

nidad, que el espíritu humano no pueda ni aun concebir la posibilidad de un solo instante de reunion entre los dos esposos, el resultado no podrá menos que ser las mas veces, en el grado sorprendente de velocidad que distingue los modernos medios de comunicacion y transporte, que casi nunca se consiga el triunfo del desconocimiento por el padre, de quien, salvo muy contados casos, siempre se dirá que pudo acercarse á la madre del hijo. ¿Habrá dentro de poco, pregunta Demolombe, en el mundo entero una distancia que no pueda franquearse en el espacio de ciento veinte dias, ó mas bien en la mitad de este tiempo, porque, despues de todo, cada uno de los esposos, habria podido hacer la mitad del camino (1)? Esto ha hecho establecerse por la jurisprudencia los tres siguientes principios, perfectamente conformes con la letra y espíritu del art. 312 frances: 1º la palabra «ausencia ó alejamiento» no ha sido puesta en la ley sino como ejemplo de imposibilidad física de cohabitacion; 2º en consecuencia, tal imposibilidad puede no existir, aun tratandose de largas distancias, cuando por la prueba de los hechos particulares del caso, se venga á demostrar que pudo el marido tener acceso con su mujer en alguno de los ciento veinte dias mencionados, y 3º que la ley, atenta solo á la circunstancia principalísima de imposibilidad física de reunion, ha querido dejar su apreciacion, en cada caso, á la prudencia del juez. «Ellos (los jueces), dice Demolombe, tomarán pues en consideracion todas las circunstancias del hecho: la distancia mas ó menos considerable que separaba á los esposos; la facilidad mas ó menos grande de las comunicaciones entre los dos puntos de este intervalo; las causas mas ó menos imperiosas que retenian al marido en el lugar en que se encontraba, tal vez

(1) Demolombe, tom. 5, num. 30.—Mourlon, *Repetit*, tom. 1, num. 872.—Laurent, tom. 3, num. 365.—Marcadé, tom. 2, num. 6, III.—Duranton, tom. 2, num. 40.

en guarnicion ó en campaña; los testimonios que depongan sobre que él no ha abandonado un solo instante su puesto y que la mujer, por su parte, no ha ido á reunirsele, etc., es necesario, en una palabra, apreciar todo esto humanamente, de suerte que el afan de proteger el estado del hijo, no reduzca á letra muerta y sin posible aplicacion, esta causa tan grave y justa de desconocimiento (1).”

20. En cuanto á la segunda causa de excepcion, las palabras antes trascritas del tribuno Duveyrier, bastan para convencernos de que, segun el Código francés, no es aceptable en contra de la paternidad la impotencia anterior ó natural del marido. Son las enfermedades, los accidentes, los mil contratiempos, que pueden producir la imposibilidad física de cohabitacion, lo único que el Código acepta para aquel efecto; pero siempre, bajo la indispensable condicion, de que esa imposibilidad física haya durado todos y cada uno de los momentos que componen los ciento veinte dias de los trescientos, precedentes al nacimiento del hijo, de cuya filiacion se trata. Este Código, no contento con haber expresado en términos generales la exclusion de la impotencia anterior y natural, como excepcion en contra de la paternidad, en el art. 312 mencionado, dice en el 313 lo siguiente que no admite la menor duda: “No puede el marido, alegando su importancia natural, desconocer al hijo....” Cual es la razon de esto? El mismo Duveyrier nos lo dice: “No se concibe, sin repugnancia, el cinismo impudente del hombre que se atreviera á descubrir su impotencia y su infamia para deshonorar á su compañera y su víctima, porque es de observar que en este caso la mujer habria sido la primera víctima de ese hombre impotente que se ha presentado al matrimonio con to-

(1) Demolombe, lugar antes citado.—Dalloz, *Repert.* “Paternité et Filiation,” num. 30.—Aubry y Rau sobre *Zacharias*, tom. 6, § 545, num. 3.

das las esperanzas de la paternidad. No; la castidad de la ley reprueba esas confesiones infamantes y esas declaraciones vergonzosas; los mónstruos, si existen en la naturaleza, no deben estar en la ley. No; la justicia eterna, esa voz majestuosa de toda conciencia pura, dice que en este caso, si ese caso existe, el hombre debe soportar, todas las cargas de la paternidad, ya que temerariamente ha aceptado su poder, y devorar la vergüenza de un hijo, del cual no puede ser el padre; pero que ha tenido la fraudulenta audacia, de prometer á su mujer y á la sociedad.”

