

Tratado Elemental de Derecho Civil Venezolano

Los merecidos elogios que se han tributado a esta importante obra del Dr. Víctor Luis Granadillo C., y que testifican la excelencia y alcance jurídicos del arduo trabajo llevado a cabo por este insigne obrero de la Ciencia del Derecho, justifican cada día más la satisfacción de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al contarlo orgullosamente en su seno como Miembro Correspondiente de ella en el Estado Yaracuy.

Por eso es especial honra para el "Boletín" reproducir en sus páginas, del Tomo II de dicha obra, con que se ha enriquecido la Bibliografía Científica Nacional el primer Capítulo, intitulado:

CIRCULAR SOBRE EL CODIGO CIVIL

"El Capítulo III del Título V del Libro Primero que trata *"De la filiación natural"*, es de suma importancia por las notables mejoras con que el legislador ha favorecido la condición del hijo ilegítimo, correspondiendo así a la evolución iniciada en el Código de 1916. Empieza el artículo 214 estableciendo que la partida de nacimiento es prueba de la filiación natural, bastando respecto a la madre que se indique el nombre de ella, *aunque no concurra al acto*, esto porque, conforme al artículo 465, la declaración del nacimiento se hará en defecto del padre o de la madre, por el médico-cirujano, o por la partera, o por cualquiera otra persona que haya asistido al parto,

o por el jefe de la casa donde tuvo lugar el nacimiento. De ese modo la indicación del nombre de la madre queda a cubierto de posibles fraudes. Para mayor garantía de la fidelidad de que la indicada por el declarante es realmente la madre, precisa instruir a las Autoridades Civiles de las Parroquias o Municipios sobre este particular, con el objeto de que cuiden de inquirir si la persona que hace la declaración del nacimiento es una de las autoridades taxativamente por el artículo 465 citado”.

“El artículo 215 pauta que el reconocimiento que se haga de un hijo muerto, no favorece como heredero a quien lo reconoce, sino en el caso de que el hijo hubiese gozado de la posesión de estado. Ello para evitar reconocimientos con miras interesadas. Este artículo reforma en ese sentido el artículo 243 del Código de 1922 y lo completa al añadir que si el hijo que se quiere reconocer fuese mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiere muerto, el de su cónyuge y el de sus descendientes, si los hubiere”.

“El artículo 218 consagra una reforma sustancial del artículo 242 del Código que se deroga, en lo que respecta a la acción de la inquisición de la paternidad ilegítima. Con efecto, el principio en que se inspira la norma derogada es el de la prohibición, por regla general, de tal acción, siendo procedente sólo por excepción, en los casos de raptó o violación, cuando la época de éstos coincida con la de la concepción. En cambio, el artículo 218 del nuevo Código está concebido en términos generales: *“El hijo tiene acción para reclamar judicialmente ser reconocido por sus padres o por uno cualquiera de los dos”*. En esta forma quedan comprendidos dentro de la disposición no sólo los casos de raptó o violación, sino cualesquiera otros posibles de seducción, engaño, etc. Pero el artículo 219 exige que al intentarse la acción contra el padre, debe probarse que en la época de la concepción del hijo, mantuvieron relaciones carnales la madre y el pretendido padre, así como también debe probarse la identidad del

que se pretende hijo con el habido durante aquel período. Mas, para evitar abusos y temeridades se establece en el artículo 220 que esa acción no podrá declararse con lugar cuando la madre, durante el período de concepción, ha tenido relaciones carnales con otro individuo o ha sido de mala conducta; ni tampoco procede dicha inquisición de la paternidad si en el momento de la oncepción existía en el padre impedimento no dispensable para contraer matrimonio, a menos que antes de intentarse la acción haya cesado el impedimento”.

“El artículo 218 permite que se intente esa acción contra los herederos del padre o de la madre que hubieren muerto, siempre que se alegue, como fundamento, la posesión de estado y que además se la ejerza dentro de los cinco años subsiguientes a la muerte de cualquiera de aquéllos: de esta suerte la acción contra los herederos de los presuntos padres no es imprescindible”.

“Finalmente, el artículo 226 completa la teoría de la filiación natural al estatuir que el hijo natural tiene la misma condición que el legítimo con *relación al padre y a la madre* y a los parientes consanguíneos de éstos, salvo disposición especial de la Ley. El artículo 241 del Código de 1922 reconoce al hijo natural la misma condición que al hijo legítimo, pero solamente con relación *a la madre* y a los parientes consanguíneos de ésta. La realidad del medio venezolano y la característica de nuestro medio social reclamaban de modo imperioso el mejoramiento de los hijos ilegítimos. Lograda esa conquista por el nuevo Código es de esperar que sus efectos saludables han de reflejarse de modo directo sobre una buena porción de nuestros conciudadanos. Es oportuno indicar que la salvedad a que se refiere el artículo 226 encuentra aplicación concreta en el artículo 823, según el cual los hijos naturales o sus descendientes legítimos o naturales, que lo sean por la línea paterna, cuando concurren con hijos legítimos o descendientes legítimos de

hijo legítimo. En el orden de suceder contemplado, pues, el hijo natural no tiene la misma condición que el legítimo con relación al padre, ya que en concurrencia con hijos legítimos o descendientes legítimos de éstos, sólo hereda una parte igual a la mitad de la cuota que corresponde a un hijo legítimo, porque el legislador, no obstante su empeño justo y humanitario, creyó útil reconocer preeminencia a la institución del matrimonio y a los efectos civiles que él produce, para la estabilidad y moralización de la familia. A este motivo debe agregarse la consideración de que los hijos legítimos, viviendo con los padres, concurren con ellos generalmente a la formación y conservación del patrimonio de la familia, concurrencia que es de positivo valor entre nuestros campesinos y obreros; y esta colaboración no pueden prestarla los hijos naturales, porque ordinariamente viven fuera del hogar en que el padre forma los hijos legítimos. Pero aun cuando la diferencia en este punto, entre hijos legítimos y naturales no estuviese plenamente justificada, débese, con todo, hacer resaltar que es la primera vez que la legislación civil venezolana reconoce a los hijos naturales el derecho a concurrir, siquiera en menor parte, con los hijos legítimos, en la herencia paterna”.

“En materia de *patria potestad*, el nuevo Código señálase por muy importantes reformas. El artículo 261 establece que la patria potestad corresponde al padre, pero que a su ejercicio coadyuvará la madre, durante el matrimonio, en lo que respecta al orden doméstico y a la dirección de los hijos. De este modo queda formalmente consagrado en la Ley, el elevado ministerio de la madre en la formación de la familia y en la dirección moral y espiritual de los hijos, al declararla inmediata y eficaz cooperadora del padre”.

“El artículo 262 estatuye que los hijos naturales de menor edad están bajo la patria potestad de sus padres, con lo que se introduce una reforma sustancial en este

éstos, tomarán para cada uno de ellos y para cada grupo de descendientes, representante de un hijo natural, una parte igual a la mitad de la cuota que corresponde a un punto, ya que el principio tradicional consagraba que el padre natural es tutor de derecho del hijo cuya filiación esté legalmente probada; mientras que en el precepto del nuevo Código se le atribuye a ambos el ejercicio de la patria potestad con todos sus atributos, en beneficio del hijo. Si la declaración de filiación fuere hecha simultáneamente por el padre y por la madre, el padre natural ejercería la patria potestad, y en los demás casos el primero que haya hecho el reconocimiento. De modo que cuando el reconocimiento del padre fuere posterior al de la madre, ésta conserva el ejercicio de la patria potestad, pero, por una muy prudente disposición del último aparte del artículo citado, el Juez de Primera Instancia puede, si el interés del hijo lo exige, confiar el ejercicio de la patria potestad, temporal o permanentemente, a aquel de los padres que no lo tenga por la Ley”.

“Corresponde ahora al Juez de Parroquia o de Municipio, conforme al artículo 265, intervenir para mejorar el castigo que el padre o la madre que ejerza la patria potestad, puede imponer a los hijos sometido a ésta. Por el Código de 1922 esta intervención correspondía al Juez de Primera Instancia. Abundando en este mismo orden de ideas encaminadas a facilitar el ejercicio de los atributos inherentes a la patria potestad en interés del menor, el artículo 267 ordena que cuando se tratare de hipotecar, gravar o enajenar bienes muebles o inmuebles o derechos sobre los mismos, cuyo valor, con respecto a cada menor, no exceda de dos mil bolívares, corresponde al Juez de Distrito o de Departamento conceder la autorización exigida por la Ley, no sin antes examinar detenidamente el caso, y después de oír al hijo en persona cuando tenga más de dieciséis años. Ei el Juez de Primera Instancia o de Distrito o Departamento no residiere en el mismo lugar del domicilio del menor, se presentará la solicitud

y se evacuarán las diligencias conducentes ante cualquier Juez de Parroquia o Municipio, quien remitirá todo lo actuado con oficio al competente para su despacho”.

“Es oportuno llamar la atención sobre el hecho de que, según el mismo artículo, los funcionarios y autoridades de todas clases que en cualquier forma intervengan en los actos o diligencias de que aquí se trata, los despacharán con toda preferencia y no podrán cobrar derecho ni emolumento, *ni aceptar remuneración*, bajo pena de destitución del cargo que ejerzan, por el solo hecho de la denuncia comprobada”.

“En orden a la privación de la patria potestad, el artículo 278 prevé dos nuevas causas: cuando por malas costumbres, ebriedad habitual u otros vicios de quien la ejerza se pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; y cuando quien la ejerza fuere condenado por un hecho punible cometido intencionalmente contra el hijo. En éstos y en los demás casos previstos por dicho artículo, la acción corresponde a cualquier ascendiente o pariente colateral del hijo, dentro del cuarto grado, y al Síndico Procurador Municipal y, en defecto de aquéllos se puede proceder de oficio mediante denuncia de cualquier persona al Juez de Primera Instancia. Pero el artículo 279 acuerda a los padres privados de la patria potestad, el derecho de ser rehabilitados cuando su corrección y regeneración resulten de hechos notorios plenamente comprobados”.

“El Título IX del Libro Primero trata *“De la Tutela y de la Emancipación”*, y consagra reformas considerables encaminadas todas a proteger y velar por los menores de edad que no tengan representante legal. La primera de estas disposiciones es la del artículo 301, la cual en términos generales estatuye que todo menor de edad que no tenga representante legal será provisto de tutor y protutor y suplente de éste. Dichas medidas culminan con la previsión establecida en el artículo 318, que establece

la tutela del Estado. Por ser de suma trascendencia el contenido de este artículo, precisa llamar la atención de usted de modo especial sobre este particular. Con efecto, el artículo citado expresa que el Estado asumirá de hecho la tutela de los menores abandonados y la ejercerá en la forma que determinen leyes especiales. Y con respecto de otros menores sometidos a tutela, el Estado se reserva la atribución de ejercer vigilancia especial sobre esa tutela, de acuerdo con las leyes”.

“En tanto que se dictan las leyes especiales previstas en este artículo, pauta el 319 que cualquiera Autoridad Civil o de Policía que tenga conocimiento de la existencia de menores abandonados o desamparados, deberá pedir el depósito de éstos al Juez Civil de la localidad, que puede serlo un Juez de Parroquia o de Municipio, sin perjuicio de que la expresada Autoridad pueda por sí misma tomar esa medida. El depósito se efectuará de preferencia en establecimientos destinados a tal fin, a no ser que el Juez, a solicitud de parte, disponga que el menor sea entregado a un particular o a un instituto benéfico. En tal caso los directores o directoras de dichos establecimientos, ya sean públicos o privados, así como los particulares en sus casos, serán de derecho tutores de los menores depositados en ellos y mientras permanezcan bajo su guarda”.

“Persigue el legislador con estas sabias disposiciones que en ningún caso ni por ningún motivo puedan encontrarse menores desamparados o privados de los beneficios de la tutela; y por ello importa que tome usted en el territorio de su jurisdicción, tan luego entre en vigencia el nuevo Código, todas las medidas conducentes a que las Autoridades Civiles o de Policía se compenentren de la alta función que la Ley les encomienda, para que la tutela del Estado sea ejercida eficientemente aún en los más apartados parajes de la República. Y muy particularmente conviene hacer conocer a dichas autoridades la obligación que les impone el artículo 323, según el

cual todo funcionario tiene el deber indeclinable de dar preferente atención al despacho de las gestiones conducentes a la constitución y ejercicio de la tutela, sin poder cobrar por tales diligencias emolumento alguno ni aceptar remuneración, so pena de la respectiva responsabilidad criminal. Conviene advertir, además, que todas las diligencias y actuaciones encaminadas al establecimiento de esta tutela, se harán en papel común y sin estampillas. Por otra parte, cuando el menor sometido a la tutela del Estado adquiera bienes que excedan de cuatro mil bolívares, se procederá a organizarle la tutela ordinaria, de conformidad con el artículo 322”.

“En la materia concerniente al Consejo de Tutela, el artículo 324 introduce una reforma sustancial, al ordenar que el Consejo de Tutela *se constituirá permanentemente para cada tutela por todo el tiempo que ésta dure*, evitando así los inconvenientes y demoras que se presentan con el sistema actual de un nombramiento de Consejo de Tutela para cada caso en que, según la Ley, necesite el tutor obtener autorización judicial o que deba oírse la opinión de este Consejo. A fin de que los asuntos relativos a la administración de la tutela sean despachados prontamente, determina el artículo 329 que la opinión del Consejo de Tutela será motivada, sin ser retardada por un tiempo mayor de cinco días después de la convocación de todos sus miembros o de la fecha en que recibiera el nuevo recaudo, siendo potestativo del Juez prorrogar prudentemente dicho lapso, sin excederse de treinta días. Ordena el artículo 334 que el Juez oírá previamente al menor si éste ha cumplido ya la edad de quince años y se encontrare en el país cuando se trate de autorizar al tutor para celebrar un acto de disposición sobre los bienes del pupilo”.

