

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

que decidir que el matrimonio de dos ingleses contraído en Francia opera legitimación! Hasta este punto se llegará si se asienta como principio que la ley francesa debe aplicarse en razón de que el matrimonio y la legitimación son de orden público. Esto no es inadmisibile. El estatuto personal es la regla y la ley francesa no impera sobre este estatuto sino cuando se debate un interés social, tal como la moralidad pública en caso de poligamia. Pero ¿quién será el que se atreva á 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, ambas cristianas, se hallan divididas, admitiendo una de ellas legitimación por matrimonio subsecuente, y la otra repudiándola? ¿No es mejor inferir de esto que la moralidad no está á discusión? Esto es cierto en el sentido de que no habrá un hijo natural más ó menos, porque el legislador admita la legitimación ó la rechaze. Luego, en definitiva, se trata de una de esas instituciones acerca de las cuales difieren los sentimientos de pueblos diferentes. ¿No es esta una razón para aplicar el estatuto personal?

Nó, dijo la corte de Bourges, que, á recurso interpuesto, se adhirió al dictámen de la corte de casación (1). Esta invoca el interés de los franceses que contratan con extranjeros, y que quedarían burlados si se les aplicase la ley extranjera que por razón natural deben ignorar. Hé aquí otra vez una de esas razones que prueban demasiado, si se la aceptase, ya no habria estatuto personal. La corte de Bourges confiesa que las opiniones pueden diferir acerca del carácter más ó menos moral de la legitimación; pero ¿basta con que el legislador francés lo haya admitido con miras de buena policía y en provecho de las costumbres para que sea

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

de orden público? Nó, esto no basta. Si nó, se sacrificará siempre el estatuto personal á la ley francesa, porque el estatuto concierne al estado de las personas, y ¿no está siempre regido este estado en bien de una buena policía y de las buenas costumbres? Luego no habia ya estado personal. Esto prueba que en esta 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. Así como hemos dicho al exponer los principios de los estatutos, que no es el orden público lo que domina al estatuto personal, sino el interés social (1). Y ¿qué interés tiene la sociedad en que el matrimonio contraído por un inglés en Francia legitime á sus hijos?

§ II. DE LAS CONDICIONES DE LA LEGITIMACION.

Núm. 1. Del reconocimiento.

170. Para que el matrimonio opere legitimación, se necesita, por los términos del art. 331, que los hijos hayan sido legalmente reconocidos antes del matrimonio, ó que lo sean en el acto mismo de la celebración. Esta disposición del código civil deroga el antiguo derecho. Según la legislación canónica, la legitimación era una consecuencia necesaria del matrimonio, y no exigiése previo reconocimiento. Esto se debía, en parte al ménos, á los principios que normaban la filiación natural. El hijo podía investigar tanto á su padre como á su madre; así, pues, era para él un derecho absoluto establecer su filiación, el matrimonio debía tener por efecto legitimarlo. Nuestro código no admite ya este derecho absoluto del hijo; prohíbe la investigación de la paternidad, y la de la maternidad no la permite sino con ciertas condiciones muy severas. Como el matrimonio no

1 Véase el tomo 1º de mis *Principios*, p. 124, núm. 85.

puede legitimar á los hijos naturales sino cuando está comprobada su filiación, la ley debía exigir el reconocimiento del padre y de la madre, supuesto que es el único medio legal de comprobar la filiación paterna. Quedaba por decir si el reconocimiento hecho después de la celebración del matrimonio operaba legitimación. El código exige que el hijo natural sea reconocido antes del matrimonio ó en el acto de su celebración. Ha temido que el reconocimiento hecho después del matrimonio no fuese la expresión de la verdad: los cónyuges podrían entenderse para reconocer y legitimar á un hijo que á los dos fuese extraño, ó por lo menos, á uno de ellos; y no debe depender del concierto fraudulento de los esposos crear vínculos de filiación que la naturaleza sola puede establecer (1). Esto equivaldría, dijo el primer cónsul, á hacer hijo por mútuo consentimiento (2).

171. ¿Cómo debe comprobarse la filiación de los hijos? El art. 331 dice que padre y madre deben *reconocerlos legalmente*. Esto supone un reconocimiento voluntario. ¿Quiéne esto decir que si la filiación estuviese establecida por medio de una investigación, no quedaría legitimado el hijo por el matrimonio subsecuente de sus progenitores? Ciertamente que nó, Lo que la ley ha querido, es que el estado de los hijos fuese legalmente comprobado antes del matrimonio; la manera de comprobación es diferente, porque nó hay razón ninguna para hacer una diferencia entre el reconocimiento voluntario y el forzado en lo concerniente á la legitimación. En cuanto al texto, prevee, como ordinariamente lo hace el legislador, el caso que comunmen-

1 Portalis; Discurso preliminar, núms. 64, 65 (Loché, t. 1º p. 173). Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 28 (Loché, t. 3º página 91).

