

encuentra muy en gérmen la idea de la excepcion en cuyo estudio nos ocupamos, pues rigurosamente interpretado el artículo relativo, lo mismo puede aplicarse aquella al hijo nacido durante el juicio del divorcio ó despues de pronunciada la sentencia definitiva. Mas los Códigos, posteriormente promulgados, ya vienen á fijar de una manera precisa la mente de nuestros legisladores sobre esta grave materia. Conocida ya la diferencia importantísima que separa en este punto al Código francés de el de los Países Bajos, en obvio de mayores explicaciones, podemos decir que siguen al primero, en nuestra legislacion civil, los Códigos de Veracruz (art. 278), del Estado de México (art. 227), del Distrito Federal de 1870 (art. 317) y del mismo, hoy vigente (art. 293). Pero el Código de Tlaxcala (art. 210) acepta, siguiendo al de los Países Bajos, que sólo puede servir al marido, como motivo de desconocimiento, que el hijo haya nacido despues de diez meses de pronunciada la sentencia definitiva de divorcio. Todas estas legislaciones están, sin embargo, conformes en un punto, es á saber: que basta al marido la denegacion de la legitimidad del hijo, nacido en la época y en las circunstancias indicadas por la ley, para que pierda su fuerza la paternidad presunta; miéntras que la madre, el hijo ó el tutor de éste, necesitan demostrar todos los hechos conducentes á la prueba de la legitimidad.

38. Réstanos ahora exponer cuáles son las razones que en nuestro concepto militan en favor de la ley francesa, á la cual han seguido nuestros Códigos. Dígase lo que se quiera, es un hecho indiscutible que, si desde la antigua jurisprudencia, el matrimonio ha sido considerado como la única base cierta de la legitimidad de los hijos, esto no se explica sino porque la idea del matrimonio entraña la de la vida comun de los esposos. Sobre este razonamiento es, en último análisis, sobre lo

que se funda la presuncion consignada en la regla romana *Pater is est quem nuptice demonstrant*. Ahora bien ¿es verosímil semejante presuncion, cuando la vida comun de los cónyuges se ha interrumpido por disenciones domésticas tan graves que han hecho necesario el recurso á los tribunales en demanda de divorcio? No se nos diga que la separacion de cuerpos es un hecho accidental que sólo suspende, sin cortar de raiz, los derechos y obligaciones que el matrimonio importa, porque siempre resulta verdadero que la presuncion de paternidad atribuida al marido pierde cuando ménos muchísimo de su fuerza, desde el momento en que ya no puede suponerse el *consortium omnis vite* en que consiste la union conyugal, y debe considerarse que sería sacrificar á una simple sutileza jurídica lo que es tan sagrado para el hombre, es á saber, su derecho á dar nombre, proteccion y subsistencia física á sólo los hijos que de él procedan legítimamente, sin compartir jamás estas obligaciones en favor de descendientes extraños, con mengua del propio honor y disimulo del crimen ajeno. Muy seductor es decir como el Primer Cónsul en la discusion relativa á este punto: «La sociedad está interesada en que no haya bastardos;» pero ¿qué se haría la dignidad del más santo de los compromisos, si la mujer culpable pudiera participar de los derechos de la matrona virtuosa? ¿qué hombre osaría contraer esas imponentes obligaciones del hogar, si el legislador que las instituyó para favorecer las costumbres, condescendiera en hacerlas servir de encubridoras del desórden, lo cual sucedería toda vez que á la sombra de esas solemnes y augustas formas de las nupcias, el hijo engendrado sólo por el crimen pudiera conquistar los honores de la legitimidad? Con razon, pues, la totalidad de los Códigos modernos ha reconocido con más ó ménos diferencias entre sí, que la paternidad fundada en el matrimonio debe ceder á la circunstancia de que el naci-

miento del hijo, de cuya legitimidad se trata, haya sucedido durante la separacion de los esposos y despues de cierta época, que haga imposible ó por lo ménos muy sospechoso presumir qué aquel sea obra del marido.

39. Pero hay una cuestion de la mayor importancia y que se liga muy de cerca con la reforma de la ley francesa, habiendo sido calurosamente debatida aun ántes de ésta. Ella puede formularse en los siguientes términos: ¿el desconocimiento del marido, fundado en la causa de la separacion de cuerpos, es perentorio, sin necesidad de prueba á su cargo, ó la legitimidad procede de pleno derecho en favor del hijo y de la madre hasta que el marido haya demostrado lo contrario? Merlin cita (1) diversas decisiones, deduciéndose de unas que no basta al marido desconocer al hijo por causa de divorcio, sino que necesita demostrar con pruebas positivas y directas la no-paternidad, y estableciendo otras que es á la madre, al hijo ó á sus legítimos representantes á quienes incumbe la carga de probar que no debe ser aceptada la denegacion de legitimidad hecha por el marido. Esta misma controversia ha continuado hasta el presente, á pesar de la ley de 6 de Diciembre de 1850. La diferencia de opiniones se manifiesta no sólo en la doctrina sino tambien en la jurisprudencia. Marcadé, comentando el art. 313 del Código de Napoleon, ya adicionado, dice: "Esta disposicion nueva permite al marido, no hacer caer la presuncion de paternidad por una simple denegacion, *sino probar contra la presuncion de la ley, proponiendo todos los hechos conducentes á justificar que no es el padre del hijo*, es decir, que el nuevo párrafo de nuestro artículo coloca al marido divorciado en la posicion en que lo ponia el párrafo primero, ó sea, imponiéndole la prueba del adulterio de la mujer y de la ocul-

