

plica por la que domina en lo relativo á los artículos sobre prescripcion entre el Código francés y el del Distrito Federal de 1870, que tenia á la vista el Sr. Mendez. En efecto, los artículos de este Código (1,242 y 1,243) declaran que cuando la prescripcion se cuente por dias, se entenderán estos de veinticuatro horas naturales, contadas de doce á doce de la noche, y que el dia en que comienza la prescripcion se cuente siempre entero, aunque no lo sea, pero aquel en que la prescripcion termine, debe ser completo.

Creemos haber manifestado ya nuestra opinion sobre la ninguna analogía que en nuestro concepto aparece entre los plazos para la legitimidad y los relativos á la prescripcion. Inútil, pues, juzgamos dilucidar la cuestion sobre si el cálculo del tiempo debe hacerse por dias y no por horas. “La aplicacion de estas reglas (es decir, las de la prescripcion), dice el Sr. Mendez, nos parece consonante con las expresiones de que usa nuestro artículo—“Despues de ciento ochenta dias contados *desde la celebracion*,—y no *desde el de la celebracion*; luego el dia de la celebracion no está excluido y debe estar comprendido tambien el último de los ciento ochenta.—“Los hijos nacidos *dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion*,—y no *al de la disolucion*; luego el de ésta debe contarse y tambien el último de los que con él formen trescientos (1).” Ahora bien, en nuestro humilde juicio, y á pesar de tan respetable autoridad, muy otra que la anterior nos parece la interpretacion que se deduce de la redaccion misma de los artículos del Código de 1870, del todo iguales á los del vigente. Las expresiones de la ley son tales, que su sentido más obvio es señalar, como punto de partida en la presunción que se funda en el trascurso de ciento ochenta dias, no el de la celebración del matrimonio,

1 —
(1) “Foro” año de 1873, tom. 1, núm. 139,

es decir, un día, sino la *celebración* misma, es decir, un suceso cuya fecha puede ser conocida, y aun debe serlo según lo preceptuado en el art. 50 del Código civil vigente. La misma reflexión se nos ocurre en el caso de la segunda presunción fundada en el trascurso de trescientos días, los cuales deben seguir según la ley, á la *disolución*, es decir, á un suceso verificable también, y no al de la disolución, lo que significaría el día en que la muerte habria acontecido ó pronunciándose la sentencia ejecutoria.

Tal es nuestro parecer, fundado sobre el texto literal de la ley, y sin perjuicio del espíritu que ha debido dictarla. Siendo así, no tienen ya razón de ser, entre nosotros, las antiguas y muy árduas cuestiones sobre si debe ó no computarse en los plazos de la legitimidad el *dies á quo*, ó solo el *dies termini*, y cuyo estudio solo es necesario, cuando se admite la opinión contraria á la nuestra sobre que los mencionados plazos deben contarse por días y no por horas.

§ 6. DE LAS ACCIONES RELATIVAS

Á LA FILIACION; DEL TIEMPO EN QUE PUEDEN EJERCITARSE Y DE LAS PERSONAS Á QUIENES CORRESPONDEN.

62 No basta haber establecido cuáles son hijos legítimos según la ley, sino que es además necesario explicar las acciones que de allí se deducen, el tiempo en que pueden ser ejercitadas y las personas á quienes pertenecen, pues ni todos estos derechos son igualmente otorgados á las partes interesadas, ni atacan con la misma eficacia las presunciones de la ley en favor ó en contra de la legitimidad. Por de contado que esta parte de nuestro comentario se halla implícitamente contenida en gran manera en las explicaciones anteriores de los §§ 1, 2, 3 y 4; pero conviene sin embargo dedicarle exposición especial, porque de otra manera podrian confundirse acciones absolutamente diversas ó aparecerian contradicciones en los textos de la

ley, sin posible explicación. Como nada contribuye más en esta materia á los errores que la impropiedad del lenguaje, creemos deber ante todo precisar los puntos, que sirven de base al actual comentario, y con tal motivo permítasenos echar una rápida ojeada retrospectiva á algunos puntos ya tratados. Hemos dicho que, atendiendo el legislador moderno por un lado á lo que sucede generalmente en los matrimonios, es á saber, que la esposa es fiel al marido, y por el otro á que, despues de tanta variedad en las opiniones científicas y fallos de los tribunales sobre la duracion de la preñez, ésta no puede durar ménos de ciento ochenta dias completos ni más de trescientos, contados respectivamente los primeros desde la celebracion del matrimonio y los segundos desde su disolucion, había establecido que se presumen legítimos los hijos nacidos de madre casada despues del primer plazo y dentro del segundo, conforme á la máxima romana: *pater est quem nuptice demonstrant*, fundada en esta otra: *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, porque en materia de tanta importancia como la que tiene por objeto las relaciones entre padres é hijos, habría sido muy funesto y peligroso, cediendo á los misterios impenetrables con que la naturaleza ha cubierto la generacion, dejar á la discrecion de los tribunales y á la vaguedad de los datos científicos la tarea de fijar en cada caso particular, si el hijo era ó no del marido de la madre (núms. 3 á 7). Hemos dicho tambien que contra esta presuncion que es la regla general caben algunas excepciones, cuya razon de ser estriba en la necesidad de no hacer de aquella un elemento odioso, lo que sucederia si á todo trance y sin distincion alguna, en cualesquiera casos hubiera de prevalecer, y cuyo número de condiciones son de estricta interpretacion, segun el principio: *exceptio est strictissimæ interpretationis*. Finalmente hemos dicho que, cuando la viuda pasa á segundas nupcias dentro del período prohibido, si tuviere un

hijo ántes de los trescientos diez dias de la muerte del primer marido, se presumirá que es de éste, estando á cargo del que niegue en tal caso la legitimidad, la prueba de la imposibilidad física de que el hijo tenga la filiacion señalada. Se presume que el hijo pertenece al segundo marido, si nace despues del aquel plazo á contar desde la celebracion del segundo matrimonio (núms. 18, 24, 25, 31, 32, 37, 41, y 55 á 60). Esto supuesto, se deducen las siguientes conclusiones:

1.^a Puede ser *desconocido* el hijo nacido ántes de 180 dias de celebrado el matrimonio.

2.^a Puede ser *desconocido* el hijo nacido despues de 180 dias de celebrado el matrimonio, si se prueba que al marido le fué físicamente imposible tener acceso con su mujer en los primeros 120 dias de los trescientos precedentes al nacimiento.

3.^a Puede ser *desconocido* el hijo nacido despues de 180 dias de celebrado el matrimonio, si se prueba que la madre ha cometido adulterio, y que el nacimiento, ó ha sido ocultado al marido, ó ha acaecido durante una ausencia suya de más de diez meses.

4.^a Puede ser *desconocido* el hijo nacido despues de trescientos dias contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separacion definitiva por divorcio, ó la provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad.

5.^a Puede ser *desconocido* el hijo, como no perteneciendo al primer marido de la viuda que se ha casado por segunda vez, si se prueba plenamente la imposibilidad física de que éste haya engendrado á aquel.

6.^a Puede ser *negada* la paternidad del primer marido de la viuda que ha pasado á segundas nupcias, respecto al hijo nacido despues de doscientos diez dias á contar desde la celebracion del segundo matrimonio.

7.^a Puede ser *negada* la paternidad del marido respecto al

hijo nacido despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio, ya sea por muerte de aquel ó por sentencia definitiva sobre nulidad de éste.

63 Ahora bien ¿cuál es la diferencia entre esos varios casos? Hasta la 5ª conclusión *inclusive* nos hemos servido del verbo *desconocer*, y de allí en adelante, hemos empleado, *negar*. ¿Porqué? Hé ahí el asunto de este comentario. Se dice *desconocer* y se alude por tanto á la *accion de desconocimiento*, cuando se ataca la legitimidad de un hijo *concebido ó nacido, ó concebido y nacido á la vez* durante el matrimonio. Se dice *negar* y se alude á la *accion de denegacion de paternidad*, cuando se trata de un hijo *ni concebido ni nacido* durante el matrimonio. La accion de desconocimiento es pues, el ataque, por las razones expuestas, á la presuncion: *pater est quem nuptiæ demonstrant*; mientras que la *denegacion de la paternidad* lo es de la simple ó ficticia posesion de la legitimidad, á la cual no ampara ni la menor sombra de matrimonio.

