

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

La dificultad ha sido resuelta en Francia por una ley, la de 6 de Diciembre de 1850, expedida á propuesta de Demante, miembro de la Asamblea Nacional. Está concebida en estos términos: «En caso de separación de cuerpo pronunciada, y aun simplemente demandada, el marido podrá desconocer al hijo que haya nacido trescientos días después del mandamiento del presidente, expedido en los términos del art. 378 del Código de Procedimientos Civiles, y menos de ciento ochenta días después de desechada la demanda ó después de la reconciliación. La acción de desconocimiento no será admitida si ha habido de hecho reunión de los cónyuges. (2)

§ III.—DE LOS FINES DE NO RECIBIR.

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

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

2 Demante, *Curso Analítico*, t. II, ps. 56-58.

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



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

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

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

<sup>1</sup> Zachariae, traducción de Aubry y Rau, t. III, p. 641, nota 55, pfo. 546.

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

#### SECCION II.—Del hijo concebido

*antes del matrimonio y nacido durante éste.*

##### § I — DEL DERECHO DE DESCONOCIMIENTO.

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