

principio, que nadie ponía en duda, que el hijo concebido antes del matrimonio es legítimo, pero da al marido el derecho absoluto de desconocerlo. Hé aquí, pues, en dos palabras, la teoría del Código; el hijo es legítimo cuando ha sido concebido ó ha nacido dentro del matrimonio.

Se hacen algunas objeciones contra esta opinión. Marcadé clama contra la inmoralidad. ¡Un hijo adulterino será legítimo por más que su ilegitimidad, fruto del adulterio, sea evidente! Podríamos contentarnos con responder que el reproche debe dirigirse al legislador. El intérprete no tiene que preocuparse de las consecuencias que resultan de una doctrina, sólo tiene que ver una cosa, y es que la ley la consagre. Pero, podrá decirse, no puede admitirse fácilmente que la ley consagre la inmoralidad. Ciertamente que nó; pero falta saber si es realmente cierto que la opinión sostenida en el Consejo de Estado y formulada en nuestros textos sea inmoral. Hemos dicho cuál es el espíritu de la ley en cuestiones de filiación; hemos citado las palabras del Primer Cónsul. El legislador quiere mantener la legitimidad contra todos los ataques, aun á riesgo de fundarla en una ficción, ficción que la realidad viene á desmentir. Un hijo es concebido durante el matrimonio, cuando el marido está en América ó en Australia. El volve; el adulterio, la ilegitimidad del hijo son palpables; no obstante, si el marido guarda silencio este hijo será legítimo y nadie podrá atacar su estado. ¿Es esto inmoralidad? Los autores del Código Napoleón han imaginado que era cosa moral dar la legitimidad á los hijos y prevenir litigios escandalosos que revelarían un crimen, el adulterio, ó una acción vergonzosa, el incesto.

Hay otra objeción que es más especiosa. Se abre una sucesión antes del matrimonio en una época en que el hijo había sido concebido. ¿Será llamado á ella? Nó, por opi-

nión de todos. Este asentimiento universal nos condena, dice Marcadé, porque equivale á aseverar que el hijo no es legítimo; luego si lo viene á ser queda legitimado; pero como la legitimación no puede retrotraer hasta el día de la concepción el hijo no puede heredar. (1) Y bien, ¿quién ha negado alguna vez que el hijo concebido antes del matrimonio fuese concebido ilegítimo? No tenemos deseo de negar la luz del día. El hijo es concebido ilegítimo y se vuelve legítimo. ¿Y esto en virtud de la legitimación? Hé ahí la cuestión. Nosotros decimos que es por una ficción de la ley que reputa legítimo al hijo. Pero toda ficción está circunscripta dentro de los límites legales. La ley lo establece así para asegurar la legitimidad del hijo; no puede pensar en declararlo legítimo en el momento de su concepción, semejante ficción sería absurda y sería, además, inútil conforme al espíritu de la ley.

La jurisprudencia más reciente se pronuncia en favor de la opinión que acabamos de sostener.

*SECCION III.—Del hijo concebido después del matrimonio.*

386. El art. 315 establece que la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de disuelto el matrimonio podrá ponerse en duda. Resulta del texto, como del espíritu de la ley, que este hijo no es ilegítimo de pleno derecho, sin debate y sin juicio. El Tribunado había propuesto que se declarase que «la ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos un día después de la disolución del matrimonio.» (2) Es cierto que, según la presunción que el Código

1 Sentencia de Grenoble de 19 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 2, 128). Juicio del Tribunal de Bar-le-Duc de 28 de Febrero de 1862 (Daloz, 1862, 3, 57).

2 Observaciones de la Sesión de Legislación del Tribunado, número 8 (Loeré, t. III, p. 77).

admite acerca de la duración más larga del embarazo, el hijo que nace trescientos días después de la disolución del matrimonio ha sido concebido después de la disolución de éste y es necesariamente ilegítimo. ¿Por qué la ley no ha pronunciado ella misma esta ilegitimidad? Porque, dice Duveyrier, el Orador del Tribunado, la cuestión de saber si un hijo es legítimo ó no es una cuestión de interés privado que el legislador no tiene facultades para resolver. A las partes interesadas corresponde intentar acción en justicia. (1) Puede decirse que este es un último favor que la ley otorga á la legitimidad. Si el estado del hijo no es puesto en duda se le reputará legítimo. Aquí nuevamente la ficción estará en oposición con la verdad. El hijo que ha nacido uno ó dos años después de la disolución del matrimonio ciertamente que es un hijo natural; sin embargo, será legítimo si nadie ataca su legitimidad. El legislador prefiere esta ficción, que á nadie daña, á la realidad, porque proclamar ésta sería mancillar inútilmente al hijo.