2 Sesión del consejo de Estado, de 24 brumario, año X, núm. 4 (Loché, t. 3º, p. 46).

te se presenta, y es el reconocimiento voluntario; ni siquiera podía suponer un reconocimiento forzado, supuesto que los padres de un hijo natural que se casa, lejos de renegar del hijo al que han dado el ser, lo más á menudo se casan para procurarle la legitimación. Esto es indudable.

No obstante, el principio es riguroso. ¿Cuántas madres hay que ignoran lo que es un reconocimiento; que creen que basta con que el hijo esté inscrito con nombres de sus padres en el acta de nacimiento, y que se casan sin pensar en reconocer al hijo en el acta de celebración? Hemos dicho que el rigor de la ley ha llevado á los tribunales á aceptar reconocimientos extralegales. Si la posesión de estado es una prueba de la *filiación natural*, no se necesita decir que el hijo podrá invocarla si sus padres se casan, supuesto que su filiación, como se supone, estar legalmente comprobada, siendo la posesión, como Demolombe lo sostiene, el más seguro de los reconocimientos. Pero los que rechazan esta doctrina tampoco pueden admitir la posesión como cumpliendo la condición prescrita por el art. 331 (1).

La jurisprudencia admite generalmente que cuando el padre, al reconocer al hijo, ha inducido á la madre, una confesión cualquiera de ésta, y notablemente la posesión de estado, es suficiente para que haya reconocimiento á su respecto. En esta doctrina, naturalmente hay que decidir que hay reconocimiento de los padres y, por consiguiente, legitimación. Hemos combatido la interpretación que se da al art. 336; en consecuencia, rechazamos la consecuencia que de él se deduce.

172. ¿Hay legitimación si el hijo investiga durante el matrimonio su paternidad y su maternidad? ¿ó si reconocido antes del matrimonio por su padre, investiga después

1 Juzgada así por sentencia de la corte de Douai, de 15 de Mayo de 1816 (Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 466, 1º)

á su madre? La cuestión es controvertida. Si se pudiera decidirla, haciendo abstracción del texto y de las discusiones, lo resolveríamos en favor del hijo. La filiación y los efectos inherentes son para él un derecho, y hay que favorecer éste en vez de ponerle obstáculos, cuando conduce á legitimar al hijo. ¿Cuántos padres ignoran lo que es un reconocimiento? Si han descuidado hacerlo antes de casarse, ¿por qué no permitir al hijo que establezca su filiación por vía judicial? El texto contesta á estos motivos; y evidentemente está escrito en un sentido restrictivo: «Se legitimarán los hijos por el matrimonio subsecuente de sus padres, dice el art. 331, cuando éstos lo hayan legalmente reconocido antes de su matrimonio, ó cuando los reconozcan en el acto mismo de la celebración» Estas últimas palabras indican la voluntad del legislador; que quiere que el reconocimiento se haga, á más tardar, en el momento en que se celebra el matrimonio, y por reconocimiento entiendo la comprobación de la filiación, es decir, el reconocimiento voluntario ó la investigación, se invoca el espíritu de la ley. Podríamos conformarnos con responder que no es posible prevalerse del espíritu de la ley contra la voluntad claramente manifestada del legislador, porque, después de todo, ¿qué cosa es el espíritu de la ley si no su voluntad? ¿Pero es bien cierto que los motivos que han inducido á los autores del código civil á exigir el reconocimiento anterior al matrimonio no se aplican á la investigación que el hijo hace de su filiación durante el matrimonio? Ya no hay motivo para temer, se dice, que los esposos creen á un hijo por consentimiento mutuo, como lo decía Napoleón en su enérgico lenguaje. A la verdad, la filiación del hijo ya no depende de la voluntad de aquellos, sino de la decisión de los tribunales. No obstante, nada será más fácil á los cónyuges como eludir la ley por colusión con el hijo, oponién-

dole una defensa simulada, y por lo mismo ineficaz. Debe agregarse, y esto es decisivo, que se previó la dificultad en la discusión en el consejo de Estado y que se la resolvió en contra del hijo. Tronchet dice que el reconocimiento debía hacerse antes del matrimonio, á fin de que las familias no se quedasen en la incertidumbre. En este sentido es como él quería que el estado del hijo *se fijase antes del matrimonio*. En el sistema opuesto, agregó Regnier, «un individuo podría, treinta años después del matrimonio, presentarse á reclamar la calidad de hijo y cambiar el estado de la familia» (1). La opinión que estamos sosteniendo es la que generalmente se adopta (1).

