

suncion de paternidad resultante del matrimonio, sino los accidentes que hacen físicamente imposible la cohabitacion. Ella ha prevenido tambien todos esos procesos escandalosos que han tenido por pretexto *enfermedades mas ó menos graves, ó accidentes* de que las gentes del arte no pueden sacar sino conjeturas engañosas." Véase pues, que, segun este expositor, las palabras de la ley "por efecto de cualquier accidente" no comprenden, ni las enfermedades por graves que sean, pero ni aun los accidentes, que no sean absolutamente ciertos y evidentes. Sin embargo, escuchemos á Duveyrier, orador del tribunado: "Sería irracional querer exponer todas las especies, los casos, los accidentes que pueden producir la impotencia accidental, sea que se trate de una herida, de una mutilacion, de una enfermedad grave y larga." Despues de todo esto, necesariamente debemos preguntar: ¿por fin qué causas deben referirse á las palabras "cualquier accidente?" ¿Se comprende solamente en ellas la impotencia que es exterior ó tambien la interna? Las mismas dudas y vacilaciones se encuentran en los comentadores. Duranton entiende por *accidente* un mal venido de fuera, y no una enfermedad cuyo principio fuese interno, quedando en consecuencia excluidas las enfermedades (1). Demolombe, al contrario, declara que aquella palabra no ha tenido en el pensamiento de los legisladores, el sentido extricto y limitado que se le atribuye. "Yo no puedo conceder, dice, que esa palabra resista absolutamente á que en ella se comprenda un mal cuyo principio es interno. (2)."

23. Pasando ahora á la cuestion sobre si la única impotencia que ha pretendido aceptar el Código francés, como causa de desconocimiento, ó sea la accidental, comprende solamente la que es

(1) Duranton, tom. 2, núm. 42.

(2) Demolombe, tom. 5, núm. 32.

posterior al matrimonio, y no la anterior, nos encontramos la misma contradicción de opiniones. Demante sostiene que la impotencia accidental de que habla la ley, comprende aun la anterior al matrimonio, cuando es evidente é indudable (1); pero Demolombe (2), Laurent y otros autores enseñan que la impotencia accidental no puede ser alegada, como causa de desconocimiento, si ya existia en el momento de la celebracion del matrimonio (3). Dalloz sostiene que los términos del artículo 312 no suponen de ninguna manera el caso en que el accidente fuera posterior al matrimonio. "Este artículo, dice, exige solamente que la imposibilidad de cohabitacion haya existido desde el trescésimo hasta el ciento octogésimo dia antes del nacimiento del hijo. Por otra parte, la disposicion que excluye el desconocimiento fundado sobre la impotencia natural es ya bastante rigurosa, á lo que nos parece, para que deba ser permitido extenderla á un caso de que la ley no hablara (4)"

24. Nuestra legislacion nacional no es uniforme sobre esta materia, habiendo una parte de ella seguido al Código francés y la otra establecido principios generales, menos restrictivos, ajenos á toda preocupacion y más de acuerdo con lo que, á este respecto, nos parecen exigir la justicia y la razon. Hemos visto antes (núm. 18) que los cinco Códigos vigentes en los varios Estados de la República dicen á una que, contra la presuncion de paternidad fundada en el matrimonio, no se admite mas 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. Sobre esta idea

(1) Demante, tom. 2, núm. 39 bis. III.

(2) Demolombe, tom. 5, núm. 35.

(3) Laurent, tom. 3, núm. 369.

(4) Dalloz, "Paternité et Filiation," num. 40.

general de la "imposibilidad física" reina una completa uniformidad. Caben, pues, en ella todos aquellos hechos que de tal manera hayan alejado al marido del lado de la madre durante el período señalado de tiempo, ó sea, durante el plazo posible de la concepcion que, como decia Duveyrier, el espíritu no pueda concebir la posibilidad de la reunion, ni aun en un solo instante. El legislador mexicano no encontró sin duda conveniente especificar los varios estados que pueden determinar esa imposibilidad física. ¿Es la ausencia? ¿es la prision?. Ambas cosas caben en la frase "imposibilidad física," cuya aplicacion no puede menos que pertenecer á la prudencia y sabiduria de los tribunales, los cuales tienen, en cada caso particular, que decidir segun las circunstancias, segun las pruebas rendidas, ya respecto á las personas, ya respecto de los lugares mismos.

25. Mas ¿caben tambien en el sentido de las palabras "imposibilidad física" la impotencia natural y la accidental? En este punto desaparece la uniformidad que acabamos de notar en nuestros Códigos. Los dos del Distrito Federal y el de Tlaxcala ninguna excepcion hacen sobre el particular, lo cual nos autoriza á creer que ambas especies de impotencia, debidamente probadas, constituyen, si han persistido durante el tiempo necesario segun la ley, título bastante para hacer caer la presuncion de paternidad, atribuida al marido. Pero los Códigos de Veracruz (art. 277) y de Estado de México (art. 226) dicen expresamente: "El marido no podrá alegar como causa de imposibilidad física su impotencia anterior al matrimonio; pero sí la posterior, *con tal de que no se funde en su vejez.*" A lo dicho antes relativamente al Código francés sobre este punto, solo añadiremos que esas últimas palabras subrayadas nos parecen, previos nuestros respetos á los legisladores, la prevision inocente y candorosa de una excepcion inútil, por notoriamente inaceptable. ¿Cómo la declinacion de la edad, que bajo tan

diversos aspectos puede presentarse y tan diferentes efectos es capaz de producir en los varios climas y en las organizaciones de cada individuo, podría ser alegada, como causa siquiera probable del desconocimiento? El Sr. Goyena de cuyo proyecto de Código se tomó tal expresión (art. 102), no pudo menos que decir, al motivarla: “es imposible fijar la impotencia por causa de vejez: *esta excepcion podria haberse suprimido.*”

26. Hay un principio de la mayor importancia, que es comun á las dos excepciones reconocidas por las leyes, en contra de la paternidad presunta. El se refiere al caso en que, ya sea el alejamiento del marido, ya su impotencia, no se hallen de tal manera probados, que resulte, como parece ser el voto de la ley, absolutamente imposible toda duda sobre la no concepcion de la mujer por obra del marido. Las legislaciones modernas han tomado este principio del Derecho canónico, á quien el Romano debe, en la trascendental materia que nos ocupa, la verdadera é inexpugnable salvaguardia de la máxima: *pater est is quem nuptiæ demonstrant.* ¿Cuál es este principio? *In favorem proliis potius inclinamus,* es la máxima del Papa Inocencio III en el capítulo *ex tenore* de las Decretales, *qui filii sint legitimi.* De aqui este apotegma del antiguo derecho: *In dubio prævaleat ergo favor partus.* Siempre, pues, que quede alguna duda sobre el alejamiento ó impotencia del marido durante los ciento veinte dias antes mencionados, debe resolverse en favor de la legitimidad del hijo, segun aquel adagio, *odiosa restringenda, benigna amplianda,* y porque todas las legislaciones modernas, inspiradas para este punto en el Derecho canónico, claramente se manifiestan interesadas de toda preferencia en asegurar y fijar el estado de los hombres.

27. Hemos dicho antes, al igual de todos los comentadores y siguiendo la letra misma de las leyes que, contra la presuncion de paternidad fundada en el matrimonio; ó sea contra la máxima: *pater est is quem nuptiæ demonstrant,* no se admite otra

prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los treientos que han precedido al nacimiento. ¿Este lenguaje es rigurosamente esacto? Así debiera ser y parecen indicarlo los términos exclusivos y absolutos empleados por algunos legisladores en la exposicion de esta materia en los códigos. ¿Cómo entenderlo de otra manera, cuando la presuncion de paternidad fundada en la existencia del matrimonio resulta ser de una necesidad imperiosa, para no dejar pendiente de lo incierto y arbitrario ese punto tan dudoso cuanto importante del estado civil del hombre, y cuando las leyes, al hablar de esta materia, se sirven de los siguientes ó semejantes términos: “contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de la imposibilidad física de la concepcion?” No hablemos de algunos absurdos y antiguos sistemas que, como el de la diferencia de semblante entre el pretendido padre y el presunto hijo, son hoy, por casi unánime consentimiento en todas partes rechazados, para solo fijarnos en aquellos que pueden tener cierta apariencia de verdad, y de los cuáles, algunos, quizá por ese motivo, no han sido desdénados en las modernas legislaciones.

