

TITULO SEXTO.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

CAPITULO I.

DE LOS HIJOS LEGITIMOS.

Art. 290. Se presumen por derecho legitimos:

I. Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio:

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

Art. 291. Contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de haber sido fisicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Art. 292. El marido no podrá desconocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legiti-

midad; á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, ó haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses.

Art. 293. El marido podrá desconocer al hijo nacido despues de trescientos dias contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separacion definitiva por divorcio, ó la provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo ó el tutor de éste pueden sostener en estos casos la legitimidad.

Art. 294. El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio:

I. Si se probase que supo ántes de casarse, el embarazo de su futura consorte: para esto se requiere un principio de prueba por escrito:

II. Si asistió al acta del nacimiento; y si ésta fué firmada por él, ó contiene su declaracion de no saber firmar:

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

Art. 295. Las cuestiones relativas á la filiacion y legitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de la disolucion del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona á quien perjudique la filiación ó la legitimidad del hijo.

Art. 296. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la legitimidad del hijo, deberá deducir su accion dentro de sesenta dias contados desde el del nacimiento, si estaba presente: desde el dia en que llegue al lugar, si estaba ausente; y desde el dia en que descubra el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Art. 297. Si el marido está en tutela por causa de demencia, imbecilidad ú otro motivo que le prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejerciere, podrá hacerlo el marido despues de haber salido de la

tutela; pero siempre en el plazo ántes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

Art. 298. Cuando el marido, teniendo ó no tutor, ha muerto sin recobrar la razon los herederos pueden contradecir la legitimidad en los casos en que podria hacerlo el padre.

Art. 299. Los herederos ó el marido, excepto en el caso de artículo anterior, no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebracion del matrimonio, cuando no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer la reclamacion dentro del término hábil para hacerla, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta días desde aquel en que el hijo hayu sido puesto en posesion de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por lé en la posesion de la herencia.

Art. 300. Si la viuda contrajere segundas nupcias dentro del período prohibido por el art. 287, la filiacion del hijo que naciere, celebrado el segundo matrimonio, se establecerá conforme á las reglas siguientes:

I. Se presume que el hijo es del primer marido, si nace dentro de los doscientos diez días inmediatos á la muerte de éste. El que niegue la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido:

II. Se presume que es hijo del segundo marido, si nació despues de doscientos diez días, contados desde la celebracion del matrimonio:

III. Se presume que es hijo natural si nació despues de los doscientos diez días siguientes á la muerte del primer marido y antes de doscientos diez días contados desde la celebracion del segundo matrimonio.

Art. 301. El desconocimiento de un hijo, de parte del mari-

do ó de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo acto de desconocimiento, practicado de otra manera, es nulo.

Art. 302. En el juicio de contradicción de la legitimidad serán oídos la madre y el hijo, á quien, si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.

Art. 303. Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nace con figura humana y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al registro civil.

Art. 304. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca y por nadie podrá entablarse demanda de legitimidad.

Art. 305. No puede haber sobre la filiación legítima ni transacción ni compromiso en árbitros.

Art. 306. Esta prohibición no quita á los padres la facultad de reconocer á sus hijos, ni á los hijos mayores la de consentir en el reconocimiento.

Art. 307. Puede haber transacción ó arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación, legalmente declarada, pudieran deducirse; sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo legítimo.

SECCION 1ª

§ 1º PRINCIPIOS GENERALES.

1. Despues de haber tratado del matrimonio, fundamento de la familia y base de la sociedad, pasa naturalmente el legislador á ocuparse de los hijos que de aquel proceden. Este punto, como parecerá aun á primera vista, es de la mayor importancia en el Derecho, pues necesitase saber quienes son hijos de tal persona, para decidir multitud de cuestiones relativas á alimentos, sucesion, patria-potestad, tutela, etc., etc. Asi es

que desde la más remota antigüedad, las leyes se han dedicado á exponer esta materia, que viene á ser como el complemento necesario de las anteriores.

2. *Paternidad y filiacion* son dos términos correlativos que corresponden á un mismo concepto aunque bajo diverso aspecto; el primero se emplea tomando por punto de partida al padre para significar su relacion con el hijo, y el segundo, para demostrar, teniendo por objeto al hijo, su relacion con el padre.

3. De ninguno de sus secretos se ha mostrado tan avara la naturaleza como de éste, que se refiere á la generacion de los seres. La más completa oscuridad ha dominado siempre esta investigacion, y ni la ciencia médica moderna, cuyos incesantes progresos se señalan con tanta gloria para el sabio en la sucesion de los tiempos, puede aun envanecerse de haber disipado las tenaces dudas sobre este punto. Así es que todavía podriamos hoy decir como el viejo Homero: *Nondum aliquis suum genitorem ipse novit.* (1). Hé ahí pues que el más soberbio de los seres que pueblan la creacion, por más esfuerzos hechos, no ha logrado conocer su origen material y tangible; esto hacia decir á Plinio: *Miseret me atque etiam pudet; aestimantem quam sit frivola hominis, animantium omnium superbissimi, origo. . . . Heu dementiam existimantium ab iis initiis ad superbiam genitos.* (2)

Pero ¿podrá dejarse en tal oscuridad la solucion de un punto tan grave y trascendental? Todo exige que la jurisprudencia sepa á que atenerse en esta materia, á la cual se refieren un sin número de derechos y obligaciones del orden civil. Sin una regla á la cual obedecer en la designacion de la paternidad,

(1) Homero, *Odyssca*, lib 1.

(2) Plinio, *Hist. Natur.*, lib. 7, cap. 7.

los mayores abusos y las más atroces injusticias se entronizarían en el seno de las familias, viniendo el derecho á convertirse en funesto elemento de crímenes y desordenes en la sociedad. Mas establecida la imposibilidad de investigar el misterio de la generacion ¿cuál sea la regla á que deba sujetarse el legislador para fijarla?

Largo seria enumerar los diversos sistemas puestos en práctica por la ciencia del derecho para arrancar esta materia de las vaguedades en que necesariamente está encerrada. Bástanos decir que, lanzado el jurisconsulto antiguo al campo de las conjeturas, ha aceptado como pruebas de la filiacion, ya la frecuencia del trato entre los esposos, ya la buena reputacion de la esposa, ora la informacion de testigos, ora, en fin, la semejanza física del presunto hijo con el pretendido padre.

4. La costumbre que en la sociedad se sigue generalmente de tener por padre de tal individuo al marido de su madre, costumbre muy racional y fundada, segun lo explicaremos mas adelante, impide quizá conocer en qué consiste la imposibilidad de establecer por pruebas incontrovertibles la paternidad. Pero, reflexionando en que, dada la fragilidad de la naturaleza humana, ni aun la misma madre puede saber con perfecta certidumbre quien es el padre del hijo que ha concebido, lo cual puede suceder aun durante el matrimonio; y si se atiende á que, disuelto este, puede la viuda contraer segundas nupcias dando despues á luz un hijo cuya procreacion será siempre muy difícil fijar respecto al primero ó al segundo de los maridos, se vendrá en cuenta de la oscuridad que encubre la paternidad, la cual no se manifiesta, como los demas hechos jurídicos, por signos ó demostraciones materiales, ni está por consiguiente sujeta á pruebas ciertas é indubitables.