A las dos anteriores debemos agregar simplemente por vía de mencion y á reserva de explicarlas más adelante en la seccion de los Códigos que les corresponden, la accion de *reclamacion de estado* y la de *denegacion de estado*, teniendo por objeto la primera el derecho del hijo para reclamar la filiacion que cree corresponderle, y la segunda, lanzar al hijo de la familia en la cual indebidamente se ha introducido.

En consecuencia las acciones relativas á la filiacion son las siguientes:

- 1ª Accion de desconocimiento.
- 2ª „ de denegacion de paternidad;
- 3ª „ de reclamacion de estado y
- 4ª „ de denegacion de estado (1).

[1] Debemos hacer notar que estas mismas acciones son denominadas de otro modo en los distintos autores y legislaciones, lo

Importa mucho fijar con toda exactitud los caracteres que separan entre sí estas cuatro acciones, porque son regidas por condiciones diversas y producen efectos muy diferentes. Ocupémonos desde luego de las dos primeras de que exclusivamente trata el capítulo del Código, que hemos venido comentando.

Núm. 1º De la accion de desconocimiento y de las personas á quienes corresponde.

64 Cuando un hijo quiere probar su filiacion legítima, está obligado á establecer los siguientes hechos: 1º que su madre ha sido casada; 2º que ella ha librado; 3º que él es el hijo nacido en tal parto y 4º que ha nacido de las obras del marido. Supongamos ya, como lo hacen los varios Códigos al tratar de la materia que nos ocupa, probados los primeros tres hechos, sobre lo cual ofrecemos hablar más adelante, siguiendo siempre el sistema del legislador. Sabemos ya que para probar el cuarto hecho, el hijo no necesita sino citar dos fechas: la del matrimonio del marido de su madre y la de su nacimiento, pues la ley en obvio de dificultades, presume que el hijo lo es del marido, cuando el nacimiento se verifica despues de cierto tiempo preciso á contar desde el matrimonio, ó dentro de otro igualmente preciso, á contar desde la disolucion. Sin embargo, si el hijo nace ántes de los ciento ochenta dias del matrimonio, nace tambien legítimo, porque la misma ley, presumiendo siempre en favor de la legitimidad del hijo, que aun en este caso pudiera ser obra del hombre, que más tarde al nacer el hijo, ya es el marido de la madre, no ha querido establecer la ilegitimidad *ipso jure*, dejando al marido la facultad de desconocer á ese hijo tan precozamente nacido (núm. 41). Ahora bien, due-

cual proviene tanto de la naturaleza de esta materia, como del vario y poco conciso lengnaje de las leyes. Sin embargo lo importante es conocer las condiciones precisas de cada accion.

ño ó poseedor el hijo de la legitimidad, no puede ser privado de ella sino por virtud de la acción de desconocimiento, entablada por el marido de la madre en la forma y bajo las condiciones que ya quedan expuestas (1).

Ahora bien, si atendemos por un lado al lenguaje mismo de la ley, y por el otro, al carácter esencialmente personal de la acción de desconocimiento, parece que ella no puede ni debe ser ejercida sino por el marido mismo, pues sólo á él directamente interesa como jefe de la familia y marido único de la madre, que tal ó cual persona pase en la sociedad como fruto legítimo del matrimonio. Así era según el derecho romano en su época clásica (2). Pero si se considera que las acciones, según universal jurisprudencia, deben pertenecer á todos los interesados en ejercitarlas, tendríamos que aceptar que la de desconocimiento no debe ser negada ni á los herederos del marido ni aun á sus acreedores, porque unos y otros pueden tener muy respetables intereses que resulten perjudicados por la falta de ejercicio de esa misma acción. ¿Cómo ha resuelto la legislación moderna este punto? Todos los Códigos sin excepción reconocen que el marido es el principal interesado en el ejercicio de esta acción. Locré nos enseña que la Comisión encargada de presentar el primer proyecto del Código civil francés, había propuesto dar la acción de desconocimiento á todos los interesados,

(1) Mourlon, tom. 1, num. 867.—Laurent, tom. 3, nums. 426 y 431.—Demolombe, tom. 5, num. 103.—Duranton, tom. 2, num. 64.—Arntz, tom. 1, num. 531.—Marcadé, tom. 2, *sur l'art. 315*, num. 16.—Glasson, tom. 1, pag. 226.—Rogron, *sur l'art. 315*.—Baudry-Lacantinerie, *Droit civil*, tom. 1, num. 819.—Mateos Alarcón, tom. 1, pag. 174.

(2) Van Wetter, *Droit civil annoté d'après le droit romain*, art. 317. —“Probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare” (L. 26, ff. *ad legem Juliam de adult.*)

pero que tal redaccion fué desechada por haberse reconocido que teniendo por objeto aquella un juicio sobre la paternidad, sea que el hijo hubiese sido concebido ó nacido durante el matrimonio, todas las presunciones estaban en favor de la legitimidad, de tal manera que sólo el marido podia saber si ellas se encontraban ó no en oposicion con la realidad de las cosas. Esto supuesto, la consecuencia no podía ser otra sino que el silencio del marido debia ser la mejor prueba de la legitimidad del hijo, y por tanto á ninguna otra persona extraña podía ser lícito ponerla siquiera en duda (1). En este sentido fué redactado el art. 317 del Código de Napoleon, y con él concuerdan los siguientes de nuestra legislacion: 282 del de Veracruz; 231 del de Estado de México; 215 del de Tlaxcala; 323 de el del Distrito Federal de 1870 y 299 del actual.

65 Pero este carácter personal y exclusivo de la accion de desconocimiento en favor del marido y en contra de personas extrañas ¿impide que ella pueda ser ejercida por el tutor del marido si es incapacitado, ó por sus herederos, si aquel ha muerto habiendo empezado á ejercitarla, ó no habiendo hecho absolutamente nada en este sentido? Ocupémonos desde luego del primer punto que es importantísimo y que ha dividido á los autores desde la antigua jurisprudencia (2). Habiéndose sometido esta especie á la Corte de Colmar, decidió la negativa por sentencia de 21 de Enero de 1841, que fué casada por la de 24 de Julio de 1844, cuya importancia nos obliga á reproducirla con el sumario respectivo: "El artículo 312 da al marido el derecho de desconocimiento. El art. 509 asimila el incapacitado al menor de edad en cuanto á su persona y sus bienes, de-

(1) Loaré, *Esprit du Code Civil*, tom, 4, pag. 73.

(2) Bedel, *De l'adultere*, num. 80.—Merlin, *Questions de Droit* "Legitimite" § 8^o.

clarando aplicables al primero las leyes sobre la tutela del segundo. El art. 450 dice que el tutor cuidará de la persona del menor y le representará en todos los actos de la vida civil. Luego el tutor de un incapacitado puede intentar en nombre de este la acción de desconocimiento de paternidad. Sin duda como lo ha decidido una sentencia de la "Chambre des requêtes" de 26 de Julio de 1836, una acción que tiende á fijar el estado y la capacidad de un individuo en su familia, constituye, de parte de aquel que la intenta ó la rechaza, el ejercicio de un derecho exclusivamente inherente á su persona, y que sus acreedores no pueden ser admitidos á deducir; en efecto, el art. 1166 del Código civil limita la facultad acordada á éstos de ejercer el derecho de su deudor, y dice que esta facultad no se extiende á los derechos exclusivamente unidos á su persona. La ley, al contrario, no limita así el poder del tutor que está encargado de representar al menor ó al incapacitado en todos los actos civiles, pudiendo en consecuencia intentar la acción de desconocimiento, como cualquiera otra. Si el menor puede hacer ciertos actos por sí mismo, es porque el legislador lo ha relevado en ciertas circunstancias de la incapacidad de que está herido, pero no porque él ponga otras restricciones al derecho del tutor de representarlo en todos los actos civiles: los derechos que derivan de la ley natural son ellos mismos en su manera de ser ejercitados, regidos por la ley civil, á la que pertenecen, por lo demás, el matrimonio y todas sus consecuencias sociales; es la ley civil la que ha establecido la regla *pater is est* etc. etc., y las excepciones que ella comporta, con especialidad el derecho de desconocimiento. Si el pupilo experimenta un daño cualquiera en su persona ó en sus bienes, el derecho natural quiere que este daño sea reparado; es necesario pues, que el tutor pueda perseguir su reparación. De que el derecho de desconocimiento sea inherente á la persona del ma-

