

§ 4. DEL HIJO CONCEBIDO Y NACIDO DESPUES DE LA
DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

54. En su oportunidad dejamos ya expresado, cuál es, en nuestro concepto y bajo el punto de vista de los principios abstractos del derecho, la condicion del hijo nacido despues del período máximo fijado por la ley á la preñez (núm. 6) y á contar desde la disolucion del matrimonio. Vamos ahora á ocuparnos en el estudio de las legislaciones positivas sobre esta materia. Antes (núms. 35, 36 y 37) hemos hablado de la excepcion en contra de la presuncion legal de paternidad, consistente en el hecho de que el hijo haya nacido trescientos dias despues de que tuvo lugar entre los cónyuges la separacion provisional ó definitiva por causa de divorcio. Aunque este caso ha sido generalmente comprendido por los comentadores entre los que se refieren al nacimiento del hijo trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio, hemos preferido nosotros tratar de él en otra parte, por la incontrovertible razon de que, no rompiendo el divorcio el lazo conyugal, este caso no puede ménos que pertenecer, en rigor de derecho, al comentario de las disposiciones legales, relativas á los hijos concebidos y nacidos durante el matrimonio. Como la diferencia que nos ha obligado á proceder así es evidente en los países que aun se resisten gloriosamente á aceptar el divorcio *quoad vinculum*, vamos ahora á exponer las diversas consecuencias que se producen, en orden á las acciones y excepciones entre el caso de un hijo nacido en el plazo indicado, despues del divorcio, y los de un hijo nacido en el mismo tiempo, despues de la nulidad del matrimonio ó de la muerte del marido.

55. Establecido por las leyes, segun la autoridad del célebre médico de Cos (núms. 7 y 11), que el período máximo de tiempo que puede durar la preñez es de trescientos dias; y fundán-

dose en esto la afirmacion de todos los Códigos sobre que se presuman *legítimos* los hijos nacidos ántes de aquel plazo á contar desde la disolucion del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido (núm. 13), parece que la consecuencia natural, por un argumento *a contrario*, debiera ser que se presumen *ilegítimos* los hijos nacidos despues de aquel tiempo, contado desde la dicha disolucion del matrimonio, puesto que desaparece para ellos aun la menor sombra de legitimidad, como nacidos fuera de aquel y ni aun cabe la posibilidad de que en casos excepcionales resultaran legítimos, porque no hay que olvidar que la presuncion sobre los términos mínimo y máximo de la gestacion es *juris et de jure*, ó sea, de las que no admiten prueba en contrario (núm. 7). La jurisprudencia antigua así lo reconoció con toda claridad, segun se deduce de las siguientes citas: *Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem* (1): "Mas si la nascencia de la criatura, dice una ley de Partida, tañe vn dia del onzeno despues de la muerte del padre, non deue ser eontado por su fijo (2)." Gregorio López en la glosa á estas palabras, despues de referir que alguna vez se consideró como posible el nacimiento del hijo, sin mengua de su legitimidad, en el undécimo mes, afirma que, siendo esto más bien un suceso prodigioso y raro que natural, segun el curso ordinario de la naturaleza, la ley lo tiene por imposible (*lex habuit hoc pro impossibili*). Sin embargo, ya hicimos notar en otra parte la infinita variedad de decisiones sobre esta materia en la legislación y jurisprudencia antiguas (núm. 10). Ellas se explican fácilmente por la vacilacion que dominaba en el cálculo del tiempo mínimo ó máximo de la gestacion. Para hacernos car-

(1) *Dig.* lib. 38, tit. 16, l. 3, §11.

(2) *Partida* 4., tit. 23, l. 4.

go del estado de la opinion sobre esta materia, no necesitamos sino consultar la Memoria eruditísima del Dr. Petit, publicada en 1766 y de la cual, como resúmen de los estudios y observaciones de este célebre facultativo, extractamos las siguientes palabras: "La duracion de la preñez y el término del parto están pues sometidos, como las enfermedades, á la influencia de la intemperie de las estaciones, ó de las causas meteorológicas (1)." No debe, pues, sorprender que existan en los anales jurídicos antiguos, muchas y contradictorias decisiones tanto en pro como en contra de la legitimidad del hijo nacido despues de diez meses de disuelto el matrimonio.

Pero, habiéndose ya establecido de una manera inmutable los límites mínimo y máximo de la duracion gestatoria, sin que sea ya posible ni siquiera suponer la legitimidad de un hijo nacido despues del segundo de aquellos extremos, á contar desde que el matrimonio ha quedado disuelto, ¿podrá haber la menor duda sobre la ilegitimidad de este hijo? ¿Ha sido pues declarado ilegítimo por las modernas legislaciones?

