

el culpable era el seductor y la mujer la víctima. Había, pues, que reparar una falta: cuestión de cuasi-delito y no de paternidad adulterina (1).

La corte de Nancy ha ido más lejos, por lo menos en los motivos de la sentencia que pronunció en un análogo negocio. Eráse también un hombre casado que había suscrito un compromiso á favor de la madre, su criada, y de su hijo. La corte dió causa á ese compromiso; la decisiva es irreprochable, pero los considerandos sobrepasan en mucho á lo dispositivo: ellos reproducen una doctrina que antes hemos expuesto desaprobándola. Se distingue la acción alimenticia de la acción investigando la paternidad ó la maternidad (2). La diferencia es evidente; nosotros mismos acabamos de sostener que el hijo adulterino, reconocido en una acta auténtica, puede reclamar alimentos, aun cuando no haya filiación. Pero para ésto es preciso que haya reconocimiento. Si el padre se comprometiese directamente con el hijo á alimentarlo y sostenerlo ¿sería válido tal compromiso? Sostuvimos la negativa cuando se trató de un hijo natural simple, y creemos que la decisión debe ser la misma cuando el hijo es adulterino. En efecto, el compromiso, para que tenga validez, debe tener una causa; la causa, en el caso de que se trata, sería la paternidad adulterina; ésta causa no está legalmente establecida y ni aun puede estarlo, á ménos que se admita con nosotros que el reconocimiento voluntario, ilegal como título de filiación, vale tanto como confesión de paternidad. De todas maneras es que la confesión debe hallarse en acta auténtica; porque de lo contrario, se considera como inexistente y no puede, en consecuencia, ser el fundamento de una acción.

1 Caen, 10 de Junio de 1862, Dalloz, 1862, 2, 129.

2 Nancy, 20 de Mayo de 1816, Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 733, 1.

163. ¿Es válido un legado hecho á un hijo adulterino por alimentos? La corte de casación resolvió la cuestión afirmativamente. En el caso, el hijo adulterino había sido reconocido; pero la sentencia cuida de hacer constar que la corte de apelación no había juzgado que se debiesen alimentos al hijo en virtud de este reconocimiento; que ella había únicamente validado el legado, hecho en inmuebles, á título de alimentos, y comprobando que el legado no pasaba de los límites de una pensión alimenticia (1). No vemos en dónde esté la razón para dudar. Si se admite que el reconocimiento de un hijo adulterino se considere como no hecho, no hay que tener cuenta ninguna de él; queda entonces un legado, que es perfectamente válido, á título de alimentos. Ya no puede tratarse de una causa ilícita, aun cuando la adulterinidad estuviese establecida, como lo estaba en el caso de que se trata, haciendo abstracción del reconocimiento; porque la misma ley concede alimentos á los hijos adulterinos ó incestuosos y si se acepta la opinión que estamos profesando, la cuestión es igualmente poco dudosa. El reconocimiento, aunque ilegal, comprueba el derecho del hijo á los alimentos; luego es válido el legado que se le hace por alimentos.

#### SECCION VI.—De la legitimación.

##### § I. PRINCIPIOS.

164. El art. 331 asienta el principio de que los hijos naturales se legitiman por el matrimonio subsecuente de sus progenitores. Este principio, tomado del derecho romano, y del canónico, reposa en una ficción. Nuestras leyes presumen, dice Portalis, que el padre y la madre que se casan después de haber vivido en un comercio ilícito, han tenido siempre la intención de anudar los lazos de un

1 Sentencia de 15 de Julio de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 342).

su pupilo por testamento, durante su minoría, y únicamente después de cinco años de cuidados.

Duranton dice que las disposiciones acerca de la tutela oficiosa son, por decirlo así, un objeto de lujo en el código. Agrega, que la razón es sencilla: no se quieren contraer semejantes compromisos sin haber adquirido la certidumbre moral de que el hijo será digno del beneficio que se quiere conferírsele (1). En cuanto á la facilidad que la tutela da para la adopción, ella supone que la adopción es un hecho usual. No habiendo entrado la adopción en nuestras costumbres, se consibe que la tutela oficiosa sea aún menos práctica. A penas si se encuentra algún ejemplo. Como el derecho no es una creencia de lujo, nosotros nos limitaremos á exponer sumamente las condiciones y los efectos de la tutela oficiosa.