387. Si se pone en duda la legitimidad ¿el tribunal deberá declarar al hijo ilegítimo desde el momento en que quede probado que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, ó puede resolver, según la duración excepcional de la preñez, que el hijo pertenece al marido? Nosotros creemos que el tribunal debe pronunciar la legitimidad. Esta es la consecuencia lógica de las presunciones admitidas por la ley acerca de la duración de la preñez. Los autores del Código Civil quisieron poner un término á lo arbitrario que reinaba en la antigua jurisprudencia y á las resoluciones escandalosas favorecidas por este estado arbitrario. Tratándose sobre todo de los nacimientos tardíos había habido escándalo. Habíanse visto parlamentos legitimar á hijos nacidos en el duodécimo, en el déci-

1 Duveyrier, *Discursos*, núm. 17 (Loché, t. III, p. 128).

mo tercero y hasta en el décimo octavo mes después de la disolución del matrimonio. (1)

Calificamos estas sentencias de escandalosas porque eran arrancadas á la justicia en favor de familias poderosas, acerca de cuya inmoralidad los magistrados echaban el velo de la mentira. El legislador debe, siempre que pueda, prevenir la parcialidad y la iniquidad. Esto es lo que ha hecho estableciendo presunciones absolutas en cuya contra no se admite ninguna prueba. Es cierto, por confesión de casi todos los autores, que la prueba contraria no es admitida, en el caso del art. 312, cuando se trata de determinar la época de la concepción, cuando el marido estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer por causa de alejamiento ó por impotencia accidental. Cualquiera que sea el favor prestado á la legitimidad el hijo no será admitido á probar que la preñez ha durado más de trescientos días. ¿Por qué había de permitírsele que rindiese esta prueba cuando el matrimonio está disuelto por la muerte del marido? La ley ha establecido ya una ficción en favor del hijo declarándolo legítimo cuando nace en el décimo mes que sigue á la disolución del matrimonio. Pero esta ficción debía tener un límite no sólo por interés de la verdad sino también, y sobre todo, por interés de una justicia imparcial y honrada.

Hay objeciones sacadas del texto y del espíritu de la ley. El art. 315 dice que la legitimidad *podrá ser debatida*. Estas expresiones, dícese, implican un *debate* y la *facultad* para el juez de decidirlo según sus convicciones, por lo que nada hay de absoluto en esto. Se ha contestado, y la respuesta es perentoria, que el art. 312 dice también que el marido *podrá desconocer* al hijo concebido durante el matrimonio. ¿De esto se deberá concluir que el tribunal tiene

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, pfo. 2, sec. II.

el derecho de declarar legítimo á este hijo si le parece que la preñez ha durado más de diez meses? Demante ha aventurado esta paradoja (1) pero él solo ha quedado en esta opinión. La palabra *podrá* implica, es cierto, una facultad, ¿pero cuál? La de poner en duda ó la de no dudar, la de desconocer ó la de no desconocer. En cuanto á la palabra *poner en duda* no significa no discutir sino *denegar*. En los trabajos preparatorios se trató de dos sistemas, uno de ellos que quería la ilegitimidad de pleno derecho, y otro que quería que las partes la solicitasen. El segundo de estos sistemas es el que el Código ha consagrado. ¿Cuál es, pues, el sentido del art. 312? El legislador dice: «El hijo que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio es, en verdad, ilegítimo, pero no quiere declararlo tal de pleno derecho, preciso es que las partes interesadas lo soliciten.» Así, pues, es una simple demanda la que la ley prescribe, y la prueba de que el hijo ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio. Rendida esta prueba el hijo es necesariamente ilegítimo.