(1) Merlin, *Questions de droit*, "Legitimité" §. 2.

tacion del nacimiento (1).» Varias sentencias de tribunales franceses han seguido tambien esta opinion, cuyo principal fundamento, despues de la ley de 6 de Diciembre de 1850, no es otro que estar expresada la reforma de que nos hemos ocupado, á continuacion inmediatamente del art. 313, relativo al desconocimiento por causa de adulterio. Partiendo de esta razon que, como se ve, más pertenece á la redaccion y órden de las palabras qué á su ideología, se ha creido que así como para el desconocimiento por causa de adulterio necesita el marido probar la ocultacion del nacimiento del hijo y todos los demás hechos conducentes á demostrar que no es el padre, del propio modo y en el caso de separacion de cuerpos, debe justificar con pruebas directas y positivas la no-paternidad de que se trata, sin que basten á tal efecto, ni la alegacion del desconocimiento, ni el hecho de que el hijo ha nacido despues de cierto tiempo á contar desde la separacion definitiva ó solicitada (2). Sin embargo, la mayoría de los autores y de la jurisprudencia son de diversa opinion, perteneciendo á la Corte imperial de Paris la gloria de haber fijado, por sentencia de 18 de Febrero de 1854, el verdadero sentido de la adicion hecha al art. 313 francés. Las palabras relativas de este fallo son las siguientes: "porque la accion en desconocimiento (en el caso del párrafo 2 añadido al art. 313 del Código de Napoleon por la ley de 6 de Diciembre de 1850) no puede ser destruida *sino por la prueba de una reunion de hecho entre los esposos*, y que el objeto de aquella ley ha sido imponer á la mujer divorciada la prueba de las circunstancias conducentes á alejar la sospecha

(1) Marcadé, *sur l'art. 313*, IV, 12—Massé et Vergé *sur Zacharise*, tom. 1 § 156—Boileux, *sur l'art. 313*, pag. 72

(2) Arret, Amiens 30 juin 1853 (De Villeneuve, 54, 2, 81: Dalloz, 55, 2, 311)

de adulterio (1)." Toda duda debe desaparecer á este respecto, con sólo fijarse en las enseñanzas de Mr. Demante, cuya autoridad, independientemente de su gran prestigio, es incontestable en la cuestión, no sólo por haber sido el iniciador de la reforma añadida al art. 313, sino por haber desempeñado el cargo de relator de la comisión nombrada por la Cámara francesa para dictaminar sobre el proyecto de ley. "Se consideró, dice este autor, que el estado de separación de cuerpos, que hace inverosímil el comercio de los esposos, debía hacer durar la presunción de paternidad, consecuencia del matrimonio siempre subsistente, hasta el desconocimiento del marido; pero que esta acción deducida en los plazos y en las formas prescritas, no debía sujetarse á ninguna otra prueba que la de la existencia de la separación ó de su solicitud al sobrevenir la concepción del hijo. Se expresó solamente que el desconocimiento no sería admitido si había habido reunión de hecho entre los esposos, lo cual, por lo demás, no puede tener otra significación que *reservar á los adversarios del marido el derecho de probar esta reunión para destruir la acción del desconocimiento.* (2)" Hay que convenir en que esta doctrina, haciendo á un lado toda preocupación, es la única conforme no sólo con el texto de la ley de 1850, sino, lo que importa más que todo, con los motivos prácticos deducidos de la excepcional situación que el divorcio crea á los esposos. Creemos con la mayoría de los más autorizados intérpretes, que el texto adicional del art. 313 francés, aunque colocado bajo el mismo número de esta disposición, tiene fisonomía y objeto parti-

(1) Paris, 18. Fevrier 1854—Bordeaux, 16 Juin 1858.—Nancy, 12 Janvier 1861.—Agen, Mars 4. 1874—Toulouse, 11 Juin 1874—Caen 22 Dec, 1880

