

la legitimidad. Creacion de la ley, esta presuncion solo admite en contrario, no otra presuncion sino verdaderas pruebas de que es absolutamente inverosímil ó imposible. Por esto la misma ley que establece dicha presuncion, tiene cuidado, como lo expondremos más adelante, de expresar cuáles son las únicas pruebas que permite en contra de aquella.

En cuanto á la presuncion en favor de los hijos concebidos antes pero nacidos durante el matrimonio, no debe ser considerada, en nuestro concepto, sino como una excepcion de la regla anterior, reconocida en favor de los hijos. Menos robusta y fundada que la primera, esta presuncion es á aquella lo que la posesion es á la propiedad; pero, no siendo combatida, existe y debe producir todos sus efectos. Creemos que la ley tiene que suponer que el hijo pertenece á aquel que se ha casado con la mujer en cinta. Sin embargo, una diferencia no poco importante separa las dos presunciones: para combatir la primera, el marido ó sus herederos tienen que *probar* la imposibilidad de la concepcion que esta presuncion supone; mientras que para contradecir la segunda, bastará al marido el desconocimiento, señalando dos fechas: la del matrimonio y la del nacimiento del hijo. Si tal contradiccion falta, el hijo es legítimo. Poco importa que esta legitimidad sea una mera ficcion contraria á la verdad. ¿Seria justo que la ley proclamara la ilegitimidad *ipso jure* en contra del infeliz hijo, cuando ni los mismos interesados le desconocen?

Pero supongamos que se trata de hijos concebidos y nacidos *despues* de la disolucion del matrimonio. ¿Su ilegitimidad debe ser presumida por la ley, estando, por consiguiente, á cargo del hijo, la iniciativa de la demanda de legitimidad? Exponiendo, como lo hacemos por ahora, simplemente nuestro parecer, con entera abstraccion de toda ley positiva sobre la materia, creemos que la ilegitimidad procede de pleno derecho respecto de estos hijos. La razon es obvia: ¿cómo declarar legítimo á un

hijo á quien no ampara ya ni la sombra del matrimonio? La presuncion, por favorable que sea, no debe establecerse nunca en contra de la verdad evidente. De aceptarse la legitimidad presunta hasta el desconocimiento del marido ó de sus herederos, respecto al hijo, concebido y nacido despues de la disolucion del matrimonio, se seguiria el absurdo de que aun los hijos nacidos dos, tres ó cuatro años despues deberian tambien presumirse legítimos. Mas adelante volveremos á estudiar estas cuestiones, descendiendo ya á su aplicacion, segun nuestras leyes vigentes.

7. Volviendo á los fundamentos de la regla: *pater est quem nuptiæ demonstrant*, hemos dicho que ella es una necesidad á que ha tenido que recurrir el legislador, para no dejar á merced de dudas é incertidumbres un punto tan importante como es el estado de los hombres. Pero la presuncion sobre que esta regla se apoya, implica otra presuncion, igualmente necesaria y para la cual el legislador ha tenido que consultar á la ciencia de la naturaleza física, como para la primera habia consultado á la ciencia de la naturaleza moral. El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre; tal es el sentido de aquella regla; en consecuencia se supone que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio. Mas, ¿cómo saber la fecha precisa de la concepcion? En el misterio que envuelve este fenómeno físico, tal fecha no puede ser determinada sino conociendo la del nacimiento. Aun conocida ésta, subsiste la dificultad, pues no se sabe cuánto dura la preñez, la cual no tiene un período fijo, segun la ciencia ha llegado á comprobarlo. Tal estado de cosas ha obligado al legislador á establecer dos límites extremos: uno para las gestaciones mas cortas y otro para las mas largas, cerrando así la puerta á célebres y antiguos debates en que los médicos mas ilustres se han dividido, exponiendo cada uno en favor de su tesis razonamientos y experiencias mas ó menos especiosos. El jurisconsulto Paulo

TOMO IV.—3.

nos da cuenta sin duda de la doctrina mas antigua sobre esta materia: *Septimo mense, dice, natus matri prodest: ratio enim Pytagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur* (1). Y en otra parte él mismo enseña: *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse* (2). Hagamos á un lado las pocas cuestiones que se han suscitado sobre el verdadero sentido de estas leyes, así como las diversas enmiendas que han sufrido de parte de los juriscultores (3), y consignemos que la doctrina mas comunmente aceptada, en orden á la duracion de la preñez, era que ella tardaba cuando menos ciento ochenta dias completos y cuando mas, trescientos, sin pasar al exceso. Así nos lo dicen Ulpiano y Gallo; el primero con su acostumbrada exactitud asienta: *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum*: (4), y el segundo no puede ser mas claro, cuando enseña: *Si post mortem in decem mensibus proximis natus erit haeres esto* (5). Esto supuesto, resulta que el hijo será legítimo: 1º si nace despues de ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio; 2º si nace dentro de ó á los trescientos dias de disuelto aquel. Este mismo sistema ha sido seguido por los legisladores modernos, segun lo demostraremos en su oportunidad.

