

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 ningún 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, entónces 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."

43. ¿Cuáles son éstas excepciones? Desde luego hay una expresada en todos los Códigos modernos, es á saber, si el marido ha tenido conocimiento de la preñez de su esposa ántes del matrimonio. "Se presume, decia Bigot-Prémeneu,—motivando el art. 314 francés, inciso primero, que el marido que ha tenido conocimiento de la preñez ántes de casarse, no ha contraído matrimonio sino para reparar su falta personal: se presume que semejante himeneo no hubiera sido consentido jamas, si aquel no estuviera persuadido de que la mujer llevaba en su seno el fruto de sus amores; y cuando ha tenido en la conducta de ésta tal confianza que ha querido que sus destinos se unieran, ¿cómo sería posible admitirle á atacar semejante testimonio?" Bastan en nuestro concepto las anteriores palabras para encontrar justificada esta primera excepcion que, en el sentido de todos los legisladores, ha debido limitar la muy respetable facultad del marido para desconocer al hijo nacido de su matrimonio con la madre, pero antes del período legal fijado á la preñez. En este punto estan conformes con el Código de Napoleon los artículos poco ántes citados de nuestros Códigos.

44. Sin embargo, si la justicia y moralidad de esta excepcion estan fuera de todo debate, no sucede lo mismo con su aplicación, la cual ha dado lugar desde ántes de la promulgacion del Código francés á las más vivas controversias entre sus autores é intérpretes. ¿Cómo debe probarse que el marido tenía conocimiento de la preñez de su esposa ántes de contraer matrimonio? En el primer proyecto del Código Civil francés, la Comision encargada de redactarlo, decia que esta prueba no podría resultar sino de *los escritos del marido mismo*. Este rigorismo no apareció ya en el proyecto presentado al Consejo de Estado por la seccion de legislacion; pero fué sin embargo, reclamado por Bigot-Prémeneu, que observó que el artículo no decia cómo podría probarse contra el marido que habia te-

nido conocimiento de la preñez de la mujer: "si hay que atenerse á la regla general, decia, es necesario un principio de prueba por escrito" Boulay respondió que "es imposible fijar de antemano qué especie de hechos pueden ser tomados como exclusivamente probatorios." Conforme á esta respuesta, habiendo sido adoptado el artículo en su generalidad indefinida, queda por resolver la siguiente cuestion, nacida de la particular manera con que la antigua jurisprudencia habia tratado este importantísimo punto: hemos visto ántes (núm. 42) que los antecedentes de relaciones íntimas y familiares entre los cónyuges eran, segun D'Aguesseau, motivo suficiente para rechazar el desconocimiento del marido. Ahora bien ¿cómo debe considerarse esta prueba después de la redaccion definitiva del inciso 1 del art. 314 francés? Dos opiniones de carácter extremo y absolutamente opuestas se han dividido el campo de la jurisprudencia hasta tiempos muy cercanos á nosotros. Mr. Proudhon piensa que no se podría, ni aun en interés del hijo, probar esos antecedentes de intimidad ó familiaridad entre los cónyuges, para deducir que habiendo el marido conocido á la mujer, ha conocido también ó debido conocer la preñez. "La razon es, dice, que no estando la excepcion de la ley fundada sino sobre el conocimiento positivo de la preñez, no es permitido probar otros hechos, sin caer en lo arbitrario. Un hombre puede haber tratado con frecuencia á una mujer, sin creer en su preñez: los hechos de familiaridad é intimidad dejan siempre sobre sus consecuencias una incertidumbre tal, que nuestros legisladores han creído deber abolir toda investigacion de paternidad, fundada sobre semejantes circunstancias. Por otra parte sería posible, que una mujer, queriendo cubrir sus desórdenes bajo el velo del matrimonio, engañase al marido, á quien ella habia fascinado con el atractivo de sus encan-

tos (1). Toullier, al contrario, llega hasta decir; "que de los antecedentes de trato íntimo y aun de cohabitacion con la madre, se puede deducir que el marido, habiendo conocido á la mujer, ha conocido ó debido conocer la preñez (2).