(2) Demante, *Cours analytique*, tom. 2, num, 40

culares y distintos, bastándose á sí propio con entera independencia del texto que le precede y, según todas las probabilidades no habiendo sido redactado en la forma que guarda sino para no cambiar todos los números de los artículos del Código. Por otra parte, si es verdad que la presunción de paternidad tiene su fundamento en el matrimonio, el cual no es disuelto por la separación de cuerpos, no lo es ménos que tal presunción debe la mayor parte de su vigor á dos consecuencias del matrimonio, la cohabitación de los esposos y la posibilidad en que el marido se encuentra de disponer, mediante su incontestable poder de jefe de familia, de todos los medios y elementos eficaces de vigilancia y protección. Colocados los cónyuges en este orden de vida, muy natural nos parece que la presunción de paternidad asuma todo su imperio, sin que ni los más graves extravíos de la mujer, el adulterio, la ocultación del nacimiento del hijo, basten á debilitarla y siendo, por lo mismo, necesario que el marido presente para combatirla pruebas y presunciones contrarias. Pero ahora se supone que á consecuencia de graves disturbios en el hogar los tribunales han ordenado á los cónyuges la separación, y que el cumplimiento de esta orden, interrumpidos la vida común y todo trato entre aquellos, ha arrebatado al marido los medios de vigilar la conducta de su esposa y aun impedido en cierto modo, que se acerque á ella sin infracción de un mandato judicial; ¿será justo decir á ese marido, desarmado por la ley: si tu mujer da á luz un hijo, te impongo la necesidad de que justifiques y pruebes con hechos, que ya no están á tu alcance, que ese hijo no es tuyo? Esto nos parecería la mas cruel de las exigencias (1).

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 55 bis—Aubry et Rau, *sur Zachariae*, tom. 4, pag. 580—Mourlon, tom. 1, pag. 444—Quénault, *Revue critique*, 1855 pag. 308—Coin Delisle, *ibid* 1855, pag. 212.

40.. En cuanto á nuestra legislación nacional, nuestro parecer es que semejante cuestión apenas puede suscitarse entre nosotros, no sólo porque el precepto de los Códigos que se refiere á este punto, guarda la debida separación con el que trata del desconocimiento por causa de adulterio, sino también porque los términos de la ley no dejan lugar ni á asomo de duda en orden al verdadero espíritu del legislador. Así todos los textos legales que ántes hemos citado (núm. 37), después de establecer el derecho que tiene el marido de desconocer al hijo, en caso de divorcio, añaden: "pero la mujer, el hijo ó el tutor de éste pueden sostener la legitimidad."

§ 3º. DEL HIJO CONCEBIDO ANTES Y NACIDO DURANTE EL MATRIMONIO.

41. En otro lugar (núm. 6) dejamos ya expuesta nuestra opinión, bajo el punto de vista de los principios abstractos de la ciencia, en orden á la condición del hijo nacido antes del período mínimo que la ley fija á la vida intrauterina. ¿Cómo ha resuelto la legislación positiva este importantísimo punto? Si abrimos el Código de Napoleon, ciertamente no encontramos ningun texto que con toda exactitud y claridad responda á la anterior pregunta. Es pues, por medio del razonamiento é interpretando el espíritu del legislador, como la doctrina, por el órgano de sus principales expositores, ha llegado á establecer que, puesto que el art. 314 de dicho Código admite que el marido puede desconocer al hijo nacido durante los ciento ochenta días, á contar desde el matrimonio, implícitamente acepta que el marido puede no ejercer tal facultad, en cuyo caso resulta inconcuso que según ese Código el hijo nace legítimo, aunque haya sido en tales circunstancias (1). Lo mismo

(2) Laurent, tom. 3, núm. 379 — Demolombe, tom. 5, núm. 56 — Marcadé, tom. 2, núm. I, 13, *sur l'art 314*.

creemos que debe afirmarse respecto á nuestra legislación, atentos los términos de los arts. 279 del Código de Veracruz, 228 de el del Estado de México; 318 de el del Distrito Federal de 1870; 294 de el actual y 211 de el de Tlaxcala.

42 Pero supuesto que el marido puede ó no ejercer la facultad de que tratan las anteriores disposiciones, ocurre desde luego preguntar: ¿tal facultad es absoluta en su favor? "Supongamos, decía el Canciller D'Agueseau, que un jóven haya tenido cierta sospechosa familiaridad con una doncella; que ámbos son libres y capaces de comprometerse con los lazos del matrimonio; que se casan en seguida y que sobreviniendo muy poco después de la celebración del matrimonio el nacimiento de un hijo, surge una cuestión de estado en la que se trata de saber quién es el padre. Si el matrimonio era anterior al tiempo de la concepción, la ley atribuiría el hijo al marido, sin ninguna dificultad, en virtud de una presunción legal. Si al contrario no hubiera habido jamás matrimonio entre las dos partes, entonces se buscarían las pruebas de la familiaridad, y caso de ser concluyentes, ellas decidirían la cuestión por una simple conjetura probable. Pero si consta no solo el hecho de la familiaridad en el tiempo de la concepción, sino un matrimonio contraído en el tiempo del nacimiento, ¿no se podrá decir que ámbas cosas reunidas forman una presunción ménos fuerte á la verdad que la primera, porque no está absolutamente fundada sobre el matrimonio; pero mucho más poderoso que la segunda, porque no está apoyada únicamente sobre la familiaridad, y porque el matrimonio que la ha seguido, le da un grado de fuerza, de evidencia y de autoridad al que parece casi imposible resistir?" Tal es, sin duda, el gérmen de las disposiciones de las leyes modernas que establecen ciertas excepciones á la facultad otorgada al marido de desconocer al hijo de su esposa, nacido ántes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio."