

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.

su marido fasta diez meses pariese su muger, *legítima*, seria la criatura que nasciere, e se entiende que es de su marido, aunque en tal tiempo sea nascida.....; Otrosi dixo este filosofho, que la criatura que nasciere fasta en los *siete meses*, que solo que tenga su nascimiento *un día del seteno mes*, que es cumplida, e biuidera. *E debe ser tenuta tal criatura por legítima* del padre e de la madre, que eran casados e biuien en vno, á la sazón que la concibió (1).” Aunque no poco se ha discutido, tanto en España como en México, sobre que la anterior ley confunde la *legitimidad* con la *viabilidad* (2), simplemente nos permitimos hacer constar que de tal reproche no es, en todo rigor, merecedora aquella disposición, pues, dada la manera con que el legislador procede en el conocimiento de la duración de la preñez, ó sea, retrocediendo de la fecha del nacimiento hasta la que se considera como principio de la concepción, es de toda necesidad ligar aquellas dos circunstancias, que lo están, sin duda, en la misma naturaleza orgánica del hombre. El legislador, al fijar como *minimun* de los partos precoces, el plazo de 180 días cumplidos; y hasta 300, como *máximun* de los tardíos, para basar sobre esto la presunción de legitimidad, ha tenido por fuerza en cuenta, que los hijos nacidos en tales plazos, pueden ser de un desarrollo perfecto y completo, aunque lo contrario sea mas frecuentemente observado. Esto supuesto, preguntamos á los muy respetables censores de la ley de Partida: ¿será un desacierto haber hablado de la viabilidad, con motivo de la legitimidad, cuando las leyes, si consideran legítimos á los hijos nacidos despues de seis meses del matrimonio, es precisamente porque la experiencia ha enseñado que,

(1) Partida 4^{ta} tit 23. l. 4.

(2) Mata, *Medicina legal*, tom. 1, *loc cit.*—Gutierrez Fernandez, *Códigos españoles*, tom. 1. pág. 464—Luis Mendez, “Foro,” 1873, tom. 1, num. 139.

en ese plazo puede la concepción recorrer todo el período de tiempo necesario para producir su obra? Son mas de seis meses los que deben trascurrir despues del matrimonio. ¿Y por qué? No se ocurre otra razón, sino porque el hijo nacido antes de ese plazo es no viable. El legislador, pues, se ha dicho: ¿puede ser viable el hijo nacido á los seis meses un día del matrimonio? Presumamos entonces que tal hijo es legítimo, es decir, obra del varón y de la mujer casados. Si la ciencia médica hubiera demostrado que la viabilidad es posible antes de ese plazo, á los tres meses, por ejemplo, estamos seguros de que el legislador habria reducido á tal término el plazo mínimo de la gestación, y por consiguiente, esa y no la actual seria la base de la legitimidad.

Por lo demas, las palabras trascritas de la ley: *E debe ser tenuta por legítima del padre e de la madre que eran casados e vivian en uno á la sazón que la concibió*, no nos permiten ni vacilar siquiera, sobre que el autor de ellas sabia demasiado que era de la legitimidad de lo que hablaba, tocando solo lo relativo á la viabilidad, para mostrarse mas fundado y seguro en sus conclusiones. Por esto dice la glosa á esta ley: *Septimo mense natus, etiam per unam diem eum mensem tangens, justus filius est, si conjuges simul cohabitarunt: idem si decimo mense nascatur; secus si per unam diem 11 mensem tangat.*

12. Mas sea de esto lo que fuere, lo que sí no puede en manera alguna dudarse, es que tales principios del antiguo derecho han servido de modelo á las modernas legislaciones, desde el Código de Napoleon hasta los nuestros, segun vamos á exponerlo. El *minimun* y el *máximun* de la gestación, ya señalados (180 días cumplidos y 300 próximamente), son los mismos que reconoce el primero de aquellos Códigos (arts. 314 y 315), lo cual basta por sí solo á demostrar, despues de las luminosas y autorizadas discusiones de que fué objeto este in-

mortal cuerpo de leyes civiles, que en mas de un punto, no importa un vano elogio el que se hace á la jurisprudencia romana, cuando se la llama la *razon escrita* (1).

13. Nuestra legislacion nacional es tambien conforme á los mismos principios. Desde la ley de 10 de Agosto de 1857 sobre *sucesiones por testamento ó abintestato* (art. 25), se marcaba con toda claridad que eran inhábiles para suceder abintestato los hijos nacidos *vivideros* antes de cumplirse *ciento ochenta dias contados desde el del casamiento de su madre.....* y los nacidos *vivideros* en el mes *undécimo despues de muerto el marido ó divorciado de la madre*. La viabilidad, como ya lo hicimos observar, refiriendonos poco ha, á la legislacion española, es aqui tomada como condicion tácita de la legitimidad.