“El artículo 339 ha suprimido la inhabilidad de las mujeres para ser nombradas tutor, protutor y miembros del Consejo de Tutela, y ha incluido como causal de inhabilidad la embriaguez consuetudinaria”.

“Por lo que se refiere a la administración de la tutela, establece el artículo 365 que el tutor no puede, sin autorización judicial, enajenar ni gravar los bienes inmuebles o muebles cualquiera que sea su valor. En este punto se ha establecido en beneficio de los intereses del menor una oportuna restricción, pues conforme al artículo 385 del Código de 1922, el tutor no tenía necesidad de autorización judicial para enajenar los bienes muebles del menor cuyo valor no exceda de un mil bolívares”.

“Por ser materia conexas con la que se ha venido tratando, juzga este Despacho oportuno traer a este sitio la referencia al Título XIV que se incluyó en el Libro Primero, con el rótulo “*De la jurisdicción especial*”. Este nuevo Título contiene un solo artículo, el 324, concebido así: “Las funciones que en el presente Código se atribuyen a los Jueces de Primera Instancia en lo Civil en lo relativo al derecho de familia, podrán ser atribuidas a Jueces especiales por las Leyes respectivas”.

“Las atribuciones señaladas a los tribunales civiles por los artículos 61, 62, 63, 90, 252, 258, 259, 260, 265, 266, 278, 279, 302, 309, 313, 314, 317, 319, 321, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 332, 334, 335, 336, 311, 316, 348, 349, y 350 de este Código serán ejercidas por los Jueces de Menores donde hayan sido creados, en todos los casos en que los menores interesados o algunos de ellos, no hayan cumplido dieciocho años de edad. En tales casos corresponderá también a los Tribunales de Menores conocer de los juicios por privación de la patria potestad”. Por consiguiente, los Tribunales de Menores del Distrito Federal, únicos creados hasta ahora, empezarán a cumplir los preceptos del artículo transcrito, tan luego entre en vigencia el nuevo Código Civil, y es de esperar que por razón de su misma especialidad, la labor a ellos encomendada será de positivos y benéficos resultados”.

“El Título XII del Libro Primero que trata “*Del Registro del Estado*”, contiene muy importantes reformas

sobre cuyo contenido y alcance precisa que las Autoridades Civiles de su jurisdicción sean debidamente instruidas, por ser ellas las que de modo inmediato y directo tienen a su cargo el cumplimiento de los requisitos y formalidades que han de cumplirse en el asiento de las actas del estado civil de las personas.—Puede afirmarse que dichas autoridades son los verdaderos funcionarios del Registro Civil en Venezuela”.

“El Capítulo I de este Título trata “*De las partidas en general*”, y empieza por consagrar en el artículo 445 que los nacimientos, matrimonios y defunciones se harán constar *en la jurisdicción en que ocurran*, en registros especialmente destinados a ese objeto. Esta determinación se hacía necesaria ya que sobre el particular guarda silencio el artículo 449 del Código de 1922, y de ese modo se tiende a evitar en lo posible asientos fraudulentos o inexactos, haciéndolos fuera de la jurisdicción en que han tenido lugar los actos del estado civil”.

“Los libros del Registro Civil deben estar marcados en todas sus hojas con el sello del Concejo Municipal de la respectiva jurisdicción, y llevar en la última hoja la constancia, firmada por el Presidente del Concejo, del número de folios que contenga cada libro, del objeto de éste y del año en que ha de emplearse”.

“El artículo 448 amplía el texto del artículo 452 del Código que se deroga, al exigir nuevos y minuciosos requisitos en las partidas del estado civil, los cuales sirven de mayor garantía para la exactitud y veracidad del asiento.—Tales requisitos son: la expresión del nombre y apellido del funcionario que las autorice, con la mención del carácter con que actúa; el día, mes y año en que se extiendan; el día, mes y año, la hora, si es posible, y la casa o sitio en que acaeció o se celebró el acto que se registra; las circunstancias correspondientes a la clase de cada acto; el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio o residencia de las personas que figuren en la

partida, ya como partes, ya como declarantes del acto, ya como testigos; y los documentos presentados.—Deberá firmarlas el funcionario o la persona autorizada para el caso, y su Secretario, con asistencia de dos testigos mayores de edad y vecinos de la Parroquia o Municipio, quienes podrán ser presentados por las partes, expresándose tal circunstancia.— Pero conviene advertir que no es necesario que los testigos sepan escribir, bastando sólo que sean mayores de edad y vecinos de la Parroquia o Municipio, y señalar particularmente que el artículo suprime el requisito de que los testigos deban ser varones.—Las actas deberán firmarlas también las partes que comparezcan y puedan hacerlo, los declarantes, en sus casos, y los testigos que sepan escribir, expresándose las causas por las cuales deje de firmarlas cualquiera de los obligados a ello”.

“El artículo 453 introduce una nueva disposición, según la cual el Jefe Civil que reciba partidas después de cerrados los libros, deberá insertarlas en los libros nuevos, con la obligación de avisar inmediatamente al Juez de Primera Instancia de la jurisdicción, a quien enviará en la misma oportunidad la partida que sirvió de original.—Permite el artículo 451 que cuando por incomunicación, epidemia u otro motivo semejante, fuere notoria la dificultad de llegar al despacho de la autoridad competente, se pueda efectuar el acto ante otra autoridad competente de la misma Parroquia o Municipio y aun de otra jurisdicción, haciéndose constar en el acta la causa por la cual no se ocurrió al funcionario a quien correspondía autorizar el acto.—Pauta el artículo 455 la obligación para los funcionarios que hayan autorizado cualquier acto jurídico que se refiera a partidas constantes en los libros de Registro Civil, y que deba insertarse o anotarse en ellas, de dar aviso al Juez de Primera Instancia del lugar en que debe hacerse la inserción o anotación”.

“Para facilitar la celebración del matrimonio, per-

mite el artículo 459 que en el caso de que la prueba de la filiación sea para proceder a celebrar aquel acto, bastará una justificación de dos testigos sobre la filiación, sin necesidad de ninguna búsqueda previa en el Registro de Nacimientos”.

“El artículo 461 introduce una disposición nueva, en virtud de la cual corresponde al Síndico Procurador Municipal ejercer las funciones de inspeccionar los Registros del Estado Civil de su jurisdicción, mediante visitas periódicas semestralmente por lo menos.—Este funcionario cuidará de que los asientos se lleven al día y se hagan en debida forma; excitará al encargado de llevar los libros a remediar a la mayor brevedad posible el atraso o descuido que observe, y, caso de negligencia persistente, a pesar de la excitación, lo comunicará al Concejo; examinará periódicamente la colección de los Registros ya archivados en la Oficina de origen y, caso de hallar que falte en todo o en parte los de uno o más años, se informará personalmente o por la vía telegráfica en la Oficina Principal de Registro respectiva, si en ésta existe el duplicado de los ejemplares perdidos o destruidos, y, en caso afirmativo, lo comunicará al Concejo a fin de que éste disponga lo necesario para que se obtenga una copia certificada de dichos duplicados, destinada a llenar los vacíos aludidos.—Como se ve, esta disposición encomienda a los Síndicos Procuradores Municipales de la República una importantísima función para lograr la más acabada eficiencia de los Registros Civiles, y por ello cuidará usted de que en la jurisdicción de ese Estado, los expresados funcionarios cumplan estrictamente la misión señalada, proveyendo a éstos de cuanto fuere preciso para el desempeño de sus funciones”.

“Finalmente, es oportuno indicar a los funcionarios del Estado Civil lo que ordena el artículo 462, según el cual, extendido y firmado un asiento, no podrá ser rectificado o adicionado, sino en virtud de sentencia judicial, salvo el caso de que estando todavía presentes el decla-

rante y testigos, alguno de éstos o el funcionario mismo se dieran cuenta de alguna inexactitud o de algún vacío, pues entonces podrá hacerse la corrección o adición inmediatamente después de las firmas, suscribiendo todos los intervinientes de la modificación”.

“En cuanto al Registro de Nacimientos, el artículo 465 amplía lo relativo al acto de la declaración, y se autoriza para hacerla también al jefe de la casa donde tuvo lugar el nacimiento, sin que para ello sea preciso el requisito de que esté la madre fuera de su habitación ordinaria, como se exige en el Código de 1922.—El artículo 466 contempla el caso de que no estuviere vivo el niño en el momento de hacerse la declaración de su nacimiento, para establecer que la autoridad civil lo expresará así, sin tener en cuenta la declaración de los comparecientes de haber nacido vivo o muerto, en un todo conforme al artículo 470 del Código que se deroga; pero agrega un aparte nuevo según el cual al mismo tiempo deberá extenderse la Partida de Defunción correspondiente, sin mencionar si el niño nació o no con vida”.

“El artículo 470 contiene un nuevo aparte relativo al nacimiento de un niño fuera del territorio de la República, concebido en los siguientes términos: “Si el nacimiento del niño tuviere lugar en el exterior, el funcionario diplomático o consular de la República que haya extendido la partida de nacimiento remitirá, lo más pronto que le fuere posible, una copia auténtica de ella a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio de la última residencia de los padres en Venezuela y dicha autoridad la insertará en los Registros con la fecha del día en que se reciba la partida”.

“El artículo 472 amplía específicamente las menciones que debe contener la partida de reconocimiento de los hijos naturales.—Según este artículo, el reconocimiento hecho posteriormente a la partida de nacimiento ante la Primera Autoridad Civil de las Parroquias o Muni-

pios, se hará en los Libros del Registro de Nacimiento, en acta que contendrá: el nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de la persona o personas que hacen el reconocimiento; el nombre del hijo y su apellido que será el del autor del reconocimiento; el lugar de nacimiento; la fecha de su presentación o de su nacimiento; la manifestación del reconocimiento; la fecha del acto, al cual concurrirán dos testigos mayores de edad, vecinos de la Parroquia o Municipio. Esta acta será firmada por el funcionario, los interesados, los testigos y el Secretario, haciéndose constar la causa por la cual no firman los interesados o testigos.—Además el funcionario hará constar el reconocimiento al margen de la partida de nacimiento, si se encontrare en su archivo, o lo avisará para este fin a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio en donde se asentó aquella partida; y en uno y otro caso avisará igualmente el reconocimiento al Registrador Principal en cuyo archivo se encuentre también la mencionada partida para que en ella estampe la correspondiente nota marginal.—Previene asimismo el último aparte de este artículo que igual anotación ha de hacerse del reconocimiento otorgado en un acta de matrimonio, en testamento o en cualquier documento auténtico, así como también de los decretos de legitimación y adopción. A este fin el funcionario que autorizó el acto dará el aviso correspondiente al funcionario del estado civil y al Registrador Principal en cuyo archivo se encuentre el duplicado del libro en que ha de estamparse la nota marginal”.

“El Capítulo III, destinado a las partidas de matrimonio, introduce en el artículo 474 una nueva disposición que ordena insertarse en el registro de matrimonios, además de las actas correspondientes a los celebrados en la Marroquia o Municipio, las copias de los matrimonios celebrados por venezolanos en un país extranjero y las copias certificadas del acta de matrimonio de los extranjeros que se domiciliaren en Venezuela dentro del primer año de su venida al país”.

“El Capítulo IV que trata “*De las partidas de defunción*”, hace más minuciosas y detalladas las menciones que debe contener una partida de esta naturaleza, pues según el artículo 477 ella expresará: el lugar, día y hora de la muerte; el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio o residencia que tenía el difunto; el nombre y apellido del cónyuge sobreviviente o del cónyuge premuerto; se enumerarán con sus nombres completos todos los hijos legítimos que hubieren tenido, con especificación de los que hubieren fallecido antes y de los que vivieren, y entre éstos los que sean menores de edad; y el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio de la persona o personas que dieron el aviso de la muerte; y si fuere posible se expresará también el nombre, apellido, profesión y domicilio del padre y de la madre del difunto; y el lugar de nacimiento de éste; y se reproduce la obligación de los funcionarios de dar inmediato aviso al Juez de Primera Instancia, si el difunto dejó hijos menores, conforme a lo previsto en el artículo 302”.

“En el artículo 481 se establece una nueva disposición que contempla el caso del fallecimiento de una persona desconocida o del hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible por lo pronto comprobar, y se establece que el acta respectiva deberá expresar: el lugar de la muerte o del hallazgo del cadáver; su sexo, edad aparente y señales o defectos de conformación que lo distingan; el tiempo y la causa probables de la defunción; el estado del cadáver; el vestido, papeles y otros objetos que sobre sí estuviere o se hallaren a su inmediación y que ulteriormente puedan ser útiles para su identificación, los cuales habrá de conservar la autoridad civil por un año, a menos que deban ser entregados a la autoridad judicial, caso de que se hubiere abierto alguna averiguación sumaria.--Ordena además este artículo que el acta mencionada se publicará por la prensa”.

