

III.

Denegacion del hijo concebido ántes y nacido despues de la celebracion del matrimonio.

El artículo 318 del Código civil declara que el marido no puede desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio:

1.º Si se probare que supo ántes de casarse el embarazo de su futura consorte.

Para esto se requiere un principio de prueba por escrito.

2.º Si asistió al acta de nacimiento; si ésta fué firmada ó contiene su declaracion de no saber escribir:

3.º Si ha reconocido expresamente al hijo por suyo:

4.º Si el hijo no nació capaz de vivir. (1)

En la hipótesis de que nos ocupamos en el artículo que precede, la regla establecida por la ley es la legitimidad del hijo, y el desconocimiento es la excepcion, porque la concepcion y el nacimiento se verifican durante el matrimonio, cuyas circunstancias constituyen para el hijo un título que no puede destruirse sino por otras circunstancias muy especiales.

En la presente hipótesis, por el contrario, la regla la constituyen la ilegitimidad y el desconocimiento del hijo. Es decir, que existe una presuncion en contra de éste que impone á la madre la obligacion de probar la legitimidad, mientras el marido no tiene que rendir prueba alguna; basta que, por la comparacion de las fechas del matrimonio y del nacimiento, demuestre que la concepcion se verificó ántes de aquel.

Sin embargo, la ley ha señalado cuatro limitaciones al desconocimiento hecho por el marido en la hipótesis que nos ocupa.

1.º Cuando se prueba que el marido supo ántes de casarse el em-

(1) Artículo 294, Código civil de 1884.

barazo de su futura consorte; porque en tal caso presume la ley con toda justicia, que se ha casado con el objeto de reparar una falta anterior, y que no habria consentido en el matrimonio á no tener la firme conviccion de que el embarazo de la mujer era el fruto de sus obras.

Esta presuncion de ilegitimidad tiene tal valor por la ley, que no puede destruirse si no es que se justifique plenamente la ciencia del marido, por lo que se requiere en primer lugar un principio de prueba por escrito.

Diversas opiniones han dividido á los jurisconsultos acerca del valor probatorio que se debe dar á las relaciones íntimas de los esposos, ántes de la celebracion del matrimonio, para demostrar el conocimiento del embarazo, que tuvo el marido.

Unos opinan que no debe admitirse la prueba de esa intimidad, porque tiende indirectamente á facilitar la investigacion de la paternidad, que está prohibida. Otros, por el contrario, sostienen que tal intimidad es bastante por sí sola para demostrar que el marido ha tenido conocimiento del embarazo de su mujer, y que la prohibicion de la ley no debe aplicarse á este caso, porque hay una gran diferencia entre el hijo natural que, careciendo de estado, intenta probar una paternidad siempre incierta, y el hijo que nace bajo el amparo del matrimonio, que por el nacimiento le pone en posesion del estado de hijo legítimo, y que solo trata de defender esta posesion.

Pero esta cuestion es enteramente ociosa, toda vez que la fraccion 1.ª del artículo 318 del Código exige que, para que se admita la prueba del conocimiento que tuvo el marido del embarazo, es preciso que exista un principio de prueba por escrito. Es decir, que si no existe este principio de prueba por escrito, las relaciones íntimas del hombre con su futura consorte antes del matrimonio, así como cualquiera otro medio probatorio serán ineficaces; pero por el contrario coadyuvarán eficazmente á la demostracion si hay un principio de prueba por escrito.

2.ª Si asistió el marido al acta de nacimiento; si esta fué firmada por él ó contiene su declaracion de no saber firmar; porque la ley considera este acto como un reconocimiento tácito de la paternidad

y como una renuncia del derecho que le concede para desconocer al hijo.

Pero si el hecho del marido fuere acompañado de una reserva ó de una protesta, lejos de constituir el reconocimiento, importa la negacion de la paternidad, y por consiguiente, cesaría la prohibicion de la ley que le impide el desconocimiento del hijo.

La concurrencia del marido y la firma son esenciales, de tal manera que, si el acta de nacimiento no ha sido firmada por él ó no contiene la declaracion de que no sabe firmar, subsiste en aquel la facultad de desconocer al hijo, á pesar de su presencia en el otorgamiento del acta.