(1) *Pauli Sentent.* lib. 4, tit 9, núm. 5.

(2) *Dig.* lib. 1, tit. 5, l. 12.

(3) Jacques Godefroy, *Bibliotheca juris civilis*, part. 1, cap. 5, núm. 1. — Noodt, *sobre el Digesto*, lib. 1, tit. 6—Gallien, *Ouvres*, pág. 340. — Ferraris, *Prompta Bibliotheca*, "Filius" núms. 8 á 13.

(4) *Dig.* lib. 38, tit. 16, l. 3, § 12.

(5) *Dig.* lib. 28, tit. 2, l. 29—Aulo-Gelio *Noct. attic.* lib. 3, cap. 16.

8. Hemos aquí pues en presencia de dos presunciones para probar la legitimidad de los hijos: la que enuncia la máxima romana, *pater est quem nuptiae demonstrant* y la que se refiere al tiempo de la gestacion. Los maestros del derecho distinguen tres especies de presunciones: la una, que se llama *juris et de jure*; la segunda que se denomina sencillamente *juris*; y la tercera, que tiene el nombre de *præsumptio hominis*. Un autor clásico en esta materia define y esplica perfectamente el valor y condiciones de cada una de estas presunciones: *Dicitur enim juris, enseña Mascardo, præsumptio quia á lege introducta fuit; de jure verò, quia super hac præsumptione lex firmum sancit jus et eam pro veritate habet..... ut etiam judicem secundum eam pronuntiare permovere possit, adèo ut etiam uno consensu á nostris sit traditum contra talem præsumptionem non debere admitti probationem in contrarium..... ex quo fit, ut hanc pro se præsumptionem habens aliter probare non obligetur, sed lex ipsa satis probationem faciat..... Juris præsumptio illa vocatur, quando lex aliquid de aliquo præsumat, et ex hac præsumptione ultra sese non proferens eadem lex aliquid sancit..... In plurimis locis, contra istam præsumptionem admittitur probatio in contrarium..... Præterèa quando ista præsumptio stat pro aliquo, p'rs adversa, quæ contrarium probare velit, duriore probatione gravatur: adèo ut probationes efficaciores requirantur..... Præsumptio hominis est quæ in jure non est expressa, sed judici committitur* (1). Ahora bien ¿á cuál de estas tres clases pertenecen las dos presunciones de que hemos hablado? Examinemos la primera, consignada en la regla, *pater est is quem nuptiae demonstrant*. ¿Cómo poner en duda que esta presuncion está escrita en la ley, revestida de su autoridad y llena de un vigor que todos los

(1) Mascardo, *De probationibus*, Quæst. 10, núms. 23, 31 y 48.

doctores y la jurisprudencia toda, desde la más remota antigüedad, han respetado? Pero ¿encierra ella una verdad necesaria, infalible, indubitable? Basta considerar el fundamento de esta presunción para convencerse de que ella no significa que, según el legislador, el matrimonio sea una prueba cierta é irrefragable de la paternidad. Como lo hemos antes manifestado, y dada esta materia en que es imposible tener pruebas evidentes, la necesidad ha exigido conformarse con probabilidades. Pero éstas ¿no son tales que deban ceder á otras probabilidades contrarias? ¿Una razón de mera posibilidad deberá siempre prevalecer, aun sobre la contraria de imposibilidad? En todo tiempo los jurisconsultos, los filósofos y los legisladores han reconocido que, por santa y vigorosa que sea la presunción legal de la paternidad, no debe admitirse á pesar de lo imposible y lo evidente. "La verosimilitud y la probabilidad, dice D'Aguesseau, sirven de fundamento á esta presunción; pero como nada está frecuentemente más lejos de la verdad que la verosimilitud, y como la falsedad tiene también con frecuencia una aparente probabilidad, sucede con esta presunción como con todas aquellas que se apoyan sobre el mismo principio: pueden ser destruidas por otros argumentos, y si la verosimilitud, que constituye toda su fuerza, es combatida por razones más sólidas, los jueces rechazan las falsas luces, para otorgar sus sufragios á las solas luces de la verdad..... Toda presunción está fundada sobre la liga natural que existe entre la verdad conocida y la que se busca; y como esta liga puede ser más ó menos necesaria, es evidente que las presunciones pueden ser también más ó menos infalibles, y que este grado de certidumbre dependerá de la relación que hubiere entre el hecho que se conoce, y aquel que se ignora. Si esta consecuencia es necesaria, si es imposible que la primera verdad sea cierta y que la segunda sea dudosa, la presunción es entón-

