

## *SECCION VI.—De la legitimación.*

### *§ I. PRINCIPIO.*

164. El artículo 331 asienta el principio de que los hijos naturales se legitiman por el matrimonio subsiguiente de sus padres. Este principio, tomado del derecho romano y del canónico, descansa en una ficción. Nuestras leyes presumen, dice Portalis, que el padre y la madre que se casan después de haber vivido en comercio ilícito, siempre han tenido el ánimo de unirse con el vínculo de un matrimonio solemne, y suponen, las mismas leyes, contraído el matrimonio, cuando menos en cuanto al deseo y la promesa, desde el nacimiento de los hijos; y por una ficción equitativa, dan efecto retroactivo al matrimonio(1). La legitimación queda justificada por las más poderosas consideraciones. Muy acertadamente dice Bigot-Préameneu que el orden público se halla interesado en que el hombre y la mujer que viven de una manera desordenada cuenten con el medio de evitar cualquiera de estos dos escollos: ó separarse obligados por el hastío, ó continuar unas rela-

---

1 Portalis, Discurso preliminar, núm 63. (Loché, t. I. p. 173).

hijos. Mas desde el momento en que se casan, se produce la legitimación, queriéndole ellos ó no. Como lo dice Pothier, la legitimación se realiza sólo por la fuerza y eficacia del matrimonio: opinión que es de todos los autores, con excepción de Richefor. Inútil es insistir en este punto y citar autoridades, y nos contentaremos con agregar que también se verifica la legitimación sin la voluntad de los hijos á quienes aprovecha, á menos que la repudien, si no es sincero el reconocimiento (núms. 180 y sig).

Cuando se dice que el matrimonio produce de pleno derecho la legitimación en virtud de la ley, se supone que los hijos fueron ya reconocidos antes del matrimonio, ó bien en la misma acta de su celebración. Así lo establece el tenor literal del art. 331, en el cual volveremos á ocuparnos más adelante.

166. Todo matrimonio legitima á los hijos naturales, aun el que se llama *in extremis*. En el proyecto de Código, había una disposición concebida en esta forma: «El matrimonio contraído en el art. de la muerte entre dos personas que hubieren vivido en concubinato, no legitima á los hijos nacidos antes de ese matrimonio.» La sección de Legislación había propuesto esa excepción, temerosa de que la facilidad de legitimar á los hijos en el último momento de la vida, viniese á fomentar el desarreglo de las costumbres y cayese en olvido el matrimonio; pero Berlier contestó que el concubinato no era asunto de cálculo. Hay que tomar á los hombres, dijo, tales como son; y aquel que haya sido arrastrado por sus pasiones hasta el concubinato, no dejará esta senda, sólo porque la ley se niegue á legitimar á los hijos que nacieron de tal comercio ilícito. Pero si los tiene y está ya próximo al término de la vida, sentirá el deseo, si conserva algo de honradez, de reparar su falta, dando legitimidad á sus hijos y devolviendo su honra á la madre. ¿Qué hay de inmoral en esto? Lo sería la ley, si pusiese obstáculos para esa obra de reparación. Y con ta-

les observaciones, quedó suprimida aquella disposición (1). Si la hemos recordado, ha sido por vía de enseñanza para el legislador. Este no debe, en su celo por la moralidad, impedir que se reparen las faltas en que incurre la debilidad humana; no las previene, cediendo á un rigorismo exagerado, y cierra así la puerta al arrepentimiento.

167. El matrimonio contraído por un sacerdote, ¿legítima á los hijos que tuvo antes de casarse? Según nuestro derecho público, ni siquiera puede agitarse esta cuestión. Como M. Nothomb lo dijera en el Congreso, los sacerdotes no son para la ley más que individuos, que pueden casarse y, por lo mismo, legítimar á sus hijos. Ni se diga que, conforme á la doctrina de la Iglesia, el concubinato del sacerdote es adulterio; que los hijos procedentes de él son adulterinos, y que, por consiguiente, no pueden legítimarse; pues á esto se contestaría, y la contestación sería decisiva, que ni los cánones, ni las enseñanzas de la Iglesia tienen valor alguno ante la ley civil: no conocemos nosotros más adulterio que el que se comete con menosprecio de un matrimonio legal. La cuestión se ofreció en Francia ante la Corte de Casación, y quedó resuelta en el sentido expresado, de acuerdo con una luminosa requisitoria de Merlin (2). Juzgamos inútil insistir en este punto, que no es controvertible en Bélgica ni aún en Francia.

168. La diversidad que hay entre la legislación de Francia y la de Inglaterra acerca de la legitimación, ha dado margen á cuestiones de derecho internacional. Hay franceses que se casan en Inglaterra: ¿legítimarán su matrimonio á los hijos naturales que tuvieron, ya en Inglaterra, ya en Francia? No es dudosa la afirmativa, toda vez que la legitimación está ligada con el matrimonio, como uno de los efectos que él produce; y este efecto concierne al esta-

1 Sesión del Consejo de Estado del 24 Brumario, año X, núm. 7 (Loché, t. III, p. 47 y sig.)

2 Sentencia de 22 de Enero de 1812 (Daloz, palabra *Paternidad*, núm. 461). Merlin, *Repertorio*, palabra *Legitimación*, sec. II. § II (t. XVII, p. 17).

do de las personas. Así, pues, bajo cualquier aspecto, el caso es de estatuto personal. De aquí se sigue que si un inglés se casa en Francia, su matrimonio no producirá legitimación, puesto que se rige por las leyes inglesas, las cuales no la admiten, mediante el subsiguiente matrimonio. Contra esto podrá objetarse que hay de por medio un interés de moralidad pública, interés que se aprecia de distinto modo en los dos países: en Inglaterra, se cree que la legitimación favorece la inmoralidad, mientras que en Francia se estima que repara el mal que no puede impedir el legislador; ¿y no debe superar el interés de las buenas costumbres al estatuto personal del extranjero? No lo creemos. No se trata aquí de una institución en que el orden público sea elemento dominante, como lo es en la reprochación de la poligamia; y si se invocan las buenas costumbres, es más bien para justificar la diferencia de derechos que para aprobar ó reprobar la legitimación; sobre todo, el deber del padre, la honra de la madre, la suerte de los hijos, es lo que determinó al legislador francés: consideraciones que no tienen relación directa con la moralidad pública. Debe, pues, aplicarse el estatuto personal. Esta es la opinión de Merlin, y así se ha resuelto siempre la cuestión en Francia (1).

169. La cuestión se complica cuando los futuros cónyuges pertenecen á naciones diferentes. Se trata de una francesa que se casa con un inglés: ¿debe seguirse la ley de Inglaterra, ó la de Francia? Se ha resuelto que se debe aplicar la ley inglesa, porque, según el Código Napoleón (art. 19), la mujer francesa que se casa con un extranjero sigue la condición de su marido, y, que, por consiguiente, la ley personal que debe aplicarse es la personal del marido (2). La Corte de Casación autorizó la opinión

1 Merlin, *Cuestiones de Derechos*, palabra *Legitimación*, § II (t. IX, p. 172 y sig.) Sentencia de Orleáns, 17 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 154).

2 Caén, 18 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 61).

contraria. Comienza por hacer constar que sólo el padre era inglés y domiciliado en Francia; que la madre era francesa y los hijos habían nacido en Francia, y de allí infiere que la ley francesa era la del domicilio matrimonial, á la cual se supone que los futuros cónyuges tuvieron voluntad de sujetarse. Esta primera razón es defectuosa, ya que la legitimación no depende de la voluntad de los contrayentes, como no depende ningún otro efecto del matrimonio. ¿Se dirá que, en el caso en cuestión, los futuros cónyuges se sometieron también á la ley francesa en lo concerniente á la indisolubilidad del matrimonio? No, por cierto. Pues tampoco está en la mano de los futuros cónyuges querer ó no la legitimación; la ley, y no su voluntad, es la que obra. Trátase de saber qué ley debe aplicarse, si la francesa ó la inglesa, y es cuestión ésta que no se resuelve por la voluntad de las partes.

