

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-

cer al hijo (1).” Por nuestra parte, debemos decir que el anterior argumento no persuade sino de una cosa, es á saber: que para que el reconocimiento de que tratamos pueda oponerse al marido, es necesario que esté exento de error y sea hecho con perfecto conocimiento de causa. Ahora bien, aplicándose esto, no solo al reconocimiento verificado entre el matrimonio y el nacimiento del hijo, sino tambien al que tiene lugar antes del primero ó despues del segundo, no nos parece que sea buena en derecho la razon invocada para impugnar aquel, como excepcion y solo aceptar estos con tal carácter (2).

50. Establecido que nuestros Códigos han formulado, entre los casos de excepcion en contra del desconocimiento del hijo prematuramente nacido, el reconocimiento expreso del marido, y que este principio, á pesar de no encontrarse en el Código de Napoleon, ha sido siempre seguido por los intérpretes y por la jurisprudencia, debemos entrar al exámen de una cuestion que es el complemento de la anterior. ¿En qué forma debe constar el reconocimiento expreso para que pueda oponerse como excepcion al desconocimiento del marido? Los comentadores del Código francés á una enseñan que cualquier acto, cualquier documento aun privado, y por lo mismo, aun una simple carta, bastaria para dar la prueba á este respecto (3). ¿Qué decidir sobre este particular respecto á nuestra legislacion nacional? Desde luego conviene alejar una objecion que sale al paso en este punto y que no se funda sino en razones de analogía. Todos nuestros Códigos, como lo expondremos en su oportunidad, establecen que el reconocimiento de un hijo na-

---

(1) Dalloz, “Paternité et filiation” num. 76

(2) Laurent, tom. 3 num. 381

(3) Laurent, tom. 3, num. 381—Demolombe, tom. 5 num 75·  
Marcadé, tom. 2, num. 14, II—Dalloz. “Paternité et filiation”  
num. 76--Duranton, tom 2, num. 32

tural sólo producirá efectos legales, si se hiciere en el acta de nacimiento, ó en acta especial, ó en escritura pública, ó en testamento, ó en confesion judicial directa y expresa. Podria, pues, decirse: si esto ha prescrito la ley para el reconocimiento de un hijo natural, se sigue que igual prescripcion *a fortiori* debe regir en órden al reconocimiento del hijo legítimo. Pero no se trata en el presente caso de reconocimiento sino de la prueba de una confesion. Por el hecho de nacer bajo la sombra del matrimonio, el hijo posee ya un estado, y el reconocimiento del marido aquí tiene por objeto, no conferir al hijo lo que ya le pertenece, sino asegurárselo y confirmárselo. Esto supuesto, hay que establecer que la prueba de que se trata entra bajo el imperio del derecho comun, respecto á lo cual no puede dudarse que ese haya sido el pensamiento del legislador, desde el momento en que no se encuentra ninguna prescripcion especial, que determine esta ó aquella forma de prueba.

51. Hay otra excepcion en contra del desconocimiento del hijo por parte del marido, y es la que consiste en que aquel no haya nacido viable. La evidencia de esta excepcion ha sido causa de que algunos legisladores la hayan omitido, pues desde que el recién nacido no ha de vivir sino unas breves horas, carece ya de objeto la accion de desconocimiento, y por otra parte, si el nacimiento prematuro del niño es la causa del desconocimiento del marido, en el presente caso, es ya imposible establecer; si el recién nacido alcanza ó no el desarrollo completo. “Cuando el hijo no es declarado viable, decia Bigot-Prémeneu, no hay ya certidumbre de que sea un parto natural, precedido del tiempo ordinario de la preñez. Toda investigacion de parte del marido seria escandalosa y sin objeto. ¿Cuál podria proponerse aquel, desconociendo al hijo que no debe vivir, si no es atentar á la reputacion de la muger con quien se

ha unido? El marido no puede tener ni aun el interes del divorcio por causa de adulterio, puesto que se supone que la falta es anterior al matrimonio. Los tribunales no deben escucharle en su ciego resentimiento." Conforme con esta razonable y fundadísima doctrina ha sido redactado el inciso 3º del art. 314 del Código de Napoleon, con el cual concuerdan en este punto todos nuestros Códigos en el inciso 4º de los artículos ya citados, formando una excepcion el de Tlaxcala, que guarda completo silencio sobre el particular, por haber tal vez, creido sus autores, de acuerdo en esto con algunos tratadistas, segun lo ya indicado, de obvia evidencia tal excepcion y por lo mismo inútil consignarla (1).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por *viable* para los efectos de los artículos que acabamos de citar? Teniendo este punto forzoso y necesario enlace con muchas cuestiones del derecho civil; ya que se nos presenta tan oportuna ocasion y con el deseo de no repetirnos, al tratar posteriormente de aquellas, vamos á exponer en este lugar de la manera más completa que nos sea posible, sin mengua de ser breves, la doctrina médico-legal acerca de la *viabilidad*, haciendo un resúmen de sus orígenes históricos y poniendo de manifiesto los fundamentos filosóficos y legales en que descansan los preceptos de nuestros Códigos, relativos á este asunto, y que son de tanta trascendencia en lo que toca á nuestras relaciones civiles.