21. Tal es la legislación francesa y respecto á ella vamos á permitirnos ligeras observaciones, siquiera para esparcir mayor claridad sobre este punto, muy dudoso y controvertido entre los interpretes. Desde luego nos parece una grande injusticia, mal encubierta bajo el velo de fina y seductora moralidad, la de no aceptar la impotencia anterior al matrimonio, como excepcion en contra de la paternidad. El Código francés es ciertamente lógico en esta decision, pues como ya en otro lugar dejamos expuesto (1), tampoco reconoce tal causa, como impedimento dirimente del matrimonio. El motivo no es otro, segun la expresion de Tronchet, que la falta de *medio para reconocer con certidumbre la impotencia*. Pero ¿es esto exacto? Respondan por nosotros los tratados antiguos y modernos de medicina y el triste cuanto doloroso conocimiento de los tribunales. Por desgracia, la impotencia no es una simple invencion, sobre la cual vanamente se haya apoyado el legislador que la ha reconocido, para hacer de ella derivar efectos y consecuencias que la justicia y la misma moralidad reclaman. ¿Será una razon seria para negar la existencia de este mal su repugnancia y fealdad? Si así fuera, habria que prescindir del estu-

(1) Véase tomo 3.^o de esta obra, num. 261.

dio y ejercicio de la mas útil y benéfica de las ciencias, de la medicina, cuyo objeto es atender á esas mil dolencias, por las que se revelan nuestra miseria y pobre naturaleza. Hagamos pues á un lado esta esquisita sensibilidad, y por mucho que repugne á nuestra mente el tener que ocuparnos en tales cosas, reconozcamos que, dada la realidad de la impotencia natural, nada es mas justo que considerarla como incompatible de todo punto con la presuncion de paternidad. Si esta cuestion hubiera de resolverse por meras razones de estética, la lógica tendria que llevarnos necesariamente á desatender aun la impotencia accidental ó posterior al matrimonio, pues tambien en el estudio de ésta han de surgir esas repugnancias de que se hace mérito. Pero se dice: es un cinismo imprudente atreverse á descubrir la propia infamia y segun un viejo adagio, nadie debe ser escuchado por los tribunales, cuando alega su torpeza. Esto supone que el impotente conoce siempre su desgracia, antes del matrimonio, lo cual puede no ser verdadero. Esto supuesto, preguntamos: no reconocida la impotencia natural, ni como causa de nulidad del matrimonio, ni como motivo de desconocimiento del hijo por el padre ¿hace la ley otra cosa que alentar y dejar impune el adulterio? Ante tan inmoral perspectiva, mejor y más decoroso sin duda es poner pronto y radical término á una union, que ya no puede ser origen sino de ese feo crimen y de la perversa deshonra del marido desgraciado é inocente.

22. No aceptada por la ley francesa la impotencia natural como causa de desconocimiento, queda solo la accidental. El Código se sirve de estas palabras “cualquier accidente” ¿Cómo deben entenderse? Hay sobre este punto la mas viva controversia, y ella ha empezado desde la discusion misma del art. 312 en el Consejo de Estado. El proyecto presentado por la seccion de legislación decia. “El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. La ley no admite contra esta paternidad.... la alegacion de impotencia natural ó acci-

dental del marido." Pero esta redaccion no fué aceptada, por demasiado absoluta. "Sin duda, dijo Maleville, el matrimonio constituye una presuncion de paternidad, pero una presuncion que no debe excluir la prueba contraria; solamente el favor de los hijos y el reposo de las familias exigen que el legislador se muestre muy difícil en cuanto á la admision de estas pruebas. Así es que la última jurisprudencia ha tal vez sabiamente rechazado la alegacion de impotencia, por causa de enfermedad, porque se han visto ejemplos tan extraordinarios que no dejan base cierta para fundar un juicio. Pero hay una especie de impotencia accidental sobrevenida despues del matrimonio, sea en los combates, sea por cualquiera otra causa, y ella no puede dejar la menor duda (1)." Conforme á estas observaciones fue admitida, como causa de desconocimiento, la impotencia accidental. En la segunda discusion, Berlier hizo notar que las palabras "impotencia accidental" no expresaban con bástante claridad la idea propuesta. Bérenger expuso que la palabra "accidental" significaba una impotencia cualquiera y pretendió que se dijese "impotencia sobrevenida". Tronchet, abundando en esta manera de pensar, manifestó que tal redaccion no era todavia bastante clara. "La ley, dijo, debe explicarse de modo que se comprenda que ha querido hablar de una impotencia *evidente y material, y no de la que podria ser la consecuencia de una enfermedad*. Tronchet propuso que se añadieran á las palabras "impotencia accidental" estas: *que produzca la imposibilidad física y durable de tener hijos*. En este sentido fué redactado en definitiva el artículo en cuestion; pero prueba de que su letra quedó todavia no poco vaga y oscura, son las siguientes exposiciones de los oradores: Bigot-Prémeneu dijo: "La ley no ha debido admitir contra la pre-

