

CAPITULO II.

DE LA FILIACION PATERNAL



SECCION I.—Del hijo concebido durante el matrimonio

363. «El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido» (art. 312). Puede combatirse esta presunción por la denegación del marido de la madre. La presunción supone la cohabitación de los cónyuges, por lo que debe ceder ante la prueba de que los cónyuges no han cohabitado, en razón de una imposibilidad física ó moral. Para no dejar nada á lo arbitrario, la ley define de una manera precisa la imposibilidad física y la imposibilidad moral. El objeto que la ley persigue prueba que ella es limitativa; así es que debe interpretarse de una manera restrictiva. Este principio de interpretación resulta, además, de la naturaleza excepcional de la denegación. Cuando el hijo ha sido concebido durante el matrimonio, tiene á su favor la mayor de las presunciones; en general, no puede ser desconocido. Los casos en que puede serlo son excepciones raras, y por tal título, de rigurosa interpretación.

Por último, el favor que la ley dispensa á la legitimidad, nos lleva á la misma consecuencia. El legislador favorece la legitimidad, por cuyo mismo motivo no debe ser favorable á la acción de desconocimiento. Aquí puede, pues, aplicarse el viejo adagio, *odiosa restringenda*. Abúsase de esta máxima, y no querríamos establecerla como regla. Es hacer una injuria al legislador calificar de *odiosas* sus disposiciones; debe siempre suponerse que tiene buenas razones para justificar su rigor. En el caso de que se trata, el derecho del marido merece, en principio, tanto favor como el del hijo. Resta saber cuál debe superar cuando ambos están en conflicto. Y bien, nosotros hemos probado que el legislador quiere ante todo asegurar el estado de las personas, manteniendo su legitimidad. Así, pues, en caso de duda, el derecho del hijo debe superar al del marido.

§ I.—DE LA IMPOSIBILIDAD FISICA DE COHABITAR

Núm. 1.—Del alejamiento.

364. El marido prueba que, por causa de alejamiento, se hallaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer, durante el tiempo que transcurrió desde el día trescientos hasta el ciento ochenta antes del nacimiento del niño. En este caso puede desconocer al hijo. En efecto, según las presunciones que la ley establece acerca de la duración de la preñez, es imposible que el marido sea el padre de ese niño. La preñez puede durar ciento ochenta días, y puede durar trescientos días, y puede durar entre estos dos límites; así es que la concepción puede haber tenido lugar en el intervalo que separa el tricétesimo y el octogésimo día antes del nacimiento del hijo. Si durante todo el tiempo en que la concepción ha sido posible, el marido

no ha podido cohabitar con su mujer, por esto mismo queda probado que tal niño no es de aquél (art. 312). Vese aquí un notable ejemplo del favor que la ley muestra á la legitimidad. Un niño nace con tal conformación que es claro que su nacimiento es precoz; habrá sido concebido en el séptimo mes que precede al parto. ¿Será bastante que el marido pruebe su alejamiento durante dicho séptimo mes? Nó, el hijo invocará contra él la presunción que admite un término de diez meses para la duración del embarazo; así, pues, si el marido cohabitaba con su mujer en el décimo mes antes del nacimiento del hijo, no podrá desconocerlo, por más que sea cierto que el nacimiento, lejos de ser tardío, es, por el contrario, precoz. El hijo puede, pues, según su interés, invocar la presunción de la más corta ó de la más prolongada preñez, según le parezca. Es evidente que la realidad puede hallarse en oposición con la presunción; la legitimidad se basará en una ficción, y basta con una ficción para que la ley se apodere de ella en favor de la legitimidad. La ley rechaza toda prueba contraria, y ya hemos dicho las razones para ello.

365. ¿Cuáles deben ser los caracteres del alejamiento? Se dice que la ley no los determina, y de aquí se infiere que la cuestión es de hecho (1). Esto no es enteramente exacto. El art. 312 dice que el marido debe probar que, por causa de alejamiento, se ha hallado en la imposibilidad física de cohabitar. Hé aquí una buena definición del alejamiento, siendo la ley la que la da. Después de esto viene la cuestión de saber si el alejamiento ha sido tal, que ha producido una imposibilidad física de cohabitar: este punto es ciertamente de hecho, pero al decidirlo los tribunales, no deben olvidar que la imposibilidad de cohabitar debe ser física, es decir absoluta, por lo menos en el sen-

1 Demante, "Curso analítico," t. II, p. 50, núm. 39 bis, I.

tido de que «no quede duda alguna de que haya podido haber contacto.» Estas son expresiones de Bigot-Préame-
neü (1). El tribuno Duveyrier es todavía más explícito y más restrictivo: «Es preciso, dice, que la ausencia sea constante, continuada y de tal naturaleza, que en el intervalo de tiempo dado á la concepción, *el espíritu humano no pueda concebir la posibilidad de un solo instante de reunión entre los dos cónyuges*» (2). Esta imposibilidad absoluta es la que tendrán que comprobar los tribunales; se necesita que ellos declaren, como lo expresa Duveyrier, «que en el momento de la concepción, toda reunión, siquiera sea momentánea, entre los cónyuges, haya sido físicamente imposible.»

No sería bastante, como Demante lo enseña, probar por medio de testigos que los dos esposos han residido constantemente á cierta distancia uno de otro. Esto no sería más que una probabilidad, no sería ciertamente la prueba de una imposibilidad para cohabitar. La corte de Bourges así lo ha fallado, en un caso en que el marido residía habitualmente lejos del domicilio conyugal; «pero, dice la sentencia no eran tales el alejamiento ni los impedimentos ó dificultades materiales de ningún género, que por ellas debiera inferirse necesariamente la *imposibilidad* de un contacto fortuito entre los cónyuges y de una cohabitación accidental (3).»

Corresponde al juez resolver si ha habido imposibilidad absoluta de cohabitar. Si la explicación que Duveyrier da del alejamiento se hubiese insertado en el Código, habría que inferir que, en el estado actual de las comunicaciones,

1 Bigot-Préameü, Exposición de motivos, núm. 3 (Loaré, t. III, p. 86).

2 Duveyrier, Discurso, núm. 13 (Loaré, t. III, p. 125).

3 Sentencia de Bourges del 6 de Julio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 180.)

la reunión de los cónyuges durante la época de la concepción, estando casi siempre en el orden de las cosas posibles, casi nunca habría lugar á desconocimiento (1). El marido habita en la Argelia y la mujer reside en París. ¿Hay, por el solo hecho de la lejanía, imposibilidad de cohabitar? Ciertamente que nó. Sin embargo, la corte de Argelia ha admitido el desconocimiento. Y esto porque se había probado que el marido no había salido de Argel, ni la mujer de París. Por lo mismo, había imposibilidad absoluta, en el sentido de la ley (2). En cambio, se falló que si el marido reside en España, mientras que la mujer reside en Francia, no hay en este caso un alejamiento que impida la reunión accidental de los esposos (3). Agreguemos que desde el momento en que hay duda debe interpretarse en favor del hijo.

366. Pregúntase si la prisión que separa á dos casados puede asimilarse al alejamiento en el sentido legal. Duvoyrier ha previsto la dificultad en su discurso ante el Cuerpo legislativo, y hé aquí lo que responde: «Claro es que la prisión es la ausencia misma, con tal que la ausencia haya sido de tal manera exacta y continua, que en la época de la concepción fuese físicamente imposible la reunión durante un sólo instante (4).» Estas palabras son considerables, y confirman lo que acabamos de decir respecto al carácter del alejamiento: el marido debe, pues, probar la imposibilidad absoluta de una reunión, á causa de la reclusión. La jurisprudencia se haya en este sentido (5). Citaremos un

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 33, núm. 30.

2 Sentencia de Argel del 12 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1867, 2, 127).

3 Sentencia de París del 9 de Agosto de 1813 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 135).

4 Duvoyrier, *Discursos*, núm. 13, *Loaré*, t. III, p. 125.

5 Véanse las sentencias citadas en Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 34, 1.^o

caso notable que fué presentado á la corte de París. El marido fué encarcelado preventivamente por sospechas de crimen; diez meses y diez y siete días después de la prisión, su mujer da á luz un niño que queda registrado como hijo natural. Con motivo de la acción de desconocimiento intentada por el marido, el tribunal de primera instancia resuelve que no había habido imposibilidad física de cohabitación entre los cónyuges, en atención á que durante su encarcelación el marido se había comunicado con la mujer. Apelación del marido que pide probar que él ha salido, en verdad, momentaneamente de su prisión para ir á su establecimiento y dar instrucciones necesarias para su comercio, pero que estuvo constantemente acompañado por dos dragones que lo han tenido á la vista, mientras duró la visita, en presencia de un criado de su mujer y de un jornalero de la casa. La corte admitió al marido á esta prueba (1).

Esto resuelve la cuestión en lo concerniente al cautiverio de los prisioneros de guerra. El cautiverio no es una prisión; así es que con motivo de la retención no puede haber alejamiento, y, en consecuencia, no hay lugar á desconocimiento, á menos que el alejamiento haya sido tal, que haya impedido toda comunicación entre los cónyuges. Así fué fallado por las cortes de París y de Rouen (2).

Núm. 2.—Impotencia accidental.

367. Por los términos del art. 313, «el marido no puede, porque alegue impotencia natural, desconocer al hijo.» ¿Por qué no permite la ley que el marido alegue su impo-

1 Sentencia de 5 de Marzo de 1853, Dalloz, 1853, 2, 167.

2 Sentencias, de Rouen, de 6 de Junio, de 1820, y de París, de 10 de Junio de 1826, Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 104 y 34, 3^o.

tencia natural? A primera vista, parece que ésta es una causa perentoria de desconocimiento, supuesto que hay imposibilidad absoluta de cohabitación. Por esto en el antiguo derecho se admitía la impotencia. Pero probarla, era, á la vez, escandaloso é incierto. Bigot Prémeneu comprueba el hecho en la exposición de motivos. «Las personas que ejercen el arte, dice, no tienen ningún medio para penetrar este misterio, y ha sucedido que algún marido, cuyo matrimonio fué disuelto á causa de impotencia, obtuvo en otro matrimonio numerosa posteridad» (1). La prohibición del art. 313 tiene, además, otros fundamentos. Hay un viejo adagio, por el cual nadie es escuchado, en justicia, cuando alega su propia torpeza. La máxima es vaga y demasiado absoluta; debe limitarse al caso en que el actor invoca su ignominia, es decir, su culpa para apoyar en ella una pretensión que concierna á su interés. Cuando hay comprometido un interés general, la ley permite que se invoque su torpeza como base de la acción. Así es que el cónyuge culpable de bigamia ó de incesto, es admitido á pedir por tales capítulos la nulidad de su matrimonio, porque la nulidad es de público interés. Pero cuando la demanda es de interés privado, puede decirse al que la funda en culpa suya que á él corresponde soportar las consecuencias de su ignominia del mismo modo que, en general, debemos sufrir el daño que nos acontece por imprudencia ó negligencia. Duveyrier aplica este principio al cónyuge que, conociendo su impotencia, se casa. Se indigna contra el cinismo impudente de un hombre que revelase su propia torpeza para deshonar á su compañera que es su víctima; cubre de escarnio la mala fe de ese hombre impotente que prometió paternidad á su cónyuge y á la socie-

1 Bigot Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 4, Loaré. t. III, páuina 86.

dad. ¡Que tal mónstruo, exclama, devore sus sonrojos, pero que no haga recaer los efectos en la mujer á quien ha engañado, en el hijo que no le debe la vida, pero que de derecho le pertenecerá porque ha tenido la cautelosa audacia de someterse á los lazos de un contrato cuyos fines era incapaz de cumplir (1)!