Se pretende que esto es injusto y hasta inmoral; que puede suceder que el embarazo dure más de trescientos días; que, en este caso, interpretada la ley como nosotros lo hacemos, conduciría á declarar ilegítimo á un hijo que realmente pertenece al marido. Esta objeción la dirijimos al legislador, que ha establecido presunciones absolutas, presunciones que casi siempre son favorables al hijo hasta el punto de que su legitimidad es las más de las veces una verdadera ficción. Error, se dice; el pensamiento de la ley no es establecer una presunción absoluta en el art. 315. Bigot-Prémeneu dice que el nacimiento tardío puede oponerse al hijo si nace trescientos días después de la disolución del matrimonio; después agrega: «No obstante, la pre-

1 Demante, *Curso Analítico*, t. II, ps. 63 y 66.

sunción no será decisiva contra él sino en tanto que no esté debilitada por otras circunstancias.» Lahary es todavía más explícito: se lee en su informe al Tribunado: «La palabra *podrá*, que es puramente facultativa, descubre el motivo de esta previsorá disposición: el artículo quiere que la legitimidad pueda ponerse en duda, pero quiere también que pueda triunfar de todos los ataques que no fuesen fundados.» Estas palabras serían decisivas si estuviesen en armonía con el texto y con los principios; y están, al contrario, en oposición con el sistema de la ley, y todo lo que prueban es que no hay que prevalerse sino con mucha cautela de los discursos y de los informes.

Lahary, á quien acabamos de citar, nos da de ello un texto menos singular. Cita el caso siguiente, en el cual, según su opinión, el debate de legitimidad debería ser desechado: «Si el hijo probase que su padre divorciado se hubiese acercado á su madre posteriormente á la disolución del matrimonio.» (1) El error es palpable; es de toda evidencia que el hijo nacido de tal contacto, siendo concebido después de la disolución del matrimonio, será ilegítimo.

La opinión que acabamos de exponer la profesan la mayor parte de los autores; la jurisprudencia está dividida y, por lo demás, pocos monumentos presenta relativos á esta cuestión. (2)

388. Las presunciones que la ley establece acerca de la duración de la preñez dan motivo, en la aplicación, á una dificultad inextricable. Por los términos del art. 228 la mujer no puede contraer un nuevo matrimonio sino después de transcurridos diez meses después de la disolución del matrimonio precedente. El art. 296 extiende esta dis-

1 Bigot-Prémeneau. Exposición de Motivos, núm. 13; Lahary, Informe, núm. 14 (Loché, t. III, ps. 88 y 106).

2 Véanse las fuentes en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, números 85 y 86.

posición al divorcio pronunciado por causa determinada: la mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de pronunciado el divorcio. Ha acontecido que las mujeres viudas ó divorciadas no han esperado la expiración de este término para volver á casarse. No siendo el impedimento más que prohibitivo no puede anularse el matrimonio. Si la mujer vuelta á casar en el mes que siga á la muerte de su marido pare en el séptimo, octavo ó noveno mes del segundo matrimonio, ¿á quién pertenece el hijo? El es hijo del primer marido si se aplica la presunción de la preñez más prolongada, es el hijo del segundo marido si se aplica la presunción de la más corta preñez. Hay, pues, incertidumbre respecto á su filiación: esta confusión es la que el legislador ha pretendido evitar prescribiendo el término de diez meses á la mujer viuda ó divorciada. ¿Cómo había de decidirse la cuestión?

Esta es una de esas cuestiones célebres que han puesto en movimiento la sagacidad de los legistas; y queriendo cada uno de ellos hacer gala de originalidad ha resultado de esto que, sobre poco más ó menos, hay tantos pareceres como autores. Pueden verse esos pareceres en Durantón. (1) La opinión que mayor número de sufragios reune entre los jurisconsultos modernos atribuye la decisión del litigio á los tribunales en el sentido de que éstos juzgarán conforme á las circunstancias; es decir, conforme á la verosimilitud de los hechos conocidos. Si conforme á lo que deponen las personas del arte la constitución física del niño nacido en el décimo mes fuese tal que por ella se debiese admitir un nacimiento tardío el juez lo atribuiría al primer marido, á menos que la caducidad, la ausencia ó la enfermedad del marido difunto hiciesen inclinar la balanza hacia el segun-