“El artículo 486 admite todo género de pruebas para establecer la muerte ocurrida en campaña, en naufr-

gios, accidentes de aviación, inundaciones, incendios y otros desastres semejantes, siguiendo el criterio de que en tales situaciones se hace difícil y a veces imposible cumplir las formalidades ordinarias del registro civil.— Finalmente, el artículo 487 de este Capítulo permite que en los casos de epidemias o de temor fundado de contagio por la clase de enfermedad que hubiese producido la muerte de una persona, se hagan las excepciones que prescriban las leyes y reglamentos especiales de sanidad, por quererlo así el beneficio de la colectividad”.

“En esta misma materia se introdujo un nuevo Capítulo o sea el VI, que trata “*De la revisión y archivo de los libros del registro civil*”. Este Capítulo está formado con normas esparcidas en el Código de 1922 y con ordenamientos nuevos que vienen a darle amplitud a la institución del registro civil.—El artículo 491 mantiene la norma ya consagrada en el Código anterior, de que el día último de diciembre de cada año se cerrarán los libros de registro, expresándose en diligencia que firmarán la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio y el Secretario, el número de las partidas que cada uno contenga. Esta autoridad remitirá al Juez de Primera Instancia en los 15 primeros días del mes de enero, uno de los ejemplares de cada registro, junto con el legajo de comprobantes correspondientes, a fin de que el expresado Juez proceda a la cuidadosa y atenta revisión de los dichos registros, siguiendo el procedimiento pautado en los artículos 493, 494 y 495”.

“Del Capítulo VIII, que trata “*De las sanciones administrativas*”, es oportuno destacar las disposiciones de los artículos 508, 509, 510, 511, 515 y 518, que establecen diferentes penas de multa para los funcionarios del orden civil que fueren omisos o negligentes en hacer los asientos, enviar las copias y dar los avisos a que se refieren las disposiciones anteriormente citadas”.

“Finalmente, establece el artículo 520 el término de tres años para la prescripción de las sanciones administrativas, contados desde la fecha en que debió llenarse la formalidad omitida”.

“Tales son, a juicio de este Despacho, las más sobresalientes innovaciones, reformas y adiciones contenidas en el Libro Primero del Código Civil, sobre cuya inmediata aplicación cree conducente dirigir a usted estas advertencias, dada la próxima vigencia del nuevo Estatuto, por las razones arriba expresadas”.

CAPITULO I

- I. De la filiación legítima. II. Determinación de la paternidad legítima. III. Hijos nacidos antes de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio. IV. Hijos nacidos trescientos días después de disuelto o anulado el matrimonio. V. Acción de denegación de la paternidad para los hijos nacidos en el matrimonio. VI. El adulterio de la mujer. VII. Caducidad de la acción de desconocimiento. VIII. Carga de la prueba. IX. Excepciones de inadmisibilidad. X. Personas que pueden intentar la acción de desconocimiento. XI. Personas contra quienes se intenta. XII. Efectos de la sentencia que declare con lugar la demanda de denegación. XIII. Conflictos de paternidades. XIV. Jurisprudencia.

I. **De la filiación legítima.** En el Tomo I de esta obra dijimos al definir el matrimonio que: Es el acuerdo de un hombre y una mujer, regulado por la ley, con la finalidad de vivir en común. (Capítulo IV). Asentamos también que la procreación no era necesaria para que el vínculo tuviera nacimiento y vida completos, pues el fin primordial de él es la cohabitación. Pero como un fenómeno natural, independiente de aquellos supuestos jurídicos, surge la prole como producto biológico, moral y sociológico, que en la mayoría de los casos da fuerza y más consistencia al consorcio, pues ella viene a completar, por decirlo así, la trilogía donde descansa el supuesto social: padre, madre e hijo. La ley ante esta nueva situación que emerge del matrimonio, no ha silenciado el status que debe seguir aquella prole, pues como hecho natural que es, debe tener relevancia en el derecho; por el contrario, ella ha sido objeto de una reglamentación prolija, que como parte del derecho familiar tiene las características del orden público, no pudiendo relajarse sus mandatos por convenio de los particulares (Art. 6 del C. Civil). Estudiemos, por consiguiente, lo que la doctrina llama **FILIACION LEGITIMA**, que no es más que el análisis del régimen de los hijos que nacen de un matrimonio.

II. **Determinación de la paternidad legítima.** Todos los autores de Derecho Civil están conformes en asentar que no existen medios de prueba directos en el derecho que señalen con precisión si X hombre es, con seguridad, padre de tal hijo; y es que la cohabitación que engendra el hijo se efectúa en el retiro, a escondidas, precisamente porque como acto de pudor sexual que es, no necesita la presencia de nadie; y aun así, no pueden asegurar los testigos oculares que un hijo que haya tenido la mujer después, sea del hombre que cohabitó en aquella ocasión con ella, porque poco tiempo después, pudo haber otro hombre entablado relaciones carnales con la mujer. Por eso es muy cierto aquel aforismo que dice: "Los hijos de mis hijas mis hijos son, pero los de mis hijos no se si son"; ya que el hecho material del parto en cuanto a la mujer, es una prueba elocuente de que ha sido madre. Pero cuando dos personas se casan, en la mayoría de las veces, la vida marital se desenvuelve bajo el concepto y la seguridad por parte del marido de que su esposa le es fiel, que no cohabita con otra persona, y por consiguiente, a los ojos de aquél, los hijos que nazcan han sido productos de su engendro. La ley, ante esta situación ha establecido en su artículo 197: "El marido se tiene como padre del hijo concebido durante el matrimonio. Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración hasta los trescientos siguientes a su disolución o anulación". Al declarar "se tiene" establece la seguridad de la paternidad, cobijándola con una presunción **juris et de juris**, que no admite prueba general en contrario, sino una contra-prueba especial, taxativa y de excepción para desvirtuarla, cuyo contenido jurídico analizaremos más adelante. Ya en el derecho romano se había desarrollado este concepto, pues según Petit: "Para facilitar la solución de estas cuestiones, el derecho romano fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta y un días, lo más pronto; después, y comprendido el del matrimonio, o el trescientos y un días, a más tardar, después, y comprendido el de la disolución de

la *justae nuptiae*". (Tratado Elemental de Derecho Romano por Eugene Petit. Págs. 117 y 118).

III. **Hijos nacidos antes de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio:** Según el mismo artículo 197 del Código, "se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración hasta los trescientos siguientes a su disolución o anulación". La ley ha considerado aquí que de acuerdo con las observaciones médicas, lo más ligero que puede dar a luz una mujer es dentro de los seis meses después de efectuado el matrimonio, porque se presume que el mismo día de la boda, los cónyuges efectuaron el acto carnal. La ciencia médica, ni los hechos a través de los tiempos, han comprobado que una mujer pueda tener un hijo normal, a los dos, tres, cuatro o cinco meses de efectuar un acto carnal, y si así lo afirmara la mujer, miente, porque ese hijo nacido normal no es del hombre que ella afirma ser su padre, sino de otro que cohabitó cuando menos seis meses antes de ella haber dado a luz. A pesar de este plazo mínimo que establece la ley para la menor gestación, lo más corriente es que las mujeres den a luz a los nueve meses después de terminada la última menstruación; algunas que otras veces, a los siete, y por caso excepción, como mínimo a los seis, lo cual casi nunca sucede. Resumiendo pues, y como principio general, débese considerar como hijo del marido, al concebido después de los seis meses o ciento ochenta días después de consumado el matrimonio; los que nacieren antes o sean al mes, dos, tres, cuatro o cinco después de casados, **no son hijos legítimos del marido**; son hijos naturales de éste o de otra persona pero no provienen del matrimonio; y nuestra legislación considera realmente a este hijo como natural, primero, por imperativo del artículo 197; segundo, porque bajo ciertas condiciones puede ser legitimado por su padre. (Art. 232)

Analicemos sucesivamente los tres casos:

a): Si un hombre se ha casado con una mujer em-

barazada, pueden haber pasado dos cosas: 1ra. que aquel engendro ha sido obra de su acto, aceptándolo como su hijo: 2da. que sabiendo que el producto es de otro hombre acepta sin embargo esta situación, contrayendo nupcias. La ley, en aras del futuro ser, hace suya la primera hipótesis. Sin embargo, puede acontecer en la práctica que la mujer le haya hecho ver al futuro contrayente que ese embarazo es obra de su cohabitación; que después, algunos hechos acontecidos en el decurso de la nupcia demuestren que la mujer aseguró falsedades, y que el hijo concebido en las condiciones analizadas resulta que es de otro hombre. Por eso, para dejar oportunidad al marido engañado, agregaríamos al aparte lo siguiente: "sin embargo, en caso de engaño, el marido puede desconocer al hijo de acuerdo con las prescripciones del artículo 202"; y es así que él no va a probar el adulterio de la mujer porque no lo hubo, ya que en el momento de la concepción del hijo no estaban casados, sino el acto carnal con otra persona, administrando además la probanza con "otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir su paternidad". Nos detendremos más adelante en la última disposición legal.

b): "Si resultare del acta de nacimiento que el marido ha asistido a su formación, sea personalmente, o sea por medio de otra persona a quien haya autorizado especialmente por documento auténtico". En un acta de nacimiento una persona puede presentarse a su formación bajo dos aspectos distintos, primero como presentante y segundo como testigo (Art. 465, 466). Y como la ley no distinga, bien aparezca el marido como presentante o como testigo, ¿es suficiente para satisfacer el requisito de la parte a que nos referimos? En nuestro concepto, debiera aclararse más la disposición legal en el sentido de asentar que el marido asista a la formación de la partida, como presentante, y así debe ser.

c): No naciendo vivo el hijo, no es persona a los ojos

de la ley (Art. 1 ver Tomo I de esta obra, página 18), pues no le atribuye derechos de herencia, alimentos, etc.; y por tanto se carece de interés jurídico quererse intentar una acción de desconocimiento contra NADIE.

Cómo funcionan, procedimentalmente las situaciones jurídicas arriba estudiadas? Según el mismo artículo 19º: "El marido y después de su muerte los herederos, no podrán desconocer la paternidad en los casos anotados". El padre pues, no llenos los requisitos de los numerales estudiados puede intentar contra la madre o el hijo, acción de desconocimiento, tocándole probar que no supo el embarazo de su futura esposa, bien porque ésta no le haya hecho ver que estaba en estado de gravidez, y que éste no se dió cuenta, puesto que averiguar **de visu si una mujer** está embarazada con dos meses o hasta tres meses es bastante trabajoso, ya que no se le notan los signos exteriores característicos. Como se trata de un hecho, este extremo admite la prueba testifical; y la absolución de posiciones juradas contra la mujer puede ser admitida. Naturalmente que aquí la prueba es un tanto difícil, porque la mujer, en las posiciones que absuelva va a decir que sí confesó su estado al marido, quedando al criterio del Juez, de acuerdo con declaraciones que arrojen presunciones graves, precisas y concordantes, el veredicto final; y en caso de falla de la prueba debe sentenciarse a favor de la demandada por imperativo del Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. También probará el requisito del numeral 2º, presentando copia certificada de la partida de nacimiento del niño; y si se discute la falsedad o veracidad de esta partida, el procedimiento civil para aclararla es establecido en el Artículo 505; y la sentencia firme que se dicte al respecto servirá de orientación final al Juez de la causa. En este caso, por lógica, se debe paralizar el juicio principal hasta dilucidar este último punto, porque la firmeza de la partida es condición **sine qua non** para aplicar el numeral a que nos referimos. ¿Puede la contraparte, en este caso madre e hijo, interponer en el acto de la litis-contestación

de la demanda alguna excepción de inadmisibilidad? Nos parece que si la partida de nacimiento no puede ser discutida por haber estado bien asentada, y conste en ella claramente la intervención del demandante, se puede oponer una excepción de inadmisibilidad, basado en el numeral 4 del Art. 257 del Procedimiento Civil pues, la prueba básica y única está constituida, y no es necesario probar otra cosa en la secuela del juicio. Sobre este respecto, el Doctor Arcaya en su obra "Estudio crítico de las excepciones de inadmisibilidad y otras previas del Derecho Procesal venezolano", pág. 97, dice acertadamente: "La circunstancia del número 1º constituye en el derecho francés un fin de **non recevoir**. ¿Podría también alegarse entre nosotros por medio de una excepción de inadmisibilidad? No lo creemos porque no ha sido sin duda la mente de la ley que en el breve plazo de la articulación de una excepción se ventilen puntos de hecho de tan ardua probanza como pueden ser los de este número".

"Es también en Francia fin de non recevoir la circunstancia del número 2º. No hay duda que así mismo se la puede alegar en derecho venezolano como excepción de inadmisibilidad para evitarse, con presentar el acta, entrar al fondo del litigio, pues así quedaría demostrada la inutilidad de éste".

"La no viabilidad del hijo es cuestión de hecho que puede requerir dificultosos debates, está íntimamente ligada con la cuestión de fondo; pues sostener esta circunstancia es alegar que no hubo parto normal, parto propiamente dicho, sino aborto o parto precoz. Por lo tanto, no nos parece que pueda hacerse tal alegato sino en contestación de fondo; y de ningún modo por excepción de inadmisibilidad".

