

LEY DUODÉCIMA.

(L. 8.^a, TÍT. 8.^o, LIB. X, NOV. REC.)

Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, é despues su padre ó madre ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto ó descendiente legítimo ó de legítimo matrimonio nascido ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes, *ab intestato* ni *ex testamento*. Salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podían mandar por su ánima, les quisieren alguna cosa mandar, que fasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces y no más. Pero en todas las otras cosas, así en suceder á los parientes, como en honras é preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los fijos nascidos de legítimo matrimonio.

COMENTARIO.

I.

1. La legitimacion es un hecho propio y especial de sociedades avanzadas, de estados y de pueblos cultos. Si el matrimonio existe donde quiera que existe la sociedad, de la cual es

la base; si la ilegitimidad puede existir tambien, toda vez que caben los extravíos ó de vicio ó de pasion; nó sucede así con esta otra materia, con este asunto, con esta invencion, á cuyo estudio nos lleva el de esta ley duodécima de Toro: los pueblos infantes no la conocen; las sociedades sencillas no la pueden concebir en su inteligencia ni consignar en sus leyes. Mil años llevaba Roma ántes de haberla escrito en sus códigos: heredera como lo fué de parte de su ciencia y de muchas de sus costumbres, tampoco la habia admitido nuestra España, aun despues del largo periodo de independenciam y de ilustracion que llamamos la Monarquía goda.

2. Puede decirse más; y es, que la primera idea de las legitimaciones debió venir del cristianismo. En la Roma pagana ni era natural ni era indispensable. Si alguna vislumbre de este género ocurría al sentido de aquellos estadistas filósofos, con la arrogacion tenian lo suficiente para ponerla por práctica, por obra. Necesitóse que la doctrina de la Cruz santificara el matrimonio, al mismo tiempo que una civilizacion refinada extendía sus consecuencias por el mundo, para que la combinacion de lo uno y de lo otro engendrara ese establecimiento nuevo, cuya tendencia de perfeccion no habian podido descubrir las generaciones de la vieja república y aun del propio imperio de los Césares.

3. Fué Constantino el Grande quien, con el propósito de combatir al concubinato y de hacerle venir á verdadero matrimonio, abrió la puerta á esta ficcion de derecho, segun la cual se reputan hijos de legitimas nupcias los nacidos anteriormente de padres que vivian en aquel, y que no tenian obstáculo para contraer éstas.

4. Con todo, cuando se resolvió así, cuando se adoptó por primera vez ese recurso, no se instituyó como una cosa permanente y estable. La medida fué por una vez sola; dictóse para lo pasado, y no para lo porvenir; fué un privilegio concedido, y no una regla perpetua hallada y señalada como tal. Aun parece que fué el mismo espíritu el que inspiró las análogas constituciones de Zenon y de Anastasio: solo Justiniano, el gran ordenador de aquel derecho, elevó á institucion definitiva lo que no habia sido sino recurso temporal, y escribió como norma irrevocable de la ley, que cuando un hombre se casase con su mancha, de la cual habia tenido hijos siendo los dos libres, estos hijos se estimaran legitimados, cual si hubiesen sido concebidos y tenidos en pleno y perfecto matrimonio.

5. Despues de esta completa innovacion, que perfeccionaba el privilegio de Constantino y le elevaba á institucion civil, fué cuando la Iglesia, teorizando aún sobre lo que tal principio había inspirado, escribió en su derecho canónico aquellas conocidas y terminantes palabras: *Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*—Con las cuales palabras, con el cual pensamiento, ha sucedido lo que sucede con todas las idéas justas, verdaderas, civilizadoras: que las halla, que las anuncia, que las formula el espíritu que les es más propio ó más análogo; pero que despues de oidas, la humanidad entera las conserva, y ninguna corriente de civilizacion puede olvidarlas, ninguna puede eximirse de su jurisdiccion ó de su influjo.

6. Mas encontrada la idéa de la legitimacion por medio del subsiguiente matrimonio de los padres, fué una cosa natural el que se la buscase tambien por otros medios, con otros recursos. El espíritu romano-imperial halló otros dos; y de entrambos debemos hacernos cargo, porque entrambos fueron aceptados, y fueron tambien escritos por nuestras leyes.

7. Es el primero de ellos el que se llamó de *oblacion á la curia*. Las curias, las municipalidades romanas, destituidas de todo resto de poder, solo ofrecian en los tiempos del Bajo Imperio cargas, gastos, gravámenes, á los que estaban adscriptos á ellas, bajo cualquier carácter que fuese. Huían, pues, todos de semejante ocupacion; y resultaba de ordinario hasta el no haber en las ciudades más populosas quien desempeñara los deberes municipales. De aquí el nacimiento de singulares penas y de extraños privilegios, con que quería atraerse á los ciudadanos, á los vecinos diríamos mejor, para que aceptaran semejantes puestos. Y entre esos privilegios propios ocurrió á Teodosio el Joven, entrado ya el quinto siglo, que podría ser uno el de adquirir la legitimacion que no tuvieran, aquellos hijos que fuesen ofrecidos por sus padres para llevar las mencionadas cargas, ó aquellas hijas que lo fuesen á su vez para esposas de esos oficiales curiales, de los mismos decuriones jefes y cabezas de ellos.—;Recurso verdaderamente extraordinario; crítica amarguísima del estado del mundo romano en aquellos tiempos; confusion de idéas que apenas se alcanza, que apenas se concibe:—que los puestos municipales de dignidad y de honra hubiesen llegado á tal degradacion, que ni aun bastasen la fuerza y el apremio para conseguir que fueran desempeñados, y que se necesitara acudir á hombres que tenían una mancha, por lo

ménos una desgracia notoria, y lavarlos de esa desgracia misma, para que consintiesen en encargarse de las cosas públicas!

8. Por último, el emperador Justiniano, el mismo que fijó su definitivo carácter á la legitimacion por subsecuente matrimonio, fué tambien quien inventó la tercera forma ó clase que hizo toda legitimacion posible. Esta forma fué la de un mero privilegio, la de una gracia individual, contenida en un rescripto del Soberano. El legislador vió que la oblacion á la curia no producía los apetecidos y esperados efectos: observó que el subsiguiente matrimonio no podía siempre realizarse, ya porque hubiese muerto la mujer, ya porque se hubiese imposibilitado, ya, por fin, porque su conducta la hiciese indigna del matrimonio; y queriendo aún en estos casos dejar expedita la legitimacion, abrió esa nueva puerta, ménos justificada al parecer que las anteriores, pero racional asimismo, siempre que no se abusara de ella para dar un paso franco al favor puro y al notorio desmerecimiento. Muy léjos se estaba ya de las primitivas idéas romanas, bajo el doble poder de la caridad del cristianismo y de los hábitos orientales.