Las leyes romanas aunque minnciosas, no dieron al concepto jurídico de la *viabilidad*, la importancia que se nota en

---

(1) Laurent, tom. 3 num. 380—Demolombe, tom. 5, num. 72—Marcadé, tom. 2 num. 15.—Demante, tom. 2, num. 41, III—Duranton, tom. 2, num. 34—Dalloz, "Paternité et filiation" num. 77, Merlin, *Repert*, "Legit" sect. 2. § 5. num. 6.—Proudhon, tom. 2 pág. 12.

las legislaciones modernas. Bastaba para los efectos legales que el hijo hubiese nacido, aunque al momento muriese, con tal de que tuviera figura humana. *Qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.—Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur.—Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exsecto ventre editus sit; nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. §1 Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit (1).* Los emperadores Diocleciano y Maximiano preceptuaron sobre esta materia en el mismo sentido. *Uxoris abortu, dicen, testamentum mariti non solvi: posthumo vero præterito, quamvis natus illico decesserit non restitui ruptum, juris evidentissimi est.* Habiéndose dividido, como en otros puntos del derecho, las dos famosas escuelas de Sabinianos y Proculyanos, con respecto á la prueba necesaria para que el hijo se considerara como nacido, Justiniano se decidió por la opinion de los primeros, segun la cual bastaba presuncion, legal de vida, para que el hijo fuese reputado como nacido, sin más condicion que la de salir del seno materno, íntegro y perfectamente vivo, y no ser *monstruo* ó *prodigio*. *Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si posthumus in hunc*

---

(1) *Dig.* lib. 50, tit. 16, l. 129—*Id.* lib. 1. tit. 5, l. 14—*Id.* lib. 28, tit. 2, l. 12.

*quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce substractus est, dubitabatur si is posthumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset: et si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam: et sancimus, si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium (1). Como se ve, segun la legislacion romana, la viabilidad no consistía sino en el hecho del nacimiento con figura humana, no importando nada que el nacido muriese al instante, pues las palabras: *quamvis natus illico decesserit* no dejan lugar á duda.*

Es el Fuero Juzgo, monumento imperecedero de la sabiduría goda, el primero que reunió al concepto de viabilidad las dos ideas importantísimas de duracion de la vida y anotacion del nacimiento en los registros parroquiales mediante el Sacramento del Bautismo. “E porque los padres, dice el Rey Flavio Rescindo, puedan aver la buena de tal fio, e que la vida del ninno sea tal que cuemo puede aver la vida celestial, assi haya la vida terrenal: establecemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras, si despues que fuere nascido rescibiese baptismo, e visquiese X dias, que tod omme que cubdicia ganar la buena del padre ó de la madre por este ninno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; e asi aquel que finca despues dél, haya la buena. E quando el ninno a la tierra por heredad, e las cosas celestiales que son apareiadas, sus herederos hayan las te-

---

(1) *Cod. lib. 6 tit. 29, l.l. 2 y 3.*

renales, y este gane las cosas que defallen. E que si el muer to non puede usar las cosas terrenales, derecho es que si al que non, que pueda ganar las cosas celestiales (1).” El Fuero Real repite la condicion del bautismo y guarda silencio sobre la del tiempo, la cual, sin embargo, en opinion de algunos críticos, debe presumirse, tratándose de un Código que, como éste, fué modelado en su mayor parte sobre el Fuero Juzgo (2). El Código Alfonsino viene á robustecer todavía más esa duda con respecto á la circunstancia de tiempo y en órden á la viabilidad. La filiacion romana de este Código se manifiesta en muy pocas materias más que en la presente: “Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la mujer, e non son figurados como omes; assi como si ouiessen cabeza o otros miembros de bestia..... Mas si la criatura que nasce, a figura de ome, maguer aya miembros sobejanos, o menguados, nol empesece &c.—E estonce, si el fijo o la fija nasciere viuo, el aura la heredad, e los bienes del padre (3).” Se vé, pues, que, como la legislacion romana, este Código no habla, al tratar de la viabilidad, sino de dos condiciones: el nacimiento y la figura humana. ¿No serán ya necesarias, como lo declarara el Fuero Juzgo, las circunstancias de tiempo y bautismo? Para aclarar estas dudas, que no fueron desvanecidas ni en los Fueros patrios, subsiguientes al Código de las Partidas, fué promulgada la ley 13 de Toro, repetida despues en la Recopilacion y en la Novísima (4), y cuyo texto es el siguiente: “Por evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tit. 2, l. 18.

(2) Gomez de la Serna y Montalban, *Derecho civil y penal de España*, tom. 1, pág. 104—*Fuero real*, lib. 3, tit. 6, l. 3.

(3) *Partida* 4.ª, tit. 23, l. 5—*Id.*, 6, tit. 6, l. 16.

(4) *Recop.*, lib. 5, tit. 8, l. 2—*Nov.*, lib. 5, tit. 1, l. 2.

son abortivos. Ordenamos e mandamos que el tal fijo se diga que naturalmente es nascido, e que no es abortivo cuando nasció vivo todo, e que á lo menos despues de nascido vivió veinte é cuatro horas naturales, é fué baptizado antes que muriese, é si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, ó no fué baptizado, mandamos que el tal fijo sea habido por abortivo, é que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes; pero si por el ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos que aunque concurren en el dicho fijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo." A no pocas controversias ha dado, sin embargo, lugar la anterior disposicion, versando ellas principalmente sobre lo que debia entenderse por las palabras *vivo todo*, pues, segun unos, el hijo habia de nacer *todo* y nacer *vivo*, y segun otros, dicha frase significa que la criatura ha de vivir completamente desprendida del seno materno, en cuyo segundo sentido es fuerá de duda que ha sido interpretada la ley taurina por el art. 60 de la ley española de 18 de Junio de 1870, la cual reprodujo al pié de la letra el art. 107 del Proyecto de Código Civil español del Sr. Goyena.

