger facilmente las demandas de nulidad fundadas en los referidos motivos (1)

(1) V Zacarias § 81

Zacarias dice en efecto que la regla *locus regit actum* no se refiere á los hechos realizados de buena fe Si algun frances se hubiese trasladado á pais extranjero con objeto de eludir la observancia de las formalidades prescritas por la ley de su patria los actos que hubiese verificado allí no deben considerarse válidos en Francia Por otra parte cuando se trata de actos respecto de los cuales la ley francesa exige la autenticidad como la garantía de completa libertad de una de las partes tales como por ejemplo los reconocimientos de hijos naturales el juez francés podría aceptar sin dificultad las demandas de nulidad por causa de sorpresa de su gestión ó de error dirigidas contra estos actos realizados en el extranjero sin llenar las formalidades exigidas por la ley francesa

141 Hablemos ahora de la ley que debe regir el reconocimiento forzoso, que puede tener lugar cuando la paternidad o la maternidad, respecto del hijo natural, no estén probados por un documento autentico de reconocimiento voluntario

Las disposiciones del derecho positivo son en esto muy diversas en algunos paises se permiten las indagaciones de la paternidad y de la maternidad, esto sucede, por ejemplo, en el Código prusiano (art 618), en el Código bávaro (p 1^a, c IV, 9), en el Código austriaco (art 163), en el del canton de Vaud (art 182 y sigs) y en el de la Luisiana (art 226), el cual admite la indagacion de la paternidad en favor de los niños libres y blancos, y aun en favor de los de color, libres, cuando el padre que estos buscan es un hombre de color Por el contrario, el Código italiano (art 189), el francés (art 340) y el holandés (arts 341 al 343), no admiten ninguna clase de prueba para la filiacion paterna, fuera de los casos de raptó y de violacion, cuando el tiempo en que se cometieron corresponde al de la concepción

Supongamos, por ejemplo, que un hijo natural, engendrado por un extranjero en Italia y no reconocido voluntariamente, quiere probar su filiación para suceder al que pretende que sea su padre, o para pedirle los alimentos ¿podria admitírsele la prueba en el caso en que la ley del país del padre permitiese la indagación de la paternidad? Algunos partidarios de la doctrina de los Estatutos responden afirmativamente La cuestion de paternidad, dicen, es una cuestión de relaciones personales y debe resolverse con arreglo a la ley que rige el estatuto personal

Estas dos modificaciones, anuden Aubry y Rau son las únicas que deben admitirse en la regla *locus regit actum*, á no haber otras disposiciones en contrario Bastan por otra parte para neutralizar los inconvenientes que trae consigo la aplicación absoluta de esta máxima particularmente en lo que concierne al reconocimiento de los hijos naturales ó á las dotes hechas en el extranjero [*Derecho Civil francés* tercera edición t I p 101]

Por otra parte, el hecho se ha realizado en Italia, y la condicion personal del hijo basta para legitimar la competencia de nuestros tribunales. De aqui concluyen que los tribunales italianos pueden juzgar y admitir al hijo la prueba de la filiacion paterna con arreglo a las disposiciones de la ley extranjera.

142 Nosotros no participamos de esta opinion, aunque no pretendemos discutir si sera mejor permitir ó negar la indagacion de la paternidad, pero es lo cierto que la ley que la niega o la permite esta basada en consideraciones de orden publico, de moralidad y de policia general. Permitiendola, cree el legislador que, con obligar a los que engendran ilegalmente, a cumplir con los deberes que la naturaleza misma impone y a soportar todas las cargas de su paternidad, podra ponerse un freno para disminuir las procreaciones ilegítimas. Prohibiéndola, ha querido el legislador prevenir el gravisimo peligro de suscitar los procesos mas escandalosos y peligrosos con perjuicio de la moralidad publica y de la tranquilidad de la familia. Es un modo diferente de apreciar las consecuencias de un mismo hecho, considerado desde distintos puntos de vista. Concluimos, pues, que por razon de orden y moralidad publica no puede un hijo natural, nacido en Italia, ser admitido á probar la paternidad ante nuestros tribunales. Esto no impide al hijo ejercer la accion en la patria de su padre siendo extranjero, por el contrario, si el padre, citado ante el tribunal de su pais, fuese convencido de ser realmente el padre del niño engendrado en Italia, el juicio que estableciese la paternidad podria igualmente producir sus efectos en nuestro pais, porque el reconocimiento, ya sea forzoso ó voluntario, cuando es valido con arreglo a la ley del padre, debe ser eficaz en todas partes. A esta regla general hay que hacer, sin embargo, la excepcion ordinaria de que el reconocimiento no altere el principio de orden publico.

