

presumido que fué concebido en el segundo matrimonio y, por lo mismo, que era legítimo. La concepción no era, pues, adulterina; no lo sería sino cuando se pudiese redargüir contra el hijo la presunción de la duración más larga de la preñez; pero ¿no es de toda evidencia que una presunción establecida para asegurar la legitimidad del hijo no podría invocarse para declararlo adulterino? El reconocimiento es, pues, válido y, por consiguiente, también lo es la legitimación. De donde resulta que el hijo tiene una doble filiación.

Si el hijo hubiese sido oído en la causa habría podido decir que hizo su elección, que entiende ser hijo del segundo marido de su madre. Y no vemos lo que hubiera podido objetarse. ¿Qué pertenece al primer marido por una presunción legal? «Todo lo que prueba esto, habría contestado el hijo, es que yo podría reclamar esta filiación. Este es un derecho que me pertenece, pero ¿no es un absurdo querer imponerme un derecho? Tengo, además, otro derecho y lo empleo. Soy y quiero seguir siendo el hijo del segundo marido de mi madre. ¿Quién puede disputarme el uso de un derecho que debo al reconocimiento de mi padre y á la legitimación?» Pero el hijo había muerto. Desde luego preciso era decir que él había consumado su elección, porque nunca había pensado reclamar el estado de hijo legítimo del primer marido. Su título y su posesión de estado le aseguraban la calidad de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Su estado estaba, pues, definitivamente fijado á su muerte, no teniendo nadie el derecho de imponerle una filiación que él no había apetecido.

SECCION IV.—Cálculo de los plazos.

390. La ley fija dos límites extremos para la duración de la preñez: un minimum de ciento ochenta días y un maximum de trescientos. Pero no dice cómo han de contarse estos plazos. De aquí se ha originado una grande incertidumbre en la doctrina; Demolombe se lamenta, y no sin razón, dice Valette, de que no hay nada más complicado ni más obscuro y nada más divergente como las opiniones de los autores. Y, no obstante, tales cuestiones son de alta importancia: según como se cuenten los plazos la filiación de un niño puede ser legítima ó natural y hasta adulterina. Vamos desde luego á exponer la doctrina que con más generalidad han seguido los autores.

Esta doctrina descansa en dos principios tradicionales. Conforme al primero los plazos se calculan por días y no por horas. El Código Napoleón así lo dice en materia de prescripción (art. 2260). Entiéndese por día el espacio de veinticuatro horas, de donde se infiere que no se toman en consideración las fracciones de día en el cómputo de los plazos. Un segundo principio excluye del cálculo el primer día del plazo precisamente porque no sería más que una fracción de día, mientras que dicho principio incluye el día del término en el sentido de que debe transcurrir íntegramente (Código de Procedimientos, art. 1053; Código Civil, art. 2061). Por aplicación de tales principios se calculan los plazos de ciento ochenta y de trescientos días, no de momento á momento, sino de día á día, excluyendo el primero, llamado en el lenguaje de escuela el *dies á quo*. La ley dice que el hijo nacido antes del día ciento ochenta del matrimonio no puede ser desconocido; el día en que se celebre el matrimonio no se computa; se necesitan, pues,

ciento setenta y nueve días completos entre el día del matrimonio y el del nacimiento; de modo que si el matrimonio se celebró el 1º de Enero y el niño nació el 27 de Junio no será concebido durante el matrimonio y, por lo tanto, podrá ser desconocido, porque nacerá el día ciento setenta y nueve, siendo así que se necesitan ciento setenta y nueve días completos. Si nace el 30 de Junio, transcurridos los ciento setenta y nueve días se presumirá el hijo concebido durante el matrimonio y no podrá ser desconocido. El mismo cálculo se hace para el plazo de trescientos días. El día de la disolución del matrimonio no entra en el cómputo; bastan, pues, doscientos noventa y nueve días completos para formar el plazo de trescientos días; es decir, que el hijo que nace el día trescientos será reputado todavía como concebido en el matrimonio. (1)

Queda por probar que estos cálculos concuerdan con la ley. El art. 313 dice que la legitimidad del hijo *nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio* podrá ser puesta en duda. Estas expresiones *después de la disolución del matrimonio* parecen indicar que no hay que contar en el plazo el día de la disolución; y las expresiones *nacidos trescientos días* implican que los trescientos deben haber transcurrido; lo que viene á terminar en nuestro cálculo, según el cual el hijo concebido el día trescientos se presume todavía que fué concebido durante el matrimonio.