368. El art. 312 permite que el marido desconozca al hijo, si prueba que, durante la concepción, *por efecto de algún accidente*, estuvo en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer. Esto es lo que se llama la impotencia accidental. La ley no especifica ni ha podido especificar los acaecimientos que producen esa impotencia, tales como la mutilación ó una herida grave; sin embargo, la palabra *accidente*, parece indicar un mal externo, y excluir, en consecuencia, á la enfermedad cuyo principio sería interno. Lo que confirma tal interpretación, es que la ley quiere que la imposibilidad de cohabitación sea absoluta, por lo menos en el sentido de que no deje duda alguna, y ciertamente que no es así una enfermedad interna, por larga que se la suponga (2). La discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado, no deja, á nuestro juicio, duda alguna acerca de esta cuestión. El proyecto que presentó la sección de legislación decía: «El hijo concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido. La ley no admite contra esta paternidad, ni la excepción de adulterio de la mujer, ni la alegación de impotencia natural ó accidental del marido.» En el consejo de Estado, fué censurada esta disposición como demasiado absoluta. Sin duda alguna, dijo Maleville, que el matrimonio forma una presunción de paternidad, pero es una presunción que no excluye la prueba contraria; únicamente el favor de los hijos y la tranquilidad de las

1 Duvoyrier, Discursos, núm. 14. Loaré, t. III, p. 125.

2 Duranton, t. III, p. 40, núm. 42. Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 1º p. 290 y nota 99.

familias deben hacer difícil al legislador la admisión de tales pruebas. Así, la última jurisprudencia tal vez haya desechado sabiamente la alegación de impotencia por causa de enfermedad, porque se han visto ejemplos tan extraordinarios que no dejan base cierta para asentar un juicio. Pero, continúa Maleville, existe una especie de impotencia accidental acaecida después del matrimonio, sea en los combates militares, sea por otra causa cualquiera, la cual no permite la menor duda. El primer cónsul habló en el mismo concepto. «La impotencia accidental, dijo, es un *hecho físico, acerca del cual no es posible engañarse.*» En virtud de tales observaciones se admitió la impotencia accidental como causa de desconocimiento (1). En la segunda discusión, Bertier hizo notar que las palabras *impotencia accidental*, no expresaban con bastante claridad la idea que se quiere expresar. Bérenger fué de la misma opinión: la palabra *accidental*, dijo, significaría una impotencia cualquiera; propuso que se dijera impotencia *sobrevenida*. Tronchet, á pesar de abundar en esta manera de ver, halló que la redacción no era todavía demasiado clara. La ley, dijo, debe explicarse de manera que haga comprender que quiere hablar de una impotencia *evidente y material, y no de la que podía ser consecuencia de una enfermedad*. Tronchet, propuso que á las palabras *impotencia accidental*, se agregasen éstas: *que produzca imposibilidad física y duradera de tener hijos*. Se adoptó tal enmienda, y pasó al texto definitivo con una ligera modificación (2). Bigot Prémameneu reproduce la sustancia de esta discusión. Se lee en la Exposición de motivos (núm. 4): «La ley no ha debido admitir contra la presunción de paternidad re-

1 Sesión del 14 brumario, año X, núm. 5 (Loaré, t. III, ps. 21 y siguientes).

2 Sesión del 12 frimario, año X, Loaré, t. III, p. 67.

sultante del matrimonio, más que los accidentes que hacen físicamente imposible la cohabitación. Ha prevenido también todas esas causas escandalosas que tienen por pretexto enfermedades más ó menos graves, ó accidentes de los cuales ninguna con ecuencia pueden sacar las personas del arte.»

De todos modos, debemos añadir que Duveyrier, el orador del Tribunado, da una interpretación más amplia á la ley: «Sería insensatez, dice, querer detallar las especies, los casos, los accidentes que pueden producir la impotencia accidental, sea que se trate de una herida, de una mutilación, de *una enfermedad grave y prolongada*. Basta saber que la causa debe ser tal, y probada de tal modo en el presunto intervalo de la concepción, que no sea posible suponer un instante sólo en que el marido haya podido volverse padre (1). La opinión de Duveyrier ha dominado á varios autores (2). Nos parece que el consejo de Estado la rechazó muy positivamente. Sin duda que es posible que la enfermedad impida al marido cohabitar con su mujer; es posible, pues, que la interpretación restrictiva que damos á la ley esté en oposición con la realidad, y que atribuya al marido una paternidad que le sea extraña. Pero tengamos presente que el legislador quiere la evidencia para permitir al marido que repudie al hijo. El primer cónsul proclamó este principio de una manera enérgica. «Jamás puede haber interés, dijo, en privar de su estado á un desventurado niño; no hay que forzar á sus padres á que lo reconozcan.» Los legistas del consejo de Estado participaban de esa manera de juzgar.» La duda, dice Boulay, se interpreta á favor del hijo (3).

1. Duveyrier, Discursos, núm. 14, Loaré, t. III, p. 125.

2. Toullier, t. II, núm. 819; Proudhon, t. II, p. 23; Demolombe, t. V, p. 33, núm. 32.

3. Sesión del 14 brumario, año X, núms. 4 y 8, Loaré, t. III, páginas 20 y 22.

369. Se pregunta si la impotencia accidental es una causa de desconocimiento cuando es anterior al matrimonio. Los autores están divididos (1). No vacilamos en contestar negativamente. El texto deja indecisa la cuestión, no pudiendo entenderse la palabra *accidente* de una causa precedente al matrimonio como de una causa posterior. Debemos, pues, acudir al espíritu de la ley. Acabamos de asistir á la discusión del consejo de Estado; todos los que en ella tomaron parte, supusieron que el accidente sobrevenia durante el matrimonio. Esta suposición no es todavía una razón para decidir pero recordemos el motivo por el cual el legislador prohíbe al marido que alegue su impotencia natural, aun cuando pudiera comprobarse; no es admitido el marido á invocar su falta para hacer recaer la imposibilidad sobre la mujer y el hijo á quien ésta dió la vida. Esto decide la cuestión. La falta del marido es la misma, sea accidental ó natural la impotencia, y hasta es mayor en caso de accidente, porque es imposible que él lo ignore, por lo menos en la opinión que rechaza la enfermedad interna como causa de desconocimiento.

§ II.—IMPOSIBILIDAD MORAL DE COHABITAR

370. En el derecho antiguo era discutible la cuestión de saber si la imposibilidad moral de cohabitar autorizaba el desconocimiento. D'Aguesseau no admitía más causas para el desconocimiento que el alejamiento del marido y su impotencia. Los autores del Nuevo Denisart profesaban, por el contrario, que los tribunales podían decidir, según las

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 40. Hay que agregar á Marcadé, t. II, p. 3, art. 312, núm. 2, respecto á la opinión que estamos enseñando, y Demante, en contra, t. 2º, p. 52, núm. 39, bis III.

circunstancias, que había un obstáculo moral al contacto de los esposos, y que esta imposibilidad moral podía ser tan fuerte como la física (1). El código resuelve la controversia. En principio, rechaza la imposibilidad moral como causa de desconocimiento; el art. 312 quiere que haya imposibilidad *física*. Tronchet nos da la razón. La imposibilidad moral es siempre incierta. No se puede ir más allá de la imposibilidad física, sin caer en lo arbitrario y sin dar lugar á fraudes. Tronchet confesaba que la realidad podía estar en contradicción con las presunciones de la ley, y que hijos ilegítimos podían ser considerados como legítimos, merced á esta ficción (2). Esta objeción no detuvo á los autores del código. El primer cónsul acaba de decirnos lo que importa, sobre todo, á la sociedad, que es mantener la legitimidad. El art. 313 admite una excepción á esta regla; pero siendo excepción es de estricta interpretación. Desde el momento en que ya no se está dentro de los límites del art. 313, se torna á la regla, y ésta prohíbe el desconocimiento por imposibilidad moral. La corte de casación así lo ha resuelto (3), y en verdad que no puede haber la menor duda sobre este punto. ¿Quién lo creería? Hay sentencias en sentido contrario, de las cortes de Bastia y de Burdeos (4). Se invoca la antigua jurisprudencia, se invoca el derecho romano, como si no hubiese un código Napoleón. Desconfiemos de la ciencia indigesta y dejemos en su lugar el derecho antiguo cuando el nuevo lo deroga.

371. El art. 313, después de haber dicho que el marido no podía desconocer al hijo, alegando impotencia natural,

1 D'Aguesseau, Alegato XXIII (Obras, t. II, ps. 542 y siguientes. Nuevo Denisart, en la palabra "gestion de estado," pfo. I, núms. 6 y siguientes).

2 Sesión del 16 brumario, año X, núm. 3 (Loché t. III, p. 35).

3 Sentencia de 2 de Junio de 1840 (Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 61).

4 Daloz, *Repetorio*, en la palabra *paternidad*, núms. 62 y 294.

agrega: «Ni aun por causa de adulterio podrá desconocerlo, á menos que se le haya ocultado el nacimiento, en cuyo caso se le admitirá que justifique que él no es el padre.» Los hechos propios para justificar que él no es el padre, constituyen lo que se llama la imposibilidad moral. Se ve que la ley no la admite de una manera pura y sencilla, sino que la subordina á condiciones rigurosas, condiciones que por sí solas son ya una fuerte presunción de ilegitimidad. La aplicación del principio establecido por el art. 313 ha dado margen á prolongadas controversias. Hay un punto en el cual todos están de acuerdo, y son las condiciones que se requieren para que haya lugar al desconocimiento.

La primera es el adulterio. Cuando el adulterio está establecido, hay una probabilidad tan grande de que el niño dado á luz por la mujer no pertenezca al marido, que asombra, á primera vista, que la ley no permita al marido desconocerlo por esa sola causa. Los jurisconsultos romanos nos dan la razón, y es perentoria: á pesar del adulterio, el hijo puede pertenecer al marido (1). Duveyrier se subleva contra esta suposición, y hay que confesarlo, implica una perversidad singular en la mujer que se entrega á su marido, cuando lo detesta hasta el punto de faltar á la fe conyugal (2). Pero el orador del Tribunado se olvida de que se trata de una mujer adúltera, á quien una inmoralidad más no debe costar mucho, sobre todo cuando dicha inmoralidad le permite entregarse con facilidad á sus vergonzosas pasiones.

De todas maneras, lo cierto es que el adulterio origina una presunción grave en contra de la legitimidad del hijo, pero con una condición, y es que las relaciones adulterinas

1 *Potest enim uxor adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.* L. II, pfo. 9, D., ad legem Juliam de adulteriis, (XLIII, 5).

2 Duveyrier, Discurso, núm. 15 (Loché, t. III p. 126).

hayan existido en la época presumible de la concepción. La ley no lo dice, pero lo dice el buen sentido. Y no hay lugar, como lo hace Demolombe, para separarse de este principio, tomando del derecho canónico la detestable máxima, que la que ha delinquido una sola vez puede presumirse que es siempre culpable. En materia de presunciones no conocemos más que las que el código establece, y éste se ha cuidado muy bien de presumir que el hombre sea incorregible (1). Una sentencia de la corte de Aix resolvió conforme á nuestra opinión, que el marido debe probar que el adulterio coincide con la época precisa de la concepción del niño; en consecuencia, rechazó como insuficientes cartas sin fecha ó cartas cuya fecha había sido desgarrada, por más que ellas prueben relaciones culpables (2).

