

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Demante, tom. 2, num. 42 bis.—Fargues. *De la filiation legitime*, num. 27.—Daloz, *Repert*, "Pater. et filiat." num. 91.—Durranton, tom. 1, num. 63.



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

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

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

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



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

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

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

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

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

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 18.