No sucede lo mismo con la filiacion, por lo que hace á la madre, porque la maternidad, siendo precedida del largo tiempo del embarazo y marcada por el acontecimiento del parto, es

fácilmente susceptible de pruebas, conforme á las reglas comunes del derecho, lo cual es exacto, aunque la madre no sea casada. Así decía con toda propiedad una ley romana: *Semper certa est mater, etiamsi vulgo conceperit* (1). Por esto la antigua jurisprudencia enseñaba: *filiationis probationem duplicem esse, aliam videlicet veram, præsumptivam aliam: vera et certa tantum datur ex parte matris, cum evidenter probari possit illum ex illa natum fuisse.*

¿Cómo podrá pues probarse, dada la imprescindible necesidad de hacerlo, la filiacion con respecto al padre? Acabamos de verlo: por medio de presunciones, es decir, por medio de esa argumentacion en la cual de un hecho conocido deducimos el desconocido que tratamos de averiguar. “Aunque nada sea mas importante para el hombre, dice el Canciller D’Agueseau, que el conocimiento de su estado, es necesario confesar sin embargo que no hay nada que esté mas oculto. Su nacimiento y origen, su cualidad de hijo y de hijo legítimo son otros tantos misterios cuya prueba parece que rehusa la naturaleza. Vanos son todos los esfuerzos para asegurarse de esto absolutamente: nadie, como ha dicho el mas antiguo de los poetas, puede conocer á su padre, y todavia menos, probarlo á los otros. Seria pues inútil buscar pruebas verdaderas, pruebas ciertas y auténticas, en un asunto que no admite á lo mas sino congeturas, presunciones, probalidades. Lo que decide del nacimiento de los hombres, no es el grado de certidumbre, sino el grado de verosimilitud; y cuando esta verosimilitud está apoyada en la ley, aprobada por las enseñanzas de los doctores, confirmada por la autoridad de la cosa juzgada, adquiere el nombre y la fuerza de presuncion legítima; y es considerada, por decir así, como una débil luz de la verdad, que hace veces de faro para aque-

(1) *Dig. lib. 2, tit. 4, l. 5.*

llos que marchan en las tinieblas (1).” Ahora bien ¿cómo se establece esta prueba presuncional? Hay un hecho perfectamente susceptible de demostracion, es á saber, el matrimonio y de este habrá de deducirse la paternidad. ¿Por qué? Cuando la madre es conocida, dice Merlin, y casada, su marido es considerado como el padre del hijo que ella da á luz..... Esta máxima es recibida como el fundamento mas sólido del estado de los hombres, como el lazo mas sagrado de la sociedad; es la religion, la dignidad del matrimonio, la honestidad pública quien la ha dictado (2). En la imposibilidad de penetrar el misterio de la generacion, importa sin duda un luminoso concepto ese principio que, desde las leyes romanas, viene repitiéndose por todos los Códigos, como una fórmula tutelar y salvadora del estado civil de los hombres: *pater is est quem nuptiæ demonstrant* (3). El grado de certidumbre que en ella se funda, está basado sobre una verdad de vulgar jurisprudencia, verdad que resiste á toda discusion, principalmente en materia criminal: no debe suponerse jamas sino lo que sucede generalmente; el crimen no debe nunca presumirse, sino solo establecerse por medio de pruebas irrefragables. ¿Podremos suponer que la mentira, la infidelidad y el adulterio son otra cosa que la excepcion del orden que reina generalmente en las familias? Si al romano de las Bacanales no le pareció pretenciosa aquella máxima ¿podremos rehusarle nuestro asentimiento los que vivimos en la décima nona centuria de civilizacion cristiana? Seguros estamos de la respuesta que á tales preguntas dirija la conciencia humana. Es fuera de duda: el crimen no se introduce sino rara vez al hogar, y cuando lo hace, necesita ó de difíciles y peligrosos ardidés, ó de cierta máscara de virtud,

(1) D'Aguesseau. *Plaidoyer* 34.

(2) Merlin. *Repert.* “Legitimité” sect. 2. § 1.

(3) *Dig.* lib. 2, tit. 4, l. 5.

circunstancias ambas que persuaden de que aquel no es la norma de la sociedad sino la excepcion aun en la vida de los individuos. En una palabra, si el amor no reina, como soberano, en muchos matrimonios, sí triunfa las mas veces el deber y esto basta para justificar la presuncion de paternidad fundada en la máxima romana. "Nada es mas fuerte, decia el sabio D'Agueseau, que esta presuncion. La ley no presume jamas el crimen; siempre favorable á la inocencia, cuando un mismo efecto puede tener dos causas, la una injusta, la otra justa y legítima, rechaza absolutamente la primera y se une sin vacilar á la segunda. Así, aunque pueda suceder que un hijo concebido durante el matrimonio sea deudor de la vida al solo crimen de la madre, sin embargo, *porque es posible que no la deba sino á la union honorable de una mujer con su marido, se presume siempre que la madre es inocente y el hijo legítimo, hasta que lo contrario sea demostrado por pruebas evidentes* (1).

5. He ahí pues ya la prueba de la paternidad, establecida sobre una presuncion, es cierto, pero tan vehemente, tan sólida, tan natural, que, de negarla, se seguiría que el desorden más monstruoso reina como soberano en el mundo. Esta presuncion no se aplica sino á los hijos *concebidos* durante el matrimonio, siendo indiferente la época de su *nacimiento*. ¿Este sucede despues de la disolucion de aquel; pero el hijo ha sido concebido durante el matrimonio? El hijo tiene á su favor la presuncion de legitimidad. ¿El hijo ha sido *concebido* antes del matrimonio y nace, ya celebrado aquel? O bien, ¿el hijo ha sido concebido despues de disuelto el matrimonio? En uno y en otro caso, el rigor lógico de los principios deberia llevarnos á esta conclusion: se presume que el hijo es ilegítimo, puesto que en uno y en otro la concepcion es

(1) D'Agueseau, *lugar antes citado*.

extraña al matrimonio; luego se hace inaplicable la máxima: *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. En efecto, ¿qué nos mueve á atribuir la paternidad al marido de la madre? Lo hemos dicho: la presuncion de que ésta no ha concebido sino por obra de aquel. Luego siempre que se trate de hijos *concebidos* antes ó despues de disuelto el matrimonio, debe cesar la presuncion de paternidad en orden al marido de la madre. En otros términos, si los hijos concebidos durante el matrimonio se presumen del marido de la madre, los concebidos fuera de aquel, deben presumirse no ser hijos de éste.

Sin embargo, tal conclusion es no solo contraria á la ciencia jurídica, sino tambien á los principios que dominan esta materia. La cuestion puede expresarse en la siguiente formula: así como hay presuncion de legitimidad ¿la hay tambien de ilegitimidad? Desde luego conviene que veamos aqui algo superior á un simple juego de palabras. La presuncion de paternidad es obra de la ley, equivaliendo á la afirmacion que ella hace de un hecho hasta la prueba en contrario, cuando esta es aceptable. Ahora bien, dada una presuncion de la ley, sus efectos deben producirse, si las personas á quienes ella perjudica no la atacan. Así leemos en los maestros del derecho: *nam si lex ipsa probat pro eo, pro quo stat ipsa præsumptio, satis constat legem hanc habere pro vera et legitima probatione, et propterea sufficit ipsi debitori, allegare præsumptionem ipsam. Præsumptio rejicit probandi onus in adversarium.* (1). En consecuencia, si los hijos nacidos pero no concebidos durante el matrimonio se presumen por la ley ilegítimos, este carácter tendrá que subsistir en caso de silencio por parte de los interesados y sin necesidad que el marido ó sus herederos

(1) Jacob Menochius, *De Præsumptionibus*, libs. 4. 116 núm. 34 y 3, 141, núm. 21.

soliciten la declaracion de ilegitimidad. Por el contrario, si tales hijos no son considerados por la ley como ilegítimos, si al nacer no tropiezan con la desfavorable presuncion de ilegitimidad, el silencio de sus adversarios no podrá menos que servirles para ser tenidos como legítimos, ejerciendo en la familia y en la sociedad todos los derechos inherentes á esa condicion de legitimidad, condicion, si no tan sólida y verdadera como la de los hijos efectivamente concebidos durante el matrimonio, siquiera tan sostenida y valiosa, porque por nadie, ni por nada, habrá sido disputada ó puesta en duda.