¿Será suficiente para destruir, para hacer vacilar siquiera la presuncion de que se trata, la declaracion contraria de la madre? Sabemos por Aristóteles que, entre los Griegos, la confesion de la madre era siempre seguida por la sentencia de los jueces. Arbitra del destino de sus hijos, ella decidia soberanamente de su suerte y, aunque en este país la autoridad del padre no alcanzó tanta extension, parece sin embargo, que en la presente materia, tambien á él se sometió muchas veces el fallo en definitiva. Como lo dice D’Aguesseau, parece que los nombres sagrados de padre y madre y la ternura que la naturaleza les inspira hácia su propia sangre, no pueden permitir que se dude de la verdad de su sufragio.

Los Romanos, mas sabios ó mas instruidos por la experiencia, procedieron absolutamente de otro modo. Preguntado el jurisconsulto Scævola, si la declaracion de una madre irritada puede perjudicar á un hijo en su estado, *an obsit professio à matre irrita facta?* responde, que la verdad conserve todos sus derechos, *veritati locum superfore* (1). Los emperadores Diocleciano y Maximiano son mas terminantes todavia: *Non nudis adseverationibus, nec ementita professione, (licet utri- que consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solenni filii civili jure patri constituntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse (probare) confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege* (2.) Desde estas disposiciones, todos los maestros del derecho por unanimidad han considerado, como de muy dudoso valor, por lo que hace á la paternidad del hijo, la declaracion de la madre. Menochio vitupera la ignorancia de dos príncipes italianos que, por un exceso de deferencia hácia la declaracion de su madre, renunciaron á sus Estados, porque ella les habia asegurado, al morir, que no eran hijos de su marido. Y no cabe duda, que seria muy peligroso y ocasionado á frecuentes errores hacer depender el estado de los hombres de una afirmacion, á la cual nada impide ser tan solo el eco del odio y de la venganza. Además ¿no puede engañarse la misma madre? Es aquí donde caben en toda su oportunidad los célebres apotegmas jurídicos: *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem; Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem* (3). En

(1) *Dig.* lib. 22, tit. 3, l. 29, § 1.

(2) *Cod.* lib. 4, tit. 19, l. 14.

(3) Merlin, *Report*, sect. 2, § 2, num. 6.—Voet, *Ad Pandectas*, tit. *de his qui sui vel alieni juris sunt*, num. 7 y 8.—Duranton, tom. 2, num. 48. —Ferraris, *Prompta Bibliotheca*, "Filius", num. 16.

conformidad á estas doctrinas han sido redactados todos los códigos posteriores, desde la legislacion antigua española (num. 15) hasta las modernas leyes, segun adelante se verá.

28. Pero, si la declaracion de la madre en contra de la presuncion de paternidad atribuida al esposo no es suficiente para excluirla, ¿lo será el adulterio de aquella, á lo menos el cometido durante el tiempo á que la concepcion se refiere? Segun la jurisprudencia romana, el marido no podia en ningun caso desconocer al hijo de su esposa, alegando el adulterio de ésta: *Non utique, dice Papiniano, crimen adulterii quod mulieri obijcitur, infanti præjudicat: cum possit et illa adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse* (1). Comentando esta ley, dice sabiamente Merlin: “Aunque pueda suceder que un hijo concebido durante el matrimonio, no sea deudor de la vida sino al crimen de que su madre está convicta, sin embargo, como es posible tambien que él la deba á la union de la mujer con su marido, se presume siempre la legitimidad, cuando su concepcion data de un tiempo anterior á aquel al cual se refiere la acusacion de adulterio. Asi es que no basta probar la infidelidad de la madre, para concluir que el hijo es ilegítimo; la ley se opone á esta consecuencia injusta. ¿Quien osaría, en efecto, en un caso semejante, fijar la época de la concepcion, y asegurar que el marido, que ha podido entregarse á las caricias de su esposa al mismo tiempo en que ella no se avergonzaba de conceder las suyas á un extraño, no es el padre del hijo, de cuyo estado se trata? ¿no es este un secreto impenetrable? La naturaleza juega aquí con los vanos razonamientos del hombre; se complace en confundir sus investigaciones y esfuerzos; no le deja sino la duda y para este caso, la ley está resuelta á inclinarse mas bien por la legitimidad del hijo: *In*

(1) *Dig.* lib. 48, tit. 5, l. 11, § 9.

favorem prolis potius inclinandum (1).” La antigua legislación española se muestra fiel en este punto al Derecho romano, aunque si hemos de ser exactos, las palabras de la ley de Partida, que se señala como prueba de esto, no se refieren al caso de adulterio, sino solo á la declaracion de la madre, contraria al estado del hijo (num. 15). Pero tal es el parecer de todos los intérpretes (2).

29. Esta jurisprudencia fué notablemente modificada por el Código de Napoleon: “El exceso no es jamas la verdad, decia Duveyrier, y se hace necesario volver con precaucion y escrúpulo á las leyes naturales de la razon. A la verdad, no hay en la naturaleza imposibilidad física en que una mujer infiel deba la concepcion del hijo de que es madre, al marido á quien odia y de quien huye, y no al hombre, cuyo amor la hace esclava ardiente y sumisa. Pero todos los cálculos del razonamiento y todas las afecciones morales de la misma naturaleza se sublevan contra una tal posibilidad. La duda, al ménos, es inevitable: y digamoslo sin temor, la duda misma no existiria sin esa presuncion tan respetable de la ley, pero que no ejerce ninguna influencia sobre los motivos de conviccion interna. Y si esta duda ya impuesta por la ley, mas bien que por la razon, se encuentra todavia combatida, no por la declaracion de la madre, cuya intencion y efecto han podido corromper y debilitar mil motivos, sino por una confesion tácita, espontanea y continua, muy mas fuerte que una declaracion pasajera y concertada, ¿no seremos arrastrados hácia la verdad, ó al ménos, hácia la necesidad de buscar la evidencia? *Si la mujer adúltera ha ocultado á su marido la preñez, el parto y el nacimiento del hijo, la idea*

(1) Merlin, *Repert.*, “Legitimité,” sect. 2, § 2, num. 5.

(2) Gutierrez Fernandez, *Códigos españoles*, tom. 1, pag. 463.—Goyena, *Proyecto*, art. 102.—Navarro Amandi, *Código civil de España*, art. 181.

que le ha dictado este misterio é impuesto los cuidados y dificultades que él exige, es de una tal preponderancia, que seria injusto no invocarla como testimonio sobre la cuestion de la verdadera paternidad. Una mujer, en este caso, no dice nada, no declara nada: al contrario, se calla y se oculta. Es su corazon mismo que, á su pesar, descubre sus repliegues mas ocultos: es su conciencia que deja escapar su mas misterioso juicio. Ella se muestra toda entera dominada por la intima conviccion á la cual sacrifica su propio hijo y lo que su hijo tiene de mas caro, la legitimidad. Entónces lo que la presuncion legal del matrimonio puede exigir, es que la presuncion contraria, elevada á un tan alto grado de poder, no baste todavia para destruirla: pero, no se puede rehusar al marido, que ha probado ya el crimen de su mujer y el misterio en que envuelve el fruto de su crimen, la facultad de ofrecer á la justicia las otras pruebas que pueden completar la demostracion y sustraerle á las cargas y á la verguenza de una falsa paternidad. He aqui la marcha ilustrada por todas las luces de la razon. Dignaos, legisladores, tomar en serio estudio el proyecto de ley; y quedareis persuadidos de que sus autores han discurrido y establecido sobre este punto delicado todas las sabias combinaciones que, sin atentar peligrosamente al fundamento social, á la presuncion legal de la paternidad, atribuyen sin embargo á la verdad y á la justicia lo que tienen derecho de exigir. El proyecto de ley no admite la excepcion de la imposibilidad moral, fundada sobre el adulterio, sino bajo tres condiciones formales. *Es necesario que el adulterio esté probado; y no puede estarlo sino por una sentencia despues de un juicio. Es necesario que la mujer haya ocultado á su marido el nacimiento del hijo adulterino. Y llenadas estas dos condiciones, es necesario todavia que el marido presente la prueba de los hechos capaces de justificar que otro es el padre del hijo.*” En el mismo sentido se expresan Bigot Pream-

neu ante el Consejo de Estado y Lahary ante el Tribunado (1). En consecuencia el art. 313 del Código de Napoleon dice:.... "El marido no podrá desconocer al hijo por causa de adulterio, á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, en cuyo caso será admitido á proponer todos los hechos encaminados á justificar que él no es el padre".