La Corte de Casación agrega que, siendo francesa la mujer, tenía derecho á la legitimación, y que los hijos nacidos en Francia podían invocar este beneficio; que si el matrimonio no produjera legitimación quedaría burlada la buena fe de la madre; que se vulnerarían los derechos de los hijos, y que, por otra parte, estos podrían invocar también la ley francesa, puesto que, llegados á la mayor edad, tendrían derecho de reclamar la calidad de franceses. Esta otra razón no nos parece mejor que la anterior. ¿Puede la mujer francesa que se casa con un inglés acogerse á la ley francesa, cuando dice el Código que sigue la condición de su marido? En cuanto á los hijos, ¿qué importa que, al llegar á la mayor edad, puedan reclamar la calidad francesa? ¿Resultará de ahí que se rige el matrimonio de sus padres por la ley francesa?

Por último, la Corte de Casación invoca el orden público; y surge aquí la duda de que acabamos de hablar. Comprenderíamos que, colocándose en el terreno de la moralidad pública, se sostuviese que este interés debe dominar

sobre la ley del estatuto. Pero no es así como procede la Corte de Casación, pues comienza por negar el estatuto personal, al invocar un convenio tácito y el derecho de la mujer, así como el de los hijos, diciendo en seguida que estas consideraciones de hecho y de derecho tienen tanta mayor fuerza y tanto mayor poder, cuanto que la legitimación, bien así como el matrimonio, son de orden público. En efecto: el objeto de la legitimación es reparar una falta contra el orden social en beneficio del hijo natural, que era su víctima inocente, y formar para él una familia que antes no tenía (1). Contestaremos que el argumento prueba demasiado. ¿Acaso no es de orden público todo lo que se refiere al matrimonio? ¡Y tendrá que resolverse que el de dos ingleses celebrado en Francia produce legitimación! Hasta allí deberá llegarse, si se establece el principio de que es de aplicarse la ley francesa en razón de que el matrimonio y la legitimación son de orden público. Esto es inadmisibile. El estatuto personal es la regla, y la ley francesa no está sobre ese estatuto sino cuando hay de por medio un interés social, tal como la moralidad pública en caso de poligamia. Pero ¿quién osará decir que la legitimación interesa á las buenas costumbres en el mismo grado que la reprobación de la poligamia? ¿Quién se atreverá á decir que la legitimación es moral ó inmoral cuando dos naciones civilizadas, ambas cristianas, se encuentran divididas, admitiendo una de ellas la legitimación por medio del subsiguiente matrimonio, y la otra repudiándola? ¿No es mejor deducir de esto que no está interesada la moralidad? Esto es exacto en el sentido de que no habrá un hijo natural más ó menos, ora admita el legislador la legitimación, ora la rechace. Luego, en suma, se trata de una de esas instituciones, acerca de las cuales

---

1 Sentencia de casación, 23 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 1. 423).

difieren los sentimientos de los distintos pueblos. ¿No es esta razón bastante para aplicar el estatuto personal?

No, dijo la Corte de Bourges, la cual, recurrida su sentencia, se adhirió al parecer de la de Casación (1). Invocó ella el interés de los franceses que contratan con extranjeros, y quienes quedarían engañados si se les aplicase la ley extranjera que por razón natural deben ignorar. He aquí otra de esas razones que prueban demasiado: si se la aceptase, ya no habría estatuto personal. La Corte de Bourges confiesa que las opiniones pueden diferir en cuanto al carácter más ó menos moral de la legitimación; pero basta, dice, que el legislador francés la haya admitido con miras de buena policía y en favor de las costumbres, para que sea de orden público. No, no basta. De lo contrario, se sacrificará siempre el estatuto personal á la ley francesa, toda vez que el estatuto concierne al estado de las personas; ¿y no está siempre regido ese estado con miras de una buena policía y de las buenas costumbres? Luego ya no habrá estatuto personal. Esto prueba que, en materia tan delicada, hay que hacer á un lado la palabra vaga de *orden público*, y penetrar en las entrañas de las instituciones para apreciarlas. Según hemos dicho al exponer los principios de los estatutos, no es el orden público lo que domina sobre el estatuto personal, sino el interés social (2). ¿Y qué interés tiene la sociedad en que el matrimonio contraído en Francia por un inglés legitime á sus hijos?

## § II. DE LAS CONDICIONES DE LA LEGITIMACIÓN.

### *Núm. 1. Del reconocimiento.*

170. Para que el matrimonio produzca legitimación, es necesario, conforme al artículo 331, que los hijos hayan sido legalmente reconocidos antes del matrimonio ó que

1 Sentencia de 26 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 178).

2 Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 85.

lo sean al tiempo de su celebración. Esta disposición del Código Civil deroga el derecho antiguo. Conforme á la legislación canónica, la legitimación era consecuencia necesaria del matrimonio y no exigía previamente el reconocimiento. Esto, por lo menos en parte, se debía á los principios que regían sobre filiación natural. El hijo podía investigar, tanto al padre como á la madre; de modo que era para él un derecho absoluto el acreditar su filiación, y el matrimonio debía producir el efecto de legitimarle. Pero nuestro Código no admite ya ese derecho absoluto del hijo, sino que prohíbe la investigación de la paternidad, y sólo con ciertas condiciones muy severas permite la de la maternidad. Como el matrimonio no puede legitimar á los hijos naturales sin estar acreditada su filiación, la ley debía exigir el reconocimiento de los padres, como único medio legal para acreditar la paterna; quedando por resolver si el reconocimiento hecho después de la celebración del matrimonio, también producía el efecto de la legitimación. El Código exige que el hijo natural sea reconocido antes del matrimonio ó en el acta de su celebración, pues temió que, hecho después del matrimonio, ya no contuviese la expresión de la verdad, toda vez que los cónyuges podrían entenderse para reconocer y legitimar á un hijo extraño á ambos, ó cuando menos á uno de ellos; y no debe estar en el acuerdo fraudulento de los cónyuges el crear vínculos de filiación que solamente la naturaleza puede crear (1). Esto equivaldría, dijo el primer Cónsul, á crear hijos por consentimiento mútuo (2).

171. ¿Cómo debe comprobarse la filiación de los hijos? El artículo 331 dice que los padres deben *reconocerlos legalmente*: lo que supone un reconocimiento voluntario. ¿Quiere decir esto que si estuviere acreditada la filiación por me-

1 Portalis, Discurso preliminar, núms. 64 y 65 (Lochré, t. I, p. 173). Bigot-Préaménen, Exposición de motivos, núm. 28 (Lochré, t. III, p. 91).

2 Sesión del Consejo de Estado, del 24 Brumario año X, núm. 4 (Lochré, t. III, p. 46).

dio de la investigación, no quedaría legitimado el hijo por el matrimonio subsiguiente de sus padres? No, ciertamente. Lo que la ley ha querido, es que se compruebe legalmente el estado de los hijos, antes del matrimonio; siendo indiferente el medio por el cual se haga la comprobación, ya que no hay razón alguna para distinguir entre el reconocimiento voluntario y el forzoso en lo que mira á la legitimación. En cuanto al texto legal, prevé, como ordinariamente lo hace el legislador, el caso que por lo común ocurre, y es el del reconocimiento voluntario; ni siquiera podía suponer uno forzoso, puesto que los padres de un hijo natural que se casan, lejos de renegar de ese hijo á quien dieron el ser, lo más frecuente es que se casen precisamente para legitimarle. Esto es indudable.

Sin embargo, el principio es riguroso. ¡Cuántas madres hay que ignoran lo que es un reconocimiento, imaginando que basta con que el hijo esté registrado con su nombre en el acta de nacimiento, y que se casan sin pensar en reconocer al hijo en el acta de celebración del matrimonio! Hemos dicho que el rigor de la ley ha conducido á los tribunales á admitir reconocimientos ilegales. Si la posesión de estado es prueba de la filiación natural, excusado es decir que podrá invocarla el hijo si sus padres se casan, puesto que se supone legalmente comprobada su filiación, siendo la posesión, como lo sostiene M. Demolombe, el más seguro de los reconocimientos. Pero tampoco los que rechazan esta doctrina pueden admitir la posesión como llenando la condición prescrita por el artículo 331 (1).

