

175. El hijo concebido incestuoso ¿será legitimado, si sus padres se casan con dispensa? Nosotros suponemos que el hijo nace antes de la celebración del matrimonio. Si nace durante el matrimonio, se le considerará como legítimo, por el hecho solo de que no se le habrá desconocido. La cuestión es controvertida, la hemos tratado en nuestro tomo III (núm. 382), al cual remitimos al lector. Si el hijo nace antes del matrimonio de sus padres, no será legitimado. Esta cuestión es también muy controvertida.

Hay motivo para sorprenderse, porque dos veces ha sido resuelta por el texto de la ley. ¿Cuál es la condición esencial sin la que no hay legitimación? El reconocimiento del hijo anterior al matrimonio, y según el art. 335, el reconocimiento no puede verificarse en provecho de hijos nacidos de un comercio incestuoso. Ahora bien, ¿hay comercio incestuoso cuando un tío y su sobrina, cuando un cuñado y su cuñada viven en concubinato? Sí, porque el incesto existe cuando hay ayuntamiento de dos personas entre las cuales existe un impedimento directo de matrimonio, que nazca del parentesco ó de la alianza. Acabamos de ver un texto. Hé aquí otro: «Los hijos nacidos fuera del matrimonio, *distintos de los que nacen de un comercio incestuoso ó adulterino*, podrán ser legitimados por el matrimonio subsecuente de sus padres» (art. 331). La legitimación supone, además del reconocimiento, el matrimonio. Para que pueda haber cuestión de legitimación, precisa, pues, que el matrimonio sea posible. Ahora bien, el matrimonio no es posible, en caso de incesto, sino cuando el impedimento nacido del parentesco ó de la alianza puede levantarse por una dispensa, es decir, cuando en el caso ha habido comercio incestuoso entre el tío y la sobrina, entre el cuñado y la cuñada. En los demás casos de parentesco y de alianza, no puede haber dispensa, luego tampoco ma-

trimonio, y tampoco legitimación. Esto equivale á decir que el art. 331 no puede recibir aplicación sino en el caso en que un hijo ha nacido del comercio del tío con la sobrina, del cuñado con la cuñada, y que el matrimonio tiene lugar con dispensa. Si se resuelve que tal matrimonio legitima á los hijos, aunque concebidos incestuosos, se hace que el legislador diga una necedad ó se borra la palabra *incestuoso* del art. 331. En efecto, la ley diría: el matrimonio que un padre contrae con su hija no legitima á los hijos que hayan tenido antes de casarse. ¡Vamos! ¿y cómo se quiere que semejante matrimonio legitime, cuando la ley lo prohíbe y lo anula? No queda, pues, otra cosa que borrar la palabra *incestuoso* de la ley. ¿Acaso hay duda alguna acerca del texto? Escuchemos á aquellos mismos que profesan la opinión contraria. «El sentido que acabamos de dar á la ley, dice Durantou, no *resulta sino con demasiada evidencia* del art. 331 (1). Cándida es la confesión, pero nada deja que desear. Pont conviene también en que si se admite que los hijos nacidos del comercio del tío y de la sobrina, del cuñado y de la cuñada, se legitimen por el matrimonio subsecuente, la palabra *incestuoso* quedaría sin objeto, lo que bien quiere decir que se la borre. Pero ¿qué importa? exclama él. ¿Puede ser la ley tan perfecta que ninguna de sus expresiones sea inútil? (2). Esta singular explicación habla más en favor de nuestra opinión que cuanto pudieramos decir.

Está, pues, aceptado; es, pues, cierto que el texto es tan claro como la luz del día. Por esto es que la mayor parte de los autores se han pronunciado sin vacilar contra la legiti-

1 Durantou, *Curso de derecho francés*, t. 3º, p. 171, núm. 177.

2 Pont, *Disertación sobre la legitimación de los hijos incestuosos por matrimonio subsecuente* (*Revista de las revistas de derecho*, t. 1º, p. 209).

mación (1); pero tenemos en nuestra contra la jurisprudencia reciente y constante de la corte de casación (2); necesitamos, pues, insistir. Nosotros lamentamos esa jurisprudencia. La corte de casación se instituyó para matener la autoridad de la ley. ¡Cuántas veces ha resuelto ella que no se podía invocar ninguna consideración contra un texto claro y formal! ¡Cuántas veces ha dicho que los tribunales no debían hacer la crítica de la ley, que su deber era aplicarla! ¡Y hé aquí que ella se pone ahora por encima del texto de la ley! ¡ella misma le pierde el respeto á la ley! Y ¿por qué se desvía de las máximas tan cuerdas que ella misma ha consagrado mil veces? ¿Acaso por razones de derecho que se escaparían á los autores? Nó, ha sido porque hay acerca del lado moral de la cuestión una opinión contraria á la que dictó el art. 1331. ¡Esto equivale á decir que la corte de casación, en vez de interpretar la ley, la hace de nuevo! Nos sería muy fácil justificar nuestra acusación, porque no es más que una sola.