1 Durantón, t. III, p. 59, núm. 63. Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 91.

do. Si se declarase precoz el nacimiento el juez se pronunciará por el segundo marido. (1) Zachariæ modifica esta decisión en el sentido de que el tribunal evacuará el debate conforme al mayor interés del hijo. (2)

Esto nos parece inadmisibile. La ley ha establecido presunciones precisamente para no dejar nada á la apreciación del juez por el temor á lo arbitrario y á la parcialidad. Está, pues, dentro de la mente de la ley que la cuestión se decida por la aplicación de las presunciones y no por la deposición de las personas del arte. Siguiendo la opinión de Zachariæ se acerca uno más al texto y al espíritu de la ley. El tribunal aplicará una ú otra presunción consultando el interés mayor del hijo. En efecto, trátase del interés del hijo ó, por mejor decir, de su derecho, supuesto que lo tiene para pertenecer á una de las dos familias, según que se aplique á una ú otra presunción. Supuesto que el derecho del hijo es el que está en tela de juicio ¿por qué no permitirle que él reclame una ú otra filiación? El puede invocar dos presunciones, luego puede elegir. Si se decide por el primer marido tiene para ello derecho, ¿y qué podría oponérsele? ¿la otra presunción? Pero ésta se ha establecido para favorecerlo y puede renunciarla. ¿Con qué derecho, por otra parte, se le impediría una filiación que él no reclama? La opinión que sostenemos es una de aquellas que en el antiguo derecho se profesaban. Es más que una simple teoría y está consagrada por el derecho inglés. (3) Esto tiene suma autoridad, por lo ménos respecto á los fines teóricos. Dicha opinión se halla en armonía con el espíritu de nuestro Código Civil, supuesto que no abandona nada al

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, página 50.

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 653, pfo. 546.

3 Blackstone, *Comentario de las leyes inglesas*, t. II, cap. VIII, núm. 2.

arbitrio del juez. Se hace una objeción muy singular. Dejar la elección al hijo, dicese, es tanto como permitirle que se escoja un padre. Así, pues, en definitiva el hijo será el que se forme un padre. No nos parece seria la objeción. Nó, no es el hijo el que forma al padre, supuesto que invoca una presunción legal: la ley es, pues, la que hace al padre y no el hijo. Hay más: la misma ley consagra en esta materia una especie de opción en provecho del hijo. Cuando en el caso del art. 312 se trata de determinar la época de la concepción existe una época variable del día ciento ochenta al trescientos antes del nacimiento; el hijo se coloca, pues, á su antojo, ó bajo la presunción de la más prolongada preñez, ó bajo la de la más corta. Y nada tan lógico como esto. Aquel á quien la ley otorga dos derechos tiene necesariamente la facultad de escoger. (1)

389. Una dificultad análoga se ha presentado en un asunto célebre que dió margen á fallos en sentido diverso. Un hijo nace doscientos ochenta días después de la muerte del marido de su madre. Queda reconocido como hijo natural por padre y madre. Más tarde queda legitimado por el matrimonio de sus padres. ¿Cuál es la filiación de este niño? La Corte de París ha resuelto que el hijo pertenecía al marido difunto en virtud de una presunción legal: concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, y esta presunción no puede destruirse sino con el desconocimiento; el reconocimiento y la legitimación no serían capaces de destruir la presunción arrebatando al hijo un estado que debe á la ley. No fué este el parecer de la Corte de Casación, que revocó el fallo de la Corte de París. El hijo reconocido y legitimado había muerto en posesión del estado de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Este reconocimiento y esta legitimación aseguran su

1 Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. II, p. 275, núm. 327.

estado que no puede arrebatarse la presunción del art. 315, que atribuye el hijo al primer marido, porque esta presunción se ha establecido para proteger al niño nacido dentro de los trescientos días y que se halla en posesión del estado de hijo legítimo de su padre difunto; así, pues, no podría invocarse contra el hijo que goza de otro estado, porque esto equivaldría á arrebatarse un estado en virtud de una presunción que no tiene aplicación al caso y que de ninguna manera puede redargüirse contra el hijo. La Corte de Orleáns, á la que se llevó la causa, se pronunció en el mismo sentido. (1)