Supongamos, por ejemplo, que un prusiano haya tenido un hijo natural de una mujer italiana casada, que a este hijo se le haya admitido en Prusia a probar la paternidad, y que un fallo ha declarado la paternidad y la maternidad. El hijo no podrá pedir que este fallo produzca sus efectos en Italia, en cuanto a sus derechos relativamente a la madre, ni invocar la aplicación del art 192 de nuestro Código, que dispone que «el juicio que declara la filiación natural, produce los efectos del reconocimiento». El art 180 del Código Civil prohíbe el reconocimiento de los hijos «adulterinos», y el 193 la prueba de la maternidad, cuando produce el resultado de establecer una filiación incestuosa o adulterina. El juicio será, pues, ineficaz, y el hijo natural no tendrá más acción que la de obtener los alimentos (1).

Estableciendo la hipótesis contraria, es decir, suponiendo que un italiano haya tenido de una extranjera un hijo natural, y que, según la ley de la madre, sea permitida la indagación de la paternidad, somos de parecer que la madre de este niño natural, para sostener la demanda de daños y de intereses contra el italiano acusado por ella de seducción, no puede ser admitida ante nuestros tribunales para probar la paternidad de este hombre, si el no ha reconocido voluntariamente a su hijo, a no ser en caso de rapto o de violación, cuando el momento de su perpetración corresponda al de la concepción.

(1) He aquí los artículos citados por Fiore

Art 180 No pueden sin embargo ser reconocidos 1º Los hijos nacidos de personas una de las cuales estuviere en la época de la concepción casada con otra diferente 2º Los hijos de aquellas que no pudiesen contraer matrimonio por causa de parentesco ó de alianza en línea directa hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado

Art 193 En el caso en que estuviere prohibido el reconocimiento no se admite nunca al hijo á la indagación de la paternidad ni de la maternidad. Sin embargo el hijo natural tendrá derecho á los alimentos 1º Cuando la paternidad ó la maternidad resulte indirectamente de un juicio civil ó criminal 2º De un matrimonio nulo 3º De una declaración expresa y por escrito del padre ó de la madre

Notemos, sin embargo que, cuando el padre pueda ser citado ante los tribunales del país extranjero, debería admitirse la acción de la madre, conforme a las disposiciones de la ley de su país. Puede también surgir la difícil cuestión de si un italiano, convencido ante un tribunal extranjero de haber tenido comercio con una mujer de este país y declarado padre del hijo, debería ser considerado como tal en Italia.

Nosotros sostenemos la afirmativa. Es verdad, en efecto, que nuestra ley no permite el reconocimiento forzoso, pero también lo es que el reconocimiento que resulta de un acto auténtico es válido, ya sea que el documento haya sido redactado con el fin único de probarlo, ya que contenga accidentalmente, por suposiciones simplemente enunciativas, el reconocimiento de una manera inequívoca. Por esto el legado en favor de un individuo que el testador califica de su hijo natural, cuando dicho legado se hace en un testamento público, constituye un reconocimiento válido, y la confesión probada por el juez constituye un reconocimiento auténtico.

Del principio que la investigación de la paternidad no es permitida entre nosotros, no puede deducirse que no deba serlo con detrimento de uno de nuestros conciudadanos en un país extranjero, y que la declaración del hecho mismo ante el magistrado del país en donde se ha realizado, no constituya un reconocimiento auténtico, luego el reconocimiento es válido en Italia.

