

tencia fué anulada por la Corte de Casación de Bruselas, y la Corte de Gante, ante la cual se llevó el asunto, se adhirió al dictamen de la Corte Suprema. (1) Nosotros creemos que estas últimas sentencias consagran la verdadera doctrina. No es el tutor quien combate la acción de desconocimiento; él no es más que el mandatario ó, por mejor decir, el protector que la ley da al hijo. Este es el verdadero demandado: lo que es de toda evidencia. Así, pues, la cuestión se reduce á saber cuál es el domicilio del hijo. En principio el hijo tiene el domicilio de su padre, no pierde dicho domicilio por el solo hecho de que contra él se haya intentado una acción de desconocimiento, porque no es la acción la que lo expulsa de la familia sino el fallo. ¿Se cambia la doctrina cuando se discierne un tutor *ad hoc* al hijo? Tal es la cuestión. No vacilamos en responder negativamente. El tutor *ad hoc* no es el representante del hijo sino un protector especial que tiene por misión defender los intereses del hijo; esta tutela especial no puede, pues, tener ninguna influencia sobre el domicilio del menor, porque no es una verdadera tutela; no hay ni subrogado tutor, ni hipoteca legal, y, por lo mismo, nada hay que caracterice la tutela. Luego el hijo conserva el domicilio del padre. Esto decide la cuestión.

§ I.—PLAZOS DENTRO DE LOS CUALES DEBE INTENTARSE LA ACCION.

*Núm. 1. Duración de los plazos.*

444. El art. 316 establece: «En los diversos casos en que el marido está autorizado para reclamar deberá hacerlo dentro del mes, si se halla en el lugar del nacimiento

1 Sentencia de Casación de 6 de Marzo de 1856, y sentencia de Gante de 7 de Agosto de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 1, 181; 1857, 2, 99).

to del hijo; dentro de los dos meses después de su vuelta, si en la misma época está ausente; dentro de los dos meses después de descubierto el fraude si se le hubiere ocultado el nacimiento del hijo.» ¿Por qué motivos prescribe la ley plazos tan cortos? Bigot-Prémeneu contesta que la ley ha consultado el corazón humano. «El sentimiento natural del marido dice, que tiene suficientes motivos para repudiar á un hijo que cree serle extraño, es repudiado inmediatamente de la familia, su deber, el ultraje que ha recibido, todo debe inclinarlo á patentizar inmediatamente su querrela. Si se demora óyese llamar con el nombre de padre, y su silencio equivale á una confesión formal á favor del hijo: la calidad de padre que una sola vez consintió en asumir es irrevocable.» Duveyrier da la misma razón, que importa dejar apuntada: «Un padre que á su lado ha tolerado en su casa, sin pena ni repugnancia, ó que sin indignación ha conocido la existencia de un hijo que la ley y la sociedad le atribuyen, se supone que no ha recibido ofensa ó que la ha perdonado; y en todo caso, la ley, así como la razón, prefiere el perdón á la venganza (1)

¿Qué es lo que debe entenderse por la expresión *en los lugares* y por la palabra *ausente* que le es opuesta? Toulhier dice que deliberadamente el legislador se sirvió de esta expresión vaga *en los lugares* para designar la distancia hasta la cual pueden ó no ignorarse hechos que tan vivamente interesan al marido, como el embarazo de una esposa y el nacimiento de un hijo. En cuanto á la ausencia es de evidencia palmaria que el que está ausente en el sentido legal de la palabra no puede reclamar, supuesto que hay incertidumbre sobre su vida; en el art. 316 la ausen-

1 Exposición de los Motivos, núm. 14 (Loché, t. III, p. 88). Duveyrier, Discursos, núm. 18 [*ibid.*, p. 128].

cia es sinónimo de alejamiento; el que no se halla en un sitio dado está ausente. Toullier hace notar, y con razón, que la distancia hasta la cual hay alejamiento es una cuestión de hecho. El marido que no habita en la misma comuna que la mujer no está en el sitio; sin embargo, si el lugar en que él reside es próximo, si las comunicaciones son fáciles, no puede razonablemente ignorar los acontecimientos que pasan en su familia. (1)

Se ha preguntado cómo se calcula la vuelta. Una sentencia de la Corte de París decide que el plazo, en caso de ausencia, no empieza á correr sino desde el momento en que el marido ha vuelto al lugar del nacimiento del hijo ó del domicilio conyugal. (2) A nosotros nos parece, conforme al espíritu de la ley, que hay que considerar como de vuelta al marido cuando retorna al lugar en donde la mujer reside. El domicilio de derecho sería el del marido, pero el domicilio puede estar muy lejos de la residencia de la mujer; y ahí puede ignorarse el hecho del nacimiento del hijo; ahora bien, para que el plazo pueda correr se necesita, al menos, que sea probable que el marido tiene conocimiento de los hechos. En cuanto al lugar en que el hijo ha nacido puede ser completamente accidental, y puede ser que ahí sean tan desconocidos el marido como la mujer.