(1) Lo cre. tom. 3, pags. 21 y siguientes.

uncion de paternidad resultante del matrimonio, sino los accidentes que hacen físicamente imposible la cohabitacion. Ella ha prevenido tambien todos esos procesos escandalosos que han tenido por pretesto *enfermedades mas ó menos graves, ó accidentes* de que las gentes del arte no pueden sacar sino conjeturas engañosas." Véase pues, que, segun este expositor, las palabras de la ley "por efecto de cualquier accidente" no comprenden, ni las enfermedades por graves que sean, pero ni aun los accidentes, que no sean absolutamente ciertos y evidentes. Sin embargo, escuchemos á Duveyrier, orador del tribunado: "Sería irracional querer exponer todas las especies, los casos, los accidentes que pueden producir la impotencia accidental, sea que se trate de una herida, de una mutilacion, de una enfermedad grave y larga." Despues de todo esto, necesariamente debemos preguntar: ¿por fin qué causas deben referirse á las palabras "cualquier accidente?" ¿Se comprende solamente en ellas la impotencia que es exterior ó tambien la interna? Las mismas dudas y vacilaciones se encuentran en los comentadores. Duranton entiende por *accidente* un mal venido de fuera, y no una enfermedad cuyo principio fuese interno, quedando en consecuencia excluidas las enfermedades (1). Demolombe, al contrario, declara que aquella palabra no ha tenido en el pensamiento de los legisladores, el sentido extricto y limitado que se le atribuye. "Yo no puedo conceder, dice, que esa palabra resista absolutamente á que en ella se comprenda un mal cuyo principio es interno. (2)."

23. Pasando ahora á la cuestion sobre si la única impotencia que ha pretendido aceptar el Código francés, como causa de desconocimiento, ó sea la accidental, comprende solamente la que es

(1) Duranton, tom. 2, núm. 42.

(2) Demolombe, tom. 5, núm. 32.

posterior al matrimonio, y no la anterior, nos encontramos la misma contradicción de opiniones. Demante sostiene que la impotencia accidental de que habla la ley, comprende aun la anterior al matrimonio, cuando es evidente é indudable (1); pero Demolombe (2), Laurent y otros autores enseñan que la impotencia accidental no puede ser alegada, como causa de desconocimiento, si ya existía en el momento de la celebración del matrimonio (3). Dalloz sostiene que los términos del artículo 312 no suponen de ninguna manera el caso en que el accidente fuere posterior al matrimonio. "Este artículo, dice, exige solamente que la imposibilidad de cohabitación haya existido desde el trescentésimo hasta el ciento octogésimo día antes del nacimiento del hijo. Por otra parte, la disposición que excluye el desconocimiento fundado sobre la impotencia natural es ya bastante rigurosa, á lo que nos parece, para que deba ser permitido extenderla á un caso de que la ley no hablara (4)"

24. Nuestra legislación nacional no es uniforme sobre esta materia, habiendo una parte de ella seguido al Código francés y la otra establecido principios generales, menos restrictivos, ajenos á toda preocupación y más de acuerdo con lo que, á este respecto, nos parecen exigir la justicia y la razón. Hemos visto antes (núm. 18) que los cinco Códigos vigentes en los varios Estados de la República dicen á una que, contra la presunción de paternidad fundada en el matrimonio, no se admite mas prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los treientos que han precedido al nacimiento. Sobre esta idea

(1) Demante, tom. 2, núm. 39 bis. III.

(2) Demolombe, tom. 5, núm. 35.

(3) Laurent, tom. 3, núm. 369.

