

motivos de la excepción no se aplican á estas diversas hipótesis (1). El reconocimiento produce aun respecto del cónyuge y de los hijos, durante el matrimonio, los efectos que no pueden perjudicarlos. Así es que nos parece incontestable que el hijo lleve el nombre de quien lo ha reconocido. Se admite también que el padre ó la madre que lo ha reconocido ejerza sobre él la potestad paterna (2). En esto hay alguna duda; la potestad paternal no es otra cosa que el deber de educación, y este deber implica la obligación de alimentar, de mantener al hijo y de pagar los gastos de su instrucción; habiendo, pues, intereses pecuniarios en causa, no parece que la potestad paternal no tendrá lugar sino en tanto que no perjudique al cónyuge y á los hijos. Esto es excesivamente riguroso, pero tal es el sentido de la ley.

Después de la disolución del matrimonio, dice el art. 337, el reconocimiento producirá su efecto si no han quedado hijos. Hay que agregar, y si el cónyuge no tiene derecho de sucesión que ejercitar. Esto equivale á decir en otras palabras que si el hijo natural está en concurso con ascendientes ó con colaterales, tendrá, en la sucesión de su padre ó de su madre, la parte que la ley le atribuye. No hay ninguna razón para limitar los efectos del reconocimiento respecto á más personas que el cónyuge y los hijos nacidos del matrimonio.

135. La jurisprudencia ha deducido una consecuencia importante del art. 337. Es de principio que no puede hacerse indirectamente lo que no es permitido hacer directamente. La ley no quiere que un reconocimiento directo hecho durante el matrimonio perjudique á los hijos legítimos; por lo tanto, el hijo natural no podrá prevalerse, después de la disolución del matrimonio, de cartas escritas

1 Esta es la opinión de todos los autores (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 697).

2 Domolombe, *Curso de código Napoleon*, t. 5º, p. 450, núm. 471.

por su madre durante el matrimonio para investigar la maternidad; de lo contrario la madre podría indirectamente dar al hijo natural derecho sobre su sucesión, con perjuicio de sus hijos legítimos (1). Esta decisión nos parece de un rigor excesivo. Si el art. 337 asentase un principio de derecho común; se podría seguirse en sus últimas consecuencias. Pero se está tratando de una disposición excepcional que priva al hijo natural de un derecho que debe á su nacimiento. ¿No es esta una razón para restringirla dentro de los límites del texto? Ahora bien, el texto habla del reconocimiento; las cartas de la madre no son un reconocimiento, luego no puede impedirse al hijo que de ellas se sirva para investigar á su madre en una época en que la ley autoriza tal investigación.

Es otra la cuestión de saber si el hijo natural puede invocar la posesión de estado para probar su filiación, cuando los hechos que constituyen la posesión han sucedido durante el matrimonio. Si se admite la posesión como prueba de la filiación natural, es [porque hace veces de acta de reconocimiento; y cae por esto bajo la aplicación del artículo 337; la madre no está en aptitud de hacer un reconocimiento tácito, al tratar al hijo como suyo, como tampoco un reconocimiento expreso (2)].

SECCION V.—De la filiación adulterina é incestuosa.

§ I. PRINCIPIOS GENERALES.

Núm. 1. ¿Cuándo es el hijo adulterino ó incestuoso?

136. Llámense adulterinos los hijos que han nacido de un adulterio (3), y éste existe cuando el padre ó la madre

1 Metz, 10 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 225).

2 Lyon, 20 de Abril de 1853, Dalloz, 1854, 2, 186; Potiers, 7 de Marzo de 1855, confirmada por una sentencia de denegada apelación de 19 de Noviembre de 1856, Dalloz, 1856, 1, 412. Hay una sentencia contraria, de Limoges, de 4 de Abril de 1848, Dalloz, 1849, 2, 38.

3 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Adulterino*.

está obligado por los vínculos del matrimonio en el momento de la concepción del hijo. Luego si la madre es libre y el padre casado, el hijo será adulterino, no solamente respecto al padre, sino que también respecto á la madre, porque ella es cómplice del adulterio: es siempre adulterino el fruto, dice Furzole, de la mujer libre que concibe del adulterio. En el consejo de Estado se sostuvo que el hijo nacido de una madre libre y de un padre casado no era adulterino, y que, por lo menos, era preferible resolverlo así; mientras que el hijo nacido de un padre libre y de una mujer casada, era adulterino respecto al padre y á la madre (1). Evidentemente que la distinción es arbitraria, y habría sido necesario un texto para consagrarla, porque sería una verdadera ficción, y las ficciones sólo la ley puede establecerlas.