rido, ¿resultará que el tutor, que no puede ser asimilado á un simple acreedor, no puede intentar la accion que deriva del derecho del mismo incapacitado? El tutor es el pupilo mismo, á quien representa de una manera absoluta. La sentencia recurrida opone que el marido es y debe ser el único juez del hecho sobre el cual reposa la accion de desconocimiento, que él quizá no intentaria, si gozase de sus facultades intelectuales. Esta última objeccion se aplicaria á cualesquiera acciones pertenecientes al incapacitado, aun á aquellas que no tuvieran por objeto el recobro de créditos y la reivindicacion de algun bien. Ella no prueba pues nada, por lo mismo que prueba demasiado: no se trata de concesion ó renuncia que podria consentir el marido, si no estuviese en interdiccion; se trata de apreciar los derechos que le pertenecen, y cuyo ejercicio confía la ley al tutor. Ahora bien, ningun texto legal limita el poder de este último al caso de que se trata; si son las consideraciones abstractas las que deben decidir, ¿no sería escandaloso ver á una mujer casada entregarse al desorden, sin temor, ni á su marido, que nada podria hacer, ni al representante legal de este? Es en vano que se diga con la Corte sentenciadora, que el plazo fijado para el ejercicio de la accion de desconocimiento no correria en contra del incapacitado. Desde luego es dudoso que se pueda aplicar á la condicion establecida por el art. 316 el principio sobre la prescripcion consagrado por el art. 2252. Además ¿se hará el desconocimiento, cuando, durante largos años, los hijos de la mujer del incapacitado hayan llevado el nombre de éste, cuando las pruebas y los testigos de los desórdenes de la madre han ya desaparecido, y entonces será posible hacer declarar los hijos extraños al marido? Si los herederos vienen en tales términos á ejercer la accion autorizada por el art. 317, ¿no se les podrá oponer que el plazo fijado por el art. 316 ha espirado, que el incapacitado era representado por un tutor que podia

obrar? El demandante termina invocando una sentencia de la corte real de Colmar, de 16 de Febrero de 1832, que decide que el tutor sustituto de un incapacitado tiene facultad para intentar en nombre de éste una accion de separacion de cuerpos por causa de adulterio del otro esposo, y otra de la corte real de Paris de 21 de Agosto de 1841 que consagra la misma solucion (1). Se ha respondido: "No es exacto decir que el tutor del incapacitado pueda deducir todos los derechos de éste: la autoridad marital y el poder paterno no pasan al tutor que carece de facultades para autorizar á la mujer del incapacitado, sea á que comparezca en juicio, sea á que contrate. El art. 450, diciendo que el tutor representa al menor en todos los actos civiles, no habla sino de los actos que pueden ser ejecutados por un representante; es evidente, por ejemplo, que el tutor no puede, por su pupilo, contraer matrimonio, ni testar, ni hacer donacion, ni adoptar, ni reconocer un hijo natural, ni ser en su lugar tutor ó miembro de un consejo de familia. En general, no puede representar al incapacitado en los actos que son inherentes al ejercicio de los derechos de familia. La accion de desconocimiento de la paternidad se refiere á lo que hay de más íntimo en la conciencia y en la autoridad del marido; el tutor que no podría perdonar en su nombre de éste, no puede tampoco en su nombre intentar una querrela de adulterio. La accion de desconocimiento no puede derivarse sino de la voluntad personal del marido. Es una accion personal que subsiste en tanto que el marido no puede manifestar su voluntad, y que pasa á los herederos, cuando no se ha extinguido por el hecho ó el silencio voluntarios del marido. Una vez que se hubiera fallado contra el tutor que el hijo pertenecia ó no al esposo incapacitado, éste, vuelto á la ra-

(1) Véase tomo 3^o de esta obra, num. 121.

zon, habria perdido para siempre, por el hecho de su tutor, por el hecho de un extraño, el derecho de desconocer al hijo de adulterio. Así la paternidad podria serle atribuida ó negada en contra de sus intenciones. La máxima *pater is est* etc. es una necesidad social y no debe permitirse que se la ponga en duda de una manera tan ligera. El marido tan solo debe tener el derecho de descorrer el velo y de rechazar esa poderosa presuncion, base de la familia. Si está incapacitado, la prescripcion se suspende y la accion se conserva en toda su integridad. El art. 316 establece que el término para la accion de desconocimiento no puede comenzar á correr sino desde el dia en que el marido ha podido conocer el nacimiento. "Ahora bien, dice Mr. Maleville, si el marido estuviera loco, imbécil, paráltico, el término seria el mismo? Pienso que sería necesario juzgar como en el caso de fraude, en que el término no corre sino desde el descubrimiento, resolviendo, por lo mismo, que el término no debe correr sino desde la convalescencia ó la muerte del marido."—Sin duda, si la interdiccion dura largo tiempo, los elementos de prueba pueden desaparecer; pero sería lo mismo en caso de ausencia, y sin embargo, el legislador no se ha detenido ante este inconveniente. Si la accion perteneciera al tutor, bastaria no ocultarle el nacimiento del hijo, cuya existencia ignorara el marido, para que la accion de desconocimiento fuera entonces desechada. Si el tutor se ponía de acuerdo con la mujer, estaría en su mano destruir el derecho del marido ó de sus herederos. En el caso de que se trata, el tribunal habia declarado la accion legalmente intentada por el tutor; pero la habia desechado en razon de la inadmisibilidad de los hechos alegados.—La sentencia es más sábia, pues reserva todos los derechos y respeta todos los intereses; el tutor ha sido declarado sin personalidad, pero la accion no se ha extinguido.—En resumen, el tutor no representa al incapacitado en los actos in-

herentes al poder marital ó paterno. Las acciones propias de la persona del incapacitado, no le pertenecen; la interdiccion suspende la prescripcion de la accion de desconocimiento. Reconocer á un tutor el derecho de desconocer al hijo de la mujer del incapacitado, sería proclamar un principio cuyas consecuencias serian tan funestas como irreparables y tan contrarias á los derechos del marido como á los verdaderos intereses de la familia y de los herederos”.

“La Córte.— Vistos los artículos 420, 450 y 509. C. civ.; Resultando que el tutor sustituto, en el caso previsto por el citado artículo 420, y el tutor en todos los otros casos, ejercen las acciones del incapacitado que se supone ejercerlas en persona, cuando son intentadas por su representante legal;—Resultando que ninguna disposicion legal ha introducido excepcion alguna á esta regla general, en lo que toca á la accion de desconocimiento de paternidad;—Que esta accion no es exclusivamente personal al marido, puesto que, segun el art. 317 Cod. civ., despues de la muerte de éste, ella pasa á sus herederos;—Resultando que la capacidad legal del tutor no puede compararse al derecho de los acreedores, restringido dentro de los justos límites por el art. 1,166 C. civ., y que los acreedores no representan la persona de su deudor;—Que al contrario, el tutor tiene no solamente el derecho sino el deber de representar al incapacitado en todos los actos civiles;—Que, por lo mismo, tiene derecho de obrar siempre que se trata de rechazar un ataque dirigido contra la persona, el estado civil ó los bienes del que se halla bajo su tutela; que así como en caso de reclamacion de estado por el hijo, el tutor del marido incapacitado sería la única parte legítima capaz de sostener, conforme al art. 325 C. civ. y una vez probada la maternidad, que el reclamante no es hijo del marido de la madre; de la misma manera en caso de filiacion legítima constada por el acta de

nacimiento, el tutor del marido incapacitado debe ser admitido á rechazar, por una accion de desconocimiento, la paternidad atribuida al incapacitado por el acta de nacimiento del niño;—Considerando que aun suponiendo que la prescripcion ó la extincion de la accion de desconocimiento quedara en suspenso durante la interdiccion, y que esta accion pudiera ser ejecutada ulteriormente por el marido, despues de que se levantara la interdiccion, ó por sus herederos, despues de su muerte, todos los elementos de prueba podrian desaparecer en el intervalo, si se rehusara al tutor el ejercicio inmediato de dicha accion;—Que, por otra parte, el hijo podria estar durante largos años en posesion del estado y de los derechos de hijo legítimo, derechos que pesarian durante todo ese tiempo sobre los bienes del marido y que éste debe ser necesariamente admitido á desconocer inmediatamente, no por sí mismo, puesto que la ley lo tiene por incapaz, sino por el que tiene el encargo de representarlo;—Resultando que de lo que precede se sigue que al declarar la sentencia recurrida incapaz al demandante para el desconocimiento de paternidad, ha violado expresamente los *artículos mencionados* del Código civil, es de casarse y se casa (1).” Laurent, invocando, entre otras autoridades, la de Dupret, distinguido profesor de la Universidad de Lióge, combate enérgicamente la decision anterior, porque, segun él, la accion de desconocimiento es tan personal del marido como la facultad de casarse, el poder marital, y el paterno, cuyo ejercicio, absolutamente extraño á los intereses pecuniarios, jamás ha pretendido nadie confiar al tutor del incapacitado, sin que esto pueda deducirse ni aun de la analogía del presente caso con la tutela en general, porque, como lo ha declarado una sentencia de la córte de casacion de Bélgica, la represen-