3.^o Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; pues la ley no permite el desconocimiento que no se halla de acuerdo con la conducta anterior del marido. De otra manera, el desconocimiento se convertiría en una accion escandalosa, que degeneraría en una amenaza constante contra el estado civil de las personas, y fomentaría las malas pasiones, alterando el orden social, que quedaría completamente al capricho del marido, sin una razon poderosa que autorizara su conducta al contradecir el reconocimiento expreso que antes hizo del hijo.

4.^o Si el hijo no nació capaz de vivir. La razon de la ley es perceptible en este caso, porque, si el hijo no es viable, no adquiere ningunos derechos, y por consiguiente, no perjudica de ninguna manera los intereses del marido y de sus herederos.

Además, la circunstancia de no ser viable el hijo engendra la incertidumbre acerca de si la concepcion se remonta á una época anterior del matrimonio; y solo se daría lugar á un juicio notoriamente escandaloso, sin necesidad, por carecer de resultado práctico en favor del marido.

Grandes y graves discusiones se han suscitado para determinar cuándo se debe entender que el hijo es viable, y han sido el germen de cuestiones de difícil solucion entre los jurisconsultos: pero por fortuna nosotros estamos libres de esas dificultades, porque siguiendo el Código civil los preceptos de la antigua legislacion, ha declarado en los artículos 327 y 328, que para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, na-

ce con figura humana, vive veinticuatro horas y es presentado vivo al Registro civil, y que faltando alguna de las circunstancias indicadas nunca y por nadie puede entablarse demanda de legitimidad. (1)

Explicando los autores del Código civil la razon que les impulsó á redactar los preceptos citados en los términos expuestos, se expresan así: "En este capítulo se decide quién debe ser considerado como nacido para los efectos legales; y aunque en las primeras condiciones no hay dificultad, en la última varían notablemente los Códigos y los expositores, declarando unos que basta un movimiento de vida, y exigiendo otros más ó menos tiempo, que se ha exagerado hasta el de diez dias. Si la cuestion se examina bajo el punto de vista material, no hay duda en que basta un instante de vida, puesto que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento. Pero como es tan difícil señalar ese instante; y como muy frecuentemente la muerte de los niños acabados de nacer depende de la dificultad del parto, es muy probable que concentrada la atencion de la familia en el peligro de la madre, no pueda fijarse debidamente el momento que vivió el niño. Y como en estos casos se atraviesan cuestiones entre los colaterales y extraños, son muy fáciles el abuso, el cohecho y aun otros delitos. Pareció, pues, á la comision muy prudente el término señalado en las leyes de Toro; porque durante veinticuatro horas disminuyen extraordinariamente los peligros indicados. Y deseando fijar una base enteramente auténtica, añadió: que si dentro de veinticuatro horas el niño es presentado vivo al registro civil, se tendrá por nacido para los efectos legales."

IV.

Denegacion del hijo concebido durante el matrimonio y nacido despues de la disolucion de éste.

Ya hemos dicho en los artículos I y II de esta leccion que el hijo nacido dentro de los trescientos dias posteriores á la celebracion del

(1) Artículos 303 y 304, Código civil de 1884. Véase la nota 2.^a de la página 29.

matrimonio, se presume concebido durante éste, y por tanto, legítimo; y hemos dicho también que contra esta presunción legal 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 matrimonio.

Pero esta presunción cesa cuando el hijo nace después de trescientos días, contados desde la disolución del matrimonio, y antes, por el contrario, se convierte en su contra y se presume concebido después del matrimonio, de manera que no puede invocar en su favor el axioma que dice: *Pater est quem iusta nuptiæ demonstrant*.

Si ese hijo pretendiera ejercitar los derechos que engendra la legitimidad se podría contradecir ésta por el marido de la madre, y para justificar su conducta bastaría la comparación de las fechas del acta de nacimiento y de la sentencia ó el decreto judicial declarando el divorcio ó la nulidad del matrimonio, ó la separación provisional que precede en los casos en que según la ley procede aquel.

