

viduos el valor que á la omision del de estos. (Art. 312, fraccion 2.^a, Cód. civ.) (1)

Otro tanto debe decirse respecto del matrimonio del tutor ó curados de la pretensa, y del descendiente de alguno de ellos, sin que preceda la dispensa respectiva; pues la ley ha querido evitar solamente abusos punibles perjudiciales á la moral y á los bienes de las menores, que quedarian expuestas á mil peligros sin la justísima prohibicion que establece. (Art. 312, fraccion 3.^a Cód. civ.) (2)

Finalmente, la prohibicion de que se celebre el matrimonio por la mujer antes de que hayan trascurrido los trescientos días que señala el artículo 311 del Código civil, contados desde la disolucion del primer matrimonio ó desde que se declaró su nulidad, tiene por objeto evitar la duda acerca de quién es el padre del hijo que pudiera nacer en ese espacio de tiempo. Pero desde luego se descubre que en nada se relaciona con las circunstancias esenciales del contrato. (Arts. 311 y 312, fraccion 4.^a Cód. civ.) (3)

Tal es la razon por la cual, la celebracion de todo matrimonio, concurriendo impedimentos impedientes que lo hacen ilícito, se castiga con la pena para los contrayentes de cincuenta á quinientos pesos de multa; sin que por esto se afecte en manera alguna la validez del contrato. (Art. 313, Cód. civ.) (4)

(1) Artículo 288, fraccion 2.^a, Código civil de 1884.

(2) Artículo 288, fraccion 3.^a, Código civil de 1884.

(3) Artículos 287 y 288, fraccion 4.^a, Código civil de 1884.

(4) Artículo 289, Código civil de 1884. Este precepto fué reformado en los términos siguientes, por comprender una sancion penal ya contenida en el artículo 837 del Código Penal: "Los que infrinjan el artículo anterior, serán castigados conforme al Código Penal."

LECCION UNDECIMA.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

I.

Preliminares.

Despues de habernos ocupado de las solemnidades y requisitos del matrimonio, de los derechos y deberes que produce, de las causas que lo invalidan y anulan, y del divorcio, es consiguiente que expliquemos su efecto natural, la paternidad y filiacion.

Las palabras paternidad y filiacion expresan dos calidades correlativas é inseparables; aquella la calidad de padre, y ésta la de hijo.

Consisten, pues, la paternidad y la filiacion, en las relaciones naturales y sociales que unen los descendientes á los ascendientes de uno y otro sexo.

Se comprende bajo la denominacion general de paternidad, no solo el vínculo especial que une el padre á los hijos, sino tambien el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos.

Todos los jurisconsultos han distinguido la paternidad y filiacion en tres especies; *natural y civil* á la vez, *solamente natural y solamente civil*.

Es natural y civil, respecto de los hijos nacidos de legítimo matrimonio.

Es solamente natural, respecto de los hijos ilegítimos, nacidos fuera del matrimonio.

Es solamente civil, respecto de los hijos adoptivos.

La distincion de las dos primeras especies de las referidas, ha sido sancionada por el Código civil, pero no la tercera, lo cual quiere decir, que el parentesco meramente civil de la adopcion, objeto de disposiciones especiales en nuestra antigua legislacion y en los códigos de las naciones europeas, no existe entre nosotros, por no haber ley que lo reconozca y autorice.

De esta distincion de la paternidad y filiacion en legítima y natural, nace la division de los hijos en legítimos y legitimados, naturales y espurios.

Se llaman hijos legítimos los nacidos de matrimonio celebrado con arreglo á las leyes, y por tanto, válido y verdadero, así como á los nacidos de matrimonio putativo, que es el celebrado con impedimento dirimente que ignoraban los dos cónyuges ó uno de ellos. (Arts. 302 y 303, Cód. civ.) (1)

Los autores señalan cinco causas constitutivas de la legitimidad, y son:

- 1.ª El matrimonio:
- 2.ª La maternidad de la mujer:
- 3.ª La paternidad del marido:
- 4.ª La concepcion del hijo durante el matrimonio:
- 5.ª La identidad del hijo.