372. La segunda condición exigida por el art. 313, es que el nacimiento se haya ocultado al marido cuando se discutió en el Consejo de Estado, el primer cónsul y Tronchet hicieron notar que este hecho era una de las más fuertes presunciones contra la legitimidad del hijo (3). Cuando la madre ha permanecido fiel á su deber, se siente dichosa de su concepción y ofrece con alegría su recién nacido al que es su padre. Y si pone cuidado en ocultar al marido el nacimiento del niño, ella misma se acusa; equivale esto á una confesión, no sólo de su adulterio sino también de la convicción en que ella está de que ese niño no pertenece al marido. Los oradores del Tribunado llegan hasta decir que la conducta de la mujer es un indicio cierto y prueba casi evidente de que el hijo es ilegítimo. El código no va tan lejos, y con razón. Cuando la mujer oculta el nacimiento del hijo á su marido, prueba con ello

1 Demolombe, t. V, p. 59, núm. 7. Valette, acerca de Proudhon, t. II, p. 32. Marcadé, t. II, art. 313, núm. 11, p. 7.

2 Sentencia de Aix, de 11 de Enero de 1859 (Daloz, 1859, 2, 85).

3 Sesión del 16 brumario año X, núm. 19 (Leocré, t. III, p. 40).

que hay graves desavenencias entre los cónyuges: la mujer teme el resentimiento del marido, y con mucha frecuencia este temor quedará justificado por los desordenes de aquél; pero la mujer puede también observar esa conducta, como se dijo en el consejo de Estado (1) por las violencias del marido, por su indole celosa, por injustas sospechas. El legislador, decidiéndose siempre, en tanto que haya posibilidad de duda, en favor del hijo, no ve todavía más que una presunción de ilegitimidad allí en donde se vería uno tentado para ver una prueba completa; y exige al marido que suministre esa prueba «por todos los hechos capaces de justificar que no es el padre del niño.»

Hay que precisar ahora, lo que constituye esta segunda condición de desconocimiento. La ley no puede ser más clara; exige que «el nacimiento se haya ocultado al marido.» Una sentencia de la corte de casación parece decir que hay lugar á desconocimiento cuando el marido ha ignorado el nacimiento. Este es un error evidente; la condición que el art. 312 prescribe, es mucho más grave y más probatoria. El marido puede ignorar el parto cuando el nacimiento es público y la mujer no ha pensado siquiera en ocultarlo; ahora bien, en el hecho de que la mujer haya encubierto el nacimiento es en lo que el legislador ve una presunción contra ella y contra la legitimidad del niño. A decir verdad, hay más bien error de redacción en la sentencia de la corte suprema que un error de derecho; porque la sentencia de la Corte de Burdeos, contra la cual se había interpuesto el recurso de casación, establecía que hubiese habido ocultación del nacimiento (2). Luego si el

1 Rodésor, en la sesión del 16 brumario, año X, núm. 10. (Loché, t. III, p. 40).

2 Sentencia del 5 de Mayo de 1836, confirmada por sentencia del 9 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 175.)

nacimiento fuese público, es decir, si la mujer no hubiese intentado ocultarlo, no habría lugar á desconocimiento, aun cuando el marido lo hubiese ignorado (1).

Se pregunta si basta con que el embarazo se haya encubierto, cuando, por otra parte, el nacimiento haya tenido la publicidad habitual. Por lo común, los dos hechos son inseparables; la mujer encubre el embarazo, precisamente para que el nacimiento quede oculto. Si aconteciese que la mujer cesara de ocultar su embarazo hacia la época del parto, y si el nacimiento fuese público, no se estaría ya en los términos de la ley, y en consecuencia, no habría lugar á desconocimiento. Sin embargo, se ha juzgado lo contrario en circunstancias singulares. Durante los siete primeros meses de la preñez, la mujer la había ocultado; después, patentizándose á toda luz la discordia, la mujer da á conocer su estado al marido. La corte de París confirma, que fué con intención injuriosa hacia éste último, por provocación y desafío: la corte admitió el desconocimiento, y su fallo fué confirmado por la corte de casación (2). Bajo el punto de vista moral, hay que aplaudir ciertamente á la sentencia de la corte suprema. ¿Pero está el fallo en armonía con el rigor de los principios? Lo dudamos. El texto exige que el *nacimiento* se haya ocultado, y, en el caso, la preñez era conocida del marido dos meses antes del parto. En cuanto al espíritu de la ley, exige, según las expresiones de Duveyrier, «que la preñez, el parto y el nacimiento se hayan ocultado al marido.» En el caso en cuestión, se estaba fuera del texto y del espíritu de la ley. ¿No es ésta la ocasión de interpretar la duda que resulta del vacío de la ley en favor del hijo? Objétase que esto es permitir á la mujer,

1 Fallado así por la Corte de Rouen, sentencia de 2 de Abril de 1840 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 52), y por la Corte de Rennes, 8 de Junio de 1843 (Daloz, *ibid*, núm. 53.)

2 Sentencia del 7 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 1, 5).

que impida el desconocimiento, agravando su falta por la publicidad dolosa que ella le da. Esto es muy cierto; pero la doctrina consagrada por la corte de casación, no impedirá este fraude á la ley. La mujer no tiene más que declarar el embarazo al marido; aun cuando lo hiciese por provocación y desafío, aun cuando lo hiciese por imposibilitar el desconocimiento, el marido no tendría el derecho de desconocer al hijo. ¿Por qué? porque no hay texto. En resumen, hay vacío en la ley. El legislador ha supuesto una mujer que por confesión tácita testimonia contra el hijo; y el juez se halla en presencia de una mujer desvergonzada que proclama sus desórdenes. Este es un caso muy diferente del que la ley ha previsto. Esto decide la cuestión en favor del hijo.

¿Cómo se rinde la prueba de que el nacimiento se ha ocultado al marido? Esta es una cuestión de hecho, que se abandona á la apreciación del juez. Sin embargo, hay un punto que es de derecho, y es que el nacimiento debe haber sido ocultado por la mujer; porque se trata de una confesión, y la confesión, sólo del culpable puede emanar. Se ha fallado en varias ocasiones, que la inscripción del hijo en los registros del Estado civil, con falsos nombres ó como nacido de padre desconocido, es bastante para que el marido sea admitido á la prueba de imposibilidad moral de cohabitar (1). Sólo con una reserva puede admitirse esta jurisprudencia, y es que la falsa declaración se haya hecho á sabiendas de la madre y por su voluntad. Aquí vemos, aún, que la confesión de la verdad, es decir, la declaración hecha en nombre de la madre que ha parido, no permite al marido desconocer al hijo, aun cuando la madre declarase que es adulterino. Y es que la ley no permite á la madre

1 Véanse las sentencias en *Dalloz, Répertoire*, en la palabra *Paternidad*, núms. 45 y 59.

arrebatat al hijo el beneficio de la presunción de legitimidad. Si la ley admite la confesión tácita, es porque este grito involuntario de la conciencia alega contra la madre y no contra el hijo.

373. La tercera condición que exige el art. 312, es la prueba de la imposibilidad moral, ó, como dice la ley, de los hechos á propósito para justificar que el marido no es el padre del hijo. Cuestión esencialmente de hecho. Se ha fallado en varias ocasiones, que si el hijo fué concebido durante el procedimiento del divorcio, la animosidad que divide á los cónyuges, el aborrecimiento que se manifiesta en todos sus actos, hacian imposible todo contacto (1). Esta imposibilidad no bastaría por sí sola para autorizar el desconocimiento, y ya hemos dado la razón. Pero cuando la probabilidad moral está fortificada por la prueba del adulterio, por la prueba que la mujer ha ocultado el nacimiento del niño á su marido, entónces toma la forma de una certidumbre, ante la cual debe ceder la presunción de paternidad.

374. Se pregunta, si para ser admitido á la prueba de la imposibilidad moral, el marido debe rendir previamente la prueba del adulterio, y después la de que se le ha ocultado, el hecho del nacimiento. Acerca de esta cuestión hay una especie de conflicto entre la doctrina y la jurisprudencia; pero los autores, por su parte, no están entre sí de acuerdo. A primera vista, el texto parece resolver la dificultad, porque establece que «el marido no podrá desconocer al al hijo ni por *causa de adulterio, á menos que se le haya ocultado el nacimiento, en cuyo caso se le admitirá* á que proponga todos los hechos oportunos para justificar que el no es el padre. Las expresiones, en cuyo caso *se le admitirá* parecen indicar que el marido no será *aceptado*

1 Sentencias de Paris, de 4 de Diciembre de 1820 y de 27 de Julio de 1826, Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 45 y 59.

para rendir la prueba de la imposibilidad moral, sino con ciertas condiciones, es decir, si se ha probado el adulterio, así como el disimulo de la preñez y del parto; de donde se inferiría que se puede oponer al marido un fin de no recibir, mientras no haya satisfecho aquellas condiciones. Parece que el Tribunado entendió el art. 313 en ese sentido; dice en sus observaciones: «Se juzga que *para ser admitido á la prueba*, no basta que haya adulterio por parte de la mujer, sino que, además, se necesita que el nacimiento del hijo se haya ocultado al marido (1). Bigot Prémeneau supone también que la mujer ha sido condenada por adulterio; si, además, oculta á su marido el nacimiento del hijo, éste, aunque repelido de la familia por padre y madre, puede siempre invocar la presunción de paternidad, pero en tal caso el marido podrá rendir la prueba contraria, la de la imposibilidad moral de cohabitar (2). Duveyrier abunda en esta opinión. «Fuerza es, dice, que el adulterio sea patente, y sólo puede serlo por medio de un fallo; fuerza es que la mujer haya ocultado á su marido el nacimiento del hijo adulterino. *Y cumplidas estas dos condiciones*, se necesita, además, que el marido presente la prueba de los hechos conducente á justificar que otra persona es el padre del niño» (3).

Merlín sostuvo tal sistema en la corte de casación, pero sin éxito; dice en su Repertorio, que lo hizo dominado por la autoridad de los oradores del gobierno y del Tribunado, más que por convicción personal (4). Las opiniones enunciadas en la Exposición de motivos y en los discursos pronunciados en el Cuerpo legislativo, lo mismo que las obser-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 5 (Loaré, t. III, p. 76).

2 Bigot-Prémeneau, Exposición de motivos, núm. 5 (Loaré tomo III, p. 86).

3 Duveyrier, Discursos, núm. 15, Loaré, t. III, p. 127.

4 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *legitimidad*, sección II, pfo. 23; t. XVII, p. 419, de la edición en 8°.

vaciones del Tribunal, sólo tiene cierta autoridad de doctrina: la razón y el texto son los que deben decidir. Ahora bien, el texto no dice lo que se le hace decir. Respecto al adulterio, esto es cierto; decir que el marido no puede desconocer, ni por causa de adulterio, no quiere decir que el marido deba desde luego procurar que la mujer sea condenada por adulterio, para que su demanda de desconocimiento sea admisible; todo lo que del texto resulta, es que debe haber adulterio, y por lo mismo, que debe *comprobarse*. Para exigir la prueba previa del adulterio por un fallo que condone á la mujer es ir más allá de la ley. Ahora bien, en materia de desconocimiento, si debe interpretarse siempre la ley en favor de la legitimidad, no se puede, sin embargo, crear condiciones que la ley no prescribe: ¡todo el texto, pero ni una palabra más que el texto! La jurisprudencia es de este sentir, y la doctrina ha abandonado la condición de la prueba previa del adulterio.