La jurisprudencia admite generalmente que cuando, al reconocer al hijo, hace el padre designación de la madre, una confesión cualquiera por parte de ésta, y, sobre todo, la posesión de estado, basta para que haya reconocimien-

---

<sup>1</sup> Así quedó resuelto por la Corte de Douai en 15 de Mayo de 1816 (Daloz, palabra *Paternidad*, núm. 466, 1<sup>o</sup>).

to con relación á ella. Conforme á esta doctrina, natural es resolver que hay reconocimiento de los padres y, por consiguiente, legitimación (1). Hemos impugnado la interpretación que se da al artículo 336: rechazamos pues, la consecuencia que de esa interpretación se deduce.

172. ¿Hay legitimación si, durante el matrimonio, investiga el hijo la paternidad y la maternidad, ó bien si, reconocido antes del matrimonio por su padre, investiga después la maternidad? La cuestión es controvertida. Si pudiera decidírsela haciéndose abstracción del texto legal y de las discusiones, la resolveríamos en favor del hijo. La filiación y los efectos que le son consiguientes constituyen para él un derecho, y hay que favorecer éste, en vez de crearle obstáculos, cuando conduce á legitimar al hijo. ¡Cuántos padres y, sobre todo, cuántas madres ignoran lo que es el reconocimiento! Y si han descuidado hacerle antes de casarse, ¿por qué no permitir al hijo que acredite judicialmente su filiación? El texto legal corresponde á esos motivos, y visiblemente se halla escrito con un espíritu restrictivo. “Los hijos quedarán legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres, dice el artículo 331, cuando estos los hubieren reconocido legalmente antes de su matrimonio, ó cuando los reconozcan en el acto de su celebración.” Estas últimas palabras dan á conocer la voluntad del legislador, la cual es que se haga el reconocimiento, á más tardar, al tiempo de celebrarse el matrimonio; entendiendo el legislador por reconocimiento la comprobación de la filiación, es decir, el reconocimiento voluntario ó la investigación. Invócase el espíritu de la ley; pero podríamos contentarnos con responder á esto, que no es posible acogerse al espíritu de la ley contra la voluntad claramente expuesta del legislador; porque después de todo, ¿qué cosa es el espíritu de la ley, si no aque-

---

1. Douai, 19 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1845, 4. 199, núm. 34), y Burdeos-11 de Marzo de 1853 (Daloz, 1854, 2. 260).

lla misma voluntad? (1). Pero ¿es positivamente cierto que los motivos que indujeron á los autores del Código Civil para exigir el reconocimiento previo al matrimonio no se aplican á la investigación que el hijo hace durante el de su filiación? Ya no hay lugar á temor alguno, dicen, de que los cónyuges puedan crear un hijo por consentimiento mútuo, como lo decía Napoleón en su enérgico lenguaje. A la verdad, la filiación del hijo no depende ya de la voluntad de aquellos, sino de la resolución de los tribunales. Sin embargo, nada más fácil para los cónyuges que eludir la ley en colusión con el hijo, simulando aquellos una defensa contra él, defensa que por simulada es ineficaz. Debe agregarse, y esto es decisivo, que se previó la dificultad en la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado, y que allí quedó resuelta contra el hijo. Decía Tronchet que el reconocimiento debía hacerse antes del matrimonio, á fin de que las familias no quedaran en la incertidumbre; y en este sentido quería que *se fijara antes del matrimonio* el estado del hijo. En el sistema opuesto, agregó Regnier, "podría algún individuo, treinta años después del matrimonio, presentarse á reclamar la calidad de hijo y á cambiar el estado de la familia" (2). La opinión que sostenemos es la que se sigue generalmente. (3).

*Núm. 2. Qué hijos pueden ser legitimados.*

173. Según el artículo 332, «La legitimación puede tener lugar á favor de los hijos muertos que hubieren dejado descendientes, en el cual caso aprovecha á los descendientes.» Pregunta un autor cómo es posible que el matrimonio legitime á los descendientes del hijo natural difunto,

1. Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 273.

2. Sesión del Consejo de Estado del 24 Brumario, año X, núm. 4 (Locré, t. III, p. 43 y 46).

3. Esta opinión se haya perfectamente establecida por Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. I, p. 337, núm. 478. Véase, en sentido opuesto, á Duranton, t. III, p. 175 núm. 180, y á Demante. *Curso analítico*, t. II, p. 107 y sig., núm. 57. *bis* VII.

siendo así que son ya legítimos (1). La ley no dice lo que M. Demolombe le hace decir. No podía ser más clara: el hijo difunto es el legitimado. Naturalmente, no podrá aprovecharle esta legitimación póstuma: pero sí les aprovechará á sus descendientes, aun cuando sean ya legítimos. Antes de la legitimación no tenían más familia que la de sus padres, porque siendo hijos naturales éstos, carecían por tal motivo de familia; ni siquiera hay vínculo civil de parentesco entre los descendientes legítimos y su abuelo natural, mientras que por el beneficio de la legitimación, concedido á sus padres, adquieren aquellos una familia legítima con todos los derechos consiguientes. Y decimos que deben ser legitimados los descendientes, á fin de que pueda aplicarse el artículo 332, pues si fuesen naturales, no podría aprovecharles la legitimación de su padre difunto, ya que no son ellos los legitimados; de modo que continuarían como tales hijos naturales, á pesar de la legitimación de su padre, ó lo que es igual, de nada les serviría la legitimación.

174. El artículo 332 establece que los hijos «nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino» no podrán ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres. Es que estos hijos no pueden ser reconocidos (art. 335), y por ello es imposible que sean legitimados, por ser el reconocimiento legal anterior al matrimonio, la condición para la legitimación. La ley dice: nacidos de un *comercio* incestuoso ó adulterino; y en iguales términos se halla concebido el artículo 335. De aquí resulta una consecuencia importante, y es que para saber si puede ser legitimado un hijo natural, hay que averiguar si fué concebido como adulterino ó incestuoso; es decir, si al tiempo de su concepción, había algún impedimento dirimente para el matrimonio de sus padres, resultante de un matrimonio anterior, ó bien

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 336, núm. 356.

del parentesco por consanguinidad ó por afinidad. Así, pues, la época de la concepción es la que se tiene que tomar en cuenta, y no la del nacimiento, para resolver si puede ser legitimado el hijo. Este principio está en armonía con la ficción en que se funda la legitimación: el legislador supone que desde el momento en que se unen el padre y la madre en un comercio ilegítimo, abrigan la intención de casarse; empero si hay impedimento que nazca del matrimonio de alguno de ellos, ó bien de su parentesco, será imposible ese matrimonio y lo será, en consecuencia, la legitimación.

Cierto hombre casado vive en concubinato; en esto muere su esposa y á los seis meses siguientes á la disolución del matrimonio, da á luz su concubina, y se casa él con ella: ¿será legitimado el hijo? No, por haber nacido de un *comercio adulterino*, toda vez que, en la época de la concepción, su padre estaba casado con otra mujer distinta de la que le dió á luz. Empero, si un hombre se casara al estar viviendo en concubinato con otra mujer, y antes de los seis meses siguientes al matrimonio se hiciera madre su concubina, ¿podría aquél legitimar al hijo, casándose con la mujer después de la disolución de su primer matrimonio? Indudablemente que sí, porque el hijo no fué concebido como adulterino, toda vez que en la época de la concepción, era libre el padre (1).

En estos ejemplos, hemos supuesto que las presunciones establecidas por la ley para determinar la época de la concepción se aplican á la legitimación. Tal es, en efecto, la opinión común (2); pero conforme al rigor de los principios, habría que decidir que jamás pueden hacerse extensivas las presunciones legales, ni aun por motivos de analogía. En vano se diría que hay identidad de razón, puesto que

---

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legitimación*, sec. II, § II, núm. 7. Tal es la opinión unánime. Dalloz, palabra *Paternidad*, núm. 453.

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 325, núm. 351.

la legitimación conduce á la legitimidad: á esto contestaríamos que no es un hijo legítimo quien invoca tales presunciones, sino uno natural; y aquellas no han sido establecidas más que para los legítimos. Esto es decisivo para el intérprete; las demás consideraciones quedan por cuenta del legislador (1).