Los Códigos de los Estados de Veracruz (art. 275), de México (art. 224), de Tlaxcala (art. 207), del Distrito Federal de 1870 (art. 314) y del mismo, hoy vigente (art. 290) reproducen la propia idea en los siguientes términos: "Se presumen por derecho legítimos: I. Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion del matrimonio," lo cual significa que estas palabras se refieren exclusivamente al hijo que se supone concebido durante el matrimonio, aun cuando el nacimiento se realice despues. En efecto segun lo que antes hemos expuesto (núm. 7) en virtud de las enseñanzas suministradas por la fisiología á la ciencia del derecho, el legislador hace derivar la legitimidad de la presuncion *juris et de jure* sobre la duracion mínima y máxima de la preñez, unida á la existencia del matrimonio. ¿El hijo nace des-

(1) Laurent, tom. 3, núm. 361.—Marcadé, tom. 2, sur l'arts. 314 et 315.—Demolombe, tom. 5, num. 14.

pues de 180 dias (plazo mínimo) contados desde la celebracion del matrimonio? ¿nace dentro de 300 dias (plazo máximo) siguientes á la disolucion del matrimonio? En uno y en otro caso el hijo se presume legítimo, porque en uno y en otro se presume concebido durante el matrimonio, y ya sabemos el imperio de la regla, *pater est quem nuptiæ demonstrant*.

14. Esta presuncion recibe y ampara, al nacer, al hijo que así se supone concebido durante el matrimonio. Ella pues, se funda sobre la concepcion por obra del marido. Sin embargo, como este hecho puede ser falso, seria convertir en la más odiosa de las suposiciones la que nos ocupa, si, á pesar de incontestables pruebas de lo contrario, se pretendiese que subsistiera tal concepcion, como obra del marido. En otros términos, si las leyes han supuesto que el hijo nacido en los plazos antes señalados, pertenece al marido, es porque es *posible* que él lo haya engendrado: las leyes exigen tal posibilidad para la presuncion, queriendo resolver toda incertidumbre sobre esto en favor de la legitimidad del hijo. Mas ¿qué hacer cuando esa *posibilidad* es aún inimaginable, porque se demuestre que el marido no ha podido cohabitar con la madre en la época á que se refiere la concepcion? La justicia exige que entónces sea admitido el marido á contradecir esa presunta é infundada legitimidad.

Hemos visto (núm. 8) que, desde las leyes romanas, se habia provisto á esta excepcion contra la regla que atribuye la paternidad al marido de la madre del hijo. Ulpiano, refiriéndose á las decisiones de Juliano y Scævola, enseñaba que dos pruebas podian ser opuestas á esa presuncion tan grave y poderosa: la larga ausencia del marido (*abfuisse maritum, verbi gratia, per decennium*), y la impotencia perpetua ó pasajera (*si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate superveniente, vel alia causa, vel si ex valetudine pater familias fuit ut generare non possit*). Las palabras de esta ley han dado por su vaguedad márgen á no pocas controversias en-

tre los intérpretes. Se ha creído que la presunción de paternidad podía ser combatida por cualquiera causa (*vel alia causa*), que importase la falta de cohabitación entre los conyuges, aunque por lo demás no hubieran estado separados, sino viviendo bajo un mismo techo, y las dudas han avanzado hasta suponer que, hablando aquella ley de una ausencia de diez años (*per decennium*), un marido no podía desconocer al hijo, nacido después de una ausencia de uno, dos ó tres años. Se comprende todo lo insostenible de semejantes interpretaciones, que convertirían la ley á que se refieren, en absurda y contraria á las indicaciones más evidentes de la naturaleza. Desde luego debe notarse que las palabras *verbi gratia* que preceden á las *per decennium* no dejan lugar á duda sobre que estas últimas han sido puestas por vía de ejemplo y no, en un sentido limitativo. Además, el jurisconsulto Ulpiano, autor de esta ley, lo es también de otra en la cual se trata, aunque con motivo de lo dispuesto por el Senado—consulta Planciano sobre guarda de la mujer en cinta, del mismo punto de filiación que ahora nos ocupa. Pues bien el mismo jurisconsulto, hablando todavía de la ausencia del marido, como de una causa que lo autoriza á desconocer al hijo de su mujer, se sirve de las expresiones *longo tempore* y dice: *Idem Julianus scribit, si uxore denuntiante se prænantem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere* (1). En consecuencia, so pena de colocar en contradicción dos leyes del mismo autor, hay que convenir en que no es necesaria una demasiada larga ausencia del marido, bastando la de diez ó más meses, antes del alumbramiento. La misma ley que ha dado pábulo á estas disputas, nos suministra elementos suficientes para interpretarla como lo hacemos: estas palabras, *sed si fingamus abfuisse*

(1) *Dig.*, lib. 25, tit. 3, l. 1, § 14.