La cuestión es más dudosa en lo que concierne al hecho de que el nacimiento ha sido ocultado al marido. Según el texto, hay que expresar que la ocultación del nacimiento es una condición requerida para hacer admisible la acción de desconocimiento; por esto es que la corte de casación así lo falló en la misma sentencia que decide que no es necesario presentar la prueba previa del adulterio (1). Pero las cortes admiten generalmente que el marido debe principiar por articular y probar previamente la ocultación del nacimiento, y que puede proponer simultaneamente ciertos hechos propios para probar las tres condiciones previstas por el art. 313. La misma corte de casación así lo

1 Sentencia de la corte de casación, de 8 de Julio de 1812, y las otras sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *paternidad*, número 45).

ha fallado por sentencia posterior (1). Ella dice que en el texto no existe un juicio previo, lo cual es cierto; pero decir que debe haberse ocultado el nacimiento para que el marido sea admitido á la prueba de la imposibilidad moral, es exigir que se pruebe este hecho antes de que se proceda á la prueba de la imposibilidad moral. Esto está también fundado en la razón. ¿Para qué entablar un procedimiento sobre la imposibilidad moral de cohabitar, cuando no se ha ocultado el nacimiento? La corte de casación confiesa que el tribunal debe comprobar desde luego la ocultación del nacimiento. Si esto es así ¿no es lógico que compruebe el hecho por un juicio? Si no se ha probado que se haya ocultado, la averiguación sobre la imposibilidad moral de cohabitar sería frustratoria bajo el punto de vista de los gastos y del tiempo perdido; y además, daría lugar á un escándalo inútil, escándalo que el interés de la mujer, del hijo y de la familia deben hacer desviar (2).

Se presenta una objeción muy especiosa contra esta distinción entre la prueba del adulterio y la de la ocultación del nacimiento. También el adulterio, dícese, debe probarse; y en tanto que no quede establecido, es inútil dar el escándalo de una investigación que tiende á mancillar á la madre y al hijo. Nosotros contestamos con la corte de Burdeos, que es grande la diferencia entre el adulterio y la ocultación del nacimiento; este último hecho no tiene relación íntima con la prueba de la imposibilidad moral de cohabitación, por lo menos en el sentido de que puede suceder que se haya ocultado el nacimiento y que, no obstante, el hijo pertenezca al marido, como puede suceder que no

1 Sentencia de 9 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 175), y sentencia de Metz, de 9 de Diciembre de 1825 (*ibid.*, núm. 45).

2 Fallado así por la corte de Burdeos, sentencia de 21 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1854, 5, 382, núm. 4).

se haya ocultado el nacimiento y que el marido no sea el padre del niño; siendo distintos los dos hechos, la prueba de uno de ellos debe rendirse independientemente de la prueba del otro. No sucede lo mismo con la prueba del adulterio, que tiene íntima relación con la imposibilidad moral, supuesto que ésta hace probable el adulterio, y éste hace probable la imposibilidad. Nada puede, pues, impedir que la prueba de los dos hechos se haga concurrentemente.

375. ¿Quiere esto decir que el marido no necesite rendir la prueba directa del adulterio, y que esta prueba resulte suficientemente de la imposibilidad moral en que estaba el marido para cohabitar con su mujer? Las primeras sentencias pronunciadas por la corte de casación acerca de esta delicada cuestión deciden formalmente, que es inútil la prueba directa y distinta del adulterio. Después de haber dicho que la ocultación del nacimiento del hijo es la única condición que la ley exige para admitir el desconocimiento fundado en el adulterio de la mujer, la corte agrega: *La misma prueba jurídica del adulterio no tendría absolutamente objeto, no pudiéndose rendir la prueba de que el marido no es el padre del hijo desconocido sin provocar necesariamente la prueba del adulterio de la mujer*, y sin duda por este motivo es por lo que la ley no exige que el adulterio de la mujer se compruebe por un juicio previo (1). «La mayor parte de los autores han combatido vivamente esta doctrina (2), y con razón, porque confunde los dos hechos que el marido debe probar con la conexión de las pruebas destinadas á establecerlos. No es exacto decir, con la corte de casación, que

1 Sentencia de 25 de Enero de 1831 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 45, p. 177.)

2 Zachariae y sus anotadores, Aubry y Rau, t. III págs. 637-640, Marcadé, t. II, págs. 7-10, art. 313, núm. 3.

el desconocimiento autorizado por el art. 313 esté fundado en el adulterio, supuesto que lo está en la imposibilidad moral de cohabitación. El texto y el espíritu de la ley son formales, y hemos comenzado por establecer este punto que no da lugar á dudas: el adulterio así como la ocultación del nacimiento son condiciones, ó si se quiere, circunstancias agravantes, con las cuales el legislador no habría admitido la imposibilidad moral como causa de desconocimiento. Hay, pues, que probar dos condiciones ó dos hechos, el adulterio y la ocultación. Decir que el adulterio no debe probarse directamente, porque la prueba resultará necesariamente de la imposibilidad moral, equivale á eliminar uno de los hechos, el adulterio. En teoría, aun debía rendirse previamente la prueba del adulterio, lo mismo que la de la ocultación, y los oradores del gobierno y del Tribunalado se han visto obligados á profesar esta opinión en virtud de la fuerza de los principios. No reflexionaron que siendo conexas las pruebas de los dos hechos, no hay una razón suficiente para que uno de ellos se establezca independientemente y antes que el otro. Pero se debe sostener su doctrina en el sentido de que los dos hechos deben probarse directamente, aunque esto tenga que hacerse por la misma diligencia.

Una sentencia reciente de la corte de casación se ha aproximado á la doctrina de los autores. En ella se lee, en verdad, que el art. 312 no exige que la prueba del adulterio se administre de una manera especial y distinta; esto hace recordar la primera doctrina consagrada por la corte suprema. Pero la corte de casación agrega: «El art. 313 entiende únicamente que se establezca el adulterio de una manera *positiva, al mismo tiempo* que los demás hechos, de cuyo conjunto resulta la no paternidad del marido.» La sentencia corrobora, en seguida, que los motivos de la deci-

sión atacada prueban ampliamente el adulterio de la mujer (1). Si el adulterio debe probarse de una manera positiva, *al mismo tiempo* que los hechos constituyentes de la imposibilidad moral, todo lo que de aquí resulta es que la prueba es conexa; pero las dos condiciones siguen siendo diferentes, y, en consecuencia, deben probarse de un modo especial, y, en este sentido distinto, diga lo que quiera la corte. Nosotros aceptamos la última sentencia, pero insistiendo en la necesidad de una prueba directa (2).

376. ¿La separación de cuerpo es una causa de imposibilidad moral para cohabitar, y puede originar el desconocimiento? Basta plantear la cuestión para que quede resuelta. La separación de cuerpo deja que subsiste el matrimonio y el deber de fidelidad inherente. Luego el hijo concebido después de la separación de cuerpo, puede invocar la presunción del art. 312. El marido no puede combatir esta presunción sino á causa de imposibilidad moral para cohabitar, y en causa de imposibilidad moral, en el caso y condiciones determinadas por el art. 313. No existe imposibilidad física ni moral para cohabitar en el sentido legal de la palabra, entre cónyuges separados de cuerpo. Por lo mismo, el marido no puede desconocer al hijo. La corte de Rouen falló en sentido contrario, dando razones excelentes, pero que todas ellas deben dirigirse al legislador. La presunción del art. 312, dice la corte, no sólo supone el matrimonio, sino también la cohabitación, es decir, la vida común; ahora bien, la separación de cuerpo rompe la vida común, y en consecuencia, la cohabitación. Por tanto, la presunción de la paternidad ya no tiene base, y debe hacerse á un lado, á menos que se pruebe que ha habido contacto entre los cónyuges. Teóricamente, bajo el punto de

1 Sentencia de 31 de Julio de 1866, Dalloz, 1867, 1, 297.

2 Demolombe, *Cours de código Napoleon*, t. V, p. 45, núm. 46.

vista legislativo, nada puede contestarse á tal razonamiento. Pero colocándose en el terreno de los principios consagrados por el código civil, es sencillísima la contestación dada por la corte de Caen y por la mayor parte de los autores. Cuando el hijo ha sido concebido durante el matrimonio, el padre no puede desconocerlo sino en los casos previstos por la ley; el desconocimiento es, pues, un derecho excepcional, y si alguna vez una excepción debe ser de estricta interpretación, es cuando ella destruye la presunción de paternidad. Esto decide la cuestión, y es inútil recurrir á los trabajos preparatorios para probar lo que es más claro que la luz del día (1).

La dificultad ha sido resuelta en Francia por una ley, la de 6 de Diciembre de 1830, expedida á propuesta de Demante, miembro de la Asamblea nacional. Está concebida en estos términos: «En caso de separación de cuerpo pronunciada y aun simplemente demandada, el marido podrá desconocer al hijo que haya nacido trescientos días después del mandamiento del presidente, expedido en los términos del art. 378 del código de procedimientos civiles, y menos de ciento ochenta días después de desechada la demanda ó después de la reconciliación. La acción de desconocimiento no será admitida si ha habido de hecho reunión de los cónyuges (2).

§ III.—DE LOS FINES DE NO-REGIBIR.

377. ¿Puede el marido renunciar al derecho que la ley le otorga de desconocer al hijo por causa de imposibilidad de cohabitación? Cuando el hijo nace en el día ciento ochenta

1 Véanse las sentencias y los autores citados en Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 64.

2 Demante, "Curso analítico," t. II, ps. 56-58.

ta del matrimonio, la ley da al marido el derecho absoluto de desconocerlo, á menos que tácitamente haya reconocido su legitimidad; el art. 314 determina los casos en que hay reconocimiento tácito. Si la ley admite el reconocimiento tácito con más razón debe admitir el reconocimiento expreso. Si el marido puede renunciar á su acción, cuando el hijo fué concebido antes del matrimonio, debe resolverse, con mayor razón, que tiene ese derecho cuando el hijo es concebido durante el matrimonio. Es cierto que la ley no lo expresa, pero también lo es que no lo necesitaba. El silencio del marido es suficiente para asegurar la legitimidad del hijo. Este silencio supone que el marido reconoce al hijo como suyo. Aun cuando hubiese habido imposibilidad física ó moral para cohabitar, el marido puede renunciar á la acción de desconocimiento; su silencio basta para esto, luego también para el reconocimiento. Podría resultar de esto que un hijo adulterino sea considerado como legítimo. Este es un nuevo favor que la ley otorga á la legitimidad. Pura ficción en verdad, pero el legislador prefiere la ficción, en esta materia, al escándalo de la realidad. El reconocimiento puede ser expreso ó tácito, como cualquier manifestación de voluntad. En el caso del artículo 314, la ley define y limita los hechos de donde resulta el reconocimiento tácito. No hay lugar á aplicar estas restricciones al caso del art. 312; estando muda la ley todo entra al dominio de los principios generales. Hay, por otra parte, una razón de diferencia: el estado del hijo concebido antes del matrimonio es mucho menos favorable que el del hijo concebido durante el matrimonio. Se comprende, pues, que el legislador limite las excepciones que pueden oponerse al desconocimiento del marido, cuando el hijo ha sido concebido ilegítimo, mientras que no hay ninguna ra-

zón para restringirlas cuando el hijo fué concebido legítimamente (1).