6. ¿Cual de estos dos sistemas es más aceptable ante los principios de la ciencia, independientemente por el momento de todo texto legal? Para resolver esta cuestion, creemos necesario distinguir entre los hijos concebidos fuera del matrimonio. Si se trata de los hijos concebidos *antes*, pero nacidos *durante* el matrimonio, pensamos que debe favorecerles la presuncion de legitimidad, no pudiendo esta desaparecer sino mediante el desconocimiento hecho en demanda en forma por el marido ó sus herederos. La presuncion, pues, contenida en la fórmula, *pater est quem nuptiæ demonstrant*, debe ser aplicable á estos hijos lo mismo que á los concebidos durante el matrimonio, con la sola diferencia de los medios empleados para combatir una y otra presuncion. La de legitimidad en favor de los hijos concebidos durante el matrimonio es, por explicarnos asi, real y efectiva; se funda, como lo hemos dicho, ya en la verosimilitud de que sea legítimo el parto procedente de los cónyuges, cuya vida constantemente comun, se desarrolla bajo un mismo techo, ya en la ineludible necesidad de suponer, por lo que sucede generalmente, que, ó el afecto ó el deber hacen que la esposa no conciba sino de la obra del marido. Esta presuncion, pues, que traduce la creencia social más constante respecto á tales hijos, forma la regla general, el criterio primero y fundamental de

la legitimidad. Creacion de la ley, esta presuncion solo admite en contrario, no otra presuncion sino verdaderas pruebas de que es absolutamente inverosímil ó imposible. Por esto la misma ley que establece dicha presuncion, tiene cuidado, como lo expondremos más adelante, de expresar cuáles son las únicas pruebas que permite en contra de aquella.

En cuanto á la presuncion en favor de los hijos concebidos antes pero nacidos durante el matrimonio, no debe ser considerada, en nuestro concepto, sino como una excepcion de la regla anterior, reconocida en favor de los hijos. Menos robusta y fundada que la primera, esta presuncion es á aquella lo que la posesion es á la propiedad; pero, no siendo combatida, existe y debe producir todos sus efectos. Creemos que la ley tiene que suponer que el hijo pertenece á aquel que se ha casado con la mujer en cinta. Sin embargo, una diferencia no poco importante separa las dos presunciones: para combatir la primera, el marido ó sus herederos tienen que *probar* la imposibilidad de la concepcion que esta presuncion supone; mientras que para contradecir la segunda, bastará al marido el desconocimiento, señalando dos fechas: la del matrimonio y la del nacimiento del hijo. Si tal contradiccion falta, el hijo es legítimo. Poco importa que esta legitimidad sea una mera ficcion contraria á la verdad. ¿Seria justo que la ley proclamara la ilegitimidad *ipso jure* en contra del infeliz hijo, cuando ni los mismos interesados le desconocen?

Pero supongamos que se trata de hijos concebidos y nacidos *despues* de la disolucion del matrimonio. ¿Su ilegitimidad debe ser presumida por la ley, estando, por consiguiente, á cargo del hijo, la iniciativa de la demanda de legitimidad? Exponiendo, como lo hacemos por ahora, simplemente nuestro parecer, con entera abstraccion de toda ley positiva sobre la materia, creemos que la ilegitimidad procede de pleno derecho respecto de estos hijos. La razon es obvia: ¿cómo declarar legítimo á un

hijo á quien no ampara ya ni la sombra del matrimonio? La presuncion, por favorable que sea, no debe establecerse nunca en contra de la verdad evidente. De aceptarse la legitimidad presunta hasta el desconocimiento del marido ó de sus herederos, respecto al hijo, concebido y nacido despues de la disolucion del matrimonio, se seguiria el absurdo de que aun los hijos nacidos dos, tres ó cuatro años despues deberian tambien presumirse legítimos. Mas adelante volveremos á estudiar estas cuestiones, descendiendo ya á su aplicacion, segun nuestras leyes vigentes.

7. Volviendo á los fundamentos de la regla: *pater est quem nuptiae demonstrant*, hemos dicho que ella es una necesidad á que ha tenido que recurrir el legislador, para no dejar á merced de dudas é incertidumbres un punto tan importante como es el estado de los hombres. Pero la presuncion sobre que esta regla se apoya, implica otra presuncion, igualmente necesaria y para la cual el legislador ha tenido que consultar á la ciencia de la naturaleza física, como para la primera habia consultado á la ciencia de la naturaleza moral. El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre; tal es el sentido de aquella regla; en consecuencia se supone que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio. Mas ¿cómo saber la fecha precisa de la concepcion? En el misterio que envuelve este fenómeno físico, tal fecha no puede ser determinada sino conociendo la del nacimiento. Aun conocida ésta, subsiste la dificultad, pues no se sabe cuánto dura la preñez, la cual no tiene un período fijo, segun la ciencia ha llegado á comprobarlo. Tal estado de cosas ha obligado al legislador á establecer dos límites extremos: uno para las gestaciones mas cortas y otro para las mas largas, cerrando así la puerta á célebres y antiguos debates en que los médicos mas ilustres se han dividido, exponiendo cada uno en favor de su tesis razonamientos y experiencias mas ó menos especiosos. El juriconsulto Paulo

nos da cuenta sin duda de la doctrina mas antigua sobre esta materia: *Septimo mense*, dice, *natus matri prodest: ratio enim Pytagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur* (1). Y en otra parte él mismo enseña: *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse* (2). Hagamos á un lado las pocas cuestiones que se han suscitado sobre el verdadero sentido de estas leyes, así como las diversas enmiendas que han sufrido de parte de los jurisconsultos (3), y consignemos que la doctrina mas comunmente aceptada, en órden á la duracion de la preñez, era que ella tardaba cuando menos ciento ochenta dias completos y cuando mas, trescientos, sin pasar al exceso. Así nos lo dicen Ulpiano y Gallo; el primero con su acostumbrada exactitud asienta: *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum*: (4), y el segundo no puede ser mas claro, cuando enseña: *Si post mortem in decem mensibus proximis natus erit hæres esto* (5). Esto supuesto, resulta que el hijo será legítimo: 1º si nace despues de ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio; 2º si nace dentro de ó á los trescientos dias de disuelto aquel. Este mismo sistema ha sido seguido por los legisladores modernos, segun lo demostraremos en su oportunidad.

(1) *Pauli Sentent.* lib. 4, tít 9, núm. 5.

(2) *Dig.* lib. 1, tít. 5, l. 12.

(3) Jacques Godefroy. *Bibliotheca juris civilis*, part. 1. cap. 5. núm. 7. —Noodt, *sobre el Digesto*, lib. 1. tit. 6—Gallien. *Œuvres*, pág. 340.—Ferraris. *Prompta Bibliotheca*, "Filius" núms. 8 á 13.

(4) *Dig.* lib. 38, tit. 16, l. 3. § 12.

(5) *Dig.* lib. 28, tit. 2, l. 29—Aulo-Gelio *Noct. atticæ*, lib. 3. cap. 16.

8. Hemos aquí pues en presencia de dos presunciones para probar la legitimidad de los hijos: la que enuncia la máxima romana, *pater est quem nuptiæ demonstrant* y la que se refiere al tiempo de la gestacion. Los maestros del derecho distinguen tres especies de presunciones: la una, que se llama *juris et de jure*; la segunda que se denomina sencillamente *juris*; y la tercera, que tiene el nombre de *præsumptio hominis*. Un autor clásico en esta materia define y esplica perfectamente el valor y condiciones de cada una de estas presunciones: *Dicitur enim juris, enseña Mascardo, præsumptio quia á lege introducta fuit; de jure verò, quia super hac præsumptione lex firmum sancit jus et eam pro veritate habet..... ut etiam judicem secundum eam pronuntiare permovere possit, adèo ut etiam uno consensu á nostris sit traditum contra talem præsumptionem non debere admitti probationem in contrarium..... ex quo fit, ut hanc pro se præsumptionem habens aliter probare non obligetur, sed lex ipsa satis probationem faciat..... Juris præsumptio illa vocatur, quando lex aliquid de aliquo præsumit, et ex hac præsumptione ultra sese non proferens eadem lex aliquid sancit..... In plurimis locis, contra istam præsumptionem admittitur probatio in contrarium Præterèa quando ista præsumptio stat pro aliquo, pars adversa, quæ contrarium probare velit, duriore probatione gravatur: adèo ut probationes efficaciores requirantur..... Præsumptio hominis est quæ in jure non est expressa, sed judici committitur (1).* Ahora bien ¿á cuál de estas tres clases pertenecen las dos presunciones de que hemos hablado? Examinemos la primera, consignada en la regla, *pater est is quem nuptiæ demonstrant*. ¿Cómo poner en duda que esta presuncion está escrita en la ley, revestida de su autoridad y llena de un vigor que todos los

