

de hecho ageno y pasado antes de su nacimiento.

Bastará, pues, que prueben lo espresado en el artículo, ó lo que es lo mismo, la posesion de estado de sus difuntos padres, y que su calidad de hijos legítimos conste de sus partidas de nacimiento.

Y ni le será necesario probar la posesion de estado de sus padres, si esta se halla *enunciada en las mismas* partidas bajo cuya fé y garantía comenzaron á existir y han existido siempre en la sociedad. El libro de nacimientos es, por decirlo así, en el orden civil, el libro de los *destinos*: la ley lo instituye para este efecto, y debe amparar al que tiene su título en el mismo.

*Por la sola circunstancia de no presentarse, etc.*: pero podrá contradecirse por otra

causa ó título, por ejemplo probando que en la época del nacimiento del hijo, su padre ó madre estaban realmente casados con otra persona que la designada en la partida de nacimiento: la ilegitimidad seria entonces evidente; y la presuncion, como simplemente *juris*, cederia á la verdad

*Cuando la ausencia ó enfermedad, etc.*: porque en tales circunstancias el caso viene á ser el mismo que si hubieran muerto los padres, pues tienen igual imposibilidad de manifestar el lugar en que se casaron, y *ubi eadem est ratio, idem jus esse debet.*

La disposicion de este párrafo, aunque omitida en el artículo 197 Frances, estaba unánimemente admitida; y ha parecido oportuno consignarla espresamente.

de hecho ageno y pasado antes de su nacimiento. Bastará, pues, que prueben lo espresado en el artículo, ó lo que es lo mismo, la posesion de estado de sus difuntos padres, y que su calidad de hijos legítimos conste de sus partidas de nacimiento. Y ni le será necesario probar la posesion de estado de sus padres, si esta se halla enunciada en las mismas partidas bajo cuya fé y garantía comenzaron á existir y han existido siempre en la sociedad. El libro de nacimientos es, por decirlo así, en el orden civil, el libro de los destinos: la ley lo instituye para este efecto, y debe amparar al que tiene su título en el mismo. Por la sola circunstancia de no presentarse, etc.: pero podrá contradecirse por otra

## TITULO IV.

### DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

#### CAPITULO PRIMERO.

#### De los hijos legítimos.

##### ARTICULO 101.

*Se presumen legítimos los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolucion.*

*Contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de haber sido fisicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento (1).*

1. Se presumen por derecho legítimos:—I. Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio.—II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.—Contra esta presuncion no se admite otra prueba, que la de haber sido fisicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento.—Arts. 314 y 315. tit. 6.º cap. 1.º lib. 1.º cód. civ. vigentes.

La comision dice que el capítulo 1.º del título 6.º trata de los hijos legítimos, y contiene cuantas disposiciones parecieron conducentes á fijar las reglas de la legitimidad y los casos en que esta puede ser desconocida: que las bases principales, fundadas en las leyes físicas y reconocidas por todos los códigos son que es legítimo el hijo que nace despues de los ciento ochenta dias contados, ó dentro de los trescientos siguientes á su disolucion, sin que en contra se admita mas prueba que la de haber sido fisicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros 120 dias de los 300 que precedieron al nacimiento.—N. de los EE.

312 Frances, 234 Napolitanos 203 de la Luisiana, 162 de Vaud, 305 Holandes, 2, capítulo 3, parte 1, Bávaro, 138 Austriaco: los 4 y 19 Prusianos, título 2, parte 2, ponen 210 dias ó siete meses cumplidos despues de la celebracion del matrimonio, y 302 en lugar de los trescientos despues de su disolucion.

*"Pater est quem nuptice demonstrant"* ley 5 título 4, libro 2 del Digesto, *"filium cum difinimus qui ex viro et uxore ejus nascitur."* *Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium: Mihi videtur, si constet maritum aliquandis cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia justa causa: vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse."* ley 6, título 6, libro 1 del Digesto. *"Septimo mense, nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis."* ley 12, título 5, libro 1 del Digesto. Esta ley, tomada del Jurisconsulto Paulo, debe, segun unos, entenderse del séptimo mes cumplido, *pleno*, que es la espresion usada por Paulo, al número 5, título 9.º libro 4.º *Recep sentent*: pero la ley no contiene la tal

expresion fundándose en la autoridad de Hipócrates: el citado número 5 no es ley, sino una opinion particular fundada en la puerilidad de ser el siete número Pitagórico, *ratio enim Pythagorici numeri hoc videtur admittiere.*

