

matrimonio, porque tal hijo había sido concebido en adulterio (1). En cuanto á los hijos incestuosos, el texto del art. 331 francés autoriza á afirmar que para ellos es perpetua la prohibicion de que sean legitimados, como es constante y permanente la causa que produce el parentesco, y por tanto, la incompatibilidad con el matrimonio. Sin embargo, como hay parientes que pueden casarse entre sí mediante dispensa, por ejemplo, los tios y sobrinos y los cuñados, y sin duda es á estos exclusivamente á quienes, por lo que hace á los hijos incestuosos, ha querido referirse el legislador en dicho artículo, pues respecto á los otros, como acabamos de decirlo, en ningun tiempo sería legal el matrimonio, surge la siguiente cuestion: los hijos procedentes de dos personas, parientes entre sí, pero en grado dispensable, ¿son susceptibles de legitimacion por el subsecuente matrimonio? Es esta una de las controversias mas agitadas en el derecho francés. Conforme al Canónico la afirmativa no es dudosa (2); pero el Código de Napoleon, expresando en términos absolutos, que sólo son capaces de ser legitimados por subsecuente matrimonio los hijos que no procedan de comercio incestuoso ó adulterino, ha dado margen á las mas vivas disputas sobre la inteligencia que en el punto que nos ocupa debe darse al art. 331. La mayoría de los autores profesan la negativa, aunque declarando que ese artículo debe ser reformado, pues resulta injusto y odioso que queden con el estigma de ilegítimos aquellos hijos, cuyos padres han podido, á pesar del impedimento de

(1) Arrêts: Havre, 23 mai 1838. (Dalloz, *Rep.*, "Patern", num. 453.—Angers, 13 août 1806 [Sirey et Palais, *Recueil chronologique*].)

(2) Sanchez, *De matrimonio*, lib. 8, disput. 7, num. 14 á 19.—*Conférences D' Angers*, Traité du mariage, "Dispenses".—Schmalzgrueber, *Jus ecclesiasticum*, pars. 4, tit. 17, num. 65.—Murillo, *Cursus juris canonici*, lib. 4, tit. 17, num. 167.—Covarrubias, *De sponsalibus*, part. 2, cap. 8, § 2.—Pothier, *Traité du mariage*, num. 414,

parentesco que se supone, unirse en perfecto y legítimo matrimonio (1) La interpretacion contraria, en consonancia con el derecho canónico, es seguida por la Corte de Casacion y gran parte de la jurisprudencia (2).

158. Nuestra legislacion nacional debe ser estudiada en el punto que nos ocupa, con relacion á dos épocas: la anterior y la posterior á la codificacion. En la primera, son hijos naturales y solo capaces del beneficio de la legitimacion los definidos por la ley 11 de Toro, reproducida por la Novísima (3), y ella puede tener lugar no sólo por subsecuente matrimonio sino tambien por decreto de autoridad competente (4).

El primer trabajo de codificacion hecho por el Sr. Dr. D.

(1) Durantou, tom. 2, num. 177.—Delvincourt, *sur l' art. 331*.—Merlin, *Rep.*, "Legitimation", sect. 2, § 2, num. 6, et suiv.—Rolland de Villargues, *Enfants naturels*, num. 199.—Valette *sur Proudhon*, tom. 2, pag. 168.—Marcadé, tom. 2, *sur l' art. 331*.—Demolombe, tom. 5, num. 354.—Laurent tom. 4, num. 176.—Arntz, tom. 1, num. 578.—Baudry Lacantinerie, tom. 1, num. 884.—Arrêts: Orleans, 25 avr. 1833 (Sirey, 1833, II, 322);—Prades, 5 mai 1847 (Devilleneuve, 1847, III, 190); Douai, 1 juill. 1864 (Dev. 1864, II, 182), Colmar, 13 mars 1866 (Dev. 1866, II, 129);