175. ¿Podría el hijo concebido como incestuoso ser legitimado, si sus padres se casaran con dispensa? Suponemos que el tal hijo nace antes de la celebración del matrimonio; si nace durante él, se le considerará como legítimo, por solo el hecho de no haber sido desconocido. Esta cuestión se halla controvertida, y nosotros nos ocupamos ya de ella en el tomo III de esta obra (núm. 382), al cual nos remitimos. Si el hijo nace antes del matrimonio de sus padres, no quedará legitimado. También esta cuestión se halla muy controvertida, y hay para admirarse de ello, porque dos veces fué resuelta por el texto legal. ¿Cuál es la condición esencial, sin la que no puede haber legitimación? El reconocimiento del hijo, anterior al matrimonio; y, según el artículo 335, no puede verificarse dicho reconocimiento en favor de hijos nacidos de un comercio incestuoso. Pues bien, ¿hay comercio incestuoso cuando viven en concubinato un tío y su sobrina, ó un cuñado y su cuñada? Sí, porque hay incesto siempre que hay ayuntamiento de dos personas entre quienes existe algún impedimento dirimente para el matrimonio, que provenga del parentesco por consanguinidad ó por afinidad. Ya hemos visto una disposición legal; he aquí otra: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, *que no fueren los de un comercio incestuoso ó adulterino*, podrán ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres" (art. 331). La legitimación supone, además del reconocimiento, el matrimonio; por lo que es necesario, para que pueda haber cuestión

---

1 En este sentido, hay una sentencia de la Corte de Dijón. 29 de Agosto de 1818 (Daloz, palabra *Paternidad*, núm. 719).

sobre legitimación, que sea posible el matrimonio. Ahora bien: no es posible el matrimonio en caso de incesto, sino cuando puede desaparecer el impedimento nacido del parentesco por consanguinidad ó por afinidad, por medio de una dispensa, ó sea cuando, en el caso, ha habido comercio incestuoso entre el tío y la sobrina, ó el cuñado y la cuñada; en los demás casos de parentesco ó de afinidad, no puede haber dispensa, y así tampoco matrimonio, tampoco legitimación. Esto equivale á decir que no puede aplicarse el artículo 331 sino al caso en que el hijo hubiere nacido del comercio entre tío y sobrina ó entre cuñado y cuñada, y que con dispensa puede tener lugar el matrimonio. Si se resuelve que éste legitima á los hijos, á pesar de haber sido concebidos como incestuosos, se hace decir al legislador una necedad, ó bien se borra la palabra *incestuosos* del artículo 331. Se le hace decir una necedad, porque efectivamente, la ley diría: El matrimonio que un padre contrae con su hija, no legitima los hijos que hubieren tenido antes de casarse. ¡Hola! ¿cómo se quiere que semejante matrimonio legitime, cuando la ley le prohíbe y le anula? No queda, pues, más que borrar la palabra *incestuoso* de la ley. ¿Hay por ventura, alguna duda en cuanto al texto? Oigamos á los mismos que profesan la opinión contraria. “El sentido que acabamos de dar á la ley, dice Duranton, *no resulta sino con demasiada evidencia de la letra del artículo 331* (1). Cándida es esta confesión, pero nada deja que desear. M. Pont conviene también en que si se admite que sean legitimados por el subsiguiente matrimonio los hijos nacidos del comercio del tío y la sobrina, ó del cuñado y la cuñada, quedaría *sin objeto* la palabra *incestuoso*, lo que equivale indudablemente á decir que sea borrada. Pero ¿qué importa? exclama el mismo. ¿Puede ser tan perfecta la ley que nin-

---

1 Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, p. 171, núm. 177

guna de sus expresiones sea inútil? (1). Esta extraña explicación habla más en favor de nuestra opinión que cuanto pudiéramos decir.

Queda, pues, confesado que el texto legal es tan claro como la luz del día. Por esto casi todos los autores se han declarado, sin vacilar, contra la legitimación (2); pero tenemos en contra la jurisprudencia reciente y constante de la Corte de Casación (3), y necesitamos insistir en este punto. Lamentamos esta jurisprudencia, ya que la Corte de Casación fué establecida para sostener la autoridad de la ley. ¡Cuántas ocasiones ha resuelto que no se podía invocar ninguna consideración contra un texto claro y formal! ¡Cuántas ha dicho que los tribunales no debían juzgar de la ley, sino que su deber era aplicarla! ¡Y he aquí que ella misma se coloca hoy por encima de la ley! ¡Ella misma falta al respeto que se le debe! ¿Y por qué se desvía de las máximas tan prudentes que multitud de veces ha autorizado también ella misma? ¿Será por razones de derecho que se habrán escapado á los autores? No; ha sido porque del lado moral de la cuestión hay una opinión contraria á la que dictó el artículo 1331. ¡Es decir, que la Corte de Casación, en vez de interpretar la ley, hace una nueva! Muy fácil nos ha de ser justificar nuestra acusación porque lo merece.

176. ¿Qué interpretación da la Corte de Casación al texto legal? El artículo 331, dice ella, se aplica á las personas entre quienes absolutamente está prohibido el matrimonio, ó bien que obtuvieran del Gobierno dispensa para contraerle; y así, á los matrimonios legalmente imposibles, y, por lo mismo, á una extravagancia, como lo acabamos

1 Pont, Disertación sobre la legitimación de los hijos incestuosos por el subsiguiente matrimonio (*Revista de las Revistas de Derecho*, t. I, p. 209.)

2 Véanse los autores citados en Dalloz, palabra *Paternidad*, núm. 460.

3 Véanse tres sentencias de la Corte de Casación, pronunciadas de acuerdo con las conclusiones del Procurador General Delangle, el 22 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, t. 1, 9 y sig.) Las sentencias pronunciadas en pro y en contra se encuentran citadas en una excelente disertación de M. Beudant, inserta como nota. *ibid.*, p. 5-9.

de demostrar. ¿Qué es lo que autoriza á la Corte para poner esa extravagancia en la ley? La ley es general, y no distingue: ¿puede el intérprete introducir en las disposiciones legales una distinción que rechazan los términos de las mismas? ¿No ha repetido mil veces la Suprema Corte el antiguo axioma que prohíbe al intérprete distinguir donde la ley no distingue? Pues bien, he aquí que ella, la Corte, distingue para interpretar el artículo 331. "Los vínculos más ó menos estrechos, dice, que establecen la naturaleza ó la ley entre dos personas, pueden producir el efecto, ó de imposibilitar absolutamente el matrimonio, ó de no permitirle sino con ciertas condiciones" (con dispensa). No hay vestigios de semejante distinción en el artículo 331; y, para introducirle, se remonta la Corte al derecho antiguo, pretendiendo que cuando se concedían dispensas por causa de parentesco, hacían desaparecer el impedimento, así en cuanto á lo pasado como en cuanto á lo porvenir; que los parientes en un grado prohibido se consideraban como si siempre hubieran sido libres, y que, en consecuencia, podrían sus hijos quedar legitimados por el matrimonio subsiguiente. Y concluye diciendo que, á este respecto, la nueva ley no es más severa que la antigua. ¡Pura hipótesis, informada en otra hipótesis! Suponiendo que el derecho antiguo fuese tal como lo afirma la Corte, ¿dónde está la prueba de que el Código Napoleón mantuvo aquella distinción? ¡Cómo! los autores del Código, según se pretende, tenían á la vista una regla que prohibía la legitimación de los hijos incestuosos, pero que admitía una excepción para el caso de dispensa. Reproducen aquellos la regla, sin decir nada de las excepciones; ¿y se quiere que las hayan autorizado? ¿Es que esas excepciones se subentienden? No hay para qué insistir en esto, porque el derecho antiguo invocado por la Corte tampoco es más que pura hipótesis. Cuando se recurre á las fuentes, causa asombro que la Corte haya afirmado con tanta certeza lo que en realidad no

existe. Pero aquí está el error, porque le hay, se comprende; porque el derecho antiguo no se hallaba escrito con la precisión que nuestros códigos, antes bien brillaba por la vaguedad y la incertidumbre; de suerte que en él se encuentra casi cuanto se desea. Vamos á trazar suscintamente las vicisitudes del derecho antiguo, siquiera sea para probar la utilidad de los estudios históricos, que, sin embargo, ¡casi han desaparecido de nuestra enseñanza!