378. ¿Puede el marido desconocer al hijo á causa de imposibilidad física ó moral de cohabitación cuando el hijo no es viable? Creemos que la negativa no ofrezca ninguna duda, á pesar del disentimiento de un excelente ingenio. ¿Puede haber acción sin interés? ¿y en dónde está el interés del marido para desconocer á un hijo que á los ojos de la ley se considera como si nunca hubiese existido? El hijo que no es declarado viable no es una persona, y en consecuencia, no disfruta de ningún derecho, es una no-existencia. ¿Y puede concebirse una acción dirigida contra la nada? Proudhon enseña, no obstante, la afirmativa, y ni siquiera le parece dudosa. El texto del art. 314 le parece decisivo. La ley dice que el marido no puede desconocer al hijo que ha nacido en el día ciento ochenta del matrimonio, si el hijo no ha sido declarado viable.

La ley no establece la misma excepción para los hijos concebidos durante el matrimonio; no es, pues, permitido admitirla, porque las excepciones no son extensibles. Nosotros contestamos que hay excepciones que se extienden, y son las que no hacen más que aplicar un principio general, y que existirían por más que la ley no las consagrara formalmente. De esta especie es la no viabilidad. No es otra cosa que la ausencia de interés, y sin interés no hay acción. Proudhon niega que el marido no tenga interés en el caso de que el niño haya sido concebido durante el matrimonio; en efecto, esa concepción prueba el adulterio de la mujer si el marido ha estado en la imposibilidad de cohabitar con ella, y probado el adulterio, el marido puede pedir el divorcio ó la separación de cuerpo. Valette ha

1 Zacharie, traducción de Aubry y Rau, t. III, p. 611, nota 55, pfo. 546.

contestado á la objeción. Trátase de saber si el marido tiene interés en desconocer al hijo no viable. Ahora bien, el derecho de pedir el divorcio por causa de adulterio no es un interés que legitime el desconocimiento. Este se dirige contra el hijo y supone que es fruto del adulterio; mientras que el divorcio es solicitado contra la mujer, importando poco que el hijo sea ó no sea adulterino. El interés que el marido tiene en la demanda de divorcio nada tiene, pues, de común con el que tiene en el desconocimiento. Esto decide la cuestión.

*SECCION II.—Del hijo concebido
antes del matrimonio y nacido durante éste.*

§ I. DEL DERECHO DE DESCONOCIMIENTO.

379. Por las presunciones establecidas por la ley acerca de la duración del embarazo, el niño que nace antes de ciento ochenta días del matrimonio ha sido concebido antes de éste. Por lo mismo, el marido debe tener derecho absoluto para desconocerlo, probando que, por la fecha del nacimiento, no pertenece al matrimonio. El código civil consagra implícitamente este derecho al decir en su art. 314 que: «El hijo que ha nacido antes de ciento ochenta días del matrimonio, no podrá ser desconocido por el marido en los siguientes casos: 1.º, si él ha tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio; 2.º, si ha asistido al acto del nacimiento; 3.º, si el hijo no ha sido declarado viable.» Así, pues, el marido no puede desconocer al hijo cuando lo ha reconocido como suyo ó cuando no tiene ningún interés en poner á discusión su legitimidad. De donde se sigue que si él no lo ha reconocido, y si el hijo ha nacido viable, el marido puede desconocerlo. Este hijo no tiene en su favor la

presunción de paternidad que se funda en la fidelidad que la mujer debe al marido, supuesto que en la época de la concepción la mujer no estaba casada. Luego es ilegítimo en razón de la concepción. Pero aquí vuelve á patentizarse el favor que la ley otorga á la legitimidad. Ella no considera como ilegítimo al hijo concebido antes del matrimonio, sino que, al contrario, lo reputa legítimo por el hecho solo de que nació durante el matrimonio. Para que dicho niño pierda la legitimidad, se necesita una acción de desconocimiento. Si el marido no lo desconoce, sigue siendo legítimo. La ley supone que el hijo pertenece á quien se casó con la mujer embarazada. Esto, en efecto, es probable, y el legislador hace de esta probabilidad una presunción en favor del hijo.

Pero es grande la diferencia entre esta presunción y la presunción de paternidad que puede invocar el hijo nacido durante el matrimonio. Este no puede ser desconocido sino en el caso de que el marido haya estado en la imposibilidad física ó moral de cohabitar con su mujer, y al marido corresponde rendir esa prueba. Pero si el hijo es concebido antes del matrimonio, el marido tiene el derecho absoluto de desconocerlo, sin que tenga que probar más, sino que la fecha del nacimiento es anterior á los ciento ochenta días de matrimonio. Esto está fundado en la razón. La ley supone que el hijo pertenece al marido, pero únicamente él puede saber si esta suposición está fundada; es, pues, suficiente con que él la decline para que el hijo ya no pueda prevalerse de ella.

380. ¿Puede el hijo combatir el desconocimiento del marido? Conforme á los términos del art. 314, la acción del marido puede rechazarse en tres casos. Si ha tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio, no puede desconocer al hijo. Presúmese entonces que éste le pertenece;

él reconoce tácitamente á ese niño como suyo; y, por lo mismo, ya no puede desconocer al hijo que reconoció. ¿Cómo, Dice Bigot Prémameneau, podría admitirse á que desmintiese su propio testimonio (1)? La segunda excepción implica también un reconocimiento de la paternidad: «Si el marido ha asistido al acta del nacimiento y si ésta acta está firmada por él, ó contiene la declaración de que él no sabe firmar.» ¿Qué se entiende por *asistencia*? Esta palabra implica un concurso al acto y no una simple presencia; por esto es que la ley exige que el marido firme la acta; y sólo los declarantes y los testigos, es decir, las partes en el acto, pueden firmar. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; se necesita un hecho que dé fe que el hijo pertenece al marido, y que lo reconoce como suyo. Esto equivale, pues, á una confesión de la legitimidad, y cuando el marido la ha hecho, no puede ya desconocerla. Siguese de aquí que si la acta de nacimiento contuviese declaraciones que excluyan la paternidad del marido, su concurso al acto del nacimiento no tendría eficacia alguna. Esto resulta de la noción misma del reconocimiento: no puede decirse que el marido reconozca como suyo á un hijo que ha sido declarado nacido de otro padre ó de un padre desconocido. Siguese también de aquí, que el marido, no obstante que asiste al acto de nacimiento, puede hacer reservas que destruyan la consecuencia que se quisiera deducir de su concurso al acto. No puede oponérsele que la protesta contraria al acto es inoperante; se trata de determinar qué significación haya de darse á la asistencia del marido: pues bien, su reserva prueba que en ella no debe verse un reconocimiento de paternidad (2).

1 Bigot Prémameneau. Exposición de motivos, núm. 10, Locré, tomo 3º, p. 87.

2 Demolombe, t. 5º, págs. 68 y 71; Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 3º, p. 628, nota 11, § 516.

La ley rehusa, además, al marido la acción de desconocimiento cuando el hijo no es viable. Primero, porque el marido ya no tiene ningún interés en el desconocimiento, y no se desconoce la nada. Además, la razón misma por la cual el marido es admitido al desconocimiento viene á caer. En general, es cierto que el hijo nacido antes de los ciento ochenta días de matrimonio ha sido concebido ilegítimo; pero esta certidumbre supone que el hijo ha nacido en término; si nace no viable, ya no hay certidumbre de que sea un parto natural el que haya debido ser precedido del tiempo ordinario de la preñez. Luego ya no puede haber lugar al derecho absoluto de desconocimiento, pudiendo haber sido concebido el hijo durante el matrimonio. ¿Cuándo nace viable el hijo? La ley abandona la apreciación de esta cuestión á los tribunales, que naturalmente se resolverán por el testimonio de personas del arte. No es suficiente que el hijo viva durante cierto tiempo para que sea viable; su constitución deber ser tal que esté destinado á vivir. Si el hijo nació viable, aun cuando muriese poco tiempo después de su nacimiento, podría desconocerlo el marido, según los términos de la ley. Hay, sin embargo, que agregar una condición resultante de los principios generales: el marido debe tener un mérito, porque de lo contrario sería su acción inadmisibile.

381. ¿Los fines de no recibir establecidos por el art 314 son los únicos que al marido puedan oponerse? A primera vista, el texto parece restrictivo: «El hijo, dice el art. 314. no podrá ser desconocido por el marido *en los casos siguientes.*» Luego, podría decirse, estos son los únicos fines de no recibir que se pueden oponer al marido. Pero esta interpretación sería demasiado absoluta. Hay que ver si los casos previstos por la ley son la aplicación de un principio general, porque entonces el principio debe aplicarse á todos los casos que

puedan presentarse. Ahora bien, acabamos de ver que los números 1 y 2 del art. 314 prevén dos casos de reconocimiento tácito de la paternidad del marido. Si el reconocimiento tácito es un fin de no recibir contra la acción de desconocimiento, con mayor razón debe ser lo mismo respecto al reconocimiento expreso; porque la confesión formal que el marido hace de su paternidad tiene más fuerza que una confesión tácita, siendo menos cierta la voluntad tácita que la expresa. Esto lo reconocen todos. Se ha dicho que si el reconocimiento se hiciese después del matrimonio y antes del nacimiento, el marido podría atacarlo probando que lo hizo en la creencia de que la preñez era posterior al matrimonio (1). Esto es incontestable, si el marido prueba que el reconocimiento está viciado por algún error. Sólo que hay que generalizar la decisión y aplicarla á todos los casos de reconocimiento, como más adelante diremos (número 383).

Se pregunta en qué forma debe hacerse el reconocimiento. La ley no prevé el caso de reconocimiento, ó lo que viene á ser lo mismo, el caso de renuncia expresa; el silencio de la ley decide la cuestión. Supuesto que no hay disposición especial, los principios generales son los que deben dominar; ahora bien, la voluntad expresa puede manifestarse, sea por palabras, sea por escrito, y el escrito puede ser auténtico ó bajo firma privada; una carta sería, pues, suficiente para probar el reconocimiento. Por la misma razón, un reconocimiento verbal sería válido salvo el aplicar las reglas generales sobre las pruebas. Veremos, en el título de las obligaciones, en qué casos la prueba testimonial es admisible en materia de estado. Se hace una objeción contra esta doctrina. Conforme á los términos del art. 334, el reconocimiento de un hijo natural debe hacer-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núm. 76.

se por acto auténtico; ¿ahora bien, el hijo concebido antes del matrimonio acaso no es un hijo natural? Proudhon trata la cuestión con bastante amplitud. En verdad que la objeción no merece la pena. Nó, en el caso en cuestión, no se trata de reconocer á un hijo natural, supuesto que el hijo nacido durante el matrimonio, aunque concebido antes, es legítimo. ¿De qué se trata, pues? De la prueba de una confesión. El derecho común da la respuesta (1).