ces considerada como la más segura de todas las pruebas, y puede por sí sola producir una perfecta convicción en el espíritu del juez. Así, por ejemplo, cuando para demostrar la falsedad de una pieza, se justifica, por testimonios auténticos, que aquel por quien aparece firmada, estaba ausente el día que aquella se otorgó, este solo hecho es una prueba convincente de la falsificación, porque es imposible que la ausencia sea cierta, y que el acto sea verdadero. Si, al contrario, no hay consecuencia absolutamente necesaria entre el hecho cierto y el que se quiere probar, la presunción es solo verosímil y en este caso los doctores distinguen: ó la probabilidad de la presunción es reconocida por la ley, ó no es expresamente aprobada por el legislador. Si lo primero, aunque este argumento no fuese bastante fuerte para excluir toda prueba contraria, es sin embargo considerado como la verdad, hasta que se haya destruido por argumentos invencibles. Si la ley no ha autorizado la presunción, está sometida á la prudencia del juez, quien debe graduarla y valorizarla (1)."

Ahora bien, la jurisprudencia romana, proclamando siempre la máxima de que la paternidad se deduce del matrimonio, reconoce que pueden existir excepciones á tal principio: *Filius eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anticum invennisse in domo sua, placet novis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus non sit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scævola probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate superveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc,*

(1) D'Aguesseau, *Plaidoyer* 23.

qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

(1). El tribuno Duveyrier, motivando esta misma materia en el Código francés, dice: "Los Romanos han hecho de la presuncion de la paternidad legítima, fundada sobre el matrimonio, un precepto literal, convertido despues en axioma legislativo: *Is pater est quem nuptiæ demonstrant*. El motivo de esta regla indica bastante su rigurosa necesidad. Su primer carácter es tener el poder y el efecto de la verdad misma y ejercer en su lugar una autoridad que se aproxima á la tiranía; ella somete todo á su imperio, los accidentes ordinarios, las probabilidades, las sospechas y aun las contradicciones aparentes: no conoce otros límites que los inmutables de la naturaleza y de la razon universal. No se admite nada contra ella: se admite todo en su favor, todo, *excepto lo imposible y lo absurdo*. Toda ley que impusiera la obligacion de creer lo que rechazan las leyes físicas de la naturaleza y las leyes morales de la inteligencia, no seria ya del dominio de la legislacion civil; y toda ley que diera á la mentira evidente el tributo y el poder de la verdad, no seria sino un escándalo social. Asi es que, en el matrimonio, el esposo de la madre será siempre el padre del hijo, *excepto los casos en que fuere imposible suponerlo ó creerlo* (2)." En consecuencia, la presuncion de paternidad derivada del matrimonio es solamente *juris* y prueba el hecho para que ha sido establecida por el legislador, hasta la prueba en contrario.

9. Mas ¿cuál puede ser esta? ¿es indiferente que se levante á refutar aquella presuncion, cualquiera prueba de las reconocidas por el derecho y aun una presuncion contraria? "La presuncion, capaz de atacar la de la ley, dice d'Aguesseau, debe estar fundada sobre un principio infalible, para poder destruir

(1) *Dig.* lib. 1, tit. 6, l. 6.

(2) Duveyrier, *Discours sur le titre VII*, lib. 1.

una probabilidad tan grande como la que sirve de fundamento á esta prueba. Ahora bien, es evidente que, atentas estas máximas, no se pueden encontrar sino dos excepciones de la regla general, fundadas ámbas sobre una imposibilidad física y cierta de admitir aquella presuncion (1)." En su oportunidad expon-dremos cuáles son estas pruebas y cuáles no deben aceptarse, como incompatibles con la presente doctrina.

10. En cuanto á la segunda presuncion, ó sea, la que fija el *minimum* ó el *maximum* de duracion de la preñez, domina absolutamente otro principio. Basta fijarnos en los motivos que han determinado al legislador á establecer estos terminos para convencerse de que esta presuncion es invariable, sin que jamás y por ningun motivo pueda alegarse nada en contrario. Grandes y muy respetables intereses de la sociedad y de las familias; el orden en el estado civil y la seguridad en sus importantes efectos, la moralidad misma, en fin, reclamaban que se fijase un término preciso y perfectamente conocido á la duracion del embarazo. Verdad es que la naturaleza se manifiesta de otro modo en este punto, segun puede deducirse de las experiencias científicas comprobadas en todos tiempos. Pero, puede asegurarse que, no fijado por la ley este término, los magistrados se habrian apartado y se han apartado en efecto de toda fijeza, entrando al dominio ilimitado de lo injusto y lo arbitrario. La ley de las XII Tablas declaraba que era legítimo el hijo nacido diez meses despues de la disolucion del matrimonio. Se cuenta que el pretor Papirio reconoció por legítimo á uno de trece meses. El emperador Adriano declaró tal á otro de once y Justiniano hizo otro tanto (2). Merlin refiere la inmensa variedad de decisiones judiciales del antiguo derecho, fundadas en la infinita variedad de doctrinas científicas sobre los nacimientos pre-

(1) D'Aguesseau, *Plaidoyer* 23.