9. Tal era la legislacion civil, perfeccionada en Bizancio, y cuyo espíritu habia de venir de Bolonia á inspirar las Partidas de nuestro D. Alfonso. Mas algo de semejante á ese espíritu se habia hecho lugar en nuestras costumbres y en nuestras leyes castellanas. Por cualesquiera causas que fuese,—investigacion que nos llevaria léjos, y dilataria el presente Comentario más de lo justo,—es lo cierto que ántes de las expresadas Partidas habian dado grandes pasos nuestros mayores en una materia tan doctrinal como la presente, resolviéndola, bien puede decirse, con la misma amplitud y quizá con la misma perfeccion con que la resolvemos hoy.

10. No, de seguro, por la ley de los Visigodos, segun dijimos ántes. Aquella ley no pronuncia una sola palabra en el particular. Extrañeza causa, si se quiere, ese completo silencio, pero es indudable que lo observa; que ni San Isidoro ni Recesvinto creyeron oportuno decir nada en materia despues tan importante.

11. El derecho de nuestras legitimaciones se escribió ante todo en el Fuero Real. Ya nos ocuparemos despacio en varias de sus leyes, cuando examinemos las consecuencias que semejantes actos producen; mas ahora que tratamos tan sólo de su índole y su naturaleza, nos bastará con citar dos que los caracterizan del modo más completo y terminante. La 2.^a, tit. 6.^o, lib. III, que

se reduce á las siguientes palabras: «Si home soltero con mujer soltera fiziere fijos, é despues casare con ella, estos fijos sean herederos.» Y la 17.^a del propio título, que comprende las que ponemos á continuacion: «Magüer que el fijo que no es de bendicion no deve heredar segun que manda la ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puédale facer legitimo, é sea heredero tambien como si fuese de mujer de bendicion; ca asi como el Apostólico há poder llanamente en lo espiritual, así lo há el Rey en lo temporal, é como el Apostólico puede legitimar aquel que no es legitimo para aver órdenes é beneficios, así lo puede legitimar el Rey para heredar é para las otras cosas temporales.»

12. Como se ve, pues, las dos capitales idéas del derecho bizantino en materia de legitimacion, la del subsecuente matrimonio y la del rescripto regio, se encuentran admitidas, definidas por nuestro Fuero Real castellano. Tomáralas de aquel, tomáralas del derecho canónico, inspiráraselas la recta razon, es lo cierto que allí están íntegras y perfectas. Lo que allí no hay es algo que se semeje á la oblacion á la curia; medio discordante con nuestra organizacion y nuestras costumbres; medio que no podía venir á nuestras leyes sino con el empeño de copiar y de acomodar en ellas todas las idéas del derecho civil.

13. Eso debía suceder y eso sucedió, como tantas veces hemos dicho, con el código de las Partidas. En el cual no sólo se encuentran las dos clases de legitimacion obvias, naturales, y que el Fuero Real mencionara y consagrara, sino que hay tambien la referida adscripcion á la curia, extendida asimismo á la córte, y aun algun otro medio indirecto ó inductivo, de todo lo cual es necesario hacer aunque sean breves referencias.

14. En cuanto á lo primero, á esas oblaciones ó adscripciones, hablan de ellas las leyes 5.^a y 8.^a, tit. 15.^o de la cuarta Partida: «Si tal fijo como este (un hijo natural)—dice la primera—llevare su padre á la córte del Emperador ó del Rey, ó al concejo de la cibdad ó villa donde fuere, ó en cuyo término morasse, ó á otra cibdad ó villa qualquier, magüer non morasse en ella nin en su término, é dixesse públicamente ante todos: este es mi fijo, que hé de tal mujer, é dólo á servicio deste concejo; por estas palabras lo face legitimo; solamente que aquel fijo que da assí lo otorgue é non lo contradiga.»—«Oficial de alguna cibdad ó villa—dice la segunda—que tienen de los mayores oficios en toda su vida, casando tal como éste con fija natural de alguno que oviesse de amiga, estonce quando el padre

la casa con tal ome la faze legitima. Otrosí, quando el fijo natural de algun ome se offresciesse él mismo á servicio del Emperador ó del Rey, ó de alguna cibdad ó villa..... diciendó concejamente ante todos como es fijo de tal ome;..... si esto fuere cosa cierta..... fázese legitimo por esta razon.» Vese, pues, que el sistema de las oblaciones existe, y aun existe ampliado en el Código de D. Alfonso; sin haberse tenido en cuenta que no se encontraban en Castilla los motivos ó las razones de más ó ménos valer que produjeran su adopcion en el Imperio. Mas esto no nos puede sorprender cuando de semejante Código tratamos: estimándole en todo lo que vale, todavía no se ha de olvidar cuán escaso de crítica racional y cuán desconocedor de la verdadera historia, habia de ser necesariamente el siglo XIII.

15. Hemos dicho, en segundo lugar, que hay en las Partidas algun otro medio de legitimacion, por decirlo así, extensivo, inductivo, y que se sale del propio cuadro del derecho justinianéo. Dejamos aparte lo de una declaracion testamentaria, en la cual se exprese que se tienen tales hijos naturales, y se les instituya por herederos legitimos; pues al cabo cuando esto sucediere, lo que la ley ordena es que el Monarca los *deba* legitimar (1), entrando así el hecho en la categoría de los rescriptos soberanos. Mas el precepto siguiente (2) dispone en textuales palabras que si un hombre reconoce á otro por hijo, en escritura, con tal que no diga más, con tal que no exprese que es natural, se tenga incuestionablemente por legitimado. Y más adelante añade que no solo produce esa escritura la legitimacion del que va reconocido en ella, sino tambien la de sus hermanos, si los hubiere, hijos del mismo padre y de la misma madre. Disposiciones singulares una y otra; extensiones que pasan todos los justos limites; reglas para las cuales ni conocemos modelos, ni descubrimos en nuestra inteligencia suficientes causas. Debieron de tener por origen las opiniones de algun doctor; y tomaron lugar en aquel cuerpo de doctrina y de leyes, más quizá para servir de solucion á casos rarísimos, que para ser de hecho verdadera regla en un pueblo culto y en un estado noble y poderoso.

16. Porque la verdad es que no obstante esas disposiciones de las Partidas, nuestra práctica de todos los tiempos no ha reconocido, no reconoce otros medios de legitimacion que el sub-

(1) L. 6.^a, tít. 15.º, P. IV.

