

favorem prolis potius inclinandum (1).” La antigua legislación española se muestra fiel en este punto al Derecho romano, aunque si hemos de ser exactos, las palabras de la ley de Partida, que se señala como prueba de esto, no se refieren al caso de adulterio, sino solo á la declaracion de la madre, contraria al estado del hijo (num. 15). Pero tal es el parecer de todos los intérpretes (2).

29. Esta jurisprudencia fué notablemente modificada por el Código de Napoleon: “El exceso no es jamás la verdad, decía Duveyrier, y se hace necesario volver con precaucion y escrúpulo á las leyes naturales de la razon. A la verdad, no hay en la naturaleza imposibilidad física en que una mujer infiel deba la concepcion del hijo de que es madre, al marido á quien odia y de quien huye, y no al hombre, cuyo amor la hace esclava ardiente y sumisa. Pero todos los cálculos del razonamiento y todas las afecciones morales de la misma naturaleza se sublevan contra una tal posibilidad. La duda, al ménos, es inevitable: y digamoslo sin temor, la duda misma no existiria sin esa presuncion tan respetable de la ley, pero que no ejerce ninguna influencia sobre los motivos de conviccion interna. Y si esta duda ya impuesta por la ley, mas bien que por la razon, se encuentra todavia combatida, no por la declaracion de la madre, cuya intencion y efecto han podido corromper y debilitar mil motivos, sino por una confesion tácita, espontanea y continua, muy mas fuerte que una declaracion pasajera y concertada, ¿no seremos arrastrados hácia la verdad, ó al ménos, hácia la necesidad de buscar la evidencia? Si la mujer adúltera ha ocultado á su marido la preñez, el parto y el nacimiento del hijo, la idea

(1) Merlin, *Repert.* “Legitimité,” sect. 2, § 2, num. 5.

(2) Gutierrez Fernandez, *Códigos españoles*, tom. 1, pag. 463.—Goyena, *Proyecto*, art. 102.—Navarro Amandi, *Código civil de España*, art. 181.

que le ha dictado este misterio é impuesto los cuidados y dificultades que él exige, es de una tal preponderancia, que seria injusto no invocarla como testimonio sobre la cuestion de la verdadera paternidad. Una mujer, en este caso, no dice nada, no declara nada: al contrario, se calla y se oculta. Es su corazon mismo que, á su pesar, descubre sus repliegues mas ocultos: es su conciencia que deja escapar su mas misterioso juicio. Ella se muestra toda entera dominada por la intima conviccion á la cual sacrifica su propio hijo y lo que su hijo tiene de mas caro, la legitimidad. Entónces lo que la presuncion legal del matrimonio puede exigir, es que la presuncion contraria, elevada á un tan alto grado de poder, no baste todavia para destruirla: pero, no se puede rehusar al marido, que ha probado ya el crimen de su mujer y el misterio en que envuelve el fruto de su crimen, la facultad de ofrecer á la justicia las otras pruebas que pueden completar la demostracion y sustraerle á las cargas y á la verguenza de una falsa paternidad. He aqui la marcha ilustrada por todas las luces de la razon. Dignaos, legisladores, tomar en serio estudio el proyecto de ley; y quedareis persuadidos de que sus autores han discurrido y establecido sobre este punto delicado todas las sabias combinaciones que, sin atentar peligrosamente al fundamento social, á la presuncion legal de la paternidad, atribuyen sin embargo á la verdad y á la justicia lo que tienen derecho de exigir. El proyecto de ley no admite la excepcion de la imposibilidad moral, fundada sobre el adulterio, sino bajo tres condiciones formales. *Es necesario que el adulterio esté probado; y no puede estarlo sino por una sentencia despues de un juicio. Es necesario que la mujer haya ocultado á su marido el nacimiento del hijo adulterino. Y llenadas estas dos condiciones, es necesario todavia que el marido presente la prueba de los hechos capaces de justificar que otro es el padre del hijo.*” En el mismo sentido se expresan Bigot Preamerey

neu ante el Consejo de Estado y Lahary ante el Tribunal (1). En consecuencia el art. 313 del Código de Napoleon dice: "El marido no podrá desconocer al hijo por causa de adulterio, á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, en cuyo caso será admitido á proponer todos los hechos encaminados á justificar que él no es el padre".