(1) Dalloz, *Repert.* “Patern. et Filiat.,” num. 115.

tacion de una persona por otra es una mera ficcion, que debe ser aplicada estricta y rigurosamente. (1)

66. ¿Cómo ha resuelto este punto nuestra legislacion nacional? Todos nuestros Códigos (arts. 281, fraccion 3^a de el de Veracruz; 230, fraccion id. de el de E. de México; 213 de el de Tlaxcala; 321 de el del Distrito Federal de 1870 y 297 de el actual) reconocen á una expresamente que, si el marido está en tutela por causa de demencia, imbecilidad, ú otro motivo que le prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercido por el tutor.—Pero desde luego nos apresuramos á hacer una necesaria explicacion, sin la cual quizá resultaria ilusoria esa facultad dada al tutor del marido incapacitado, á lo ménos en el sentido de algunos de estos Códigos que permiten á la mujer ser tutora de su marido demente. En efecto, segun los arts. 449 del Código que comentamos, 549 de el del Distrito Federal de 1870 y 346 de el de Tlaxcala, así como el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer incapacitada, *ésta lo es de su marido demente, idiota, imbecil ó sordo mudo*. Esto supuesto ¿de que serviria la facultad dada por los artículos anteriores al tutor del marido incapacitado de ejercitar en nombre de éste la accion de desconocimiento, si estando la tutela á cargo de la esposa infiel, jamas ésta habria de desconocer á sus propios hijos? Ciertamente la dificultad es grave; pero á ella ha provisto sabiamente el legislador, estableciendo (arts. 585, frac. 1^a del Código actual del Distrito Federal y 674 frac. id. del de 1870) que el curador está obligado á defender los derechos del incapacitado en juicio ó fuera de él, *exclusivamente*

(1) Laurent, tom. 3, núm. 436.—Cass. Arrêt 11 Nov. 1869. (*Belgique judiciaire*, 1869, pag. 1,501.)—Dupret, *Revue de droit français et étranger* de Fœlix, tom. 1, pag. 725.—Aubry et Rau *sur Zachariæ*, tom. 6, pag. 53, §545 bis.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, num. 837.—Duranton, tom. 2; num. 68.

en el caso de que esten en *oposicion* con los del tutor. En consecuencia, puede y debe, en el caso especial que nos ocupa, tomar la iniciativa de la demanda de desconocimiento. De otra manera, ó sería ilusoria la facultad otorgada al tutor de ejercitar á nombre del marido incapacitado la accion de desconocimiento, ó tendríamos que aceptar como legal en favor de la madre un derecho que tuviese por objeto hacer declarar á su hijo natural ó adulterino, acusándose ella misma de adulterio ó de concubinato, lo cual es altamente inmoral é indigno del legislador.

67. Para mayor seguridad de los derechos del marido incapacitado y quizá tomando en cuenta la negligencia del curador, han establecido los mismos Códigos y en los artículos antes citados, que si el tutor, es decir, mas propiamente el curador no ejerciese esta facultad que le da la ley, podrá hacerlo el marido, despues de haber salido de la tutela, en el plazo de que más adelante nos ocuparemos.

68. Volviendo, para concluir esta materia, á las razones que en nuestro concepto justifican la disposicion de nuestros Códigos sobre que la accion de desconocimiento no es tan exclusivamente personal del marido, que no pueda en el caso de incapacidad de éste ser deducida por su tutor, diremos que hay un argumento respetable no sólo por su origen antiguo sino tambien por lo irrefutable y concluyente. Nos referimos á las siguientes palabras de Ulpiano sobre el Edicto Carboniano: *Finge esse testes quosdam, qui dilata controversia, aut mutabunt concilium, aut decedent, aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt* (1). Se vé, pues, que desde la previsora jurisprudencia romana se había comprendido que, siendo las pruebas pericial y testimonial las que más comunmente se em-

(1) Dig. lib. 37, tit 10, l. 3, § 5.

plean para demostrar los hechos en que se funda la acción de desconocimiento—imposibilidad física, ausencia, adulterio, etc. etc.,—importaría irreparable daño, ó negar absolutamente al marido incapaz el beneficio de ser representado por su tutor en esta acción, ó diferir su ejercicio hasta que aquel hubiera recobrado su capacidad legal, toda vez que con el trascurso del tiempo es muy probable que se pierdan ó oscurezcan aun las menores huellas de las expresadas pruebas.

69. Pasemos ahora á exponer lo dispuesto por las leyes en orden á la acción de desconocimiento y á los herederos del marido. Si exceptuamos el derecho romano que, como ántes lo hicimos notar, reconoció siempre el carácter personal y exclusivo de esta acción respecto al marido, todas las legislaciones han establecido que la acción que nos ocupa pasa á los herederos del marido en los términos y con las condiciones exigidos, ya por el carácter moral y privativo de aquella, ya por el derecho incuestionable y soberano del marido para no hacer uso de una facultad que principalmente sólo á él pertenece. ¿Cuáles son esas condiciones? Fenet nos enseña que el primer proyecto del Código civil francés proponía, que pudieran ejercer la acción de desconocimiento, en el caso de muerte del marido, todos los que tuvieran interés en ello; pero que habiendo encontrado este sistema vivas resistencias, se cayó en el extremo contrario, pretendiéndose que en ningún caso, si el marido había fallecido sin haber hecho el desconocimiento, sus herederos serían admitidos á poner en duda la legitimidad del hijo (1). Sobre estos dos sistemas, igualmente exagerados, se levantó la doctrina de que es expresión el art. 317 de aquel Código. “Siendo, decía Mr. Lahary en el Tribunado, *una parte integrante de su sucesion* las acciones que pertenecen al difunto, no podía

[1] Fenet, toms. 2, pag. 53 y 10, pag. 26.

sos en que aquel podría hacerlo. Nada importa, pues, entonces que el motivo del desconocimiento sea de aquellos que por su naturaleza pertenecen á lo más íntimo, secreto y personal del marido. La ley parece haber querido resolver todas las dudas sobre cuál pudiera ser la conducta del marido, si gozara de la razon, en su favor y en contra del hijo, suponiendo siempre que ese marido incapacitado, caso de no serlo, ó de haber recobrado la razon antes de morir, se habria apresurado á desconocer al hijo, sea por nacimiento precoz, sea por imposibilidad física, ora por adulterio de la madre y ocultacion del nacimiento, ora, en fin, porque ésta se hubiera verificado durante la separacion por causa de divorcio ó juicio de nulidad. Pero entre estos casos hay uno, y á él se refiere la segunda distincion á que han atendido nuestros Códigos, que reviste carácter excepcional, ya en virtud de las dudas que ni aun la ciencia más adelantada ha podido disipar, ya á causa de las gravísimas presunciones que previenen siempre, cuando de él se trata, en favor de la legitimidad del hijo. Es el del nacimiento precoz, ó sea, segun los cálculos establecidos ya en otra parte, el verificado dentro de los ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio. En efecto, sabemos ya (núm. 6) que lo más verosímil es que el hijo pertenezca al que se casa con la mujer en cinta, y por tanto, fácilmente se comprende que este caso importa un asunto el más íntimo y privado en las relaciones del marido y de la madre. «Si el marido murió ántes del nacimiento, dice el Sr. Goyena, ¿quién podrá descorrer el velo de un misterio sabido únicamente por él y su mujer? Si murió despues del nacimiento . . . sin haber reclamado, sería tan inhumano como inmoral arrojar el escándalo y el oprobio sobre una esposa y un hijo, contra quienes nada habia dicho el esposo y padre. (1)»