177. Hacemos á un lado el derecho romano, por ser extraño al debate. El derecho canónico no admitía la legitimación de los hijos incestuosos ó adulterinos, y conviene recordar por qué razón. Justificábase la legitimación, invocándose la presunción de que los hijos habían sido concebidos en la fe de un matrimonio que sus padres se proponían desde ese momento contraer: y, celebrado ya, fingíase que tal celebracion había tenido lugar al tiempo de la concepción, de modo que el sacramento legitimaba hasta el pasado. Mas no era posible la ficción cuando el padre y la madre no habían podido casarse en aquel momento, ora á causa de parentesco, ora á causa de un matrimonio anterior. De ahí la regla de que el matrimonio no legitima á los hijos incestuosos y adulterinos (1). ¿Había excepción de esta regla en el caso de dispensa? En principio, no. ¿Qué era, en efecto, la dispensa? Se consideraba como una abrogación, para un caso particular de la ley eclesiástica de donde resulta el impedimento; la abrogación sólo produce efecto para lo futuro, y deja subsistentes los efectos ya producidos. De aquí el principio de que la dispensa es atributiva y no declarativa de derechos (2). Luego si el hijo fué concebido como incestuoso antes de la dispensa, continúa siéndolo á pesar de ella, y así, no puede ser legitimado.

Tal era el rigor del derecho. Admitíase una excepción,

1 Reiffenstuel, *Jus canonicum*, lib. IV, tit. XVII, § II, núm. 36 (t. III, p. 126).

2 Carrière, *De Matrimonio*, t. II, p. 367, 545.

pues había dispensas que se retrotraían, y que, por consiguiente, hacían desaparecer el vicio del incesto ó del adulterio hasta en su raíz; de donde provino la expresión de dispensas *in radice*. Borrado el vicio, se hacía posible la legitimación. Pero importa hacer notar que no se concedía la dispensa *in radice* sino celebrado ya el matrimonio, y que no la concedía la Iglesia sino por causas de las más graves. Esa dispensa revalidaba el matrimonio, haciendo que produjera todos sus efectos (1).

Así es que la dispensa propiamente dicha, ó sea la que precedía al matrimonio, no producía por sí misma el efecto de hacer desaparecer el vicio de incesto y de legitimar á los hijos. Para esto era necesario un breve pontificio, que se expedía á virtud de la potestad de las llaves, *ex potestate clavium* (2). Sábese que, según la doctrina ultramontana, el Papa lo puede todo; de manera que también podía legitimar en todos los casos y sin condición alguna. Pero nunca se ha admitido en Francia el poder absoluto del Papa. Había, pues, un matrimonio contraído con dispensa, y como ésta de suyo no hacía desaparecer el vicio de incesto, habría debido inferirse que aun cuando hubiese habido dispensa, el hijo continuaba siendo incestuoso y no era legitimado sino por el matrimonio subsiguiente.

El derecho antiguo no era de tanto rigor; admitía la ejecución del canónico, de que el matrimonio se reputaba celebrado en la época de la concepción de los hijos, y de que, por consiguiente, los concebidos como incestuosos no podían ser legitimados, por no poder, dice Bourjon, la ficción ir más allá de la verdad (3). Este principio se aplicó siempre á los hijos adulterinos; pero no sucedió lo mismo

1 Carrière, *De Matrimonio*, t II, p. 547. Idem, Disertación sobre la rehabilitación de los matrimonios nulos y las dispensas *in radice*.

2 El Corrector de esta traducción reprueba cualquier doctrina del Autor, que pugne con la de la Iglesia Católica, ó envuelva un ultraje ó desprecio á sus enseñanzas.

3 Bourjon, *Derecho común de Francia*, lib. I. tit. III, cap. VI, sec. II, núm. 21 (t. I. p. 24).

respecto de los incestuosos, porque la Iglesia había extendido desmesuradamente los impedimentos emanados del parentesco; y aun después del Concilio de Trento, que los redujo, todavía llegaban hasta el octavo grado. Esto constituía un abuso, y sabido es que los parlamentos jamás dejaban de reprimir los excesos de la autoridad eclesiástica. No tomaron en cuenta los impedimentos que las personas de la Iglesia habían imaginado con un interés de dominación ó de fiscalización, y sólo mantuvieron los que se fundaban en la ley natural. De aquí se seguía que los matrimonios contraídos con dispensa en el primer caso, legitimaban, no por razón de la dispensa, sino porque no había incesto, mientras que los hijos de un verdadero incesto nunca podían ser legitimados.

Quedaba por aplicar este principio, y siempre fué indecisa y vaga esa aplicación, pues faltaba un precepto de ley y los parlamentos eran omnipotentes. Pothier dice que el matrimonio legitima á los hijos en los casos en que, según la costumbre, es fácil obtener dispensa (1), pues únicamente entonces era admisible: los padres eran capaces de contraer matrimonio en el momento de la concepción, en el sentido de que tenían la seguridad de poder hacerlo con dispensa. En cuanto á los parlamentos, juzgaban conforme á las circunstancias del caso: ora admitían los breves de legitimación, ora los declaraban abusivos: así es que el parlamento de París admitió la legitimación de hijos nacidos de primos hermanos, y la rechazó para los de cuñado y cuñada (2).

Ya se ve si hay exactitud en decir, con la Corte de Casación, que, en el derecho antiguo, las dispensas que se

1 Pothier, *Contrato de Matrimonio*, núm. 414. Véase en el mismo sentido, á Lebrun, *De las Sucesiones*, lib. I, cap. II, sec. I, distinc. I: á Furgole, *De los Testamentos*, cap. VI, sec. II, núm. 178, y á Merlin, *Repertorio*, palabra *Legitimación*, sec. II, § II, núm. 9.

2 *Código Matrimonial*, t. I, p. 429; t. II, p. 687.

otorgaban por causa de parentescó hacían desaparecer el impedimento, así en lo pasado como en lo porvenir.

178. Nada diremos de los trabajos preparatorios, supuesto que no los invoca la Corte de Casación (1); y solamente haremos constar que en los discursos é informes oficiales no se dice palabra que justifique la distinción que hace la Corte entre hijos incestuosos y adulterinos. En el informe de Lahary al Tribunado, se lee: «Al distinguir entre los frutos inocentes de la debilidad y los vergonzosos del crimen, la ley asegura á los primeros el precioso beneficio de la legitimación por medio del subsiguiente matrimonio, y marca á los otros procedentes del adulterio y del incesto, con el *sello indeleble* de la vergüenza, y la reprobación.» Bigot-Préameneu se expresa en los mismos términos: «Si el interés de las costumbres ha hecho que se admita la legitimación por medio del matrimonio subsiguiente, ese mismo interés se opone á que la haya cuando los hijos no nacieron de padres libres. Los frutos del adulterio y del incesto no podrían asimilarse después á los de un himeneo legítimo» (2).

La Corte de Casación objeta contra esto que la distinción resulta de la naturaleza misma de las cosas. La ley admite las dispensas, en caso de incesto, para el tío y la sobrina, como para el cuñado y la cuñada. Aquí entra la Corte en consideraciones morales que parecen haber determinado su resolución. Cuando ya se acordaron las dispensas, dice, no se puede admitir que el legislador haya querido rehabilitar á los autores de la falta, dejando subsistente la mancha que resultó de ella para los que le deben el ser. Esto equivaldría á introducir, en la familia que el legislador permite que se forme, causas incesantes interminables de división, asegurando los honores y las venta-

1 Véase, acerca de esos trabajos preparatorios, la Disertación de M. Bendant (Daloz, 1867, t. 1, 8).

2 Bigot-Préameneu, exposición de motivos, núm. 28 (Loché, t. III, p. 91). Lahary, Informe, núm. 29 (Loché, t. III, p. 113)

jas de la legitimidad para los hijos nacidos después del matrimonio y dejando la mancha de la infamia para los que nacieron antes. Semejante desigualdad es en verdad repugnante; pero también existe para los hijos adulterinos. El único medio que hay para hacer que desaparezca, es cambiar la ley.