(2) Toullier, tom. 2, num. 953.—Loiseau, pag. 261.—Magnin, *Des minor.*, tom. 1, num. 255.—Pont, *Revue de leg. et jurispr.* 1838, pag. 150.—Allemand, tom. 2, num. 651 et suiv.—Richefor, num. 225.—Theophilé Huc, *Revue critique*, 6me année, pag. 242.—Malleville, *sur l' art. 331*.—Arrêts: Bourges, 14 mai 1809 (Sirey, 1809 II, 206); Cass. 22 janv. 1812 (Sirey, 1812, I, 161); Grenoble, 8 mars 1838 (Devilleneuve, 1838, II, 145); Paris 14 juin 1858 (Dev. 1859, II, 213); Amiens 14 janv. 1864 (Dev. 1864 II, 11); Cass. 22 janv. 1867 (Dev. 1867, I, 49 á 53); Paris 20 juill. 1867, Dev. 1867 II, 312); Aix, 22 août 1867 (Dev. 1868, II, 279); Rennes, 17 juin 1879 (Dev. 1880, II, 43); Cass. 27 janv. 1874 (Dalloz, *Recueil period.* 1874, I, 216 et la note); Belgique, 5 fev. 1817 (Arntz, tom. 1, num. 579); Gand, 1 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 246 et la note).

(3) Dublan y Mendez, *Novísimo Sala mexicano*, tom. 1, lib. 1, tit. 6, num. 7.

(4) Ley de 10 de Agosto de 1857, arts. 29 y 31 y Decreto de 8 de Enero de 1870, art. 1.

Justo Sierra reprodujo el principio asentado por el Sr. Goyena, quien en su proyecto de un Código civil español habia dicho, art. 118 que «los hijos naturales podrian legitimarse *unicamente* por el subsiguiente matrimonio de sus padres, debiendo comprenderse sólomente bajo el nombre de hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que *al tiempo de la concepcion*, podian casarse, *aunque fuera con dispensa*; salvo el caso de hijo habido por tío en su sobrina carnal ó *vice versa*.» Habiendose interrumpido éste primer ensayo de codificacion de nuestras leyes civiles por el advenimiento de la invasion extranjera en 1862, y mas tarde reanudado las tareas con el mismo fin bajo la presidencia del emperador Maximiliano en 1866, se estableció por primer vez en nuestro derecho civil el principio tan controvertido en la doctrina y jurisprudencia francesas sobre la capacidad de ser legitimados sin excepcion alguna los hijos cuyos padres habian podido casarse, á lo menos con dispensa, al tiempo de la concepcion de aquellos. Debemos al alto carácter que nuestro maestro el Lic. Luis Mendez representó en la comision nombrada para la formacion del Código y á la confianza en él depositada por todos los miembros de aquella, el conocimiento por la prensa de la siguiente carta del Emperador al Sr. Escudero y Echánove, ministro de Justicia, con motivo de la discusion relativa al punto de legitimacion y á la cual no habia podido asistir Maximiliano:.....«En cuanto al art. 221 encierra en si la difinicion del hijo natural, y debemos aprovechar las luminosas discusiones que han tenido lugar en los paises extranjeros, para redactarlo de una manera clara y precisa. Creemos que no hay equívoco formulandolo del modo siguiente: *se comprenden bajo el nombre de hijos naturales á los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre pudieron casarse aunque con dispensa*. En efecto los hijos nacidos de

tío y sobrina ó de cuñado y cuñada, deben considerarse naturales y no incestuosos, porque el incesto es la union criminal de dos personas á quienes la ley prohíbe absolutamente casarse. Si no se concediera la legitimacion á los hijos nacidos de tío y sobrina, y de cuñado y cuñada antes del matrimonio, resultaría, si se casaran despues con dispensa los progenitores, que los hijos primogénitos estarian en casa de sus padres sin ser reconocidos, vivirian bajo el mismo techo que sus hermanos, hijos de un mismo padre y madre, comerian en la misma mesa, y sin embargo no participarian de los mismos derechos ni llevarian el mismo apellido; es decir, en el mismo hogar los hijos legitimos irian creciendo al lado de los incestuosos.—Recibid las seguridades de la benevolencia de vuestro afectísimo Maximiliano. Palacio de México á 29 de M. yo de 1866 (1)» Restablecida la República, la comision nuevamente encargada de trabajar en el proyecto de un Código civil, no hizo en el punto que nos ocupa ninguna variacion, por lo cual el Código del Distrito Federal de 1870, obra de aquella, reproduce (arts. 352 y 355) los mismos principios del primer libro del Código del Imperio. En el propio sentido estan concebidos los arts. 325 y 328 del Código que comentamos, 306 y 308 de Veracruz, 255 y 257 del Estado de México y 232 y 233 de Tlaxcala.