Al comunicarse al Tribunado la redaccion actual del art. 315 del Código Francés, que dice: "La legitimidad del hijo, nacido trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio, podrá ser negada," aquel respetable cuerpo hizo observar: 1º que por la manera con que este artículo está redactado, parece que si la legitimidad del hijo, nacido doce meses, por ejemplo, despues de la disolucion del matrimonio, no era negada, tal hijo deberia ser reputado como legítimo, lo cual no podia, segun los tribunales, ser la intencion de la ley; 2º que el artículo, en cuestion, debia ser concebido en términos más precisos y positivos, estableciéndose, en vez de la facultad de negar ó nó la legitimidad de este hijo, que por el lapso de cualquier tiempo,

(1) Merlin, *Repert.* "Legitimité," Sect. 2, §3.

época fatal, despues de los trescientos dias, ya no fuese posible la legitimidad del hijo de que se trata; y 3º que por lo mismo la seccion adoptaba la siguiente redaccion: "La ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos y un dias despues de la disolucion del matrimonio." El art. 315 de este Código permaneció sin embargo y ha llegado hasta nosotros, tal como ántes lo hemos trascrito. ¿Por qué? Escuchémos á Duveyrier, orador del Tribunado, ante el Cuerpo legislativo: "Los nacimientos tardíos no exigen ninguna disposicion condicional. Es claro que la legitimidad de un hijo podrá ser negada, si nace en el oncenno mes despues de la disolucion del matrimonio, ó por mejor decir, á lo ménos trescientos dias despues de disuelto el matrimonio, porque entonces él ya no puede colocar en el matrimonio ni su concepcion, ni por consiguiente la presuncion legal de su legitimidad. ¿Por qué tal hijo no es de derecho ilegítimo, y puesto en el número de los hijos naturales? Porque todo interes particular no puede ser combatido sino por un interes contrario. La ley no está llamada á reformar lo que ignora; y si el estado del hijo no es atacado, queda al abrigo del silencio que nadie está interesado en romper." Laurent da otra razon: "es un último favor, dice, que la ley acuerda á la legitimidad. Si el estado del hijo no es negado, se le reputará como legítimo. Aquí todavia la ficcion estará en oposicion con la verdad. El hijo nacido uno ó dos años despues de la disolucion del matrimonio es ciertamente un hijo natural; sin embargo, será legítimo, si nadie ataca su legitimidad. El legislador prefiere esta ficcion que á nadie hace mal, puesto que nadie la niega, á la realidad, porque proclamar ésta, seria herir inútilmente al hijo (1)." Contra esta interpretacion del art. 315

(1) Laurent, tom. 3, núm. 386.—Demolombe, tom. 5, núm. 83.—Marcadé, tom. 2, sur l'art. 315, núm. 16, I.—Duranton, tom. 2,

francés solo podemos citar á Toullier que enseñó que en el caso de que se trata, el hijo es ilegítimo de pleno derecho; pero tal opinion es combatida por el mismo anotador de la obra de este juriconsulto, M. Duvergier (1). La jurisprudencia, sin embargo, está dividida, habiendo numerosas sentencias en uno y otro sentido (2).

¿Cuál es sobre esta misma materia nuestra legislación nacional? La ley de 10 de Agosto de 1857, en su art. 25, inciso 4º, nos parece ser conforme de toda conformidad al espíritu que dictó el art. 315 francés: "Tambien será inhábil para heredar, dice esta ley, al marido de su madre, el hijo nacido vividero en el mes undécimo despues de muerto el primero. . . . si los herederos de éste se opusieren á que el hijo sea reputado como del marido. . . ." La ilegitimidad, pues, no procede sino á instancia de los herederos del marido; de manera que en caso de no haber tal demanda, el hijo nacido en el undécimo mes y con mayoría de razon en el duodécimo y así sucesivamente, despues de la muerte del marido, será hábil para heredar al padre, como hijo legítimo.

Los dos Códigos del Distrito Federal (1870 y 1884) y el de Tlaxcala guardan el más absoluto silencio sobre esta importante materia. De interpretar literalmente estos Códigos, podria decirse que ellos establecen la presuncion de ilegitimidad respecto de los hijos nacidos *despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio* por muerte del marido, puesto que

núm. 58.—Daloz, "*Repert. Patern. et Filiat.*" num. 85.—Demante, tom. 2, num. 42, bis. I.—Mourlon, tom. 1, num. 890.—Arntz, *Droit civ. franc.* tom. 1, num. 529.