Si no fuera así, habría sido absolutamente inútil que se hubiera establecido por el artículo 314 del Código civil, el término de trescientos días como el período más largo de la gestación y como el límite justo y racional de la presunción que hace tener como perteneciente al marido, la paternidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio; pues quedaría absolutamente al arbitrio ó al capricho de los jueces el señalamiento del término después del cual debería reputarse que la concepción era posterior á la disolución del matrimonio, dando lugar á que se incurriera en notorios absurdos, y á que se abriera puerta franca á los fraudes.

Pero si bien es cierto que el nacimiento verificado después de trescientos días de la disolución del matrimonio, engendra una presunción vehemente contra la legitimidad del hijo, dando causa bastante para desconocerlo y que le releva de toda otra prueba, también lo es que esa presunción no es *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario, sino *juris tantum*, es decir, que se tiene como verdad mientras no se demuestra lo contrario; pues como toda presunción, debe ceder á la verdad ó á otra presunción más fuerte.

Esta es la razón por la cual la mujer puede probar, lo mismo que el hijo y su tutor, la legitimidad, justificando que no obstante la de-

claración judicial del divorcio ó la nulidad del matrimonio ó el decreto ordenando la separación provisional, ha habido acceso entre el marido y la mujer. Es decir, que se admiten á probar á dichos individuos que no obstante la separación del marido y la mujer por las causas indicadas, ha habido acceso carnal entre éstos; pero de ninguna manera se les admite prueba alguna que tienda á la demostración contraria á la presunción legal que establece el término de trescientos días como el período más largo de la gestación, para deducir de allí que no obstante la separación judicial y de hecho del marido y la mujer, es legítimo el hijo nacido después de trescientos días de verificada aquella.

Los principios que hemos establecido se hallan sancionados por el artículo 317 del Código civil que dice así: "El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente ó de hecho tuvo lugar la separación definitiva por divorcio, ó la provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo ó el tutor de éste, pueden sostener la legitimidad." (1)

Como se ve por el texto expreso de este precepto, la ilegitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, no procede de pleno derecho, sino que es necesario que sea declarada judicialmente; y por lo mismo, que el marido ó sus herederos pueden desconocerlo á su arbitrio. De manera que si demuestran la ilegitimidad del hijo, tienen que declararla necesariamente los tribunales; y si, por el contrario, guardan silencio acerca de ella, el hijo conserva el carácter de legítimo, si ha sido inscrito en el Registro civil, como precedente del matrimonio del marido de la madre.

La razón de este principio es obvia, pues como dijo un sabio jurisconsulto (Duveyrier): "Todo interés particular solo puede ser combatido por un interés contrario. La ley no está llamada á reformar lo que ignora, y si el estado del hijo no es atacado, permanece al abrigo del silencio que nadie tiene interés en romper."

Por la comparación del precepto aludido, con los contenidos en los artículos 314, 315, 316 y 318 del Código civil, se comprenderá fácil-

(1) Artículo 293, Código civil de 1884.

mente que existe una gran diferencia entre los casos de que se ocupan éstos y el primero; porque estos artículos se refieren al caso en que el hijo ha nacido durante el matrimonio, y mientras no le desconoce el padre, milita á su favor la presuncion de legitimidad. (1)

En el caso á que se refiere el artículo 317, no solo milita contra el hijo la presuncion de ilegitimidad, sino la certidumbre de ella, la cual hace al hijo extraño á la familia del marido, aunque la ley no le despoja *ipso jure*, de los derechos de legitimidad y de familia. (2)

A la hipótesis de que nos hemos ocupado en este artículo, debe referirse la cuestion relativa á la filiacion del hijo que nace de viuda que contrae segundo matrimonio ántes de que pasen trescientos dias despues de la disolucion del primero.

El artículo 311 del Código civil, prohíbe expresamente á la mujer que pueda contraer segundo matrimonio, sino hasta pasados trescientos dias de la disolucion del primero, á fin de evitar las cuestiones relativas á la paternidad y filiacion de la prole, que surgen, por ignorarse si pertenece al primero ó al segundo de los maridos. (3)

Sin embargo, suele acontecer que se infrinja esa prohibicion legal y que la mujer contraiga segundo matrimonio dentro del período prohibido, que dé á luz un hijo y que surja cuestion sobre si éste es del primer marido ó del segundo.