De esta cinco condiciones, son susceptibles de pruebas positivas y directas las dos primeras y la última, porque la celebracion del matrimonio se justifica, segun hemos dicho, por la presentacion del acta del registro civil, ó por los medios supletorios que hemos indicado en los casos de excepcion establecidos por la ley; la maternidad de la mujer es un hecho que se manifiesta por signos exteriores y por el parto, y puede acreditarse por los medios ordinarios de prueba que el derecho reconoce; y finalmente, la identidad del hijo se justifica por medio de una informacion testimonial. (Art. 338, Cód. civ.) (2)

(1) Artículos 278 y 279, Código civil de 1884.

(2) Artículo 312, Código civil de 1884.

Las otras dos condiciones, es decir, la paternidad del marido y la concepcion del hijo durante el matrimonio, no son susceptibles de pruebas positivas y directas, porque se refieren á dos hechos que han cubierto la naturaleza con un velo impenetrable, que envuelve en un profundo secreto el misterio de la generacion, sujeto á leyes tales, que es imposible conocer siempre con entera certeza y sin temor de errar la época precisa de la concepcion.

Pero como no podía dejarse en la incertidumbre la paternidad, porque es el principio y fundamento de la familia, y por lo mismo lo es tambien de la sociedad; y como es, por otra parte, imposible obtener una prueba directa de la naturaleza, ha sido preciso recurrir á presunciones que nos acerquen cuanto sea posible á la verdad.

Por eso es que todos los pueblos civilizados, antiguos y modernos, han adoptado el axioma que dice: "*Pater est quem justæ nuptiæ demonstrant.*" (L. 5, de *in jus voc.*): es decir, que se presume de pleno derecho, que pertenece al marido la paternidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio.

Esta regla se funda en dos presunciones: primera, la cohabitacion del marido y la mujer durante el nacimiento y la concepcion del hijo; segunda, la fidelidad con que la mujer ha guardado la fe jurada á su marido; las cuales no permiten dudar que el hijo es fruto del matrimonio. (1)

La primera de estas dos presunciones es esencial; pues si el marido no ha cohabitado con su mujer en la época de la concepcion, es claro que el hijo debe la existencia á una falta de ésta; pero la segunda no es absolutamente necesaria, pues aun cuando faltara, bastaria la primera para asegurar el estado civil del hijo.

La mala conducta de la mujer no impide que el hijo se repute legítimo, si se demuestra la cohabitacion, pues siempre que se duda de la legitimidad de éste, la ley se declara á favor de ella, por la posibilidad de que el hijo deba la existencia á la union del marido y la mujer, á pesar de los desórdenes de ésta.

De manera, que no basta probar la infidelidad de la mujer para

(1) Se entiende que aquí tomamos la palabra "cohabitacion" en su significacion propia y etimológica, esto es, por el estado de dos personas que viven juntas en una misma casa.

inferir que el hijo es ilegítimo; porque es posible que ésta sea adúltera y que, sin embargo, el marido sea el padre de aquel.

A esta consideración debe su origen el axioma que dice: "*Cum possit et uxor adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse.*" (L. 2, § 9. D. *ad leg. Jul.*), cuyo axioma ha sido sancionado por el artículo 316 del Código civil, que establece esa presunción favorable á la legitimidad del hijo, la cual se tiene como verdad, mientras no se prueba lo contrario (1).

Para aplicar en los casos de duda la regla "*Pater est quem nuptiae demonstrant*" ha sido necesario establecer otra que fijando dos extremos á la presunción legal de la paternidad, indiquen con toda exactitud desde cuándo comienza y cuándo termina.

Por tal motivo, desde los tiempos remotos de la legislación Romana se halla establecido que se tenga como legítimos á los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á la disolución de éste.

Como es de suponerse, esta regla no se ha fijado de una manera arbitraria, señalando dos períodos de tiempo caprichosamente, sino siguiendo las leyes de la naturaleza y las indicaciones de la ciencia médica, según las cuales, el período más corto de la gestación en la mujer, es de ciento ochenta días y el más largo de trescientos.

En consecuencia, según las reglas establecidas se reputan hijos legítimos:

1.º El hijo concebido durante el matrimonio, cualquiera que sea la época de su nacimiento, siempre que éste no se verifique después de los trescientos días de la disolución de aquel:

2.º El hijo nacido durante el matrimonio pasados ciento ochenta días, contados desde la celebración de éste.