Al discutirse el Código de Napoleon y con motivo del inciso 3º ya citado del art. 314 de ese Código, el Consejo de Estado adoptó, como condicion constitutiva de la viabilidad, la supervivencia del hijo durante diez dias desde su nacimiento; pero al pasar este proyecto de ley al Tribunado, tal condicion fué suprimida, quedando el artículo referido en la forma antes expuesta. Escuchemos á Duveyrier en la relacion hecha en nombre del Tribunado ante el Cuerpo legislativo: "Se ha procurado evitar las investigaciones, las declaraciones de *viabilidad* y todas las dificultades y procesos que podria engendrar el estado físico de un hijo, á quien dos intereses opuestos juzga-

rian bien ó mal constituido. Se ha creído que un hijo traía por sí mismo al nacer, y debía presentar en el curso más ó menos limitado de su existencia, la prueba de su perfecta ó imperfecta constitucion. Se pensó, en consecuencia, que fijando el término más largo de la existencia que podia recorrer un niño imperfectamente organizado, se obtendria una decision más pronta y segura, lográndose en este sentido establecer que el desconocimiento del marido no seria admitido, si el hijo moria dentro de los diez dias de su nacimiento. Pero con esto se establecia una lucha muy peligrosa entre la vida del niño y el honor de la madre. Era preciso que el hijo muriese en los diez dias, para que su madre viviera sin deshonra y sin reproche. De aquí el temor ingenioso, pero razonable de que una negligencia afectada ó medios más culpables tal vez, viniesen á suplir á la imperfeccion supuesta de la naturaleza y á ejercer una influencia fatal sobre el hijo cuya vida debía ser el oprobio de su madre y el título de su condenacion. Este sentimiento era bien digno de conmover á hombres virtuosos, y ellos sin vacilar prefirieron, á riesgo de algunas contestaciones inevitables, el partido adoptado en el proyecto de ley." La legislacion francesa, pues, sin fijarse para establecer su viabilidad en las condiciones de tiempo, figura humana y anotacion del nacimiento en el Registro del estado civil, abandona por completo en cada caso esta cuestion á los tribunales, quienes tienen que sujetarse á la consulta de los médicos. No basta, en consecuencia, que el hijo haya vivido aun durante el tiempo máximo fijado en otras legislaciones para que sea considerado viable, si segun el dictámen facultativo está destinado á morir por defectuosa constitucion. Al contrario, el hijo puede ser viable, aun cuando muera á las pocas horas de su nacimiento, si, al decir de la ciencia, no presenta en su conformacion física las cau-

sas de su efímera vida (1). Las dificultades inherentes á este sistema no se han ocultado en Francia ni aun á los mismos médicos, que han sentido la necesidad de completar aquella legislación con un cierto número de artículos adicionales, como el único medio posible de terminar y aun prevenir discusiones en que se interesan grandemente el orden social y la quietud de las familias. ¿Cómo demostrar, en efecto, la relacion necesaria que debe exigirse entre la muerte de la criatura y su estado congénito, cuando la vida dura algun tiempo, y cómo declarar, en muchos casos, no viable al hijo, porque, hecha la autopsia de su cadáver, se haya encontrado la lesion de un órgano indispensable para la vida, cuando no es imposible que aquella surja despues de muchos dias de nacimiento, tras del desarrollo más perfecto y en medio de la más completa salud? Esto hizo al doctor Chaussier presentar en 1826 al Ministro de Justicia en Francia una memoria médico-legal sobre la viabilidad, con el intento de completar la legislación civil en este punto y señalar á los médicos legistas un derrotero para sus investigaciones y estudios. En esta memoria, que es ampliamente discutida por el célebre Orfila (1), despues de consignarse las enfermedades que como la hidrocefalia, la espina bífida, la anacefalia y otras por el estilo, cuando son congénitas, hacen imposible la vida, se rinde tributo en lo esencial á las disposiciones de la ley 13 de Toro, ántes citada, reconociéndose que para la viabilidad son necesarios, aparte de la conformacion física, los dos requisitos de tiempo y de presentacion ante el Registro del estado civil.

Veamos ahora cómo se ha manifestado nuestra legislación

---

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 72—Marcadé, tom. 2, num. 15—Laurent, tom. 3, num. 380—Merlin, *Repert.* "Legitimité," sect. 2, §1, VI.

(1) Orfila, *Medecine légale*, tom. 1, pág. 299.

nacional sobre esta importante materia. "No se reputará *vividero*, decia en su art. 25, inciso 2 la ley de 10 de Agosto de 1857, al que naciere con lesion ó defecto orgánico, que le impida vivir, ni al que naciere antes de 180 dias contados desde el de la concepcion, sea cual fuere el tiempo que aquel y este vivan. Fuera de estos bastará para que la criatura herede, que viva un solo instante." Desde luego nos parece que la presente ley hace depender la viabilidad, en alguno de los casos que menciona, de un dato que la naturaleza ha envuelto en el misterio más impenetrable. ¿Cómo, en efecto, saber la fecha precisa en que ha empezado la concepcion, para contar esos 180 dias de que se habla? Si el punto de partida para este cálculo es el matrimonio, se corre riesgo de declarar muerto al hijo que en estado de perfecto desarrollo hubiera sido engendrado ántes de aquel. Por otra parte, rigurosamente interpretada la definición que esta ley hace de la viabilidad, resulta que será no viable el hijo que viviere, desprendido del seno materno, tres ó más años, pues sólo exige para tal efecto que la criatura presente lesion ó defecto orgánico que le impida vivir, pero sin determinar cuánto tiempo, ó que nazca ántes de ciento ochenta dias, á contar de un momento tan oscuro é incomprensible como el de la concepcion.