Núm. 2. ¿Cuáles son los hijos que pueden ser reconocidos?

173. Por los términos del art. 332, «la legitimación puede tener lugar á favor de los hijos fallecidos que han dejado descendientes; y, en este caso, dicha legitimación aprovecha á los descendientes.» Pregunta un autor cómo es posible que el matrimonio á los descendientes del hijo natural predeceido, cuando ellos ya son legítimos (3). La ley no dice lo que Demolombe le hace decir: ella no puede ser más clara. El hijo fallecido es el que se legitima. Naturalmente que él no aprovechará esta legitimación póstuma, pero sus descendientes la aprovecharán, por más que ya sean legítimos. Antes de la legitimación, ellos no tenían otra familia que la del padre y madre, porque siendo éstos hi-

1 Sesión del consejo de Estado, del 24 brumario, año X, núm. 4, Loaré, t. 3º, ps. 43 y 46.

2 Esta opinión se halla muy bien establecida por Ducarroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. 1º, p. 337, núm. 478. Véase, en sentido contrario, Duranton, t. III, p. 175, núm. 180, y Demante, *curso analítico*, t. II, ps. 107 y siguientes, núm. 57, bis.

3 Demolombe, *curso de código Napoleon*, t. 5º, p. 333, núm. 356.
P. de D. TOMO IV.—37

jos naturales, no tenían, por lo mismo, familia; ni siquiera hay vínculo civil de parentesco entre los descendientes legítimos y su abuelo natural; mientras que por el beneficio de la legitimación acordada al padre y á la madre, ellos adquieren una familia legítima y todos los derechos á ella ligados.

Estámos diciendo que los descendientes debén ser legítimos para que el art. 332 sea aplicable; si fuesen naturales, la legitimación de su padre fallecido no podría aprovecharles, supuesto que no son ellos los legitimados; seguirían, pues, siendo hijos naturales, á pesar de la legitimación de su padre; es decir, que la legitimación para nada les serviría.

174. El art. 320 establece que los hijos «nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino» no podían ser legítimos por el subsecuente matrimonio de sus padres. Tales hijos no pueden ser reconocidos (art. 335); por lo mismo, es imposible que sean legitimados, supuesto que el reconocimiento legal, anterior al matrimonio, es la condición de la legitimación. La ley dice: nacidos de un *comercio* incestuoso ó adulterino; y el art. 335 está redactado en los mismos términos. De aquí resulta una consecuencia importante para saber si un hijo natural puede ser legitimado, hay que ver si fué concebido adulterino ó incestuoso, es decir, si cuando fué concebido, existía un impedimento dirimente para el matrimonio de sus padres, resultante de un matrimonio, del parentesco ó de la alianza. Así, pues, la época de la concepción es lo que se tiene que considerar y no la del nacimiento, para decidir si el hijo puede legitimarse. Este principio está en armonía con la ficción en la cual se funda la legitimación: el legislador supone que desde el momento en que padre y madre se ligan en un comercio ilegítimo, tienen la intención de casarse; ahora

bien, si hay un impedimento que nazca del matrimonio de uno de los padres ó de su parentesco, el matrimonio es imposible, y, en consecuencia, la legitimación.

Un hombre casado vive en concubinato; muere la esposa; en los seis meses que siguen á la disolución del matrimonio, su concubina pare; él la toma como esposa. ¿El hijo será legitimado? Nó, porque nació de un *comercio adulterino*, supuesto que, en la época de la concepción, su padre estaba casado con otra mujer. Pero si un hombre se casara en el momento en que vive en concubinato con otra mujer, y que en menos de seis meses después de su matrimonio su concubina resultase madre ¿podría él legitimarlo casándose con ella después de la disolución del primer matrimonio? Ciertamente que sí, porque el hijo no fué concebido adulterino, supuesto que cuando tuvo lugar su concepción, el padre era libre (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). Según el rigor de los principios, habría que decidir que las presunciones legales jamás pueden extenderse, aun cuando sea por un motivo de analogía. En vano se dirá que hay identidad de razón, puesto que la legitimación conduce á la legitimidad. Nosotros contestamos que no es un hijo legítimo el que invoca estas presunciones, sino un hijo natural; ahora bien, estas no se han escrito sino para los hijos naturales. Esto es decisivo para el intérprete; las demás consideraciones son á cuenta del legislador (3).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legitimación*, sección II, pfo. 2º, núm. 7. Esta es la opinión unánime (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 453).

2 Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. 5º, p. 325, num. 351.

3 Hay una sentencia en este sentido de la corte de Dijón, de 29 de Agosto de 1818 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 719).