30. Como se ve por lo que precede, pueden clasificarse en tres especies los sistemas seguidos desde la antigua legislacion en orden al adulterio y respecto á la presuncion legal de paternidad. Segun el primero, representado por el derecho romano y la antigua legislacion española, se establece incondicionalmente que el adulterio de la madre, en ningun caso, es excepcion aceptable en contra de la paternidad atribuida por la ley al marido. Esta jurisprudencia antigua parte, en el examen de estas cuestiones, de tres principios inmutables: *Pater est quem nuptiae demonstrant; Potest enim uxor adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse; Non.... obsit professio à matre irrita facta.*

Segun el segundo sistema, aunque se asienta en principio que el adulterio es inaceptable como excepcion en contra de la presuncion legal de paternidad, se reconoce que lo contrario debe decidirse, cuando al delito, ya perfectamente demostrado, se agregan la ocultacion del nacimiento del hijo por la madre y la prueba de todos los hechos que el marido considerare conducentes á probar que no es el padre. Este sistema se halla representado por el Código de Napoleon y la mayoría de los códigos modernos.

Pero existe un tercer sistema, mas antiguo que los dos precedentes y cuyo origen se coloca en la legislacion griega,

(1) Duveyrier, num. 27.—Bigot-Preameneu, num. 25.—Lahary, num. 26.

segun el cual, en caso de adulterio, la declaracion de la madre hace vacilar la presuncion legal de paternidad.

31. ¿A cuál de estos tres sistemas ha obedecido nuestra legislacion nacional?

El Código de Tlaxcala (art. 209) proclama en términos que no admiten duda, la inadmisibilidad absoluta de la excepcion de adulterio, puesto que dice: "El marido no podrá desconocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legitimidad, á no ser que el nacimiento se verifique despues de diez meses de estar ausente el marido." Estas últimas palabras, aunque expuestas de modo que parecen la negacion de la idea contenida en las anteriores del mismo artículo, en realidad no hacen sino confirmar el principio de la inadmisibilidad de la excepcion de adulterio. En efecto, este Código, segun ya lo hicimos notar antes, reconoce, como todos los modernos, que el *minimum* y el *máximum* de la gestacion son ciento ochenta dias completos y trescientos sin pasar al exceso, presumiendose que son legítimos los hijos nacidos despues del primero y antes del segundo plazo, contados ambos respectivamente, el uno desde la celebracion del matrimonio y el otro desde su disolucion. Contra esta presuncion solo se admite la prueba de la imposibilidad física durante los primeros ciento veinte dias de los treientos que han precedido al matrimonio (num. 18). Si esto es así ¿qué deberemos pensar de un hijo nacido cuando hace diez meses que el marido de su madre está ausente (núm. 16)? El Código del Estado de México (art. 226) es mas absoluto: "El marido, dice, no podrá desconocer á los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare contra la legitimidad."

32 Los Códigos del Distrito Federal (arts. 316 de el de 1870 y 292 del actual) se expresan así: "El marido no podrá desco-

nocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legitimidad, á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, ó haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses." Permítansenos algunas ligeras reflexiones sobre estos últimos artículos. ¿Exigen ellos la prueba del adulterio? Pudiera creerse que no, porque el verbo "alegar" no significa probar, sino proponer, manifestar, presentar y esta significacion parece, en nuestros artículos, confirmarse por su contexto, pues no se exige sino uno de dos hechos, al lado del adulterio: o la ocultacion del nacimiento del hijo que se supone adulterino, ó que él se haya verificado durante una ausencia del marido de más de diez meses. Ninguna otra cosa es necesario probar. A lo menos, pues, bajo este punto de vista, dichos artículos son oscuros y controvertibles. Fuera de esto ¿la ocultacion del nacimiento por la madre es una omision, necesariamente exclusiva de la paternidad del marido? Sin negar que frecuentemente tal conducta de la esposa autorice á sospechar de su fidelidad, pues, segun general observacion, ningun suceso del hogar acerca y comunica mas entre si á los esposos que el nacimiento de un hijo, la verdad es que él, por si solo no puede ser tomado como elemento probatorio único, sea para combatir la presuncion de paternidad cuando es ocultado, sea para afirmarla y asegurarla, cuando se hace público y notorio. Como lo hizo notar Rœderer en el Consejo de Estado en Francia, cuando la esposa oculta el nacimiento del hijo á su marido, esto prueba ciertamente que hay graves discordias entre los esposos; la mujer teme el resentimiento del marido y no pocas veces el temor será justificado por los desordenes de éste, por sus violencias, por su exigente celo, por sospechas injustas (1). Ahora bien, ¿no hemos dicho (num. 26) que siem-

(1) Locré, tom. 3, pág. 41.

pre que haya duda, siempre que ésta sea á lo menos posible, el legislador y el juez deben decidirse por la legitimidad del hijo? Por otra parte ¿no vemos que con dolorosa frecuencia muchas esposas livianas ostentan á todo el mundo, y desde luego á su esposo mismo, el hijo que solo deben al adulterio? Es pues un hecho indiferente, ó cuando más, muy dudoso, en orden á la paternidad del marido, que la mujer oculte ó no, el nacimiento de su hijo. Por eso el Código francés, advertido sin duda por tales consideraciones, exige, como hemos visto (num. 29) tres condiciones precisas para que proceda el desconocimiento por causa de adulterio: no bastan las pruebas de que el delito se ha cometido y de la ocultacion del nacimiento por la esposa, sino que es necesario ademas que el marido pruebe *todos los hechos conducentes á justificar que él no es el padre*. En consecuencia, segun éste código, no se hace depender el estado del hijo de la circunstancia de la ocultacion del parto, la cual por si sola es insuficiente.

¿Qué diremos de la otra condicion alternativa expuesta tambien por ambos códigos del Distrito Federal, es á saber, *que el nacimiento haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses?* O esta redaccion es demasiado anfibológica, ó expresa un concepto redundante, pues ya sabemos que la ausencia, no ya de diez meses, sino solo de ciento veinte dias de los treientos precedentes al nacimiento, es prueba suficiente en contra de la presuncion legal de paternidad.

El Código de Veracruz (art. 277), acepta en esta materia una transaccion con los tres sistemas antes expuestos (núm. 30). Este Código dice textualmente: "El marido no podrá desconocer á los hijos alegando adulterio de la madre, á menos que ésta declare contra la legitimidad ó el nacimiento se le haya ocultado, en cuyos casos él podrá probar los hechos conducentes á justificar que el hijo no es suyo."

33. Una cuestion de la mayor importancia ha surgido con motivo de las pruebas que pueden rendirse para el desconocimiento de la paternidad por causa de adulterio. En todos los casos que pueden ofrecerse, siempre que se trate de demostrar que el marido no es el padre del hijo de la esposa, *inclusive* aun aquellos en que el desconocimiento se funde en imposibilidad física, ciertamente hay adulterio. ¿El marido no ha podido tener acceso con la mujer en los primeros ciento veinte dias de los treientos que han precedido al nacimiento, sea por ausencia ó por impotencia? Destruida la presuncion legal de paternidad, implícitamente se sigue que la esposa ha sido adúltera, pues de dos cosas la una: ó el marido es el padre y entonces no hay mérito para el desconocimiento, ó no lo es y entonces hay adulterio. Ahora bien, tratándose del desconocimiento por esta causa especial, se pregunta: ¿será necesario probar el adulterio, cuyo hecho está siempre implícitamente contenido en todas las afirmaciones de no-paternidad, y que se desprende seguramente, ya de la prueba de imposibilidad física, ya tambien de la precocidad ó retardo del nacimiento del hijo, ó bastará que el demandante demuestre *la ocultacion del nacimiento, los hechos propios para justificar que no es el padre, la declaracion contraria de la madre, &c., &c.*, segun lo dispuesto por los diferentes Códigos (núms. 29, 31 y 32)?