52. Despues de haber recorrido las distintas legislaciones que quedan expuestas, se comprenderá que existen dos sistemas para establecer la viabilidad: uno que consiste en fijar un tiempo determinado de duracion á la vida, mas allá del cual se considere como nacido al hijo, sean cuales fueren sus condiciones orgánicas, y otro que, atendiendo á las condiciones congénitas, deduce de su falta la no-viabilidad, cuando ellas son incompatibles con la vida, ó la muerte se produce como consecuencia fatal y necesaria de aquellas. Ambos sistemas tienen, sin duda, graves inconvenientes, ya porque pequen muchas veces contra

la realidad de las cosas como el primero, ya porque den origen á interminables disputas como el segundo.

53 ¿Cómo han resuelto este punto los varios Códigos de la República? Conoscamos ántes la exposicion hecha por el legislador del Distrito Federal de 1870: “Unos autores declaran que basta un momento de vida y otros exigen mas ó ménos tiempo, que se ha exajerado hasta el de diez dias. Si la cuestion se examina bajo el punto de vista material, no hay duda en que basta un instante de vida; puesto que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento (1). Pero como es tan difícil señalar ese instante; y como muy frecuentemente la muerte de los niños acabados de nacer depende de la dificultad del parto, es muy probable que concentrada la atencion de la familia en el peligro de la madre, no pueda fijarse debidamente el momento que vivió el niño. Y como en estos casos se atraviesan cuestiones entre los colaterales y extraños, son muy fáciles el abuso, el cohecho y aun otros delitos. Pareció, pues, á la comision muy prudente el término señalado en las leyes de Toro; porque durante veinticuatro horas, disminuyen extraordinariamente los peligros indicados. Y deseando limitar más el término y fijar una base enteramente auténtica, añadió: que si dentro de veinticuatro horas, el niño es presentado vivo al registro civil, se tendra por nacido para los efectos legales” Como consecuencia de estos principios fué redactado en la forma que sigue el art. 327 de este Código, el cual rige en la mayoría de los Estados de la República: “Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de este período de tiempo fuere presentado vivo al registro civil, se tendrá como nacido.” Segun este artículo la

---

(1) Véase tomo I. de esta obra, núms. 94 y sigts.

viabilidad consiste en la reunion de las cuatro condiciones que se indican. Pero habiendo sido sujeto á revision este Código, el punto que nos ocupa fué reformado, quedando el artículo que es hoy el 303 del Código que comentamos, redactado en los términos siguientes: «Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al registro civil.» Ya no es, pues, necesario el concurso de todos los requisitos expresados en el art. 327 del Código de 1870. Nuestro ilustrado compañero el Sr. M. Macedo, Secretario de la comision encargada de las reformas, expresa así el carácter y los motivos de la que nos ocupa: «La mente del artículo reformado es que se reputa nacido el feto que nace con figura humana y vive veinticuatro horas, aun cuando no sea presentado vivo al registro civil, ó bien que es presentado, aunque no llegue á vivir las veinticuatro horas. En este sentido fué reformado el artículo.... Lo importante es comprobar que el niño ha vivido, que ha tenido existencia como sér diverso é independiente de la madre, y que por lo mismo ha sido una persona jurídica; esta comprobacion se obtiene ya por la sola presentacion del niño vivo al registro, ya por el solo hecho de vivir veinticuatro horas, término suficiente para que si el niño lo ha vivido, no pueda dudarse de que ha tenido vida extrauterina, vida propia (1).» Al Código que comentamos sigue al pié de la letra el de Tlaxcala en su art. 216. Los Códigos de Veracruz (arts. 286 y 919, inciso 2) y del Estado de México (arts. 235 y 66) siguen á la ley de 10 de Agosto de 1857, ántes citada.

---

(1) Lic. Miguel S. Macedo, *Datos para el estudio del nuevo Código civil*.

§ 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 órden 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 contado 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., <sup>o</sup> 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 tribunos, 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 3<sup>o</sup> 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 enseñ. 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 jurisconsulto, 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, podría 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.—Dalloz, "*Repert. Patern. et Filiat.*" num. 85—Demante, tom. 2, num. 42, bis. I.—Mourlon, tom. 1, num. 890.—Arntz, *Droit cie. 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 vez 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 contrarice sint idque multis argumentis probatur.* (1)

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

Necesitariase 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, entendió 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 Tribunalado: "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 decidió 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 interpretacion. Desde luego no persuaden los discursos de los oradores del Gobierno, pues como lo nota Merlin (1), aunque aquellos asistían á la discusion de cada artículo del Código, sus exposiciones no eran trasmitidas 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 discusion, cuanto el suyo propio individual. Por otra parte, ¿cómo aceptar la posibilidad siquiera de que en virtud de la denegacion hecha por el marido, fuese el hijo declarado legítimo, aun cuando hubiese nacido trescientos dias despues de disuelto el matrimonio, sin poner la ley en contradiccion 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 podia durar la gestacion, 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 mínimun y máximun de duracion 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 impertancia las antiguas y célebres cuestiones sobre el *partu undecimestri*, por que á ellas ha puesto riguroso y severo fin el afan del legislador, por no dejar la solucion de estos puntos á la variedad de las opiniones científicas. Además, basta fijarnos en la intencion que caracteriza los trabajos legislativos de los primeros años de este siglo en Francia, intencion 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 legislacion, para convencernos de que el Código de Napoleon no podria 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 admision de hijos extraños al hogar, habían dicho como Brodeau: “la jurisprudencia es sorda, inflexible é inexorable ante la incontinencia de las viudas, que podrian 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 órden al hijo nacido trescientos dias despues de que ha tenido lugar la separacion 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 reconciliacion de los cónyuges divorciados (3), mientras que en éste la muerte del marido hace imposible tal suposicion (4)?