(1) Mascardo, *De probationibus*, Quæst. 10, núms, 23, 31 y 48.

doctores y la jurisprudencia toda, desde la mas remota antigüedad, han respetado? Pero ¿encierra ella una verdad necesaria, infalible, indubitable? Basta considerar el fundamento de esta presuncion para convencerse de que ella no significa que, segun el legislador, el matrimonio sea una prueba cierta é irrefragable de la paternidad. Como lo hemos antes manifestado, y dada esta materia en que es imposible tener pruebas evidentes, la necesidad ha exigido conformarse con probabilidades. Pero éstas ¿no son tales que deban ceder á otras probabilidades contrarias? ¿Una razon de mera posibilidad deberá siempre prevalecer, aun sobre la contraria de imposibilidad? En todo tiempo los jurisconsultos, los filósofos y los legisladores han reconocido que, por santa y vigorosa que sea la presuncion legal de la paternidad, no debe admitirse á pesar de lo imposible y lo evidente. “La verosimilitud y la probabilidad, dice D’Aguesseau, sirven de fundamento á esta presuncion; pero como nada está frecuentemente mas léjos de la verdad que la verosimilitud, y como la falsedad tiene tambien con frecuencia una aparente probabilidad, sucede con esta presuncion como con todas aquellas que se apoyan sobre el mismo principio: pueden ser destruidas por otros argumentos, y si la verosimilitud, que constituye toda su fuerza, es combatida por razones más sólidas, los jueces rechazan las falsas luces, para otorgar sus sufragios á las solas luces de la verdad..... Toda presuncion está fundada sobre la liga natural que existe entre la verdad conocida y la que se busca; y como esta liga puede ser mas ó menos necesaria, es evidente que las presunciones pueden ser tambien más ó menos infalibles, y que este grado de certidumbre dependerá de la relacion que hubiere entre el hecho que se conoce, y aquel que se ignora. Si esta consecuencia es necesaria, si es imposible que la primera verdad sea cierta y que la segunda sea dudosa, la presuncion es entón-

ces considerada como la más segura de todas las pruebas, y puede por si sola producir una perfecta convicción en el espíritu del juez. Asi, por ejemplo, cuando para demostrar la falsedad de una pieza, se justifica, por testimonios auténticos, que aquel por quien aparece firmada, estaba ausente el día que aquella se otorgó, este solo hecho es una prueba convincente de la falsificación, porque es imposible que la ausencia sea cierta, y que el acto sea verdadero. Si, al contrario, no hay consecuencia absolutamente necesaria entre el hecho cierto y el que se quiere probar, la presunción es solo verosímil y en este caso los doctores distinguen: ó la probabilidad de la presunción es reconocida por la ley, ó no es expresamente aprobada por el legislador. Si lo primero, aunque este argumento no fuese bastante fuerte para excluir toda prueba contraria, es sin embargo considerado como la verdad, hasta que se haya destruido por argumentos invencibles. Si la ley no ha autorizado la presunción, está sometida á la prudencia del juez, quien debe graduarla y valorizarla (1).”

Ahora bien, la jurisprudencia romana, proclamando siempre la máxima de que la paternidad se deduce del matrimonio, reconoce que pueden existir excepciones á tal principio: *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invennisse in domo sua, placet novis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scævola probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate superveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc,*

(1) D'Aguesseau, *Plaidoyer* 23.

qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

(1). El tribuno Duveyrier, motivando esta misma materia en el Código francés, dice: “Los Romanos han hecho de la presuncion de la paternidad legítima, fundada sobre el matrimonio, un precepto literal, convertido despues en axioma legislativo: *Is pater est quem nuptiæ demonstrant.* El motivo de esta regla indica bastante su rigurosa necesidad. Su primer carácter es tener el poder y el efecto de la verdad misma y ejercer en su lugar una autoridad que se aproxima á la tiranía; ella somete todo á su imperio, los accidentes ordinarios, las probabilidades, las sospechas y aun las contradicciones aparentes: no conoce otros límites que los inmutables de la naturaleza y de la razon universal. No se admite nada contra ella: se admite todo en su favor, todo, *excepto lo imposible y lo absurdo.* Toda ley que impusiera la obligacion de creer lo que rechazan las leyes físicas de la naturaleza y las leyes morales de la inteligencia, no seria ya del dominio de la legislacion civil; y toda ley que diera á la mentira evidente el tributo y el poder de la verdad, no seria sino un escándalo social. Asi es que, en el matrimonio, el esposo de la madre será siempre el padre del hijo, *excepto los casos en que fuere imposible suponerlo ó creerlo* (2).” En consecuencia, la presuncion de paternidad derivada del matrimonio es solamente *juris* y prueba el hecho para que ha sido establecida por el legislador, hasta la prueba en contrario.

9. Mas ¿cuál puede ser esta? ¿es indiferente que se levante á refutar aquella presuncion, cualquiera prueba de las reconocidas por el derecho y aun una presuncion contraria? “La presuncion, capaz de atacar la de la ley, dice d’Aguesseau, debe estar fundada sobre un principio infalible, para poder destruir

(1) *Dig.* lib. 1, tit. 6, l. 6.

(2) Duveyrier, *Discours sur le titre VII*, lib. 1.

una probabilidad tan grande como la que sirve de fundamento á esta prueba. Ahora bien, es evidente que, atentas estas máximas, no se pueden encontrar sino dos excepciones de la regla general, fundadas ámbas sobre una imposibilidad física y cierta de admitir aquella presuncion (1)." En su oportunidad expon-dremos cuáles son estas pruebas y cuáles no deben aceptarse, como incompatibles con la presente doctrina.

10. En cuanto á la segunda presuncion, ó sea, la que fija el *minimun* ó el *maximun* de duracion de la preñez, domina absolutamente otro principio. Basta fijarnos en los motivos que han determinado al legislador á establecer estos terminos para convencerse de que esta presuncion es invariable, sin que jamás y por ningun motivo pueda alegarse nada en contrario. Grandes y muy respetables intereses de la sociedad y de las familias; el orden en el estado civil y la seguridad en sus importantes efectos, la moralidad misma, en fin, reclamaban que se fijase un término preciso y perfectamente conocido á la duracion del embarazo. Verdad es que la naturaleza se manifiesta de otro modo en este punto, segun puede deducirse de las experiencias científicas comprobadas en todos tiempos. Pero, puede asegurarse que, no fijado por la ley este término, los magistrados se habrian apartado y se han apartado en efecto de toda fijeza, entrando al dominio ilimitado de lo injusto y lo arbitrario. La ley de las XII Tablas declaraba que era legítimo el hijo nacido diez meses despues de la disolucion del matrimonio. Se cuenta que el pretor Papirio reconoció por legítimo á uno de trece meses. El emperador Adriano declaró tal á otro de once y Justiniano hizo otro tanto (2). Merlin refiere la inmensa variedad de decisiones judiciales del antiguo derecho, fundadas en la infinita variedad de doctrinas científicas sobre los nacimientos pre-

(1) D'Aguesséau, *Plaidoyer* 23.