(1) Goyena, *Proyecto*, sobre el art. 106.

el proyecto, sin contradecir todos los principios y sin destruir todas las ideas, poner ninguna restriccion al derecho que tienen los herederos, de perseguir todas aquellas que pertenecen al marido".—“Este derecho del marido, decia Duveyrier en el Cuerpo Legislativo, debe necesariamente pasar á sus *herederos* por el efecto infalible de una ley importantísima para la sociedad, *la de la trasmision hereditaria* (1).” Como consecuencia de estas ideas, el artículo antes citado del Código de Napoleon dice: “Si el marido muriere sin hacer la reclamacion, pero dentro del plazo útil, para intentarla, los herederos podrán oponerse á la legitimidad etc., etc.” De esta disposicion legal se infiere que *en todos los casos* en que el marido tiene derecho á desconocer al hijo, si muere sin hacerlo, pueden aquellos intentar la accion, con solo que el marido haya muerto dentro del plazo útil para deducirla, y sobre lo cual hablaremos más adelante.

Nuestra legislacion nacional, absolutamente uniforme sobre esta materia, no presenta á nuestro juicio, sino el inconveniente de cierto confuso estilo en la redaccion de los artículos relativos, y por lo cual vamos á esforzarnos en presentar el sistema desarrollado en ellos, con la mayor posible claridad. Nuestros Códigos (arts. 281, parte final y 282 del de Veracruz; 230 parte final, y 231 del de Estado de México; 214 y 215 del de Tlaxcala; 322 y 323 de el del Distrito Federal de 1870; y 298 y 299 del actual) hacen sobre este punto dos importantísimas distinciones, relativas la una al caso en que el marido fuere incapacitado, y la otra al desconocimiento por causa de nacimiento precoz del hijo. Atendiendo á la primera, se establece que, si el marido incapacitado ha muerto en esa condicion, sus herederos podran impugnar la legitimidad del hijo en todos los ca-

(1) Locré, tom, 6, pags. 247 y 299.

Otro distinguido jurisconsulto español, D. Alberto Aguilera y Velasco dice acertadamente: «El hijo nacido dentro de los ciento ochenta días puede ser del marido, aunque su concepción tuviera lugar ántes del matrimonio; lo natural es que, si el marido no se considerase autor del estado anormal de su mujer y la creyese infiel, entablara la demanda para repudiar al hijo. Cuando así no lo hizo, no está dentro de las condiciones de la equidad conceder á extraños un derecho no utilizado por el jefe de la familia y arrojar sobre ésta y sobre la memoria de aquél la deshonra, introduciéndolo además gravísimas perturbaciones que el padre había sabido evitar (1).» Por esto nuestros legisladores han establecido que en tal caso los herederos del marido no podrán impugnar la legitimidad del hijo, cuando aquél no haya comenzado la demanda. No quedan, pues, sino los otros casos en los que, si el marido ha muerto sin hacer la reclamación y dentro del término hábil para hacerla, pueden los herederos proponer la acción de desconocimiento, porque, á no dudarlo, cuando no se trata del nacimiento precoz del hijo, el legislador ha comprendido, que podían los herederos sustituir al marido en el desconocimiento con menos escándalo y agravio de los derechos inviolables de la familia.

70. Creemos que basta con la anterior exposición para convencerse de la gran superioridad de nuestros Códigos sobre la inmortal obra de los legisladores franceses, en lo que toca á esta materia, pues éstos, como se ha visto, no tuvieron reparo en entregar á la animosidad y prevención de los extraños un derecho tan íntimo y personal del marido como es el desconocimiento del hijo precozmente nacido, con solo que aquél hubiera muerto dentro del plazo útil para intentar tal acción.

(1) Aguilera y Velasco, *Colección de Códigos europeos*, tom. 1, sobre el art. 317 del Código francés.

71. La importancia de esta materia no menos que el deseo de evitar funestas equivocaciones nos obligan á resumir las disposiciones de nuestros Códigos, con exposicion de las consecuencias que de ellas se derivan. Así decimos: 1º Cuando el marido ha muerto sin reclamar y dentro del plazo útil para hacerlo, los herederos pueden proponer la demanda en todos los casos en que podría verificarlo el marido, excepto solo el del hijo nacido dentro de ciento ochenta dias de celebrado el matrimonio; 2º Aun en este caso podrán los herederos ejercitar la accion de desconocimiento, si el marido ha muerto en estado de incapacidad mental; 3º Si el marido, antes incapacitado, ha muerto ya en estado de razon, sin reclamar, no podrán los herederos desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio; 4º Cuando el marido haya empezado la accion de desconocimiento, los herederos podrán continuarla, aunque se trate del nacimiento precoz; 5º Cuando á la muerte del marido ha trascurrido ya el plazo en que pudo reclamar y no lo hizo, los herederos no podrán hacerlo.

72. Pero ¿qué entiende la ley por herederos? Aunque esta palabra tiene algunas veces un sentido limitado y estricto, su significacion legal no es otra que la que daba, desde la jurisprudencia romana, el jurisconsulto Gayo: *Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (1). En este mismo sentido el art. 3,227 del Código que comentamos define la herencia: «la sucesion en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte.» Y como puede suceder que el testador distribuya parte de sus bienes en legados, sin disponer del resto, el art. 3,231 declara que es representante del difun-

(1) Dig. lib. 50, tit 16, l. 24.

to el heredero legítimo. Si toda la herencia se distribuyera en legados, los legatarios, según el art. 3,232, serán considerados como herederos y bajo ese carácter serán representantes del testador.

Esta misma solución es también la generalmente seguida entre los autores y la jurisprudencia francesa (1). Por consiguiente, y dado el sistema de libre testamentación seguido por el Código que comentamos, si el marido ha instituido por sus herederos á personas extrañas, estos y no otros, y por tanto, ni aun los parientes legítimos podrán ejercer la acción de desconocimiento. Se sigue también que, si los herederos renuncian la herencia, se entiende igualmente renunciada la acción de desconocimiento, porque ésta en poder de los herederos no es sino el resultado de la herencia misma.

73. La causa de desconocimiento que se funda en adulterio de la madre y ocultación del nacimiento al marido, ha dado lugar á serias dificultades, creyéndose por algunos intérpretes que, cuando no es al marido sino á los herederos á quienes el nacimiento se ha ocultado, la acción no puede ser ejercida por éstos, pues la ley habla del marido y no de los herederos, al ocuparse de esta acción por tal motivo. Se sostiene pues que, si el marido ha muerto ocho meses, por ejemplo, antes del nacimiento del hijo de su mujer, sin poder conocer desde entonces ni el nacimiento ni aun la preñez, como no había podido hacersele ninguna ocultación por aquella, debe deducirse que la acción de desconocimiento ya no es posible, porque la ley, se dice, no la permite sino cuando el nacimiento se ha ocultado

(1) Demolombe, tom. 5, num. 132.—Demante, tom 2, num. 43 bis V.—Baudry—Lacantinerie, tom. 1, num. 838.—Duranton, tom. 2, num. 80.—Dalloz, "Patern. et Filiat.," num. 105.—Laurent, tom. 3, num. 438.—Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sur l'art. 317, num. 2.—Arrets. Cass. 3 Mars 1874.

al marido (núms. 29 y 32). Creemos que este es un error, no sólo porque, como hemos visto, la ley no exceptúa el desconocimiento por causa de adulterio de su ejercicio por los herederos del marido, sino porque es indiferente ante la filosofía de la ley que la ocultación haya sido cometida en contra del marido todavía vivo ó en contra de los herederos de éste, ya muerto al suceder el parto. La ocultación del nacimiento por parte de la mujer, equivale, según el criterio del legislador, á la confesión más sincera que ella hiciese de que el hijo no es de su marido. Hecha ante los herederos, cuando el nacimiento ha tenido lugar después de la muerte de aquel, la ocultación tiene el mismo valor, y revela las mismas ideas, probando, como si el marido viviera, que la mujer se avergüenza del nacimiento de su hijo, y que no osa hacerlo conocer de aquellos que tienen derecho é interés en criticarlo. Si alguna diferencia existe entre ambos casos, está en la mayor gravedad que sin duda reviste la conducta misteriosa de la madre ante los herederos. Muerto el marido, ella no tiene ya que temer ni su cólera, ni la vida común insoportable, ni esos reproches ú observaciones que, refiriéndose á hechos íntimos, sólo por el marido conocidos, los herederos no podrían dirigir á la mujer culpable. Se necesita, pues, un sentimiento profundo de su falta, una conciencia demasiado viva de la ilegitimidad del hijo para que esta madre se haya preocupado de ocultar su nacimiento á simples herederos del marido, que no tienen ningún poder ni autoridad sobre ella. En consecuencia la razón abona evidentemente á la ley en este punto (1).