30. Como se ve por lo que precede, pueden clasificarse en tres especies los sistemas seguidos desde la antigua legislacion en orden al adulterio y respecto á la presuncion legal de paternidad. Segun el primero, representado por el derecho romano y la antigua legislacion española, se establece incondicionalmente que el adulterio de la madre, en ningun caso, es excepcion aceptable en contra de la paternidad atribuida por la ley al marido. Esta jurisprudencia antigua parte, en el examen de estas cuestiones, de tres principios inmutables: *Pater est quem nuptiæ demonstrant; Potest enim uxor adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse; Non . . . obsit professio à matre irrita facta.*

Segun el segundo sistema, aunque se asienta en principio que el adulterio es inaceptable como excepcion en contra de la presuncion legal de paternidad, se reconoce que lo contrario debe decidirse, cuando al delito, ya perfectamente demostrado, se agregan la ocultacion del nacimiento del hijo por la madre y la prueba de todos los hechos que el marido considerare conducentes á probar que no es el padre. Este sistema se halla representado por el Código de Napoleon y la mayoría de los códigos modernos.

Pero existe un tercer sistema, mas antiguo que los dos precedentes y cuyo origen se coloca en la legislacion griega,

(1) Duvoyrier, num. 27.—Bigot-Preameneu, num. 25.—Lahary, num. 26.

segun el cual, en caso de adulterio, la declaracion de la madre hace vacilar la presuncion legal de paternidad.

31. ¿A cuál de estos tres sistemas ha obedecido nuestra legislacion nacional?

El Código de Tlaxcala (art. 209) proclama en términos que no admiten duda, la inadmisibilidad absoluta de la excepcion de adulterio, puesto que dice: "El marido no podrá desconocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legitimidad, á no ser que el nacimiento se verifique despues de diez meses de estar ausente el marido." Estas últimas palabras, aunque expuestas de modo que parecen la negacion de la idea contenida en las anteriores del mismo artículo, en realidad no hacen sino confirmar el principio de la inadmisibilidad de la excepcion de adulterio. En efecto, este Código, segun ya lo hicimos notar antes, reconoce, como todos los modernos, que el *minimum* y el *máximum* de la gestacion son ciento ochenta dias completos y trescientos sin pasar al exceso, presumiendose que son legítimos los hijos nacidos despues del primero y antes del segundo plazo, contados ambos respectivamente, el uno desde la celebracion del matrimonio y el otro desde su disolucion. Contra esta presuncion solo se admite la prueba de la imposibilidad fisica durante los primeros ciento veinte dias de los treientos que han precedido al matrimonio (num. 18). Si esto es así ¿qué deberemos pensar de un hijo nacido cuando hace diez meses que el marido de su madre está ausente (núm. 16)? El Código del Estado de México (art. 226) es mas absoluto: "El marido, dice, no podrá desconocer á los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare contra la legitimidad."

32 Los Códigos del Distrito Federal (arts. 316 de el de 1870 y 292 del actual) se expresan así: "El marido no podrá desco-

nocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legitimidad, á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, ó haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses." Permítansenos algunas ligeras reflexiones sobre estos últimos artículos. ¿Exigen ellos la prueba del adulterio? Pudiera creerse que no, porque el verbo "alegar" no significa probar, sino proponer, manifestar, presentar y esta significacion parece, en nuestros artículos, confirmarse por su contexto, pues no se exige sino uno de dos hechos, al lado del adulterio: o la ocultacion del nacimiento del hijo que se supone adulterino, ó que él se haya verificado durante una ausencia del marido de más de diez meses. Ninguna otra cosa es necesario probar. A lo menos, pues, bajo este punto de vista, dichos artículos son oscuros y controvertibles. Fuera de esto ¿la ocultacion del nacimiento por la madre es una omision, necesariamente exclusiva de la paternidad del marido? Sin negar que frecuentemente tal conducta de la esposa autorice á sospechar de su fidelidad, pues, segun general observacion, ningun suceso del hogar acerca y comunica mas entre si á los esposos que el nacimiento de un hijo, la verdad es que él, por si solo no puede ser tomado como elemento probatorio único, sea para combatir la presuncion de paternidad cuando es ocultado, sea para afirmarla y asegurarla, cuando se hace público y notorio. Como lo hizo notar Rœderer en el Consejo de Estado en Francia, cuando la esposa oculta el nacimiento del hijo á su marido, esto prueba ciertamente que hay graves discordias entre los esposos; la mujer teme el resentimiento del marido y no pocas veces el temor será justificado por los desordenes de éste, por sus violencias, por su exigente celo, por sospechas injustas (1). Ahora bien, ¿no hemos dicho (num. 26) que siem-