338. Las condiciones que la ley exige para la tutela oficiosa son análogas á las que establece para la adopción. El tribunado ha establecido este principio; es muy lógico, puesto que, en el espíritu del código, la tutela oficiosa es el preliminar de la adopción (2). Por aplicación de este principio, el tutor oficioso debe ser mayor de cincuenta años; se ha mantenido esta condición, á fin de que la tutela oficiosa, hecha con la mira de la adopción, no desvíe del matrimonio. El tutor no debe tener ni hijos ni descendientes legítimos, y si los tiene, la adopción, y por consiguiente, la tutela oficiosa ya no tiene razón de ser. Si el tutor es casado, el consentimiento de la cónyuge es necesario, para que la tutela no venga á ser una causa de desunión en la familia del tutor (arts. 361-362).

El hijo debe ser menor, de edad de menos de quince años, supuesto que la adopción, cuya tutela es el prelimi-

1 Duranton, *Cursó de derecho francés*, t. 3º, p. 266, núm. 274.

2 Observación del Tribunal, núm. 12 (Loché, t. 3º p. 258).

nar, no se permite sino cuando el adoptante ha prodigado durante seis años cuidados al adoptado menor (art 364).

La tutela se forma por concurso de consentimiento. El juez de paz es el que levanta el acta, como lo expresa el art. 363. No pudiendo el hijo consentir, su padre y su madre, ó el que de ellos sobreviva, ó el consejo de familia son llamados á consentir en nombre de aquél. Si el hijo no tiene padres conocidos, la ley exige el consentimiento de los administradores del hospicio en donde él haya estado recogido; y si se ha sido recibido en una familia particular, la municipalidad, es decir el alcalde municipal en Francia, en Bélgica, el consejo comunal, deben dar su consentimiento (art. 361).

#### § II.—EFECTOS DE LA TUTELA OFICIOSA.

239. La tutela es un preliminar de la adopción, pero el tutor no se compromete á adoptar á su pupilo. En esta incertidumbre sobre la suerte del hijo, su padre y madre, ó los que le hacen veces de padres, podrían negarse á entregar al hijo en manos del que quiere volverse su tutor oficioso, á menos que la tutela, por sí misma, no presente ventajas ciertas para el hijo. Con esta idea la ley impone obligaciones al tutor, obligaciones que constituyen un beneficio para el hijo, aun cuando no estuviese adoptado.

Desde luego, el padre y la madre, ó los que los representan, pueden hacer con el futuro tutor convenciones tales como las juzgue convenientes sin perjuicios de tales estipulaciones particulares; dice el art. 364, la tutela oficiosa lleva consigo la obligación de alimentos al pupilo, de educarlo y de ponerlo en aptitud de ganar la vida. La ley agrega, que los gastos de educación no pueden computarse sobre las rentas del pupilo, suponiendo que tenga algunos

matrimonio solemne; suponen las leyes que el matrimonio se ha contraído al menos por gusto y aspiración desde que los hijos nacieron, y, por una equitativa ficción, dan un efecto retroactivo al matrimonio. La legitimación se justifica por las más poderosas consideraciones. Bigot-Préameu dice muy bien que el orden público está interesado en que el hombre y la mujer que viven en el desorden tengan en su mano el medio de evitar uno ú otro de estos dos escollos, el de separarse por hastío ó el de continuar unas relaciones culpables. La ley les ofrece, en una unión santa y legítima, ventajas bastante preciosas para estimularlos á contraerla. El hombre dará los derechos de la legitimidad á los hijos hacia á quienes la naturaleza debe inspirarle sentimientos de ternura, y, al mismo tiempo cumplirá un deber que la naturaleza le está incesantemente recordando. Por la legislación, la mujer reparará su falta y recuperará su honra. Los hijos, y esto ni necesita decirse, tienen en ello el mayor interés. Sin embargo, se ha objetado que la expectativa de la legitimación podrá favorecer el concubinato; por esta razón la legislación inglesa no admite la legitimación por matrimonio subsecuente. Mucho dudamos que con esto las costumbres se hallen mejor y que haya menos hijos naturales. Las pasiones no calculan. Luego vale más dejar abierta una puerta al arrepentimiento y á la reparación (1).