Las reglas establecidas se fundan, como antes hemos indicado, en dos presunciones: primera, la que determina la duración legal del embarazo; segunda, la que atribuye al marido la paternidad del hijo concebido ó nacido durante el matrimonio. Pero de estas presunciones, la primera es de aquellas que los jurisconsultos llaman *juris et*

(1) Artículo 292, Código civil de 1884.

jure, que no admiten prueba en contrario; y la segunda es de aquellas que se conocen bajo el nombre de *juris tantum*, es decir, que se tienen como verdad mientras no se demuestre lo contrario, y por tanto, que admiten prueba en su contra.

La gravedad del objeto sobre que recae la segunda presunción, demanda que la prueba contraria se reciba con extrema reserva, y solo en los casos expresamente determinados por la ley.

Todas las reglas, todos los principios expuestos han merecido la especial sanción del Código civil, que en los artículos 314 y 315 establece los preceptos siguientes: (1)

1.º Se presumen por derecho legítimos:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio:

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

2.º Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido haber tenido acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio.

Se llaman hijos legitimados los naturales que han pasado á la clase de legítimos por los medios establecidos por la ley.

Se llaman hijos naturales los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa. (Art. 355, Cód. civ.) (2)

Se llaman hijos espurios los que nacen fuera de matrimonio y de padres que no podían casarse al tiempo de la concepción ó del nacimiento.

Los hijos espurios, según la división aceptada por nuestra antigua jurisprudencia, se distinguen en *incestuosos*, ó habidos entre parientes en cuarto grado; *adulterinos*, procedentes de hombre ó de mujer casados; *sacrilegos*, ó nacidos de clérigos de orden sagrado, frailes ó monjas profesos; y *mánceres* ó hijos de prostitutas.

A todos éstos hijos se les llamaba de dañado ayuntamiento; pero

(1) Artículos 290 y 291, Código civil de 1884.

(2) Artículo 328, Código civil de 1884.

si la madre era casada, se les decía de dañado y punible ayuntamiento.

No creemos que, según la legislación actual, podamos distinguir los hijos espurios más que en adulterinos é incestuosos, porque contra la prohibición de la Iglesia, y en virtud de la separación de ésta y el Estado, el orden sacerdotal y el voto de castidad no son impedimentos para el matrimonio, así como tampoco lo es la prostitución de la mujer.

Así es que, según esa legislación, que solo considera el matrimonio como un contrato meramente civil, los hijos de los sacerdotes, habidos fuera de matrimonio en persona hábil para contraerlo, no son espurios, sino naturales, lo mismo que los de las prostitutas viudas ó solteras y de hombres libres.

Como hemos dicho, la paternidad se funda en una presunción que nos obliga á deducir de la verdad de un hecho conocido la verosimilitud de otro desconocido ó dudoso: es decir, que del hecho conocido del matrimonio inferimos el desconocido de la paternidad.

Pero esta presunción no es necesaria é indubitable, y por consiguiente, tampoco se debe tener como una regla incontrovertible aquella que declara hijo del marido el concebido durante el matrimonio; y la ley se hallaría en verdadera pugna con las indicaciones de la justicia y la razón, si prohibiera el ataque á esa regla, que puede destruirse con pruebas evidentes ó con presunciones de más valor que la que le sirve de fundamento.

Por ese motivo ha otorgado al marido la facultad de desconocer á los hijos, cuya paternidad se le atribuye, en determinados casos de los cuales nos vamos ocupar examinando las tres hipótesis siguientes:

- 1.º Denegación del hijo concebido y nacido durante el matrimonio.
- 2.º Denegación del hijo concebido antes y nacido después de la celebración del matrimonio.
- 3.º Denegación del hijo concebido durante el matrimonio y nacido después de la disolución de éste.

II.

Denegación del hijo concebido y nacido durante el matrimonio.

Ya hemos dicho en el artículo precedente que nuestro Código civil siguiendo las reglas admitidas por todas las legislaciones desde los tiempos más remotos, y fundado en la presunción que hace tener como padre del hijo nacido ó concebido durante el matrimonio al marido de la madre, establece la siguiente regla en el art. 314. (1)

Se presumen por derecho legítimos:

1.º Los hijos nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio:

2.º Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

Pero por fuerte que sea esta presunción legal de la paternidad, no puede existir contra lo imposible y absurdo; pues se le daría entonces tanto valor como á la verdad misma á una falsedad, con escarnio y vilipendio del matrimonio y de la justicia.