(2) L. 7.^a

secuente matrimonio, y la merced ó el rescripto del Soberano. Ni hubo legítimas causas para aceptar como tal medio la oblation al concejo ni á la córte; ni mucho ménos ha debido entrar en la conviccion de nadie que la escritura de que poco hace hablábamos, sea una manera de hacer legítimos á hijos que no lo fuesen. En primer lugar, el reconocimiento que ella contuviera no aprovecharía jamas sino á las personas, á los hijos, á quienes expresamente hiciese relacion; y en segundo lugar, el tal reconocimiento podría completar la *naturalidad* de los propios hijos, con arreglo á la ley undécima de Toro, pero no podría hacer otra cosa, no produciría ningun otro resultado. Si las Partidas dijeron más, eso más que dijeron no tiene ningun valor. Acordémonos de lo que ha sido y es ese Código; y convengamos en que en este particular su precepto no pudo ser, no fué, sino una letra muerta. Rechazado desde luego por el instinto público, acabó de borrarse cuando la ley de Toro que nos ocupa no le dispensó ni aun la honra de mencionarlo expresamente. Lo único que esta ley hizo fué no suponer sino las dos clases de legitimacion que eran racionales, las que describía el Fuero Real y que sancionaba la práctica; pero claro es que con decir el derecho respecto á esas dos y sólo respecto á esas dos, descartó completamente lo que no tenía ningun motivo de ser, lo que solo había tomado lugar en las Partidas por el conocido y especial carácter de ese Cuerpo legal, y lo que en la hipótesis de que subsistiese habría necesitado más que nada de explicaciones para fijar y ordenar sus efectos.

17. No hay, pues, en Castilla más que las dos referidas especies de legitimacion, y no necesitamos hablar más que de ellas en este Comentario á la ley duodécima de Toro.

II.

18. Sabido qué es la legitimacion, señalados los modos de hacerla, estamos en el caso de examinar, primero: ¿qué hijos son los que pueden legitimarse? Segundo: ¿qué efectos legales surten las legitimaciones? Aquello, lo demanda el conocimiento aun sumario de la materia: ésto entra de lleno, esencialmente, en la explicacion de la ley actual.

19. Pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, ante todo, los hijos naturales. Este es el fundamento típico, la

idea primitiva y espontanea de la legitimacion: los que eran nacidos de concubinato, fingiase, entendiase, reputabase que pasaban á serlo de matrimonio, cuando sus padres, que vivieran en aquel, contraian éste, para el cual no tenian ni habian tenido ningun impedimento. *Tanta est* (pudo justamente pensar y proclamar la Iglesia) *vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

20. Pueden serlo igualmente los espureos, cuando los padres y las madres, á la par, eran libres. Pueden serlo aun los mánzeres, si por ventura los padres eran conocidos, y ellos y las madres se hallaban en igual caso. Porque, en una palabra, lo que se há menester para esa legitimacion es que en efecto el hijo sea tal, habido por las dos personas que despues se casan, y que éstas pudiesen contraer justamente matrimonio á la época en que le concibieron.

21. Y tanto es de esta suerte, que si un hombre y una mujer tuvieron, siendo libres, un hijo natural; y si despues uno ó los dos perdieron aquella libertad que tenian, casándose con otra ó con otras personas; y si más adelante tornaron á recobrarla, enviudando, y contrajeron matrimonio entre sí;—es doctrina constante, fundada en concluyentes razones, corroborada con textos expresos, no contradicha por ninguno, y recibida plenamente en la práctica, que aquel hijo natural, primitivo, queda legitimado, como si el enlace de sus padres hubiera tenido lugar inmediatamente á su nacimiento, siendo la continuacion del concubinato en que vivian, y sin que ocurriesen aquellos otros que le opusieran el obstáculo temporal de que va hecha mencion.

22. ¿Pueden ser legitimados de esta propia suerte los hijos incestuosos? ¿Pueden serlo los bastardos, procreados en una soltera por un hombre que no lo es? ¿Pueden serlo, por último, los adulterinos, los nacidos ilícitamente de mujer casada?—Hé aquí tres casos, en los que aparece desde luego más dificultad para contestar á la pregunta; porque en todos ellos habia obstáculo legal al concebir la prole, aunque en todos ellos quepa despues la posibilidad del matrimonio.

23. Comenzamos por los que son producto del incesto; es decir, de tios y sobrinas, de primos, de cuñados, que tienen prohibicion de casarse por afinidad ó parentesco, pero prohibicion que se puede dispensar. Y decimos sin duda alguna en este punto que de hecho tiene lugar la legitimacion, cuando se consigue la expresada dispensa, y con ella y por virtud de ella se

verifican las justas nupcias. Esa dispensa constituye á las dos personas que la ganan en un estado de libertad, que no puede ménos de retrotraerse para este efecto á la época en que concibieron el hijo. Verdad es que en aquella no se podían casar el uno con la otra; mas no era esto porque cada cual de ellos estuviese individualmente imposibilitado de casarse, sino porque tenían prohibicion de hacerlo entre sí, únicamente entre sí. Tanto el hombre como la mujer eran por su esencia, por su estado, libres; y tanto el uno como la otra, ó por mejor decir, los dos,—porque esto no es simple, sino complejo y relativo,—podían obtener esa licencia, ese beneplácito de la Santa Sede, que dejaría libre también, que haría posible y legal su matrimonio. No era ningun lazo indisoluble, no era ningun obstáculo insuperable, no era el derecho perfecto de ningun otro lo que los separaba: faltábales tan sólo el haber conseguido una cosa que podía conseguirse. Si la obtienen despues, y se unen por consecuencia de ella, está en el carácter, en el espíritu, en la índole de toda esta doctrina de la legitimacion, que ese complemento de su capacidad se retrotraiga, y que la absolucion de un pecado, que no envolvía infracciones más graves, rompimiento de lazos más poderosos, lleve consigo la completa, subsiguiente, legitimacion de la prole. Ciertó, indudable, que no podían casarse sin dispensa cuando hubieron aquel hijo, y que por eso es incestuoso y no natural; pero cierto, indudable es también que con esa dispensa habrían podido hacerlo, y que ya la han obtenido, y que con ella han verificado su matrimonio (1).