(4) Dalloz, "Paternité et Filiation," num. 40.

general de la "imposibilidad física" reina una completa uniformidad. Caben, pues, en ella todos aquellos hechos que de tal manera hayan alejado al marido del lado de la madre durante el período señalado de tiempo, ó sea, durante el plazo posible de la concepción que, como decía Duveyrier, el espíritu no pueda concebir la posibilidad de la reunión, ni aun en un solo instante. El legislador mexicano no encontró sin duda conveniente especificar los varios estados que pueden determinar esa imposibilidad física. ¿Es la ausencia? ¿es la prisión?. Ambas cosas caben en la frase "imposibilidad física," cuya aplicación no puede menos que pertenecer á la prudencia y sabiduría de los tribunales, los cuales tienen, en cada caso particular, que decidir según las circunstancias, según las pruebas rendidas, ya respecto á las personas, ya respecto de los lugares mismos.

25. Mas ¿caben también en el sentido de las palabras "imposibilidad física" la impotencia natural y la accidental? En este punto desaparece la uniformidad que acabamos de notar en nuestros Códigos. Los dos del Distrito Federal y el de Tlaxcala ninguna excepción hacen sobre el particular, lo cual nos autoriza á creer que ambas especies de impotencia, debidamente probadas, constituyen, si han persistido durante el tiempo necesario según la ley, título bastante para hacer caer la presunción de paternidad, atribuida al marido. Pero los Códigos de Veracruz (art. 277) y de Estado de México (art. 226) dicen expresamente: "El marido no podrá alegar como causa de imposibilidad física su impotencia anterior al matrimonio; pero sí la posterior, con tal de que no se funde en su vejez." A lo dicho antes relativamente al Código francés sobre este punto, solo añadiremos que esas últimas palabras subrayadas nos parecen, previos nuestros respetos á los legisladores, la previsión inocente y candorosa de una excepción inútil, por notoriamente inaceptable. ¿Cómo la declinación de la edad, que bajo tan

diversos aspectos puede presentarse y tan diferentes efectos es capaz de producir en los varios climas y en las organizaciones de cada individuo, podría ser alegada, como causa siquiera probable del desconocimiento? El Sr. Goyena de cuyo proyecto de Código se tomó tal expresión (art. 102), no pudo menos que decir, al motivarla: "es imposible fijar la impotencia por causa de vejez: *esta excepcion podria haberse suprimido.*

26. Hay un principio de la mayor importancia, que es comun á las dos excepciones reconocidas por las leyes, en contra de la paternidad presunta. El se refiere al caso en que, ya sea el alejamiento del marido, ya su impotencia, no se hallen de tal manera probados, que resulte, como parece ser el voto de la ley, absolutamente imposible toda duda sobre la no concepcion de la mujer por obra del marido. Las legislaciones modernas han tomado este principio del Derecho canónico, á quien el Romano debe, en la trascendental materia que nos ocupa, la verdadera é inexpugnable salvaguardia de la máxima: *pater est is quem nuptiæ demonstrant.* ¿Cuál es este principio? *In favorem proliis potius inclinamus,* es la máxima del Papa Inocencio III en el capítulo *ex tenore* de las Decretales, *qui filii sint legitimi.* De aqui este apotegma del antiguo derecho: *In dubio prævaleat ergo favor partus.* Siempre, pues, que quede alguna duda sobre el alejamiento ó impotencia del marido durante los ciento veinte dias antes mencionados, debe resolverse en favor de la legitimidad del hijo, segun aquel adagio, *odiosa restringenda, benigna amplianda,* y porque todas las legislaciones modernas, inspiradas para este punto en el Derecho canónico, claramente se manifiestan interesadas de toda preferencia en asegurar y fijar el estado de los hombres.

27. Hemos dicho antes, al igual de todos los comentadores y siguiendo la letra misma de las leyes que, contra la presuncion de paternidad fundada en el matrimonio; ó sea contra la máxima: *pater est is quem nuptiæ demonstrant,* no se admite otra

prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte dias de los treientos que han precedido al nacimiento. ¿Este lenguaje es rigurosamente exacto? Así debiera ser y parecen indicarlo los términos exclusivos y absolutos empleados por algunos legisladores en la exposicion de esta materia en los códigos. ¿Cómo entenderlo de otra manera, cuando la presuncion de paternidad fundada en la existencia del matrimonio resulta ser de una necesidad imperiosa, para no dejar pendiente de lo incierto y arbitrario ese punto tan dudoso cuanto importante del estado civil del hombre, y cuando las leyes, al hablar de esta materia, se sirven de los siguientes ó semejantes términos: "contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de la imposibilidad física de la concepcion?" No hablemos de algunos absurdos y antiguos sistemas que, como el de la diferencia de semblante entre el pretendido padre y el presunto hijo, son hoy, por casi unánime consentimiento en todas partes rechazados, para solo fijarnos en aquellos que pueden tener cierta apariencia de verdad, y de los cuáles, algunos, quizá por ese motivo, no han sido desechados en las modernas legislaciones.

