

## CAPITULO II.

### DE LA FILIACION PATERNAL.

#### SECCION I.—*Del hijo concebido durante el matrimonio.*

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

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

#### § I.—DE LA IMPOSIBILIDAD FISICA DE COHABITAR.

##### Núm. 1. - *Del alejamiento.*

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



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

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

1 Demante, *Curso Analítico*, t. II; p. 50, núm. 39 bis, I.

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

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

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

1 Bigot-Préameneau, *Exposición de Motivos*, núm. 3 (Loaré, tomo III, p. 86).

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

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



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

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

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

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

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

4 Duveyrier, *Discursos*, núm. 13 (Loché, t. III, p. 125).

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

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

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

*Núm. 2.—Impotencia accidental.*

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

1 Sentencia de 5 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 2, 165).

2 Sentencias de Rouen de 6 de Junio de 1820 y de París de 19 de Junio de 1826 [Daloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 104 y 34, 3.º



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

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

1 Duveyrier, Discursos, núm. 14 (Loché, t. III, p. 126).

2 Durantón, t. III, p. 40, núm. 42. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 290 y nota 99.

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

1 Bigot-Prámeneu, Exposición de Motivos, núm. 4 (Loché, t. III, p. 86).



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

1 Sesión de 14 Brumario, año X, núm. 5 (Loché, t. III, ps. 21 y siguientes).

2 Sesión de 12 Frimario, año X [Loché, t. III, p. 67].

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

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

1 Duveyrier, *Discursos*, núm. 14 (Loché, t. III, p. 125).

2 Toullier, t. II, núm. 810; Proudhon, t. II, p. 28; Demolombe, tomo V, p. 33, núm. 32.

3 Sesión de 14 Brumario, año X, núms. 4 y 8 (Loché, t. III, páginas 20 y 22).



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

## § II — IMPOSIBILIDAD MORAL DE COHABITAR.

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

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

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

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

1 D'Aguesseau, Alegato XXIII (Obras, t. II, ps. 542 y siguientes, *Nuevo Denisart*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo. 1, números 6 y siguientes).

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

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

4 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núms. 62 y 294.