(1) Duvergier *sur Toullier*, tom. 1, art. 315, note A.

(2) En pro de la legitimidad, Arrets, Aix, 6 avr. 1807; Limoges, 18 juill. 1840.—En pro de la ilegitimidad *ipso jure*, Arrets, Grenoble, 12 avr. 1809. Aix, 8 janv. 1812

reconocen, como en su oportunidad lo hicimos notar (núm. 13), la presuncion de legitimidad en favor de los hijos, si éstos nacen *dentro* de esos trescientos dias. Seria éste un argumento *a contrario*. Pero ¿quién nos asegura que tal haya sido la mente de los legisladores al guardar silencio sobre este punto, cuando vemos que en el Código francés, por ejemplo, el art. 312 (núm. 17) no ha sido obstáculo para que se ponga el 315, ántes citado? Por otra parte, los autores de aquellos Códigos, á lo menos de los del Distrito Federal, segun lo expondremos mas adelante, no solo suponen la posibilidad de *una contienda jurídica* sobre la legitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de la disolucion del matrimonio (arts. 319 de el C. de 1870 y 295 de él de 1884), sino que prescriben que el desconocimiento de un hijo por parte del marido ó *de sus herederos* no pueda hacerse sino por demanda en forma ante uex competente (arts. 325 del primero y 301 del segundo). Luego la ilegitimidad no debe proceder en el sentido de estos Códigos, *ipso jure*, sin necesidad de demanda, ni aun tratándose de hijos nacidos despues del periodo máximo de la gestacion, á contar desde la disolucion del matrimonio por muerte del marido. Tal nos parece ser la más jurídica explicacion del silencio de estas leyes sobre el punto que nos ocupa, viniendo á robustecer nuestro modo de pensar el antecedente ya mencionado de la ley de 10 de Agosto de 1857, segun las cuatro siguientes reglas de interpretacion: *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est quam tutius—Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere—Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur—Sed et posteriores leges ad priores pertinet: nisi contrariæ sint idque multis argumentis probatur.* (1)

(1) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 1, 192, §1.—*Id.* lib. 1, tit. 3, l. 1. 24, 26 y 28.

Necesitábase para decidir lo contrario un texto expreso de ley, como el que se encuentra en los Códigos del Estado de México (art. 278) y de Veracruz (art. 227): "El hijo nacido despues de los trescientos dias de la separacion definitiva por nulidad ó muerte, *es ilegítimo*". Estos artículos están literalmente tomados del 213 del Código mexicano del Imperio (1866).

56. ¿Cuáles son las consecuencias, en orden al estado del hijo nacido trescientos dias despues de disuelto el matrimonio, de la disposicion del art. 315 francés y sus concordantes en nuestra legislacion nacional? Algunos autores y no pocas sentencias de tribunales franceses han resuelto que, al establecer el Código de Napoleon que la ilegitimidad de estos hijos no procede de pleno derecho, y sí sólo prévia la denegacion de los interesados, entendi6 dejar la decision en cada caso particular á la libre y soberana apreciacion de los jueces, quienes, en consecuencia, muy bien podrian, segun las circunstancias, fallar en pró de la legitimidad del hijo, nacido trescientos dias despues de disuelto el matrimonio. Lo que ha dado lugar á esta interpretacion son las siguientes significativas palabras del Consejero de Estado Bigot-Preameneu y de Lahary, Orador del Tribunado: "El nacimiento tardío, dice el primero, puede ser opuesto al hijo si nace trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio. Sin embargo, la presuncion que de aquí resulta no será decisiva contra él, sino en tanto que aquella no fuere debilitada por otras circunstancias." "La palabra *podrá* del art. 315, dice el segundo, que es puramente facultativa, descubre el motivo de esta previsorá disposicion: el artículo quiere que la legitimidad del hijo pueda ser negada; pero quiere tambien que pueda triunfar de todas los ataques que no sean fundados." Maleville, uno de los redactores del Código civil frances, aunque no tan explícitamente como los anteriores jurisconsultos, solo encuentra dificultad para la legitimidad de