Al que pretende que un hijo es adulterino corresponde probarlo. Pregúntase si el presunto hijo adulterino puede invocar las presunciones legales acerca de la duración de la preñez y la época de la concepción. La corte de casación se ha pronunciado, y con razón, por la negativa (2). Ya hemos hecho notar que las presunciones legales son de estricta interpretación; no es posible extenderlas, aun cuando hubiese un motivo de analogía, y con mayor razón, no es posible, aun cuando ni siquiera hay una razón para decidir. Un hijo nace de una mujer viuda, seis meses y veintitres días después de la disolución del matrimonio. El padre lo reconoce. Sostiénese que semejante niño fué concebido viviendo el marido difunto, ¿puede el hijo decir que habiendo nacido seis meses después de la muerte del marido, se pre-

1 Sesión del consejo de Estado, del 26 brumario, año X, núm. 22, Loaré, t. 3º, p. 65.

2 Sentencia de Dijon, de 29 de Agosto de 1818, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 11 de Noviembre, de 1819, Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 719.

sume concebido después de la disolución del matrimonio? Nó; porque tal presunción no se ha establecido sino á favor de la legitimidad; luego no se puede extenderla á la filiación natural.

137. El incesto es el ayuntamiento ilícito entre los que son parientes ó aliados en el grado prohibido por las leyes; los hijos nacidos de este comercio son incestuosos. No hay que distinguir entre los grados más ó menos próximos del parentesco ó de la alianza. En el derecho antiguo, se hacía esta distinción para el castigo del incesto: cosa que es muy natural, porque el incesto entre padre é hija es más criminal que el incesto entre tío y sobrina. En nuestros días, el incesto no se castiga; en cuanto á los hijos nacidos del comercio incestuoso, poco importa la gravedad de la falta de los que les han dado el sér, ellos son incestuosos por el hecho solo de haber nacido de un comercio incestuoso. Tal es la expresión de que se sirve el código (arts. 331 y 335).

Núm. 2.—Prohibición del reconocimiento.

138. El art. 335 dice que el reconocimiento no podrá tener lugar en provecho de los hijos nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino; y el art. 342 establece que el hijo jamás será admitido á la investigación de la paternidad ó de la maternidad, en los casos en que el reconocimiento no se admite. Lahary dice, en su informe al Tribunal: «El nacimiento de un hijo, fruto del incesto ó del adulterio, es una verdadera calamidad para las costumbres. Lejos de que se conserve un vestigio de su existencia, sería de apetecerse que hasta su recuerdo pudiera extinguirse» (1). Prohibido el reconocimiento, la investigación podía admitirse. Si hay escándalo cuando el culpable ostenta su infamia ó su crimen al reconocer á un hijo incestuoso.

1 Lahary, Informe, núm. 34, Loaré, t. 3º, p. 115.

tuoso ó adulterino, lo hay también cuando el hijo investiga su estado en la prueba del delito de los que él pretende sean los autores de sus días (1).

Los hijos adulterinos é incestuosos no pueden, pues, tener filiación. Se ha pretendido que había excepción en el caso previsto por el art. 340, que admite la investigación de la paternidad cuando la mujer es robada y cuando la época de la concepción se relaciona con la del raptó (2). El error es evidente. En efecto, la ley prohíbe la investigación de la paternidad natural, aun cuando no sea adulterina ni incestuosa; luego si el art. 342 prohíbe la investigación de la paternidad, en caso de adulterio ó de incesto, la interdicción no puede referirse sino al caso en que, por excepción, se admite la investigación de la filiación paterna, es decir, cuando la mujer raptada está casada ó es parienta del raptor en el grado prohibido para el matrimonio. Si en esta hipótesis la investigación pudiera tener lugar, el artículo 342 ya no tendría sentido (3).

139. La ley, á la vez que prohibiendo el reconocimiento voluntario y forzado de los hijos adulterinos é incestuosos, supone que su filiación puede hacerse constar, porque los arts. 762 764 les dan derechos á alimentos contra la sucesión de sus progenitores. Puede ser que el estado de aquellos se halle establecido independientemente de todo reconocimiento ó investigación.

Quando el marido desconoce á un hijo concebido durante el matrimonio, resulta del juicio que admite el desconocimiento, que el hijo es adulterino (arts. 312 y 313); en efecto, el juicio establece que la madre concibió al hijo de

1 Tales son las expresiones de Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos núm. 35 (Loché, t. 3º, p. 95).

2 Loiseau, "De los hijos naturales," p. 735.

3 Esta es la opinión general, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 89, nota 1.

persona distinta del marido; luego el hijo es fruto del adulterio.

El hijo establece su filiación legítima por medio de testigos; es aceptado todo el interesado que intente probar que tal niño no pertenece al marido de la madre; si se comprueba esto, el juicio que patentiza la maternidad, aunque repudiando de la familia al hijo, establecerá su filiación adulterina (art. 325).

Se anula un matrimonio, porque uno de los cónyuges estaba ligado por los vínculos de un primer matrimonio subsistente en el momento en que se contrajo el segundo, ó porque los esposos eran parientes ó aliados en el grado prohibido por la ley; los hijos nacidos de ese matrimonio serán adulterinos ó incestuosos, si los cónyuges obrasen de mala fe. Su estado quedará establecido por el fallo que anule el matrimonio (1), combinado con el acta de nacimiento. Este punto, no obstante lo dicho, está controvertido.