24. Lo contrario decimos en los casos de adulterio, sea sencillo ó sea doble, sea propio ó de la mujer, sea impropio y extensivo ó del varón. Los hijos bastardos, ó de un hombre casado que tiene amiga ó barragana, los hijos legalmente adulterinos, ó de una mujer casada que se entrega á quien no es su esposo, todos estos no se legitimarán jamás por el subsecuente matrimonio de sus padres, si habiendo quedado libres lo llegaren á contraer. Impídelo la naturaleza de semejante prole, la situacion en que los padres se encontraban al tenerla. Aquí no hay posibilidad de la retroraccion de nada, porque no hay nada que retrorayéndose pueda caber en aquel real y efectivo caso. No olvidemos que cuando nacieron los hijos en cuestion, los padres

(1) Esto, que ha dicho siempre la razon, está comprobado en el dia por autoridades irrecusables. Hay una cédula de 1803 que expresamente lo declara. No la insertamos, porque es sumamente conocida.

estaban imposibilitados de contraer matrimonio; y esto por un obstáculo absoluto, que no podía salvarse, del que no podía dispensarse ni prescindirse. Ó los dos, ó por lo ménos uno de ellos, encontrábanse, segun se supone, ligados con otras personas. Si esas otras personas fallecieron, y ellos se casan despues, la idéa ficticia, la suposicion de este casamiento, no puede llevarse ni alcanzar á una época en la que existía otro matrimonio efectivo y real. Es, pues, aquí irracional é imposible lo que hemos admitido para el incesto: el obstáculo es infinitamente mayor, es de otra naturaleza; la condicion de estos hijos es mucho más desventajosa, mucho más desgraciada.

25. ¿Qué diremos del caso en que el hijo fué concebido en adulterio, y en que al tiempo de nacer, el padre adúltero—impropiamente adúltero, el padre casado,—ó la madre adúltera eran ya libres, porque hubiesen muerto sus cónyuges? ¿Será tambien entónces imposible, ó será posible la legitimacion, por el subsiguiente matrimonio de los padres?

26. Los que entendieren la definicion del hijo natural, que formula la ley undécima de Toro, en los términos materiales en que está escrita, esos llamarán con aquella calificacion á estos hijos, y no verán inconveniente en que sean legitimados por el acto á que nos vamos refiriendo. Mas nosotros no hemos seguido ese sistema; nosotros no hemos comprendido así la ley; nosotros hemos concebido y explicado de otra suerte, en nuestro Comentario anterior, su espíritu y su potestad. Esa doctrina, pues, no puede ser nuestra doctrina. Á tales hijos los hemos estimado adulterinos ó bastardos, como á los que nacieron continuando el impedimento de sus padres. Y al hacerlo así hemos dado nuestras razones, en cuya creencia persistimos. Por lo cual, excusándonos de repetir las, no tenemos que hacer otra cosa que remitir á nuestros lectores á ese Comentario que acabamos de citar. Véanlo de nuevo, si es que quisieren recordarlas, y pésenlas otra vez en su buen juicio. Si allí hemos tenido razon, si la ley no ha podido querer decir lo que literalmente dice, si su verdadera y genuina inteligencia es la que señalamos, nuestra respuesta á la presente duda tampoco puede ser dudosa: no son los hijos de adulterio, no son los hijos de personas casadas, los que cabe legitimar por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Es imposible concebir la retrotraccion de este matrimonio á un tiempo en que otro matrimonio lo hacía imposible; é imposible era, sin ninguna duda, cuando se procrearon los hijos de que por hipótesis se trata, pues que la pro-

creacion es la concepcion cuando ménos, y hemos dicho que al tiempo de concebidos estaban sus padres ligados con otras personas diferentes.

27. Visto así, de un modo breve, claro, racional, qué hijos pueden ser legitimados por el matrimonio de los que le dieran el ser, debemos ver ahora cuáles, si únicamente los mismos ó si algunos otros más, pueden serlo por los rescriptos de los soberanos.

28. Asentemos ante todo que, en buenos principios de razon y de justicia, esta segunda clase de legitimacion sólo debe estimarse un suplemento de la primera: repugna á nuestro sentido moral que tenga otro principio ni que en sí pueda ser otra cosa. Se concibe bien, en efecto, que cuando ha fallecido la que fuera amiga del padre, y madre de su prole; que cuando se ha levantado entre ella y él un obstáculo semejante al de la muerte, porque haya pronunciado solemnes votos ó casándose con otro hombre; el padre, libre siempre, pueda acudir al legislador, al Monarca, y pedirle que supla con una merced de su soberanía lo que á él le es imposible de todo punto. Aun sin esas imposibilidades absolutas, la razon alcanza alguna otra moral: la madre de la prole se ha hecho de tal manera indigna por sus actos, que no es decente, que no puede ser, el que un hombre honrado le dé su nombre y la llame su esposa. Pero en uno y en otro caso, en la esfera material ó en la esfera moral, siempre es una imposibilidad notoria de realizar el casamiento lo que determina y justifica á los ojos de la razon este recurso del rescripto. Cuando el matrimonio fuera posible, repugna, decimos, á nuestra inteligencia y á nuestro sentido íntimo que se eche mano de otro recurso que él, para crear aunque sea ficticia y existimativamente lo que solo el mismo matrimonio crea en el orden real y natural de las cosas.

29. Ahora bien: si la legitimacion por privilegio suple, y no debe hacer más que suplir á las nupcias subsiguientes, si sólo debe admitirse cuando éstas no puedan tener lugar por algo que las impida, posterior á la procreacion ó al nacimiento de los hijos, parécenos una consecuencia necesaria el que ese privilegio no haya de otorgarse, sino tratándose de tal prole que por su naturaleza habría podido recibir la legitimacion de aquellas propias subsiguientes nupcias. Otra cosa no sería suplir; otra cosa sería lanzarse en propósitos y por causas que no tendrían ni límites ni reglas racionales, que dependerían únicamente de los caprichos y del favor.

30. Esto por lo ménos es lo que nos dice nuestra conciencia, lo que enseñan los buenos principios. Para profesar una doctrina diferente, ó más bien para bajar nuestra cabeza ante ella, admitiendo respecto á los hijos de delito la indulgencia que se puede tener con los hijos de falta, sería necesario que la viésemos escrita en claras y terminantes leyes. Mientras no, no hemos de admitir jamas que á medida que se van supliendo unas cosas con otras, se vayan extendiendo las supletorias sin razon y sin término, de manera que lleguen á no tener ninguna semejanza con las suplidas.

31. Pues esa mayor amplitud, pues esa extraordinaria indulgencia, no las encontramos autorizadas en nuestros códigos. Y sin embargo, debemos confesar que alguna vez y más de alguna vez han sucedido, se han tenido y verificado de hecho. Si registramos archivos y crónicas, si recordamos tradiciones, bien puede ser que hallemos á hijos ilegítimos de personas casadas, autorizados por los soberanos para entrar en las familias legales de sus padres. El que esto escribe ha leído por sus mismos ojos una cédula de legitimacion concedida al hijo de un sacerdote. Y no ocurrió por cierto este caso en pasados siglos, cuando cierta laxitud en las costumbres podía aminorar el escándalo del hecho; no. El rescripto se concedió por el señor D. Carlos IV, sesenta ó setenta años hace; y el autor de esta obra conoció cuando niño á la misma persona legitimada. Un poco más era el suceso que los indicados y prohibidos por la ley de Soria (1).