74. ¿La facultad de desconocimiento que la ley otorga á los he-

(1) *Contra*: Loaré, *sur l'art. 313*.—Proudhon, tom. 2, págs. 55 y 56.—*En pró*: Toullier, tom. 2, num. 841.—Demante, tom. 2, num. 43. bis IV.—Massé y Vergé *sobre Zacharias*, tom. 1, § 302.—Valette *sur Proudhon*, tom. 2, pag. 56.

rederos del marido debe ser ejercida, para que surta sus efectos, simultaneamente por todos, ó bastará el ejercicio por alguno de ellos? Tratándose de la accion de desconocimiento por parte del marido, desde la jurisprudencia romana se había decidido que la conducta del marido y el éxito del juicio que entablara, hacían ley para toda la familia: *placet ejus rei judicem jus facere* (1). Tenía, pues, lugar entónces la autoridad de la cosa juzgada *in omnibus causis*. ¿Por qué era así? Toullier enseña que la sentencia que decide que un hijo á quien se disputa su estado, ha nacido de tal padre y de tal madre, unidos en lejítimo matrimonio, lo hace hermano de los otros hijos nacidos y por nacer del mismo matrimonio, pariente de todos los parientes colaterales, nacidos y por nacer, tanto de su padre como de su madre, hábil para sucederles y para recojer no sólo las herencias abiertas despues de su nacimiento, sino tambien aquellas que se abrieran despues en cualquier tiempo (2). “Nada de esto, dice Merlin, porque en la naturaleza especial del objeto sobre que recae esta sentencia, es donde debe buscarse la causa de su extension y de su aplicacion, aun á personas que no han tomado parte en el juicio. Cuando hay matrimonio, la cuestión de paternidad es un misterio, en el que no pertenece sino al marido penetrar; y del mismo modo que, si él se reconoce padre, la filiacion del hijo queda irrevocablemente asegurada, sin que nadie pueda contradecirla, así tambien cuando él niega su paternidad y el juez acoje ó rechaza su desconocimiento, la sentencia es, por la naturaleza misma de las cosas, una ley para todos, porque este desconocimiento no puede venir sino de él; porque él sólo tiene facultades para hacerlo; porque despues de haberlo hecho, él solo tiene facul-

(1) Dig., lib. 25, tít. 3, l. 3.

(2) Toullier, tom. 3, tít. 3, chap. 6, sect. 3, num. 217.

tades para sostenerlo; en una palabra, porque él es el solo contradictor legítimo del estado del hijo, puesto en el mundo por su mujer (1).” ¿Esta solución es también aplicable al caso en que unos herederos hayan intentado la acción de desconocimientos y otros no? La doctrina y la Jurisprudencia están conformes en reconocer que entonces tiene lugar en todo su vigor el principio romano: *inter alios res acta aliis non præjudicat*. En consecuencia, la admisión del desconocimiento no producirá ningún efecto respecto de aquellos que se hubieran abstenido, y si estos la intentan posteriormente, no se les podrá oponer la excepción de cosa juzgada. Verdad es que de este modo resultará dividido el estado del hijo; pero hay que tener presente, como vamos á manifestarlo en seguida, que, en orden á los herederos, no se trata del estado del hijo como derecho moral, sino como interés pecuniario, que no es indivisible y respecto al cual muy léjos de ser absurdo, resultaría injustísimo que una sentencia que lo tuviera por objeto, produjese efectos contra quienes no habían podido hacerse oír (2).

75. Hemos dicho antes que la acción de desconocimiento reviste un carácter moral que ha hecho que no sea atribuida, en concepto de autores respetables, mas que al marido. ¿Su transmisibilidad á los herederos es incompatible con tal carácter? Sin duda alguna que sí, caso de que dicha acción lo conservara en poder de los herederos; pero, como lo diremos más adelante, al pasar á estos, se transforma de derecho moral en interés pecuniario ó patrimonial, pues los herederos no pueden proponer la demanda sino dentro de sesenta días, que deberán contarse desde *aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes*

(1) Merlin, *Repert.* “Question d’état,” § 3, art. 1, núm. 5.—Laurent, tom. 3, num 458.

(2) Dalloz, “Patern. et filiat.” nums. 114 y 198.—Laurent, tom. 3, num. 458.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, num. 847.

del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesion de la herencia (1). Resulta de aquí que la accion de desconocimiento no puede ser ejercida por los acreedores del marido; pero que ya convertida en un simple interés material, cuando pasa á sus herederos, sí puede serlo por los acreedores de éstos, siempre que así convenga al pago de sus créditos (2).

Núm. 2. De los plazos en que la accion de desconocimiento debe ser intentada.

76. Varían no poco las legislaciones en la duracion de los plazos para que el marido, el tutor ó los herederos puedan ejercer la accion de desconocimiento. El art. 316 francés dice: "en los diversos casos en que el marido es autorizado á reclamar, deberá hacerlo en el término de un mes, si se encuentra en el lugar del nacimiento del hijo; en el de dos meses despues de su vuelta si se hallaba ausente, cuando ese suceso, y en el mismo término despues del descubrimiento del fraude, si se le habia ocultado el nacimiento del hijo." ¿Por qué la ley prescribe plazos tan cortos? "El sentimiento natural del marido, responde Bigot-Préameneu, que tiene motivos suficientes para desconocer un hijo que cree le es extraño, es rechazarlo inmediatamente de la familia: su deber y el ultraje que ha recibido, debe decidirle á expresar desde luego su queja. Si demora esta accion, parece que consiente el nombre de padre, y su silencio equivale á una confesion formal en favor del hijo: la cualidad de padre que no se ha rehusado, obliga irrevocablemente." Duveyrier dice tambien: "Un padre que ha sufrido

(1) Baudry-Lacantinerie, tom. 1, num. 838.—Laurent, tom. 3, num. 438.—Duranton, tom. 2, num. 81.—Marcadé, tom. 2, *sur* 'art. 317, num. 18

(2) Marcadé, tom. 2, num. 18.—Arntz, tom. 1, num. 532.

cerca de sí, en su casa, sin pena y sin repugnancia, ó que ha sabido sin indignacion la existencia de un hijo, á quien la ley y la sociedad llaman con ese nombre, debe suponerse razonablemente que no ha recibido ofensa ó que la ha perdonado; y en todos los casos, la ley, como la razon, prefiere el perdon á la venganza (1). En cuanto á los herederos, el art. 317 del mismo Código establece que ellos "podrán oponerse á la legitimidad en el término de dos meses, á contar desde la época en que el hijo haya sido puesto en posesion de los bienes del marido, ó en la época en que los herederos sean perturbados en su posesion por el hijo."