Nuestro Código, sábiamente previsor, ha puesto término á las diversas opiniones de los jurisconsultos, segun las cuales debia escoger el hijo, como exclusivamente interesado, el padre que le conviniere (Blackstone, *Commentaires des lois Anglaises*), decidirse la cuestion por las relaciones más ó ménos pronunciadas de semejanza física ó moral, entre el hijo y uno de los maridos (Voët, *ad Pandect. lib. 1, tit. 6, n. 9*), ó dejarse á cargo de los tribunales la decision de la dificultad, atendiendo á las circunstancias de cada caso; y si hubiere duda consultando el mayor interes del hijo. (Duranton, tomo 3, n. 63, Proudhon y Valette, tomo 2.º pág. 50, Toullier y Duvergier, tomo 2.º n. 666, nota, Escriche, etc.)

En efecto, fundándose nuestro Código en las presunciones que sir-

(1) Artículos 290, 291, 292 y 294, Código civil de 1884.

(2) Artículo 293, Código civil de 1884.

(3) Artículo 287, Código civil de 1884.

ven de base para declarar la paternidad legítima, establece las reglas siguientes acerca de la filiacion del hijo que naciere, celebrado el segundo matrimonio, dentro del período prohibido por el artículo 311:

1.º Se presume que el hijo es del primer marido, si nace dentro de los ciento ochenta dias inmediatos á la muerte de éste. El que niegue la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido:

2.º Se presume que es el hijo del segundo marido, si nació despues de doscientos diez dias contados desde la celebracion del matrimonio. (Art. 324, Cód. civ.) (1)

Hidalgo Carpio (Tratado de medicina legal), tomo 1.º páginas 224 y siguientes critica las reglas que establece el artículo 324 del Código; y luego se espresa en los términos siguientes:

“Puesto que el artículo citado, el niño nacido despues de doscientos diez dias, ó siete meses cumplidos de la celebracion del matrimonio, se ha de presumir del segundo marido, el niño nacido antes de ese tiempo, si ya es viable, deberá presumirse del primero, lo cual no contradice á la fisiología, así como tampoco contradice el considerarlo hijo del segundo marido, si por falta de desarrollo aun no es viable; por otra parte, como una presuncion legal no destruye una prueba en contrario, siempre que se diere ésta, quedará sin valor aquella, y no importa entonces lo que diga ley con el carácter de presuncion.”

(1) Artículo 300, Código civil de 1884. Este artículo contiene una reforma y una adición, acerca de las cuales vamos á emitir nuestra opinion, aunque con el temor de incidir en un error, que nos infunde el convencimiento que tenemos de nuestra insuficiencia.

El artículo 324 del Código de 1870, señalaba en su fraccion 1.ª el término de ciento ochenta dias, contados desde el fallecimiento del primer marido, como base esencial de la presuncion que atribuye á éste la paternidad del hijo; y la designacion de ese término no era arbitraria, sino hecha de acuerdo con la regla fijada en la fraccion 1.ª del artículo 314, como base de la presuncion que determina la legitimidad de los hijos.

Y esta regla tampoco era arbitraria, pues segun dijimos en el artículo I de esta leccion, se hizo siguiendo las leyes de la naturaleza y las indicaciones de la ciencia médica, segun las cuales, el período más corto de la gestacion en la mujer es de ciento ochenta dias, y el más largo de trescientos.

De manera que al resolver la dificultad relativa á la paternidad de los hijos nacidos durante el segundo matrimonio, contraído en el período prohibido, los codificadores establecieron una regla en perfecta armonía con la sancionada en el artículo 314, inspirándose siempre en las leyes de la naturaleza y las indicaciones de la ciencia, y teniendo en consideracion no solo que el período más corto de la gestacion, para que el hijo sea viable, es el de ciento ochenta dias, sino tambien la circunstancia de que generalmente el marido no tiene ni puede tener acceso con su mujer en el período inmediato que precede á la disolucion del matrimonio.

Así es, que esta reduccion de la ley, supone por lo ménos de siete á ocho meses de em-