32. Sinceramente hablando, no creemos que en el dia de hoy pudieran verse concesiones semejantes. Imposible es que gobierno alguno, no digamos el constitucional que nos rige, con sus Cámaras, con su libertad de imprenta, con su influjo necesario de la opinion pública, pero ni aun el absoluto de D. Fernando VII en 1832, el del Pretendiente cuando guerreaba en Navarra; imposible es, decimos, que ninguno de ellos se hubiera atrevido á ejecutar un acto de esa especie. Tenemos confianza en la razon universal; no creemos en la repeticion de lo monstruoso, cuando todo el mundo está persuadido de su deformidad moral, de su condenacion por todas las leyes. Quizá no

(1) Hemos visto tambien la legitimacion de un bastardo, hijo de hombre casado y mujer soltera, otorgada por la Santa Sede en el primer tercio de este siglo. El agraciado y su familia son conocidísimos en nuestra sociedad española.

somos individualmente mejores en el día que lo fueron nuestros antepasados en el siglo XV; pero la sociedad oficial, pero los poderes del Estado, seguro es que no se permitirán ahora mucho de lo que entónces se permitieron. Y en cuanto á la época de fines de la centuria pasada y principios de la presente, todo el mundo sabe á dónde llegó en España el escándalo de aquel periodo, y todo el mundo siente que no es fácil descendamos á ver otro de tanta incuria y de tanta abyeccion.

33. Y sobre todo, y sea del hecho lo que sea, lo que en este lugar inquirimos y lo que debemos escribir es el derecho. El abuso reconocido por tal no puede nunca engendrar á éste. La doctrina no se eclipsa ni deja de mostrarse cual es á los hombres, porque algunos poderosos la hayan despreciado y conculcado. La conciencia siente y la razon proclama que los hijos ilegítimos á quienes el subsecuente matrimonio de sus padres puede legitimar son los que hemos especificado nominativamente; y que estos mismos, y no otros, son los que puede cubrir con sus beneficios el regio rescripto que reemplaza y suple á aquella legitimacion. Cuando ese rescripto es ménos que aquella en sus resultados, cuando dá ménos derechos, como vamos á exponer en seguida, no podía ser que alcanzara y beneficiara á los que no puede alcanzar y beneficiar aquella.

III.

34. Pero ¿cuáles son las consecuencias, cuáles los efectos de las legitimaciones? ¿Qué posicion dan en las familias á los legitimados? ¿Producen una propia los actos de subsiguiente matrimonio y los rescriptos de los Reyes, ó la producen diversa, distinguiéndose los unos hijos legitimados de los otros?—Hé aquí la segunda pregunta ó cúmulo de preguntas que más arriba quedaron indicadas, y á que es tiempo y razon de contestar al presente.

35. La condicion familiar del hombre comprende diferentes fases ó respetos, como expusimos en un Comentario anterior. Tiene una que es, por decirlo así, social y pública, que consiste en llevar legítimamente el nombre de los padres, en pertenecer á su clase, y tambien en poder ser admitido á ciertas honras, cargos, distinciones, que exigen esa posicion de familia ó de legitimidad. El apellido, la nobleza, la capacidad de puestos; hé

aquí lo que consideramos en ese primer punto de vista más externo y ménos íntimo que los restantes, más propio del estado, de la ciudad, y ménos propio de la interioridad ó de la casa. Pues bien: sobre este punto, el efecto de la legitimacion es completo, é igual le producen las dos clases en que aquella se divide. Noble es el hijo legitimado, si el padre es noble; y capaz, por otra parte, de todos los oficios y de todas las preeminencias para que se requieren, ó se han requerido por lo ménos, condiciones de sangre y de linaje.

36. Ni se comprende que fuera de otro modo. Por un lado, aun los hijos naturales puros, los reconocidos pero no legitimados, gozan ya de esas distinciones de familia, y poseen la nobleza cuando han nacido de padres que la tienen. ¿Cómo, pues, no habían de disfrutar de ese privilegio los que son más que los naturales, pues que han salido de la condicion de ilegítimos, de esa propia de naturales, tal vez, para elevarse á otra evidentemente superior? Y bajo otro concepto, ¿qué sería la legitimacion misma, si no produjese estos efectos en cuyo exámen nos estamos ocupando? ¿Cuáles habia de producir, para que no fuese una palabra vana é irrisoria?

37. *Legitimar*, ni vulgar ni técnicamente puede significar otra cosa que *hacer legítimo: legitimado*, solo del que es *hecho legítimo* es de quien puede decirse. La idéa natural de la legitimacion no es otra sino la de conceder á los que la obtienen los derechos de la legitimidad. Esto es lo obvio, esto debió ser lo primero que se pensara. Si despues se notó que haciéndolo así omnímodamente podían causarse perjuicios, herirse derechos respetables, y se detuvo la ley ante una consideracion tan justa; por lo ménos, donde semejantes perjuicios no se pudieron concebir, donde no cupo maltratar ni aun rozarse con interes de ninguna especie, claro es que faltó toda razon para poner reservas ó excepciones, y que los efectos naturales del acto que se admitía ó creaba debieron seguir su fácil y sencillo curso. De aquí que la legitimacion pueda no igualar á la legitimidad, concurriendo con esta, en la division de bienes, en el goce de derechos que son limitados y de naturaleza exclusiva, en lo que pertenece al órden interno ó doméstico, en una palabra; pero en lo exterior, en lo tocante á la sociedad más que á la casa propia, en el nombre, en las armas, en la clase, en la aptitud para las honras públicas, en lo que no se divide ni se menoscaba para ninguno porque lo lleven otros dos ú otros doscientos; en todo eso no hubo, ni hay, ni puede haber razon para limitar los derechos de los legitima-

dos, y los gozan éstos de consiguiente, sin que se los haya negado nadie, ni práctica ni ley, como si fuesen de todo punto legítimos, como si hubiesen nacido en el más legal y perfecto matrimonio. Así lo declaró la ley de Partida (1); así y no ménos terminantemente lo ha declarado esta de Toro que comentamos.

38. Síguese el órden, como decíamos ántes privado, en el que debemos examinar tres cosas: la patria potestad, el derecho respectivo á alimentos, y el derecho respectivo á sucesiones. Estos dos últimos fueron, segun se recordará, los que analizábamos al tratar de los hijos ilegítimos—(de la patria potestad no podía ser cuestion hablándose de ellos);—y en los tres es donde evidentemente están reunidas todas las relaciones posibles entre los padres y los legitimados en que nos ocupamos ahora.