Una sentencia francesa de casacion ha decidido: "Que la ocultacion del nacimiento es *la sola condicion* exigida por la ley para la admision del desconocimiento fundado en el adulterio de la mujer; que el art. 313 no ha exigido nada más; que la prueba jurídica del adulterio careceria aun de objeto, porque la prueba de que el marido no es el padre del hijo desconocido, no podia ser hecha, *sin verificar necesariamente al mismo tiempo la del adulterio de la mujer*, y que sin duda por este motivo la ley no exige que el adulterio de la mujer sea com-

probado por un juicio previo; que basta, pues, bajo el punto de vista del derecho, que el nacimiento del hijo haya sido ocultado al marido, para que haya lugar de admitir el desconocimiento por causa de adulterio..... (1)» Tal es también el sentir de casi toda la jurisprudencia (2). Pero los autores en su mayor parte, enseñan con Duranton, que es necesario que el adulterio sea especialmente probado, «No es por vía de consecuencia, dice este autor, como la prueba debe ser hecha, de manera que el adulterio resulte de los hechos justificados por el marido y capaces de establecer que él no es el padre..... La causa legal del desconocimiento es el adulterio, y acoger el desconocimiento sin la prueba positiva de aquel, sería poner el principio de la acción en lo que debe ser uno de sus resultados morales (3)» Estas discusiones han provenido de la oscura redacción del art. 313 francés por lo que hace al desconocimiento fundado en el adulterio, pues interpretándolo literalmente parece, y ésta es la opinión de Demante y Ducaurroy, que la prueba del adulterio entra en la de *los hechos capaces de justificar que el marido no es el padre* (4). Otra sentencia de la Corte de Casación francesa, nos parece haber venido á establecer la verdadera doctrina: según ella, el art. 313 del Código de Napoleón no exige que la prueba del adulterio sea suministrada de una manera especial y distinta, sino que quiere solamente que el adulterio sea establecido de una *manera positiva al mismo tiempo que los otros hechos*, de cuyo conjunto resulta la no-paternidad del marido (5).

(1) Cass. 25. janv. 1831.—Demolombe, tom. 5, num. 44.

(2) Dalloz. *Repert.* "Paternité et Filiation," num. 45.

(3) Duranton, tom. 2, num. 52.—Marcadé, tom. 2, num. 10.—Laurent, tom. 3, num. 375.

(4) Demante, tom. 2, num. 39, bis IV.—Ducaurroy, tom. 10, num. 433.

(5) Arret, du 31 juillet 1866 (Dalloz, 1867, I. 297)

34. Pero surge otra dificultad: ¿cómo debe hacerse la prueba del adulterio? ¿directamente en el mismo juicio de desconocimiento ó ántes, por medio de un juicio previo y especial? Los autores se separan en este punto de la interpretacion dada al art. 313 por los expositores del Código. En efecto, como ya lo manifestamos en otro lugar (num 29), Duveyrier, orador del Tribunado, habia dicho: “Es necesario que el adulterio *esté probado*, y no puede estarlo sino *mediante un juicio público*; es necesario que la mujer haya ocultado á su marido el nacimiento del hijo adulterino. *Y llenadas estas dos condiciones*, es necesario todavia que el marido presente la prueba de los hechos propios para justificar que otro que él es el padre del hijo.» Bigot-Preameneu es todavia más explícito. Despues de haber dicho que el adulterio de la mujer no podría por sí mismo contrarestar la presuncion de paternidad que resulta del matrimonio, añade: “Sin embargo, si la mujer *habiendo sido condenada por adulterio*, habia ocultado á su marido el nacimiento de este hijo, tal conducta se convertiría en testimonio contrario de un gran peso.» Maleville (1), Locre (2), y Toullier (3) son de esta opinion y Merlin confiesa que, arrastrado por la autoridad de los oradores del Gobierno, más que por su personal razonamiento, sostuvo, como Procurador general ante la Corte de Casacion, que, aunque la prueba judicial y legal del adulterio de la mujer no debe preceder esencialmente á la accion del marido en desconocimiento, hay sin embargo que proclamar que, al intentar su accion, el marido debe, ántes de ser admitido á probar su no-paternidad, hacer decidir dos cosas: que la mujer es culpable de adulterio,

(1) Maleville, tom. 1, pag. 309

(2) Locré, tom. 5, pags. 35 y sigts.

(3) Toullier, tom. 2, núm. 815.

y que le ha ocultado el nacimiento del hijo (1). Pero esta doctrina ha sido condenada justamente por los autores, pues como lo nota nuestro ilustrado compañero el Sr. Mateos Alarcon, refiriéndose al art. 320 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, modelado sobre el Código francés en este punto, segun lo expondremos más adelante, los plazos acordados al marido para intentar la accion de desconocimiento son demasiado cortos, y si estuviese obligado ante todo á hacer condenar á su mujer por adulterio, trascurririan casi siempre durante el juicio previo, ó lo que es lo mismo, prescribiria la accion ántes de poder ejercitarla (2).

35. ¿Son las precedentes las únicas excepciones aceptadas por las leyes en contra de la regla: *Pater is est, &c?* Desde la jurisprudencia romana, en opinion de algunos comentadores, se habia establecido que las palabras: «*Si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate superveniente vel alia causa*» (núm. 8) de una doctrina del juriconsulto Ulpiano, comprendian tambien el caso de que la esposa hubiera dejado de vivir bajo el mismo techo que el marido, ó sea esta nueva excepcion del principio que hacia derivar la paternidad del matrimonio. Sobre esta cuestion mucho se dividieron los intérpretes antiguos, creyendo unos que los términos *vel alia causa* podian referirse á cualquier evento, capaz de impedir la rigurosa aplicacion de la regla *Pater is est etc.*, y rechazando otros esta extension, en su concepto indebida de los términos de la ley, con tanta más razon, con cuanta que los romanos no conocian la separacion de cuerpos, y por lo mismo sus leyes nunca habrian podido ocuparse de

(1) Merlin, *Repert* "Legitimité" sect, 2, § 2, núm. 5

(2) Mateos Alarcon, *obra citada*, tom. 1, pág. 164—Demolombe tom. 5, núm. 42.—Duvergier *sur Toullier*, tom. 2, núm 815—Marcadé *sur l'art. 313*

élla, como de un hecho jurídico, incompatible con la presunción de paternidad basada sobre el matrimonio (núm. 14). La antigua legislación española fué, á no dudarlo, de este sentir, segun se desprende de las siguientes palabras de una ley de Partida: «Cuantos hijos ficiesen entretanto que tuvieren en esta dubda, serían legítimos». (1)

36. El Código de Napoleon guardó el más absoluto silencio respecto á esta causa de desconocimiento, por considerarse que la separacion de cuerpos, ya fuese voluntaria ó judicial, no impedía que los esposos gozaran de toda su libertad, y por habitar éstos en una misma ciudad, no excluía ni las ocasiones oportunas ni la posibilidad de acercarse y reconciliarse. A la iniciativa del ilustre profesor de derecho, M. Demante, entónces diputado, se debe la reforma hecha al antiguo art. 313 de este Código y contenida en la ley de 6 de Diciembre de 1850, segun la cual, «si se hubiese declarado la separacion de cuerpos, ó si únicamente estuviera solicitada, el marido podrá no reconocer el hijo que haya nacido diez meses después del fallo dado en la forma prescrita en el art. 878 del Código de procedimientos civiles, ó ántes de los seis meses siguientes á la desestimacion definitiva de la demanda, ó de haberse efectuado la reconciliacion. No se admitirá la accion de desconocimiento del hijo, si los esposos se hubieren reunido de hecho.» (2) Esta misma disposicion existia con toda anterioridad, si bien con algunas diferencias que marcaremos en seguida, en el Código de los Países Bajos, cuyo art. 309 dice textualmente: «El marido podrá desconocer al hijo nacido trescientos dias despues de aquel en que *la sentencia que pronuncia la separacion de cuerpos hubiere adquirido la fuerza*

(1) *Partida 4^a*, tit. 13, l. 1—Goyena, *Proyecto* art. 103.