IV. **Hijos nacidos 300 días después de disuelto o anulado el matrimonio.** Vimos, Capítulo XXII del Tomo 1º de esta obra, pág. 246, que la disolución del matrimonio puede acontecer por medio de dos maneras: muerte de uno de los

cónyuges o divorcio. Al hablar pues la ley de disolución se refiere en primer lugar al fallecimiento del cónyuge, y en segundo, a la fecha de la sentencia firme, casi siempre de la segunda instancia, si no se ha interpuesto recurso de casación que declara disuelto el vínculo, o si nó después que vengan los autos de aquel Supremo Tribunal, **pero siempre que ella sea firme**, en el sentido de que no se pueda interponer en su contra ningún recurso ordinario o extraordinario. En cuanto a anulación se refiere, nos remitimos al Capítulo VII del Tomo I de esta obra, agregando sólo aquí que con respecto a la sentencia tiene que contarse el principio del transcurso de los 300 días desde que queda también definitivamente firme el fallo. Considera la ley que desde el veredicto final a que nos referimos en ambos casos, ha cesado legalmente la cohabitación entre los cónyuges, y con más razón si se trata de muerte de uno de ellos y que un niño engendrado por efecto del último acto carnal, pongamos por hipótesis que se efectuó el mismo día de la fecha de la sentencia o de la muerte, tiene como término mayor de gestación 300 días, fecha hasta la cual se considera como hijo del marido, y transcurrido el último de los 300 días, si nace en el 301 por ejemplo, ya ese hijo no es del matrimonio, sino concebido fuera de él, puesto que corrientemente son 300 días lo más que puede durar un embarazo.

Esta nacementa, llega a resultar como hijo natural del cónyuge supértese o divorciado, en este caso la mujer. Ahora bien, cuál es la situación jurídica del hijo nacido después de los 300 días a que nos estamos haciendo referencia? Hagamos un poco de historia para dilucidar la cuestión: bajo el imperio del Código Civil de 1922, el artículo 221 decía textualmente: "La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución o anulación del matrimonio, puede impugnarse por quienquiera que tenga interés en ello".

Por consiguiente a los ojos de esta ley, el hijo, a pesar de que la presunción de paternidad no lo amparaba, conti-

nuaba siendo legítimo, hasta tanto no se pudiera impugnar su situación. En nuestro concepto, ello se debía para amparar la cualidad jurídica del hijo, o por definirla, así como también se podría argumentar que el silencio del padre divorciado, al no impugnar la legitimidad presumía una confesión tácita. No se trataba pues de una presunción *juris et de jure* de paternidad, como la establecida para los hijos que nacen dentro de los lapsos legales anotados, sino una presunción *juris tantum* que admitía toda clase de pruebas en contrario. En nuestro Código fué eliminado este artículo, por diversas consideraciones que se pasan a transcribir. Ya el doctor Gualberto Hernando citado por el doctor Luis I. Bastidas en su obra "Comentarios y Reparos al Proyecto de Código Civil", en su Tomo I ,pág. 166, decía: "La presunción de legitimidad que el legislador ha establecido para los hijos nacidos ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos días después de su disolución o anulación, hace evidente la inconveniencia de mantener en el Código el artículo 221 que consagra un principio contrario a aquella presunción *juris et de jure*, ya que él establece que la legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio puede impugnarse por quienquiera que tenga interés. La doctrina al hablar de impugnación de legitimidad por concepción fuera del matrimonio como contemplado por el referido artículo, trata de la hipótesis de que la ilegitimidad resulta de la comparación de las actas de defunción del padre, o sentencia de anulación del matrimonio con el acta de nacimiento; pero hecha tal comparación como resulta que la legitimidad es solo aparente, no existiendo estado de hijo legítimo no hay impugnación ninguna de legitimidad. No puede sostenerse que el artículo 221 admite una presunción de legitimidad *juris tantum*, diversa a la establecida por el artículo 212 *eiusdem*; pero si tal fuera cierto la presunción que este artículo consagra no sería *juris et de jure*; y el legislador se contradeciría al admitir que la mayor gestación es de trescientos días y puede no serlo. Es cierto que la ciencia ad-

mite hoy la posibilidad de gestaciones mayores a trescientos días y que el Código alemán establece como término máximo a trescientos dos días; pero lo que es evidente, es que los antecedentes del Código Napoleón demuestran que el artículo 221 de nuestro Código Civil no admite la existencia de la aludida presunción *juris tantum*, pues en el proyecto del Código francés, el referido artículo estaba redactado en el sentido de negar la legitimidad del hijo nacido después de trescientos días; y fué modificado por haberse alegado que “un interés particular solamente puede combatirse con un interés contrario y que era conveniente declarar subsistente el estado de hijo legítimo en tanto los interesados en lo contrario no alegasen su ilegitimidad”; doctrina que está en contradicción con los principios fundamentales de la filiación, que no permiten que los particulares puedan crear o destruir a su antojo un título de estado, sino que es el legislador que en todo caso por razones de un interés superior se encarga siempre de regularlo. Como la materia merece ser estudiada por la Honorable Comisión Codificadora, me he atrevido a presentarla a su consideración”. Es justa la razón del exponente. En la obra del autor citado se puede leer su propia opinión, brillantemente razonada, cuando dice “Del texto del artículo y de la motivación que lo llevó al Código napoleónico, se ha deducido otra especie de presunción de legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la terminación del matrimonio. Presunción explicada a la vez de diversos modos. Unos la deducen de la posibilidad de nacimientos tardíos. C. Scotti en su tratado de Diritto Civile, tomo I, pág. 195 formula esta explicación así: “No siendo imposible que una persona nazca después de los trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio, no se declara ilegítima y toca a los interesados contestar esta legitimidad”. Otros concluyen que el artículo admite una presunción de legitimidad no apoyada en la posibilidad de una gestación mayor. El fundamento de esta presunción, así entendida en la génesis del artículo fué el solo interés privado”.

“Contra esta presunción claman los maestros más esclarecidos del Derecho. Ya en un trabajo del doctor Amenodoro Rangel Lamus, hemos oído la opinión de unos. Laurente la objeta. Baudri-Lacantinerie en el tomo 4, pág. 352 “Des persones”, dice: “la presunción del artículo 315 (correspondiente a nuestro 221) debe ser rechazada como que conduce a una enormidad”.

“Dusi que se ocupa ampliamente de la cuestión y que rechaza la presunción, habla de la existencia de hecho de un estado de hijo legítimo, aún en el supuesto de que se cuestione que la concepción efectivamente ocurrió fuera del matrimonio, fundado ese estado en la partida de nacimiento. La exposición de este punto de vista es interesantísima en la obra de derecho civil del autor citado, en el tomo que trata de la filiación pág. 245”.

“De una monografía de Antonio Cicu, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Bolonia sobre filiación, copio la parte final de la disertación que trae sobre el punto, parte que dice así: “Sentado esto, debemos llegar a la conclusión de que el Art. 169 no puede interpretarse en el sentido que quisieron darle los autores del Código napoleónico. Su razonamiento ofrecía un vicio intrínseco fundamental: el de subordinar el estado de las personas a los intereses de los particulares. Se dijo y se repite aún: el hijo no será legítimo por precepto de la ley, pero hasta que no aparezca un interesado en evidenciar su legitimidad habrá que dejarle gozar de su condición legítima. Este razonamiento revela una incomprensión total de lo que para el derecho significa el estado de la persona y el valor que tiene el título de estado. Si no hay título válido, no puede haber estado de hijo legítimo, y título válido puede haber únicamente cuando concurren los requisitos todos de la legitimidad”.

“Hay que interpretar, pues, el Artículo 169 como referido al caso en que del título de estado, acta de nacimien-

to o posesión de estado, resulte que el hijo, por error o falsedad en el primer caso, por falta de noticia precisa de la fecha de nacimiento en el segundo, fué presentado como concebido dentro del matrimonio. La acción de impugnación tenderá a comprobar que la concepción tuvo lugar fuera del matrimonio”.

“Si contrariamente, se admitiese, como pretende la doctrina dominante, que dicho artículo supone comprobada la concepción fuera del matrimonio, no podría hablarse de acción de impugnación, sino tan solo de acción de comprobación de la ilegitimidad”.

“En el seno de la Comisión me parece que se desecha del artículo 221 la presunción de legitimidad, como contraria a la verdadera y fundamental presunción contenida en el artículo 212; pero al establecer, fuera de ella, una interpretación, colijo que no hay mayoría. En efecto, si no he apreciado mal los fundamentos de las distintas opiniones, los doctores Gil Fortoul y Sierralta Tellería interpretan el artículo en el sentido del profesor Dusi y el doctor Mendoza como el profesor Cicu. El doctor Bance, no habiendo asistido por enfermedad a las dos últimas sesiones, no ha intervenido en la discusión. Por mi parte, creyendo que debería suprimirse el artículo en cuestión, porque si consagra una presunción de legitimidad, es absurdo, establece una construosidad, como dice Baudri-Lacantinerie; si permite y por consiguiente legitima un estado de hecho de hijo legítimo, no por eso es menos contrario al artículo 212. Verdad es que sin el artículo puede existir ese estado de hecho de hijo legítimo, pero sería entonces obra de un abuso o error, y no obra de una presunción legal, y del citado artículo 212 nace clara y manifiesta una acción para impugnar esa legitimidad de hecho, o más propiamente, en comprobación de la ilegitimidad, como autorizados expositores dicen que debería llamarse esa acción. Finalmente, en la interpretación de Cicu, la acción que da ese artículo y que sería su objeto y fin, en nada se distingue de la acción para

la rectificación de la partida de nacimiento. Yo sin embargo aceptaría una disposición, no que cree acciones, sino que reconozca o declare acciones ya existentes. Esta disposición podría redactarse sustancialmente así: "Contra las personas nacidas después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio, y que aparezcan sin embargo como legítimas, cualquiera interesado puede proponer las acciones pertinentes para la comprobación de la ilegitimidad o para la rectificación de la partida de nacimiento".

"El doctor Amenodoro Rangel Lamus, Secretario de la Comisión, aportó al estudio de la cuestión estas consideraciones: "Impugnación de legitimidad. — No pudiéndose probar de una manera directa y positiva la paternidad, pues la concepción es un hecho que escapa a toda investigación, la ley ha establecido una presunción que exime al hijo de toda demostración con respecto de la paternidad legítima. Esta presunción es la de que el marido de la madre es el padre; la misma que los romanos anunciaban así: **pater is est quem justae nuptiae demonstrant**. La presunción legal reconoce por fundamento la circunstancia de que por el hecho del matrimonio la mujer queda obligada a cohabitar con el marido y a guardarle fidelidad; pero se requiere, para que aquella tenga toda su fuerza y no pueda ser desvirtuada sino en casos excepcionales, que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio. Ahora bien; Cuando puede decirse que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio! Aquí la ley, basada en los datos de la ciencia médica, ha tenido que consagrar otra presunción: el hijo nacido ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y el nacido dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, se presume concebido durante el matrimonio. Son los términos mínimo y máximo que se asignan a la gestación. De modo que en favor de un hijo que ha nacido fuera de los dos extremos dichos, no debiera existir la presunción de haber sido concebido durante el matrimonio, y consecuentemente

te, la otra presunción **pater is est**, tampoco debiera beneficiarlo, ya que la concepción se coloca en una época en que no existía para la mujer la obligación de cohabitar con el hombre a quien pudiera atribuirse aquella paternidad, ni el deber de fidelidad para con él. Sin embargo, el hijo tiene a su favor, bien que débil, la presunción **pater is est**. Esto se justifica muy bien que sea así cuando se trata de un hijo nacido antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, pues aunque la concepción le asigna origen ilegítimo, se presume que los padres con el hecho del matrimonio, tácitamente lo legitiman; pero lo que no tiene razón de ser, en nuestro concepto, es que la ley todavía considere como legítimo al hijo que nació después de los trescientos días de disuelto o anulado el matrimonio, ya que, de acuerdo con la misma ley, este hijo no puede reputarse que ha sido concebido durante el matrimonio, y, por tanto, tampoco puede presumirse que es hijo del que fué el marido”.

“El artículo 221, que es el que considera a este hijo como legítimo mientras no se le impugnase su estado, ha sido objeto de las más vivas críticas y de las más diversas interpretaciones. El texto es de origen francés, y cuando la cuestión fué discutida en Francia, el tribunado propuso esta redacción: “La ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido 301 días después de la disolución del matrimonio”. Pero en el Consejo de Estado, la proposición fué derrotada; el tribuno Duveyrier dijo: “Todo interés particular no puede ser combatido sino por un interés contrario...; si el estado no es atacado, él permanece al abrigo del silencio que nadie está interesado en romper”. En consecuencia, se vino dejar al hijo el beneficio de la legitimidad dentro de la situación en que lo coloca la regla de nuestro artículo 221. Hechas a la ligera las anteriores apuntaciones, y sin tiempo para extenderse en otras, voy a limitarme a consignar la crítica que hace el Tratado de Derecho Civil de Planiol y Ripert a la disposición a que me refiero. Dicen así los eminentes tratadistas: “el artículo 315 declara, sin embar-

go, que la legitimidad de este hijo (el nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio) podrá simplemente ser contestada. Si nadie obra en contestación de esa legitimidad, se reputa al hijo como legítimo. Esta regla es injustificable; la ley ha llevado hasta el absurdo el favor que ella dispensa a los hijos legítimos. El hijo de que se trata ha nacido ciertamente fuera del matrimonio; las razones que justifican una diferencia de condición entre los hijos que nacen de matrimonio y los otros, habrían debido hacer que se prescindiera de esta disposición”.