maritum..... reversum anniculum invenisse, in domo sua, bastan para persuadirnos de que aún la ausencia del marido durante un año y los meses que hubiese durado la preñez, serían bastantes para decir con la sentencia de Juliano, que el hijo no es del marido que estuvo ausente, *placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium*. En conformidad con lo que decimos, púedense citar las siguientes autoridades: Menochio enseña: *Et cum exempli causâ de decennio locutus sit Ulpianus, idem dici potest de nato post decimum vel undecimum mensem à die quo abesse capit vir* (1). Gayl, apoyándose sobre aquella misma ley romana, establece: *Limitatur (præsumptio), si maritus diù peregrè absens fuerit, puta diutiùs anno* (2). *Hæc est notabilis lex*, dice Bartolo, *et hoc intendit: illè dicitur filius legitimus qui ex viro et uxore ad matrimonium et generandum habilibus, simul habitantibus, constante matrimonio, nascitur* (3). Voet, finalmente, afirma: *Ne sic quidem adulterium præsumemus partum, set magis in dubio genitum à marito, quoties ille, durante eo tempore quo partus concipi potuit, uxori cohabitaverit* (4).

Las palabras *vel alia causa* de la ley citada (núm. 8) ¿autorizarán á suponer que, según la legislación romana, eran aceptables contra la presunción de paternidad fundada en el matrimonio, otras causas que la ausencia del marido ó su impotencia? Si se así se pretendiera, habría que confesar que la ciencia del derecho es un juego de palabras, y no la expresión de la justicia aplicada á los hechos de la vida. Interpretar de tal modo esas palabras, equivaldría á abrir la más ancha puerta á toda

(1) Menochius, *De arbitrariis judiciis*, lib. 2, sent. 1, § 89, núm. 33.

(2) Gayl, lib. 2, obs. 97, núm. 20.

(3) Bartolo, *Comentaria in l. 6. Dig. de his qui alieni vel sui juris sunt*.

(4) Voet, *In Digestum*, lib. 1, tit. 5, núm. 8.

clase de objeciones contra la presuncion de paternidad, que sin duda quiso el legislador apoyar sobre firmísima base, para arrancar de dudas é incertidumbres el estado civil del hombre. De otra suerte, aun la simple presuncion contraria pretenderia destruir la que sustenta á la legitimidad, y entónces, ¿qué seria de la máxima tutelar *pater est is quem nuptiæ demonstrant*? Creemos, pues, que aquellas palabras solo pueden significar cualquiera de las causas que impiden la generacion, por ejemplo, las enfermedades, los accidentes, etc., etc., todas las causas por las cuales la generacion del hijo por el padre habria sido imposible: *ut generare non possit*.

Notemos por último, que la ley romana habla, como de excepcion en contra de la paternidad, no solo de la impotencia accidental ó posterior al matrimonio, *infirmidade superveniente*, sino tambien de la anterior y perpetua, *vel si eà valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit*.

15. La antigua legislacion española previó tambien la excepcion de ausencia en contra de la presuncion legal de paternidad: "E en tal caso como este dezimos, que si pudiere ser prouado por los vezinos de aquel lugar, que el fijo de alguna mujer que dixese tales palabras como sobredichas son, naciera della, seyendo casada con aquel marido, e non auiendo el marido *estado alongado della tanto tiempo, que pudiessen verdaderamente sospechar segund natura, que el fijo fuera de otri*; por tales palabras que el padre ó la madre dixessen, non deue el fijo ser deseredado nin le empece en ninguna manera (1)." Nada contiene expresamente esta legislacion sobre el caso de impotencia en orden á la paternidad presumpta; pero el Sr. Gutierrez Fernandez no vacila en afirmar que tal excepcion se halla implícitamente contenida en las leyes de Partida, pudiendo deducirse de los principios á que estas obedecen.

(1) Partida 3, tit. 14, l. 9.—Ley 13 de Toro.