57. Con la cuestion sobre el estado del hijo nacido despues de trescientos dias de muerto el marido de la madre tienen íntima analogía las relativas 1.<sup>o</sup> al hijo nacido despues de trescientos dias á contar desde la separacion *provisional* por causa de nu-

---

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

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

(3) Veáse tomo 3.<sup>o</sup> 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.—Ducarro, Bonnier et Roustaing, tom. 1, num. 440—Daloz, *Repert.* “Pater. et filiat.” num. 86—Laurent tom. 3, num. 387—Arntz, tom. 1, num. 530.

lidad (1) y 2º al hijo nacido tambien despues de trescientos dias, pero á contar desde la separacion *definitiva* por la misma causa. Hemos creído, 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. ¿Porqué? 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 contraído, 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.

que el matrimonio putativo, ó sea el contraído de buena fe á lo ménos por uno de los cónyuges, produce todos sus efectos civiles en favor de los hijos nacidos *durante él*.

Pero poco ha, hemos afirmado que el marido *puede desconocer* á este hijo nacido despues de trescientos dias de decretada la separacion provisional por causa del juicio sobre nulidad del matrimonio. ¿Cuál es la razon de este derecho del marido, tratándose de un hijo á cuyo favor subsiste la presuncion de legitimidad, como nacido durante el matrimonio? Basta referirnos á lo ya expuesto (núm. 38) con motivo de la excepcion establecida, á semejanza de la ley francesa de 6 de Diciembre de 1850, por la mayoría de los Códigos modernos. Pero fijados los dos puntos anteriores, surge tambien en este caso la siguiente importantísima cuestion: ¿necesita el marido, aparte del desconocimiento del hijo en cuyo estado nos ocupamos, presentar pruebas directas y positivas de su accion, ó este trabajo en favor de la legitimidad del hijo, es impuesto por la ley al último, ó á su madre, ó á su tutor, segun los casos? Dada la analogía que esta especie guarda con la del hijo cuya legitimidad es desconocida per el marido en el caso de separacion provisional por causa de divorcio, nos referimos á nuestras anteriores explicaciones, sosteniendo en esta cuestion el mismo parecer (núm. 39).

2º. Cuál es el estado del hijo nacido despues de trescientos dias de pronunciada la sentencia ejecutoria sobre nulidad del matrimonio? Para resolver esta cuestion es necesario distinguir en órden al matrimonio nulo, el que es putativo del que está herido de absoluta y completa nulidad, ó sea, el contraído con mala fé por ámbos cónyuges. Sabemos ya que el primero produce todos sus efectos civiles, así en favor del esposo ó esposos inocentes como de los hijos nacidos ántes de su celebracion, durante él, y trescientos dias despues de la declaracion de nuli-

dad. Verdad es que ahora tratamos de un hijo nacido, no *dentro* de los trescientos días de pronunciada la sentencia definitiva de nulidad, sino *después* de ese mismo plazo y á contar del propio punto de partida. Sin embargo, si tratándose del hijo nacido después de trescientos días de muerto el marido de la madre, hemos establecido, de acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia y los textos legales, que es legítimo hasta la denegación de los interesados en contradecir tal legitimidad, evidentemente hemos tomado en consideración, no sólo el razonamiento de Duverryer, según el cual, siendo esta cuestión de la ilegitimidad de un carácter privado, no podía la ley resolverla *ipso jure*, sino además que el silencio de los herederos del marido no puede en rigor de justicia interpretarse de otro modo, sino presumiendo que, por uno de tantos fenómenos de la naturaleza, tal hijo, en el concepto de aquellos, y á pesar del tardío nacimiento, fué engendrado por el difunto marido. Esta legitimidad, pues, aunque meramente ficticia, no viene en realidad á ser sino efecto del matrimonio, una vez existente. Pero si es efecto del matrimonio, él debe también producirse en el caso de matrimonio putativo, por lo que hace al hijo nacido después de trescientos días de pronunciada la separación definitiva entre los falsos esposos. Negar esto equivaldría á privar al matrimonio putativo de una de sus prerrogativas más excel-sas (1).

Pero si el matrimonio putativo produce todos los efectos civiles del verdadero matrimonio en orden á los hijos, esta semejanza no debe exagerarse hasta el extremo de que tales efectos sean más extensos en el primero que en el segundo. En consecuencia, si refiriéndonos al hijo nacido trescientos días después de muerto el marido de la madre, hemos dicho que basta

---

(1) Véase tomo 3.<sup>o</sup> de esta obra, nums. 357 y 370.

la oposicion de los herederos de aquel para que tal hijo sea necesariamente ilegítimo, igual resolucion debe aplicarse al caso que nos ocupa y por lo mismo bastará la denegacion del falso marido, ó de sus herederos para que aquella legitimidad ficticia caiga por tierra y cese de dar derechos al hijo que la invocara en un principio (núm 56).