Nuestra legislacion nacional no es uniforme sobre este punto. Los Códigos de Veracruz (art. 281) y de Estado de México (art. 280), señalan el plazo de *un mes* contado desde el día del nacimiento, si el marido estaba presente en el lugar y *lo supiere*; el de *dos meses* contados desde el día en que llegue al lugar del nacimiento, si estaba ausente, y *el mismo* contado desde el descubrimiento del fraude, si se le ocultó el nacimiento.—Ambos Códigos del Distrito Federal (arts. 320 de el de 1870 y 298 del actual) establecen para el marido el plazo de *sesenta días* contados desde el del nacimiento, si estaba presente; desde el dia en que llegue al lugar, si estaba ausente; y desde el dia en que descubra el fraude, si se le ocultó el nacimiento.—El Código de Tlaxcala (art. 212) fija para el marido *dos meses*, contados desde que tuvo noticia del nacimiento ó desde que llegó, si estaba ausente.—Segun todos estos Códigos, los mismos plazos respectivamente deben correr para el tutor del marido incapacitado, quien, en caso de que el tutor no ejercitare la accion, podrá hacerlo despues de haber salido de la tutela, en los mismos plazos. (Arts. id de Veracruz; id de

(1) Locré, tom. 3, pag. 88.

Estado de México; 321 de el Distrito Federal de 1870; 297 del actual y 213 de Tlaxcala).

En cuanto á los herederos, todos nuestros Códigos (arts. 282 de Veracruz; 231 de Estado de México; 323 del Distrito Federal de 1870; 299 del actual y 215 de Tlaxcala) señalan igual plazo, es decir, dos meses ó sesenta dias que empezarán á contarse *desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesion de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesion de la herencia.*

77. ¿Cómo debe entenderse la ausencia de que tratan esos artículos respecto al marido, que ha de ejercer dentro de determinado plazo la accion de desconocimiento? Creemos con Toullier que la expresion de los varios Códigos "*lugar del nacimiento*" ha sido empleada intencionalmente, para significar la distancia á la que es posible ó no ignorar hechos que interesan tan directamente al marido como el nacimiento de un hijo. Así, pues, en los artículos citados *ausencia* es sinónimo de *alejamiento*, siendo por lo mismo cuestion de hecho, que deberá apreciar el juez segun las circunstancias, la relativa á si el marido ha estado ó no en condiciones de poder conocer aquel suceso, por causa de la distancia á que se encontraba del lugar del nacimiento (1).

78. Para terminar este punto no podemos menos, previos nuestros respetos á los legisladores, que censurar que algunos Códigos, al fijar la duracion de los plazos, se hayan servido de la medida *mes* y no *dia*, que á no dudarlo se presta ménos á las equivocaciones y fraudes. Habiendo meses de treinta, de treinta y uno, de veinte y ocho y veinte y nueve dias, si la ley habla del plazo de un mes ó de dos ¿cómo deberá contarse ese

(1) Toullier, tom. 2, num. 839.—Laurent, tom. 3, num. 444.—Demolombe, tom. 5, num 142.

plazo? El origen de tan poco precisa redaccion es el Código francés que, cuando su publicacion, no podia ménos que atender al calendario republicano, entónces vigente, y segun el cual los meses comprendian un espacio invariable de treinta dias. Pero habiendo en la misma Francia reemplazado á aquel el calendario gregoriano, la expresion *mes* resulta ya impropia y debe, en nuestro concepto, sustituirse por la de *dia*, más exacta, precisa y uniforme (1).

§ 7. DE LA ACCION DE DENEGACION DE PATERNIDAD;
DE LAS PERSONAS Á QUIENES PERTENECE
Y DEL TIEMPO EN QUE PUEDE SER EJERCITADA.

79. Hemos dicho en otro lugar, interpretando el silencio de los dos Códigos del Distrito Federal y de el de Tlaxcala sobre la condicion del hijo nacido despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio por muerte del marido ó sentencia ejecutoria de nulidad, que la ilegitimidad no procede *ipso jure*, sino que se necesita demanda en forma, cuyo resultado, sin embargo, no podrá ménos que ser la declaracion de ilegitimidad (núms. 55 y 56). Ahora bien, á esta accion, que tiene por objeto negar la paternidad del marido de la madre respecto á un hijo ni concebido ni nacido á la sombra del matrimonio, hemos llamado de denegacion de paternidad, proponiéndonos hoy explicar las diferencias que la separan de la accion de desconocimiento anteriormente tratada. El Código francés no define lo que debe entenderse por accion de denegacion de paternidad (*contestation de légitimité*); pero la doctrina y la jurisprudencia están conformes en que es aquella á que se refiere el art. 315, segun el cual “la legitimidad del hijo, nacido trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio, *podrá*

(1) Merlin, *Repert*, “Mois.”

ser negada (núm. 55).” Esto supuesto, preguntamos: ¿quiénes pueden ejercitar la accion de denegacion de paternidad? El Código ántes citado, al hablar de la accion de desconocimiento, menciona siempre al marido ó á los herederos; ¿deberemos aplicar estas disposiciones limitativas á la accion en que ahora nos ocupamos? Los autores están conformes en que, no hablando el art. 315 de persona determinada, no excluye á ninguna, ó lo que es lo mismo, concede el ejercicio de esta accion á cualquier parte interesada (1). Por la misma razon, la accion de denegacion de paternidad no está circunscrita, en cuanto al tiempo de su ejercicio, á los breves plazos de la de desconocimiento, quedando bajo el imperio de la prescripcion general de treinta años (2).

Por lo que hace á nuestros Códigos, si exceptuamos los de Veracruz y Estado de México (núm. 55), que establecen *ipso jure* la ilegitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio, y que, por lo mismo, no abren la puerta á ninguna accion, y el de Tlaxcala, que guarda el más absoluto y deplorable silencio sobre esta materia, los dos del Distrito Federal (arts. 319 del de 1870 y 295 del actual) expresan que las cuestiones relativas á la filiacion y legitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de la disolucion del matrimonio, podrán promoverse *en cualquier tiempo por la persona á quien perjudique la filiacion ó legitimidad del hijo*.

80. Hemos dicho (núm. 47) que la accion de desconocimiento ya no es admisible, cuando el marido ha reconocido al hijo

(1) Demolombe, tom. 5, num. 104.—Mourlon, tom 1, num. 893.—Baudry—Lacantinerie, tom. 1, num. 852.—Laurent, tom. 3, num. 460.

(2) Demolombe, tom. 5, num. 88.—Laurent, tom. 3, num. 461.

como legítimo, y que si á la muerte del marido habia ya transcurrido el plazo en que podia reclamar sin haberlo hecho, los herederos no podrían hacerlo (núm. 71). ¿Rige este principio respecto á la accion de denegacion de paternidad? Escuchémos á Dalloz en su incontestable crítica de una sentencia de la Corte de Paris, de 28 de Julio de 1818: "Cuando el hijo nace á la sombra del matrimonio, como entónces tiene en su favor la presuncion de legitimidad, en virtud de la máxima: *pater is est*, etc., como la facultad de desconocerle se halla encerrada en estrechos límites, se comprende perfectamente que el marido ó sus herederos, que reconociendo su legitimidad, han virtualmente renunciado á su derecho, no sean aceptables á prevalerse más tarde de este mismo derecho; pero no sucede lo mismo cuando el hijo ha nacido más de trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio. En este caso, en efecto, el hijo no tiene ya en su favor la presuncion legal de legitimidad; si a la ley no lo declara de pleno derecho ilegítimo, es, como lo decia Duveyrier en el Cuerpo legislativo (núm. 55), porque todo interés particular debe ser combatido solo por un interés contrario, y porque la ley no está llamada á reformar lo que ignora; pero la ilegitimidad no tiene necesidad, en este caso, como en el de desconocimiento, de ser trabajosamente investigada por la sagacidad del juez, á través de las incertidumbres y las tinieblas; ella es un hecho evidente, manifiesto, que resalta de la sola comparacion de la fecha del nacimiento, con la de la disolucion del matrimonio; además, miéntras que la accion de desconocimiento es estrictamente limitada á ciertos casos, á ciertas personas y á cortos plazos, la de denegación de paternidad (*contestation de légitimité*) pertenece á todo interesado, no está subordinada á ninguna condicion, á ninguna circunstancia particular, no tiene, en fin, duracion limitada. En una palabra, basta que la contradiccion se produzca de parte de cualquier inte-

resado para que se le deba hacer justicia por los tribunales. En consecuencia pensamos que no cabe examinar en este caso, si el contradictor actual ha reconocido ó nó anteriormente al hijo; porque, si tuviera lugar, este reconocimiento no podría prevalecer sobre la verdad, confiriendo á un hijo nacido y concebido fuera de matrimonio la legitimidad que no pertenece sino al hijo nacido ó concebido dentro del matrimonio; el reconocimiento carece de valor legal; ¿con qué título pues, podría él impedir, sea al marido, sea á cualquiera otra persona interesada, volver á la verdad y armarse contra el hijo con los derechos que la ley dá? Finalmente, aquel que ha reconocido la legitimidad de un hijo en una época en que carecía de facultades para ello, es aceptable á negarlo, cuando ha adquirido derechos que le confieran aquellas (1).”