“Planiol y Ripert consideran que es necesario limitar en lo posible el alcance de la disposición citada, y así no debe aplicarse cuando la mujer ha dado a luz enseguida de la disolución del matrimonio y luego tiene otro hijo dentro de los trescientos días que siguen a esta disolución”.

“Consideramos que en nada peca contra la estética jurídica el artículo 252 del Código Civil suizo cuando dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio tiene por padre al marido. Al hijo nacido después de los trescientos días no se le presume legítimo”.

“Por las consideraciones que hemos expuesto, adherimos a la opinión que ha sostenido en el seno de la Comisión el doctor Bastidas”.

“Como resultado de esta deliberación, en la Comisión del año 30, se decidió suprimir el artículo en discusión y agregar al artículo 175 del Proyecto el siguiente aparte: “Quienquiera que tenga interés puede proponer las acciones pertinentes para comprobar la ilegitimidad de los que nacen después de los trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio”. De esta determinación salvaron su voto los doctores Gil Fortoul y Sierralta Tellería”.

“A la actual Comisión presenté sobre el punto las con-

sideraciones siguientes: "Artículo 221 del Código Civil. Con motivo del trabajo presentado por el doctor Juan José Mendoza sobre la filiación legítima, como Ponente de la materia general de la filiación, he vuelto a pensar en el problema que entraña el artículo 221, y digo que he vuelto a pensar, porque en otra ocasión me había ocupado del asunto; y como éste es científica y prácticamente interesante, me he decidido a someter a la Comisión las consideraciones que siguen acerca del particular".

"En el artículo a que me contraigo: se tolera, permite o establece una legitimidad que no es la del artículo 212, o más propiamente que es contraria a la de este artículo. En efecto, el hijo nacido trescientos días después de la anulación o disolución del matrimonio, conforme al artículo 212, es ilegítimo; pero es legítimo de acuerdo con el artículo 221, si como tal se inscribe, mientras en juicio de impugnación no se haya declarado la ilegitimidad. Esta contradicción en los dos textos legales o cuando menos la oficiosidad innecesaria de la segunda disposición, fué objetada al discutirse el Proyecto del Código Napoleónico, y desde que tomó plaza en este Código la dicha segunda disposición, no ha dejado de ser estudiada y casi siempre censurada".

"En un escrito del doctor Gualberto Hernández, dirigido a la anterior Comisión Codificadora, publicado en el número 6 del Boletín de la dicha Comisión, se promueve la supresión del artículo en cuestión".

"En el acta correspondiente al 11 de marzo de 1931 y la cual quizás sería conveniente que se leyera al tratarse ese punto en la actual Comisión, consta el proceso de la reforma que al artículo 221 hizo la referida anterior Comisión. El trabajo de ldoctor Rangel Lamus que se menciona en esa acta no aparece en el Boletín, y por ello me dí a la tarea de buscarlo en papeles que conservo de aquella Comisión; y habiéndolo encontrado, lo he traído para que

se lea si lo juzga conveniente la Comisión. Mi exposición está publicada en el número 8 del Boletín”.

“Desde su origen, ha habido juristas que condenan el artículo 221, por ser contrario abiertamente a los principios que rigen la materia; y en cuanto a la interpretación de su texto, la opinión se ha dividido: Unos sostienen que el artículo reconoce la existencia de hecho de un estado de hijo legítimo, aún en el supuesto de que la concepción haya ocurrido después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio. Esta interpretación es la que le corresponde, si nos atenemos a la argumentación de quienes la sostuvieron al discutirse el Proyecto de Código napoleónico; y por corresponderle con propiedad es por lo que el artículo ha sido censurado con los más duros calificativos. Otros, para evitar la contradicción que, según la interpretación expuesta, lleva en sus propios términos el expresado artículo con el 212, opinan que aquél debe entenderse en el sentido de que la persona de que se trata, nacida fuera de los trescientos días después de la disolución o anulación del matrimonio, fué inscrita, por error, falsedad o ignorancia, como nacida dentro de los trescientos días siguientes a las dichas disolución o anulación. En mi opinión esta interpretación debe desecharse porque así entendido el artículo, la acción que establece en nada se distingue de la acción de rectificación de la partida de nacimiento. Apreciado, pues el dicho artículo, según la primera interpretación, que es la que le corresponde, como queda comprobado, debe pensarse que ella parte de una doble prueba preestablecida, o sea la partida de defunción del padre o la sentencia que declare el divorcio o la nulidad del matrimonio, documentos que muestran y fijan la terminación del matrimonio, y la partida de nacimiento que demuestra que el nacimiento ocurrió fuera de los trescientos días; y con estos antecedentes que son los hechos del problema, según la letra del artículo, no es posible hablar de impugnación de la legitimidad sino de declaratoria de ilegitimidad y para el efecto, rigurosamente, no hace falta el artículo

porque esa declaratoria, dados los hechos que la imponen, es consecuencia obligada del artículo 212”.

“Adición. Después del anterior escrito, he encontrado en el Código Civil de Colombia, un texto igual en el fondo al que yo propongo, y que en la forma lo supera seguramente por su concisión. Ese texto es el del artículo 220, el cual dice:

“Artículo 220.—A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio”.

“He consultado algunos otros Códigos de Naciones Suramericanas, incluso el del Brasil, y no he encontrado la disposición equivalente a nuestro artículo 221”.

“El Código Civil de Holanda separa las presunciones de menor y de mayor gestación que la generalidad de los Códigos las expresan en un solo artículo, como lo hace el nuestro en el artículo 212; en efecto, en aquel Código, la primera de esas presunciones es el objeto del artículo 306, y la segunda se la expresa en el artículo 210. Pero es insignificante esta modalidad ante la forma nueva de la segunda presunción establecida de este modo”:

Artículo 310.—El niño nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio es ilegítimo”.

“Este texto es notable, porque, como se ve, conserva la presunción de nuestro artículo 212, pero por su forma negativa no da entrada, ni como simple aclaratoria de la propia presunción, al artículo 221”.

“Por ello me incliné en la Comisión anterior a la supresión del artículo o cuando más a su sustitución por una disposición, que no cree por sí la acción de impugnación de una legitimidad imposible, sino que desenvuelva o haga

explícita la acción que ya existe en el fondo y en la esencia del artículo 212 del Código. En mi trabajo citado propuse una fórmula; los doctores Bance y Mendoza (Cristóbal) propusieron otra, que yo acepté, y es la que aparece en el Proyecto, o sea la última disposición del artículo 175 del expresado Proyecto. Ahora, me parece que tanto el texto por mí presentado como el aprobado, dicen más de lo necesario, tratándose de una disposición simplemente aclaratoria respecto de la acción ya existente en el citado artículo 212. Por ello, propongo ahora el siguiente texto:

“La declaratoria de ilegitimidad de quién, nacido después de trescientos días de la disolución o anulación de un matrimonio, fué sin embargo inscrito como hijo legítimo de ese matrimonio, puede ser solicitada por quienquiera que tenga interés en ello”.

“El punto se discutió ampliamente en la sesión del 3 de agosto de 1937, y al fin se aprobó, a proposición de los doctores Bance y Urbaneja, la supresión del artículo en cuestión”.

“Digno de notarse es que en el Código del 62 se resolvió esta cuestión, en completa armonía con las demás disposiciones sobre la materia, en este texto: “A petición de cualquier persona que tenga interés actual en ello, debe declarar el Juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio”. Aclarándose así que según nuestra ley positiva el hijo nacido después de los trescientos días a que nos estamos refiriendo es natural”. ¿Cómo se dilucida este problema desde el punto de vista procedimental? Supongamos por ejemplo que el padre muera dejando bienes de fortuna, y que existan 5 hijos, más uno nacido en las condiciones arriba mencionadas. Supongamos así mismo, que aquellos primeros 5 herederos, no quieran repartirse amigablemente la herencia en cuestión con el último, debido a esta suprema causa, qué puede hacer este último? ¿De-

mandar la partición judicial? Si así lo hiciere, en el acto de litis contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 580 del Código de Procedimiento Civil, pueden aún los herederos, oponerle una excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad o interés por parte del demandante, y en el lapso probatorio corto de esta excepción (artículo 257, numeral 1ro. P. C.) con la presentación de la partida de nacimiento y la de defunción, si en realidad han transcurrido más de los trescientos días, el Juez de la causa debe declarar con lugar dicha excepción, quedando en consecuencia fuera de la herencia, el demandante. Esto se deduce del sentido de la ley, pero sería más jurídico un pronunciamiento legal al respecto que dijese: "El hijo nacido después de los trescientos días de disuelto o anulado el matrimonio, es ilegítimo".

Ahora bien, dilucidada así la cuestión, quedando aquel hijo como natural, quién es el padre? A los ojos de la ley, no lo tiene, solo tiene probada la maternidad; pero le queda a él el derecho de intentar una acción de inquisición de aquella a los fines de la comprobación planteada. (Nos remitimos al capítulo IV de esta obra que trata de la inquisición de la paternidad natural). Por otra parte, no existe ningún inconveniente de un reconocimiento voluntario, por parte del verdadero padre, puesto que en el momento de la concepción, se había disuelto el matrimonio.

Finalmente, cuando se trate de errores en las partidas exhibidas en el juicio respectivo, entonces se debe seguir el procedimiento a que se refiere el artículo 501, 505 y 698 y 699 del Código de Procedimiento Civil.

V. **Acción de denegación de la paternidad para los hijos nacidos en el matrimonio.** A pesar de que existe una presunción *juris et de jure* (Art. 197) a favor de los hijos nacidos en el matrimonio, al ser considerados como hijos del marido, la doctrina y las leyes positivas, han restado la eficacia absoluta de aquella presunción y han admitido ciertos

hechos de la vida real que pueden servir como base para que que el padre desconozca al hijo, llamándose esta acción **denegación de paternidad legítima**; y bajo este punto de vista la doctrina está acorde en asentar que la regla general es la paternidad legítima y la excepción es su desconocimiento figurando las causales que la engendran como taxativas, aceptadas únicamente las del Código, las cuales pasamos a estudiar de segundas:

a).—**Primera causal de denegación: Imposibilidad física de cohabitación.** Según el artículo 199: "El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, probando que le ha sido físicamente imposible tener acceso con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos que han precedido al nacimiento". Si el esposo en realidad no ha cohabitado con su mujer, en los 121 primeros de los 300 que han precedido al nacimiento del hijo, es seguro que ese no es su hijo. Para tener una idea clara del asunto, debemos asentar: que la ley para establecer esta presunción de no paternidad se basa precisamente en los lapsos de mayor y menor gestación, y tomando como base la mayor gestación que son 300 días la divide en dos así: 121 días más el término de menor gestación que son 180. Por ejemplo, vamos a suponer que un niño nazca el 30 de de enero (contemos los meses de a 30 días para más entendimiento), ese niño, si suponemos que llevó en el vientre la mayor gestación, debe haber sido engendrado cuando más hacia atrás el día 30 de marzo; puesto que entre enero de los diferentes años y marzo hay 10 meses, (mayor gestación que son 300 días).

Ahora bien, si suponemos que llevó en el vientre el término de menor gestación, o sea 180 días (seis meses de a 30 días para más claridad), ese niño debe haber sido engendrado a más tardar el 30 de julio del año anterior al del nacimiento. Ahora bien, entre el término de mayor gestación que según vimos comenzó el primero de abril, y el término de menor que comenzó el primero de agosto, hay, pre-

cisamente, 120 días (cuatro meses). La ley supone, por consiguiente que en cualquier día desde el 30 de marzo al 30 de julio fué concebido el niño; pero habiendo imposibilidad física por parte del esposo en el término de la concepción a que nos estamos haciendo referencia, aquél, no es con seguridad hijo del esposo, y la ley así debe declararlo. Ahora bien, qué se debe entender por imposibilidad física. Es un asunto que la jurisprudencia y la doctrina, principalmente aquélla, establecen, —y así la impotencia manifiesta (Ver capítulo VI del tomo I de esta obra), crea por consiguiente una imposibilidad física, porque el marido aquí carece del miembro de la copulación. Es de hacer notar que las impotencias **cohendi** y **generandi** no se pueden alegar, según la disposición del artículo 201. Esta imposibilidad física puede provenir también, por ejemplo, que el marido y la mujer se encuentren en distintas ciudades (Valencia y Caracas) en el término a que nos hacemos referencia, sin que ninguno de los dos haya viajado; que el marido o la mujer se encuentran en un sanatorio internados, o en prisión (aquí hay que descartar el caso en que las prisiones acostumbra las visitas nupciales). Podemos también considerar como caso de imposibilidad física, los especiales de interdicción (artículo 393) cuando los enajenados de que se trata estén internados en un instituto, ya que fuera de este caso puede darse la cohabitación por parte de un entredicho, según el estado mental y la capacidad sexual, y precisamente, esto son problemas que quedan relegados a la apreciación soberana del Juez de la causa. También se descarta de esa teoría al inhábil (artículo 409) porque en nuestro concepto este sujeto, a pesar de la personalidad disminuida, es apto para la cohabitación.