159. La frase de estos artículos: «aunque fuera con dispensa» resuelve en nuestro concepto dos cuestiones, tambien no poco debatidas en la jurisprudencia extranjera y aun en la canonica, pues de esa redaccion absoluta de nuestra legislacion se deduce 1.º que pueden ser legitimados por matrimonio subsecuente los hijos nacidos de padres que al tiempo de la concepcion de aquellos podían casarse á lo menos con dispensa, ya sea por razon de parentesco, ya por causa de cualquiera otro impedimen-

(1) «Foro» tom. 1, año de 1873, num. 21.

to, por ejemplo, la falta de edad suficiente para el matrimonio y el cargo de tutor de la madre; y 2.º que es indiferente para la procedencia de la legitimación que la dispensa se haya obtenido antes ó después de la concepción del hijo, pues nuestras leyes simplemente exigen que el impedimento para el matrimonio de los padres del hijo natural sea *dispensable*.

160. ¿Pueden ser legitimados los hijos que al tiempo de celebrarse el subsecuente matrimonio hayan fallecido dejando descendientes? En el antiguo derecho era esta cuestión muy controvertida, pues mientras unos autores, fundándose en ciertas leyes romanas (1), sostenían que, no habiendo jamás el hijo gozado de la legitimidad, no podía transmitirla á sus descendientes, quienes no pueden tenerla sino por conducto de aquel (2), otros profesaban la doctrina contraria, y al efecto invocaban otra ley romana que tiene mayor analogía que las anteriores con la presente cuestión: *si filium naturalem emancipavero, et alium adoptavero, non esse eos fratres: si filio meo mortuo Ticiu[m] adoptavero, videri eum defuncti fratrem fuisse, Arrianus ait* (3). Así Pothier dice: "La legitimación ha sido establecida, no sólo en favor de los hijos nacidos de la unión que han tenido los padres antes de su matrimonio, sino en favor de todos aquellos que descienden de ella, porque estos no son menos dignos de ese favor que los nacidos antes. La ley, por la ficción de la legitimación, purga el vicio de la unión de los padres antes del matrimonio, haciéndola coconsiderar como una especie de anticipación de este, que los padres han contraído después y á los hijos que de ella nacen, lo mismo que á los que

(1) *Dig.* lib. 41, tit. 2, l. 1, § 9.—*Id.* lib. 1, tit. 7, l. 11.

(2) Baldo, Alberico, Pablo de Castro, Alejandro, Jason, citados por Faquin, *Controversiæ*, tom. 3, num. 56.—Gregorio López, *Glosa* 9 á la Partida IV, tit. XIII, l. 1.

(3) *Dig.*, lib. 38, tit. 10, l. 5.

desciendan después como hijos de ese matrimonio por anticipación (1). Merlin añade otra consideración y es que la palabra *liberi* de los Institutas de Justiniano comprende, no sólo á los hijos, sino también á los nietos, siempre que su utilidad lo exija (2).

El Código de Napoleón ha dirimido esta antigua contienda estableciendo en su art. 332 que la legitimación puede tener lugar aun en favor de hijos muertos que han dejado descendientes, y que en este caso, aquel beneficio les aprovecha, sobre lo cual ninguna cosa especial advierten los autores, sino es que las consecuencias de la legitimación de que dicho artículo trata, sólo benefician á los descendientes legítimos del hijo premuerto, pues los naturales, no pudiendo adquirir la legitimidad más que por el matrimonio de sus padres inmediatos, conservarán este carácter, á pesar de la legitimación de estos (3).