165. El matrimonio legitima á los hijos naturales en el sentido de que, si son de ellos reconocidos legalmente, basta que los padres se casen para que los hijos queden legitimados. No se necesita que los futuros esposos declaren que quieren legitimarlos, porque no es la voluntad de aquellos lo que opera la legitimación, sino la ley. Tal era la doctri-

1 Bigot-Préameu, Exposición de motivos, núm. 28 (Loaré, t. 3º, p. 91). Duveyrier, discursos núm. 31. (Loaré, t. 3º, p. 134).

na del derecho antiguo (1), y tal es también el principio consagrado por el código Napoleón. Ciertamente es que el art. 331 dice que los hijos nacidos fuera del matrimonio *podrán* ser legitimados por el matrimonio subsecuente de sus padres. Pero la palabra *podrán* no implica que la legitimación sea facultativa, que los parientes tengan la facultad de legitimar ó de no legitimar á sus hijos, casándose. La ley quiere decir que depende de la voluntad de los padres el casarse; en este sentido, también de ellos depende legitimar á sus hijos. Pero desde el momento en que se casan, se opera la legitimación, queriéndolo ó nó. Como lo expresa Pothier, la legitimación se opera por la sola fuerza y eficacia del matrimonio. Esta es la opinión de todos los autores, salvo el disentimiento de Rochefort. Inútil es insistir y citar autoridades. Agreguemos que la legitimación se hace también sin el concurso de voluntad de los hijos que la aprovechan, salvo que repudien la legitimación, si el reconocimiento no es sincero (nnms. 180 y siguientes).

Cuando se dice que el matrimonio opera legitimación de pleno derecho en virtud de la ley, se supone que los hijos fueron reconocidos antes del matrimonio, ó en la acta misma de celebración. El texto del art. 331 lo dice. Mas adelante insistiremos en esto.

166. Todo matrimonio legitima á los hijos naturales, aun el matrimonio que se llama *in extremis*. En el proyecto del código, había una disposición concebida en estos términos: «El matrimonio contraído al extremo de la vida, entre dos personas que hubiesen vivido en concubinato, no legitima á los hijos que hubiesen nacido antes del supradicho matrimonio.» La sección de legislación había propuesto esa excepción, temerosa de que la facilidad de legitimar á los hijos en el último instante de la vida favoreciese el

1 Pothier, «Tratado del contrato de matrimonio,» núm. 422.

desarreglo de las costumbres y decayese en olvido del matrimonio. Bernier contestó que el concubinato no era un asunto de cálculo. Hay que tomar, dijo, á los hombres tales como son. Aquél que haya sido arrastrado por sus pasiones hasta el concubinato no se apartará de esta senda porque la ley rehuse legitimar á los hijos que nazcan de tal comercio ilícito. Pero si tiene hijos y el fin de su vida se acerca, querrá, si aun tiene alguna honradez, reparar su falta, dando la legitimidad á los hijos y devolviendo la honra á su madre. ¿Qué hay en esto de inmoral? Inmoral sería la ley si pusiera obstáculos á esta obra de reparación. Con tales observaciones, se suprimió la disposición (1). Si le hemos recordado, ha sido como enseñanza al legislador. Este no debe, por solicitud hacia la moral, impedir que se reparen las faltas en que cae la debilidad humana: él no previene las faltas por un exagerado rigorismo, y cierra la puerta al arrepentimiento.

167. El matrimonio contraído por un sacerdote ¿legitima á los hijos que tuvo antes de casarse? Según nuestro derecho público, ya ni siquiera puede agitarse. Como Notomb lo dijo en el Congreso, los sacerdotes no son más que individuos á los ojos de la ley; pueden casarse, luego pueden legitimar á sus hijos. Se dirá en vano que, conforme á la doctrina de la Iglesia, el concubinato del sacerdote es un adulterio, que los hijos provenientes son adúlteros, y que, en consecuencia, no pueden legitimarse. Se contestaría, y perentoria es la respuesta, que los cánones y las doctrinas de la Iglesia no tienen ningún valor á los ojos de la ley civil; nosotros no conocemos más adulterio que el que se comete con desprecio de un matrimonio legal. La cuestión se presentó en Francia ante la corte de casación,

1. Sesión del consejo de Estado de 24 brumario, año X, núm. 7 (Procés, t. 3º, ps. 47, y siguientes).

y se decide en el mismo sentido la luminosa requisitoria de Merlín (1). Creemos inútil insistir en ello, no siendo controvertible la cuestión en Bélgica, ni aun en Francia.