La Corte de Casación contesta en seguida á las consideraciones morales que se hacen valer para mantener, en toda su severidad, la regla que prohíbe legitimar á los hijos incestuosos. "Sólo la prohibición absoluta, dicen, puede conservar intacta la pureza de las relaciones de familia. Admitir que la dispensa quita la mancha del incesto, es favorecer y estimular en cierto modo las relaciones incestuosas, con la esperanza casi cierta de obtener una dispensa." No, dice la Corte; el interés de la moral está mucho mejor protegido por la severidad que el Gobierno despliega en la concesión de las dispensas. Contestación es ésta, que nos parece demasiado fácil. ¿Quién ignora que el Gobierno, á la vez que afecta severidad en la teoría, se muestra indulgente en la realidad? ¿Quién ignora que con las influencias parlamentarias y extraparlamentarias, hay siempre manera de conseguir el favor de una dispensa, y que si á veces se niega, es á quienes no pueden contar con el apoyo de esas elevadas protecciones? Por nuestra parte, si debiese prevalecer la interpretación de la Corte, preferiríamos que aboliera el legislador los impedimentos para los cuales permite las dispensas el Código Civil.

179. Duveyrier, en su Discurso al Cuerpo Legislativo, pone como condición de la legitimación la de que el padre y la madre hayan sido libres en el momento de la concepción de los hijos, es decir, que hayan tenido facultad legal para casarse (1). Este principio se ha reproducido por algunos autores, si bien es por demás absoluto; pues resul-

---

1 Duveyrier. Discursos. núm. 32 (Lochré. t. III, p. 134)

taría de él que el hijo de una joven de catorce años no podría ser legitimado, como tampoco el de una viuda, nacido á los once ó doce meses de la disolución del matrimonio. La ley no reconoce este principio, pues no admite otro obstáculo legal para la legitimación que el incesto ó el adulterio; y esto resuelve la cuestión. Tal es también la opinión común (1).

### § III. DE LA NULIDAD DE LA LEGITIMACIÓN.

180. Decía Napoleón, en el Consejo de Estado, que no podía permitirse á los consortes que crearan hijos por consentimiento mútuo, legitimando durante el matrimonio los que les son extraños. Este fraude puede cometerse también antes de la celebración del matrimonio. Un hijo es reconocido por un hombre á quien no le pertenece, y después, para cubrir el falso reconocimiento, se casa el pretendido padre con la madre (2): ¿puede atacarse este reconocimiento fraudulento, seguido de una legitimación también fraudulenta? Es indudable que sí. Conforme al artículo 339, todo reconocimiento por parte del padre ó de la madre podrá ser contradicho por todos los interesados. El matrimonio y la legitimación, consecuencia del mismo, no pueden revalidar un reconocimiento falso. En efecto: no hay legitimación mientras no hay reconocimiento, pues no basta el matrimonio, sino que es necesario, dice el artículo 331, que hayan sido reconocidos legalmente los hijos antes del matrimonio de sus padres. Pues bien, un reconocimiento que no es la expresión de la verdad no es reconocimiento; no se tiene más el derecho de crear un hijo natural por consentimiento que un hijo legítimo. Así, pues, el reconocimiento no puede ser impugnado, aun cuando ha-

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V. p. 320, núm. 345.

2 El caso ocurrió en la Corte de París (véase la sentencia de 23 de Diciembre de 1844, confirmada por una de la Corte de Casación, 10 de Febrero de 1847, en Dalloz, 1847. 1. 49).

ya habido legitimación por el subsiguiente matrimonio, y si se declara falso aquél, es evidente que viene por tierra la legitimación. En este sentido, puede ser ella atacada.

Muchas veces se ha propuesto una objeción contra esta doctrina. El artículo 333, se dice, establece que los hijos legitimados por el matrimonio subsiguiente gozarán de los mismos derechos que si hubiesen nacido de él; pero esto es colocar la legitimación en la misma línea que la legitimidad, siendo así que ésta no puede ser atacada por cualquier interesado, ni por una causa cualquiera. Si prueba el hijo su filiación con una acta de nacimiento, sólo el padre puede impugnar su legitimidad, ejercitando la acción de desconocimiento; y como el hijo legitimado queda asimilado al legítimo, haciendo el acta de matrimonio veces de acta de nacimiento, es inconcuso que debe quedar su estado á cubierto de todo ataque. La Corte de Tolosa dió una respuesta decisiva á esta objeción. Al decir que el hijo legitimado tiene iguales derechos que el legítimo, el artículo 333 únicamente da á entender que se borra la mancha de bastardía, confiriéndose á los hijos legitimados los derechos de que gozan los legítimos, aunque sólo para lo porvenir. La ficción debe restringirse á los límites de la ley, la cual no ha querido, ni podido declarar que la filiación del hijo legitimado debiera regirse por los principios que arreglan la filiación del legítimo. Este tiene en su favor la presunción nacida del matrimonio en que recibió la vida, y puede invocar la regla de que el hijo concebido durante el matrimonio, tiene como padre al marido; presunción que, fundada en la fidelidad debida por la mujer al marido, es tan vehemente que no admite prueba en contrario, excepto el desconocimiento del marido; mientras que el hijo legitimado no puede invocar en su favor más que el acta de reconocimiento, por fundarse en ella su legitimación. ¿Y qué es el reconocimiento? Una confesión, una simple manifestación de la voluntad, cuya ingenuidad nada garantiza, con-

fesión que puede ser falsa. ¿Se dirá que se puede crear de propia autoridad un hijo? He aquí por qué la ley admite á cualquier interesado que se presente á impugnar el reconocimiento. Cuando éste va seguido de matrimonio, adquiere un grado más de probabilidad, pero probabilidad que no puede compararse con la presunción que resulta del matrimonio en favor del hijo concebido como legítimo. La acción de contradicción, que incumbe á todos los interesados con arreglo al artículo 339, no puede quitárseles por el matrimonio de los pretendidos padres (1).

181. Hemos supuesto que el reconocimiento es atacado como contrario á la verdad (2); es el caso especialmente previsto por el artículo 339, como antes lo hemos dicho (núm. 72). Pero el reconocimiento puede también ser nulo ó anulable por vicio de forma ó de consentimiento (núm. 72). No hay que decir que puede ser contradicho, á virtud de los principios generales, aun cuando venga seguido de legitimación, porque ésta no tiene más base que el reconocimiento, y quedando insubsistente éste, viene abajo por sí misma aquella. En este sentido, quedó resuelto que el hijo puede combatir la legitimación, si de ella le resulta una filiación contraria al acta de su nacimiento y á su posesión de estado (3).

182. ¿Quién puede contradecir el reconocimiento? Aun respecto de esta cuestión, hay que aplicar los principios generales que hemos asentado al tratar del reconocimiento (núms. 67, 69 y 75). Ordinariamente, se ataca el reconocimiento por falta de sinceridad; y la misma ley dice que todos los interesados le pueden atacar. Luego el hijo legitimado puede impugnar, por su propio derecho, la le-

1 Tolosa, 13 de Marzo de 1845 (Daloz, 1845, 2. 144). Véanse, en igual sentido, las sentencias de la Corte de Casación, 10 de Febrero de 1847 (Daloz, 1847, 1. 53); de París, 23 de Julio de 1853 (Daloz, 1854, 2. 269), y de Bastia, 10 de Diciembre de 1864 (Daloz 1865, 2. 37).