143 Es discutible, sin embargo, si aquel cuya paternidad se ha reconocido, y sus herederos y sucesores universales, pueden en su nombre ejercitar en Italia una acción de nulidad, fundada en que el reconocimiento en país extranjero se había verificado a consecuencia de violencia. Es verdad que el reconocimiento, como cualquiera otra manifestación de la voluntad, debe estar exento de violencia, es

también cierto que no pueden considerarse como actos de violencia acciones legalmente ejercitadas, y, por consiguiente, que el reconocimiento de la madre, provocado por actos judiciales o extrajudiciales, no podría ser objeto de una acción de nulidad en Italia, en donde es permitida la indagación de la maternidad. Podría, empero, dudarse que el reconocimiento hecho por un padre italiano en un país extranjero, cuya ley permita de una manera absoluta la investigación de la paternidad, pueda ser considerado como nulo por causa de violencia cuando se hubiese verificado mediante un procedimiento judicial. Aun se dudaría más si, según el procedimiento del país de donde emana la sentencia, hubiera cierta facilidad en aceptar las pruebas de la paternidad, de suerte que la negativa de aquel contra quien se dirige la acción hubiera sido ilusoria, y que el italiano no tuviera otro medio de librarse de los procedimientos injuriosos y escandalosos de que era objeto, que declararse padre de una prole que probablemente no le pertenecería. La cuestión es muy grave. A nuestro juicio no siempre debe admitirse la acción de nulidad, porque, si bien es verdad que el reconocimiento debe ser libre, no se sigue que deba ser espontáneo, y no pueda ser provocado por actos judiciales cuando éstos son permitidos. Un italiano que ha tenido voluntariamente un comercio ilícito con una mujer extranjera en territorio también extranjero, debe soportar todas las consecuencias jurídicas que se derivan de este hecho, y si contra su voluntad ha sido obligado en seguida a reconocer a su hijo, no debe admitirse a establecer una acción en Italia por la sola razón de que ha sido obligado por un procedimiento judicial. Las acciones legalmente ejercitadas no pueden ser consideradas como actos de violencia, estas serán legales en el lugar donde se han proseguido, luego el reconocimiento no ha sido un efecto de violencia. Una sola excepción admitimos cuando el

procedimiento del lugar en donde ha de pronunciarse el fallo haga muy fácil la prueba y muy difícil la impugnación de la paternidad, en este caso, puede sostenerse la opinión contraria. De cualquier modo, al magistrado de nuestro país que debe ejecutar la sentencia, corresponde pronunciar el juicio de ratificación establecido por nuestro Código de Procedimientos antes de ordenar su ejecución.

En el Código del cantón de Vaud hallamos una disposición muy sabia. El art 182 establece que todo hijo nacido fuera de matrimonio, se atribuye por el tribunal al padre o a la madre. El art 197 dispone que la acción de investigación de paternidad entablada por un ciudadano del Cantón contra un extranjero, no se admita, aun cuando el extranjero confiese que él es el padre del niño, hasta que se establezca que la atribución de paternidad que es consiguiente, es también válida en el país del padre extranjero. Fuera de este caso, el hijo pertenecerá a la madre sin perjuicio de la acción de indemnidad que podrá ejercitarse contra el extranjero.

Los efectos que resulten del reconocimiento deben determinarse por la ley de la patria del padre ó de la madre desde el momento en que uno u otro ha reconocido su propio hijo. En su lugar oportuno trataremos de los derechos de sucesión del hijo natural.

144 El hijo natural reconocido puede ser legitimado cuando se realizan ciertas condiciones determinadas por la ley. En el antiguo derecho romano, la legitimación propiamente dicha, era una institución desconocida, el derecho imperial admite dos medios para legitimar los hijos nacidos del concubinato *per subsequens matrimonium et per oblationem curiae* (1) Justiniano agregó una tercera, la de *per rescriptum principis*, el cual podía ser obtenido por el

(1) *Instit* § 13 *De nuptus* I 10—*Cod* lib V tit XXVII

padre, cuando no le era posible casarse con la madre, o por el hijo a la muerte del padre, cuando este expresaba en su testamento el deseo de que el hijo le sucediese como hijo legítimo (1) La legitimación, según el derecho imperial, era uno de los medios de adquirir la patria potestad, y hacia *alieni juris* los hijos naturales que eran *sui juris* Sin embargo, solo cambiaba de condición el hijo, en cuanto a sus relaciones con el padre, pero no tenía ninguna especie de influencia en cuanto a las relaciones del mismo con su madre