176. ¿Qué interpretación da la corte de casación al texto? El art. 331, dice ella, se aplica á las personas entre las cuales el matrimonio está absolutamente vedado, ó que han conseguido del gobierno dispensa para contraerlo, luego se aplica á matrimonios legalmente imposibles, luego á una insensatez, así como lo acabamos de probar. ¿Que es lo que autoriza á la corte para poner esta insensatez en la ley? La ley es general y no distingue; ¿puede el intérprete introducir en los textos una distinción que sus términos repugnan? ¿No ha repetido mil veces la corte suprema el an-

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *paternidad* núm. 460.

2 Véanse tres sentencias de la corte de casación, expedidas por las conclusiones del procurador general Delangle, el 22 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 1.º 9 y siguientes. Las sentencias dadas en pró y en contra están citadas en una excelente disertación de Bendant, inserta como nota, p. 50).

tiguo adagio que prohíbe al intérprete distinguir en donde la ley no distingue? Y no obstante, hé aquí que hace distinciones para interpretar el art. 331: «Los vínculos más ó menos estrechos, dice ella, que la naturaleza ó la ley establece entre dos personas, pueden tener por efecto ó hacer absolutamente imposible su matrimonio, ó nó permitirle sino con ciertas condiciones» (con dispensa). No hay vestigio de esta distinción en el art. 331. Para introducirla, la corte se remonta al antiguo derecho, pretende que cuando se concedían dispensas por causa de parentesco, borraban el impedimento en el pasado como en el porvenir; que los parientes en grado prohibido se consideraban como habiendo sido siempre libres, y que, en consecuencia, sus hijos podrían ser legitimados por el matrimonio subsecuente. La corte concluye diciendo que la nueva ley no es, á este respecto, más severa que la antigua. ¡Para hipótesis informada en otra hipótesis! Suponiendo que el derecho antiguo fuese tal como lo afirma la corte ¿en donde está la prueba de que el código Napoleón mantiene la distinción? ¡Cómo! los autores del código, como 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. Ellos reproducen la regla y nada dicen de las excepciones. Y se quiere que ellos hayan consagrado tales excepciones. ¿Acaso las excepciones se sub entienden? Inútil es insistir, porque el derecho antiguo que la corte invoca no es lo mismo más que una hipótesis. Cuando se acude á las fuentes, maravilla que la corte haya afirmado con tanta certidumbre en que en realidad no existe. Pero aquí el error, porque lo hay. se comprende; porque el antiguo derecho no tenía la precisión de nuestros códigos, y brillaba más por la vaguedad y la incertidumbre; de modo que en el se encuentra poco mas ó menos todo lo que se apete

ce. Vamos a trazar suscintamente las vicisitudes del antiguo derecho, siquiera sea para probar que los estudios históricos tienen su utilidad, y, sin embargo, casi han desaparecido de nuestra enseñanza!

177. Hacemos á un lado el derecho romano, porque es extraño al debate. El derecho canónico no admitía la legitimación de los hijos incestuosos ó adulterinos; importa recordar el motivo. Justificabase la legitimación invocando la presunción de que los hijos habían sido concebidos en la fe de un matrimonio que padre y madre se proponían contraer desde luego cuando el matrimonio se celebraba, fingiase que lo había sido en la época de la concepción, de modo que el sacramento legitimaba hasta el pasado. Pero la presión no era posible cuando padre ó madre no podían casarse en aquel momento, sea á causa del vínculo del parentesis, sea á decausa un matrimonio anterior. De aquí la regla de que el matrimonio no legitima á los hijos incestuosos y adulterinos (1).

¿Había excepción para esta regla en caso de dispensa? En principio, nó. ¿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 tiene efecto para el porvenir, y deja subsistir los efectos que se han producido. De aquí el principio de que la dispensa es atributiva y no declarativa de derechos (2). Luego, si el hijo fué concebido incestuoso antes de la dispensa, continúa incestuoso á pesar de ésta, luego no puede ser legitimado.

Tal era el rigor del derecho. Se admitía una excepción; había dispensas que tenían retroacción, y que por consi-

1 Ruffenstual, *Jus canonum*, lib. 4º tit. XVII, pfo. II, núm. 36 (t. III, p. 126).

2 Carrieré *De matrimonio*, t. 2º, ps. 367, 545.

guiente borraban el vicio del incesto ó del adulterio hasta en su raíz; de ahí la expresión de dispensas *in radice*. Borrado el vicio, la legitimación era posible. Pero importa hacer notar que la dispensa *in radice* no se otorgaba sino cuando el matrimonio se había celebrado, y la Iglesia no lo otorgaba sino por las más graves causas. Su dispensa daba validez al matrimonio y hacía que produjese todos sus efectos (1).