¿Podría oponerse al marido el reconocimiento tácito fuera de los casos previstos por el art. 314? La cuestión es dudosa. Si pudiera resolverse, haciendo abstracción del texto de la ley, habría que admitir ciertamente el reconocimiento tácito en todos los casos. Tal es, en efecto, el derecho común. Pero el texto implica una restricción: dice: *en los siguientes casos*. Estas expresiones ya no tendrían sentido, y tampoco lo tendrían los números 1 y 2 del artículo, si se admitiere todo género de reconocimiento ó de renuncia tácitos. Habría, además, una razón para restringir los casos de reconocimiento tácito. No olvidemos que en principio el derecho de desconocimiento del marido es absoluto. No debe recibir excepción sino cuando él mismo ha reconocido su paternidad. Cuando la confesión se expresa, no ofrece duda alguna; pero la confesión tácita necesariamente es más ó menos dudosa. Por lo mismo, el legislador ha hecho muy bien en definirla de un modo preciso. Así es, que la interpretación restrictiva está fundada tanto en el el espíritu como en el texto de la ley (2).

382. ¿Quién debe rendir la prueba de los fines de no recibir que se pueden oponer al marido? Naturalmente el que los propone. Porque el demandado que opone una ex-

1 Proudhon, tít. II, págs. 13 y siguientes. Esta es la opinión general (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 78).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 623, nota 15. En sentido contrario, Demolombe, t. V, p. 72, núm. 76.

cepción se torna demandante, y debe probar el fundamento de la demanda que hace bajo la forma de excepción. Esto es elemental. Es también elemental que la prueba se rinda conforme al derecho común, supuesto que el código no lo deroga. Así, pues, la prueba podrá rendirse por testigos, porque se trata de hechos puros y sencillos que por si mismos no establecen ni derecho ni obligación; y tales hechos se prueban por medio de testigos, sin considerar la suma á que sube el interés pecuniario de la demanda. Hablamos de los casos previstos por el art. 314. En cuanto á la confesión expresa, sigúense los principios generales (1).

Hasta aquí todos están de acuerdo. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una cuestión controvertida, por más que casi no haya motivo de controversia. En el antiguo derecho, se decidía que el marido que había tenido, antes de su matrimonio, frecuentaciones con la mujer con quien se casó, no era admitido á desconocer al hijo, á menos que probase que no podía ser el padre. Cierto es, que ya no es lo mismo bajo el régimen del Código Napoleón. A falta de una confesión expresa de paternidad, el demandado debe establecer uno de los dos hechos que implican una confesión tácita, según los términos del art. 314. Trátase de una confesión anterior al matrimonio, preciso es que el demandado pruebe que el marido tuvo conocimiento del embarazo; no basta, pues, con que aquel haya tenido simples hechos de frecuentación. ¿Esto se admite generalmente, salvo el disentiimiento de Toullier. Debe irse más lejos y decir con Proudhon que los hechos de frecuentación son inadmisibles? El dice que no se permite articular otros hechos sin caer en lo arbitrario. Sin duda alguna que un hombre puede haber frecuentado á una mujer sin creer en su embarazo y sin conocerlo. Así es que el hecho

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 629 nota 22.

solo de frecuentación no puede invocarse contra el marido como prueba de que él ha conocido su preñez, ¿pero por qué los tribunales no habian de poder tomar este hecho en consideración, tanto como los demás, como indicios ó presunciones? Porque una vez admitida la prueba testimonial, las presunciones lo son por ese hecho mismo, y el juez no debe dejar pasar una sola.

383. Suponemos que los fines de no recibir quedan establecidos. ¿Podrá el marido combatirlos probando que no puede ser el padre del niño? No es necesario decir que la excepción que se deriva de la no viabilidad es absoluta. Las otras dos lo son igualmente. En efecto, ellas implican un reconocimiento, una confesión; y el marido no puede tornarse contra su confesión. Todo lo que puede hacer, es sostener que está violado el reconocimiento expreso ó tácito que ha hecho de su paternidad. Esta es una manifestación de voluntad; ahora bien, todo reconocimiento está viciado por error, dolo y violencia. Luego si el marido prueba que ha reconocido al hijo después del matrimonio en la creencia de que este hijo había sido concebido durante el matrimonio mientras que la fecha del nacimiento establece que fué concebido ántes del matrimonio; se anulará el reconocimiento por tener la tacha de error. Supóngase, por el contrario, que el marido confiesa haber conocido la preñez de aquella con quien se ha casado, pero que pide probar que se hallaba en la imposibilidad física de cohabitar con ella cuando tuvo lugar la concepción, sea por causa de alejamiento, sea por accidente, esta prueba no sería admitida. En vano se invoca el art. 312 que permite esta prueba contra el hijo concebido durante el matrimonio. El renunció al reconocimiento y no puede arrepentirse de su renuncia (1).

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 3º, p. 630 y nota 23; Duranton, t. 3º, p. 27, núm. 28.

384. El marido desconoce al hijo concebido antes del matrimonio. Este no tiene ningún fin de no recibir que oponerle. ¿Será admitido á probar que el marido de su madre es su padre? La negativa nos parece cierta. ¿Cuál es el estado del hijo concebido antes del matrimonio? Por su concepción, es ilegítimo. La ley lo reputa legítimo, porque supone que el marido es el padre del hijo; pero da al marido el derecho absoluto de rechazar esta suposición desconociendo al hijo. Contra este desconocimiento, la ley sólo admite fines de no recibir que tiene cuidado de precisar y que, salvo la no viabilidad, derivan del reconocimiento que el marido hace de su paternidad. Así, pues, según el texto y según el espíritu de la ley, el hijo no puede pertenecer al marido sino por su propia confesión. Esto equivale á decir que su desconocimiento es perentorio. Tal es la opinión general, salvo el dissentimiento de Dalloz. Se admite, sin embargo, una excepción, la que establece el art. 340 en favor del hijo natural. La ley le prohíbe que investigue á su padre; pero permite dicha investigación en el caso de raptó, cuando la época del raptó se relaciona con la de la concepción. Cierito es que ese artículo habla solamente del hijo natural, y, en el caso de que tratamos, el hijo investiga á su padre para probar su filiación legítima. No obstante, nosotros nos afiliamos á la opinión de los autores. Cierito es que el hijo concebido antes del matrimonio y desconocido por su padre, es un hijo natural. Por su concepción era ilegítimo, sólo tenía en su favor una presunción que el marido hace caer por el desconocimiento; sigue, pues, siendo ilegítimo. Por lo tanto, puede aplicársele el art. 340. Únicamente, que el resultado de la prueba será la filiación legítima del hijo. En efecto, quedará probado por juicio, que el marido es el padre del hijo del cual estaba en cinta la mujer cuando tuvo lugar el matrimonio. Por lo tanto,

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.

383. 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. Siguese 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, Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 79.

interesada. No puede decirse que por no haberlo desconocido el padre, haya vúeltose legítimo, porque no podría serlo sino en virtud de una legitimación, y la ley prohíbe que se le 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 Duranton, 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. 155"). 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 Dalloz, 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 1º 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 legítimo. 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 Emmerý 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 nó 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, del 14 brumario, año X, núm. 17 (Loché, t. III, p. 25).

principió, 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 inhumoral. Hemos dicho cuál es el espíritu de la ley en materia 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 vuelve; 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-

nion 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 desco 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 circunscrita dentro de los límites legales. La ley lo establece así para asegurar la legitimidad del hijo; no puedo 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 estableció 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 del 19 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 2, 128). Juicio del Tribunal de Bar-le-Duc del 28 de Febrero de 1862, 3, 57.)

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

admite acerca de la duración más larga del embarazo, el hijo que nace trescientos días después de la disolución del matrimonio ha sido concebido después de la disolución de éste, y es necesariamente ilegítimo. ¿Por qué la ley no ha pronunciado ella misma esta ilegitimidad? Porque, dice Duveyrier, el orador del Tribunado, la cuestión de saber si un hijo es legítimo ó nó es una cuestión de interés privado, que el legislador no tiene facultades para resolver. A las partes interesadas corresponde intentar acción en justicia (1). Puede decirse que este es un último favor que la ley otorga á la legitimidad. Si el estado del hijo no es puesto en duda se le reputará legítimo. Aquí nuevamente la ficción estará en oposición con la verdad. El hijo que ha nacido uno ó dos años después de la disolución del matrimonio ciertamente que es un hijo natural; sin embargo, será legítimo si nadie ataca su legitimidad. El legislador prefiere esta ficción que á nadie daña, á la realidad, porque proclamar ésta, sería mancillar inútilmente al hijo.

387. Si se pone en duda la legitimidad, ¿el tribunal deberá declarar al hijo ilegítimo desde el momento en que quede probado que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio? ¿ó puede resolver, según la duración excepcional de la preñez, que el hijo pertenece al marido? Nosotros creemos que el tribunal debe pronunciar la ilegitimidad. Esta es la consecuencia lógica de las presunciones admitidas por la ley acerca de la duración de la preñez. Los autores del código civil quisieron poner un término á lo arbitrario que reinaba en la antigua jurisprudencia y á las resoluciones escandalosas favorecidas por este estado arbitrario. Tratándose, sobre todo, de los nacimientos tardíos, había habido escándalo. Habríanse visto parlamentos legitimar á hijos nacidos en el duodécimo, en el déci-

1 Duveyrier, *Discursos*, núm. 17 (Loché, t. III, p. 128).

mo tercero y hasta en el décimo octavo mes después de la disolución del matrimonio (1).

Calificamos estas sentencias de escandalosas, porque eran arrancadas á la justicia en favor de familias poderosas, acerca de cuya inmoralidad los magistrados echaban el velo de la mentira. El legislador debe, siempre que pueda, prevenir la parcialidad y la iniquidad. Esto es lo que ha hecho estableciendo presunciones absolutas en cuya contra no se admite ninguna prueba. Es cierto, por confesión de casi todos los autores, que la prueba contraria no es admitida en el caso del art. 312, cuando se trata de determinar la época de la concepción, cuando el marido estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer por causa de alejamiento ó por impotencia accidental. Cualquiera que sea el favor prestado á la legitimidad, el hijo no será admitido á probar que la preñez ha durado más de trescientos días. ¿Por qué había de permitírsele que rindiese esta prueba cuando el matrimonio está disuelto por la muerte del marido? La ley ha establecido ya una ficción en favor del hijo, declarándolo legítimo cuando nace en el décimo mes que sigue á la disolución del matrimonio. Pero esta ficción debía tener un límite, no sólo por interés de la verdad, sino también, y sobre todo, por interés de una justicia imparcial y honrada.

Hay objeciones sacadas del texto y del espíritu de la ley. El art. 315 dice que la legitimidad *podrá ser debatida*. Estas expresiones, dícese, implican un *debate* y la *facultad* para el juez de decidirlo según sus convicciones, por lo que nada hay de absoluto en esto. Se ha contestado, y la respuesta es perentoria, que el art. 312 dice también que el marido *podrá desconocer* al hijo concebido durante el matrimonio. ¿De esto se deberá concluir que el tribunal tiene

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, § 2, sección II.

el derecho de declarar legítimo á este hijo, si le parece que la preñez ha durado más de diez meses? Demante ha aventurado esta paradoja (1), pero él solo ha quedado en esta opinión. La palabra *podrá* implica, es cierto, una facultad ¿pero cuál? La de poner en duda ó la de no dudar, la de desconocer ó la de no desconocer. En cuanto á la palabra *poner en duda*, no significa no discutir, sino *denegar*. En los trabajos preparatorios, se trató de dos sistemas, uno de ellos que quería la ilegitimidad de pleno derecho, y otro que quería que las partes la solicitasen. El segundo de estos sistemas es el que el código ha consagrado. ¿Cuál es, pues, el sentido del art. 312? El legislador dice: «El hijo que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio es, en verdad, ilegítimo, pero no quiere declararlo tal de pleno derecho; preciso es que las partes interesadas lo soliciten.» Así, pues, es una simple demanda la que la ley prescribe, y la prueba de que el hijo ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio. Rendida esta prueba, el hijo es necesariamente ilegítimo.