Tales son las dos doctrinas extremas que, seguidas respectivamente por los autores y la jurisprudencia, han determinado entre estos el más completo y absoluto desacuerdo sobre el punto que nos ocupa. ¿Dónde está la verdad? Creemos con muy respetables juriconsultos, que ámbos sistemas son igualmente falsos en su rigorismo y exageracion. Desde luego ocurre decir en cuanto á Proudhon, que este autor confunde la investigacion de la paternidad con la prueba de que aquí exclusivamente se trata, es á saber, la de la preñez de la mujer, que en el presente caso no se refiere á hijos absolutamente destituidos de estado civil, como son los nacidos fuera de matrimonio y de padre desconocido, sino á todo lo contrario. Por lo demás y contrayéndonos á la cuestion actual, ¿cómo rechazar de una manera absoluta la prueba de que el marido ha tratado con frecuencia é intimidad á la esposa ántes del matrimonio, dando á entender así que ni aun unidos esos antecedentes con otros hechos pueden servir al hijo para oponerse al desconocimiento de su padre? En cuanto á Toullier, su doctrina peca tambien de extremosa, pues á primera vista se comprende que no existe la necesaria y absoluta relacion que este autor pretende establecer entre el trato íntimo anterior de los cónyuges y la paternidad del marido. La verdad en consecuencia se encuentra aquí en el término medio, entre ámbas opiniones y por tanto la tesis que los autores de mayor nota sostienen sobre esta materia es que las relaciones anteriores de inti-

(1) Proudhon, tom. 2, pags. 19 y 20

(2) Toullier, tom. 2, num. 826

midad entre los esposos, ni son por sí solas prueba suficiente de que el marido conocia la preñez de la esposa, ni deben rechazarse, si á ellas se unen otros hechos que en concepto de los jueces, necesariamente árbitros y soberanos en esta cuestion, produzcan el convencimiento de que el marido no ignoraba el estado de su esposa (1).

45. ¿Qué decir en orden á esta cuestion por lo que hace á nuestros Códigos? A primera vista parece que ella no pueda surgir en nuestra jurisprudencia, porque el inciso primero de los artículos de nuestros Códigos, ántes citados, dice que para la prueba de que el marido supo ántes de casarse el embarazo de su futura consorte, "se requiere un principio de prueba por escrito." Pero desde luego, sin grande esfuerzo de reflexion, se comprende que la mente del legislador no fué excluir otras pruebas del hecho de que se trata, fijándose sólo en las constancias escritas como en el punto de partida ó en la condicion *sine qua non* para poder rechazar la accion de desconocimiento. Las palabras, pues, de nuestros Códigos no son limitativas, sino en el sentido de que para que proceda la excepcion que nos ocupa, es necesario que exista un principio de prueba por escrito, lo cual difiere inmensamente de considerar este principio de prueba como suficiente por sí solo, y sin necesidad de otras, para demostrar que el marido tenia conocimiento ántes del matrimonio de la preñez de su esposa. Esto nos parece evidente. Tienen, pues, toda su importancia, aun entre nosotros, las doctrinas precedentemente citadas de autores extranjeros.

46. Por lo que respecta á la exigencia de nuestros Códigos sobre que para que la excepcion en contra de la accion de desco-

(1) Merlin. *Repert.* "Legitimité," sect. 2, § 2, VI—Dallóz, *Repert.* "Paternité et filiation" num. 73—Duranton, tom. 2, num. 30—Demolombe, tom. 5, num. 67—Laurent, tom. 3 num. 382.

nocimiento proceda, es necesario ese principio de prueba por escrito, lo cual, como hicimos notar en otra parte (núm. 43), es la imitación de lo que se pensó hacer al proyectarse apenas el Código francés, nos permitimos decir, previas nuestras más respetuosas protestas á los legisladores patrios, que tal exigencia, ó significa gran candor en sus autores ó importa la más grave injusticia en contra de los hijos. En efecto, si en 1804, cuando se discutía el Código de Napoleon, pareció tal requisito muy superior al estado intelectual del pueblo francés, porque muchos hombres, sobre todo en los campos y en las clases inferiores de la sociedad, no sabían escribir, ¿qué deberemos decir nosotros, por más que nos pese, de la numerosa clase indígena que aun puebla nuestro vasto suelo y para la cual sin duda tambien se promulgaron nuestros Códigos? Por lo demás, el requisito es poco conforme con la experiencia de lo que pasa en esas relaciones íntimas que pueden preceder al matrimonio. La verdad es que muy pocas veces ó nunca se confían al papel estos secretos de carácter tan íntimo y misterioso, que por referirse á la honra, más son propios para tratados en ocultas y aisladas conversaciones que en cartas ú otra clase de documentos.

47. La segunda excepcion en contra de la accion de desconocimiento del marido está contenida en el inciso 2º del art. 294 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que no es sino una traduccion enteramente literal del mismo inciso del art. 314 del Código francés, y cuyo texto es igual al del 318 del Código del Distrito Federal de 1870, al del 279 del Código Civil de Veracruz, al del 228 de el del Estado de México y al del 211 de Tlaxcala. Consideramos que no pudiéramos expresar mejor el fundamento de esta excepcion, que transcribiendo las siguientes brevísimas palabras de M. Bigot-Preameneu, en la exposicion de motivos del citado artículo: “¿Cómo, dice, podria

admitirse al marido á combatir su propia declaracion dada en el acto mismo, destinado á establecer el estado civil del niño?” Por otra parte, nada mas lógico y natural que el legislador haya creído conveniente establecer ese precepto, toda vez que, como veremos más adelante, la partida de nacimiento es la prueba por excelencia de la filiacion legítima y toda vez, además, que, dado el altísimo interés social vinculado en la fijacion definitiva del estado civil de las personas, no era posible dejar á los caprichos y veleidades del marido destruir á su antojo los derechos ya adquiridos por el hijo y consagrados por el reconocimiento solemne y expreso de su padre.