81. Finalmente hemos dicho (núm 74) que la accion de desconocimiento deducida por el marido, si es acogida por el juez, *hace ley* para todos, porque el marido es el verdadero contradictor legítimo del hijo, á cuyo favor milita la presuncion legal de paternidad, al contrario de lo que sucede con la accion de desconocimiento entablada por los herederos, cuyo interés en este punto no tiene ningun caracter moral, siendo solo un derecho pecuniario respecto al cual debe regir en toda su fuerza el principio: *inter alios res acta aliis non præjudicat*. ¿Qué resolver respecto á la accion de denegación de paternidad? Creemos bastante fijarnos en la naturaleza de esta accion, para decidir que tienen que aplicársele los principios generales del derecho. En efecto la ley la otorga á *todo interesado*; luego esta accion, lo repetimos, á diferencia de la de dsconocimiento en poder del marido, representa sólo un interés material y pe-

Dalloz, *Repert.* “Patern.et Filiat,” num. 183.—Laurent, tom. 3; num. 463.

cuniaro: toda persona que tiene interés en deducirla, puede hacerlo; luego el éxito del juicio entablado por uno, no puede producir ninguna consecuencia, ni favorable ni adversa, respecto á los demás *interesados* que no han litigado. *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* (1).

*Núm. 1. De los procedimientos comunes
á las acciones de desconocimiento y de denegacion
de paternidad.*

82. El art. 318 del Código de Napoleon dice textualmente: "Todo acto extrajudicial, que contenga el desconocimiento de parte del marido ó de sus herederos, se tendrá como no verificado, si no es seguido, en el plazo de un mes, de una accion judicial, dirigida contra un tutor *ad hoc*, dado al hijo, y en presencia de su madre." Facil es comprender que, refiriéndose esta disposicion exclusivamente á la accion de desconocimiento, tiene por objeto dar al marido y á sus herederos un medio de alargar el muy corto plazo que la ley les concede para el ejercicio de aquella, porque, si el plazo de que hablan los artículos 316 y 317 está para terminar, y entonces el marido ó los herederos desconocen al hijo por acto extrajudicial, desde la fecha de éste hasta un mes más, tendran todavía derecho de ejercitar la accion, por ante el tribunal correspondiente. El acto extrajudicial de que trata el art. 318 francés, debe tener fecha cierta, importando poco su forma, pero con tal de que conste por escrito, y aunque no sea notificado á la parte interesada. Dicho artículo, que parece indicar la necesidad en todos los casos de la asistencia de un tutor *ad hoc* y de la madre, solo exige, en opinion comun de los autores, el primer re-

(1) Durantou, tom. 2, nums. 101 y 102.—Demolombe, tom. 5, num. 180.—Laurent, tom. 3, num. 463.

quisito cuando el hijo sea menor de edad, y el segundo, en el sentido de que la madre debe ser citada para el juicio (1).

Nuestra legislacion nacional, absolutamente uniforme sobre este punto, exige que el desconocimiento de un hijo de parte del marido ó de sus herederos, se haga por demanda en forma ante el juez competente, siendo nulo todo acto de desconocimiento practicado de otra manera. Como el francés, nuestros Códigos ordenan que en el juicio de contradiccion de la legitimidad sean oidos la madre y el hijo, á quien, si fuere menor, se proveerá de un tutor interino (arts. 284 de Veracruz; 233 del Estado de México; 325 y 326 del Distrito Fedaral de 1870; 301 y 302 del actual). El Código civil de Tlaxcala simplemente exige (art. 212) que *el marido*, siempre que pueda contradecir la legitimidad del hijo, lo haga *en juicio*, lo cual quiere decir que este Código solo se refiere á la accion de desconocimiento (núm. 64), porque considera quizá que la ilegitimidad del hijo nacido trescientos dias despues de disuelto el matrimonio, debe presumirse, como la legitimidad del hijo nacido dentro de los plazos que la ley fija (núm. 55).

83. Volviendo á los otros códigos nacionales, debemos asentar una importante consideracion, que marca profundísima diferencia, en nuestro concepto, entre ellos y el frances. El art. 318, lo repetimos, se refiere solo á la accion de desconocimiento, quedando en consecuencia la de denegacion de paternidad (*contestation de légitimité*) sometida al derecho comun. De aquí inferimos que, segun este código, la accion de denegacion

(1) Demolombe, tom. 5, nums. 163 á 184.—Laurent, tom. 3, nums. 452 á 456.—Marcadé, tom. 2, *sur l'art. 318*.—Duranton, tom. 2, nums. 92 á 97.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nums. 843 á 845.—Arntz, tom. 1, nums. 539 á 541.—Dalloz, *Repert*, "Patern. et filiat" nums. 155 et suivts.

de paternidad puede presentarse aun fuera de juicio, sin necesidad de oír al hijo ni á la madre.

En cuanto á nuestros Códigos ántes citados, y no obstante que otra parecería ser la interpretacion fundada en el texto literal de los artículos relativos, creemos que ellos se refieren á una y otra accion, porque así se deduce, por un lado del espíritu dominante en nuestra legislacion, que no discierne tan claramente como la francesa los derechos de los hijos, segun que nazcan ó no bajo el amparo de la presuncion legal de paternidad, y por el otro, de la consideracion de que milita una misma razon de ser en ambos casos, atentos el interes del hijo, que aun cuando haya nacido despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio, si es menor de edad, debe ser representado por un tutor en toda cuestion judicial que contra él se suscite, y los derechos inconcusos de la madre, que debe sin duda ser oída siempre que se trate de poner su honra en tela de juicio.

84. ¿Puede haber sobre la filiacion legítima transaccion ó compromiso en árbitros? Voet, invocando la autoridad de Vinio, enseñaba que se puede transigir «*de libertatis, ingenuitatis, aut familiæ jure: nihil enim vetat quominus transigentium intuitu, pro libero aut servo habeatur, transactione inter solos transigentes, non vero aliorum intuitu operante* (1). Pero en el moderno derecho es todo lo contrario. Creemos haber indicado en varios lugares que preceden, que la filiacion importa un derecho moral que, aun siendo fuente de intereses pecuniarios, puede existir sin ellos, como consistente en el nombre, en la sangre, en el honor, en fin, de la familia. Por esto se conviene generalmente en que las cuestiones de estado son de orden público, con lo cual se dice implícitamente que no perte-

(1) Voet, *ad Pandect*, lib. 2, tít. 15, núm. 10.

necen al comercio ni pueden ser resueltas arbitrariamente por convenio entre particulares (1). En este sentido están conformes los arts. 288 y 2191 del Código de Veracruz; 237 y 1980 de el de Estado de México; 218 y 2303 de el de Tlaxcala; 329 y 3300 de el del Distrito Federal de 1870; y 305 y 3160 del actual. Así es que la filiacion no puede ser materia de transacion ni comprometida en juicio arbitral. Pero esto no debe extenderse á los derechos pecuniarios fundados en la filiacion, porque ellos, perteneciendo por su naturaleza al comercio, son susceptibles de denuncia, sin trascendencia alguna al estado civil de las personas (arts. 220 del Código de Tlaxcala; 331 de el del Distrito Federal de 1870 y 307 del actual.)

85. A reserva de volver á insistir sobre esta materia, cuando nos ocupemos en el estudio de la transacion, simplemente añadiremos á lo anterior, que no es obstáculo para que el padre pueda reconocer á sus hijos y para que estos, si son mayores de edad, puedan consentir en el reconocimiento, porque la ley, ante todo quiere favorecer la legitimidad y, como en otra parte lo hemos dicho, en caso dudoso, ha considerado conveniente inclinarse mas bien en favor que en contra del hijo (núm. 26).

(1) Véase tomo 1.º de esta obra, num. 85.—Daloz *Repert.* "Patern et Filiat" num. 66.