(1) Loaré, tom. 3, pág. 41.

pre que haya duda, siempre que ésta sea á lo menos posible, el legislador y el juez deben decidirse por la legitimidad del hijo? Por otra parte ¿no vemos que con dolorosa frecuencia muchas esposas livianas ostentan á todo el mundo, y desde luego á su esposo mismo, el hijo que solo deben al adulterio? Es pues un hecho indiferente, ó cuando más, muy dudoso, en orden á la paternidad del marido, que la mujer oculte ó no, el nacimiento de su hijo. Por eso el Código francés, advertido sin duda por tales consideraciones, exige, como hemos visto (num. 29) tres condiciones precisas para que proceda el desconocimiento por causa de adulterio: no bastan las pruebas de que el delito se ha cometido y de la ocultacion del nacimiento por la esposa, sino que es necesario ademas que el marido pruebe *todos los hechos conducentes á justificar que él no es el padre*. En consecuencia, segun éste código, no se hace depender el estado del hijo de la circunstancia de la ocultacion del parto, la cual por si sola es insuficiente.

¿Qué diremos de la otra condicion alternativa expuesta tambien por ambos códigos del Distrito Federal, es á saber, *que el nacimiento haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses?* O esta redaccion es demasiado anfibológica, ó expresa un concepto redundante, pues ya sabemos que la ausencia, no ya de diez meses, sino solo de ciento veinte dias de los trecientos precedentes al nacimiento, es prueba suficiente en contra de la presuncion legal de paternidad.

El Código de Veracruz (art. 277), acepta en esta materia una transaccion con los tres sistemas antes expuestos (núm. 30). Este Código dice textualmente: "El marido no podrá desconocer á los hijos alegando adulterio de la madre, á menos que ésta declare contra la legitimidad ó el nacimiento se le haya ocultado, en cuyos casos él podrá probar los hechos conducentes á justificar que el hijo no es suyo."

33. Una cuestion de la mayor importancia ha surgido con motivo de las pruebas que pueden rendirse para el desconocimiento de la paternidad por causa de adulterio. En todos los casos que pueden ofrecerse, siempre que se trate de demostrar que el marido no es el padre del hijo de la esposa, *inclusive* aun aquellos en que el desconocimiento se funde en imposibilidad física, ciertamente hay adulterio. ¿El marido no ha podido tener acceso con la mujer en los primeros ciento veinte dias de los treientos que han precedido al nacimiento, sea por ausencia ó por impotencia? Destruida la presuncion legal de paternidad, implícitamente se sigue que la esposa ha sido adúltera, pues de dos cosas la una: ó el marido es el padre y entonces no hay mérito para el desconocimiento, ó no lo es y entonces hay adulterio. Ahora bien, tratándose del desconocimiento por esta causa especial, se pregunta: ¿será necesario probar el adulterio, cuyo hecho está siempre implícitamente contenido en todas las afirmaciones de no-paternidad, y que se desprende seguramente, ya de la prueba de imposibilidad física, ya tambien de la precocidad ó retardo del nacimiento del hijo, ó bastará que el demandante demuestre *la ocultacion del nacimiento, los hechos propios para justificar que no es el padre, la declaracion contraria de la madre, &c., &c.*, segun lo dispuesto por los diferentes Códigos (núms. 29, 31 y 32)?

Una sentencia francesa de casacion ha decidido: "Que la ocultacion del nacimiento es *la sola condicion* exigida por la ley para la admision del desconocimiento fundado en el adulterio de la mujer; que el art. 313 no ha exigido nada más; que la prueba jurídica del adulterio careceria aun de objeto, porque la prueba de que el marido no es el padre del hijo desconocido, no podia ser hecha, *sin verificar necesariamente al mismo tiempo la del adulterio de la mujer*, y que sin duda por este motivo la ley no exige que el adulterio de la mujer sea com-