Se pretende que esto es injusto, y hasta inmoral; que puede suceder que el embarazo dure más de trescientos días; que, en este caso, interpretada la ley, como nosotros lo hacemos, conduciría á declarar ilegítimo á un hijo que realmente pertenece al marido. Esta objeción la dirigimos al legislador que ha establecido presunciones absolutas, presunciones que casi siempre son favorables al hijo, hasta el punto de que su legitimidad es, las más de las veces, una verdadera ficción. Error se dice: el pensamiento de la ley no es establecer una presunción absoluta en el art. 315. Bigot Prémeneu dice que el nacimiento tardío puede oponerse al hijo si nace trescientos días después de la disolución del matrimonio, después agrega: «No obstante la pre-

1. Demante, *curso analítico*, t. 2º, págs. 63 y 66.

sunción, no será decisiva contra él sino en tanto que no esté debilitada por otras circunstancias.» Lahary es todavía más explícito: se lee en su informe al Tribunalado: «La palabra *podrá*, que es puramente facultativa, descubre el motivo de esta previsora disposición: el artículo quiere que la legitimidad pueda ponerse en duda, pero quiere también que pueda triunfar de todos los ataques que no fuesen fundados.» Estas palabras serían decisivas si estuviésemos en armonía con el texto y con los principios; y están, al contrario, en oposición con el sistema de la ley, y todo lo que pueden es que no hay que prevalerse sino con mucha cautela de los discursos y de los informes.

Lahary, á quien acabamos de citar, nos da de ello un texto menos singular. Cita el caso siguiente, en el cual, según su opinión, el debate de legitimidad debería ser desechado: «Si el hijo probase que su padre divorciado se hubiese acercado á su madre posteriormente á la disolución del matrimonio» (1). El error es palpable; es de toda evidencia que el hijo nacido de tal contacto, siendo concebido después de la disolución del matrimonio, será ilegítimo.

La opinión que acabamos de exponer la profesan la mayor parte de los autores; la jurisprudencia está dividida, y por lo demás, pocos monumentos presenta relativos á esta cuestión (2).

388. Las presunciones que la ley establece acerca de la duración de la preñez, dan motivo, en la aplicación, á una dificultad inextricable. Por los términos del art. 228, la mujer no puede contraer un nuevo matrimonio sino después de transcurridos diez meses después de la disolución del matrimonio precedente. El art. 296 extiende esta dis-

1 Bigot-Prámencau. Exposición de motivos, núm. 13; Lahary Informe, núm. 14 (Loché tomo III, ps. 83 y 106).

2 Véanse las fuentes en Dalloz, en la palabra *paternidad*, números 85 y 86.

posición al divorcio pronunciado por causa determinada: la mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de pronunciado el divorcio. Ha acontecido que las mujeres viudas ó divorciadas no han esperado la espiración de este término para volver á casarse. No siendo el impedimento más que prohibitivo, no puede anularse el matrimonio. Si la mujer vuelta á casar en el mes que siga á la muerte de su marido, pare en el séptimo, octavo ó noveno mes del segundo matrimonio ¿á quién pertenece el hijo? El es hijo del primer marido, si se aplica la presunción de la preñez más prolongada; es el hijo del segundo marido, si se aplica la presunción de la más corta preñez. Hay, pues, incertidumbre respecto á su filiación: esta confusión es la que el legislador ha pretendido evitar, prescribiendo el término de diez meses á la mujer viuda ó divorciada. ¿Cómo había de decidirse la cuestión?

Esta es una de esas cuestiones célebres que han puesto en movimiento la sagacidad de los legistas; y queriendo cada uno de ellos hacer gala de originalidad, ha resultado de esto que sobre poco más ó menos hay tantos pareceres como autores. Pueden verse esos pareceres en Durantón (1). La opinión que mayor número de sufragios reúne entre los jurisconsultos modernos atribuye la decisión del litigio á los tribunales, en el sentido de que éstos juzgarán conforme á las circunstancias, es decir, conforme á la verosimilitud de los hechos conocidos. Si conforme á lo que deponen las personas del arte, la constitución física del niño nacido en el décimo mes fuese tal que por ella se debiese admitir un nacimiento tardío, el juez lo atribuiría al primer marido, á menos que la caducidad, la ausencia ó la enfermedad del marido difunto hiciesen inclinar la balanza hacia el segun-

1 Durantón, t. III, p. 59, núm. 63. Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 91.

do. Si se declarase precoz el nacimiento, el juez se pronunciará por el segundo marido (1). Zachariæ modifica esta decisión en el sentido de que el tribunal evacuará el debate conforme al mayor interés del hijo (2).

Esto nos parece inadmisibile. La ley ha establecido presunciones, precisamente para no dejar nada á la apreciación del juez, por el temor á lo arbitrario y á la parcialidad. Está, pues, dentro de la mente de la ley que la cuestión se decida por la aplicación de las presunciones y no por la deposición de las personas del arte. Siguiendo la opinión de Zachariæ, se acerca uno más al texto y al espíritu de la ley. El tribunal aplicará una ú otra presunción, consultando el interés mayor del hijo. En efecto, trátase del interés del hijo, ó por mejor decir, de su derecho supuesto que lo tiene para pertenecer á una de las dos familias, según que se aplique una ú otra presunción. Supuesto que el derecho del hijo es el que está en tela de juicio ¿por qué no permitirle que él reclame una ú otra filiación? El puede invocar dos presunciones, luego puede elegir. Si se decide por el primer marido, tiene para ello derecho ¿y qué podría oponérsele? ¿la otra presunción? Pero ésta se ha establecido para favorecerlo y puede renunciarla. ¿Con qué derecho, por otra parte, se le impediría una filiación que él no reclama? La opinión que sostenemos es una de aquellas que en el antiguo derecho se profesaban. Es más que una simple teoría y está consagrada por el derecho inglés (3). Esto tiene suma autoridad, por lo menos respecto á los fines teóricos. Dicha opinión se halla en armonía con el espíritu de nuestro código civil, supuesto que no abandona nada a

1 Proudhon, "Tratado sobre el estado de las personas," t. 1^o, página 50.

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 653, pfo. 546.

3 Blackstone, "Comentario de las leyes inglesas," t. II, cap. VIII

11 .2.

arbitrio del juez. Se hace una objeción muy singular. Dejar la elección al hijo, dicese, es tanto como permitirle que se escoja un padre. Así, pues, en definitiva, el hijo será el que se forme un padre. No nos parece seria la objeción. Nó, no es el hijo el que forma al padre, supuesto que invoca una presunción legal: la ley es, pues, la que hace al padre, y no el hijo. Hay más, la misma ley consagra en esta materia una especie de opción en provecho del hijo. Cuando, en el caso del art. 312, se trata de determinar la época de la concepción, existe una época variable del día ciento ochenta al trescientos antes del nacimiento; el hijo se coloca, pues, á su antojo ó bajo la presunción de la más prolongada preñez, ó bajo la de la más corta. Y nada tan lógico como esto. Aquel á quien la ley otorga dos derechos tiene necesariamente la facultad de escoger (1).

389. Una dificultad análoga se ha presentado en un asunto célebre que dió margen á fallos en sentido diverso. Un hijo nace doseientos ochenta días después de la muerte del marido de su madre. Queda reconocido como hijo natural por padre y madre. Más tarde, queda legitimado por el matrimonio de sus padres. ¿Cuál es la filiación de este niño? La Corte de París ha resuelto que el hijo pertenecía al marido difunto, en virtud de una presunción legal: concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido, y esta presunción no puede destruirse sino con el desconocimiento; el reconocimiento y la legitimación no serían capaces de destruir la presunción, arrebatando al hijo un estado que debe á la ley. No fué éste el parecer de la corte de casación, que revocó el fallo de la corte de París. El hijo reconocido y legitimado había muerto en posesión del estado de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Este reconocimiento y esta legitimación aseguran su

1 Arntz, "Curso de derecho civil francés," t. II, p. 275, núm. 327

estado, que no puede arrebatarse la presunción del art. 315, que atribuye el hijo al primer marido, porque esta presunción se ha establecido para proteger al niño nacido dentro de los trescientos días, y que se halla en posesión del estado de hijo legítimo de su padre difunto; así, pues, no podría invocarse contra el hijo que goza de otro estado, porque esto equivaldría á arrebatarse un estado en virtud de una presunción que no tiene aplicación al caso, y que, de ninguna manera, puede redargüirse contra el hijo. La corte de Orleans, á la que se llevó la causa, se pronunció en el mismo sentido (1).

Los autores se hallan divididos: unos se adhieren al partido de la corte de Paris, otros al de la corte de casación. Hay un punto que nos parece claro, y es que el hijo de que se trata tiene dos filiaciones. La corte de Paris invoca, nó el art. 315, sino el 312; el hijo nacido dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio ha sido concebido en el matrimonio; luego tiene por padre al marido, salvo el desconocimiento. Nada puede contestarse á esto. ¿Pero este hijo acaso no tiene una segunda filiación? Reconocido y legitimado, pertenece al padre que lo ha reconocido y legitimado. ¿Podrá decirse que este reconocimiento es nulo, porque equivaldría al reconocimiento de un hijo adulterino? Nó, porque esto sería hacer una falsísima aplicación de la presunción que determina la duración de la preñez, y que es extraña á los hijos naturales. En el caso de que se trata, el hijo reconocido podía ser concebido después de la disolución del matrimonio; si padre y madre se habían casado en el momento del reconocimiento, el hijo habría podido ciertamente invocar el art. 314, se habría

1 Sentencias de Paris, de 16 de Julio de 1839; de la corte de casación, de 23 de Noviembre de 1842, y de la corte de Orleans, de 10 de Agosto de 1843 (Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 94).

presumido que fué concebido en el segundo matrimonio, y por lo mismo que era legítimo. La concepción no era, pues, adulterina; no lo sería sino cuando se pudiese redargüir contra el hijo la presunción de la duración más larga de la preñez; pero ¿no es de toda evidencia que una presunción establecida para asegurar la legitimidad del hijo no podría invocarse para declararlo adulterino? El reconocimiento es, pues, válido, y por consiguiente también lo es la legitimación. De donde resulta que el hijo tiene una doble filiación.

Si el hijo hubiese sido oído en la causa, habría podido decir que hizo su elección, que entiendo ser hijo del segundo marido de su madre. Y no vemos lo que hubiera podido objetarse. ¿Qué pertenece al primer marido por una presunción legal? «Todo lo que prueba esto, habría contestado el hijo, es que yo podría reclamar esta filiación. Este es un derecho que me pertenece, pero ¿no es un absurdo querer imponerme un derecho? Tengo, además, otro derecho y lo empleo. Soy y quiero seguir siendo el hijo del segundo marido de mi madre. ¿Quién puede disputarme el uso de un derecho que debo al reconocimiento de mi padre y á la legitimación?» Pero el hijo había muerto. Desde luego, preciso era decir que él había consumado su elección, porque nunca había pensado reclamar el estado de hijo legítimo del primer marido. Su título y su posesión de estado le aseguraban la calidad de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Su estado, estaba, pues, definitivamente fijado á su muerte, no teniendo nadie el derecho de imponerle una filiación que él no había apetecido.

SECCION IV.—Cálculo de los plazos.

390. La ley fija dos límites extremos para la duración de la preñez, un minimum de ciento ochenta días y un maximum de trescientos. Pero no dice cómo han de contarse estos plazos. De aquí se ha originado una grande incertidumbre en la doctrina; Demolombe se lamenta, y no sin razón dice Valette, que no hay nada más complicado ni más obscuro, y nada más divergente, como las opiniones de los autores. Y no obstante, tales cuestiones son de alta importancia: según como se cuenten los plazos, la filiación de un niño puede ser legítima ó natural, y hasta adulterina. Vamos desde luego á exponer la doctrina que con más generalidad han seguido los autores.

Esta doctrina descansa en dos principios tradicionales. Conforme al primero, los plazos se calculan por días y no por horas. El código Napoleón así lo dice en materia de prescripción (art. 2260). Entiéndese por día el espacio de veinticuatro horas, de donde se infiere que no se toman en consideración las fracciones de día en el cómputo de los plazos. Un segundo principio excluye del cálculo el primer día del plazo, precisamente porque no sería más que una fracción de día, mientras que dicho principio incluye el día del término, en el sentido de que debe transcurrir íntegramente (código de procedimientos, art. 1033; código civil, art. 2061). Por aplicación de tales principios se calculan los plazos de ciento ochenta y de trescientos días, no de momento á momento, sino de día á día, excluyendo el primero, llamado en el lenguaje de escuela el *dies a quo*. La ley dice que el hijo nacido antes del día ciento ochenta del matrimonio no puede ser desconocido; el día en que se celebre el matrimonio no se computa; se necesitan, pues,

ciento setenta y nueve días completos entre el día del matrimonio y el del nacimiento; de modo que si el matrimonio se celebró el 1º de Enero y el niño nació el 27 de Junio, no será concebido durante el matrimonio; y por lo tanto podrá ser desconocido, porque nacerá el día ciento setenta y nueve, siendo así que se necesitan ciento setenta y nueve días completos. Si nace el 30 de Junio, transcurridos los ciento setenta y nueve días, se presumirá el hijo concebido durante el matrimonio y no podrá ser desconocido. El mismo cálculo se hace para el plazo de trescientos días. El día de la disolución del matrimonio no entra en el cómputo; bastan, pues, doscientos noventa y nueve días completos para formar el plazo de trescientos días; es decir, que el hijo que nace el día trescientos será reputado todavía como concebido en el matrimonio (1).

Queda por probar que estos cálculos concuerdan con la ley. El art. 315 dice que la legitimidad del hijo *nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio* podrá ser puesta en duda. Estas expresiones, *después de la disolución del matrimonio*, parecen indicar que no hay que contar en el plazo el día de la disolución; y las expresiones *nacidos trescientos días* implican que los trescientos deben haber transcurrido; lo que viene á terminar en nuestro cálculo, según el cual, el hijo concebido el día trescientos se presume todavía que fué concebido durante el matrimonio.

Hay mayor dificultad en el caso del art. 314, que dice: «El hijo que nace el día ciento ochenta *del matrimonio*, no podrá ser desconocido.» Estas palabras *del matrimonio* parecen decir que el día de la celebración se incluye en el plazo, y el buen sentido también nos lo dice, supuesto que

1 Demolombe, t. V, p. 13, núm. 19. Zachariæ, t. III, p. 623, nota 4. Dalloz, en la palabra *paternidad*, núms. 27-29.

la concepción puede tener lugar ese día. A esto se contesta que es imposible incluir el *dies á quo* en el cálculo de los días cuando se trata del mínimum de la preñez, siendo así que se le excluye en el cálculo del máximum. En efecto, en el caso del art. 312, los dos plazos concurren para formar la época en la cual puede tener lugar la concepción; se necesita, pues, una manera uniforme de contar los plazos: desde luego se debe, ó incluir en todos los casos el *dies á quo*; en los plazos, ó excluirlo en todos los casos. El último sistema está en armonía con el principio tradicional respecto al *dies á quo*; está consagrado por el texto del art. 315 y no es contrario al art. 314: esta última disposición habla del día ciento ochenta del matrimonio, pero no nos dice lo que debe entenderse por día; ahora bien, los plazos no se cuentan por horas, lo que excluye las fracciones de día, y, en consecuencia, el día en que se celebró el matrimonio.

391. La opinión general que acabamos de exponer, descansa en una base muy frágil, son dos principios tradicionales. Trátase de saber si deben contarse los plazos por días ó por horas. Demolombe dice que el cómputo debe hacerse por días y no por horas, y que esto es una verdad incontestable (1). ¿En qué se funda esta verdad? En el título de la *Paternidad*, la ley permanece muda, y todos lo lamentan. Para que esta manera de contar, fuese una verdad incontestable, sería preciso que el legislador hubiese establecido en otra parte una regla general, aplicable á todos los casos. Y bien, esto no lo ha hecho el legislador. Cítase el art. 2260; éste decide, en efecto, la cuestión para el cálculo de la prescripción: en esta materia, los plazos se cuentan por días y no por horas. Pero la disposición del art. 2360 es especial, y nada nos autoriza para elevarla á

1 Demolombe, *curso del código Napoleón*, t. 5º, p. 12, núm. 18.

regla general. Hay razones para que la prescripción no se cuente por horas: y es qué las más de las veces sería imposible fijar de una manera precisa la hora en la cual comenzó y la hora en la cual se cumplió; si se recurre á los autos, están fechados por días y no por horas; si se apela al testimonio de los hombres, ¿quién podrá recordar la hora en que comenzó hace diez, veinte ó treinta años, un hecho de posesión por sí mismo muy insignificante, y que por lo mismo no llama la atención? Estos motivos explican la disposición especial del art. 2260, pero son por completo extraños á la materia de la filiación. Un matrimonio se celebra el 1º de Enero; la duración más corta de la preñez es de ciento ochenta días: ¿cuál será el punto de partida del plazo? El sentido común contesta: «El momento en que ha venido á ser posible la concepción durante el matrimonio; y bien, la concepción es posible desde el instante en que se celebra el matrimonio. ¿Qué importa que no sea más que una fracción de un día, si precisamente durante esas doce ó catorce horas la concepción ha sido posible, y, más decimos, probable? Luego por horas y no por días es como debe computarse. Nosotros decimos que los motivos que han hecho que se establezca otra regla en materia de prescripción, nada tienen de común con la filiación. La verdad habría exigido que se calculase por horas, porque se trata de comprobar el estado real de las cosas y no de proceder por ficciones. Si la ley no lo ha hecho, es porque era imposible. ¿Es también imposible precisar el momento en que el matrimonio se celebra, y en seguida el momento del nacimiento? Las actas del estado civil indican la hora en que son recibidas, y esto es una de las enunciaciones que prescribe el art. 34; y el oficial público debe también mencionar la hora del nacimiento por declaración de los comparecientes (art. 57). Así, pues, se tiene una prueba legal que

comprueba la verdad. ¿Por qué dejar la realidad de las cosas para recurrir á ficciones? Si estas ficciones estuviesen consagradas por la ley, habria que aceptarlas. Pero la ley las ignora; hay, además, que decir, que nos separan de la ley. Conforme al espíritu y al texto de la ley, el mínimum de la preñez es de ciento ochenta días; sin embargo, por el cálculo tradicional, se halla que este plazo está reducido á ciento setenta y nueve días. Nueva ficción, y ficción que está fuera de la ley. Hay que contar ciento ochenta días de veinticuatro horas, contando desde la hora en que se celebró el matrimonio hasta la hora en que el hijo nació; este será legítimo si tal número de horas ha transcurrido, ilegítimo si no han transcurrido.

Otro tanto decimos del plazo de trescientos días. Se contará igualmente desde la hora en que se disolvió el matrimonio, hasta la hora del nacimiento. Se presumirá que el hijo nacido dentro de tal plazo, fué concebido durante el matrimonio, y, por consiguiente, que es ilegítimo; el que nazca después de este número de horas, habrá sido concebido después de la disolución del matrimonio, y, por tanto, será ilegítimo. Este cálculo está en armonía con la realidad de las cosas, tanto como una ficción puede concordar con la realidad. Porque estamos en el terreno de una ficción, no solamente por la duración del plazo, sino también por el punto desde el cual debe comenzarse á contar. El plazo corre desde el momento ó desde la hora en que el matrimonio se disuelve: lo que supone que la concepción ha podido tener lugar en el instante en que precedió á la muerte ó á la declaración del divorcio. Ciertamente que esa es una ficción poco probable, pero que por lo menos está en el orden de las cosas posibles. Mientras que el cálculo usual, que excluye el día de la disolución, implica que la concepción ha podido tener lugar en todo el intervalo del día de

la disolución, no comenzando á correr dicho plazo sino desde el día siguiente: lo que es soberanamente absurdo. Queda por saber si la muerte puede probarse con la misma exactitud que el nacimiento. Ahora bien, nos encontramos con que el código Napoleón no prescribe la enunciaci6n de la hora y ni siquiera la del día del fallecimiento (art. 19). Cierta es que los oficiales públicos marcan la hora del fallecimiento por las declaraciones que, en caso necesario, exigen á los declarantes; ¿pero qué fe ha de darse á esta enunciaci6n? Como la ley no la prescribe, hay que decidir que no tiene fe ninguna: no es más que el testimonio dado fuera de la ley. De todos modos, lo cierto es que á falta de la prueba literal, puede recurrirse á la testimonial. Esto es lo que el legislador ha supuesto. Esta prueba es mucho más segura en materia de filiación, que en materia de prescripci6n. La muerte es un hecho grave que impresiona á los más indiferentes; tal instante solemne no se borra ya de su memoria, en tanto que el hombre cuyos recuerdos son fidelísimos, olvidaría fácilmente los hechos de posesi6n de que accidentalmente ha sido testigo.

Valette ha sido el primero en proponer el sistema por nosotros adoptado (1). La más reciente jurisprudencia se pronuncia en tal sentido (2).

Nosotros aplicamos este cálculo á todos los casos, aun cuando el marido desconozca al hijo á causa de imposibilidad física de cohabitar (art. 312). Se ha objetado que era imposible precisar con certidumbre la hora en la cual comenzó ó cesó tal imposibilidad de cohabitaci6n (3). La ob-

1 Valette, *explicaci6n sumaria* del primer libro del *código civil*, páginas 164 y siguientes.

2 Fallo del Tribunal de Arras de 6 de Mayo de 1857; sentencias de Poitiers, de 24 de Julio de 1855, y de Angers, de 12 de Diciembre de 1867, Dalloz, 1858, 2, 138; 1865, 2, 129; 1867, 2, 201.

3 Arntz, *Curso de Derecho Civil*, t. 1.º, p. 266; 4.º, núm. 505.

jeción no es seria. Cuando esto es á causa de alejamiento, existe un hecho exterior, el viaje, cuyo principio y cuyo fin son muy fáciles de verificar. Si el marido alega la impotencia accidental, se puede todavía, según nosotros, determinar con certidumbre la fecha del accidente lo mismo que la curación, si es que la hay. Respecto á la enfermedad interna, difícil sería la cosa; pero, á nuestro juicio, la enfermedad no se admite como causa de imposibilidad para cohabitar.