En nuestra legislación debemos notar que desde la ley de sucesiones de 10 de Agosto de 1857, se había establecido (art. 30) que la legitimación produciría efecto en favor de los descendientes de un hijo natural, aun cuando después de la muerte de éste se verificara el matrimonio subsecuente de los padres, y que en el mismo sentido han sido redactados, después de la codificación, los arts. 312 de Veracruz, 261 de Estado de México, 238 de Tlaxcala, 360 del Distrito Federal de 1870 y 333 del actual.

161. Pero ¿podrán ser legitimados los hijos todavía no nacidos al celebrarse el subsecuente matrimonio? Sorprende que

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, num. 413.

[2] Merlin, *Rep.*, «Legitimation», Sect. 2, § 2.—*Inst.*, De nuptiis, § 13.—*Dig.* lib. 50, tit. 16, l. 220.—Molina, *Opera*, lib. 3, cap. 1, num. 9.

(3) Demolombe, tom. 5, num. 356.—Aubry et Rau, tom. 6, pag. 71, § 546, note 25.—Laurent, tom. 4, num. 173.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, num. 885.—Arntz, tom. 1, num. 580.

el estudio de esta cuestion no se encuentre generalmente ni en los autores antiguos ni en los modernos, cuando ella es interesante, no sólo bajo el punto de vista de los derechos que atañen á los hijos póstumos, sino como consecuencia del antiguo principio: *qui in utero est, per inde ac si in rebus humanis esset custoditur, quoties de comodis ipsius partus queritur* (1). Tanto por esta ley romana como por varias, así del Fuero Fuzgo como del Código de las Partidas (2), creemos que la resolucíon afirmativa debía ser generalmente aceptada en la doctrina y jurisprudencia antiguas (3). El Código de Napoleón no preve este caso, que se encuentra expresamente resuelto en nuestra legislacion actual, en el sentido de poder ser legitimados dichos hijos (Arts. 312 de Veracruz, 261 de Estado de México, 239 de Tlaxcala, 361 del Distrito Federal de 1870 y 334 del vigente), bajo las condiciones que en su oportunidad se expresaran.

162. Finalmente ¿el subsecuente matrimonio de los padres legítima á los hijos, aunque sea declarado nulo? Para resolver esta cuestion, debemos empezar por establecer la siguiente distincion: ó la nulidad que se supone procede de las varias causas que importan otros tantos impedimentos dirimientes del matrimonio, exceptuando sólo el parentesco y otro matrimonio anterior, ó consiste especialmente en estos. Si lo primero y habiendo buena fé á lo menos por parte de uno de los contrayentes, nos parece que no ha de haber ninguna dificultad en resolver afirmativamente la cuestion indicada. Los fundamentos de esta decision se encuentran extensamente expuestos en otra parte, en la cual nos hemos ocupado en el estudio de la na-

(1) *Dig.* lib. 1, tit. 5, l. 7.

(2) Part. 4, tit. 23, l. 3, y Part. 7, tit. 38, l. 8.

(3) Vease tomo 1.º de esta obra, nums. 94 y siguientes.

turalidad, condiciones y efectos del matrimonio putativo (1) y en ninguno de los Códigos modernos existe declaracion alguna que contrarie dicha decision. Mas supongámos que el subsecuente matrimonio ha sido declarado nulo por razón de incesto ó de adulterio, aunque habiendo habido buena fé por parte á lo ménos de uno de los cónyuges. ¿Se operará la legitimacion en favor de los hijos? Aunque en el antiguo derecho las opiniones estaban divididas, prevalecia sin embargo la siguiente decision favorable á los espurios del Papa Inocencio III: *Ex timore litterarum vestrarum nobis innotuit quòd cum G. viduam hereditatem quondam R. mariti sui sibi et pupillo filio suo restitui postularret, pars adversa petitionem ejus excluderet, pro eo quòd R. maritum ipsius de adulterio genitum asserebat: Intelligentes quòd pater prædicti R. matrem ipsius in faciem Ecclesie ignaram, quòd ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem; et dum ipsa conjux ipsius legitima putaretur, dictum R. suscepit ex eadem, in favorem prolis potius inclinamus, memoratum R. legitimum reputantes* (2). Pero con todo, autores de gran nota, como Pothier y Bartolo, rechazaron siempre semejante doctrina, como mal fundada en el verdadero sentido de esa Decretal (3). El Canciller D' Aguesseau ha desenvuelto con su habitual elocuencia, los argumentos para no aceptar la interpretacion contraria: "Cuál es, dice, la razon del Capítulo *ex tenore*? Dos motivos principales de su decision. 1.º El nombre de matrimonio, nombre tan poderoso, que su misma sombra basta para purificar, en favor de los hijos, el principio de su nacimiento.... 2.º La buena fé de aquellos

(1) Vease tom. 3.º de esta obra, nums. 370 y siguientes.