Por último, la filiación adulterina ó incestuosa puede hacerse constar por un juicio pasado en autoridad de cosa juzgada. Legalmente esto no puede hacerse; pero como la cosa juzgada se considera como la expresión de la verdad, esta presunción predominará sobre el error de derecho ó de hecho que haya dado lugar al fallo (2).

140. Quando la filiación de los hijos adulterinos o incestuosos se establece con independencia de todo reconocimiento ¿cuáles serán sus consecuencias? El código no se ocupa de ellos sino para concederles alimentos, rehusánloles todo derecho de sucesión. Volveremos á ver los arts. 762 764, en el título de las *Sucesiones*. ¿Los hijos adulterinos é incestuosos tendrán un estado en los casos que acabamos de

1 Véase el tomo 2º de mis *Principios*, p. 558, núm. 438.

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pfo. 152, ps. 94 y siguientes.

enumerar? Lo tendrán con el mismo título que los hijos naturales. En efecto, ¿en qué consiste el estado de los hijos ilegítimos? Legalmente, están unidos al padre y madre que los han reconocido. Lo mismo pasará con los hijos adulterinos é incestuosos; el fallo que haga constar su filiación hará para ellos oficio de reconocimiento. Los hijos naturales llevan el nombre de sus progenitores. ¿Pasa lo mismo con los hijos adulterinos é incestuosos? No nos parece dudosa la afirmativa, porque es la consecuencia jurídica del fallo que establece su filiación. Es de evidencia palmaria que el reconocimiento propiamente dicho no daría á los hijos adulterinos é incestuosos el derecho de llevar el nombre de sus progenitores; así ha sido juzgado y esto es incontestable, porque, prohibido el reconocimiento, los hijos, aunque reconocidos, no tienen filiación (1).

¿Los hijos adulterinos é incestuosos están sometidos á la potestad paterna de sus progenitores? Todos los autores, con excepción de Loiseau, enseñan que los padres no tienen la potestad. El art. 383 parece que resuelve la cuestión en este sentido; establece que los arts. 376 379, que rigen el ejercicio de la potestad paterna de los padres legítimos, son comunes á los padres de los hijos naturales *legalmente reconocidos*, lo que excluye, dícese, á los adulterinos é incestuosos. Cierto es que siendo ilegal el reconocimiento voluntario, no podría dar la potestad paterna. Pero nosotros suponemos que la filiación adulterina ó incestuosa se halle establecida por un fallo; y entonces los hijos tienen derecho á la educación, que es un deber derivado de la paternidad; ahora bien, la paternidad consta por un fallo; si el padre y la madre tienen el deber de educación, por esto mismo tienen la potestad paterna, supuesto

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *paternidad*, números 446, 5°, 433, 3° y 738, 2°

que ésta no es otra cosa que aquel deber. La potestad paterna no es un derecho del padre ni una ventaja, es un cargo que se le impone por interés del hijo (1).

Se ve hasta donde llega el rigor del legislador francés. Son raros los casos, en los cuales se hace constar la filiación de los hijos adulterinos é incestuosos; y en estos mismos casos se les rehusa lo que la naturaleza concede á los animales, los cuidados, la protección de un padre, de una madre. ¿Cuál será, pues, su condición cuando no tiene en su favor ningún juicio? Estarán sin nombre, sin estado, sin derecho; la jurisprudencia les niega hasta el derecho á los alimentos, cuando sus padres han confesado su paternidad. Se ha protestado, y con razón, contra tal rigor (2). El legislador pretende en vano ignorar el adulterio y el incesto; esta ficción no impide el comercio adulterino é incestuoso. Y cuando los hechos son patentes, en vano cierra él los ojos para no verlos, porque el escándalo no por eso deja de existir. ¿Por qué, pues, sacrificar á los hijos con el fin de manchar el crimen ó la infamia de los que les han dado la vida? ¡Qué la sociedad los castigue! ¡Qué la pena cargue sobre los culpables y nó sobre los inocentes! El intérprete debe aceptar la ley con su exagerada severidad, pero al menos no debe ir mas lejos de lo que los textos mandan. No hay cuestiones más difíciles como las que vamos á abordar; se rebela uno contra la ley y desconfía uno de sí mismo precisamente porque se teme colocarse encima de la ley.

Núm. 5. Nulidad del reconocimiento.

141. El art. 335 dice que no podrá tener lugar el reco-

1 Loiseau, *de los hijos naturales*, ps. 741 y siguientes. En sentido contrario, Demolombe, t. 5°, p. 614, núm. 597.

2 Demolombe, *curso del código de Napoleón*, t. 5°, p. 572, núm. 561.
P. de D. TOMO IV.—31