39. Acerca de la patria potestad seremos muy breves. Se deriva sin duda de la legitimacion, como se deriva de las legítimas nupcias, como se deriva de la arrogacion que tambien suple á estas. La patria potestad es la primer consecuencia de la paternidad y de la filiacion legales, en tanto que no llega la emancipacion del hijo. Donde quiera que el derecho encuentra á éste en la primitiva relacion con su padre, formando los dos una familia, allí declara un poder, allí muestra un súbdito. Eso es notorio, elemental, no ofrece dificultades de ningun género. Lo único que debemos advertir al mencionarlo es que la legitimacion que produce patria potestad es la de los hijos solteros, y no la de los casados, ni la de los nietos tampoco. El matrimonio incluye entre nosotros emancipacion; y el nieto no está sujeto á la potestad del abuelo, ni en las condiciones de la legitimidad comun.

40. En el segundo punto, en la cuestion de alimentos, no concebimos ni sabemos que haya habido jamás ni que pueda haber duda. Si el padre los debe á los hijos ilegítimos cuando es conocida la paternidad; si la madre se los debe siempre, porque la madre no es desconocida ni incierta nunca, ¿cómo no los han de deber á estos otros, que no solamente han procreado, sino que han querido hacer suyos despues, deliberadamente, y con una reiteracion de voluntad, que solo respecto á ellos puede señalarse? Alimentos les deberían siempre porque les habian dado el ser: alimentos les deben por una doble causa, pues que con un acto posterior han ratificado esa procedencia misma, y perfeccionádola, y elevádola, cuanto les permitian unas benévolas

(1) L. 9.^a, tít. 15.^o, P. IV.

leyes. No se procrea—si es lícita esta palabra—dos veces á una persona, para no criarla, para no educarla, para no alimentarla despues, en la natural extension de los medios de quien la ha de criar, educar, alimentar. Así, en el punto de que tratamos, ninguna diferencia debe admitirse entre los legitimados y los legítimos propios. Si el derecho no da detalles, no fija pormenores, establece sin duda principios, de los que saca justas consecuencias la razon.

41. Llegamos, por fin, al punto de las sucesiones, que ha sido y es el único grave, el único que puede ofrecer dificultad (1). La legislacion no habia sido uniforme en esta materia. En ella, como en tantas otras, una cosa habia dicho el Fuero Real, y otra habian escrito las Partidas. La doctrina y la práctica vacilaban; y de aquí la necesidad de que las leyes de Toro las ordenasen y las fijasen.

42. Segun las de Partida (2), los hijos legitimados, de cualquier órden que fuesen, puesto que no hace entre ellos diferencia, habian de suceder con los legítimos y partir con estos los bienes de sus padres. No hay más que un caso de excepcion á esta regla, y es cuando la legitimacion no procede del padre propio, sino que el hijo la ha ganado ú obtenido por sí, ofreciéndose al servicio del Rey ó del concejo, ó casándose, si es hija, con dignatario concejal. Entónces, pero sólo entónces, no heredarán al igual y en comparticion con los legítimos descendientes: en todo otro caso, como dice la ley misma, no sólo «pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legítimos non ovieren,» mas «si los ovieren, heredarán en parte como los otros fijos que ovieren de mujeres legítimas.» Tánta es, segun aquel Código, la fuerza de la legitimacion hecha ó conseguida por el padre: tal poder le atribuye, y de tal modo la iguala con la propia legitimidad.

43. Méenos ámplio, méenos favorable parecia el derecho del Fuero de las Leyes. Contra lo que es comun en la comparacion de tales códigos, este segundo, primero y más antiguo en el órden de los tiempos, habia sido en la opinion comun más mi-

(1) La sucesion de que aquí hablamos es la herencia comun; no la de mayorazgos ó cosas vinculadas. En esa materia hay algo que decir sobre los derechos de los legitimados, sobre su aptitud y lugar. Mas eso no corresponde al Comentario presente: todavia no hemos llegado á las leyes que hablan de vinculaciones.

(2) L. 9.^a, tít. 15.^o, P. IV.

nucioso, y había distinguido y sutilizado más en la materia que nos ocupa. Verdad es que la ley 2.^a, tit. 6.^o del lib. III, que hemos citado ántes, decía solo en sus breves palabras: «Si home soltero con mujer soltera ficiese hijos, é despues casare con ella, estos hijos sean herederos.» Mas ese derecho de las legitimaciones por matrimonio no se extendía ni aplicaba, segun la creencia de las gentes, á las legitimaciones otorgadas por autoridad real. Respecto á éstas, citábanse nada ménos que tres leyes, que tambien vamos á copiar en seguida, tánto porque son cortas, cuanto porque no debemos prescindir de sus textuales palabras, no creyendo como no creemos que su aplicacion á tales legitimaciones fuese la más acertada ni la más genuina. Nuestros lectores juzgarán sobre ello con completo conocimiento de causa.

44. Ponemos por primera la 7.^a, tit. 22.^o del lib. IV, que dice textualmente de este modo: «Quien quisiere recibir por su fijo, fijo que haya en mujer que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey ó ante homes buenos, é diga en tal manera: éste es mi fijo, que hé de tal mujer, é desde aquí adelante quiero que sepades que es mi fijo: é si aquel que lo así recibiere por fijo muriese sin manda, el tal fijo herede lo suyo, si fijos legítimos no hubiere, ó nietos, ó dende ayuso; é si manda quisiere fazer, fágala sin empescimiento de aquel fijo que así recibió; y el fijo que así fuere recibido haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo, y ésto se entiende de los fijos naturales.»

45. Es la segunda, la 5.^a, tit. 6.^o del lib. III, de la que son las siguientes palabras: «Todo home que no oviere fijos de bendicion, é quisiere recibir á alguno por fijo, é heredarle en sus bienes, puédalo fazer: é si por aventura despues oviere fijos de bendicion, hereden ellos é no aquel que recibió por fijo; y ésto mismo sea por el fijo de la barragana, que fué recibido por fijo é por heredero.»

46. La tercera, en fin, de estas tres leyes de que hablamos es la citada más arriba, la 17.^a del propio titulo y libro. «Magüer que el fijo que no es de bendicion no deve heredar, segun que manda la ley; pero si el Rey le quisiere fazer merced, puédale fazer legítimo é sea heredero tambien como si fuese de mujer de bendicion; ca así como el Apostólico há poder plenamente en lo espiritual, así lo há el Rey en lo temporal: é como el Apostólico puede legitimar aquel que no es legítimo para haber órdenes é beneficio, así lo puede legitimar el Rey para heredar é para las otras cosas temporales.»