(2) Decretal, *Qui filii sint legit.* cap. 14.—Los partidarios de esta decretal pueden verse en Merlin, *Rep.* "Legitimation", sect. 2, § 2, num. 10.

(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nums. 416 y 419.

que han contraído un semejante enlace Veamos si estos dos motivos tienen alguna aplicación á la legitimación *per subsequens matrimonium* de los hijos que son el fruto de una unión siempre criminal. 1.º No hay matrimonio ni aun putativo; así es que falta hasta la apariencia de un título que acompañe esta especie de prescripción. El nacimiento de los hijos no ha seguido, sino que ha precedido al matrimonio; ellos pues no lo deben más que á una fuente impura. 2.º Sobre la buena fé, pueden hacerse dos importantes reflexiones: La primera, que esta buena fé es poco probable en dos personas que cometen un crimen: se la presume fácilmente en aquellos que se enlazan públicamente, de quienes no se sospecha que hayan querido cometer un Sacrilegio, cuando recibían un Sacramento; pero no debe suceder lo mismo respecto á los que menosprecian las leyes divinas y humanas, viviendo en el concubinato; La segunda, es que esta pretendida buena fé no los excusa, porque ellos comienzan por cometer un crimen y deben por tanto imputarse solo á sí mismos las consecuencias que pueden venir. Y es aquí donde creemos deber desenvolver ese gran principio que ha sido perfectamente aplicado por el juicioso Cardenal de Palermo (*Panormitanus*) y que lo había sido antes por Bartolo, y si se quiere remontar más arriba, por Papiniano. Ese gran Canonista se propone la objeción del matrimonio putativo y responde que hay gran diferencia entre él y lo que se pretende: *Quia contrahens matrimonium dat operam rei licitæ, ideo ignorantia sua excusatur. Sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicitæ, ideo ignorantia sua non est probabilis, nec debet inde consequi præmium; et danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam.* Y Bartolo había dicho antes de él: *quandocumque coitus fit sine colore matrimonii, tunc indistincte punitur secundum illud quod est in veritate, non secundum id*

quod putavat, quoniam dabat ab initio operam rei illicitæ. Y Papiniano de quien ambos han tomado esas máximas tan sanas, distingue expresamente, cuando se trata de castigar un incesto, si ha habido á lo menos la apariencia de un matrimonio que pueda hacer presumir la buena fé, ó si al contrario el crimen que ha sido cometido encierra una doble injuria á la ley y á la naturaleza, porque *multum interest errore illud matrimonium contrahatur, an contumacia juris et sanguinis contumelia concurrant* (1). Así, nada de buena fé presunta: toda presunción cesa para culpables, y aun cuando la hubiera, ella no debe excusar, porque *dabat operam rei illicitæ.* ¡Cuánto más no podría decir, si me fuera dable extenderme sobre esta materia! Podría recordaros la ley de aquel legislador griego que castigaba doblemente los crímenes cometidos en estado de ebriedad etc? En efecto, todo se deduce á este simple razonamiento: la ley puede recompensar la inocencia, tal como se encuentra en aquel que celebra de buena fé, por error de hecho, un matrimonio prohibido; pero que la ley recompense á una persona que ha querido obrar mal, porque ha consentido en hacer uno menor, es cosa que no puede sostenerse. Añadamos, en fin, dos reflexiones: la una, que no se trata aquí de castigar sino de no extender una gracia, un beneficio de la ley; la otra, que la legitimación *per subsequens matrimonium*, no es verdaderamente favorable, si se reflexiona sobre sus consecuencias. Ella no era acordada por las primeras leyes sino para el pasado; ella sostiene, fomenta y multiplica el concubinato por la esperanza de poder un día dar un estado á los hijos (2)”. De aquí se inferiría que el subsecuente matrimonio putativo es impotente para legitimar los hijos habidos antes de su celebración, aunque la

(1) *Dig. lib. 48, tit. 5, l. 38, § 1.*

(2) D' Aguesseau, *Plaidoyer* 47.

causa de su nulidad se refiriese á otros motivos que el incesto y el adulterio.