(2) Aulo-Gelio. *Noct. Attic.*, lib. 3, cap. 16.

coces y tardíos (1). Domat nos da cuenta del verdadero estado de la jurisprudencia antigua sobre este punto. “Entendemos, dice, que la mejor ley en dichos casos es *dejarlo todo á la prudencia del juez*, porque el declarar la legitimidad por los partos de diez ó mas meses, pone en manos de una viuda corrompida y caprichosa un medio para privar á los herederos legítimos de su difunto marido de una sucesion que les pertenece; y el declarar tan solo legítimos á los que nacen dentro el término de nueve meses, es tambien una injusticia, ó mas bien una barbarie; pues mientras la ciencia está en duda sobre el tiempo que la madre puede llevar el feto en su vientre, y hasta qué término puede retardarse su alumbramiento, la ley resolveria un punto sobre el cual la experiencia ha enseñado lo contrario, y declararia ilegítimos á los hijos, que las mas veces serian legítimos. Estos inconvenientes militan igualmente, si la disputa recayese entre marido y mujer mientras dura el matrimonio, apoyándose aquel en su *ausencia* de mas de diez meses, antes que esta diese á luz la criatura (2).” ¿Qué hacer en medio de tanta incertidumbre y ante los contradictorios datos que presentaba la antigüedad? El Código de Napoleon, en cuyos luminosos capítulos iban á condensarse así las sabias formulas del derecho tradicional como las exigencias del moderno, informado por una mas aventajada jurisprudencia, tenia que expresar en textos precisos y concretos el principio fijo, á que en lo de adelante habria de sujetarse la condicion de legitimidad, cegando para siempre esa fuente inagotable de lo vago y arbitrario, que en los tiempos pasados habia producido tantas y tan contrarias resoluciones. Bigot-Préameneu nos dice: “Los jueces no podian recibir ninguna luz, siendo impotente la ciencia, sobre

(1) Merlin. *Repert* “Legitimité,” sect. 2. §§ 1, 2 y 3.—Paulo Zachias. *Quæstiones medico-legales*, lib. 1, tit. 2.

(2) Domat, *Les lois civiles*, tom. 1, lib. prelim. tit. 2.

el hecho particular, y cada tribunal se formaba un sistema diferente sobre la extension ó limitacion que debia admitir en el curso ordinario de la naturaleza. La jurisprudencia no tenia ninguna uniformidad, porque no podia ser sino arbitraria..... ¿Cuál ha sido el objeto de los autores del Código civil? Era preciso salir de un semejante estado. No era una *verdad absoluta* la que los redactores de la ley tenian que descubrir; les bastaba dar á los jueces una regla que *fixase su incertidumbre*. (1) Desde este momento nada importan ni aun las demostraciones científicas mejor comprobadas de que tal parto es mas precoz ó mas dilatado, que lo que la ley consiente. Establecidos por ésta el *mínimum* y el *máximum* de la gestacion, hay que estar por una literal y estricta observancia, pues como lo enseñan dos ilustres comentadores españoles, de practicarse lo contrario, se abriria la puerta á conjeturas y pruebas más ó menos plausibles, pero siempre equívocas, se conturbaria el estado de las familias y se minaria la sociedad por sus mismos cimientos (2).”

§ 2º DEL HIJO CONCEBIDO DURANTE EL MATRIMONIO.

11. El *mínimum* y el *máximum* de duracion de la preñez, fijados, como hemos visto desde los tiempos más antiguos segun la autoridad del célebre Hipócrates, fueron repetidos por la legislacion española, contenida en el Código de las Partidas: “Ypocras fué un filosofho en arte de la fisica, e dixo que *lo mas* que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre, son *diez meses*. E porende, si desde el dia de la muerte de

(1) Bigot-Prémeneu, *Exposé des motifs*.

(2) *Febrero* adicionado por los Sres. Goyena y Aguirre, tom, 1, lib. 2, tit. 9.—Mata, *Medicina legal*, tom. 1, part. 2ª, lib. 1, cap. 6.—Laurent, tom, 3, núm, 361.

su marido fasta diez meses pariese su muger, *legítima*, seria la criatura que nasciere, e se entiende que es de su marido, ma-
guer en tal tiempo sea nascida. . . . ; Otrosi dixo este filosofho,
que la criatura que nasciere fasta en los *siete meses*, que solo
que tenga su nascimiento *un día del seteno mes*, que es compli-
da; e biuidera. *El debe ser tenuta tal criatura por legítima* del
padre e de la madre, que eran casados e biuien en vno, á la sa-
zon que la concibió (1).” Aunque no poco se ha discutido, tan-
to en España como en México, sobre que la anterior ley con-
funde la *legitimidad* con la *viabilidad* (2), simplemente nos
permitimos hacer constar que de tal reproche no es, en todo
rigor, merecedora aquella disposicion, pues, dada la manera
con que el legislador procede en el conocimiento de la duracion
de la preñez, ó sea, retrocediendo de la fecha del nacimiento
hasta la que se considera como principio de la concepcion, es
de toda necesidad ligar aquellas dos circunstancias, que lo es-
tan, sin duda, en la misma naturaleza orgánica del hombre. El
legislador, al fijar como *minimun* de los partos precoces, el
plazo de 180 días cumplidos; y hasta 300, como *máximun* de
los tardíos, para basar sobre esto la presuncion de legitimidad,
ha tenido por fuerza en cuenta, que los hijos nacidos en tales
plazos, pueden ser de un desarrollo perfecto y completo, aun-
que lo contrario sea mas frecuentemente observado. Esto su-
puesto, preguntamos á los muy respetables censores de la ley
de Partida: ¿será un desacierto haber hablado de la viabilidad,
con motivo de la legitimidad, cuando las leyes, si consideran
legítimos á los hijos nacidos despues de seis meses del matri-
monio, es precisamente porque la experiencia ha enseñado que,

(1) *Partida 4^a tit 23. l. 4.*

(2) Mata, *Medicina legal*, tom. 1, *loc cit.*—Gutierrez Fernandez,
Cóligos españoles, tom. 1. pág. 464—Luis Mendez, “Foro,” 1873,
tom. 1, num. 139.

en ese plazo puede la concepcion recorrer todo el período de tiempo necesario para producir su obra? Son mas de seis meses los que deben trascurrir despues del matrimonio. ¿Y porqué? No se ocurre otra razon, sino porque el hijo nacido antes de ese plazo es no viable. El legislador, pues, se ha dicho: ¿puede ser viable el hijo nacido á los seis meses un dia del matrimonio? Presumamos entonces que tal hijo es legítimo, es decir, obra del varon y de la mujer casados. Si la ciencia médica hubiera demostrado que la viabilidad es posible antes de ese plazo, á los tres meses, por ejemplo, estamos seguros de que el legislador habria relucido á tal término el plazo mínimo de la gestacion, y por consiguiente, esa y no la actual seria la base de la legitimidad.

Por lo demas, las palabras trascritas de la ley: *E debe ser tenuta por legitima del padre e de la madre que eran casados e vivian en uno á la sazón que la concibió,* no nos permiten ni vacilar siquiera, sobre que el autor de ellas sabia demasiado que era de la legitimidad de lo que hablaba, tocando solo lo relativo á la viabilidad, para mostrarse mas fundado y seguro en sus conclusiones. Por esto dice la glosa á esta ley: *Septimo mense natus, etiam per unam diem cum mensem tangens, justus filius est, si conjuges simul cohabitarunt: idem si decimo mense nascatur; secus si per unam diem 11 mensem tangat.*

12. Mas sea de esto lo que fuere, lo que sí no puede en manera alguna dudarse, es que tales principios del antiguo derecho han servido de modelo á las modernas legislaciones, desde el Código de Napoleon hasta los nuestros, segun vamos á exponerlo. El *minimum* y el *máximum* de la gestacion, ya señalados (180 dias cumplidos y 300 próximamente), son los mismos que reconoce el primero de aquellos Códigos (arts. 314 y 315), lo cual basta por sí solo á demostrar, despues de las luminosas y autorizadas discusiones de que fué objeto este in-

mortal cuerpo de leyes civiles, que en mas de un punto, no importa un vano elogio el que se hace á la jurisprudencia romana, cuando se la llama la *razon eserita* (1).