Por este motivo admite la ley pruebas en contra de tal presunción, aunque encerrando dentro de límites justos la facultad de rendir esas pruebas.

El artículo 315 del Código civil declara, que contra la presunción de la paternidad que establece el 314, 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 trescientos que han precedido al nacimiento (2)

La imposibilidad á que se refiere éste precepto debe ser no solo verosímil, sino física, material, absoluta, que impida toda unión entre el marido y la mujer en los ciento veinte días que señala.

(1) Artículo 290, Código civil de 1884.

(2) Artículo 291, Código civil de 1884.

A esta especie de imposibilidad refieren los jurisconsultos, siguiendo la legislación Romana y la de las Partidas, la ausencia del marido, la cual debe ser constante, continua y de tal naturaleza, que en el intervalo señalado por la ley no se pueda concebir ni por un solo instante la reunión del marido y la mujer.

Rolland de Villargues (Repertoire, v. ^o *Legimité* núm. 20 y siguientes), dice: que la ausencia debe reunir los tres caracteres siguientes:

1.º *Duración*, es decir, que la ausencia iguale al periodo de tiempo en el cual pudo verificarse la concepción:

2.º *Certidumbre*, esto es, que no haya duda acerca de la ausencia, porque si existe se presume la inocencia de la mujer:

3.º *Continuidad*, ó lo que es lo mismo, que la ausencia debe ser tal, que haya sido imposible al marido recorrer en muy poco tiempo el espacio que le separaba de su mujer y regresar con la misma prontitud.

Como no es posible fijar reglas precisas para estimar las pruebas que se puedan producir para hacer evidente la verdad de la ausencia y la imposibilidad física que produce é impide al marido el acceso con la mujer, se ha dejado al arbitrio de los jueces la estimación de esas pruebas.

A esta especie de imposibilidad se refiere también la prisión ó la incomunicación de uno ó de los dos cónyuges; pero como es posible el acceso de ellos por complacencia de sus guardianes, se deben recibir las pruebas sobre la imposibilidad con extremada reserva.

La prisión es equivalente á la ausencia, siempre que la separación del marido y la mujer haya sido tal, que en el tiempo de la concepción les haya sido físicamente imposible reunirse un solo instante.

Pertenece también á la imposibilidad física á que se refiere la ley, la impotencia natural del marido, anterior al matrimonio, y la accidental posterior á él.

El artículo 280, fracción 7.ª, del Código civil señala como causa de nulidad del matrimonio, la impotencia para la cópula anterior á éste y legalmente comprobada. (1)

De este precepto se infiere que, si se declara la nulidad del ma-

(1) Artículo 257, fracción 7.ª, Código civil de 1884.

trimonio, por resultar legalmente comprobada la impotencia anterior á él, es necesariamente ilegítimo el hijo que entretanto hubiere nacido, supuesto que aquel defecto orgánico hace físicamente imposible el acceso carnal con la mujer.

Por la misma razón se refiere á esta especie de imposibilidad la impotencia accidental del marido, posterior á la celebración del matrimonio, cuyo origen coincide con la época presunta de la concepción; y en general, se refieren también todas aquellas causas que hacen físicamente imposible el acceso con la mujer, las cuales no es posible enumerar.

Baste solo recordar que la causa debe ser tal, según el art. 315 del Código, y probada de tal modo, que resulte la plena certidumbre de que en el período de tiempo en que se presume que tiene verificativo la concepción, no puede suponerse un solo instante que el marido haya podido engendrar el hijo que se le atribuye. (1)

El Código civil admite también en el art. 316 como causa de la acción de denegación del hijo concedida al marido, la imposibilidad moral que nace del adulterio de la madre. (2)

Pero como hemos visto en el artículo precedente, no basta la existencia del adulterio, ni aun la confesión de la madre contra la legitimidad para que se tenga al hijo como ilegítimo; porque podría suceder muy bien que la mujer mantuviera relaciones culpables en la época en que se presume la concepción, y sin embargo, que el hijo deba la existencia á las obras del marido.