2 Véase un ejemplo en la sentencia de Douai, 6 de Junio de 1851 (Daloz, 1852, 2. 221).

3 París, 28 de Diciembre de 1811 (Daloz, palabra *Paternidad*, núm. 473. 1º).

gitimación, ya que tiene interés moral en repudiar una filiación que no es la suya, y puede tener también uno actual, pecuniario ó de cualquier otra especie. La Corte de Gante lo resolvió así en un caso notable. Había quedado inscrita una niña en los libros del Registro Civil como nacida de determinada madre, sin haberse hecho mención del padre. La madre se casa, y en el acta de celebración del matrimonio, ella y su marido reconocen y legitiman á aquella hija, la cual desde ese momento tiene posesión de estado conforme á su título. Más tarde quiere casarse con el hijo de su pretendido padre, nacido de un matrimonio anterior, é impugna el reconocimiento y, por lo mismo, la legitimación; pero se le opone una excepción, fundada en el artículo 322, conforme al cual nadie puede reclamar un estado contrario al que le dan su título de nacimiento y la posesión conforme con ese título. Ciertamente se admite, y es la opinión que hemos sustentado (núm. 18), que dicha disposición sólo á los hijos legítimos se aplica; pero ¿no podría decirse que el hijo legitimado se reputa como legítimo y que el acta de matrimonio es para él acta de nacimiento? Admitida en primera instancia la excepción, fué desechada en apelación, y por cierto fundadamente; porque, en realidad, aquella hija carecía de posesión de estado conforme con *su título de nacimiento*, ya que, según su posesión de estado, era legítima, en tanto que, según el acta de nacimiento, era ilegítima. Faltaba resolver si dicha hija podía acogerse al artículo 339; pero, en el caso, no hay cuestión. En el de que se trataba, la hija tenía un interés moral de la mayor importancia en impugnar la filiación paterna que reputaba como falsa; y surgieron nuevas dificultades en cuanto á la prueba. Una vez permitido que la hija *contradijera* el reconocimiento, ¿podía limitarse ella á *negarle*? La Corte de Gante resolvió, con todo acierto, que el reconocimiento hecho legalmente se debe considerar como la expresión de la verdad, hasta

que se pruebe lo contrario. ¿Cómo debería formarse esta prueba? Pretendíase que era necesaria una documental, ó cuando menos, un principio de prueba por escrito, de acuerdo con el artículo 323; pero esta disposición era evidentemente inaplicable. Por lo mismo, se permitió á la hija la prueba testimonial sobre que el pretendido padre no había entablado relaciones con la madre sino después de nacida aquella. Alegó la misma que había habido relaciones, cuando nació, entre su madre y otro hombre; y la Corte resolvió que era inadmisibile la prueba de este hecho, toda vez que habría conducido á la investigación de la paternidad, investigación prohibida por el Código Civil (1).

183. El que se reputa como verdadero padre puede impugnar el reconocimiento hecho por uno que no lo es, aun cuando á tal reconocimiento haya seguido la legitimación, y esté corroborado con la confesión de la madre. El caso ocurrió en la Corte de París, y á él nos referimos antes (núm. 77).

¿Puede el padre de quien reconoció á un hijo, legitimándole con su matrimonio subsiguiente, contradecir ese reconocimiento y esa legitimación, á pesar de que nada promueva el autor del reconocimiento? Más arriba (núm 79) hemos dicho que el padre tenía ese derecho, siquiera no se tratara más que del simple reconocimiento de un hijo natural; con mayor razón debe ser así, tratándose de un hijo legitimado. Y decimos que con mayor razón, porque cuando el hijo natural es simplemente reconocido como tal, podría objetarse que el padre de quien le reconoció no tiene interés nacido y actual en contradecir el reconocimiento, puesto que éste ningún vínculo de parentesco establece entre él mismo y el hijo de su hijo. Pero ya no puede hacerse esa objeción cuando ha sido legitimado el hijo, toda vez, que, efectivamente, la legitimación hace que entre en

---

1 Gante. 14 de Mayo de 1860 (*Pastorista*, 1860, 2, 311).

la familia del que le reconoció, de modo que el padre de éste tiene interés moral, nacido y actual, en repudiarle como usurpador. La Corte de París, que en este sentido resolvió el punto, dijo perfectamente que el reconocimiento y la legitimación implican haberse hecho por quien dió la vida al hijo y que cumplió con un deber al asegurarle una familia; pero que no puede permitirse que por medio de un reconocimiento falso, obra de la debilidad ó la seducción, se llegue á introducir en una familia honorable á miembros bastardos extraños á ella, toda vez que un fraude semejante sembraría el desorden en las relaciones más íntimas y vulneraría intereses sagrados (1).

La legitimación sirve para encubrir toda clase de fraudes. De acuerdo con el artículo 960, queda revocada la donación por el hecho de legitimarse á un hijo natural nacido después de otorgada aquella. Aconteció ya que, para hacer venir por tierra una donación, el donante reconoció y legitimó á un hijo que le era extraño: es evidente que el donatario está interesado en combatir ese reconocimiento, demostrando su falsedad (2).

184. Más de una vez, en ocasión de los debates sobre la contradicción de la legitimación, se ha querido aprovecharse del artículo 322, que establece: "Nadie puede reclamar un estado contrario al que le dan su título de nacimiento y la posesión conforme con ese título. Y recíprocamente, nadie puede impugnar el estado de quien tiene una posesión conforme con el acta de su nacimiento." Aconteció que se hiciera valer esta excepción contra el hijo que impugnaba el reconocimiento y la legitimación de su padre, como otras veces aquél trataba de rechazar la impugnación que se hacía á su legitimación, mediante la misma excepción de que acabamos de hablar. Las cortes han resuelto siempre que no podía invocarse, ni en pro ni en con-

1 París, 23 de Julio de 1833 (Dalloz, 1834, 2, 265).

2 Burdeos, 10 de Abril de 1843 (Dalloz, palabra *Paternidad*, núm. 473, 2º.)

tra del hijo legítimo, el artículo 322 (1). En efecto: la excepción que autoriza el artículo 322 citado, tiene por objeto poner la filiación legítima al abrigo de cualquier ataque; mas el hijo legitimado no nació legítimo, sino natural. En vano se diría que el artículo 333 le asimila completamente á los hijos legítimos; pues tal cosa no es exacta, sino en cuanto á los derechos que se inician á contar desde la legitimación, permaneciendo natural el hijo, respecto de lo pasado. Por tanto, es inaplicable el artículo 322, y basta leerle para convencerse de ello. La ley supone que la filiación *legítima* se halla acreditada con el acta de nacimiento; y esa acta del hijo legitimado prueba que nació *ilegítimo*. El artículo 322 exige, además, una posesión de estado conforme con el título de nacimiento, es decir, otra prueba de la filiación *legítima* que viene á robustecer la primera. Pues bien, el hijo legitimado ha sido *natural*, y como tal, no podía tener más que posesión de hijo *natural*, para adquirir después la posesión de hijo *legítimo*, como consecuencia de la legitimación. Así, pues, tendrá *dos* posesiones *contrarias*, y tal circunstancia nos coloca fuera de la disposición del artículo 322.

185. Hay otra excepción tan dudosa como controvertida. Un hijo adulterino queda legitimado por el matrimonio subsiguiente de sus padres: legitimación que es nula y que impugnan los hermanos del mismo hijo legitimado. El derecho de aquellos es incontrovertible; pero habían reconocido la legitimidad del hijo adulterino, mediante multitud de actos acontecidos con él. ¿Podrían, á pesar de esa confesión, á pesar de la renuncia que ella implicaba, contradecir la legitimación? La Corte de Casación resolvió negativamente el punto en un caso que no podía ser más favorable para el hijo legitimado (2). Haciéndose abstracción

1 Douai, 6 de Junio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 221) y Gante, 24 de Mayo de 1860 (*Pasierisia*, 1860, 2, 311).

2 Sentencia de 23 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 113). Véase en igual

de las circunstancias de hecho, sin vacilar debe resolverse que toda clase de convenios y renunciaciones concernientes á la filiación son nulos, como apoyados en una cosa que está fuera del comercio. Inútilmente se pretendería distinguir, con la Corte de Casación, entre la transacción, á virtud de la cual una persona abandonara un estado que debe á la ley, y los actos por medio de los cuales hubieran reconocido los herederos el estado del hijo legitimado. De hecho, es considerable la diferencia, sin duda alguna: la contención de los herederos que, movidos de un interés pecuniario, contradicen una legitimidad que voluntariamente habían reconocido, es odiosa, lo confesamos; pero ¿qué tienen que ver esas malas pasiones con la cuestión de derecho? ¿Se establece por medio de un convenio la legitimidad? Una legitimación que la ley declara nula por interés de las buenas costumbres ó del orden público, ¿puede revalidarse por el consentimiento de los interesados? No, por cierto. No hay más que una distinción: el estado no se adquiere, como tampoco se pierde á virtud de transacciones ó convenios de ninguna especie; y por esto siempre puede impugnarse la legitimación, á pesar de convenios ó transacciones en contrario. Pero los derechos pecuniarios pueden adquirirse por convenio y por prescripción. ¿Qué efecto producen los convenios á este respecto? Más adelante (núm. 189) volveremos á tratar del punto.