Por de contado que para la procedencia de esta excepcion deben reunirse las tres siguientes condiciones, segun el sentir comun de todos los tratadistas y de la jurisprudencia: 1ª Es necesario que el marido haya asistido al acta de nacimiento, en el sentido de que no solamente haya estado presente en el momento de su redaccion, sino que haya tomado un participio directo en ese mismo acto, en calidad, ya sea de declarante, ya de testigo, pues así se desprende del requisito exigido por la ley, consistente en que el marido firme el acta ó se exprese su declaracion de no saber firmar; 2ª Es necesario que el acta de nacimiento no contenga ninguna enunciacion contraria á la presuncion legal de legitimidad, como por ejemplo, si se designara al niño como nacido de padre desconocido, pues en esos casos no seria rigurosamente justo sostener el reconocimiento tácito del marido, que es la razon fundamental de la excepcion que nos ocupa; 3ª En fin, es necesario que el marido no haya hecho en el acta misma protestas ni reservas de ninguna clase, que vinieran á destruir la base del reconocimiento (1).

(1) Merlin, *Repert.* “Legitimité,” sect. 2, §1—Dalloz “Paternité et Filiation” núms. 74 y 75—Demolombe, tom. 5, núms. 69, 70 y 71—Laurent, tom. 3, núm. 380—Aubry et Rau, tom. 4, pág. 568—Demante, tom. 2, num 41, bis.

48. Desde luego se comprende que las dos excepciones de que acabamos de hablar en contra de la accion de desconocimiento por parte del marido, no son en realidad sino la manifestacion del derecho que por la naturaleza tiene éste de aceptar sobre sí las obligaciones que trae consigo el reconocimiento de la paternidad en favor de determinado hijo. El legislador, sabio y prudente, ha convertido el ejercicio de este derecho en fundamento de deberes para el marido, á quien no permite despues desconocerlos ó retractarlos. Pero si esto es verdad, no lo es ménos que en los casos mencionados el reconocimiento de la legitimidad del hijo por el padre es deducido por la ley, á la manera de una presuncion *juris et de jure* (núm. 8), de actos que en el concepto del legislador dan á conocer fuera de toda duda la verdadera voluntad del marido en orden al hijo y por consiguiente la legitimidad de éste. Siendo, pues, el desconocimiento por el padre la regla general respecto á los hijos nacidos ántes del período legal de la preñez, las dos excepciones expuestas equivalen á la renuncia tácita, por parte de aquel, del derecho que le asiste para no reconocer al hijo nacido en tales circunstancias. Con este motivo ocurre la siguiente cuestion: ¿Los dos casos señalados por todos los Códigos como destructivos de la accion de desconocimiento, son los únicos que deben aceptarse, segun la ley, ó existen otros capaces de hacer presumir la misma renuncia tácita del derecho del marido? La cuestion ha sido ámpliamente controvertida entre los intérpretes del Código francés, sin que hasta ahora pueda decirse fijada la jurisprudencia sobre este punto. Por la afirmativa podríamos citar la alucinadora doctrina de Demolombe, que creemos conveniente transcribir: "Todo hecho, dice este comentador, toda circunstancia de que resulte del lado del marido ó de sus herederos la prueba de una renuncia á la accion en desconocimiento, debe producir aquella eficazmente. El ma-

rido estaba ausente en el momento del nacimiento ó de la redaccion del acta del estado civil, ó estaba enfermo y no podia salir de su casa; pero despues ha asistido á la fiesta del bautismo; ha puesto él personalmente al niño en lactancia; lo ha mostrado con júbilo á sus parientes y amigos, y todavía le seria permitido, despues de todo esto, desconocerle? Yo no puedo creerlo. Su concurso al acta de nacimiento, debiendo ser, en semejante caso, el modo más ordinario de renuncia tácita, la ley se ha explicado respecto de él de una manera especial; pero no ha podido tener el pensamiento de limitar á ese solo hecho los modos de renuncia tácita (1)." No obstante la respetabilidad de los sufragios que apoyan esta teoría, creemos que se aparta del texto de la ley, conteniendo, más bien argumentos propios para reformarla, que encaminados á su genuina interpretacion. En efecto, el legislador ha tenido especial cuidado, al expresar las excepciones aceptables en contra de la accion de desconocimiento, de emplear las palabras *en los casos siguientes*, cuyo sentido, á ménos de violentar el lenguaje, no puede ser otro que el de restriccion ó limitacion á esos mismos casos (2). Esto que decimos del art. 314 francés ¿se aplica igualmente á nuestros Códigos? Creemos que sí por dos sustancialísimas razones. Desde luego no hay que olvidar que, despues de haberse establecido que la legitimidad procede de pleno derecho en favor de los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias, á contar de la celebracion del matrimonio, resulta, por un obvio argumento *a contrario*, que el desconocimiento es la regla general respecto á los hijos nacidos antes de aquel período;