168. La diversidad de legislación que existe entre la Francia y la Inglaterra, sobre la legitimación ha dado lugar á cuestiones de derecho internacional. Algunos franceses se casan en Inglaterra ¿su matrimonio legitimará á los hijos naturales que tuvieron en Inglaterra ó en Francia? No es dudosa la afirmativa. La legitimación está ligada al matrimonio, es uno de los efectos que éste produce y este efecto concierne al estado de las personas. Bajo todos los aspectos, el estatuto es, pues, personal. Siguese de aquí que si ingleses se casan en Francia, su matrimonio no operará legitimación, porque éste se rige por las leyes inglesas, las que no admiten la legitimación por subsiguiente matrimonio. Podría objetarse que hay un interés de moralidad pública en causa, interés que se aprecia de un modo diverso en las dos naciones: en Inglaterra, se cree que la legitimación favorece la inmoralidad, mientras en Francia se estima que la legitimación repara el mal que el legislador no puede impedir, y ¿el interés de las buenas costumbres no debe ser superior al estatuto personal del extranjero? Nosotros no lo pensamos. No se trata aquí de una institución en que el orden público sea el elemento dominante, como lo es en la reprobación de la poligamia; 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 ha determinado al legislador francés, consideraciones todas que no tienen relación directa con la mo-

1. Sentencia de 22 de Enero de 1812 (Daloz, en la palabra "paternidad," núm. 461). Merlín, "Repertorio," en la palabra "legitimación," sección II, pfo. 11, t. XVII, p. 17.

alidad pública. El estatuto personal debe, pues, recibir su aplicación. Esta es la opinión de Merlin, y así se ha juzgado siempre la cuestión en Francia (1).

169. La cuestión se complica cuando los futuros esposos 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 fallado que debe aplicarse 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 del marido es la que debe recibir su aplicación (2). La corte de casación consagró la opinión contraria. Comienza ésta por hacer constar que el padre sólo era inglés y domiciliado en Francia, que la madre era francesa y que los hijos habían nacido en Francia. De ahí infiere que la ley francesa era la ley del domicilio matrimonial, á la cual se supone que los futuros esposos tuvieron voluntad de sujetarse. Esta primera razón es mala. La legitimación no depende de la voluntad de las partes, lo mismo que otro efecto cualquiera del matrimonio.

¿Se dirá que en el caso al debate, los futuros esposos se han sometido también á la ley francesa en lo que concierne á la indisolubilidad del matrimonio? Ciertamente que nó. Pues bien, tampoco depende de los futuros esposos querer ó no querer la legitimación. La ley y no la voluntad de ellos es la que la opera. Trátase de saber qué ley debe aplicarse, si la ley francesa ó la ley inglesa, y esta cuestión no se resuelve por la voluntad de las partes.

La corte de casación agrega, que la mujer siendo francesa, tenía derecho á la legitimación, y que los hijos nacidos

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *legitimación*. § II (t. IX, ps. 172 y siguientes). Sentencia de Orleans, de 17 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 154).

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

en Francia podían invocar este beneficio; que la buena fe de la madre quedaría burlada si el matrimonio no operase legitimación, que los derechos de los hijos quedarían vulnerados; que, por otra parte, los hijos podían también invocar la ley francesa, supuesto que llegados á la mayor edad tenían el derecho de reclamar la calidad de francés. Esta segunda razón no nos parece mejor que la primera. ¿La mujer francesa que se casa con un inglés puede prevalerse de la ley francesa, cuando el código dice que ella sigue la condición de su marido? En cuanto á los hijos ¿qué importa que á su mayor edad puedan reclamar la calidad de francés? ¿Resultará de esto que el matrimonio de sus padres esté regido por la ley francesa?

Por último, la corte de casación invoca el orden público. Aquí se presenta la duda de que acabamos de hablar. Comprenderíamos que colocándose en el terreno de la moralidad pública, se sostuviese que ese interés debe dominar la ley del estatuto. Pero no es así cómo procede la corte de casación; comienza ella por negar el estatuto personal al invocar una convención tácita y el derecho de la mujer así como el de los hijos; en seguida, dice que estas consideraciones de hecho y de derecho tienen tanta mayor fuerza y potencia, cuanto que la legitimación lo mismo que el matrimonio son de orden público. En efecto, el objeto de la legitimación es reparar una falta contra el orden social, en provecho del hijo natural que era su víctima inocente, y crear á este hijo una familia que antes no tenía (1). Contestaremos que el argumento prueba demasiado. ¿Acaso todo lo concerniente al matrimonio no es de orden público? ¿Habrá que aplicar en toda la ley francesa á los matrimonios que los extranjeros contraen en Francia? ¿Se tendrá

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



BIBLIOTECA DE NUEVOLEO