Así es que la dispensa propiamente dicha, la que precedía al matrimonio, no tenía por sí misma el efecto de borrar el vicio de incesto y de legitimar á los hijos. Para esto se necesitaba un breve del Papa, otorgado en virtud de la potestad de las llaves, *ex potestate clavium*. Sábese que, según la doctrina ultramontana, el Papa lo puede todo; así es que podía también legitimar en todos los casos y sin ninguna condición. Pero el poder absoluto del Papa jamás se ha admitido en Francia. Había, pues, un matrimonio contraído con dispensa, y como la dispensa por sí misma no borraba el vicio de incesto, habría debido inferirse que aun cuando había dispensa, el hijo continuaba siendo incestuoso y no era legitimado por el matrimonio subsecuente.

El antiguo derecho no tenía ese rigor. Admitía la ficción del derecho canónico, de que el matrimonio se reputaba celebrado en la época de la concepción de los hijos, y de que por consiguiente los hijos concebidos incestuosos no podían ser legitimados; la ficción, dice Bourjon, no pudiendo ir más allá de la verdad (2).

Este principio se aplicó siempre á los hijos adulterinos. No fué lo mismo respecto á los incestuosos. La Iglesia ha-

1 Carrieré, *De matrimonio*, t. 2º, p. 547. Idem, *Disertación sobre la rehabilitación de los matrimonios nulos y las dispensas in radice*.

2 Bourjon, *Derecho común de la Francia*, lib. 1º, tít. 3º, cap. 4º, sec. 2ª, núm. 21 (t. 1º, p. 24).

bía extendido desmesuradamente los impedimentos resultantes del parentesco; aun después del concilio de Trento que los redujo, todavía llegaban hasta el grado octavo. Esto era un abuso, y se sabe que los parlamentos jamás dejaban de reprimir los excesos del poder eclesiástico. No tomaron en cuenta los impedimentos que las gentes de Iglesia habían imaginado con un interés de dominación ó de fiscalización; sólo mantuvieron los que se fundaban en la ley natural. Seguía de aquí que los matrimonios contraídos con dispensa, en el primer caso legitimaban, no á causa de dispensa, sino porque no había incesto; mientras que los hijos oriundos de un verdadero incesto jamás podrían legitimarse.

Quedaba por aplicar este principio. La aplicación fué siempre vaga é indecisa. No había texto y los parlamentos eran omnipotentes. Pothier dice que el matrimonio legitima á los hijos en los casos en que, según la costumbre, la dispensa es fácil de conseguirse, porque únicamente entónces era admisible: padre y madre eran capaces de contraer matrimonio en el momento de la concepción, en el sentido de que estaban seguros de poder casarse con dispensa. En cuanto á los parlamentos, juzgaban según las circunstancias de la causa: ora admitían los breves de legitimación, ora los declaraban abusivos: así es que el parlamento de París admite la legitimación de hijos nacidos de primos hermanos, y la rechazó para los hijos nacidos de cuñado y cuñada (1).

Ya se ve si es cierto decir, con la corte de casación, que en el antiguo derecho, las dispensas otorgadas por causa de parentesco borraban el impedimento en el pasado como en el porvenir.

178. Nada diremos de los trabajos preparatorios, supuesto

1 Código matrimonial, t. I, p. 429; t. 2º p. 687.

que la corte no los invoca (1). Hacemos constar únicamente que en los discursos y los informes oficiales, no se dice una sola palabra que justifique la distinción que la corte de casación hace entre los hijos incestuosos y los adulterinos. Se lee en el informe de Lahary al Tribunado: «Al distinguir entre los frutos inocentes de la debilidad y no vergonzosos del crimen, la ley asegura á los primeros la preciosa ventaja de la legitimación por matrimonio subsecuente de sus padres, y marca á los últimos, provenientes del adulterio y del incesto, con el *sello indeleble* de la vergüenza y de la reprobación.» Bigot-Prémeneu se expresa del mismo modo: «Si el interés de las costumbres ha hecho que se admita la legitimación por matrimonio subsecuente, este mismo interés se opone á que aquél se verifique si los hijos no han nacido de padres libres. Los frutos del adulterio y del incesto no podrían ser después asimilados á los de un himeneo legítimo (2).»

La corte de casación objeta que la distinción resulta de la misma naturaleza de las cosas. La ley admite las dispensas, en caso de incesto, para el tío y la sobrina, para el cuñado y la cuñada. Aquí la corte entra en condiciones morales que parece determinaron su decisión. Cuando se han acordado las dispensas, dice ella, no se puede admitir que el legislador haya querido rehabilitar á los autores de la falta, y que haya dejado subsistir la mancha que de ella ha resultado para los que le deben la existencia: esto equivaldría á introducir, en la familia, que el legislador permite crear causas incesantes de división, asegurando los honores y las ventajas de la legitimidad á los hijos nacidos después del matrimonio, y dejando á los que nacieron anterior-

1 Véase, acerca de estos trabajos preparatorios, la Disertación de Bendant, Dalloz, 1867, 1. 8.

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 28, Loaré, t. 3º, p. 91. Lahary, Informe, núm. 29, Loaré, t. 3º, p. 113.