El plazo es también de dos meses en caso de fraude; el art 316 nos dice que la ley entiende por esto el hecho de que la mujer oculta el nacimiento del hijo. Luego el plazo no comienza á correr sino desde el día en que el marido adquiere el conocimiento cierto de la maternidad; lo que igualmente es una cuestión de hecho. La Corte de Rouen ha resuelto que una demanda en rectificación del acta de nacimiento dirigida por el hijo contra el marido no hacía

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. II, núm. 839, p. 87.

2 Sentencia de París de 9 de Agosto de 1843 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 135).

correr el plazo, porque dicha acta no daba al marido el conocimiento suficiente de la maternidad en razón de las circunstancias de la causa; la sentencia fué confirmada por la Corte de Casación. (1)

445. Si el marido no se halla en los sitios ó si el nacimiento se le ha ocultado el plazo en el cual debe reclamar es de dos meses, y comienza á correr desde el momento de la vuelta ó desde el descubrimiento del fraude. Se pregunta si es al marido á quien corresponde probar que está dentro del plazo. La doctrina, en este punto, se halla en desacuerdo con la jurisprudencia. Durantón, Zachariæ, Demolombe, enseñan que el marido, siendo actor, debe probar que se halla dentro del plazo excepcional que la ley le otorga cuando está ausente ó cuando se le ha ocultado el nacimiento del hijo. (2) La Corte de Casación, por el contrario, hace recaer la prueba sobre el demandado; es decir, sobre el tutor *ad hoc*. (3) A nuestro juicio la jurisprudencia ha consagrado los verdaderos principios. No es exacto decir que el marido invoque una excepción; la ley determina el plazo según las circunstancias: es de un mes cuando el marido se halla en los sitios, de dos meses cuando está ausente ó cuando se le ha ocultado el nacimiento. No hay en esto ni regla ni excepción sino tres disposiciones diferentes para tres casos distintos. La cuestión es, pues, ésta. ¿Es necesario que en estos tres casos pruebe el marido que se halla dentro del plazo útil? En principio el que intenta una acción no tiene que probar más que una cosa, el fundamento de su demanda. Ahora bien, el plazo dentro del

1 Sentencia de la Corte de Casación de 25 de Enero de 1831 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 45, p. 176). Compárese, en el mismo sentido, sentencia de Dijón de 6 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 32).

2 Durantón, t. III, p. 82, núm. 86; Zachariæ, t. III, p. 647, nota 15; Demolombe, t. V, p. 136, núm. 144.

3 Sentencia de 14 de Febrero de 1854, (Daloz, 1854, 1, 89).

cual debe formularse la demanda no es el fundamento de ella; de ahí resulta únicamente una excepción que el demandado puede oponer. Por aplicación de este principio, hay que decidir que el marido no tiene que probar que se halla dentro del plazo: al demandado, que es el que le opone la excepción de pre-cipción ó la caducidad resultante de la espiración del plazo, es á quien corresponde probar que éste ha expirado.

446. Decimos que hay caducidad si el marido no promueve dentro del plazo legal. La sentencia de la Corte de Casación que acabamos de citar así lo resuelve, y esto no puede ser motivo de duda. El texto del art. 316 es imperativo, puesto que dice que el marido *deberá* reclamar. Si no reclama inmediatamente su silencio se considera como una aquiescencia de su paternidad; esto es lo que dicen los oradores del Gobierno y del Tribunado. Esto decide la cuestión. ¿Incorre en caducidad el marido que no promueve porque ignoraba el nacimiento del hijo, bien que no se le haya ocultado? Ese caso puede presentarse cuando el marido se halla ausente; si la ausencia ha durado años enteros aquél puede ignorar la existencia del hijo, por más que el nacimiento haya tenido la publicidad ordinaria. A su vuelta él no llega á saber la existencia del hijo sino dentro de dos meses. ¿Habrá caducidad? Conforme al texto debe responderse afirmativamente. En efecto, el art. 316 es absoluto, y el intérprete no puede introducir en el texto una distinción que en él no existe. No obstante, creemos que se debe admitir una restricción de esta opinión: si á su vuelta no se da á conocer al marido la existencia de ese niño ¿no podrá éste sostener que se le ha ocultado el nacimiento? ¿Qué importa que no haya habido ocultación cuando se verificó el parto si en razón del alejamiento el marido no podía conocer ese hecho? A nuestro juicio hay fraude

desde que se le ha ocultado el hijo en el momento en que habría podido y debido saberlo. La cuestión es más delicada cuando el marido se halla en los parajes, pero que los cónyuges vivan separados, sea de hecho, sea en virtud de un juicio. En este caso el marido puede también ignorar el nacimiento y la existencia del hijo, aunque no haya habido ningún fraude. Por esto mismo el marido ha incurrido en la caducidad.