13. Nuestra legislación nacional es tambien conforme á los mismos principios. Desde la ley de 10 de Agosto de 1857 sobre *sucesiones por testamento ó abintestato* (art. 25), se marcaba con toda claridad que eran inhábiles para suceder abintestato los hijos nacidos *vivideros* antes de cumplirse *ciento ochenta dias contados desde el del casamiento de su madre.....* y los nacidos *vivideros* en el mes *undécimo despues de muerto el marido ó divorciado de la madre*. La viabilidad, como ya lo hicimos observar, refiriendonos poco ha, á la legislación española, es aqui tomada como condicion tácita de la legitimidad.

Los Códigos de los Estados de Veracruz (art. 275), de México (art. 224), de Tlaxcala (art. 207), del Distrito Federal de 1870 (art. 314) y del mismo, hoy vigente (art. 290) reproducen la propia idea en los siguientes términos: “Se presumen por derecho legítimos: I. Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion del matrimonio,” lo cual significa que estas palabras se refieren exclusivamente al hijo que se supone concebido durante el matrimonio, aun cuando el nacimiento se realice despues. En efecto segun lo que antes hemos expuesto (núm. 7) en virtud de las enseñanzas suministradas por la fisiología á la ciencia del derecho, el legislador hace derivar la legitimidad de la presuncion *juris et de jure* sobre la duracion mínima y máxima de la preñez, unida á la existencia del matrimonio. ¡El hijo nace des-

(1) Laurent, tom. 3, núm. 361.—Marcadé, tom. 2, sur l'arts, 314 et 315.—Demolombe, tom. 5, num. 14.

pues de 180 dias (plazo mínimo) contados desde la celebracion del matrimonio? ¿uace dentro de 300 dias (plazo máximo) siguientes á la disolucion del matrimonio? En uno y en otro caso el hijo se presume legítimo, porque en uno y en otro se presume concebido durante el matrimonio, y ya sabemos el imperio de la regla, *pater est quem nuptiæ demonstrant*.

14. Esta presuncion recibe y ampara, al nacer, al hijo que así se supone concebido durante el matrimonio. Ella pues, se funda sobre la concepcion por obra del marido. Sin embargo, como este hecho puede ser falso, seria convertir en la más odiosa de las suposiciones la que nos ocupa, si, á pesar de incontestables pruebas de lo contrario, se pretendiese que subsistiera tal concepcion, como obra del marido. En otros términos, si las leyes han supuesto que el hijo nacido en los plazos antes señalados, pertenece al marido, es porque es *posible* que él lo haya engendrado: las leyes exigen tal posibilidad para la presuncion, queriendo resolver toda incertidumbre sobre esto en favor de la legitimidad del hijo. Mas ¿qué hacer cuando esa *posibilidad* es aún inimaginable, porque se demuestre que el marido no ha podido cohabitar con la madre en la época á que se refiere la concepcion? La justicia exige que entónces sea admitido el marido á contradecir esa presunta ó infundada legitimidad.

Hemos visto (núm. 8) que, desde las leyes romanas, se habia provisto á esta excepcion contra la regla que atribuye la paternidad al marido de la madre del hijo. Ulpiano, refiriéndose á las decisiones de Juliano y Scævola, enseñaba que dos pruebas podian ser opuestas á esa presuncion tan grave y poderosa: la larga ausencia del marido (*abfuisse maritum, verbi gratia, per decennium*), y la impotencia perpetua ó pasajera (*si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate superveniente, vel alia causa, vel si ex valetudine pater familias fuit ut generare non possit*). Las palabras de esta ley han dado por su vaguedad márgen á no pocas controversias en-

tre los intérpretes. Se ha creído que la presunción de paternidad podía ser combatida por cualquiera causa (*vel alia causa*), que importase la falta de cohabitación entre los conyuges, aunque por lo demás no hubieran estado separados, sino viviendo bajo un mismo techo, y las dudas han avanzado hasta suponer que, hablando aquella ley de una ausencia de diez años (*per decennium*), un marido no podía desconocer al hijo, nacido después de una ausencia de uno, dos ó tres años. Se comprende todo lo insostenible de semejantes interpretaciones, que convertirían la ley á que se refieren, en absurda y contraria á las indicaciones más evidentes de la naturaleza. Desde luego debe notarse que las palabras *verbi gratia* que preceden á las *per decennium* no dejan lugar á duda sobre que estas últimas han sido puestas por vía de ejemplo y no, en un sentido limitativo. Además, el jurisconsulto Ulpiano, autor de esta ley, lo es también de otra en la cual se trata, aunque con motivo de lo dispuesto por el Senado—consulta Planciano sobre guarda de la mujer en cinta, del mismo punto de filiación que ahora nos ocupa. Pues bien el mismo jurisconsulto, hablando todavía de la ausencia del marido, como de una causa que lo autoriza á desconocer al hijo de su mujer, se sirve de las expresiones *longo tempore* y dice: *Idem Julianus scribit, si uxore denuntiante se pregnantem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere* (1). En consecuencia, so pena de colocar en contradicción dos leyes del mismo autor, hay que convenir en que no es necesaria una demasiada larga ausencia del marido, bastando la de diez ó más meses, antes del alumbramiento. La misma ley que ha dado pábulo á estas disputas, nos suministra elementos suficientes para interpretarla como lo hacemos: estas palabras, *sed si fingamus abfuisse*

(1) *Dig.*, lib. 25, tit. 3, l. 1. § 14.

maritum..... reversum anniculum invenisse, in domo sua, bastan para persuadirnos de que aún la ausencia del marido durante un año y los meses que hubiese durado la preñez, serian bastantes para decir con la sentencia de Juliano, que el hijo no es del marido que estuvo ausente, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. En conformidad con lo que decimos, púedense citar las siguientes autoridades: Menochio enseña: *Et cum exempli causâ de decennio locutus sit Ulpianus, idem dici potest de nato post decimum vel undecimum mensem à die quo abesse cepit vir* (1). Gayl, apoyándose sobre aquella misma ley romana, establece: *Limitatur (præsumptio), si maritus diù peregrè absens fuerit, puta diutiùs anno* (2). *Hæc est notabilis lex, dice Bartolo, et hoc intendit: ille dicitur filius legitimus qui ex viro et uxore ad matrimonium et generandum habilibus, simul habitantibus, constante matrimonio, nascitur* (3). Voet, finalmente, afirma: *Ne sic quidem adulterium præsumemus partum, set magis in dubio genitum à marito, quoties ille, durante eo tempore quo partus concipi potuit, uxori cohabitaverit* (4).

Las palabras *vel alia causa* de la ley citada (núm. 8) autorizarán á suponer que, segun la legislacion romana, eran aceptables contra la presuncion de paternidad fundada en el matrimonio, otras causas que la ausencia del marido ó su impotencia? Si se así se pretendiera, habria que confesar que la ciencia del derecho es un juego de palabras, y no la expresion de la justicia aplicada á los hechos de la vida. Interpretar de tal modo esas palabras, equivaldria á abrir la más ancha puerta á toda

(1) Menochius, *De arbitrariis judiciis*, lib. 2, sent. 1, § 89, núm. 33.

(2) Gayl, lib. 2, obs. 97, núm. 20.

(3) Bartolo, *Comentaria in l. 6. Dig. de his qui alieni vel sui juris sunt*.

(4) Voet, *In Digestum*, lib. 1, tit. 5, núm. 8.

clase de objeciones contra la presuncion de paternidad, que sin duda quiso el legislador apoyar sobre firmísima base, para arrancar de dudas é incertidumbres el estado civil del hombre. De otra suerte, aun la simple presuncion contraria pretenderia destruir la que sustenta á la legitimidad, y entónces, ¿qué seria de la máxima tutelar *pater est is quem nuptiæ demonstrant*? Creemos, pues, que aquellas palabras solo pueden significar cualquiera de las causas que impiden la generacion, por ejemplo, las enfermedades, los accidentes, etc., etc., todas las causas por las cuales la generacion del hijo por el padre habria sido imposible: *ut generare non possit*.

Notemos por último, que la ley romana habla, como de excepcion en contra de la paternidad, no solo de la impotencia accidental ó posterior al matrimonio, *infirmirate superveniente*, sino tambien de la anterior y perpetua, *vel si eà valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit*.