(2) Demante, *Cours de Code Civil*, tom. 2, núm. 40, bis. I.

de la cosa juzgada; pero lo mujer podrá proponer todos los hechos conducentes á justificar que su marido es el padre. Si el desconocimiento ha sido admitido, la reconciliacion de los cónyuges no podrá convertir en legítimo al hijo» Desde luego puédense notar dos diferencias entre esta disposicion y la de la ley francesa de 6 de Diciembre de 1850: es la primera, que ésta extiende la excepcion por causa de divorcio y en contra de la paternidad presunta, aun al caso en que aquel se haya simplemente solicitado, miéntras que el Código de los Paises Bajos restringe dicha excepcion al hecho de que el nacimiento del hijo se haya verificado trescientos días despues de que la sentencia en el juicio de divorcio haya causado ejecutoria. La segunda diferencia nos parece consistir en las últimas palabras de que se sirve este Código, el cual parece suponer que los esposos se reconcilien despues de que el marido ha desconocido al hijo como adulterino, decidiendo que á pesar de esto, dicho hijo permanecerá ilegítimo. Como dice Laurent, esta suposicion es poco probable, y caso de realizarse, no era necesario expresar la conclusion, por lo lógica y natural, inútil sobre que subsistirá el desconocimiento. (1)

37. Nuestra legislacion nacional ha reconocido, desde su primera manifestacion sobre esta materia, la justicia de la excepcion establecida por la ley francesa, ántes citada. En efecto, basta leer el art. 25, inciso 4º de la ley de 10 de Agosto de 1857, para convencernos de que en las miras del prudente legislador, por lo que hace á la legitimidad de los hijos, entraba la consideracion de que el parto se hubiese verificado durante la época en que el marido estaba divorciado de la madre, bastando entónces que aquel desconociese al hijo y alegara su ilegitimidad. Verdad es que en esta ley sólo se

(1) Lourent, *Revision du Code Civil*, art. 281.

encuentra muy en gérmen la idea de la excepcion en cuyo estudio nos ocupamos, pues rigurosamente interpretado el artículo relativo, lo mismo puede aplicarse aquella al hijo nacido durante el juicio del divorcio ó despues de pronunciada la sentencia definitiva. Mas los Códigos, posteriormente promulgados, ya vienen á fijar de una manera precisa la mente de nuestros legisladores sobre esta grave materia. Conocida ya la diferencia importantísima que separa en este punto al Código francés de el de los Países Bajos, en obvio de mayores explicaciones, podemos decir que siguen al primero, en nuestra legislacion civil, los Códigos de Veracruz (art. 278), del Estado de México (art. 227), del Distrito Federal de 1870 (art. 317) y del mismo, hoy vigente (art. 293). Pero el Código de Tlaxcala (art. 210) acepta, siguiendo al de los Países Bajos, que sólo puede servir al marido, como motivo de desconocimiento, que el hijo haya nacido despues de diez meses de pronunciada la sentencia definitiva de divorcio. Todas estas legislaciones están, sin embargo, conformes en un punto, es á saber: que basta al marido la denegacion de la legitimidad del hijo, nacido en la época y en las circunstancias indicadas por la ley, para que pierda su fuerza la paternidad presunta; mientras que la madre, el hijo ó el tutor de éste, necesitan demostrar todos los hechos conducentes á la prueba de la legitimidad.

38. Réstanos ahora exponer cuáles son las razones que en nuestro concepto militan en favor de la ley francesa, á la cual han seguido nuestros Códigos. Dígase lo que se quiera, es un hecho indiscutible que, si desde la antigua jurisprudencia, el matrimonio ha sido considerado como la única base cierta de la legitimidad de los hijos, esto no se explica sino porque la idea del matrimonio entraña la de la vida comun de los esposos. Sobre este razonamiento es, en último análisis, sobre lo

que se funda la presuncion consignada en la regla romana *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Ahora bien ¿es verosímil semejante presuncion, cuando la vida comun de los cónyuges se ha interrumpido por disenciones domésticas tan graves que han hecho necesario el recurso á los tribunales en demanda de divorcio? No se nos diga que la separacion de cuerpos es un hecho accidental que sólo suspende, sin cortar de raiz, los derechos y obligaciones que el matrimonio importa, porque siempre resulta verdadero que la presuncion de paternidad atribuida al marido pierde cuando ménos muchísimo de su fuerza, desde el momento en que ya no puede suponerse el *consortium omnis vitae* en que consiste la union conyugal, y debe considerarse que sería sacrificar á una simple sutileza jurídica lo que es tan sagrado para el hombre, es á saber, su derecho á dar nombre, proteccion y subsistencia física á sólo los hijos que de él procedan legítimamente, sin compartir jamás estas obligaciones en favor de descendientes extraños, con mengua del propio honor y disimulo del crimen ajeno. Muy seductor es decir como el Primer Cónsul en la discusion relativa á este punto: «La sociedad está interesada en que no haya bastardos;» pero ¿qué se haría la dignidad del más santo de los compromisos, si la mujer culpable pudiera participar de los derechos de la matrona virtuosa? ¿qué hombre osaría contraer esas imponentes obligaciones del hogar, si el legislador que las instituyó para favorecer las costumbres, condescendiera en hacerlas servir de encubridoras del desórden, lo cual sucederia toda vez que á la sombra de esas solemnes y augustas formas de las nupcias, el hijo engendrado sólo por el crimen pudiera conquistar los honores de la legitimidad? Con razon, pues, la totalidad de los Códigos modernos ha reconocido con más ó ménos diferencias entre sí, que la paternidad fundada en el matrimonio debe ceder á la circunstancia de que el naci-

miento del hijo, de cuya legitimidad se trata, haya sucedido durante la separacion de los esposos y despues de cierta época, que haga imposible ó por lo ménos muy sospechoso presumir qué aquel sea obra del marido.

39. Pero hay una cuestion de la mayor importancia y que se liga muy de cerca con la reforma de la ley francesa, habiendo sido calurosamente debatida aun ántes de ésta. Ella puede formularse en los siguientes términos: ¿el desconocimiento del marido, fundado en la causa de la separacion de cuerpos, es perentorio, sin necesidad de prueba á su cargo, ó la legitimidad procede de pleno derecho en favor del hijo y de la madre hasta que el marido haya demostrado lo contrario? Merlin cita (1) diversas decisiones, deduciéndose de unas que no basta al marido desconocer al hijo por causa de divorcio, sino que necesita demostrar con pruebas positivas y directas la no-paternidad, y estableciendo otras que es á la madre, al hijo ó á sus legítimos representantes á quienes incumbe la carga de probar que no debe ser aceptada la denegacion de legitimidad hecha por el marido. Esta misma controversia ha continuado hasta el presente, á pesar de la ley de 6 de Diciembre de 1850. La diferencia de opiniones se manifiesta no sólo en la doctrina sino tambien en la jurisprudencia. Marcadé, comentando el art. 313 del Código de Napoleon, ya adicionado, dice: “Esta disposicion nueva permite al marido, no hacer caer la presuncion de paternidad por una simple denegacion, *sino probar contra la presuncion de la ley, proponiendo todos los hechos conducentes á justificar que no es el padre del hijo*, es decir, que el nuevo párrafo de nuestro artículo coloca al marido divorciado en la posicion en que lo ponía el párrafo primero, ó sea, imponiéndole la prueba del adulterio de la mujer y de la ocul-

(1) Merlin, *Questions de droit*, “Legitimité” § 2.

tación del nacimiento (1).» Varias sentencias de tribunales franceses han seguido también esta opinión, cuyo principal fundamento, después de la ley de 6 de Diciembre de 1850, no es otro que estar expresada la reforma de que nos hemos ocupado, á continuación inmediatamente del art. 313, relativo al desconocimiento por causa de adulterio. Partiendo de esta razón que, como se ve, más pertenece á la redacción y orden de las palabras que á su ideología, se ha creído que así como para el desconocimiento por causa de adulterio necesita el marido probar la ocultación del nacimiento del hijo y todos los demás hechos conducentes á demostrar que no es el padre, del propio modo y en el caso de separación de cuerpos, debe justificar con pruebas directas y positivas la no-paternidad de que se trata, sin que basten á tal efecto, ni la alegación del desconocimiento, ni el hecho de que el hijo ha nacido después de cierto tiempo á contar desde la separación definitiva ó solicitada (2). Sin embargo, la mayoría de los autores y de la jurisprudencia son de diversa opinión, perteneciendo á la Corte imperial de París la gloria de haber fijado, por sentencia de 18 de Febrero de 1854, el verdadero sentido de la adición hecha al art. 313 francés. Las palabras relativas de este fallo son las siguientes: “porque la acción en desconocimiento (en el caso del párrafo 2 añadido al art. 313 del Código de Napoleón por la ley de 6 de Diciembre de 1850) no puede ser destruida *sino por la prueba de una reunión de hecho entre los esposos*, y que el objeto de aquella ley ha sido imponer á la mujer divorciada la prueba de las circunstancias conducentes á alejar la sospecha