Esto es contrario al espíritu de la ley, puesto que el silencio del marido es una confesión; ahora bien, no se concede la confesión si el marido ignora que existe un hijo. Hay un vacío en el Código. En Francia se ha llenado; respecto á la separación de cuerpo por la ley de 6 de Diciembre de 1850 y bajo el imperio de esta ley se ha juzgado que cuando el marido ignora el nacimiento del hijo el plazo del desconocimiento no corre sino desde el día en que ha tenido un conocimiento claro.

447. ¿El marido puede desconocer al hijo antes de su nacimiento? Una sentencia de la Corte de Lieja resolvió la cuestión afirmativamente, y tal es también el parecer de Zachariae. Creemos, con Demolombe, que este es un error: «Ninguna ley, dice la Corte de Lieja, prohíbe á un cónyuge que ve que llega su última hora desconocer al hijo que está todavía en el seno de la madre, y semejante desconocimiento no ha sido atacado de nulidad.» Nó, no hay ley que lo prohíba, pero los principios más elementales de derecho lo prohiben. El desconocimiento es una acción judicial, y ¿puedese obrar contra el que no existe? Ahora bien, el hijo concebido no es todavía una persona. Ciertamente que una ficción lo considera como nacido cuando se trata de sus intereses. Pero la ficción debe quedar encerrada dentro de los límites para los cuales está establecida: no se

la puede invocar contra el hijo concebido. Esto decide la cuestión.

¿Es preciso que el hijo reclame sus derechos para que corran los plazos? La Corte de Casación ha juzgado que la acción de desconocimiento puede ejercitarse contra un hijo que no tiene título ni posesión de estado, sin que sea necesario esperar á que este hijo reclame los derechos de hijo legítimo. A nuestro juicio, como ya lo hemos dicho (núm. 434), este caso no es el del desconocimiento, es el caso de una acción en contestación de legitimidad. En cuanto al desconocimiento propiamente dicho es evidente que el marido no debe expresar la reclamación del hijo; la ley no lo exige y las más de las veces la cosa habría sido imposible, supuesto que el desconocimiento debe formularse en el mes del nacimiento.

448. Según los términos del art. 318 los herederos tienen dos meses para disputar al hijo la legitimidad. Los herederos tienen, pues, un plazo de dos meses en todos los casos en que hay lugar á desconocimiento, mientras que el marido no tiene más que un mes, si está en los lugares del suceso. Esta diferencia es muy justa. El marido no puede ignorar el hecho de su paternidad una vez que la maternidad está clara, mientras que los herederos extraños á la intimidad de las relaciones que existen entre cónyuges pueden ignorar los hechos; deben disponer de un tiempo moral para tomar informes y resolver después. El plazo no corre sino contando desde la época en que el hijo se ha puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde la época en que los herederos fuesen incomodados por el hijo en dicha posesión. Antes hemos dicho cuándo tiene lugar esta incomodidad (núm. 440).

*Núm. 2. Disposiciones generales concernientes á los plazos.*

449. Los plazos son de uno ó dos meses. ¿Y cómo se cuentan los meses? Cuando se publicó el Código Civil el calendario republicano estaba todavía en vigor y, en consecuencia, los meses comprendían un espacio de treinta días. El calendario gregoriano reemplazó al calendario republicano; y de jurisprudencia como de doctrina es que los meses se cuenten de fecha á fecha, según el calendario gregoriano, sin que se tenga en cuenta la duración más ó menos larga de los meses. (1)

450. ¿El plazo de uno ó dos meses es una prescripción y hay que aplicar los principios sobre las causas que suspenden ó que interrumpen la prescripción? Todos los autores enseñan que el plazo dentro del cual debe intentarse el desconocimiento no es una prescripción y que, en consecuencia, no se suspende por la minoría del marido ó de sus herederos. Dicen que es uno de esos términos fijos dentro de los cuales un hecho jurídico debe verificarse bajo pena de caducidad. (2) La doctrina de los plazos prefijos es muy vaga; la examinaremos en el título *De la Prescripción*. En caso de desconocimiento sufre ciertas dificultades. Los autores del Código Civil han prescripto un breve plazo porque en el silencio del marido han visto, en el momento en que todo lo induce á protestar, una confesión de la paternidad. Aquí, pues, no se trata de un simple plazo material hasta cierto punto sino de saber si el marido ó sus herederos, guardando el silencio, confiesan que el hijo es legítimo.

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Mes*. Zachariæ, t. I, pfo. 49, p. 110 y notas 11 y 12.

2 Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Paternidad*, núm. 146.