145 Casi todas las legislaciones modernas admiten la legitimación, sin embargo, según algunos, solo puede verificarse por subsiguiente matrimonio, como dispone el Código de Napoleón (art 331), el Código belga [art 331], el de la Luisiana [art 217], el del Cantón de Vaud [art 178] Por el contrario, nuestro Código [art 198], el Código holandés [art 330], el Código austriaco [art 162 y la ley de 9 de Agosto de 1854], y el Código prusiano [arts 601 a 604], admiten también la legitimación por rescripto real Según el Código prusiano, el hijo puede también ser legitimado

1 ° Por sentencia judicial, cuando ha habido promesa de matrimonio (art 491)

2 ° Por declaración del padre ante el juez, cuando ha habido promesa de matrimonio sin celebración posterior (art 597)

3 ° Por los tribunales superiores, cuando se trata de la legitimación *ad delendum*, que es una legitimación completamente especial, que tiene por fin asegurar al hijo una posición social en la que su cualidad de ilegítimo sería un obstáculo a su mejoramiento En algunos Estados, es desconocida la institución de la legitimación, por ejemplo, en Inglaterra, en Irlanda, en las posesiones in

(1) Novel 74 cap II—Novel 80 cap IX y X

glesas de las Indias Occidentales, y en algunos países de la América Septentrional

Notemos, por ultimo, que en los países que admiten la legitimación, hay una diferencia relativamente a los hijos que pueden ser legitimados, por ejemplo, nuestro Código prohíbe legitimar los hijos que no pueden ser reconocidos (art 195), es decir, los hijos adulterinos y los nacidos de padre entre quienes no podría contraerse matrimonio, por razón de los lazos de parentesco y de alianza en línea recta hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado (art 180) (1) Según el Derecho romano, solo los hijos procedentes del concubinato, que tenían un padre natural conocido, podían ser legitimados, pero no los bastardos, los adulterinos, ni los incestuosos (2) Las disposiciones del derecho positivo, en cuanto a la forma de la declaración del padre y a las conveniencias jurídicas que de la legitimación se desprenden, son diferentes según las diversas leyes

146 Teniendo que determinar la ley que debe regir la legitimación y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, podemos proponer diferentes hipótesis o el hijo ha nacido en la patria del padre, en donde se ha verificado el subsiguiente matrimonio, y quiere hacer valer su estado de legitimado, o en la patria de la madre en donde la legitimación no es permitida, o bien el hijo ha nacido en el lugar en donde estaba domiciliado el padre, y donde éste ha contraído matrimonio, o, por ultimo ha nacido en un lugar en donde era permitida la legitimación y el subsiguiente matrimonio se ha contraído en un país en donde no lo era

Las opiniones de los autores son muy diversas Algu

(1) *Código Civil italiano* —Art 195 — No pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio ni por real decreto los hijos que no pueden ser legalmente reconocidos

(2) No podían ser reconocidos porque no tenían *pater tectus*

nos, entre ellos Savigny y Rocco (1), dicen que debe tenerse en cuenta la ley del domicilio del padre al verificarse el matrimonio. Nosotros no participamos de esta opinion, porque, en el sistema que hemos seguido, deben arreglarse las relaciones de familia por la ley de la nacion del mundo y no por la del lugar en donde este domiciliado. Admitiendo la opinion de Rocco, se seguiria que un italiano o un frances que hubiera procreado un hijo natural en su patria, con intencion de unirse en matrimonio con la madre de este niño, si estaba domiciliado en Londres al contraer dicho matrimonio, no podria legitimar a su hijo, porque la ley inglesa no admite la legitimacion por subsiguiente matrimonio. Pero, ¿con qué titulo se aplicaria la ley inglesa para determinar las relaciones de este individuo con su hijo, si la familia sigue la condicion del marido y del padre, y este, aunque domiciliado en Londres, es siempre francés ó italiano?

