

por lo demás, la época del nacimiento, aun cuando naciese después de la disolución del matrimonio; concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. En cambio si es concebido antes del matrimonio aunque nazca durante él, no puede invocar la presunción, porque ha sido concebido en una época en que ningún vínculo existía entre los que le han dado el sér. Pero aquí vuelve á aparecer el principio que guía al legislador en materia de filiación: es posible, y hasta probable, que el hijo concebido antes del matrimonio y nacido durante él pertenezca á aquel que se casó con la madre. De esta probabilidad la ley forma una presunción á favor del hijo y, por consiguiente, lo reputa legítimo. Esta legitimidad, si ha de decirse la verdad, es ficticia. La ley establece la ficción por favor hacia la legitimidad; hay, pues, que aceptarla con todas sus consecuencias.

La presunción del art. 312 supone que el hijo es concebido durante el matrimonio. ¿Pero cómo es posible probar que la concepción tuvo lugar durante el matrimonio cuando el hijo nace algunos meses después de la celebración ó algunos meses después de la disolución del matrimonio? Aquí volvemos á estar de nuevo en pleno misterio. Es imposible determinar con certeza el momento de la concepción. Si el embarazo tuviese una duración fija y siempre la misma fácil sería precisar el día de la concepción, pero todos sabemos que no es así. Desde que es ciencia la medicina ha probado, á la verdad, que la preñez tenía una duración ordinaria de nueve meses, pero también ha observado que esta regla admitía excepciones en el sentido de que hay nacimientos precoces, sucediendo que el hijo nazca antes del término de nueve meses. Por lo mismo, la época en que el hijo es concebido no podría fijarse con alguna certidumbre, bastando la diferencia de un día para mo-

tivar la legitimidad ó la ilegitimidad del hijo. En tal incertidumbre ¿qué debía hacer el legislador?

La ley quiere asegurar el estado de las personas; no podía, pues; no debía atenerse á la prudencia del juez acerca de la época de la concepción, supuesto que el juez no tiene medio ninguno de ilustrarse no habiendo llegado la ciencia á quitar el velo á este misterio de la Naturaleza. Ella debía, pues, trazar reglas por las cuales se pudiese determinar con cierta probabilidad la época de la concepción. Esta época depende de la duración de la preñez. Ahora bien, las personas del arte han comprobado que si la preñez dura generalmente nueve meses puede algunas veces exceder este término en varias semanas, pero que casi no excede de diez meses si, no obstante, alguna vez se ha excedido. Por otra parte, la experiencia ha enseñado que el niño puede nacer viable desde el mes séptimo, por más que estos nacimientos sean rarísimas excepciones. (1) Fundado en estos hechos el legislador ha establecido presunciones acerca de la duración de la preñez y, en consecuencia, acerca del momento de la concepción. El hijo que nace después de seis meses de matrimonio puede haber sido concebido durante el matrimonio. De esta posibilidad el legislador forma una probabilidad á favor del hijo y decide, en consecuencia, que el hijo nacido después del día ciento ochenta y uno fué concebido durante el matrimonio y, en con-

1 Foureroy, miembro del Consejo de Estado cuando se discutió el proyecto del Código Civil, presentó un informe sobre los nacimientos precoces y los nacimientos retardatarios (sesión de 14 Brumario, año X, núm. 26, Loaré, t. II, p. 27). Llegaba á la siguiente conclusión: ciento ochenta y seis días para los nacimientos acelerados y doscientos ochenta y seis para los tardíos (Loaré, p. 33). El Consejo se atuvo á la regla tradicional que se atribuye á Hipócrates. Advirtamos, además, que los meses republicanos eran de treinta días, por lo que los términos admitidos por el Código correspondían exactamente á seis y á diez meses.

secuencia tiene por padre al marido de la madre. Del mismo modo si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio puede haber sido concebido durante el matrimonio; el legislador vuelve de nuevo á hacer de esa posibilidad una probabilidad á favor del hijo; declara que fué concebido durante el matrimonio y, en consecuencia, el niño tendrá por padre al marido. Estas presunciones no estarán en armonía con la verdad sino en la hipótesis en que la preñez haya tenido el término ordinario de nueve meses; más allá ó más acá de tal término ya no hay más que una posibilidad y á lo sumo una probabilidad. Confesémoslo, por los límites extremos de las épocas admitidas por la ley para la duración de la preñez más larga y la preñez más corta la presunción de la ley las más de las veces estará en oposición con la realidad. Un niño nace, bien constituido, como lo están los niños después de una gestación de nueve meses, ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio. Se presumirá que este niño fué concebido durante el matrimonio. Pura ficción de la ley, porque con plena certidumbre este niño habrá sido concebido antes del matrimonio. Un niño nace el día tricentésimo después de la disolución del matrimonio, no tiene en sí mismo vestigio ninguno de un nacimiento tardío; de hecho será, pues, concebido después del matrimonio, mientras que de derecho se presumirá concebido antes del matrimonio y, por lo mismo, será el hijo del marido por más que no le pertenezca. Pudiendo estar las presunciones en desacuerdo con la realidad nace la cuestión de saber si las que establecen la duración de la preñez pueden ser combatidas por la prueba contraria.