¿Será suficiente para destruir, para hacer vacilar siquiera la presuncion de que se trata, la declaracion contraria de la madre? Sabemos por Aristóteles que, entre los Griegos, la confesion de la madre era siempre seguida por la sentencia de los jueces. Arbitra del destino de sus hijos, ella decidia soberanamente de su suerte y, aunque en este país la autoridad del padre no alcanzó tanta extension, parece sin embargo, que en la presente materia, tambien á él se sometió muchas veces el fallo en definitiva. Como lo dice D'Aguesseau, parece que los nombres sagrados de padre y madre y la ternura que la naturaleza les inspira hácia su propia sangre, no pueden permitir que se dude de la verdad de su sufragio.

Los Romanos, mas sabios ó mas instruidos por la experiencia, procedieron absolutamente de otro modo. Preguntado el jurisconsulto Scævola, si la declaracion de una madre irritada puede perjudicar á un hijo en su estado, *an... obsit professio à matre irrita facta?* responde, que la verdad conserve todos sus derechos, *veritati locum superfore* (1). Los emperadores Diocleciano y Maximiano son mas terminantes todavia: *Non nudis adseverationibus, nec ementita professione, (licet utriusque consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solenni filii civili jure patri constituntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse (probare) confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege* (2.) Desde estas disposiciones, todos los maestros del derecho por unanimidad han considerado, como de muy dudoso valor, por lo que hace á la paternidad del hijo, la declaracion de la madre. Menochio vitupera la ignorancia de dos príncipes italianos que, por un exceso de deferencia hácia la declaracion de su madre, renunciaron á sus Estados, porque ella les habia asegurado, al morir, que no eran hijos de su marido. Y no cabe duda, que seria muy peligroso y ocasionado á frecuentes errores hacer depender el estado de los hombres de una afirmacion, á la cual nada impide ser tan solo el eco del odio y de la venganza. Además ¿no puede engañarse la misma madre? Es aquí donde caben en toda su oportunidad los célebres apotegmas jurídicos: *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem; Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem* (3). En

(1) *Dig.* lib. 22, tit. 3, l. 29, § 1.

(2) *Cod.* lib. 4, tit. 19, l. 14.

(3) Merlin, *Repert.* sect. 2, § 2, num. 6.—Voet, *Ad Pandectas*, tit. *de his qui sui vel alieni juris sunt*, num. 7 y 8.—Duranton, tom. 2, num. 48.—Ferraris, *Prompta Bibliotheca*, "Filius", num. 16.

conformidad á estas doctrinas han sido redactados todos los códigos posteriores, desde la legislacion antigua española (num. 15) hasta las modernas leyes, segun adelante se verá.

28. Pero, si la declaracion de la madre en contra de la presuncion de paternidad atribuida al esposo no es suficiente para excluirla, ¿lo será el adulterio de aquella, á lo menos el cometido durante el tiempo á que la concepcion se refiere? Segun la jurisprudencia romana, el marido no podia en ningun caso desconocer al hijo de su esposa, alegando el adulterio de ésta: *Non utique*, dice Papiniano, *crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti præjudicat: cum possit et illa adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse* (1). Comentando esta ley, dice sabiamente Merlin: "Aunque pueda suceder que un hijo concebido durante el matrimonio, no sea deudor de la vida sino al crimen de que su madre está convicta, sin embargo, como es posible tambien que él la deba á la union de la mujer con su marido, se presume siempre la legitimidad, cuando su concepcion data de un tiempo anterior á aquel al cual se refiere la acusacion de adulterio. Asi es que no basta probar la infidelidad de la madre, para concluir que el hijo es ilegítimo; la ley se opone á esta consecuencia injusta. ¿Quién osaría, en efecto, en un caso semejante, fijar la época de la concepcion, y asegurar que el marido, que ha podido entregarse á las caricias de su esposa al mismo tiempo en que ella no se avergonzaba de conceder las suyas á un extraño, no es el padre del hijo, de cuyo estado se trata? ¿no es este un secreto impenetrable? La naturaleza juega aquí con los vanos razonamientos del hombre; se complace en confundir sus investigaciones y esfuerzos; no le deja sino la duda y para este caso, la ley está resuelta á inclinarse mas bien por la legitimidad del hijo: *In*

(1) *Dig.* lib. 48, tit. 5, l. 11, § 9.