estos hijos: "Yo creo, dice, que los jueces se determinarían difícilmente á considerar como legítimo un hijo nacido diez meses despues de la muerte del marido; se ha dejado ya ciertamente en la fijacion de los plazos demasiada amplitud á las mujeres (1)." Merlin cita una sentencia de la Corte de Grenoble de 12 de Abril de 1809, en la cual, si bien se decidi6 que una jóven nacida trescientos diez y ocho dias despues de la muerte del marido de su madre, era ilegítima, se encuentra entre otros, el siguiente considerando que es una no poco elocuente apología de la interpretacion expresada ya por los expositores del Código francés: "Considerando que al admitir aun que el art. 315 no es de tal manera decisivo que no puedan presentarse *circunstancias extraordinarias en que el hijo nacido trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio debiera ser declarado legítimo*, á lo ménos es cierto que resulta de este artículo una presuncion legal de ilegitimidad contra el hijo, y que sería preciso, en este caso, *probar hechos bastante graves y concluyentes para alejar la presuncion resultante de la ley: que estas circunstancias extraordinarias y que no pueden ser sino muy raras, no se encuentran en la causa ni en los hechos que el tutor pide probar etc.* (2)" Finalmente, Demante, el ilustre profesor de la Facultad de Derecho de Paris, enseña, fundándose, por un lado, en la posibilidad científicamente comprobada de los nacimientos posteriores á diez meses de preñez, y por el otro en lo poco explícito de los términos del art. 315, que este no excluye absolutamente el derecho de probar la legitimidad (3).

A pesar de tan respetable argumento, pensamos con la mayoría de los autores y fundándonos en la filosofía del art. 315

(1) Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, tom. 1, pág. 314.

(2) Merlin, *Repert.* "Legitimité," sect. 2, §3, num. 5.

(3) Demante, tom. 2, num. 42, bis.

francés, que otra muy diversa de la anterior es la sola, verdadera interpretación. Desde luego no persuaden los discursos de los oradores del Gobierno, pues como lo nota Merlin (1), aunque aquellos asistían á la discusión de cada artículo del Código, sus exposiciones no eran transmitidas al Consejo de Estado, sino despues de haber sido hechas en el Cuerpo Legislativo, con lo cual es fuera de duda que estos jurisconsultos expresaban, no tanto el pensamiento dominante en la discusión, cuanto el suyo propio individual. Por otra parte, ¿cómo aceptar la posibilidad siquiera de que en virtud de la denegación hecha por el marido, fuese el hijo declarado legítimo, aun cuando hubiese nacido trescientos días despues de disuelto el matrimonio, sin poner la ley en contradicción flagrante consigo misma? En efecto, ya sabemos que despues de las interminables disputas en que se debatió la antigüedad sobre el mayor ó menor tiempo que podía durar la gestación, el legislador moderno se resolvió á ponerles término, fijando de una vez y para siempre, cualesquiera que fuesen las circunstancias de cada caso, dos extremos infranqueables, como mínimum y máximun de duración de aquel período fisiológico, para que fuera de ellos el hijo debiera ser considerado como absolutamente extraño al marido de la madre. Carecen, pues, ya de toda importancia las antiguas y célebres cuestiones sobre el *partu undecimestri*, por que á ellas ha puesto riguroso y severo fin el afán del legislador, por no dejar la solución de estos puntos á la variedad de las opiniones científicas. Además, basta fijarnos en la intención que caracteriza los trabajos legislativos de los primeros años de este siglo en Francia, intención que no era otra sino la de limitar en cuanto fuese posible la esfera de lo vago y arbitrario de que tanto se resentía sobre todo en estas materias, la

(1) Merlin, *Repert.* "Testament," sect. 2, §1 art. 5.

antigua legislación, para convencernos de que el Código de Napoleón no podría ménos que corresponder á los votos de muchos viejos autores, que preocupados del grave peligro para los intereses legítimos y la honra de las familias, que era capaz de traer consigo la posible é ilimitada admisión de hijos extraños al hogar, habían dicho como Brodeau: "la jurisprudencia es sorda, inflexible é inexorable ante la incontinencia de las viudas, que podrían por este medio dar un heredero á su difunto marido, fuera del tiempo ordinario y natural del parto (1)," ó como D'Expilly, "es burlarse del mundo conceder tanto tiempo y vagar á las viudas para arreglar sus asuntos despues de la muerte de sus maridos (2)." Finalmente, ¿cómo razonar en esta materia por analogía con lo que los Códigos expresan en orden al hijo nacido trescientos días despues de que ha tenido lugar la separación provisional ó definitiva por causa de divorcio, cuando este caso y el que nos ocupa son tan absolutamente diversos, como que aquel supone la posibilidad innegable y aun deseada por el legislador de la reconciliación de los cónyuges divorciados (3), mientras que en éste la muerte del marido hace imposible tal suposición (4)?