En principio hay que contestar negativamente. El principio resulta del motivo mismo por el cual la ley ha esta-

blecido sus presunciones. Ella ha querido asegurar el estado de los hombres poniéndolo al abrigo de las incertidumbres de la ciencia; y desde el momento en que había la posibilidad de una duda la ha interpretado á favor de la legitimidad. Los oradores del Gobierno y del Tribunado están unánimes en este punto, por lo menos en cuanto á la regla, si bien se separan en su aplicación. Por el momento trátase de la la regla. La antigua jurisprudencia abandonaba á la prudencia de los tribunales la decisión de estas difíciles discusiones. ¿Qué resultaba de ello? Bigot-Prémeneu nos lo dice: «Los jueces no podían adquirir luz ninguna acerca del hecho particular (supuesto que la ciencia es impotente) y cada tribunal se formaba un sistema diferente acerca de la extensión y limitación que debía admitir en el curso normal de la Naturaleza. La jurisprudencia no tenía ninguna uniformidad por el motivo mismo de que *no podía ser más que arbitraria.*» ¿Cuál ha sido la tendencia del Código Civil? Bigot-Prémeneu contesta: «Preciso era salir de semejante estado. No se trataba de una *verdad absoluta* que los redactores de la ley tuviesen que descubrir, bastábales dar á los jueces una regla que *se fijase su incertidumbre.*» (1) ¿Bastaba para poner fin á lo arbitrario y para fijar la incertidumbre de los magistrados establecer una regla sobre la duración de la preñez con la salvedad de permitirles separarse de ella? Esto habria equivocado á cerrar una puerta á lo arbitrario para abrirle otra. ¡Juego de niños! Nó, el legislador ha querido que los dos términos fuesen de rigor. Lahary es quien lo dice en su dictamen al Tribunado (2), y el tribuno Daveyrier, en el notable discurso que pronunció ante el Cuerpo Legislativo, se expresa en el mismo sentido. (3) «Hay en general acuer-

1 Exposición de Motivos, núm. 7 (Loeré, t. II, p. 86).

2 Lahary, Dictamen al Tribunado, núm. 5 (Loeré, t. II, p. 55).

3 Daveyrier, Discurso, núm. 11 (Loeré, t. II, p. 124). El Tribu-

do unánime, dice, en pensar que, apésar de las variaciones incontestables de la Naturaleza existe un término más allá del cual sólo se encuentra lo imposible ó lo monstruoso. Sin dudá que era preferible tomar y marcar *invariablemente* dicho término, á *riesgo de equivocarse en algunos casos improbables*, que dejar todas las cuestiones relativas al estado de los hombres bajo la dependencia de un cálculo *arbitrario*. Así es que el legislador ha previsto que la regla *invariable* que asentaba podría conducir á un error en ciertos casos improbables y ha preferido dicho riesgo al mayor del *arbitrario*. Es decir, que entre dos males posibles el legislador ha optado por el menor.

Si algún reproche puede hacerse á la ley no es ciertamente el de haber comprometido la legitimidad del hijo trazando reglas invariables sino el haber formulado éstas tan ampliamente que el hijo concebido fuera del matrimonio puede ponerse al abrigo de estas presunciones y declararse legítimo. Ya hemos expuesto esta observación: con mucha frecuencia la realidad da un mentís á las presunciones de la ley, porque son ellas muy favorables al hijo. Esto nos revela el espíritu del legislador que favorece la legitimidad aun cuando el hijo que la reclame no tenga más que una duda. Y es que la legitimidad funda sola la familia, y la familia es la base de la sociedad: es preferible una legitimidad fingida con tal que tenga en su favor apariencias más ó menos probables que una filiación natural, y, sobre todo, una filiación adulterina ó incestuosa.

En cuanto á la segunda presunción, la de la paternidad propiamente dicha, establecida por el art. 312, no es absolutamente como la que determina la duración de la pre-

do dice también en sus observaciones oficiales que el objeto de la ley ha sido prevenir los inconvenientes de lo arbitrario (núm. 2, Loaré, t. II, p. 76).

ñez y la época de la concepción; el art. 312 admite la prueba contraria. Esto está razonablemente fundado. Como D'Aguesseau lo expresa, la presunción de que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio supone no sólo el matrimonio sino también la cohabitación de los cónyuges. Esta cohabitación sin duda que es la regla, pero que puede sufrir excepciones. El legislador permite que se prueben estas excepciones. ¿Por qué es que autoriza esta prueba siendo así que la repele cuando se trata de fijar la duración de la preñez? Es porque en este último caso habría sido imposible suministrar la prueba, en vista del misterio que envuelve la concepción; mientras que el marido puede probar en cierto grado de evidencia que se ha hallado en la imposibilidad de cohabitar con su mujer. Cuando la imposibilidad es física á causa de su alejamiento ó de una impotencia accidental hay una prueba material, palpable, de que el marido no es el padre del hijo nacido de la mujer. Cuando la imposibilidad es moral puede quedar alguna duda; la ley aparta las probabilidades de error no admitiendo la imposibilidad moral sino cuando está acompañada de circunstancias agravantes y que por sí solas manifiestan ya contra la paternidad del marido: como el adulterio, la ocultación del nacimiento del niño. Ahora se comprenderá que la ley ha debido admitir la prueba contra la presunción de la paternidad. Una presunción, después de todo, no es más que un cálculo de las probabilidades. Las probabilidades deben ceder ante la realidad.

La prueba contraria permitida al marido se llama el recurso de denegación. En principio sólo al marido corresponde, porque sólo él puede saber si es el padre del niño que su mujer ha dado á luz. Sus herederos no pueden ejercitar esta acción si la encuentran en el patrimonio del difunto. La acción debe intentarse en brevísimo plazo. Hé