Hay mayor dificultad en el caso del art. 314, que dice: «El hijo que nace el día ciento ochenta *del matrimonio* no podrá ser desconocido.» Estas palabras *del matrimonio* parecen decir que el día de la celebración se incluye en el plazo, y el buen sentido también nos lo dice, supuesto que

1 Demolombe, t. V, p. 13, núm. 19. Zachariæ, t. III, p. 623, nota 4 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 27-29).

la concepción puede tener lugar ese día. A esto se contesta que es imposible incluir el *dies á quo* en el cálculo de los días cuando se trata del mínimum de la preñez, siendo así que se le excluye en el cálculo del máximun. En efecto, en el caso del art. 312 los dos plazos concurren para formar la época en la cual puede tener lugar la concepción; se necesita, pues, una manera uniforme de contar los plazos: desde luego se debe, ó incluir en todos los casos el *dies á quo* en los plazos, ó excluirlo en todos los casos. El último sistema está en armonía con el principio tradicional respecto al *dies á quo*; está consagrado por el texto del art. 313 y no es contrario al art. 314: esta última disposición habla del día ciento ochenta del matrimonio, pero no nos dice lo que debe entenderse por día; ahora bien, los plazos no se cuentan por horas, lo que excluye las fracciones de día y, en consecuencia, el día en que se celebró el matrimonio.

391. La opinión general que acabamos de exponer descansa en una base muy frágil, son dos principios tradicionales. Trátase de saber si deben contarse los plazos por días ó por horas. Demolombe dice que el cómputo debe hacerse por días y no por horas, y que esto es una verdad incontestable. (1) ¿En qué se funda esta verdad? En el título *De la Paternidad* la ley permanece muda, y todos lo lamentan. Para que esta manera de contar fuese una verdad incontestable sería preciso que el legislador hubiese establecido en otra parte una regla general aplicable á todos los casos. Y bien, esto no lo ha hecho el legislador. Cítase el art. 2260; éste decide, en efecto, la cuestión para el cálculo de la prescripción: en esta materia los plazos se cuentan por días y no por horas. Pero la disposición del art. 2360 es especial y nada nos autoriza para elevarla á

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. V, p. 12, núm. 18.

regla general. Hay razones para que la prescripción no se cuente por horas: y es que las más de las veces sería imposible fijar de una manera precisa la hora en la cual comenzó y la hora en la cual se cumplió; si se recurre á los autos están fechados por días y no por horas; si se apela al testimonio de los hombres ¿quién podrá recordar la hora en que comenzó hace diez, veinte ó treinta años, un hecho de posesion por sí mismo muy insignificante y que, por lo mismo, no llama la atención? Estos motivos explican la disposición especial del art. 2260, pero son por completo extraños á la materia de la filiación. Un matrimonio se celebra el 1º de Enero; la duración más corta de la preñez es de ciento ochenta días: ¿cuál será el punto de partida del plazo? El sentido común contesta: «El momento en que ha venido á ser posible la concepción durante el matrimonio; y bien, la concepción es posible desde el instante en que se celebra el matrimonio. ¿Qué importa que no sea más que una fracción de un día si precisamente durante esas doce ó catorce horas la concepción ha sido posible y, más decimos, probable? Luego por horas y no por días es como debe computarse. Nosotros decimos que los motivos que han hecho que se establezca otra regla en materia de prescripción nada tienen de común con la filiación. La verdad habría exigido que se calculase por horas, porque se trata de comprobar el estado real de las cosas y no de proceder por ficciones. Si la ley no lo ha hecho es porque era imposible. ¿Es también imposible precisar el momento en que el matrimonio se celebra y en seguida el momento del nacimiento? Las actas del estado civil indican la hora en que son recibidas, y esto es una de las enunciaciones que prescribe el art. 34; y el oficial público debe también mencionar la hora del nacimiento por declaración de los concurrentes (art. 57). Así, pues, se tiene una prueba legal que

