

se reputa como legítimo, supuesto que viniendo por tierra el desconocimiento del padre el hijo puede invocar la presunción de legitimidad que la ley establece en su favor. (1)

§ II. — DEL ESTADO DEL HIJO NO DESCONOCIDO.

385. Si el hijo no es desconocido se reputa legítimo. Decimos que como tal se reputa porque esto evidentemente no es más que una ficción. Conforme al rigor de los principios la concepción determina el estado del hijo; luego el hijo concebido antes del matrimonio es ilegítimo; por la razón de que nace durante el matrimonio es por lo que la ley lo considera legítimo; así es que debe su legitimidad á una ficción que la ley establece por favorecer el matrimonio. La mayor parte de los autores van más lejos y dicen que lo que nosotros llamamos ficción no es, en realidad, más que una legitimación operada por la ley. En efecto, dicen ellos, este hijo concebido ilegítimo permanece ilegítimo hasta el matrimonio si es legítimo porque nace después del matrimonio esto prueba que ha sido legitimado por el matrimonio de sus padres. De esta doctrina de la legitimación nacen consecuencias gravísimas. Conforme á los términos del art. 331 los hijos que provienen de un comercio adulterino é incestuoso no pueden ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres; este principio debe aplicarse á la legitimación tácita del art. 314. Luego si cuando tuvo lugar la concepción el hijo era adulterino ó incestuoso no se legitima por el matrimonio de sus padres sino que seguirá siendo adulterino é incestuoso. Síguese de aquí que aun cuando el marido no lo desconociese podrá ser repelido por la familia á instancia de cualquiera parte

1 Esta es la opinión de todos los autores (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 79).

interesada. No puede decirse que por no haberlo desconocido el padre haya vuéltose legítimo porque no podría serlo sino en virtud de una legitimación y la ley prohíbe que se legitime. (1)

Nosotros creemos que esta doctrina de la legitimación tácita es una de aquellas que los autores tratan á veces, y aun con mucha frecuencia, de poner en lugar de los principios consagrados por la ley. No vacilamos en decir con Demolombe que dicha doctrina es contraria al texto y al espíritu del Código. Es cierto que el art. 331, que define la legitimación, es extraño á nuestra hipótesis. Este artículo supone un hijo nacido *fuera de matrimonio*, mientras que en el art. 314 se trata de un hijo *nacido en el matrimonio*. Luego si hubiese legitimación sería una legitimación de nuevo género; ahora bien, la legitimación es una ficción; la ficción supone un texto ¿y dónde está el que dice que el hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio es legítimo? La legitimación es un beneficio que aprovecha al hijo nacido fuera del matrimonio; en el caso que estamos tratando el hijo ha sido solamente concebido, y nos apoderamos de su concepción para rehusarle ese beneficio cuando ha sido concebido por un comercio adulterino ó incestuoso. Hé aquí una nueva derogación de un principio elemental. El hijo concebido no es todavía una persona, por una ficción se le reputa nacido cuando se trata de su interés; en la doctrina que combatimos se torna contra él la ficción: se le tiene por nacido para mancillarlo y para impedir por siempre su legitimidad. Esto es, repi

1 Esta es la opinión de Durantón, de Valette, de Demante y de Marcadé, quien la sostiene vivamente contra Demolombe. Valette ha retirado su opinión y se ha afiliado á la de Demolombe (*Explicación Sumaria del Libro 1º del Código Civil*, p. 156). Zachariæ admite el principio de la legitimación, pero sólo lo aplica al hijo adulterino y no al incestuoso (t. III, ps. 624-627, edición de Aubry y Rau). Véase Daloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 80-83.

támoslo, una ficción que se imagina cuando ninguna ficción puede existir sino en virtud de la ley.

Hagamos á un lado los principios que rigen la legitimación y veamos lo que la ley dice en el título que es el verdadero asiento del debate. El capítulo 1.º se intitula: "De la filiación de los hijos *legítimos* ó nacidos *durante el matrimonio*." Este título es ya una revelación del pensamiento de la ley que considera como legítimos no solamente á los hijos concebidos durante el matrimonio sino también á los hijos que durante él han nacido. ¿Cuándo es legítimo el hijo nacido en el matrimonio? Basta para ello el silencio del marido. Si no desconoce al hijo éste es legítimo. Así, pues, es legítimo hasta que sea desconocido; se necesita, pues, una acción de desconocimiento para despojarlo de la legitimidad porque está en posesión de ella. Esta acción de desconocimiento está regida por los mismos principios, sea que el hijo haya sido concebido ó haya nacido durante el matrimonio: ¿no equivale esto á decir que la condición de uno y otro es la misma; es decir, que uno y otro son legítimos? En vano se dice que el que fué concebido fuera de matrimonio por comercio adulterino no puede tornarse legítimos. Nuestra respuesta está en el texto y es perentoria: la ley lo reputa legítimo, y esto basta. ¿No pasa lo mismo con el hijo concebido durante el matrimonio por comercio adulterino y cuyo hijo no es desconocido por el marido? Es cierto que nadie puede poner en duda la legitimidad de este niño por más que sea adulterino. Si la presunción de la ley lo protege ¿por qué no había de proteger al hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio? La ley no abre más que una sola acción contra uno y otro: la acción de desconocimiento. ¿Con qué derecho dan los intérpretes una acción en contra de la legitimidad contra el hijo adulterino nacido durante

el matrimonio, siendo así que no la dan contra el hijo adulterino concebido en el matrimonio? Esto equivale á hacer la ley, esto no es interpretarla.

La discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado confirma plenamente lo que los textos dicen. ¿Qué es lo que da la legitimidad, la concepción durante el matrimonio ó el nacimiento en el matrimonio? Tal es la cuestión. Escuchemos la respuesta de Portalis: "El carácter de la *legitimidad* es propio del hijo que nace durante el matrimonio: sea que este hijo haya sido concebido antes ó después; la ley debe, pues, imprimirle desde luego tal carácter." Habiendo hecho notar Regnier que era justo hacer, respecto al desconocimiento, una diferencia entre el hijo *nacido* y el hijo *concebido* durante el matrimonio Portalis replicó: "No debe comenzarse por manchar como ilegítimo al hijo nacido después del matrimonio. Sin embargo, esto sería lo que sucedería deteniéndose en el hecho de la concepción, porque siendo entonces la proposición que el hijo concebido durante el matrimonio es legítimo la proposición contradictoria sería que el hijo concebido antes del matrimonio no es legítimo." Regnier no debatió este principio, pero tanto él como Emmercy sostuvieron que precisaba establecer una diferencia, en cuanto á las condiciones del desconocimiento, entre el hijo que tiene á su favor la presunción de fidelidad de la madre y el hijo concebido en una época en que la mujer era libre. Regnaud terminó la discusión diciendo: "El nacimiento del niño y no su concepción es lo que le da el título." "El niño concebido antes del matrimonio y nacido después es legítimo si el padre no reclama." (1) La redacción definitiva del Código Civil da derecho á estas diversas observaciones; ella establece el

1 Sesión del Consejo de Estado de 14 Brumario, año X, núm. 71 (Loché, t. III, p. 25).

principio, que nadie ponía en duda, que el hijo concebido antes del matrimonio es legítimo, pero da al marido el derecho absoluto de desconocerlo. Hé aquí, pues, en dos palabras, la teoría del Código; el hijo es legítimo cuando ha sido concebido ó ha nacido dentro del matrimonio.

Se hacen algunas objeciones contra esta opinión. Marcadé clama contra la inmoralidad. ¡Un hijo adulterino será legítimo por más que su ilegitimidad, fruto del adulterio, sea evidente! Podríamos contentarnos con responder que el reproche debe dirigirse al legislador. El intérprete no tiene que preocuparse de las consecuencias que resultan de una doctrina, sólo tiene que ver una cosa, y es que la ley la consagre. Pero, podrá decirse, no puede admitirse fácilmente que la ley consagre la inmoralidad. Ciertamente que nó; pero falta saber si es realmente cierto que la opinión sostenida en el Consejo de Estado y formulada en nuestros textos sea inmoral. Hemos dicho cuál es el espíritu de la ley en cuestiones de filiación; hemos citado las palabras del Primer Cónsul. El legislador quiere mantener la legitimidad contra todos los ataques, aun á riesgo de fundarla en una ficción, ficción que la realidad viene á desmentir. Un hijo es concebido durante el matrimonio, cuando el marido está en América ó en Australia. El volve; el adulterio, la ilegitimidad del hijo son palpables; no obstante, si el marido guarda silencio este hijo será legítimo y nadie podrá atacar su estado. ¿Es esto inmoralidad? Los autores del Código Napoleón han imaginado que era cosa moral dar la legitimidad á los hijos y prevenir litigios escandalosos que revelarían un crimen, el adulterio, ó una acción vergonzosa, el incesto.

Hay otra objeción que es más especiosa. Se abre una sucesión antes del matrimonio en una época en que el hijo había sido concebido. ¿Será llamado á ella? Nó, por opi-

nión de todos. Este asentimiento universal nos condena, dice Marcadé, porque equivale á aseverar que el hijo no es legítimo; luego si lo viene á ser queda legitimado; pero como la legitimación no puede retrotraer hasta el día de la concepción el hijo no puede heredar. (1) Y bien, ¿quién ha negado alguna vez que el hijo concebido antes del matrimonio fuese concebido ilegítimo? No tenemos deseo de negar la luz del día. El hijo es concebido ilegítimo y se vuelve legítimo. ¿Y esto en virtud de la legitimación? Hé ahí la cuestión. Nosotros decimos que es por una ficción de la ley que reputa legítimo al hijo. Pero toda ficción está circunscripta dentro de los límites legales. La ley lo establece así para asegurar la legitimidad del hijo; no puede pensar en declararlo legítimo en el momento de su concepción, semejante ficción sería absurda y sería, además, inútil conforme al espíritu de la ley.

La jurisprudencia más reciente se pronuncia en favor de la opinión que acabamos de sostener.

*SECCION III.—Del hijo concebido después del matrimonio.*

386. El art. 315 establece que la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de disuelto el matrimonio podrá ponerse en duda. Resulta del texto, como del espíritu de la ley, que este hijo no es ilegítimo de pleno derecho, sin debate y sin juicio. El Tribunado había propuesto que se declarase que «la ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos un día después de la disolución del matrimonio.» (2) Es cierto que, según la presunción que el Código

1 Sentencia de Grenoble de 19 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 2, 128). Juicio del Tribunal de Bar-le-Duc de 28 de Febrero de 1862 (Daloz, 1862, 3, 57).

2 Observaciones de la Sesión de Legislación del Tribunado, número 8 (Loeré, t. III, p. 77).