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 76—Marcadé, tom. 2, num. 14,—Demante, tom. 2 num. 41 bis II—Dalloz, "Paternité et filiation" num. 78.

(2) Aubry et Rau *sur Zacharise*, tom. 4, pág. 569—Laurent, tom. 3, num. 381.

en consecuencia, para que estos hijos sean legítimos, el legislador ha exigido que el marido los reconociese como tales. Ahora bien, si el desconocimiento es la regla y la legitimidad la excepcion, no se concibe como ésta pudiera proceder en casos dudosos, á merced de las múltiples y vagas indicaciones fundadas en la conducta del marido. Si tal hubiera sido el pensamiento del legislador, estése seguro de que muy diverso del actual hubiera sido su lenguaje, pues es un principio de vulgar jurisprudencia que los casos de excepcion de un precepto general deben constar expresamente, sin que puedan jamás presumirse, ni aun aceptarse por razon de analogía.

49. Todo lo que precede sobre excepciones en contra de la accion de desconocimiento por parte del marido, sirve suficientemente por sí solo para resolver otra cuestion de la mayor importancia, que nos sale al encuentro y que es preciso estudiar: Si los Códigos han aceptado las dos formas de renuncia tácita de que hemos hablado, de manera que puedan eficazmente ser opuestas al intento de desconocimiento por el marido, ¿no tendrá igual eficacia para el mismo fin la renuncia expresa ó sea el reconocimiento formal hecho por el marido del hijo de su mujer? La respuesta afirmativa á esta pregunta pareció sin duda tan evidente á los legisladores franceses, que no se encuentra en el Código de Napoleon ningun texto explícito que traduzca tal idea, y sin embargo, entre los intérpretes de ese Código, no hay uno solo que no esté de acuerdo en declarar que la renuncia expresa por parte del marido del derecho á desconocer al hijo nacido antes del período legal de la preñez, extingue dicha accion, imposibilitando al marido para ejercerla (1).

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 74—Marcadé, tom. 2 *sur Part. 314*, num. 2—Massé et Vergé *sur Zachariæ*, tom. 1, § 296. not. 13—Toullier, tom. 2, num. 824—Laurent, tom. 3, num. 381—Dalloz "Paternité et filiation," num. 78—Duranton, tom. 2, num. 32

Débase, sin embargo, á nuestros Códigos patrios la novedad de haber formulado los primeros en términos de ley el principio de que el reconocimiento expreso hecho por el marido del hijo de su mujer, cierra la puerta á cualquiera accion de desconocimiento que posteriormente pudiera ser intentada. Así los arts. 279 inciso 3 del Código de Veracruz, 228 inciso id. de el del Estado de México, 318 inciso id. de el del Distrito Federal de 1870, 294 inciso id. del actual, y 211 inciso id. de el de Tlaxcala, enumeran, entre las excepciones contra el desconocimiento del marido, que éste haya "reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer." ¿En qué época debe hacer el marido tal reconocimiento para que se produzca el efecto indicado? Algunos autores, no teniendo reparo en aceptar dicho reconocimiento, como excepcion en contra del desconocimiento del marido, cuando aquel se hace antes del matrimonio ó despues del nacimiento del hijo, lo rechazan si él se ha verificado en el tiempo trascurrido entre uno y otro, á cuyo efecto hacen el siguiente razonamiento: "Podria suceder que el marido, no habiendo conocido la preñez de su muger sino despues del matrimonio, hubiera creído que aquella era la consecuencia natural de éste, no desengañándose sino por el nacimiento prematuro del hijo. Si en este caso, él intenta una accion de desconocimiento, ¿se le podrá oponer como excepcion una carta en la que hubiese, antes del parto, anunciado á algun pariente ó amigo la paternidad que se atribuye por error? No lo creemos, y por consiguiente juzgamos que en el caso de que se trata, es necesario examinar si resulta de la carta ó de cualquier otro acto expresivo del reconocimiento que el marido, sabedor ya de que la preñez de su muger remontaba á una época anterior al matrimonio, ha persistido, sin embargo, en recono-