En cuanto al matrimonio nulo, que no es putativo, la anterior cuestion apenas puede proponerse. ¿Cuál es el estado del hijo nacido trescientos dias despues de pronunciada la sentencia ejecutoria de nulidad sobre semejante matrimonio? Como éste no existe absolutamente, porque es nulo en todo el rigor y extension de la palabra, no puede aplicársele en ningun sentido ni la menós importante de las prescripciones establecidas respecto á los verdaderos matrimonios. Este de que hablamos no es como el putativo, una imitacion de aquellos; luego no es capaz de producir ninguno de sus efectos. Tal hijo, pues, será natural ó espúrio, segun los casos (1).

58. Con las cuestiones sobre legitimidad ó ilegitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de muerto el marido de la madre, se liga íntimamente la relativa á la filiacion del hijo nacido despues de un matrimonio que la madre viuda contrajera, sin respetar el plazo de diez meses que la ley le impone. Hemos expuesto en otra parte (2) las razones por las cuales desde la legislacion romana se habia prohibido á la viuda pasar á segundas nupcias, si no es despues del trascurso de cierto tiempo, y cuyas razones se encierran en la siguiente frase de Ulpiano: *Prætor ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*. Sin embargo, como la infraccion de este precepto por las viudas no implicaba ni im-

(1) Veáse tomo 3.º de esta obra, núm. 370.

(2) Veáse tomo 3.º de esta obra, num. 380, inciso 5.º y sigts.

plica hasta hoy la nulidad del matrimonio nuevamente contraído, del cual pueden sobrevenir hijos, surge la siguiente, importantísima cuestión: ¿ á cuál de los dos maridos deberán ser atribuidos tales hijos? Este punto ha sido desde antiguo muy diversamente tratado, pudiendo afirmarse que han existido respecto á él tantas opiniones como autores, y que en pocas materias como en ésta se extremó la sutileza de los viejos legistas. Voët nos da cuenta de los distintos sistemas conocidos en su tiempo para resolver esta dificultad. Segun unos, el hijo nacido en tales circunstancias tendria derecho á la sucesion de uno y otro marido, como si tuviera dos padres. Otros concedian al hijo la eleccion entre el primero y el segundo marido. No faltaban quienes, invocando la incertidumbre sobre esta filiacion, enseñaban que tal hijo no debia pertenecer ni á uno ni á otro marido. La semejanza, física ó moral del hijo con uno de los maridos en grado mas patente que con el otro sirvió tambien de base á algunos para decidir esta cuestion. El mismo Voët establecia que lo más razonable y conforme á los principios del derecho era atribuir siempre el hijo al segundo marido, no sólo en el caso en que no pudiera presumirse la paternidad del primero por razon de la caducidad ó enfermedad que lo condujera al sepulcro y que diera lugar á creer que no habia cohabitado con su esposa, sino tambien cuando hubiera muerto súbitamente y en la fuerza de la edad. La razon es, dice este autor, que la gestacion puede muy bien terminarse en el séptimo mes y que en la especie ella habria tenido á lo ménos esta duracion, suponiendo al hijo concebido por obra del segundo marido desde la celebracion de su matrimonio (1). Finalmente el jurisconsulto Carranza, fijándose en el tiempo mas probable de la duracion

---

(1) Voët, *Ad Pandectas*, tit. *de his qui sui vel alieni juris sunt*, num. 9, l. 1, tit. 6.

de la preñez, establece el sistema que sigue: “El hijo, dice, que para el primer marido es decimestre y para el segundo nonomestre, ó septimestre debe pertenecer al primero; y lo mismo ha de decirse si para el primero fuese nonomestre, y septimestre ú octomestre para el segundo. Si siendo sietemesino para los dos, lo fuese para el primero de doscientos diez días poco más ó ménos, y para el segundo de ciento ochenta solamente, debe presumirse hijo del primero. Lo contrario habrá de juzgarse si siendo diezmesino para ámbos, lo fuere de trescientos días poco más ó ménos para el primero y de doscientos ochenta ó dos ó tres días más ó ménos para el segundo, pues entónces á este último es á quien debe darse, como igualmente en el caso de que sea ochomesino para el muerto y sietemesino para el vivo. Finalmente, si con respecto al primer marido fuere once-mesino, y con respecto al segundo diezmesino, el segundo será indudablemente quien deba ser tenido por su padre (1).”

59. El Código de Napoleon carece de un texto expreso que pueda resolver esta dificultad. De aquí se ha originado la mayor divergencia entre los autores y en la jurisprudencia francesa. Laurent, siguiendo á Zacharias, enseña que la cuestion debe decidirse atento el mayor interes del hijo (2). Esta solucion por lo demás, es la seguida por la jurisprudencia inglesa (3). Sin embargo, el mismo Laurent, en su proyecto de un Código Belga, resuelve el punto en cuestion de otra manera: “Cuando una mujer, dice, vuelve á casarse áutes del trascurso de diez meses de la disolucion ó anulacion de su matrimonio, el tribunal decidirá, *segun las circunstancias*, si el hijo que nazca per-

---

(1) Carranza. *Disputatio de vera humani partus naturalis et legitimi designatione*.

(2) Laurent, tom. 3. num. 388.