15. La antigua legislacion española previó tambien la excepcion de ausencia en contra de la presuncion legal de paternidad: “E en tal caso como este dezimos, que si pudiere ser prouado por los vezinos de aquel logar, que el fijo de alguna mujer que dixese tales palabras como sobredichas son, naciera della, seyendo casada con aquel marido, e non auiendo el marido *estado alongado della tanto tiempo, que pudiessen verdaderamente sospechar segund natura, que el fijo fuera de otri*; por tales palabras que el padre ó la madre dixessen, non deue el fijo ser deseredado nin le empece en ninguna manera (1).” Nada contiene expresamente esta legislacion sobre el caso de impotencia en orden á la paternidad presumpta; pero el Sr. Gutierrez Fernandez no vacila en afirmar que tal excepcion se halla implícitamente contenida en las leyes de Partida, pudiendo deducirse de los principios á que estas obedecen.

(1) *Partida* 3, tit. 14, l. 9.—*Ley* 13 de Toro.

16. No fijado en el derecho antiguo, como lo está en el moderno, es decir, de una manera invariable, el tiempo de la preñez en su menor ó mayor duracion, fácil nos será comprender cuántas disputas deberian surgir tambien sobre el tiempo que habia de persistir la ausencia del marido, para ser aceptada como prueba suficiente en contra de la paternidad. La experiencia, pues, aconsejaba que se procurase, atendiendo al tiempo intermedio entre la preñez mas larga y la mas corta, fijar un plazo determinado á la ausencia ó impotencia del marido, plazo cuyo trascurso tendria que ser decisivo, en tales circunstancias, para resolver que el hijo no lo era del presunto padre. Establecido que el período de la concepcion no puede durar sino ciento ochenta dias completos, cuando ménos, y trecientos cuando más ¿sera necesaria, como excepcion contra la presuncion de paternidad, una imposibilidad fisica del marido durante más de ciento veinte dias? Indudablemente no, pues probada esa excepcion, el hijo no habria nacido ni despues del *minimun*, ni antes del *maximun* de duracion del embarazo y por tanto no seria del marido á quien se atribuye. “Probada la imposibilidad fisica del acceso conyugal, dice el Sr. Goyena, en el tiempo referido, la criatura no habrá nacido dentro de los trecientos dias, que son el término mas largo de los nacimientos tardíos, ni despues de los ciento ochenta dias, término de los nacimientos mas precoces: ejemplo. La mujer libra en 26 de Diciembre. Los trecientos dias anteriores al nacimiento comienzan á correr desde el 1º de Marzo, y se completan en 25 de Diciembre, ambos inclusive. Los ciento veinte dias de los trecientos se completan el 29 de Junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad fisica del acceso por haber estado ausente en todo el dicho periodo, y no haber regresado hasta el 30 de Junio. El parto no será legítimo, porque tocó ya un dia del oncenno mes (301 dias), y dentro de los ciento ochenta dias, ó sin tocar un solo dia del septimo mes

desde que cesó: desde el 30 de Junio en que regresó el marido, hasta el 26 de Diciembre, en que libró su mujer, ambos inclusive, van seis meses justos de 30 dias, ó ciento ochenta dias (1).” En otros términos, si la preñez puede durar de ciento ochenta á treientos dias, y se prueba que el marido no ha podido cohabitar con su mujer, durante ciento veinte dias, que es el intervalo que separa el trecentesimo del ciento octogésimo dia antes del matrimonio, quedará probado que tal hijo no pertenece á aquel, pues de no ser así, resultaria ó un hijo engendrado menos de seis meses antes de nacer, ó mas de diez, y ya hemos dicho, que la presuncion que fija la duracion mínima ó máxima del embarazo es *juris et de jure*, es decir, que no consiente ninguna prueba en contrario.

17. En conformidad con estos cálculos fué redactado el art. 312 del Código de Napoleon, cuyo texto es como sigue: “El hijo concebido durante el matrimonio se reputa hijo del marido. Sin embargo este podrá desconocerle si prueba que en el tiempo transcurrido desde diez meses antes del nacimiento hasta el dia en que faltaran unicamente seis meses para que aquel se realizara, estaba por ausencia ó por efecto de cualquiera otro accidente en la imposibilidad material de cohabitar con su mujer.”

18. En el mismo sentido, aunque en diversos términos, están concebidos los siguientes artículos de nuestros Códigos: 224 de el de Estado de México; 275 de el de Veracruz; 208 de el de Tlaxcala; 315 de el del Distrito Federal de 1870 y 291 del actual, todos los cuales dicen: “Contra esta presuncion (la de que son hijos legítimos del marido de la madre) no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte dias de los treientos que han precedido al nacimiento.”

(1) Goyena, *Proyecto*, art. 101.

19. Varias y muy importantes son las cuestiones que suscitan las dos precedentes legislaciones. Desde luego ocurre preguntar: ¿Cómo deben entenderse esas palabras “imposibilidad física ó material” empleadas en la ley? Por lo que hace al Código francés, el tribuno Duveyrier nos dice: “La imposibilidad física no puede existir sino por dos causas: la ausencia y la impotencia accidental del marido. En esto los antiguos principios, conformes á la razon y á la equidad, no sufren ninguna alteracion. Es necesario que la *ausencia sea constante, continúa y de tal naturaleza que, en el intervalo de tiempo dado á la posibilidad de la concepcion, es decir, en el intervalo de ciento veinte dias que trascurra entre los ciento ochenta y los treientos antes del nacimiento del hijo, el espíritu humano no pueda concebir la posibilidad de un solo instante de reunion entre los dos cónyuges.....* Sucede lo mismo con la segunda causa de imposibilidad física, la impotencia accidental del marido. Seria irracional querer exponer en toda su variedad las especies, los casos, los accidentes que puedan producirla, *sea que se trate de una herida, de una mutilacion, de una enfermedad grave y prolongada. Baste saber que la causa debe ser tal y de tal manera probada que, en el intervalo del tiempo presunto para la concepcion, no se pueda suponer un solo instante en que el marido hubiera podido ser el padre* (1).” Los conceptos que preceden, en órden á la *ausencia ó alejamiento*, han parecido á los comentadores tan hiperbólicos y exajerados como la frase del antiguo derecho, que exigia, para el desconocimiento del padre, que entre éste y la madre hubiese *mediado el espacio inmenso de los mares*. ¿Cúando entonces, se ha dicho, podrá haber esa imposibilidad física y absoluta de cohabitacion, á que la ley se refiere? Si es necesario, para hacer caer la presuncion de pater-

(1) *Discours sur le titre VII liv. 1er du Cod. civ.*

nidad, que el *espíritu humano no pueda ni aun concebir la posibilidad de un solo instante de reunion entre los dos esposos*, el resultado no podrá menos que ser las mas veces, en el grado sorprendente de velocidad que distingue los modernos medios de comunicacion y trasporte, que casi nunca se consiga el triunfo del desconocimiento por el padre, de quien, salvo muy contados casos, siempre se dirá que *pudo* acercarse á la madre del hijo. ¿Habrá dentro de poco, pregunta Demolombe, en el mundo entero una distancia que no pueda franquearse en el espacio de ciento veinte dias, ó mas bien en la mitad de este tiempo, porque, despues de todo, cada uno de los esposos, habria podido hacer la mitad del camino (1)? Esto ha hecho establecerse por la jurisprudencia los tres siguientes principios, perfectamente conformes con la letra y espíritu del art. 312 frances: 1º la palabra «ausencia ó alejamiento» no ha sido puesta en la ley sino como ejemplo de imposibilidad física de cohabitacion; 2º en consecuencia, tal imposibilidad puede no existir, aun tratandose de largas distancias, cuando por la prueba de los hechos particulares del caso, se venga á demostrar que pudo el marido tener acceso con su mujer en alguno de los ciento veinte dias mencionados, y 3º que la ley, atenta solo á la circunstancia principalísima de *imposibilidad física* de reunion, ha querido dejar su apreciacion, en cada caso, á la prudencia del juez. “Ellos (los jueces), dice Demolombe, tomarán pues en consideracion todas las circunstancias del hecho: la distancia mas ó menos considerable que separaba á los esposos; la facilidad mas ó menos grande de las comunicaciones entre los dos puntos de este intervalo; las causas mas ó menos imperiosas que retenian al marido en el lugar en que se encontraba, tal vez

(1) Demolombe, tom. 5, num. 30.—Mourlon, *Repetit*, tom. 1, num. 872.—Laurent, tom. 3, num. 365.—Marcadé, tom. 2, num. 6, III.—Duranton, tom. 2, num. 40.

en gūarnicion ó en campaña; los testimonios que depongan sobre que él no ha abandonado un solo instante su puesto y que la mujer, por su parte, no ha ido á reunirsele, etc., es necesario, en una palabra, apreciar todo esto humanamente, de suerte que el afan de proteger el estado del hijo, no reduzca á letra muerta y sin posible aplicacion, esta causa tan grave y justa de desconocimiento (1).”