16. No fijado en el derecho antiguo, como lo está en el moderno, es decir, de una manera invariable, el tiempo de la preñez en su menor ó mayor duracion, fácil nos será comprender cuántas disputas deberian surgir tambien sobre el tiempo que habia de persistir la ausencia del marido, para ser aceptada como prueba suficiente en contra de la paternidad. La experiencia, pues, aconsejaba que se procurase, atendiendo al tiempo intermedio entre la preñez mas larga y la mas corta, fijar un plazo determinado á la ausencia ó impotencia del marido, plazo cuyo trascurso tendria que ser decisivo, en tales circunstancias, para resolver que el hijo no lo era del presunto padre. Establecido que el período de la concepcion no puede durar sino ciento ochenta dias completos, cuando ménos, y trecientos cuando más ¿sera necesaria, como excepcion contra la presuncion de paternidad, una imposibilidad fisica del marido durante más de ciento veinte dias? Indudablemente no, pues probada esa excepcion, el hijo no habria nacido ni despues del *minimun*, ni antes del *maximum* de duracion del embarazo y por tanto no seria del marido á quien se atribuye. "Probada la imposibilidad fisica del acceso conyugal, dice el Sr. Goyena, en el tiempo referido, la criatura no habrá nacido dentro de los trecientos dias, que son el término mas largo de los nacimientos tardíos, ni despues de los ciento ochenta dias, término de los nacimientos mas precoces: ejemplo. La mujer libra en 26 de Diciembre. Los trecientos dias anteriores al nacimiento comienzan á correr desde el 1º de Marzo, y se completan en 25 de Diciembre, ambos inclusive. Los ciento veinte dias de los trecientos se completan el 29 de Junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad fisica del acceso por haber estado ausente en todo el dicho periodo, y no haber regresado hasta el 30 de Junio. El parto no será legítimo, porque tocó ya un dia del oncenno mes (301 dias), y dentro de los ciento ochenta dias, ó sin tocar un solo dia del septimo mes

TOMO IV.—5.

desde que cesó: desde el 30 de Junio en que regresó el marido, hasta el 26 de Diciembre, en que libró su mujer, ambos inclusive, van seis meses justos de 30 días, ó ciento ochenta días (1).” En otros términos, si la preñez puede durar de ciento ochenta á trescientos días, y se prueba que el marido no ha podido cohabitar con su mujer, durante ciento veinte días, que es el intervalo que separa el trecentesimo del ciento octogésimo día antes del matrimonio, quedará probado que tal hijo no pertenece á aquel, pues de no ser así, resultaría ó un hijo engendrado menos de seis meses antes de nacer, ó mas de diez, y ya hemos dicho, que la presuncion que fija la duracion mínima ó máxima del embarazo es *juris et de jure*, es decir, que no consiente ninguna prueba en contrario.

17. En conformidad con estos cálculos fué redactado el art. 312 del Código de Napoleon, cuyo texto es como sigue: “El hijo concebido durante el matrimonio se reputa hijo del marido. Sin embargo *este podrá desconocerle si prueba que en el tiempo transcurrido desde diez meses antes del nacimiento hasta el día en que faltaran unicamente seis meses para que aquel se realizara, estaba por ausencia ó por efecto de cualquiera otro accidente en la imposibilidad material de cohabitar con su mujer.*”

18. En el mismo sentido, aunque en diversos términos, están concebidos los siguientes artículos de nuestros Códigos: 224 de el de Estado de México; 275 de el de Veracruz; 208 de el de Tlaxcala; 315 de el del Distrito Federal de 1870 y 291 del actual, todos los cuales dicen: “Contra esta presuncion (la de que son hijos legítimos del marido de la madre) 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 trecientos que han precedido al nacimiento.*”

(1) Goyena, *Proyecto*, art. 101.

19. Varias y muy importantes son las cuestiones que suscitan las dos precedentes legislaciones. Desde luego ocurre preguntar: ¿Cómo deben entenderse esas palabras “imposibilidad física ó material” empleadas en la ley? Por lo que hace al Código francés, el tribuno Duveyrier nos dice: “La imposibilidad física no puede existir sino por dos causas: la ausencia y la impotencia accidental del marido. En esto los antiguos principios, conformes á la razon y á la equidad, no sufren ninguna alteracion. Es necesario que la *ausencia sea constante, continua y de tal naturaleza que, en el intervalo de tiempo dado á la posibilidad de la concepcion, es decir, en el intervalo de ciento veinte días que trascurra entre los ciento ochenta y los trescientos antes del nacimiento del hijo, el espíritu humano no pueda concebir la posibilidad de un solo instante de reunion entre los dos cónyuges.....* Sucede lo mismo con la segunda causa de imposibilidad física, la impotencia accidental del marido. Seria irracional querer exponer en toda su variedad las especies, los casos, los accidentes que puedan producirla, *sea que se trate de una herida, de una mutilacion, de una enfermedad grave y prolongada. Baste saber que la causa debe ser tal y de tal manera probada que, en el intervalo del tiempo presunto para la concepcion, no se pueda suponer un solo instante en que el marido hubiera podido ser el padre* (1).” Los conceptos que preceden, en órden á la *ausencia ó alejamiento*, han parecido á los comentadores tan hiperbólicos y exajerados como la frase del antiguo derecho, que exijia, para el desconocimiento del padre, que entre éste y la madre hubiese *mediado el espacio inmenso de los mares*. ¿Cuándo entonces, se ha dicho, podrá haber esa imposibilidad física y absoluta de cohabitacion, á que la ley se refiere? Si es necesario, para hacer caer la presuncion de pater-

(1) *Discours sur le titre VII liv. 1er du Cod. civ.*