Shæffner se expresa en estos términos «La posibilidad de ser legitimado tiene también por condicion el nacimiento del hijo, y por eso es por lo que se necesita para esta, como para cualquiera otra relacion juridica, tener en cuenta su comienzo por consiguiente, las leyes del pais en donde se ha verificado el nacimiento del hijo deben decidir exclusivamente si puede o no ser legitimado por subsiguiente matrimonio (2)

147 Nosotros no aceptamos esta opinion, por mas que haya sido consagrada por los tribunales ingleses (3). El lugar del nacimiento puede ser un hecho absolutamente accidental. Desde el momento en que aquel se verifico, debe existir una relacion juridica cierta y determinada en

(1) Savigny *Tratado de Derecho Romano* § 380 — Rocco l. c. parte 1^a capítulo XXIII — Véanse además Bouhier *Contumnes de Bourgognes* capítulo XXIV § 11^o — Hertius *De Collisione legum* t. I § 4 — Froland *Memoria* cap. V § 4 — *T. Voet Comment ad Pand.* lib. 1^o tit. IV núm. 7 p. 40

(2) *Derecho internacional privado* § 57

(3) *Story Conflict of Law* § 87 — Burge I p. 102

tre el hijo y su padre, según la cual debe estimarse si hay posibilidad de legitimación por subsiguiente matrimonio. Hemos demostrado que el hijo natural reconocido sigue la condición de su padre, ahora bien, si desde el momento del reconocimiento se convierten en jurídicas las relaciones naturales entre el padre y el hijo, la ley de la patria del padre es la que debe decidir si aquel puede ser legitimado por el subsiguiente matrimonio de las personas de quienes ha nacido y en qué circunstancias puede esto verificarse.

Aun menos justificable sería la opinión de los jurisconsultos antiguos, que quieren dar la preferencia al lugar en donde se ha celebrado matrimonio. *«Potius non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ certis locis rite celebratæ ubique pro justis et validis habentur, sed etiam jura et effecta contractuum et nuptiarum in vis locis recepta ubique, vim suam obtinebunt (1)»* Esta doctrina, adoptada por la Cámara de los Lores, en Inglaterra (2), la rechazamos en absoluto, porque la ley del lugar de la celebración es la única aplicable a las cuestiones de forma y de solemnidades extrínsecas.

La legitimación se funda, en general, sobre la ficción jurídica de que el hijo ha sido concebido antes del matrimonio, pero con el pensamiento de contraerlo después, y esta es la razón porque, aunque la legitimación no tenga efecto retroactivo, es decir, que no se remonte al día de la concepción, ni al del nacimiento del hijo legitimado, sin embargo, por una ficción jurídica, se relaciona el nacimiento con el matrimonio, se fija y produce las consecuencias jurídicas que le corresponden desde la fecha del mismo. No hay duda que esta institución ha sido introducida en interés del hijo, y que produce un notable cambio de estado, porque hace que el hijo natural reconocido adquiera el título y

(1), Huber, *De conflictu legum* I t III § 9

(2) Story § 98 — Bourge *Comm on colon and foreign Law* part I capítulo III § 3

la condicion de legitimo, *justi legitimi efficiuntur* No debe, pues, aplicarse a ninguna otra ley que la de la patria del padre, que regula el matrimonio y las consecuencias jurídicas que de él se derivan y que debe regir el estado del hijo natural reconocido

Hallamos una decisión absolutamente conforme con nuestra opinion en el caso siguiente un tal Du Quesnay, de Picardía, y una tal Juana Perona Dumoy, de Flandes, dieron a luz en Francia un hijo natural Los padres marcharon en seguida a establecerse a Inglaterra, en donde efectuaron el matrimonio Surgió la cuestión de si el hijo natural podía considerarse en Francia como legitimado, y, por consiguiente, si podía apropiarse por sucesión de los bienes que en este país había dejado su padre Decidióse que el hijo no debía perder su natural capacidad para ser legitimado, y que debería tenerse en cuenta la ley del lugar de la celebracion del matrimonio cuando se tratase solo de las solemnidades necesarias a este [1]

148 La ley que rige la legitimación es la que, en nuestro concepto, debe aplicarse para determinar las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, no solo en cuanto a los derechos que relativamente al hijo adquiere el padre, sino tambien respecto de los que aquel adquiere sobre los bienes de este Esta opinion es combatida por ilustrados jurisconsultos que sostienen que para los derechos reales que pueden derivarse de las calificaciones personales, debe aplicarse exclusivamente la *lex rei sitæ* Voet, Thomasius Casaregi, Burgundius y los tribunales ingleses aceptan esta doctrina (2) En Italia es su mantenedor, entre los modernos, Rocco, que cita en su apoyo una sentencia del Tribunal Civil superior de Napoles (3)