Según la opinión del doctor Bastidas, en su obra citada, página 154, el lapso posible de cohabitación debe ser de 120 días: "Artículo 196.—Igual al 214 del Código. Hay indudablemente error en la fijación del caso extremo en 121 días, porque si se prueba que el marido tuvo acceso con su mujer justamente el día 121 de los 300 que precedieron al

nacimiento, debe declarársele padre, no obstante que en ese caso no llega a completarse el lapso de la menor gestación, ya que entre el acto carnal y el nacimiento solo mediaron 179 días, y aquel lapso es de 180 días completos. Creo, pues, que en este artículo y en el siguiente, debe volverse a los 120 días establecidos en nuestro Código hasta la reforma de 1916. El doctor Gualberto Hernández, en un escrito que reproduzco adelante, denunció y demostró a la Comisión del año 30, el error que aquí impugno; pero como la actual, aquéllas, quizás porque no hizo el estudio profundo que el punto requiere, dejó las disposiciones como están en el Código". Para el contaje real hay que tener presente que unos meses tienen 30 días y otros 31, y que febrero 28 o 29, todo lo cual se puede averiguar fácilmente en un calendario. Entre otros casos que podemos citar por imposibilidad física de cohabitación tenemos los siguientes:

1ro. Según el artículo 137: "La demencia, las enfermedades contagiosas y toda circunstancia que ponga en peligro la salud o la vida de uno de los cónyuges, son motivos para que el cónyuge amenazado, **pueda separarse de la habitación común**". La comprobación de estos hechos corresponde al cónyuge que la alegue, por las declaraciones de los médicos, órdenes de traslado emanados de los institutos asistenciales; y que esa separación se efectuó cuando menos, por 121 días, en las condiciones arriba anotadas.

2do. "El Juez de Primera Instancia puede eximir a la mujer de seguir a su marido, **por justa causa plenamente comprobada**". En este caso, la prueba exhibida será la providencia del Juez en cuestión que declaró exenta a la mujer de seguir a su marido y desde la fecha de ella, se contará el lapso legal. Aclaremos con ejemplos: viviendo Pedro Flores con su señora en Valencia, se presenta una epidemia de viruela que lesionó al mentado ciudadano; la mujer se separa con sus hijos hacia Tinaquillo, en virtud del artículo 137 y dura allí 20 meses; si llegara a tener un hijo el 26 de octubre de 1949, no es de su marido, puesto que duró más de 180 días desde que se fué para Tinaquillo.

Jurisprudencia: “Durante el tiempo en que el marido estaba cumpliendo condena dió a luz su mujer un niño, que fué inscripto en el Registro, haciéndose constar en el acta que se presentó dicha mujer, casada y desamparada de su marido, por estar el mismo en el presidio de Ceuta, y al efecto, como madre, declaró que el niño era hijo legítimo de la madre y de padre desconocido, por estar el padre ausente. “La Audiencia española dictaminó así: a) estimando las pruebas practicadas en uso de sus facultades es un hecho cierto que hubo imposibilidad física, por razón de ausencia, para que el marido tuviera acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los trescientos que precedieron al nacimiento del actor hoy recurrente, sin que por éste se hayan alegado documentos o actos auténticos para destruir tal apreciación”. (Digesto. Ricardo Oyuelos. Tomo I, página 178).

b) **2da. causal de denegación: Imposibilidad moral de cohabitación:** 1º. Según el artículo 200: “El marido puede también desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, si durante los primeros 121 días de los 300 que han precedido al nacimiento, vivía legalmente separado de su mujer”. La separación ordinaria en nuestro derecho civil está consagrada en el artículo 188 y siguientes. Como ésta suspende la vida en común de los casados, la ley presume que desde la fecha de la separación no han cohabitado más. Se llama **imposibilidad moral** porque a pesar de que los esposos separados vivan en una misma ciudad, se supone que las desavenencias o el mutuo conentimiento, impiden, desde el punto de vista de la voluntad, el acto sexual. Vamos a suponer que Juan Pérez y Catalina de Pérez, esposos, se separan voluntariamente por ante el Tribunal el día 25 de diciembre de 1949; si un niño nace el 24 de octubre de 1950, es de su esposo, puesto que desde la primera fecha a la segunda solo hay 229 días, y por consiguiente, no se ha alcanzado el término de mayor gestación que es de 300; si en cambio, el hijo nace el 28 de octubre del año mencionado, no es de su marido, porque han transcurrido 303 días

de la separación legal, más que el máximo de gestación. En el caso anterior, la prueba que tiene que exhibir el marido es el decreto de separación legal. Nos parece un poco más claro el artículo si dijera: "El marido puede también desconocer al hijo si éste nace después de los 300 días de declarada la separación legal de los esposos". Para el mismo artículo 199 proponemos la siguiente redacción: "El marido puede desconocer al hijo si éste nace después de los 300 días, contados a partir desde que quede probado que le fué imposible tener acceso con su mujer". 2º. "Igual derecho le compete respecto del hijo que haya nacido después de los 300 días de presentada la demanda de nulidad de matrimonio; o la demanda o solicitud de divorcio, o separación de cuerpos". La ley aquí contempla el caso de que la separación de los esposos se va a efectuar cuando uno de ellos demanda al otro por divorcio, o para que sea declarada la separación por sentencia y no por consentimiento. (Ver Capítulo XXIII del Tomo I de esta obra). Existe aquí también imposibilidad moral porque con la introducción de la demanda de divorcio o de separación, se presume la no cohabitación, porque precisamente, con aquella petición judicial lo que quieren es separarse y mal podría presumirse lo contrario. La fecha del transcurso de los 300 días se contarán desde la fecha de la introducción de la demanda. Por ejemplo, si introduje mi querrela el día 25 de abril de 1949, mi mujer da a luz el 29 de febrero del mismo año, ese hijo no es mío, porque han transcurrido, precisamente, 333 días, que sobrepasa el término mayor de gestación. Con respecto a la nulidad del matrimonio, no estamos de acuerdo en que se cuente desde la fecha de la demanda en que se pide ésta, porque sabemos que esa querrela puede ser propuesta por otras personas que no sean los cónyuges; y se puede dar el caso de que a pesar de la demanda, los cónyuges siguen cohabitando (ver Capítulo VII del Primer Tomo de esta obra). Lo más lógico es decir en estos casos contados desde el día en que el Juez declare la separación legal de conformidad con el Artículo 125; y así, la redacción más correcta sería: "igual derecho le com-

pete respecto al hijo que haya nacido después de los 300 días de decretada la separación legal en los juicios de nulidad de matrimonio, de conformidad con el artículo 125". 3º. "Igual derecho le compete respecto del hijo que haya nacido menos de los 180 días, a contar desde la sentencia firme que declaró sin lugar la demanda, o desde la reconciliación". El aspecto de este desconocimiento no es más que un colorario de los casos anteriormente analizados. En efecto, la ley presume que los cónyuges por imposibilidad moral están separados desde la fecha de introducción de las demandas arriba anotadas; y que esa separación continúa en el transcurso de la litis que los aleja de la cohabitación, hasta la fecha de la sentencia firme que las declaró sin lugar. Todo hijo concebido dentro del lapso de estas fechas no ha sido del esposo porque fué concebido cuando estaban empeñados en una litis. Por otra parte, todo hijo nacido después de los 180 días contados desde la fecha de la sentencia que declaró sin lugar la demanda, será del esposo, porque se presume que después de aquel veredicto los cónyuges se han vuelto a unir, a menos que después, por los medios estudiados, pruebe que tuvo imposibilidad material o moral de cohabitación.

En cuanto a la reconciliación se refiere, el caso es análogo, y así, todo hijo nacido antes de los 180 días de efectuada ésta, fué concebido cuando los esposos estaban separados, y es seguro que no fué de su marido, y tiene derecho a desconocerlo.

Finalmente, dice la disposición que comentamos: "El derecho que acuerda este artículo al marido, no le corresponde si los esposos se han reunido aunque sólo haya sido temporalmente". Claro, la reunión presume cohabitación y ésta presume hijos, hijos del marido por la consumación de la cópula.

VI. **El adulterio de la mujer:** El delito de adulterio está tipificado en el artículo 396 al 401 del Código Penal,

como de acción privada y la legislación civil se ocupa al hecho de que la esposa efectúe acto carnal con otra persona que no sea su marido. Este acto o varios, extraños a la nupcia, pueden traer el dilema de que la mujer dé a luz un hijo que puede ser del marido o del amante. La ley, ante esta tremenda situación en que la personalidad del esposo está hondamente dañada, y en que éste no tiene la seguridad de que aquel ser sea su hijo, ha querido dar acción de desconocimiento al marido para repudiar aquel engendro; pero bajo las siguientes condiciones:

1°.—**Adulterio de la mujer** (Artículo 202), probado por todos los medios al alcance: documentos, cartas privadas, citas amorosas en casas de tolerancia, en cuya comprobación se admite la prueba, testifical; actuaciones policiales al respecto, etc.

2°.—**Que ese adulterio haya ocurrido dentro del período de la concepción del hijo**, para poder presumir que sea del otro. La fecha del hecho delictuoso, comprobada por medio de testigos, la del nacimiento, comprobada por la partida respectiva, o por la sentencia firme en los casos de los artículos 458 y 505, dirán si esta condición está satisfecha.

3°.—**Que pruebe otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurren a excluir su paternidad.** Este es el punto álgido de la cuestión: ¿Cuáles son esos hechos o circunstancias que van a decir: éste no es hijo del esposo? ¿Será porque no se parezca a él? no es necesario que así sea porque se puede parecer a un familiar de la madre. ¿Será por la prueba de la sangre? ¡no! porque según los peritos en la materia hay sangre con el PH sanguíneo igual sin ser familiares o viceversa. La doctrina y la Jurisprudencia son las que deben dar pequeñas luces en este asunto. Así, Colin y Capitant, Tomo I del Curso Elemental de Derecho Civil, página 558, dice "La ley, según hemos dicho, permite que el juez aprecie las circunstancias

que puedan probar la no paternidad del marido por el doble hecho del adulterio y del recelo demostrado. Citaremos algunos ejemplos: Será impotencia natural del marido su estado valetudinario, el color de la piel del hijo, la falta de armonía probada y la separación de hecho de los esposos en el momento de la concepción. (Reg., 29 junio 1892, D. P. 1892. 1.477). Encuéntrase también una decisión permitiendo que el marido alegue (a reserva de probarlo mediante información) el parecido del niño con el amante de su mujer. (Trib. Brest. 5 marzo 1913, Gaz. Pal., 12 abril 1913)". Por otra parte, Aubry y Rau, citados por Marcelo Planiol, en su tomo II de su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, dicen "Sobre este particular, Aubry y Rau han hecho revivir una expresión ya usada en nuestro antiguo derecho y que tuvo éxito; se refieren a la imposibilidad moral de cohabitación para calificar los hechos de falta de paternidad, que pueden invocarse. Verdad es que el marido puede invocar circunstancias puramente morales, tales como el estado de desacuerdo del matrimonio, pero en general los tribunales exigen que dichas circunstancias sean confirmadas por hechos materiales, principalmente por la prueba de que los esposos no han cohabitado durante la época de la concepción. Los tribunales dan más importancia a hechos materiales, que de por sí son reveladores, como la separación de hecho, la edad avanzada del marido, su estado de salud, el parecido del hijo a un tercero. Y lógicamente debería admitirse que el marido pudiera invocar su impotencia natural, pero el Art. 313 se opone". En nuestro Código, este concepto es aplicable, y así, si el marido, además del adulterio prueba la imposibilidad física o moral de cohabitación, la convicción es más que plena; y en este caso, el adulterio no figura como principal, sino como concomitante. En nuestro medio el color de la piel no es determinante, ya que nosotros, y yo creo que también los franceses, procedemos de un crisol de razas; pero esta prueba, aunada a las otras, pueden inclinar al Juez hacia el desconocimiento. En nuestro criterio, los siguientes hechos acompañados a otros podrían servir para excluir la paternidad del marido: cuando

la madre se va del hogar e inscribe al hijo como natural de ella; cuando se pruebe que nunca se le ha conocidos hijos al padre; que el niño tenga lunares cuyo color y posición sean análogos a los del hombre que ayudó a cometer el adulterio a la esposa; que la forma del pie, o de los dedos del pie o de la mano sean iguales a los del hombre. Naturalmente que todas estas características y otras más que salen cuando el hijo continúa su vida no pueden ser probadas del todo, puesto que existe una prescripción muy corta para intentar aquella acción; según el artículo 203 que dice: "La acción de desconocimiento no se puede intentar después de transcurridos seis meses del nacimiento del hijo o de conocido el fraude cuando se ha ocultado el nacimiento. En caso de interdicción del marido, este lapso no comenzará a correr sino después de rehabilitado"; y sólo por esta causa las señales que aparezcan antes de cumplidos los seis meses de prescripción podrán tomarse como pruebas, y las que aparezcan del año en adelante nó, porque para esta época ya habrá pasado el lapso probatorio en el juicio de desconocimiento intentado. Solamente cuando la madre ha ocultado el nacimiento puede progresar una prueba más evidente, pues puede suceder que en la fecha en que el padre descubra aquel acto el hijo impugnado esté en una edad avanzada y se le observen entonces los caracteres personales más marcados a los del cómplice en el adulterio. Otro caso en el cual se pueden averiguar aquellos caracteres más marcados es cuando el padre entredicho fué rehabilitado, pues si la interdicción fué larga, la acción de desconocimiento encuentra ya al hijo de avanzada edad. Sin embargo, la ocultación del nacimiento por parte de la madre casi nunca ocurre, por cuanto ella al saber que es adúltera busca el modo de estar más al lado de su marido para que éste no sospeche nada. Se necesitaría que la mujer no quisiera al marido y además fuera indiferente a que éste conociera su delito, pues le convendría más publicarlo, hasta diciendo que su hijo es de otro para provocar la completa separación de su esposo y la unión con su concubino; pero el Código ataja esta situación especial cuando dice:

“La declaración de la madre contra la legitimidad no basta por sí sola para excluir la paternidad del marido”.

Legislación comparada.—Según el Código de 1922, Artículo 217, “El marido no puede desconocer al hijo alegando el adulterio de la mujer, a no ser que se le haya ocultado el nacimiento. En este caso se le admite a probar con todo género de pruebas, tanto los hechos del adulterio y de la ocultación, como los demás que tiendan a excluir su paternidad”.

“La declaración de la madre contra la legitimidad no basta por sí sola para excluir la paternidad del marido”. Por consiguiente bajo el imperio de este Código progresaba la acción: 1º.—Probando la ocultación del nacimiento por todo género de pruebas; 2º.—Idem el adulterio como los demás hechos que tiendan a excluir la paternidad. En el Código vigente se eliminó el requisito del numeral 1º, debido a exposición del doctor Luis E. Bastidas, obra citada, página 156 en la forma siguiente: “Pero fuera de esta hipótesis queda otra, o sea aquella en que la mujer, viviendo con su marido, lleva relaciones carnales con un tercero. ¿Hay alguna razón de orden moral, jurídico o social que rechace en este caso la acción de desconocimiento? Nuestro Código la trae en el artículo 217 actualmente en discusión, pero reducida a la hipótesis, improbable e inverosímil, **de que se oculte al marido el nacimiento**, en esa hipótesis, le dará aviso, desde el primer momento, del embarazo; por lo que éste y el nacimiento no le serán ocultados al marido, en el orden normal de los sucesos, sino cuando a la mujer le sea imposible hacer creer al marido que es obra suya la concepción, esto es, cuando ocurra alguno de los casos de los artículos 214 y 125. Prácticamente, pues este artículo 217 es inconducente, porque está fuera del caso para el cual ha sido creado”. Por lo que se ve, la redacción que aparece en el proyecto en su artículo 199, quedó inóclume al pasar por el Congreso Nacional. Nosotros en el fondo estamos de acuerdo con estos últimos conceptos; mas

proponemos la siguiente redacción, por ser, a nuestro parecer, más jurídica: "Artículo El marido puede desconocer al hijo alegando y probando el adulterio de la mujer ocurrida dentro del período de la concepción; y pruebe además, otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir la paternidad. Entre ellos puede aparecer la ocultación del nacimiento". Debemos hacer notar que si en la jurisdicción penal se sigue juicio contra la mujer por adúltera, hay que esperar el veredicto de ésta según el artículo 6 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

VII. **Caducidad de la acción de desconocimiento:** Según los artículos 203 y 204 "La acción de desconocimiento no se puede intentar después de transcurridos seis meses del nacimiento del hijo o de conocido el fraude cuando se ha ocultado el nacimiento. En caso de interdicción del marido, este lapso no comenzará a correr sino después de rehabilitado". (Artículo 203). "Si el marido muere sin haber promovido la acción, pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla, sus herederos tendrán dos meses para impugnar la legitimidad del hijo, contados desde el día en que éste haya entrado en posesión de los bienes del difunto, o desde que los herederos hayan sido turbados por el hijo en tal posesión". (Artículo 204). En forma pues que el plazo para los herederos del padre es más largo, pues si los dos meses se cuentan "desde el día en que éste haya entrado en posesión de los bienes del difunto, o desde que los herederos hayan sido turbados por el hijo en tal posesión", hay que averiguar en primer lugar cuándo comenzaron aquellos actos. Las normas referentes a la herencia nos pueden determinar con exactitud aquella fecha; y según el artículo 995 "La posesión de los bienes del **de cuius** pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de toma de posesión material".

"Si alguno que no fuere heredero tomare posesión de los bienes hereditarios, los herederos se tendrán por des-

pojados de hecho, y podrán ejercer todas las acciones que les competan". Pero como el heredero tiene el derecho de aceptar o repudiar la herencia, entrará en posesión cuando la acepte según el artículo 1.002 y el 1.003 que dicen: "Artículo 1.002: La aceptación puede ser expresa o tácita.—Será expresa cuando se tome el título o cualidad de heredero en un instrumento público o privado.—Será tácita cuando el heredero ejecute un acto que suponga necesariamente la voluntad de aceptar la herencia, acto que no tendrá derecho de ejecutar sino en calidad de heredero". "Artículo 1.003. Los actos meramente conservatorios, de guarda y de administración temporal, no envuelven la aceptación de la herencia, si la persona no ha tomado en ellos el título o cualidad de heredero" (1.003). En cuanto a la **aceptación expresa**, no se aplica, ya que no basta aquí la exigencia del documento público o privado, pues el heredero debe efectuar **actos materiales de posesión**, lo cual puede acontecer cuando el albacea entregue la herencia o parte de ésta o cuando ya el hijo, en el caso concreto, tenga la posesión con anterioridad; y es precisamente desde esta época en que corre la prescripción anotada. La **aceptación tácita**, envuelve en sí la ejecución de actos en calidad de herederos. Hay que recordar aquí que siempre la autoridad judicial hace entrega de los bienes del difunto a sus herederos, o que esta entrega se efectuó por ante un Juzgado; la fecha del acta respectiva en estos casos, demarcará el principio de la prescripción; mas debemos recordar que esta prueba no es *ad solemnitatem*; y en todo caso, todo acto material que involucre posesión, sin intervención judicial, probado en juicio, puede servir para empezar a contar la prescripción que estudiamos. En cuanto a la perturbación por parte del hijo, puede suceder de dos maneras: efectuando actos de posesión por su cuenta, y la fecha se contará desde que los herederos ocurran por medio de algún interdicto (artículos 783 y siguientes, y artículos 594 y siguientes del Procedimiento Civil). En caso de que no se ocurra por la vía interdictal, es soberano el Juez para apre-

ciar de otro modo la perturbación.

Nosotros no estamos de acuerdo con la fijación de esta fecha basada en hechos que pueden ser objeto de un juicio para precisarlos por la diversidad en que se manifiestan; por eso opinamos más bien que se cuente el comienzo de la prescripción, desde la fecha de la muerte del padre, concediendo un lapso corto de prescripción, por ejemplo, ocho meses, y así se redactaría: "Si el marido muere sin haber promovido la acción, pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla, sus herederos tendrán ocho meses para impugnar la legitimidad, contados desde el día de su muerte".

VIII. **Carga de la Prueba:** Los artículos estudiados son claros: es el padre que intenta la acción de desconocimiento, quien le toca probar todo aquel cúmulo de hechos en los cuales se base, es una aplicación más de la máxima **actoris incumbit probatio**; y como se trata de hechos, la testifical y las otras de carácter privado pueden ser admitidas salvo que la ley exija documentos públicos como lo contempla el artículo 200.

IX. **Excepciones de inadmisibilidad:** Demandados madre e hijo en desconocimiento por el que se dice no es padre, en el acto de la contestación de la demanda, cuáles acciones de inadmisibilidad pueden oponer aquéllos?

En nuestro concepto y como regla general, los demandados no pueden oponer ninguna, pues la demanda se basa en comprobación de hechos, que se justificarán en el lapso probatorio general de 10 para promoción y 20 para evacuación; pero decimos de una manera general, pues creemos que una excepción de inadmisibilidad progresará en los siguientes casos: 1º Si la acción es intentada después de los lapsos de los artículos 203 y 204, pues aquí se trata de **caducidad de acciones**, y progresaría por tanto la excepción a que se refiere el artículo 257, numeral 3º del Procedimiento Civil. El doctor Arcaya en su obra "Estudio Crítico

de las Excepciones de Inadmisibilidad", página 99, dice, concretándose al aspecto de caducidad, así: "Estos plazos son de caducidad propiamente y no de prescripción. En efecto, está interesado en la material el orden público porque el estado civil de las personas no debe permanecer indefinidamente en suspenso, de modo que el término de obrar que da la ley es perentorio e invariable y su vencimiento hace extinguir de pleno derecho la acción de desconocimiento. Esta es la doctrina corriente que sostienen Demolombe, Troplong, Aubry y Rau, Laurent, Marcadé, Duranton y otros y que adoptan los fallos de varias Cortes francesas. Aplicándola a nuestro derecho y recordando lo que expusimos sobre caducidad, resulta que contra las acciones en desconocimiento que se intenten luego de transcurridos los plazos del artículo 200, procede la excepción de inadmisibilidad". Si el marido o sus herederos, intentada la acción en el lapso legal, adjuntan partidas de nacimiento y de defunción que son contradichas por los demandados por no aparecer conformes con las personas a que ellas tratan de referirse, o cuando simplemente existe algún inconveniente especificado en el artículo 458, o cuando en las partidas no sean llenados los requisitos formales a que se refieren las disposiciones legales de las cuales nos ocuparemos más adelante, pueden los demandados oponer la excepción contenida en el numeral 1º del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, ya que no hay **cualidad o interés** en el actor o en el demandado, pues en realidad son otras las personas que figuran en las partidas anotadas, y por consiguiente son otros los demandados o demandantes? Nos parece que en realidad la excepción no progresa, ya que si existen los errores anotados, el padre no podría intentar primero un juicio de rectificación de conformidad con los artículos 505 y 698 del Procedimiento Civil, porque en el decurso de este juicio, si dura más de seis meses, lo cual es natural si hubiera oposición, la acción de desconocimiento que luego se intentara, habría caducado, según los artículos 203 y 204. Más lógico por consiguiente es para el Juez resolver este punto en sentencia final para que en los lapsos probatorios

del juicio ordinario se aclare la cuestión; y no se podría decir que esta providencia es antiprocesal al unir el juicio ordinario de desconocimiento con el otro especial de rectificación de la partida, porque la materia procesal nuestra ordena en caso de separación de procedimientos una acumulación de autos para evitar la multiplicidad de los pleitos y el riesgo de que se dicten sentencias contrarias o contradictorias. Por otra parte, aquí hay **identidad de personas**, aunque las acciones sean diferentes, caso en el cual es imprescindible la acumulación de conformidad con los artículos 224 y 225 del Código de Procedimiento Civil. En el caso concreto pues, como contra-réplica a la excepción opuesta por los demandados, puede el demandante alegar que se dividiría la continencia de la causa por una parte, y por la otra que se eviten dos pleitos que en realidad tienen un fondo común, pidiendo por tanto la unidad procesal, y el Juez debe declarar sin lugar la excepción. Nos parece que si bien es cierto que el Juez solo dictaminará a instancia de partes (Artículo 1, P. C.); sin embargo hay que recordar que las leyes sobre el estatuto familiar (en este caso filiación), son de orden público, y en resguardo de éste puede ordenar la unidad de juicios aunque no la solicite la parte.

X. Personas que pueden intentar la acción de desconocimiento: Según se desprende de los artículos 203 y 204, sólo el padre y en su defecto los herederos, pueden hacerlo; son acciones **intuitis personae**. Se deduce que toda otra entidad natural o jurídica que la promueva, se le puede oponer en el lapso de la litis-contestación una excepción por falta de cualidad o interés, que progresará.

XI. Personas contra quien se intenta: Según el artículo 205: "La acción para impugnar la paternidad se intentará conjuntamente contra el hijo y contra su madre en todos los casos".

"Si el hijo es menor o está entredicho, el Tribunal ante el cual se haya intentado la acción, le nombrará un tutor

ad-hoc que lo represente en el juicio". Otra persona que sea la demandada puede oponer la excepción de inadmisibilidad arriba mencionada.

XII. **Efectos de la sentencia que declare con lugar la demanda de denegación.** Están contenidos en el numeral 2º del artículo 507 que dice: "Las sentencias declarativas, en que se reconozca o se niegue la filiación legítima o natural, o sobre reclamación o negación de estado y cualquiera otra que no sea de las mencionadas en el número anterior, **producirán inmediatamente los mismos efectos absolutos que aquéllas;** pero dentro del año siguiente a su publicación podrán los interesados que no intervinieron en el juicio, demandar a todos los que fueron parte en él, sin excepción alguna, para que se declare la falsedad del estado o de la filiación reconocidos en el fallo impugnado. No tendrán este recurso los herederos ni los causahabientes de las partes en el primer juicio ni los que no intervinieron en él a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento".

"La sentencia que se dicte en el segundo juicio será obligatoria para todos, así para las partes como para los terceros y será irrevisable".

XII. **Conflictos de paternidades:** Este tema ha sido estudiado por los jurisconsultos extranjeros y nacionales, y se puede presentar en los siguientes casos: 1º, cuando la viuda se casa antes de esperar el lapso de 300 días, y da a luz un hijo, precisamente, después de los 180 días de su matrimonio y antes de los 300 de la muerte de su anterior esposo. ¿De quién es ese hijo, del primer marido? Podría serlo porque nació antes de los 300 días de su muerte y pudo haber cohabitado y concebirlo. ¿Del segundo? Es posible, porque si nació después de 180 días de casada la mujer, dió a luz dentro del término de menor gestación; 2º, cuando una mujer se casa dos veces, ¿de cuál de los esposos es el hijo? Cuando se discutió el problema en la

Comisión Codificadora buscándose alguna solución que orientara al Juez que planteara el asunto, pues el Código de 1922 nada decía al respecto, se oyeron opiniones valiosas: Dr. Pedro Pablo Pérez Alfonzo: "Del hijo a quien puede atribuírsele dos padres: En el Capítulo 1º de la filiación que nos ha venido ocupando, creo que debe quedar resuelta una situación no contemplada por nuestra legislación actual, pero que de hecho puede ocurrir y ocurre efectivamente. Es el caso del hijo a quien aplicando las presunciones establecidas en el presente Capítulo pueden atribuírsele dos padres. Sucede esto cuando por bigamia de la madre, el hijo puede atribuirse tanto al padre del matrimonio válido, como al del matrimonio nulo en virtud de que éste produce siempre todos los efectos civiles con respecto a los hijos, y también en el caso de que la madre no haya guardado el lapso de diez meses que le ordena la ley, y por cualquier evasiva haya podido eludirla y contraído el nuevo matrimonio".