(2) Aulo-Gelio. *Noct. Attic.*, lib. 3, cap. 16.

coces y tardíos (1). Domat nos da cuenta del verdadero estado de la jurisprudencia antigua sobre este punto. "Entendemos, dice, que la mejor ley en dichos casos es *dejarlo todo á la prudencia del juez*, porque el declarar la legitimidad por los partos de diez ó mas meses, pone en manos de una viuda corrompida y caprichosa un medio para privar á los herederos legítimos de su difunto marido de una sucesion que les pertenece; y el declarar tan solo legítimos á los que nacen dentro el término de nueve meses, es tambien una injusticia, ó mas bien una barbarie; pues mientras la ciencia está en duda sobre el tiempo que la madre puede llevar el feto en su vientre, y hasta qué término puede retardarse su alumbramiento, la ley resolveria un punto sobre el cual la experiencia ha enseñado lo contrario, y declararia ilegítimos á los hijos, que las mas veces serian legítimos. Estos inconvenientes militan igualmente, si la disputa recayese entre marido y mujer mientras dura el matrimonio, apoyándose aquel en su *ausencia* de mas de diez meses, antes que esta diese á luz la criatura (2)." ¿Qué hacer en medio de tanta incertidumbre y ante los contradictorios datos que presentaba la antigüedad? El Código de Napoleon, en cuyos luminosos capítulos iban á condensarse así las sabias formulas del derecho tradicional como las exigencias del moderno, informado por una mas aventajada jurisprudencia, tenia que expresar en textos precisos y concretos el principio fijo, á que en lo de adelante habria de sujetarse la condicion de legitimidad, cegando para siempre esa fuente inagotable de lo vago y arbitrario, que en los tiempos pasados habia producido tantas y tan contrarias resoluciones. Bigot-Préameneu nos dice: "Los jueces no podian recibir ninguna luz, siendo impotente la ciencia, sobre

(1) Merlin, *Repert* "Legitimité," sect. 2, § § 1, 2 y 3.—Paulo Zachias, *Quæstiones medico-legales*, lib. 1, tit. 2.

(2) Domat, *Les lois civiles*, tom. 1, lib. prelim. tit. 2.

el hecho particular, y cada tribunal se formaba un sistema diferente sobre la extension ó limitacion que debía admitir en el curso ordinario de la naturaleza. La jurisprudencia no tenia ninguna uniformidad, *porque no podia ser sino arbitraria*..... ¿Cuál ha sido el objeto de los autores del Código civil? Era preciso salir de un semejante estado. No era una *verdad absoluta* la que los redactores de la ley tenian que descubrir; les bastaba dar á los jueces una regla que *se fijase su incertidumbre*. (1)" Desde este momento nada importan ni aun las demostraciones científicas mejor comprobadas de que tal parto es mas precoz ó mas dilatado, que lo que la ley consiente. Establecidos por ésta el *mínimum* y el *máximum* de la gestacion, hay que estar por una literal y estricta observancia, pues como lo enseñan dos ilustres comentadores españoles, de practicarse lo contrario, se abriria la puerta á conjeturas y pruebas más ó menos plausibles, pero siempre equívocas, se conturbaria el estado de las familias y se minaria la sociedad por sus mismos cimientos (2)."

§ 2º DEL HIJO CONCEBIDO DURANTE EL MATRIMONIO.

11. El *mínimum* y el *máximum* de duracion de la preñez, fijados, como hemos visto desde los tiempos más antiguos segun la autoridad del célebre Hipócrates, fueron repetidos por la legislacion española, contenida en el Código de las Partidas: "Ypocras fué un philosopho en arte de la fisica, e dixo que *lo mas* que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre, son *diez meses*. E porende, si desde el dia de la muerte de

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*.

(2) *Febrero* adicionado por los Sres. Goyena y Aguirre, tom. 1, lib. 2, tit. 9.—Mata, *Medicina legal*, tom. 1, part. 2ª, lib. 1, cap. 6.—Laurent, tom. 3, núm. 361.