Los autores se hallan divididos: unos se adhieren al partido de la Corte de París, otros al de la Corte de Casación. Hay un punto que nos parece claro y es que el hijo de que se trata tiene dos filiaciones. La Corte de París invoca no el art. 315 sino el art. 312; el hijo nacido dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio ha sido concebido en el matrimonio; luego tiene por padre al marido, salvo el desconocimiento. Nada puede contestarse á esto. ¿Pero este hijo acaso no tiene una segunda filiación? Reconocido y legitimado pertenece al padre que lo ha reconocido y legitimado. ¿Podrá decirse que este reconocimiento es nulo porque equivaldría al reconocimiento de un hijo adulterino? Nó, porque esto sería hacer una falsísima aplicación de la presunción que determina la duración de la preñez y que es extraña á los hijos naturales. En el caso de que se trata el hijo reconocido podía ser concebido después de la disolución del matrimonio; si padre y madre se habían casado en el momento del reconocimiento el hijo habría podido ciertamente invocar el art. 314, se habría

1 Sentencias de París de 16 de Julio de 1839, de la Corte de Casación de 23 de Noviembre de 1842 y de la Corte de Orleáns de 10 de Agosto de 1843 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 94).

presumido que fué concebido en el segundo matrimonio y, por lo mismo, que era legítimo. La concepción no era, pues, adulterina; no lo sería sino cuando se pudiese redargüir contra el hijo la presunción de la duración más larga de la preñez; pero ¿no es de toda evidencia que una presunción establecida para asegurar la legitimidad del hijo no podría invocarse para declararlo adulterino? El reconocimiento es, pues, válido y, por consiguiente, también lo es la legitimación. De donde resulta que el hijo tiene una doble filiación.

Si el hijo hubiese sido oído en la causa habría podido decir que hizo su elección, que entiende ser hijo del segundo marido de su madre. Y no vemos lo que hubiera podido objetarse. ¿Qué pertenece al primer marido por una presunción legal? «Todo lo que prueba esto, habría contestado el hijo, es que yo podría reclamar esta filiación. Este es un derecho que me pertenece, pero ¿no es un absurdo querer imponerme un derecho? Tengo, además, otro derecho y lo empleo. Soy y quiero seguir siendo el hijo del segundo marido de mi madre. ¿Quién puede disputarme el uso de un derecho que debo al reconocimiento de mi padre y á la legitimación?» Pero el hijo había muerto. Desde luego preciso era decir que él había consumado su elección, porque nunca había pensado reclamar el estado de hijo legítimo del primer marido. Su título y su posesión de estado le aseguraban la calidad de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Su estado estaba, pues, definitivamente fijado á su muerte, no teniendo nadie el derecho de imponerle una filiación que él no había apetecido.

SECCION IV.—Cálculo de los plazos.

390. La ley fija dos límites extremos para la duración de la preñez: un minimum de ciento ochenta días y un maximum de trescientos. Pero no dice cómo han de contarse estos plazos. De aquí se ha originado una grande incertidumbre en la doctrina; Demolombe se lamenta, y no sin razón, dice Valette, de que no hay nada más complicado ni más obscuro y nada más divergente como las opiniones de los autores. Y, no obstante, tales cuestiones son de alta importancia: según como se cuenten los plazos la filiación de un niño puede ser legítima ó natural y hasta adulterina. Vamos desde luego á exponer la doctrina que con más generalidad han seguido los autores.

Esta doctrina descansa en dos principios tradicionales. Conforme al primero los plazos se calculan por días y no por horas. El Código Napoleón así lo dice en materia de prescripción (art. 2260). Entiéndese por día el espacio de veinticuatro horas, de donde se infiere que no se toman en consideración las fracciones de día en el cómputo de los plazos. Un segundo principio excluye del cálculo el primer día del plazo precisamente porque no sería más que una fracción de día, mientras que dicho principio incluye el día del término en el sentido de que debe transcurrir íntegramente (Código de Procedimientos, art. 1053; Código Civil, art. 2061). Por aplicación de tales principios se calculan los plazos de ciento ochenta y de trescientos días, no de momento á momento, sino de día á día, excluyendo el primero, llamado en el lenguaje de escuela el *dies á quo*. La ley dice que el hijo nacido antes del día ciento ochenta del matrimonio no puede ser desconocido; el día en que se celebre el matrimonio no se computa; se necesitan, pues,