probado por un juicio previo; que basta, pues, bajo el punto de vista del derecho, que el nacimiento del hijo haya sido ocultado al marido, para que haya lugar de admitir el desconocimiento por causa de adulterio..... (1)» Tal es tambien el sentir de casi toda la jurisprudencia (2). Pero los autores en su mayor parte, enseñan con Duranton, que es necesario que el adulterio sea espialmente probado, "No es por vía de consecuencia, dice este autor, como la prueba debe ser hecha, de manera que el adulterio resulte de los hechos justificados por el marido y capaces de establecer que él no es el padre..... La causa legal del desconocimiento es el adulterio, y acoger el desconocimiento sin la prueba positiva de aquel, seria poner el principio de la accion en lo que debe ser uno de sus resultados morales (8).» Estas discusiones han provenido de la oscura redaccion del art. 313 francés por lo que hace al desconocimiento fundado en el adulterio, pues interpretándolo literalmente parece, y ésta es la opinion de Demante y Ducaurroy, que la prueba del adulterio entra en la *de los hechos capaces de justificar que el marido no es el padre* (4). Otra sentencia de la Corte de Casacion francesa, nos parece haber venido á establecer la verdadera doctrina: segun ella, el art. 313 del Código de Napoleon no exige que la prueba del adulterio sea suministrada de una manera especial y distinta, sino que quiere solamente que el adulterio sea establecido de una *manera positiva al mismo tiempo que los otros hechos*, de cuyo conjunto resulta la no-paternidad del marido (5).

(1) Cass. 25, janv. 1831.—Demolombe, tom. 5, num. 44.

(2) Dalloz, *Repert.* "Paternité et Filiation," num. 45.

(3) Duranton, tom. 2, num. 52.—Marcadé, tom. 2, num. 10.—Laurent, tom. 3, num. 375.

(4) Demante, tom. 2, num. 39, bis IV.—Ducaurroy, tom. 10, num. 433.

(5) Arret, du 31 juillet 1866 (Dalloz, 1867, I. 297)

34. Pero surge otra dificultad: ¿cómo debe hacerse la prueba del adulterio? ¿directamente en el mismo juicio de desconocimiento ó ántes, por medio de un juicio previo y especial? Los autores se separan en este punto de la interpretacion dada al art. 313 por los expositores del Código. En efecto, como ya lo manifestamos en otro lugar (num 29) Duveyrier, orador del Tribunado, habia dicho: "Es necesario que el adulterio esté probado, y no puede estarlo sino mediante un juicio público; es necesario que la mujer haya ocultado á su marido el nacimiento del hijo adulterino. Y llenadas estas dos condiciones, es necesario todavia que el marido presente la prueba de los hechos propios para justificar que otro que él es el padre del hijo." Bigot-Preameneu es todavia más explícito. Despues de haber dicho que el adulterio de la mujer no podría por sí mismo contrarestar la presuncion de paternidad que resulta del matrimonio, añade: "Sin embargo, si la mujer habiendo sido condenada por adulterio, habia ocultado á su marido el nacimiento de este hijo, tal conducta se convertiría en testimonio contrario de un gran peso." Maleville (1), Loaré (2), y Toullier (3) son de esta opinion, y Merlin confiesa que, arrastrado por la autoridad de los oradores del Gobierno, más que por su personal razonamiento, sostuvo, como Procurador general ante la Corte de Casacion, que, aunque la prueba judicial y legal del adulterio de la mujer no debe preceder esencialmente á la accion del marido en desconocimiento, hay sin embargo que proclamar que, al intentar su accion, el marido debe, ántes de ser admitido á probar su no-paternidad, hacer decidir dos cosas: que la mujer es culpable de adulterio,

(1) Maleville, tom. 1, pag. 309

(2) Loaré, tom. 5, pags. 35 y sigts.

(3) Toullier, tom. 2, núm. 815.

y que le ha ocultado el nacimiento del hijo (1). Pero esta doctrina ha sido condenada justamente por los autores, pues como lo nota nuestro ilustrado compañero el Sr. Mateos Alarcon, refiriéndose al art. 320 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, modelado sobre el Código francés en este punto, segun lo expondremos más adelante, los plazos acordados al marido para intentar la accion de desconocimiento son demasiado cortos, y si estuviese obligado ante todo á hacer condenar á su mujer por adulterio, trascurrirían casi siempre durante el juicio previo, ó lo que es lo mismo, prescribiría la accion ántes de poder ejercitarla (2).