"El Código Alemán, que contempla el problema, lo resuelve de manera incompleta, pues dice únicamente en su artículo 1.600: "Si una mujer que se ha vuelto a casar después de la disolución de un matrimonio trae al mundo un hijo que según los artículos 1.591 al 1.599 pudiera ser hijo tanto del primer marido como del segundo, este hijo se reputa del primer marido si na nacido en los doscientos setenta días después de la disolución del primer matrimonio, e hijo del segundo en caso contrario". De modo que no se resuelve el caso de bigamia. Pero la solución de la situación enfocada me parece aceptable dentro de la lógica de probabilidades, única que puede servir de guía en una cuestión de hecho que puede presentarse".

"La disposición alemana al hacer referencia a los artículos 1.951 al 1.599, incluye aquellos por los cuales se puede ir contra la presunción legal, es decir, los casos en los cuales el padre puede desconocer al hijo. Por manera que, la disposición no parece aplicable sino en los casos en que la

presunción no pudiera desvirtuarse ni por desconocimiento. Así aunque el hijo haya nacido dentro de los doscientos setenta días, no será su padre el primer marido si éste puede hacer uso de alguna acción de desconocimiento, como es lógico. En tal caso el padre será el marido; pero también será la solución aún cuando el primer marido no ejerza su acción, si el segundo prueba que es él quien puede tenerse por padre porque el otro se encuentra en los casos de desconocimiento”.

“Para el caso de bigamia, que desde luego es mucho más raro, pero también posible, creo la única solución escoger el padre que hubiera tenido acceso con la madre en el período más probable de concepción; esto es, tomando la duración normal de la gestación, o sean doscientos setenta días, y considerando como período más probable de concepción, los treinta días antes y después del primero de los doscientos setenta. En los demás casos el Juez determinará cuál habrá de ser el padre, oyendo a los interesados y valiéndose de todos los medios posible para llegar a la solución más acertada. En esta situación las circunstancias son diferentes a las de desconocimiento, puesto que aquí el hijo habrá de tener en todo caso un padre legítimo que está obligado a ver por él como tal”.

“Propongo, pues, que se adopte una disposición más o menos concebida en los términos siguientes:

“Artículo El hijo nacido de un segundo matrimonio, que en conformidad con las disposiciones que preceden puede tenerse como hijo tanto del primer marido como del segundo, se tendrá como hijo del primer matrimonio ya disuelto si habiendo nacido entre los doscientos setenta días después de la disolución no se encontrare en uno de los casos de desconocimientos que podría hacer valer cualquiera de los maridos. El hijo nacido después de los doscientos setenta días se tendrá por hijo del segundo marido salvo también el posible desconocimiento”.

“En caso de bigamia, si alguno de los posibles padres hubiere tenido acceso con la madre, con exclusión del otro durante los treinta días antes del primero de los doscientos setenta días del nacimiento, y durante los treinta días siguientes, se le tendrá por padre del hijo. Cuando esta circunstancia no hubiere ocurrido, el Juez oyendo a los posibles padres y tomando en consideración todas las circunstancias que tiendan a determinar la verdadera paternidad, decidirá quién ha de tenerse por padre”. El doctor Urbaneja Achelphol expuso: **“Conflicto de paternidades legítimas concurrentes sobre un mismo hijo.**—Acerca del problema, título de las presentes observaciones, han sido emitidas varias soluciones. El ocurre cuando una mujer contrae segundas nupcias con infracción del artículo que ordena a ella guardar el plazo de diez meses, en cuyo caso, el hijo puede nacer dentro de los trescientos días posteriores a la disolución de su primer matrimonio, y después de los ciento ochenta días de celebrado el segundo”.

“Para Demolombe, el hijo debe ser reputado del segundo marido. En apoyo de esta opinión se alega, que la mujer encinta que consiente en casarse nuevamente con tanta rapidez, es porque segura está de que el hijo que lleva en sus entrañas es obra del segundo marido; por lo que se justifica el hecho con esa vehemente probabilidad. Ahora bien, las consideraciones expuestas son sólo relativas al hecho que les sirve de fundamento; de suerte, que mal podría generalizarse la solución de Demolombe para todos los casos que concurrieran en la práctica”.

“Una solución contraria a la anterior, seguida por Richafort, atribuye el hijo al primer marido, y se basa en la irregularidad que afecta al segundo matrimonio, por motivo a la violación del plazo legal consumada por la cónyuge. pero esa irregularidad no es de índole tal que acarree la nulidad o inexistencia del segundo matrimonio. Así pues esta opinión tiene muy poco valor doctrinario. Hay la s-

lución del Código Civil alemán, que da en su artículo 1.600, según el cual, "si el hijo nace antes de los doscientos setenta días después de la disolución del matrimonio anterior, se atribuye al primer marido; si nace después, al segundo". Esta solución se señala como bastante razonable. Mas, en verdad pone al legislador en contradicción consigo mismo, al establecer para la solución del problema un término medio, desdiciéndose respecto a lo consagrado por el mismo sobre los lapsos de la mayor y de la menor gestación, cuya fijación obedece a consideraciones médico-legales sobre la época del nacimiento humano y sobre los nacimientos acelerados y tardíos. En nuestro régimen legislativo esos lapsos constituyen reglas invariables para cerrar la puerta a la arbitrariedad, aún a riesgo de errar sobre algunos casos improbables, como bien dijo Duveyrier, en notable discurso cuando se discutió el Código Napoleón".

"En doctrina ha prevalecido la opinión que el problema toca resolverlo a los tribunales de justicia, en razón a tratarse de un esclarecimiento de hechos, incumbiéndoles decidir entre dos candidatos a la paternidad, amparados por presunciones de igual valor legal, cuál de ellos es realmente el progenitor del menor. Entre los autores modernos cuenta esta doctrina con el abovo de Aubry y Rou, Colin y Capitant, Josérand y Rouast. Se le objeta lo peligroso que es dejar actuar a los jueces sin señalarles previamente una norma legal, para fallar la controversia que se les plantea. Pero, no obstante, en una materia como la presente caracterizada por la obscuridad e incertidumbre de los hechos establecer una regla estrecha es venir a obstaculizar la soberana apreciación de los hechos que incumbe a los jueces, que en sus actos no tienen otro norte que la verdad, la cual procurarán escudriñar en los límites de su oficio".

"También se conoce en doctrina esta opinión, proclamada con fundamentos jurídicos por Laurent y por Baudry-Lacantinerie y Chéneau. Está además consagrada por el derecho inglés. Según esta otra solución, entre dos presun-

ciones con que el legislador ampara al hijo con la paternidad legítima, el hijo elige uno; por lo que en el fondo, no es el hijo quien crea su filiación sino la voluntad del legislador”.

“En mi concepto, el hijo tiene derecho de saber cuál es su verdadero estado, determinándolo, y si le es negado por alguien, a esclarecerlo judicialmente con este alguien, por lo que la elección entre las dos presunciones de paternidades legalmente establecidas, no debe ser caprichosa: porque el capricho es fuente de injusticia, sino conforme con la verdad, cuya adquisición se alcanzará con todos los indicios que le dieran mayor verosimilitud”.

“Cabe advertir: que la gestación no tiene un plazo exacto de doscientos setenta días. Siempre hay variaciones de más o menos: ya de semanas, ya de días, ya de horas, ya de segundos. De aquí la razón de ser de los dos plazos: uno máximo y otro mínimo. Dos márgenes con suficiente espacio intermedio; por lo que ordenarse prescindir de ellos en la solución de tan importante problema de filiación legítima, para adoptar el solo plazo de los doscientos setenta días, es impedir que se asegure el verdadero estado de las personas para dar paso a la ficción”.

“Sin embargo, el legislador ha consagrado el principio de que si el acta de nacimiento y la posesión de estado están conformes, la prueba de la filiación es inexpugnable, aún cuando puedan ocurrir casos en los cuales ambos títulos encubran una mentira; pero el legislador por la paz de la familia ha preferido encubrir esta mentira, antes que remover aquella situación de hecho, justificada por un acto de nacimiento y por una posesión de estado conformes, salvo la comisión de hechos delictuosos de suposición o sustitución de parto. Y frente al principio expuesto, eminentemente de orden público, de no alterarse, el derecho del hijo a la determinación de su estado, ha de ceder”.

“Por lo demás, siendo la acción que corresponde al hijo, en caso de conflicto de paternidad legítima por esencia personal, como lo son en principio todas las que se relacionan con el estado de las personas, motiva ella los mismos problemas jurídicos que acerca de esas otras, en razón a su predicha cualidad intrínseca”.

“Las precedentes observaciones me llevan a insinuar que de juzgar la Comisión ser útil la introducción de un nuevo artículo en nuestra legislación civil, previendo expresamente el caso de conflicto de paternidades legítimas concurrentes sobre un mismo hijo, se adopte uno bajo la siguiente redacción, u otra análoga:

“En caso de conflicto de paternidades legítimas concurrentes sobre un mismo hijo, en tanto no se esclarezca el hecho en juicio contradictorio, aquel determinará su estado”. Por último el Doctor Luis I. Bastidas en su obra citada expone: “En relación con la cuestión conflicto de paternidades, propuesta por el doctor Pérez Alfonso, me inclino a creer que se acercaría más a la realidad la resolución que atribuya la paternidad al último marido; en efecto, el nuevo matrimonio, supone que los afectos de la mujer son por el dicho último marido; aún viviendo el anterior, y en estas condiciones hay mayores probabilidades de que se haya efectuado con éste el ayuntamiento del cual resultó la concepción. Por el mismo motivo no sería aventurado suponerlo en conocimiento de las circunstancias y del estado íntimo de la mujer, a la cual pretende y con quien en efecto se casa; finalmente, ocurrido el nacimiento durante el segundo matrimonio, la paternidad del nuevo marido, si no es real, es consentida y ninguna desazón produce ni en el hogar ni en la sociedad”.

“Por lo demás, pienso también que esta determinación es una consecuencia de la tomada por la Comisión al considerarse el artículo 217, pues si no dió entrada a la acción de desconocimiento por el adulterio de la mujer cometido

durante el lapso de la concepción, por la misma razón debe declararse padre al marido que actualmente cohabita con la mujer, siempre dentro de las presunciones establecidas, aunque haya sido posible el ayuntamiento de la mujer con el marido anterior, dentro del lapso de la concepción, mientras no se decida lo contrario. En consecuencia, modifíco la proposición del doctor Pérez Alfonso en los términos siguientes:

“Artículo Si la mujer casada en ulteriores nupcias llegare a ser madre en condiciones en que, según las disposiciones que anteceden, lo mismo puede ser padre el anterior marido como el último, se reputará padre a éste, mientras no se decida que lo es el marido anterior”. El tema ha sido sesudamente debatido como para emitir una opinión concreta, y nos parece que la solución dada de no plasmar en el Código algún articulado sobre el particular, no es jurídica porque el Juez debe tener siempre una orientación que se la debe dar la Ley, máxime cuando debe decidir en todo caso (Artículo.9º, P. C.). Por eso, vistas las anteriores opiniones, nosotros proponemos que se incluya en el nuevo Código un articulado así: “Si la mujer casada en ulteriores nupcias llegare a ser madre en condiciones en que según las disposiciones que anteceden, lo mismo puede ser el padre el anterior marido como el último, se reputará padre a éste mientras no se decida que lo es el marido anterior. Para demostración de la primera paternidad débese probar algunos hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir la segunda. La confesión de la madre no es suficiente como prueba en estos casos”. “Artículo “En caso de bigamia se seguirán las pruebas requeridas para determinar la paternidad posible”. Por el primer artículo se zanja un poco la cuestión, porque considerar como padre al segundo marido reafirma ante él la condición de ese hijo, máxime si se considera que sobre él va a ejercer la patria potestad y va a ser creado con su calor paterno. En cuanto al caso de bigamia, el campo de pruebas para el Juez es amplio, pudiendo apreciar, según los hechos demos-

trados, la posible paternidad. Somos de opinión que las prescripciones contenidas en el artículo 207 no son aplicables al caso, puesto que, precisamente, se va a resolver una cuestión que admite por completo dudas sobre paternidad, nacida por coincidencia del destino, siendo un caso muy particular en donde la regla general debe ceder; y e caso tal de que el Juez de la Instancia, en apreciación de hechos, dictamine que el padre es el primero, destruyendo así así la presunción de paternidad establecida para el segundo, la partida de nacimiento conforme al artículo anterior debe ser reformada. Analizando la acción que nos ocupa debemos afirmar que en realidad no es simplemente desconocimiento, sino mixta, de desconocimiento por una parte y reconocimiento legítimo por otra.