186. Se pregunta si debe nombrarse al hijo un tutor *ad hoc*, cuando es menor de edad al ejercitarse contra él la acción; y se ha resuelto que no podía darse curso á la impugnación de la legitimación, hecha por los demandantes, mientras no hubieran conseguido que se proveyera de tutor al hijo (1). En el caso ocurrido, la madre contra quien se había deducido la acción como tutora del hijo, tenía in-

---

sentido la sentencia citada en la nota de la pág. 126. Hay que agregar una de Lieja, 10 de Agosto de 1854 (Daloz, 1855, 2, 247).

1 Colmar, 27 de Febrero de 1852 (Daloz, 1852, 2, 260).

tereses opuestos á los del mismo, intereses que estaba en el caso de defender; y de ahí que convenía proveer al hijo de un defensor especial. Sin embargo, la ley no lo exige; ¿y pueden los tribunales establecer excepciones que no ha establecido el legislador? Indudablemente que no. El nombramiento de un tutor puede ser de utilidad; pero como no está prescrito por el Código Civil, el hijo quedaría legítimamente representado por sus mandatarios legales, ó sea, en caso de legitimación, por el padre, y muerto éste, por la madre.

#### § IV. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN.

187. El artículo 333 establece el principio en esta forma: «Los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio tendrán los mismos derechos que si hubiesen nacido de él.» Pothier dice que los hijos legitimados son tan perfectamente legítimos como los otros (1). Sin embargo, hay una diferencia considerable. Los hijos legitimados son concebidos como ilegítimos, pues hasta el momento de celebrarse el matrimonio de sus padres, son naturales, y se tornan legítimos á virtud de una ficción legal; mientras que los legítimos propiamente dichos lo son desde su concepción, ó bien por nacer durante el matrimonio. De donde éstos siempre son legítimos; pero la ley extiende este beneficio aun á aquellos que, concebidos durante el matrimonio, nacen después de su celebración: estos no son legitimados, son legítimos (2). No sucede otro tanto con respecto á los legitimados, los cuales pasan á ser legítimos por medio de una ficción, fundada en el matrimonio. Repútanse esos hijos como nacidos del matrimonio que los legitima, y de ahí que la ficción no pueda remontarse á la época de su nacimiento ó de su concepción. Es cierto que, conforme á

1 Pothier, *Del Contrato de matrimonio*, núm. 424.

2 Véase el tomo III de estos *principios*, p. 545, núm. 386.

la doctrina del derecho canónico, se suponía que los padres habían tenido intención de casarse en el momento de la concepción del hijo; pero tal ficción no servía más que para justificar la legitimación, pues la hipótesis no podrá llegar hasta fingir que los padres estuviesen casados cuando no lo estaban. Los autores del Código siguieron la doctrina antigua en cuanto al principio de la legitimación, toda vez que exigen que los padres hayan tenido capacidad para casarse al tiempo de la concepción del hijo; pero no comienzan los efectos de la ficción sino con el matrimonio, causa legal de la legitimación. Tal es el sentido del artículo 333; por lo que el principio que debe sentarse es, que la legitimación no produce efecto retroactivo, que no existe sino á partir del matrimonio.

188. De aquí se sigue que el hijo legitimado no puede tener participación en las sucesiones abiertas antes del matrimonio por medio del cual quedó legitimado. Para suceder, se necesita tener capacidad para heredar en el momento de quedar abierta la sucesión; y en ese momento el hijo legitimado era todavía natural, y, como tal, no podía suceder más que á sus padres, no á los demás miembros de la familia, puesto que el hijo natural no entra en la de los que le reconocen. Y no se diga que tiene los mismos derechos que los hijos legítimos, á virtud del art. 333; pues este mismo artículo es el que le excluye de la herencia, estableciendo el principio de que la legitimación no se retrotrae (1). La aplicación del principio es evidente cuando el hijo natural nace después de abierta la sucesión y antes de celebrarse el matrimonio. Hay cierta duda respecto del hijo que, concebido al abrirse la sucesión, pero antes del matrimonio de sus padres, nace durante él: ¿no se podrá decir, que, en ese caso, no hay legitimación propiamente dicha? Esta es la opinión que hemos profesado.

---

1 Toullier, *Derecho civil francés*, t. II, núm. 230, p. 134.

Por consiguiente, el hijo nace legítimo. ¿Y no puede invocarse el principio de que el hijo concebido se tiene como nacido cuando se trata de sus intereses, principio contenido en el art. 725? Esta argumentación preocupó á la Corte de Orleáns; pero su sentencia fué casada de acuerdo con las conclusiones de Merlin. Es indudable que, según nuestra opinión, nace legítimo el hijo; mas no basta el que nazca legítimo para que pueda recibir una herencia que se abrió antes de su nacimiento: es necesario que antes de esa apertura haya existido. Y aunque es cierto que ya existía, puesto que estaba concebido, lo fué como natural, y por esa razón no podía invocarse el axioma en su favor. Como muy bien lo dijo la Corte de Casación, si se quiere referir el nacimiento á la época de la concepción, y tal es el sentido del axioma, el hijo habrá nacido como natural, y por ende como incapaz de heredar; pero si se quiere referir su concepción á la época del nacimiento, será legítimo en verdad, si bien no podrá ejercitar derecho alguno á una sucesión abierta antes de su nacimiento. Tal es la opinión unánime de los autores (1).

189. ¿Se puede transigir sobre la legitimación? Vuelve á presentarse aquí la asimilación de la legitimación con la legitimidad. Determinando la legitimación el estado de las personas tanto como la filiación legítima, debe aplicarse el principio de que el estado de las personas no se halla en el comercio. Luego ningún convenio, ninguna transacción tendrá validez si recae sobre el estado de los hijos legítimos. Así es, que si los parientes legítimos reconociesen la legitimidad de hijos adulterinos legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres, serán nulos el convenio ó la transacción. Pero sí puede haber convenios con relación á los derechos pecuniarios inherentes á la filiación legítima, y otro tanto hay que decir de los derechos pecu-

---

1 Sentencia de Casación, 11 de Marzo de 1811, y sentencia, conforme, de la Corte de París, 21 de Diciembre de 1812 (Daloz, palabra *Paternidad*, núm. 81).

niarios que resultan de la legitimación. Así lo resolvió la Corte de Casación en un caso en que ciertos hijos legítimos concurrían con otros legitimados: estos últimos eran adulterinos, y como tales, habrían podido ser separados de la herencia paterna. No se les opusieron en contra ni el vicio de su nacimiento, ni la nulidad de la legitimación, y los interesados transaron sobre los derechos que resultaban de las dos comunidades que se habían confundido. En las actas que servían para acreditar los convenios, se daba á los hijos adulterinos el calificativo de herederos, lo mismo que á sus hermanos legítimos; y estos últimos se aprovecharon de ese calificativo para sostener que aquella transacción tenía por objeto y efecto reconocer su calidad de herederos á unos hijos adulterinos; por lo que la transacción recaía sobre el estado civil, y por tanto, era nula. La Corte de París desechó tales pretensiones, habiéndose confirmado su sentencia por la de Casación. En aquel caso, nada había de transacción sobre el estado de las personas: esto lo probaba hasta la evidencia, el que no se había suscitado la menor cuestión acerca del vicio procedente del adulterio, por más que ese vicio fuese perfectamente conocido de los padres legítimos. Si se había dado á los hijos legítimos el título de herederos, era, como lo dijo la Corte, merced á la facilidad del lenguaje y sólo de una manera enunciativa. Por tanto, el convenio era de carácter puramente pecuniario, y válido por ese capítulo (1).

---

1 Sentencia de París, 6 de Febrero de 1851, y de la Corte de Casación, 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392).