Por este motivo admite el artículo 316 el adulterio de la mujer, como causa que funda el desconocimiento, pero á condición de que se le oculte al marido el nacimiento del hijo, ó que éste haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses; pues la concurrencia de estas circunstancias engendra una presunción de extremada justicia á la pretensión del marido.

Del texto mismo del artículo 316 se infiere que éste tiene la indeclinable obligación de demostrar los hechos siguientes, para que se declare la ilegitimidad:

(1) Artículo 291, Código civil de 1884.

(2) Artículo 292, Código civil de 1884.

1.º El adulterio de la mujer coincidiendo con la época de la concepcion:

2.º La ocultacion del nacimiento del hijo:

3.º Que el nacimiento tuvo lugar durante su ausencia de más de diez meses, cuando tal hecho sea uno de los fundamentos del desconocimiento.

Ya se comprende cuán inútil sería probar el adulterio de la mujer anterior á la época de la concepcion, porque no produciría la presuncion de que el hijo fuera el fruto de ese delito, única que puede fundar el desconocimiento del padre, si á la vez no justifica que se le ocultó el nacimiento.

Si á estas dos circunstancias se reúne la tercera, el nacimiento durante una ausencia del marido por más de diez meses, las presunciones contrarias á la legitimidad del hijo se convierten en una plena certidumbre, porque entonces concurre tambien la demostracion de la existencia de la imposibilidad física del acceso entre el marido y la mujer.

De la obligacion de la prueba de las circunstancias indicadas que incumbe al marido, han deducido varios jurisconsultos la necesidad de probar el adulterio mediante la instruccion de un juicio prévio; y otros, por el contrario, han sostenido que el marido no tiene obligacion de probar el adulterio, porque demostrando que no es el padre del hijo que se le atribuye, acredita implícitamente la existencia de ese delito.

Pero ambas opiniones carecen de fundamento; pues si fuera preciso probar préviamente el adulterio y la ocultacion para deducir la accion de desconocimiento, los preceptos del mismo Código nos conducirían á una consecuencia enteramente absurda.

En efecto, el artículo 320 concede al marido sesenta dias para deducir su accion, á contar desde el nacimiento, si estaba presente; desde el dia que llega al lugar, si estaba ausente; y desde aquel en que descubre el fraude si se le oculta el nacimiento; pero como el juicio sobre el adulterio y la ocultacion demanda más de ese tiempo para su conclusion, es fuera de toda duda que nunca podría ejercitar su

accion. Lo que es absolutamente contrario á la letra y al espíritu de los preceptos legales que se la conceden (1).

La segunda opinion es igualmente inadmisibile, porque en ella se confunden de una manera lamentable la causa que reconoce el artículo 315 del Código, como fundamento de la accion del marido para desconocer al hijo, y la que sirve de base á esa accion en el caso del artículo 316.

En el primer artículo se trata de la imposibilidad física del acceso entre el marido y la mujer, cuya demostracion implica como consecuencia necesaria el adulterio de ésta: y en el segundo se trata de la imposibilidad moral nacida del adulterio y la ocultacion del nacimiento del hijo.

En otros términos: en el primer caso, el ejercicio de la accion del marido produce la prueba del adulterio: en el segundo, por el contrario, la demostracion de la existencia de éste y de la ocultacion del nacimiento, son la base esencial sin la que el marido no puede desconocer y contradecir la legitimidad del hijo, pues como hemos manifestado ya, la ley se pronuncia en favor de ésta, aun cuando la madre declare en contra de ella, por la posibilidad de que el hijo sea del marido á pesar del adulterio.

La verdad es, que se debe admitir la accion del marido sin que sea preciso el juicio prévio sobre el adulterio, pero con la indiscutible obligacion de probar la existencia de éste, y de la circunstancia absolutamente esencial de la ocultacion del nacimiento, sin la que es inútil que se pruebe el adulterio; pues no nos cansaremos de repetir, que la ley solo concede al marido la facultad de contradecir la legitimidad del hijo á condicion de que demuestre á la vez la existencia del adulterio y la ocultacion del nacimiento.

(1) Artículo 296, Código civil de 1884.