comprueba la verdad. ¿Por qué dejar la realidad de las cosas para recurrir á ficciones? Si estas ficciones estuviesen consagradas por la ley habría que aceptarlas. Pero la ley las ignora; hay, además, que decir que nos separan de la ley. Conforme al espíritu y al texto de la ley el *mínimum* de la preñez es de ciento ochenta días; sin embargo, por el cálculo tradicional se halla que este plazo está reducido á ciento setenta y nueve días. Nueva ficción, y ficción que está fuera de la ley. Hay que contar ciento ochenta días de venticuatro horas contando desde la hora en que se celebró el matrimonio hasta la hora en que el hijo nació; este será legítimo si tal número de horas ha transcurrido, ilegítimo si no ha transcurrido

Otro tanto decimos del plazo de trescientos días. Se contará igualmente desde la hora en que se disolvió el matrimonio hasta la hora del nacimiento. Se presumirá que el hijo nacido dentro de tal plazo fué concebido durante el matrimonio y, por consiguiente, que es legítimo; el que nazca después de este número de horas habrá sido concebido después de la disolución del matrimonio y, por tanto, será ilegítimo. Este cálculo está en armonía con la realidad de las cosas tanto como una ficción puede concordar con la realidad. Porque estamos en el terreno de una ficción no solamente por la duración del plazo sino también por el punto desde el cual debe comenzarse á contar. El plazo corre desde el momento ó desde la hora en que el matrimonio se disuelve: lo que supone que la concepción ha podido tener lugar en el instante en que precedió á la muerte ó á la declaración del divorcio. Ciertamente que esa es una ficción poco probable, pero que, por lo menos, está en el orden de las cosas posibles. Mientras que el cálculo usual que excluye el día de la disolución implica que la concepción ha podido tener lugar en todo el intervalo del día de

la disolución no comenzando á correr á correr dicho plazo sino desde el día siguiente; lo que es soberanamente absurdo. Queda por saber si la muerte puede probarse con la misma exactitud que el nacimiento. Ahora bien, nos encontramos con que el Código Napoleón no prescribe la enunciación de la hora y ni siquiera la del día del fallecimiento (art. 19). Cierto es que los oficiales públicos marcan la hora del fallecimiento por las declaraciones que, en caso necesario, exigen á los declarantes, ¿pero qué fe ha de darse á esta enunciación? Como la ley no la prescribe hay que decidir que no tiene fe ninguna: no es más que el testimonio dado fuera de la ley. De todos modos lo cierto es que á falta de la prueba literal puede recurrirse á la testimonial. Esto es lo que el legislador ha supuesto. Esta prueba es mucho más segura en materia de filiación que en materia de prescripción. La muerte es un hecho grave que impresiona á los más indiferentes; tal instante solemne no se borra ya de su memoria, en tanto que el hombre cuyos recuerdos son fidelísimos olvidaría fácilmente los hechos de posesión de que accidentalmente ha sido testigo.

Valette ha sido el primero en proponer el sistema por nosotros adoptado. (1) La más reciente jurisprudencia se pronuncia en tal sentido. (2)

Nosotros aplicamos este cálculo á todos los casos, aun cuando el marido desconozca al hijo á causa de imposibilidad física de cohabitar (art. 312). Se ha objetado que era imposible precisar con certidumbre la hora en la cual comenzó ó cesó tal imposibilidad de cohabitación. (3) La ob-

1 Valette, *Explicación sumaria del primer libro del Código Civil*, ps. 164 y siguientes.

2 Fallo del Tribunal de Arrás de 6 de Mayo de 1857; sentencias de Poitiers de 24 de Julio de 1855 y de Angers de 12 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1858, 2, 133; 1865, 2, 129; 1867, 2, 201).

3 Arntz, *Curso de derecho civil*, t. I, p. 266; 4º, núm. 505.

jeción no es seria. Cuando esto es á causa de alejamiento existe un hecho exterior, el viaje, cuyo principio y cuyo fin son muy fáciles de verificar. Si el marido alega la impotencia accidental se puede todavía, según nosotros, determinar con certidumbre la fecha del accidente lo mismo que la curación, si es que la hay. Respecto á la enfermedad interna difícil sería la cosa; pero, á nuestro juicio, la enfermedad no se admite como causa de imposibilidad para cohabitar.