(1) Marcadé, *sur l'art. 313*, IV. 12—Massé et Vergé *sur Zacharicé*, tom. 1 § 156—Boileux, *sur l'art 313*, pag. 72

(2) Arrêt, Amiens 30 juin 1853 (De Villeneuve, 54, 2, 81; Dalloz, 55, 2, 311)

de adulterio (1)." Toda duda debe desaparecer á este respecto, con solo fijarse en las enseñanzas de Mr. Demante, cuya autoridad, independientemente de su gran prestigio, es incontestable en la cuestion, no sólo por haber sido el iniciador de la reforma añadida al art. 313, sino por haber desempeñado el cargo de relator de la comision nombrada por la Cámara francesa para dictaminar sobre el proyecto de ley. "Se consideró, dice este autor, que el estado de separacion de cuerpos, que hace inverosímil el comercio de los esposos, debia hacer durar la presuncion de paternidad, consecuencia del matrimonio siempre subsistente, hasta el desconacimiento del marido; pero que esta accion deducida en los plazos y en las formas prescritas, *no debia sujetarse á ninguna otra prueba que la de la existencia de la separacion ó de su solicitud al sobrevenir la concepcion del hijo.* Se expresó solamente que el desconocimiento no seria admitido si habia habido reunion de hecho entre los esposos, lo cual, por lo demás, no puede tener otra significacion que *reservar á los adversarios del marido el derecho de probar esta reunion para destruir la accion del desconocimiento.* (2)" Hay que convenir en que esta doctrina, haciendo á un lado toda preocupacion, es la única conforme no sólo con el texto de la ley de 1850, sino, lo que importa más que todo, con los motivos prácticos deducidos de la excepcional situacion que el divorcio crea á los esposos. Creemos con la mayoría de los más autorizados intérpretes, que el texto adicional del art. 313 francés, aunque colocado bajo el mismo número de esta disposicion, tiene fisonomía y objeto parti-

(1) Paris, 18 Fevrier 1854—Bordeaux, 16 Juin 1858 —Nancy, 12 Janvier 1861.—Agen, Mars 4. 1874—Toulouse, 11 Juin 1874 —Caen 22 Dec, 1880

(2) Demante, *Cours analytique*, tom. 2, num, 40

culares y distintos, bastándose á sí propio con entera independencia del texto que le precede y, según todas las probabilidades no habiendo sido redactado en la forma que guarda sino para no cambiar todos los números de los artículos del Código. Por otra parte, si es verdad que la presuncion de paternidad tiene su fundamento en el matrimonio, el cual no es disuelto por la separacion de cuerpos, no lo es ménos que tal presuncion debe la mayor parte de su vigor á dos consecuencias del matrimonio, la cohabitacion de los esposos y la posibilidad en que el marido se encuentra de disponer, mediante su incontestable poder de jefe de familia, de todos los medios y elementos eficaces de vigilancia y proteccion. Colocados los cónyuges en este órden de vida, muy natural nos parece que la presuncion de paternidad asuma todo su imperio, sin que ni los más graves extravíos de la mujer, el adulterio, la ocultacion del nacimiento del hijo, básten á debilitarla y siendo, por lo mismo, necesario que el marido presente para combatirla pruebas y presunciones contrarias. Pero ahora se supone que á consecuencia de graves disturbios en el hogar los tribunales han ordenado á los cónyuges la separacion, y que el cumplimiento de esta órden, interrumpidos la vida comun y todo trato entre aquellos, ha arrebatado al marido los medios de vigilar la conducta de su esposa y aun impedido en cierto modo, que se acerque á ella sin infraccion de un mandato judicial; ¿será justo decir á ese marido, desarmado por la ley: si tu mujer da á luz un hijo, te impongo la necesidad de que justifiques y pruebes con hechos, que ya no están á tu alcance, que ese hijo no es tuyo? Esto nos parecería la mas cruel de las exigencias (1).

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 55 bis—Aubry et Rau, *sur Zaccaria*, tom. 4, pag. 580—Mourlon, tom. 1, pag. 444—Quénault, *Revue critique*, 1855 pag. 308—Coin Delisle, *ibid* 1855, pag. 212.

40. En cuanto á nuestra legislación nacional, nuestro parecer es que semejante cuestión apenas puede suscitarse entre nosotros, no sólo porque el precepto de los Códigos que se refiere á este punto, guarda la debida separación con el que trata del desconocimiento por causa de adulterio, sino también porque los términos de la ley no dejan lugar ni á asomo de duda en orden al verdadero espíritu del legislador. Así todos los textos legales que ántes hemos citado (núm. 37), después de establecer el derecho que tiene el marido de desconocer al hijo, en caso de divorcio, añaden: “pero la mujer, el hijo ó el tutor de éste pueden sostener la legitimidad.”

§ 3.º DEL HIJO CONCEBIDO ANTES Y NACIDO DURANTE EL MATRIMONIO.

41. En otro lugar (núm. 6) dejamos ya expuesta nuestra opinión, bajo el punto de vista de los principios abstractos de la ciencia, en orden á la condición del hijo nacido antes del período mínimo que la ley fija á la vida intrauterina. ¿Cómo ha resuelto la legislación positiva este importantísimo punto? Si abrimos el Código de Napoleon, ciertamente no encontramos ningun texto que con toda exactitud y claridad responda á la anterior pregunta. Es pues, por medio del razonamiento é interpretando el espíritu del legislador, como la doctrina, por el órgano de sus principales expositores, ha llegado á establecer que, puesto que el art. 314 de dicho Código admite que el marido puede desconocer al hijo nacido durante los ciento ochenta dias, á contar desde el matrimonio, implícitamente acepta que el marido puede no ejercer tal facultad, en cuyo caso resulta inconcuso que según ese Código el hijo nace legítimo, aunque haya sido en tales circunstancias (1). Lo mismo

(2) Laurent, tom. 3, núm. 379 — Demolombe, tom. 5, núm. 56 — Marcadé, tom. 2, núm. I, 13, *sur l'art 314*.

creemos que debe afirmarse respecto á nuestra legislacion, atentos los términos de los arts. 279 del Código de Veracruz, 228 de el del Estado de México; 318 de el del Distrito Federal de 1870; 294 de el actual y 211 de el de Tlaxcala.

42 Pero supuesto que el marido puede ó no ejercer la facultad de que tratan las anteriores disposiciones, ocurre desde luego preguntar: ¿tal facultad es absoluta en su favor? “Supongamos, decía el Canciller D’Agueseau, que un jóven haya tenido cierta sospechosa familiaridad con una doncella; que ámbos son libres y capaces de comprometerse con los lazos del matrimonio; que se casan en seguida y que sobreviniendo muy poco despues de la celebracion del matrimonio el nacimiento de un hijo, surge una cuestion de estado en la que se trata de saber quién es el padre. Si el matrimonio era anterior al tiempo de la concepcion, la ley atribuiría el hijo al marido, sin ninguna dificultad, en virtud de una presuncion legal. Si al contrario no hubiera habido jamas matrimonio entre las dos partes, entónces se buscarían las pruebas de la familiaridad, y caso de ser concluyentes, ellas decidirían la cuestion por una simple conjetura probable. Pero si consta no solo el hecho de la familiaridad en el tiempo de la concepcion, sino un matrimonio contraido en el tiempo del nacimiento, ¿no se podrá decir que ámbas cosas reunidas forman una presuncion ménos fuerte á la verdad que la primera, porque no está absolutamente fundada sobre el matrimonio; pero mucho más poderoso que la segunda, porque no está apoyada únicamente sobre la familiaridad, y porque el matrimonio que la ha seguido, le da un grado de fuerza, de evidencia y de autoridad al que parece casi imposible resistir?” Tal es, sin duda, el gérmen de las disposiciones de las leyes modernas que establecen ciertas excepciones á la facultad otorgada al marido de desconocer al hijo de su esposa, nacido ántes de los ciento ochenta dias de celebradó el matrimonio.’”