57. Con la cuestión sobre el estado del hijo nacido despues de trescientos días de muerto el marido de la madre tienen íntima analogía las relativas 1.º al hijo nacido despues de trescientos días á contar desde la separación *provisional* por causa de nu-

(1) Brodeau, *sur Louet*, lett. E., somm. 5. num. 8.

(2) D'Expilly, *Plaidoyer* 9.

(3) Véase tomo 3.º de esta obra, num. 130.

(4) Duranton, tom. 2, num. 58—Marcadé, tom. 2, num. 17—Demolombe, tom. 5, num. 86—Duvergier, *sur Toullier*, tom. 2, num. 829, note A.—Ducarroy, Bonnier et Roustaing, tom. 1, num. 440—Daloz, *Repert.* "Pater. et filiat" num. 86—Laurent tom. 3, num. 387—Arntz, tom. 1, num. 530.

idad (1) y 2º al hijo nacido tambien despues de trescientos dias, pero á contar desde la separacion *definitiva* por la misma causa. Hemos creido, pues, más conveniente tratar aquí de estos puntos que en el comentario ya expuesto sobre los hijos nacidos despues de trescientos dias de la separacion provisional ó definitiva por causa de divorcio, porque al contrario de la nulidad, el divorcio no desune á los esposos sino temporalmente, siendo los más vehementes votos del legislador que el matrimonio vuelva á continuar su curso ordinario para bien de los hijos y conveniencia de la sociedad. Esto supuesto, preguntamos 1º ¿cuál es el estado del hijo nacido despues de trescientos dias de decretada la separacion provisional por causa de nulidad? Lo que hemos dicho en otra parte (núm. 37) sirve para resolver cumplidamente esta cuestion. En consecuencia, el hijo nace legítimo, pero el marido puede desconocerlo, sin perjuicio del derecho de la mujer, del hijo ó de su tutor para sostener en este caso la legitimidad (arts. 317 del Código del Distrito Federal de 1870; 293 del actual; 278 de el de Veracruz y 227 de el del Estado de México). En cuanto al Código de Tlaxcala, como ya lo hicimos notar con motivo del hijo nacido trescientos dias despues de la separacion provisional por causa de divorcio, guarda tambien en su art. 210 el más absoluto silencio respecto al hijo nacido despues del mismo período de tiempo, en el caso igualmente de separacion provisional por causa de nulidad. Este silencio se explica, porque á diferencia de los otros de la República, este Código no prescribe la separacion provisional de los esposos en el caso de juicio sobre nulidad (2). La cuestion propuesta, pues, se resuelve, segun este Código, con-

(1) Véase tomo 3.º de esta obra, num. 222, pág. 313.

(2) Véase tomo 3.º de esta obra, núm. 223.

forme á los principios generales (núm. 13), sobre paternidad y filiacion. Igual silencio debemos señalar sobre el punto que nos ocupa en el Código francés, siendo aplicable en consecuencia el art. 312 (núm. 17).

Volviendo á los Códigos nacionales que sí prescriben la separacion provisional de los esposos para miéntras dure el juicio sobre nulidad del matrimonio, debemos motivar la resolucion ántes expuesta. El hijo, hemos dicho, nace legítimo. ¿Por qué? Creemos haber dado la razon en varios lugares de este comentario: así como en el caso de hijo nacido trescientos dias despues de decretada la separacion provisional por causa de divorcio, subsiste la presuncion de paternidad hasta el desconocimiento del marido (núms. 39 y 40), porque este es un interés privado que no puede ser combatido sino por otro contrario de la misma naturaleza (núm. 55) y si el marido, único y principal interesado, no desconoce á tal hijo, es de pensarse que asi proceda porque cree que es suyo; del propio modo, en el caso de separacion provisional por causa de nulidad, debe permanecer la paternidad presunta hasta la oposicion del marido, porque ademas se trata solo de juicio sobre nulidad del matrimonio, y ese juicio puede desenlazarse con la confirmacion de aquel, quedando entonces el hijo bajo la sombra protectora del matrimonio. Hay en este caso otras dos razones que son particulares de los principios que dominan el sistema legal de nuestros Códigos sobre la nulidad del matrimonio. "El matrimonio una vez contraido, tiene á su favor la presuncion de ser valido: sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia, que cause ejecutoria," dice el art. 273 del Código que sirve de base á nuestro comentario y sobre el cual hemos hablado en su oportunidad (1). Por otra parte hemos ya dicho tambien (2)

(1) Véase tomo 3.º de esta obra, núm. 212.

(2) Véase tomo 3.º de esta obra, núm. 370.