35. ¿Son las precedentes las únicas excepciones aceptadas por las leyes en contra de la regla: *Pater is est, &c?* Desde la jurisprudencia romana, en opinion de algunos comentadores, se habia establecido que las palabras: «*Si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate superveniente vel alia causa*» (núm. 8) de una doctrina del juriconsulto Ulpiano, comprendian tambien el caso de que la esposa hubiera dejado de vivir bajo el mismo techo que el marido, ó sea esta nueva excepcion del principio que hacia derivar la paternidad del matrimonio. Sobre esta cuestion mucho se dividieron los intérpretes antiguos, creyendo unos que los términos *vel alia causa* podian referirse á cualquier evento, capaz de impedir la rigurosa aplicacion de la regla *Pater is est etc.*, y rechazando otros esta extension, en su concepto indebida de los términos de la ley, con tanta más razon, con cuanta que los romanos no conocian la separacion de cuerpos, y por lo mismo sus leyes nunca habrian podido ocuparse de

(1) Merlin, *Repert* "Legitimité" sect. 2, § 2, núm. 5

(2) Mateos Alarcon, *obra citada*, tom. 1, pag. 164—Demolombe tom. 5, núm. 42.—Duvergier *sur Toullier*, tom. 2, núm 815—Marcadé *sur l'art. 313*

élla, como de un hecho jurídico, incompatible con la presunción de paternidad basada sobre el matrimonio (núm. 14). La antigua legislación española fué, á no dudarlo, de este sentir, segun se desprende de las siguientes palabras de una ley de Partida: «Cuanto fijos ficiesen entretanto que tuvieren en esta dubda, serían legítimos». (1)

36. El Código de Napoleon guardó el más absoluto silencio respecto á esta causa de desconocimiento, por considerarse que la separacion de cuerpos, ya fuese voluntaria ó judicial, no impedía que los esposos gozaran de toda su libertad, y por habitar éstos en una misma ciudad, no excluía ni las ocasiones oportunas ni la posibilidad de acercarse y reconciliarse. A la iniciativa del ilustre profesor de derecho, M. Demante, entónces diputado, se debe la reforma hecha al antiguo art. 313 de este Código y contenida en la ley de 6 de Diciembre de 1850, segun la cual, «si se hubiese declarado la separacion de cuerpos, ó si únicamente estuviera solicitada, el marido podrá no reconocer el hijo que haya nacido diez meses después del fallo dado en la forma prescrita en el art. 878 del Código de procedimientos civiles, ó ántes de los seis meses siguientes á la desestimacion definitiva de la demanda, ó de haberse efectuado la reconciliacion. No se admitirá la accion de desconocimiento del hijo, si los esposos se hubieren reunido de hecho.» (2) Esta misma disposicion existía con toda anterioridad, si bien con algunas diferencias que marcaremos en seguida, en el Código de los Países Bajos, cuyo art. 309 dice textualmente: «El marido podrá desconocer al hijo nacido trescientos dias después de aquel en que la sentencia que pronuncia la separacion de cuerpos hubiere adquirido la fuerza

(1) Partida 4^a, tit. 13, l. 1.—Goyena, Proyecto art. 103.

(2) Demante, Cours de Code Civil, tom. 2, núm. 40, bis. I.

de la cosa juzgada; pero lo mujer podrá proponer todos los hechos conducentes á justificar que su marido es el padre. Si el desconocimiento ha sido admitido, la reconciliacion de los cónyuges no podrá convertir en legítimo al hijo» Desde luego púédense notar dos diferencias entre esta disposicion y la de la ley francesa de 6 de Diciembre de 1850: es la primera, que ésta extiende la excepcion por causa de divorcio y en contra de la paternidad presunta, aun al caso en que aquel se haya simplemente solicitado, miéntras que el Código de los Países Bajos restringe dicha excepcion al hecho de que el nacimiento del hijo se haya verificado trescientos días después de que la sentencia en el juicio de divorcio haya causado ejecutoria. La segunda diferencia nos parece consistir en las últimas palabras de que se sirve este Código, el cual parece suponer que los esposos se reconcilien después de que el marido ha desconocido al hijo como adulterino, decidiendo que á pesar de esto, dicho hijo permanecerá ilegítimo. Como dice Laurent, esta suposicion es poco probable, y caso de realizarse, no era necesario expresar la conclusion, por lo lógica y natural, inútil sobre que subsistirá el desconocimiento. (1)

37. Nuestra legislación nacional ha reconocido, desde su primera manifestacion sobre esta materia, la justicia de la excepcion establecida por la ley francesa, ántes citada. En efecto, basta leer el art. 25, inciso 4^o de la ley de 10 de Agosto de 1857, para convencernos de que en las miras del prudente legislador, por lo que hace á la legitimidad de los hijos, entraba la consideracion de que el parto se hubiese verificado durante la época en que el marido estaba divorciado de la madre, bastando entónces que aquel desconociese al hijo y alegara su ilegitimidad. Verdad es que en esta ley sólo se

(1) Laurent, Revision du Code Civil, art. 281.