Es demasiado rigor, á nuestro juicio, pensar así en contra de inocentes sobre quienes se haria recaer la pesada carga de ajenas faltas, siquiera no fuesen tan graves como el adulterio y el incesto. La legislacion moderna no ha procedido con tanta severidad (1), y nuestros Códigos expresan que el subsiguiente matrimonio legitima á los hijos, aun cuando sea declarado nulo, si á lo menos ha habido buena fe por parte de uno de los cónyuges al celebrarlo (arts. 307 de Veracruz, 256 del Estado de México, 235 de Tlaxcala, 354 del Distrito Federal de 1870 y 327 del vigente). En cuanto á los hijos incestuosos y adulterinos, basta saber que, si el subsecuente matrimonio *verdadero* es inutil para legitimarlos, con mayoría de razón debe serlo tambien el *putativo*, que es una simple figura ó semejanza de aquel (2).

§ 2. DE LAS CONDICIONES DE LA LEGITIMACION.

163. Despues de que la antigua y no poca parte de la legislacion moderna, segun lo hemos expuesto en el párrafo anterior, reconoció varios medios de legitimacion, la mayoría de los Códigos modernos, y muy especialmente el francés y los nuestros, han venido á asentar el principio de que no existe otra manera de legitimar los hijos naturales que el subsecuente matrimonio de los padres. La legitimacion por rescripto del príncipe, establecida en la legislacion romana en tiempo de los Emperadores, y su admision en el Código de las Partidas, guardaban armonía con el derecho público vigente en tales

(1) Demolombe, tom. 5, num. 350.—Toullier, tom. 1, num. 657.

(2) Véase tom. 3.º de esta obra, num. 374.

épocas, pues el soberano que hacía las leyes podía conceder á cualquiera el privilegio de infringirlas, dispensándole de respetar las condiciones establecidas para la generalidad de los miembros del cuerpo social. En nuestra patria, como ya lo indicamos antes, la legitimacion podía hacerse anteriormente á los Códigos, y segun la ley de 10 de Agosto de 1857, no sólo por subsecuente matrimonio, sino tambien por decreto de autoridad competente (art. 31), y esta prevencion fué repetida especialmente para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, por decreto de 8 de Enero de 1870, debiendo ser representada aquella respectivamente por el Ejecutivo de la Union en el Distrito Federal y por el Jefe Político en la Baja California. Los artículos que expresan en los Códigos vigentes la reforma mencionada son el 307 de Veracruz, 256 de Estado de México, 234 de Tlaxcala, 353 del Distrito Federal de 1870 y 326 del actual.

164. Pero ¿todo matrimonio subsecuente produce la legitimacion? Por lo que hace al matrimonio *in extremis*, es opinion corriente entre los intérpretes del derecho romano que era impotente para producir la legitimacion, porque era preciso para tal efecto, que los esposos tuvieran la esperanza de procrear hijos, *sperem tollendæ soboli habeant* (1). Pero el derecho canónico, al contrario, considerando válido el matrimonio, aunque los esposos no tuvieran la posibilidad de cumplir tal fin, otorgaba el beneficio de la legitimacion aun al matrimonio *in extremis* (2).

Al discutirse el proyecto del Código francés apareció todavía la prohibicion aceptada sobre este punto en el derecho romano. "El matrimonio contraído en el momento de morir, decia

(1) *Cod.*, lib. 5, tit. 27, l. 11.—*Dig.*, lib. 23, tit. 3, l. 20.

(2) *Can Sufficiat*, 2.—*Can. Beata Maria*, 3, cap. 17, quest. 2.