[1] F. G. de la Gortiere Journ des princip. Juridien Part I t III libro II c 17

(2) Voet *and Pand* l I t IV n 7—Thomasius Adición á las notas sobre Huber *De conflictus legum*—Casaregi *Stat civilat genue [De successione ab intestato]*—Burgundius trac 1 num 8 10 25 y 26

(3) Rocco l c cap XXIII y XIX parte 1ª

Rocco admite la distincion entre el estatuto personal y el real y dice que «deben buscarse los atributos particulares de ambos para definir cual de ellos debe prevalecer. La legitimación determina un atributo y una calificación de la persona y no debe concederla otra autoridad que la del lugar en donde la persona está domiciliada, porque es una consecuencia natural del estatuto personal, pero los efectos que de ella se derivan relativamente a los bienes, tienen una relación íntima con el estatuto real y deben depender de la ley del lugar donde aquellos existen. Por consiguiente, para decidir si uno tiene la calidad de hijo legítimo es necesario recurrir a la ley de su domicilio. Calificado así, con arreglo a esta ley, para definir los derechos reales que de ella se derivan y la extensión de esos derechos, hay que recurrir a la ley de la situación de los bienes. En suma, la ley del domicilio da a la legitimidad la aptitud jurídica para gozar del derecho de sucesión, y el estatuto de la situación de los bienes se la confiere realmente y regula sus condiciones concretas (1) »

Sin embargo, es necesario observar que la legitimación no debe considerarse como un estado abstracto ó una pura calificación jurídica, sino como un estado del que se derivan ciertos efectos reales inseparables del mismo.

La legitimación no solamente borra la mancha del nacimiento sino que cambia la condición del hijo natural, el cual, por una ficción jurídica, se convierte en igual al hijo legítimo, como si hubiera nacido dentro del matrimonio, *justi legitimi efficiuntur*. Admitido que el estado de la persona debe ser determinado por la ley nacional de cada uno, y que la persona tiene, según la ley de su patria, el estado de hijo legítimo, y como consecuencia, ciertos derechos sobre los bienes de su padre, se sigue que, como el estado debe ser reconocido en todas partes, los dere-

[1] P 174 a 178 edición de Liburina

chos a él anexos deben también ser por doquiera respetados

No admitimos, pues, la idea de la realidad según la escuela antigua, y creemos que la misma ley que arregla las relaciones recíprocas de los miembros de la familia debe también regir sus derechos sobre el patrimonio doméstico donde quiera que radique con tal que no se lesionen la ley territorial de aquel ni su economía doméstica. Por lo demás, como el derecho más importante que se deriva de la legitimación es el de poder suceder en los bienes del padre, trataremos más ampliamente esta cuestión en su lugar oportuno (1)

149 Hase discutido si la legitimación *per rescriptum principis* debe ser eficaz en todas partes como la *per subsequens matrimonium*, y algunos autores han sostenido que la legitimación adquirida en virtud de un privilegio concedido por la autoridad soberana, sólo puede tener efecto en territorio del soberano que ha concedido el beneficio (2), pero nosotros, apoyándonos en la autoridad del jurisconsulto napolitano (3) somos de parecer que hay que decidir con arreglo a la ley personal si el hijo es ilegítimo, natural, legítimo o legitimado, y que debe reconocerse por doquiera el estado de cada uno, tal como se halla establecido por su ley. Si según la de la patria del individuo, la ficción legal por la cual *justi legitimi efficiuntur* puede ser efecto de un rescripto del príncipe aquel que ha adquirido el estado de hijo legítimo por un acto de la autoridad soberana, debe ser como tal reconocido en todos los países, no porque el soberano tenga autoridad en el extranjero, sino porque el estado de la persona debe ser reconocido universalmente

[1] De *Chassat De los estatutos* § 219

[2] *Rocco parte 1^a cap 23*

[3] Véase el libro II sección 3^a