47. De las tres leyes que acaban de copiarse, y de algunas otras ménos expresivas, concordantes con las dos primeras, se ha deducido generalmente que por el Fuero Real heredaban los hijos legitimados á virtud de rescripto cuando se hallasen solos, pero que perdían ese derecho si los padres llegaban á tener hijos legítimos de verdaderas y justas nupcias. Puede ser que sea así; puede ser que nos equivoquemos en este particular, como podemos equivocarnos en cualquiera otro; puede ser que nos ofusque una ilusion, y que veamos fantásticamente algo que no es. Mas en nuestra conciencia, de lo que hablan las dos primeras de esas leyes es, ante todo, de hijos *reconocidos*, y despues de hijos *adoptados*, ó para hablar con más propiedad, *arrogados*. De *legitimacion*, de verdadera legitimacion, no hay en ellas una palabra sola. Ó léanse, si no, considérense, analicense, todas las que usan. Siempre se dice *recibir* hijos; nunca se dice, nunca se indica el trasladarlos de la ilegítimidad á la legitimidad. Ni se habla de matrimonio, ni tampoco de privilegio concedido por el Monarca. El Rey, que encontramos allí, es un testigo que autoriza; no es un soberano que otorga, que concede, que suple. Si se observase que aquellos hijos que se *reciben* lo eran ya del que los recibía, nosotros notaremos á nuestra vez que semejante circunstancia no empece á nuestra calificacion: no estaban bajo su potestad, no pertenecían á su familia, y por ese medio podían constituirse en la una y en la otra. Lo cierto es que no se encuentra la palabra *legitimacion*, y que á nuestro juicio tampoco se encuentra la idéa de semejante acto.

48. Así, nada importa para el punto de que tratamos, que la eventualidad de nuevos hijos de matrimonio destruya lo que se hubiese hecho por virtud de esas leyes, si lo que se había hecho por virtud de esas leyes no era la legitimacion, la verdadera y genuina legitimacion, cuyos efectos estudiamos en el presente análisis.

49. No podemos decir lo mismo respecto á la ley 17.^a, título 6.^o, lib. III del mismo Código, citada y copiada en tercer lugar. Aquí sí que se habla de legitimacion por merced del Príncipe, como en la segunda de aquel título que también ántes hemos copiado se habla de igual legitimacion por matrimonio. En nuestro concepto, estas dos leyes, y solamente estas dos leyes, son las que se refieren al caso, en el Fuero Real que nos ocupa. Pero téngase en cuenta que ni la una ni la otra subordinan los derechos que reconocen á ninguna eventualidad posterior. Según ellas, el subsecuente matrimonio y el rescripto soberano

hacen legitimados y herederos á los que no lo eran; y ninguna indicacion contienen de que esta postrer cualidad pueda nunca extinguirse ni quedar baldía, despues de ganada ú otorgada. Esto es lo que leen nuestros ojos, lo que concibe nuestra mente.

50. Mas sea lo que fuere de tal opinion, tengamos ó no tengamos razon en nuestro juicio, parece que la creencia contraria era la comun, y que á principios del siglo XVI se entendía el Fuero Real como hemos indicado en los números anteriores. Es sobre todo fuera de duda que la había respectivamente á los derechos de los legitimados en las herencias de sus padres, y que esta duda reclamaba una decision auténtica que la extinguiese. De aquí el precepto de esta ley duodécima de Toro: de aquí las palabras, las explicaciones, con que los consejeros de doña Isabel redactaron el texto que comentamos en este instante.

51. Respecto á los legitimados por subsiguiente matrimonio, nada se ha innovado, nada se ha alterado en ella: no se hace sino volver á igualar, poner de nuevo juntos y en una propia categoria á éstos y á los que son legítimos por su nacimiento y su origen. Permanece, pues, el antiguo derecho, el de los cánones, el de las Partidas, el de la jurisprudencia, el del Fuero Real. Podemos decir siempre con los primeros: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Podemos decir siempre con el último: «Si home soltero con mujer soltera fiziese hijos, é despues casase con ella, estos hijos sean herederos.» Nada, repetiremos por última vez, hay en contra.

52. Respecto á los legitimados por rescripto ó por gracia, la ley no dice nada del caso en que pudiera haber, precedentemente á la legitimacion, otros hijos ó descendientes legítimos, herederos forzosos de los legitimantes. Esto es, no dice nada de una manera directa; porque en forma indirecta ó incidental, bien da á entender que puede haber diversos derechos en la tal hipótesis de legitimacion. Al emplearse este inciso «aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos,» bien se indica que caben en aquel acto varios propósitos y varias fórmulas; que puede haber legitimaciones con mayor ó menor amplitud, con mayor ó menor capacidad hereditaria. «Aunque sea legitimado para heredar» dice la ley; luego puede ser legitimado sin que obtenga semejante derecho. Lo uno es la consecuencia necesaria de lo otro.

53. Supónese, pues, y es una suposicion completamente de

lógica como de buen sentido, que cuando se impetra la gracia deben exponerse las circunstancias del impetrante, la existencia ó no existencia de legitima prole; y que en vista de ello, respetando derechos, no hiriendo intereses legitimos, es como se concederá la legitimacion de los agraciados. Mas de cualquier modo que sea, la gracia, el privilegio, habrán de tener ejecucion segun estén concebidos y escritos, no existiendo causas de obrepcion ó de subrepcion que los invaliden ó los anulen. Si se otorgaron para heredar, alcanzarán sus efectos á la herencia; si no se otorgaron con ese fin, porque se respetó á legitimos herederos existentes, claro es tambien que no puede dárseles una extension que pugna con sus condiciones propias. Todo esto era evidente de suyo, y no se habria necesitado para entenderlo de una nueva y expresa ley.

54. El objeto de la que examinamos fué un caso distinto: aquel en que habiéndose concedido la merced plena, entera, con facultad de heredar *ex testamento* y *ab intestato* á los padres, naciese despues á estos algun hijo ó descendiente legitimo, ó le legitimasen por subsecuente matrimonio. Esta hipótesis, segun la creencia comun, parecia estar prevista y decidida por las leyes del Fuero Real que ántes copiamos, en el sentido de que quedase la legitimacion sin el efecto de hacer heredar. En nuestro juicio, que razonamos ya como nos pareció oportuno, semejante creencia era infundada y erronea. Mas sea lo que fuere de lo uno y de lo otro, los legislares de Toro, dejando á un lado las Partidas, interpretando el Fuero si era menester, pusieron por derecho incuestionable lo que entendia la opinion comun haber querido éste. El nacimiento de descendientes legitimos menoscabó, amenguó los derechos de los ya legitimados por gracia, siquiera hubiese sido ella la más amplia posible, privándolos de llevar la herencia de los ascendientes propios. Y no solo el nacimiento de legitimos tuvo tal consecuencia, sino que la tuvo tambien la legitimacion de otros ilegítimos, como fuese hecha por subsiguientes nupcias. De suerte que no sólo se decidió y escribió aqui la inferioridad, ántes por lo ménos dudosa, del legitimado por merced, sino que se confirmó asimismo la perfecta, absoluta igualdad del legitimado por matrimonio con el que es legitimo por naturaleza. Cuando sobrevinieron de cualquiera de estas dos clases, aquel otro quedó evidentemente postergado: lo que el padre puede dejarle (no dice la ley que deba, que tenga obligacion) es el quinto de sus bienes solamente, del cual pudiera asimismo disponer en beneficio de su alma ó en

provecho de un extraño.—Otra cosa dice tambien la ley que siempre le queda; que es el derecho de suceder á los demás parientes, así como las honras y preeminencias anejas al carácter de legitimidad. Lo mismo esto último que las acciones alimenticias, lo tenemos consignado ya en el presente Comentario: sobre el derecho de sucesion á esos otros parientes, bueno será que digamos una palabra.