(3) Blakstone. *Comentario á las leyes inglesas*, lib 1, cap. XVI.

tenece al primero ó al segundo marido." Como el sistema del legislador moderno, en materia de paternidad y filiacion es decidir las dificultades que surjan por la aplicacion de las presunciones, y no segun la apreciacion del juez ni el dictámen de los facultativos médicos, esta solucion del juriconsulto belga nos parece no estar conforme con sus mismas apreciaciones jurídicas, segun las cuales, la ley ha establecido presunciones, precisamente para no dejar nada al dominio exclusivo del juez, por temor á la arbitrariedad, á la parcialidad (1). Otros autores enseñan que lo mas acertado es decidirse por la paternidad del segundo marido, porque, dicen, apoyando las razones de Voët, ántes expuestas, que se debe reprochar al segundo marido la falta que ha cometido casándose con una viuda, antes de la espiracion del plazo de luto. Es por su imprudente precipitacion por lo que ha sido posible la *turbatio sanguinis*; el segundo marido, pues, no tendria derecho de quejarse (2). Pero esto, en nuestro concepto, no es interpretar la ley sino hacerla, fuera de que no se trata en esta cuestion de imponer una pena á los cónyuges infractores de tal ó cual prescripcion de la ley civil, sino de determinar, en el posible grado de acierto, á quién pertenece de entre los dos maridos la paternidad.

60. Nuestra legislacion nacional, aunque muy poco uniforme en esta importante materia, se esforzó, impulsada quizá por la vaguedad que domina la jurisprudencia antigua y la de otros países, en fijar bases ciertas para esta doble paternidad que puede ser con igualdad de méritos disputada por un mismo hijo. Sin duda alguna que los textos legales que vamos á exponer pueden dar lugar á consecuencias muy contrarias á la realidad de

(1) Arantz, tom. 1, núm. 527.—Marcadé tom. 1, *sur l'art. 228*.

(2) Demante, tom. 2, núm. 42 bis.—Fargues. *De la filiation légitime*, núm. 27.—Dalloz, *Repert.*, "Pater. et filiat." núm. 91.—Duranton, tom. 1, núm. 63.

las cosas; pero á lo menos ellos servirán para prevenir litigios de imposible resolucion segun los diferentes sistemas antes expuestos. Los Códigos de Veracruz (art. 283) y del Estado de México (art. 232) establecen: I. Se presume que es hijo del primer marido, si nace dentro de los ciento ochenta dias inmediatos á la muerte de éste, con una constitucion física bastante robusta, para que, á juicio de los peritos en la ciencia, pueda reputarse nacido en un término ordinario, y consta ademas, que el primer marido se encontraba, al tiempo de su muerte, en estado de cohabitar con su mujer. II. Se presume que es hijo del segundo marido, si naciendo dentro del expresado término, puede presumirse que el primer marido, por razon de caducidad ó ausencia, no cohabitó con su mujer, y los peritos en la ciencia califican que ha nacido ántes del término ordinario. III. Igualmente se presume que es hijo del segundo marido, si nació entre los doscientos diez y doscientos cuarenta dias inmediatos á la celebracion de su matrimonio.—El Código de Tlaxcala (art. 217) contiene análogos principios: I. Se presume, dice, que el hijo es del primer marido si nace dentro de los ciento ochenta dias inmediatos á la muerte de éste. El que niegue la legitimidad en este caso deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido. II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nació despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio.—Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 324 de el de 1870 y 300 del actual) establecen el primero: que se presume que el hijo es del primer marido, si nace dentro de los ciento ochenta dias inmediatos á la muerte de éste. El que niegue la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido; se presume que es hijo del segundo marido, si nació despues de doscientos diez dias, contados desde la celebracion del matrimonio. El Código

actual, reformando al anterior en cuanto al primer plazo que establece, al cual sustituye este con el de doscientos diez días, añade la siguiente regla: se presume que es hijo natural, si nació después de los doscientos diez días siguientes á la muerte del primer marido y ántes de doscientos diez días contados desde la celebracion del segundo matrimonio.

Dos reflexiones nos sugiere esta novísima legislación. Sin dejar de reconocer cuán loable es que nuestro legislador haya establecido reglas fijas y seguras para resolver cuestiones inextricables, en las cuales podría ser muy peligrosa la arbitrariedad judicial, debemos deplorar que en la reforma respecto al Código civil anterior, se haya sustituido el plazo de ciento ochenta días á contar desde la muerte del primer marido con el de doscientos diez, cuya razon no puede alcanzarse, pues sabemos que la duracion mínima de la preñez son ciento ochenta días completos. “La circunstancia, dice nuestro ilustrado compañero M. Macedo, Secretario de la Comision reformadora, de que por lo comun el marido no puede tener y no tiene acceso con su mujer en el período inmediatamente anterior á la disolucion del matrimonio, permite reducir el término de trescientos días pero la reduccion á solo ciento ochenta pareció excesiva y por eso se limitó á doscientos diez, igualando este término con el de la fraccion 2<sup>a</sup>.” Pero ya fijado por la sancion de los siglos y las enseñanzas mas acreditadas de la ciencia que es posible la gestacion de seis meses completos ¿por qué motivo reformar este punto? La razon dada por el Secretario de la Comision no convence sino de que en muchos casos será controvertible la paternidad atribuida al primer marido; pero para esto, el mismo Código antiguo decia como dice hoy el actual: “El que niegue la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido.”

En cuanto á la adicion contenida en la fraccion 3.ª del

art. 300 vigente, nos parece que ella viene á trastornar todo el sistema definido por el legislador moderno en órden á la legitimidad, porque proclama *ipso jure* que el hijo nacido en estas circunstancias es solo natural ó lo que es lo mismo, ilegítimo, aun sin el desconocimiento de la parte interesada.