20. En cuanto á la segunda causa de excepcion, las palabras antes trascritas del tribuno Duveyrier, bastan para convencernos de que, segun el Código francés, no es aceptable en contra de la paternidad la impotencia anterior ó natural del marido. Son las enfermedades, los accidentes, los mil contratiempos, que pueden producir la imposibilidad física de cohabitacion, lo único que el Código acepta para aquel efecto; pero siempre, bajo la indispensable condicion. de que esa imposibilidad física haya durado todos y cada uno de los momentos que componen los ciento veinte dias de los trescientos, precedentes al nacimiento del hijo, de cuya filiacion se trata. Este Código, no contento con haber expresado en términos generales la exclusion de la impotencia anterior y natural, como excepcion en contra de la paternidad, en el art. 312 mencionado, dice en el 313 lo siguiente que no admite la menor duda: “No puede el marido, alegando su importancia natural, desconocer al hijo.....” Cual es la razon de esto? El mismo Duveyrier nos lo dice: “No se concibe, sin repugnancia, el cinismo impudente del hombre que se atreviera á descubrir su impotencia y su infamia para deshorrar á su compañera y su víctima, porque es de observar que en este caso la mujer habria sido la primera víctima de ese hombre impotente que se ha presentado al matrimonio con to-

(1) Demolombe, *lugar antes citado*.—Daloz, *Repert.* “Paternité et Filiation,” num. 30.—Aubry y Rau *sobre Zacharias*, tom. 6, § 545, num. 3.

das las esperanzas de la paternidad. No; la castidad de la ley reprueba esas confesiones infamantes y esas declaraciones vergonzosas; los mónstruos, si existen en la naturaleza, no deben estar en la ley. No; la justicia eterna, esa voz majestuosa de toda conciencia pura, dice que en este caso, si ese caso existe, el hombre debe soportar, todas las cargas de la paternidad, ya que temerariamente ha aceptado su poder, y devorar la vergüenza de un hijo, del cual no puede ser el padre; pero que ha tenido la fraudulenta audacia, de prometer á su mujer y á la sociedad.”

21. Tal es la legislación francesa y respecto á ella vamos á permitirnos ligeras observaciones, siquiera para esparcir mayor claridad sobre este punto, muy dudoso y controvertido entre los interpretes. Desde luego nos parece una grande injusticia, mal encubierta bajo el velo de fina y seductora moralidad; la de no aceptar la impotencia anterior al matrimonio, como excepcion en contra de la paternidad. El Código francés es ciertamente lógico en esta decision, pues como ya en otro lugar dejamos expuesto (1), tampoco reconoce tal causa, como impedimento dirimente del matrimonio. El motivo no es otro, segun la expresion de Tronchet, que la falta *de medio para reconocer con certidumbre la impotencia*. Pero ¿es esto esacto? Respondan por nosotros los tratados antiguos y modernos de medicina y el triste cuanto doloroso conocimiento de los tribunales. Por desgracia, la impotencia no es una simple invencion, sobre la cual vanamente se haya apoyado el legislador que la ha reconocido, para hacer de ella derivar efectos y consecuencias que la justicia y la misma moralidad reclaman. ¿Será una razon seria para negar la existencia de este mal su repugnancia y fealdad? Si así fuera, habria que prescindir del estu-

(1) Véase tomo 3.^o de esta obra, num. 261.

dio y ejercicio de la mas útil y benéfica de las ciencias, de la medicina, cuyo objeto es atender á esas mil dolencias, por las que se revelan nuestra miseria y pobre naturaleza. Hagamos pues á un lado esta esquisita sensibilidad, y por mucho que repugne á nuestra mente el tener que ocuparnos en tales cosas, reconocamos que, dada la realidad de la impotencia natural, nada es mas justo que considerarla como incompatible de todo punto con la presuncion de paternidad. Si esta cuestion hubiera de resolverse por meras razones de estética, la lógica tendria que llevarnos necesariamente á desatender aun la impotencia accidental ó posterior al matrimonio, pues tambien en el estudio de ésta han de surgir esas repugnancias, de que se hace mérito. Pero se dice: es un cinismo imprudente atreverse á descubrir la propia infamia y segun un viejo adagio, nadie debe ser escuchado por los tribunales, cuando alega su torpeza. Esto supone que el impotente conoce siempre su desgracia, antes del matrimonio, lo cual puede no ser verdadero. Esto supuesto, preguntamos: no reconocida la impotencia natural, ni como causa de nulidad del matrimonio, ni como motivo de desconocimiento del hijo por el padre ¿hace la ley otra cosa que alentar y dejar impune el adulterio? Ante tan inmoral perspectiva, mejor y más decoroso sin duda es poner pronto y radical término á una union, que ya no puede ser origen sino de ese feo crimen y de la perversa deshonra del marido desgraciado é inocente.

22. No aceptada por la ley francesa la impotencia natural como causa de desconocimiento, queda solo la accidental. El Código se sirve de estas palabras "cualquier accidente" ¿Cómo deben entenderse? Hay sobre este punto la mas viva controversia, y ella ha empezado desde la discusion misma del art. 312 en el Consejo de Estado. El proyecto presentado por la seccion de legislacion decia. "El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. La ley no admite contra esta paternidad..... la alegacion de impotencia natural ó acci-

dental del marido." Pero esta redaccion no fué aceptada, por demasiado absoluta. "Sin duda, dijo Maleville, el matrimonio constituye una presuncion de paternidad, pero una presuncion que no debe excluir la prueba contraria; solamente el favor de los hijos y el reposo de las familias exigen que el legislador se muestre muy difícil en cuanto á la admision de estas pruebas. Así es que la última jurisprudencia ha tal vez sabiamente rechazado la alegacion de impotencia, por causa de enfermedad, porque se han visto ejemplos tan extraordinarios que no dejan base cierta para fundar un juicio. Pero hay una especie de impotencia accidental sobrevenida despues del matrimonio, sea en los combates, sea por cualquiera otra causa, y ella no puede dejar la menor duda (1)." Conforme á estas observaciones fue admitida, como causa de desconocimiento, la impotencia accidental. En la segunda discusion, Berlier hizo notar que las palabras "impotencia accidental" no expresaban con bastante claridad la idea propuesta. Bérenger expuso que la palabra "accidental" significaba una impotencia cualquiera y pretendió que se dijese "impotencia sobrevenida". Tronchet, abundando en esta manera de pensar, manifestó que tal redaccion no era todavia bastante clara. "La ley, dijo, debe explicarse de modo que se comprenda que ha querido hablar de una impotencia *evidente y material, y no de la que podria ser la consecuencia de una enfermedad*. Tronchet propuso que se añadieran á las palabras "impotencia accidental" estas: *que produzca la imposibilidad física y durable de tener hijos*. En este sentido fué redactado en definitiva el artículo en cuestion; pero prueba de que su letra quedó todavia no poco vaga y oscura, son las siguientes exposiciones de los oradores: Bigot-Prémeneu dijo: "La ley no ha debido admitir contra la pre-

(1) Loce. tom. 3, pags. 21 y siguientes.