55. Los parientes de que la ley habla en esta frase, son los parientes transversales y no otros; son los tios, son los primos del legitimado: pues que de los ascendientes, padres y abuelos, ya deja dicho que aquel pierde su herencia por el advenimiento de los que le excluyen. Y á primera vista, y cuando no se ha reflexionado sobre tales palabras, parecen extrañas ciertamente, y no se concibe la razon de su precepto. ¿Por qué, ocurre, se ha de tener mayor derecho, accion más poderosa ó más firme, en los bienes de un tio que en los bienes de un padre? ¿Por qué el legítimo que viene despues ha de ser un embarazo para la adquisicion de éstos, y no ha de impedir la adquisicion de los otros?

56. Mas reflexionando algo, por poco que sea, en el particular, muy luego se descubre el buen sentido y la recta razon de la ley. No son homogéneos, ni con mucho, los derechos de una persona, sea legítima sea legitimada, en los bienes de sus ascendientes y en los de sus parientes transversales. Respecto á los primeros, son tales derechos absolutos, forzosos; respecto á los segundos, son potestativos, voluntarios. El padre y el abuelo tienen por obligacion que instituir á sus descendientes; el tio puede instituirlos, preterirlos, nombrar á quien quiera: son sus herederos *ab intestato* cuando él nada dijo, pero no lo son necesariamente *ex testamento*; no lo son cuando él prefiere otras personas. Infiérese de esta distincion que si se hubiesen dejado iguales respecto al padre á los legitimados y á los legítimos, aquel hubiera tenido precision de instituirlos á los unos como á los otros: la execucion se habria realizado en su testamento, en su herencia, indispensablemente. En los transversales no sucede así: aun dejando como se deja á los legitimados, aquel su pariente que va á testar puede llamarlos ó no llamarlos, segun tenga por oportuno, instituirlos ó no instituirlos, segun le plegue, adelantarlos, postergarlos, colocarlos á su voluntad respecto á los legítimos. De suerte que lo que se les otorga, más bien que un derecho es una capacidad; ó si derecho real es para el caso de los *ab intestatos*, no puede perderse de vista que estos son

los ménos comunes, y que se debe presumir en ellos que el difunto quería espontaneamente la sucesion legal, cuando, facultado para hacerlo, no se cuidó de ordenar otra.

57. No es, pues, un descuido, no es, mucho ménos, un notorio yerro lo que está escrito sobre ese particular en la ley. Téngase presente que ella ni quería ni podía anular los efectos esenciales de toda legitimacion; y que una vez que conservaba la de rescripto, debió no inutilizarla, no quitarle su carácter. Quiso establecer diferencias entre ella y la de matrimonio: estimó que no era merecedora de tantos favores: llevó un poco atrás á los hijos que por su merced habían sido agraciados. Quizá creyó que no hacía en ello sino conservar las antiguas tradiciones de Castilla escritas en el Fuero Real. Pero no fué, repetimos, su ánimo el extinguir, el aminorar de todo punto esa legitimacion misma: los agraciados no habían de volverse á hacer hijos espureos ó naturales, porque les hubiesen nacido hermanos que fueran legítimos. Disminuyendo algo su posicion, no debía esto ser sino en lo que la razon demandase: todo lo demás habia de quedarles, todo lo demás habia de seguir perteneciéndoles. Ante un superior derecho, justo era que cediese su derecho, para no causar un efectivo perjuicio: donde no hubiese verdadera lesion, no habia por qué se anulara ni se disminuyera.—Así, por lo ménos, comprendemos nosotros el espíritu de esta ley, y por esa norma resolveriamos todas las dificultades que pudieran venirnos de su tenor.

IV.

58. La ley que estamos examinando menciona la legitimacion de los nietos, y tambien hemos aludido á ella nosotros en este Comentario. Pocas palabras explicarán cómo puede ser, y cuáles son los efectos que produce.

59. Tuvo una persona un hijo espureo ó natural, que vivió siempre como ilegítimo para sus padres, que se casó, que tuvo descendencia, que falleció en aquella situacion en que se hallaba. Si despues de esto el padre primitivo, el abuelo de los que han quedado, se casa con la mujer de quien hubo tal hijo, éste no se puede legitimar porque ya no existe, pero se legitimará su descendencia, y serán nietos legitimados del abuelo que contrae tal matrimonio. Lo propio se puede verificar por rescripto ó

gracia del Monarca: el abuelo puede pretender la legitimacion de aquellos descendientes, y concederla el que hubiera podido conceder la del hijo si estuviese en vida.

60. En cuanto á las consecuencias de tal legitimacion, no es punto que ofrece la menor dificultad. El derecho de los nietos es el de los hijos, habida consideracion al orden y lugar que ocupan en la familia.

V.

61. Los trámites que se siguen en el dia para obtener un rescripto de legitimacion, están fijados en la real orden de 10 de Abril de 1838. Segun ella, los que soliciten esta gracia acudirán directamente á la audiencia territorial respectiva, presentando la solicitud para S. M. y los documentos en que la apoyen, ó bien al gobierno, quien lo remitirá todo á la propia audiencia. Ésta comisionará al juez de primera instancia para la formacion del oportuno expediente, en el que se oirá á las personas interesadas, y se recibirán las informaciones que ofreciere el solicitante. Hecho así, y devuelto á la audiencia con informe del juez comisionado, se oirá al fiscal, y se informará tambien al gobierno por la audiencia misma. Sólo despues de todo esto, y con tan amplia y conveniente instruccion, es como se propondrá á S. M. por su Ministro de Gracia y Justicia lo que pareciere de hacer en cada caso.—De más está el decir que aprobamos completamente tales garantías, creyendo como creemos que ninguna es lujosa ni superflua en asuntos de tanta gravedad y de tamaño interes.