§ 5. ¿COMO DEBEN CONTARSE LOS DISTINTOS PLAZOS QUE LA LEY MENCIONA EN EL TITULO SOBRE PATERNIDAD Y FILIACION?

61. Nada mas importante sin duda que establecer de una manera precisa y clara el sistema á que deberán sujetarse los tribunales en la fijacion de los términos fatales que las leyes señalan, ya para la duracion de la preñez, ya para el ejercicio de las acciones y excepciones relativas á la filiacion y á la legitimidad. Seria, pues, de desear que nuestros Códigos nacionales, á semejanza de lo hecho por Laurent en su proyecto de un Código belga (art. 279), hubieran preceptuado la manera única de calcular los plazos de que se trata en la importante materia que nos ocupa. Pero no habiendo tampoco respondido á esta necesidad el Código de Napoleon, es inevitable la controversia sobre este punto, y para resolverla, no cabe otro medio que invocar el raciocinio, sin perjuicio de los datos que suministra la legislacion vigente. La antigüedad nos proporciona dos principios que en opinion de algunos autores, son como la piedra angular en esta materia: *Dies termini computatur in termino; dies a quo non computatur in termino*. Segun estas máximas, cuando los Códigos señalan, como el que sirve de base á nuestro comentario, ciento ochenta dias para las preñeces mas cortas y trescientos para las mas largas, debe entenderse que el primer plazo empieza á correr con el dia siguiente á aquel en que el matrimonio se ha celebrado, hasta el último en que concluye *inclusive*, contándose el segundo plazo desde el

dia de la muerte ó nulidad tambien *exclusive* hasta el dia último de los trescientos *inclusive*. ¿Esta manera de calcular tales plazos es conforme al texto de la ley? El Código antes citado dice: se presumen por derecho legítimos: 1<sup>o</sup> los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias *contados desde la celebracion* del matrimonio; II. los hijos nacidos dentro de los trescientos dias *siguientes á la disolucion, etc., etc.* Las palabras del primer inciso: *contados desde la celebracion del matrimonio* autorizan á creer que el *dies a quo* debe computarse en este término y la razon parece exigirlo tambien porque el principio de la concepcion puede tener lugar el dia de la celebracion del matrimonio. En cambio, diciendo el inciso segundo para las preñeces mas prolongadas: trescientos dias *siguientes á la disolucion*, parece habernos querido expresar el legislador que su mente fué en este caso no tomar en cuenta el *dies a quo*. Sin embargo, todo el mundo conviene en que un mismo principio tiene que regir en el cómputo del tiempo ambos casos. Luego hay que contar ó excluir en los dos y en todos los demás puntos que se ofrezcan sobre estas cuestiones el *dies a quo*.

Ahora bien, preciso es repetirlo: las leyes son mudas sobre el particular. ¿Qué hacer? Demolombe (1) enseña que los plazos mencionados deben contarse por dias, excluyéndose siempre el *dies á quo*; pero exigiéndose que sea entero el *dies termini*. Esta es sin duda la opinion más comun entre los autores franceses, quienes se fundan principalmente en la analogía que suponen entre estas cuestiones de paternidad y filiacion y la prescripcion. En efecto, el Código de Napoleon dice en sus arts. 2,260 y 2,261 que la prescripcion se cuenta por dias y no por horas y que ella es adquirida cuando el último dia del término ha corrido por completo. La cuestion, pues, se

---

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 18.

reduce á averiguar si existe realmente analogía entre dos materias que desde luego á primera vista parecen tan diversas entre sí. Nos resistimos á creer que tal analogía haya querido ser establecida por los legisladores, pues mientras, tratándose de la prescripción es ciertamente poco ménos que imposible, conocer el momento preciso en que empezó hace diez ó veinte años la posesión, debe confesarse que es muy fácil saber cuándo empezó ó lo que es lo mismo, pudo empezar la concepcion, supuesto que lo más seguro ó por lo ménos probable, es fijar el principio de tal suceso en la fecha de la celebracion del matrimonio, por cuyo motivo, sin duda, las leyes se han servido para estos casos, de la palabra “matrimonio” y no de la de “concepcion”. El mismo Demolombe (1), en union de otros autores (2), enseña que el *dies á quo* no debe contarse en el mínimum de la preñez; pero sí en el máximun, en tanto que otros tratadistas, no ménos acreditados, enseñan lo contrario (3).

Nuestra legislacion ha necesitado tambien, en virtud de su silencio sobre estas cuestiones, ser interpretada por sus comentadores. Nuestro ilustrado y respetable maestro, el Sr. Lic. D. Luis Mendez, fundándose siempre en el argumento de analogía, invocado por los autores franceses, entre los plazos para las cuestiones de paternidad y de filiacion y los relativos á la prescripción, va á dar á resultados absolutamente diversos á los que hemos presentado ántes, en cuanto á si se debe ó no contarse en las cuestiones que ahora nos ocupan el *dies á quo*; pero del todo iguales respecto á que el cómputo de los plazos debe hacerse por dias y no por horas. La razon de esa diferencia se ex-

---

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 19.

(2) Zachariæ. tom. 3, p. 622, 623, 631, 636 y 637—Vallete *sur Proudhon*, tom. 2, p. 26 á 29.

(3) Toullier, tom. 2, num. 792.—Duranton, tom. 3, num. 32, note 2.—Marcadé, *sur l'art. 312*.