43. ¿Cuáles son éstas excepciones? Desde luego hay una expresada en todos los Códigos modernos, es á saber, si el marido ha tenido conocimiento de la preñez de su esposa ántes del matrimonio. "Se presume, decia Bigot-Prémeneu,—motivando el art. 314 francés, inciso primero, que el marido que ha tenido conocimiento de la preñez ántes de casarse, no ha contraído matrimonio sino para reparar su falta personal: se presume que semejante himeneo no hubiera sido consentido jamas, si aquel no estuviera persuadido de que la mujer llevaba en su seno el fruto de sus amores; y cuando ha tenido en la conducta de ésta tal confianza que ha querido que sus destinos se unieran, ¿cómo sería posible admitirle á atacar semejante testimonio?" Bastan en nuestro concepto las anteriores palabras para encontrar justificada esta primera excepcion que, en el sentido de todos los legisladores, ha debido limitar la muy respetable facultad del marido para desconocer al hijo nacido de su matrimonio con la madre, pero antes del período legal fijado á la preñez. En este punto estan conformes con el Código de Napoleon los artículos poco ántes citados de nuestros Códigos.

44. Sin embargo, si la justicia y moralidad de esta excepcion estan fuera de todo debate, no sucede lo mismo con su aplicación, la cual ha dado lugar desde ántes de la promulgacion del Código francés á las más vivas controversias entre sus autores é intérpretes. ¿Cómo debe probarse que el marido tenía conocimiento de la preñez de su esposa ántes de contraer matrimonio? En el primer proyecto del Código Civil francés, la Comision encargada de redactarlo, decía que esta prueba no podría resultar sino de *los escritos del marido mismo*. Este rigorismo no apareció ya en el proyecto presentado al Censejo de Estado por la seccion de legislacion; pero fué sin embargo, reclamado por Bigot-Prémeneu, que observó que el artículo no decia cómo podría probarse contra el marido que habia te-

nido conocimiento de la preñez de la mujer: "si hay que atenerse á la regla general, decía, es necesario un principio de prueba por escrito" Boulay respondió que "es imposible fijar de antemano qué especie de hechos pueden ser tomados como exclusivamente probatorios." Conforme á esta respuesta, habiendo sido adoptado el artículo en su generalidad indefinida, queda por resolver la siguiente cuestion, nacida de la particular manera con que la antigua jurisprudencia habia tratado este importantísimo punto: hemos visto ántes (núm. 42) que los antecedentes de relaciones íntimas y familiares entre los cónyuges eran, segun D'Agueseau, motivo suficiente para rechazar el desconocimiento del marido. Ahora bien ¿cómo debe considerarse esta prueba después de la redaccion definitiva del inciso 1 del art. 314 francés? Dos opiniones de carácter extremo y absolutamente opuestas se han dividido el campo de la jurisprudencia hasta tiempos muy cercanos á nosotros. Mr. Proudhon piensa que no se podria, ni aun en interés del hijo, probar esos antecedentes de intimidad ó familiaridad entre los cónyuges, para deducir que habiendo el marido conocido á la mujer, ha conocido tambien ó debido conocer la preñez. "La razon es, dice, que no estando la excepcion de la ley fundada sino sobre el conocimiento positivo de la preñez, no es permitido probar otros hechos, sin caer en lo arbitrario. Un hombre puede haber tratado con frecuencia á una mujer, sin creer en su preñez: los hechos de familiaridad é intimidad dejan siempre sobre sus consecuencias una incertidumbre tal, que nuestros legisladores han creido deber abolir toda investigacion de paternidad, fundada sobre semejantes circunstancias. Por otra parte seria posible, que una mujer, queriendo cubrir sus desórdenes bajo el velo del matrimonio, engañase al marido, á quien ella habia fascinado con el atractivo de sus encan-

tos (1). Toullier, al contrario, llega hasta decir; "que de los antecedentes de trato íntimo y aun de cohabitacion con la madre, se puede deducir que el marido, habiendo conocido á la mujer, ha conocido ó debido conocer la preñez (2).

Tales son las dos doctrinas extremas que, seguidas respectivamente por los autores y la jurisprudencia, han determinado entre estos el más completo y absoluto desacuerdo sobre el punto que nos ocupa. ¿Dónde está la verdad? Creemos con muy respetables jurisconsultos, que ámbos sistemas son igualmente falsos en su rigorismo y exageracion. Desde luego ocurre decir en cuanto á Proudhon, que este autor confunde la investigacion de la paternidad con la prueba de que aquí exclusivamente se trata, es á saber, la de la preñez de la mujer, que en el presente caso no se refiere á hijos absolutamente destituidos de estado civil, como son los nacidos fuera de matrimonio y de padre desconocido, sino á todo lo contrario. Por lo demás y contrayéndonos á la cuestion actual, ¿cómo rechazar de una manera absoluta la prueba de que el marido ha tratado con frecuencia é intimidad á la esposa ántes del matrimonio, dando á entender así que ni aun unidos esos antecedentes con otros hechos pueden servir al hijo para oponerse al desconocimiento de su padre? En cuanto á Toullier, su doctrina peca tambien de extremosa, pues á primera vista se comprende que no existe la necesaria y absoluta relacion que este autor pretende establecer entre el trato íntimo anterior de los cónyuges y la paternidad del marido. La verdad en consecuencia se encuentra aquí en el término medio, entre ámbas opiniones y por tanto la tésis que los autores de mayor nota sostienen sobre esta materia es que las relaciones anteriores de inti-

(1) Proudhon, tom. 2, pags. 19 y 20

(2) Toullier, tom. 2, num. 826

midad entre los esposos, ni son por sí solas prueba suficiente de que el marido conocia la preñez de la esposa, ni deben rechazarse, si á ellas se unen otros hechos que en concepto de los jueces, necesariamente árbítrros y soberanos en esta cuestion, produzcan el convencimiento de que el marido no ignoraba el estado de su esposa (1).

45. ¿Qué decir en órden á esta cuestion por lo que hace á nuestros Códigos? A primera vista parece que ella no pueda surgir en nuestra jurisprudencia, porque el inciso primero de los artículos de nuestros Códigos, ántes citados, dice que para la prueba de que el marido supo ántes de casarse el embarazo de su futura consorte, "se requiere un principio de prueba por escrito." Pero desde luego, sin grande esfuerzo de reflexion, se comprende que la mente del legislador no fué excluir otras pruebas del hecho de que se trata, fijándose sólo en las constancias escritas como en el punto de partida ó en la condicion *sine qua non* para poder rechazar la accion de desconocimiento. Las palabras, pues, de nuestros Códigos no son limitativas, sino en el sentido de que para que proceda la excepcion que nos ocupa, es necesario que exista un principio de prueba por escrito, lo cual difiere inmensamente de considerar este principio de prueba como suficiente por sí solo, y sin necesidad de otras, para demostrar que el marido tenia conocimiento ántes del matrimonio de la preñez de su esposa. Esto nos parece evidente. Tienen, pues, toda su importancia, aun entre nosotros, las doctrinas precedentemente citadas de autores extranjerros.

46. Por lo que respecta á la exigencia de nuestros Códigos sobre que para que la excepcion en contra de la accion de desco-

(1) Merlin. *Repert.* "Legitimité," sect. 2, § 2, VI—Dallóz, *Repert.* "Paternité et filiation" num. 73—Duranton. tom. 2, num. 30—Demolombe, tom. 5, num. 67—Laurent, tom. 3 num. 382.

nocimiento proceda, es necesario ese principio de prueba por escrito, lo cual, como hicimos notar en otra parte (núm. 43), es la imitación de lo que se pensó hacer al proyectarse apenas el Código francés, nos permitimos decir, previas nuestras más respetuosas protestas á los legisladores patrios, que tal exigencia, ó significa gran candor en sus autores ó importa la más grave injusticia en contra de los hijos. En efecto, si en 1804, cuando se discutía el Código de Napoleon, pareció tal requisito muy superior al estado intelectual del pueblo francés, porque muchos hombres, sobre todo en los campos y en las clases inferiores de la sociedad, no sabían escribir, ¿qué deberemos decir nosotros, por más que nos pese, de la numerosa clase indígena que aun puebla nuestro vasto suelo y para la cual sin duda tambien se promulgaron nuestros Códigos? Por lo demás, el requisito es poco conforme con la experiencia de lo que pasa en esas relaciones íntimas que pueden preceder al matrimonio. La verdad es que muy pocas veces ó nunca se confían al papel estos secretos de carácter tan íntimo y misterioso, que por referirse á la honra, más son propios para tratados en ocultas y aisladas conversaciones que en cartas ú otra clase de documentos.

47. La segunda excepcion en contra de la accion de desconocimiento del marido está contenida en el inciso 2º del art. 294 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que no es sino una traduccion enteramente literal del mismo inciso del art. 314 del Código frances, y cuyo texto es igual al del 318 del Código del Distrito Federal de 1870, al del 279 del Código Civil de Veracruz, al del 22º de el del Estado de México y al del 211 de Tlaxcala. Consideramos que no pudiéramos expresar mejor el fundamento de esta excepcion, que trascribiendo las siguientes brevísimas palabras de M. Bigot-Preameneu, en la exposicion de motivos del citado artículo: “¿Cómo, dice, podria

admitirse al marido á combatir su propia declaracion dada en el acto mismo, destinado á establecer el estado civil del niño?" Por otra parte, nada mas lógico y natural que el legislador haya creído conveniente establecer ese precepto, toda vez que, como veremos más adelante, la partida de nacimiento es la prueba por excelencia de la filiacion legítima y toda vez, además, que, dado el altísimo interés social vinculado en la fijacion definitiva del estado civil de las personas, no era posible dejar á los caprichos y veleidades del marido destruir á su antojo los derechos ya adquiridos por el hijo y consagrados por el reconocimiento solemne y expreso de su padre.

Por de coutado que para la procedencia de esta excepcion deben reunirse las tres siguientes condiciones, segun el sentir comun de todos los tratadistas y de la jurisprudencia: 1^a Es necesario que el marido haya asistido al acta de nacimiento, en el sentido de que no solamente haya estado presente en el momento de su redaccion, sino que haya tomado un participio directo en ese mismo acto, en calidad, ya sea de declarante, ya de testigo, pues así se desprende del requisito exigido por la ley, consistente en que el marido firme el acta ó se exprese su declaracion de no saber firmar; 2^a Es necesario que el acta de nacimiento no contenga ninguna enunciacion contraria á la presuncion legal de legitimidad, como por ejemplo, si se designara al niño como nacido de padre desconocido, pues en esos casos no seria rigurosamente justo sostener el reconocimiento tácito del marido, que es la razon fundamental de la excepcion que nos ocupa; 3^a En fin, es necesario que el marido no haya hecho en el acta misma protestas ni reservas de ninguna clase, que vinieran á destruir la base del reconocimiento (1).

(1) Merlin, *Repert.* "Legitimité," sect. 2, §1—Dalloz "Paternité et Filiation" núms. 74 y 75—Demolombe, tom. 5, núms. 69, 70 y 71—Laurent, tom. 3, núm. 380—Aubry et Rau, tom. 4, pág. 568—Demante, tom. 2, num 41, bis.

48. Desde luego se comprende que las dos excepciones de que acabamos de hablar en contra de la accion de desconocimiento por parte del marido, no son en realidad sino la manifestacion del derecho que por la naturaleza tiene éste de aceptar sobre sí las obligaciones que trae consigo el reconocimiento de la paternidad en favor de determinado hijo. El legislador, sabio y prudente, ha convertido el ejercicio de este derecho en fundamento de deberes para el marido, á quien no permite despues desconocerlos ó retractarlos. Pero si esto es verdad, no lo es ménos que en los casos mencionados el reconocimiento de la legitimidad del hijo por el padre es deducido por la ley, á la manera de una presuncion *juris et de jure* (núm. 8), de actos que en el concepto del legislador dan á conocer fuera de toda duda la verdadera voluntad del marido en órden al hijo y por consiguiente la legitimidad de éste. Siendo, pues, el desconocimiento por el padre la regla general respecto á los hijos nacidos ántes del período legal de la preñez, las dos excepciones expuestas equivalen á la renuncia tácita, por parte de aquel, del derecho que le asiste para no reconocer al hijo nacido en tales circunstancias. Con este motivo ocurre la siguiente cuestion: ¿Los dos casos señalados por todos los Códigos como destructivos de la accion de desconocimiento, son los únicos que deben aceptarse, segun la ley, ó existen otros capaces de hacer presumir la misma renuncia tácita del derecho del marido? La cuestion ha sido ámpliamente controvertida entre los intérpretes del Código francés, sin que hasta ahora pueda decirse fijada la jurisprudencia sobre este punto. Por la afirmativa podriamos citar la alucinadora doctrina de Demolombe, que creemos conveniente transcribir: "Todo hecho, dice este comentador, toda circunstancia de que resulte del lado del marido ó de sus herederos la prueba de una renuncia á la accion en desconocimiento, debe producir aquella eficazmente. El ma-

rido estaba ausente en el momento del nacimiento ó de la redacción del acta del estado civil, ó estaba enfermo y no podía salir de su casa; pero despues ha asistido á la fiesta del bautismo; ha puesto él personalmente al niño en lactancia; lo ha mostrado con júbilo á sus parientes y amigos, y ¿todavía le seria permitido, despues de todo esto, desconocerle? Yo no puedo creerlo. Su concurso al acta de nacimiento, debiendo ser, en semejante caso, el modo más ordinario de renuncia tácita, la ley se ha explicado respecto de él de una manera especial; pero no ha podido tener el pensamiento de limitar á ese solo hecho los modos de renuncia tácita (1).” No obstante la respetabilidad de los sufragios que apoyan esta teoría, creemos que se aparta del texto de la ley, conteniendo, más bien argumentos propios para reformarla, que encaminados á su genuina interpretación. En efecto, el legislador ha tenido especial cuidado, al expresar las excepciones aceptables en contra de la acción de desconocimiento, de emplear las palabras *en los casos siguientes*, cuyo sentido, á ménos de violentar el lenguaje, no puede ser otro que el de restriccion ó limitacion á esos mismos casos (2). Esto que decimos del art. 314 francés ¿se aplica igualmente á nuestros Codigos? Creemos que sí por dos sustancialísimas razones. Desde luego no hay que olvidar que, despues de haberse establecido que la legitimidad procede de pleno derecho en favor de los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias, á contar de la celebracion del matrimonio, resulta, por un obvio argumento *a contrario*, que el desconocimiento es la regla general respecto á los hijos nacidos antes de aquel período;

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 76—Marcadé, tom. 2, num. 14,—Demante. tom. 2 num. 41 bis II—Dalloz, “Paternité et filiation” num. 78.

(2) Aubry et Rau *sur Zacharice*, tom. 4, pág. 569—Laurent, tom. 3, num. 381.

en consecuencia, para que estos hijos sean legítimos, el legislador ha exigido que el marido los reconociese como tales. Ahora bien, si el desconocimiento es la regla y la legitimidad la excepcion, no se concibe como ésta pudiera proceder en casos dudosos, á merced de las múltiples y vagas indicaciones fundadas en la conducta del marido. Si tal hubiera sido el pensamiento del legislador, estése seguro de que muy diverso del actual hubiera sido su lenguaje, pues es un principio de vulgar jurisprudencia que los casos de excepcion de un precepto general deben constar expresamente, sin que puedan jamás presumirse, ni aun aceptarse por razon de analogía.

49. Todo lo que precede sobre excepciones en contra de la accion de desconocimiento por parte del marido, sirve suficientemente por sí solo para resolver otra cuestion de la mayor importancia, que nos sale al encuentro y que es preciso estudiar: Si los Códigos han aceptado las dos formas de renuncia tácita de que hemos hablado, de manera que puedan eficazmente ser opuestas al intento de desconocimiento por el marido, ¿no tendrá igual eficacia para el mismo fin la renuncia expresa ó sea el reconocimiento formal hecho por el marido del hijo de su mujer? La respuesta afirmativa á esta pregunta pareció sin duda tan evidente á los legisladores franceses, que no se encuentra en el Código de Napoleon ningun texto explícito que traduzca tal idea, y sin embargo, entre los intérpetres de ese Código, no hay uno solo que no esté de acuerdo en declarar que la renuncia expresa por parte del marido del derecho á desconocer al hijo nacido antes del período legal de la preñez, extingue dicha accion, imposibilitando al marido para ejercitarla (1).

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 74—Marcadé, tom. 2 *sur l'art. 314* num. 2—Massé et Vergé *sur Zachariæ*, tom. 1, § 296, not. 13—Toullier, tom. 2, num. 824—Laurent, tom. 3, num. 381—Dalloz, "Paternité et filiation," num. 78—Duranton, tom. 2, num. 32