Por último, la ley 3, párrafo 12, título 16, libro 28, su autor Ulpiano, dice terminantemente: "*De eo, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hipocrates scripsit et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.*"

"*Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem.*" La misma ley 3, párrafo 11, la 29, título 2, libro 28 del Digesto y Novela 39, capítulo 2. "*Decemviri in X gigni hominem non in undecimo, título 2 de las doce Tablas.*

"Si pudiere ser provado que el hijo de alguna muger nasciere della, seyendo casada con aquel marido, é non aviendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiessen verdaderamente sospechar, segund natura, que el hijo fuera de otro, non le empece en ninguna manera lo que el padre ó la madre dixessen," ley 9, título 14, Partida 3. La 4, título 23, Partida 4, citando como la Romana á Hipócrates habla con mayor claridad. "Si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, legitima seria la criatura que nasciere é se entiende que es de su marido, magüer en tal tiempo sea nascida; solo que ella viviesse con su marido á la sazón que finó: Mas si la nascencia de la criatura tañe un dia del onzeno (mes) despues de la muerte del padre, non deve ser contado por su hijo."

"La criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga un dia del senteno mes, que es cumplida é videra. E debe ser tenuta tal criatura por legitima, del padre, é de la madre, que eran casados, é bivien en uno á la sazón que la concibió."

La ley recopilada 2, título 5, libro 10 (13 de Toro) señala vagamente la ausencia del marido, ó el tiempo del casamiento, para que el parto (criatura no sea habido natural ni legitimo).

*Se presumen, etc.* La sola naturaleza no puede servirnos de guia en esta materia, la mas interesante del Código civil: ella misma ha cubierto con un velo misterioso é impenetrable la trasmision de nuestra existencia: el secreto de la paternidad es tal vez el único que asusta y desconcierta todos los esfuerzos del saber y del orgullo humano.

Mas á pesar de esto, no podia dejarse en incertidumbre la paternidad, porque siendo el principio y base de las familias, lo es por necesidad de todo el orden ó edificio social.

En la imposibilidad de tomar de la naturaleza un signo material, evidente é infalible de la paternidad, y en la necesidad de tener uno para la exacta division de las familias, y la sucesion cierta de los individuos y bienes, se ha recurrido á la presuncion mas cercana á la prueba, y de una fuerza casi igual á la evidencia.

Todos los pueblos, antiguos y modernos, han adoptado como por un acuerdo la famosa regla ó axioma. *Pater est quem justae nuptiae demonstrant*: este es el signo social y legal de la paternidad. La presuncion en que se funda es tan natural y decorosa; tan útil y justa, y sobre todo tan necesaria, que fuera de ella no seria posible la sociedad; y por estas mismas consideraciones no se admite en contra otra prueba que la especialísima de este artículo.

*Despues de ciento ochenta dias, etc.* La ley Romana y de Partida disponian lo mismo usando de la palabra mes. "*Septimo mense nasci perfectum.*" "Solo que tenga un dia del seteno mes", y sabido es que por esta palabra se entendian y entienden treinta dias: vé el artículo 15: sin embargo, hay mayor claridad en usar de la palabra *dias*, tanto para este caso, como para el siguiente.

La marcha constante y uniforme de la naturaleza es que la criatura no nazca perfecta y de vida antes de haberse pasado los seis meses de preñez. El legislador no ha podido tomar guia mas segura para establecer una regla general sin ninguna especie de escepcion: en cualquiera caso que se pretenda probar lo contrario, debe creerse mas

en la debilidad femenina que en el trastorno de las leyes naturales.

Por igules razones y con la misma inflexibilidad establece la ley otra regla general para los nacimientos tardios ó de mas de trescientos dias. Así es que en ninguno de los dos casos podrán los tribunales desviarse de estas reglas, ni admitir conjeturas ó probabilidades fundadas en la honestidad, delicadeza ó robustez de la madre, ó en otra cualquiera consideracion ó presedente. Desde el primer dia del séptimo mes hasta el último del deceno, ambos inclusive, quedan cuatro meses ó ciento veinte dias, que forman el término fatal de los partos legítimos y perfectos, descartada la ridicula cuestion de si lo es ó no el del octavo mes.

*Dentro de los trescientos siguientes, etc.* Son los diez meses de la ley Romana y de Partida; *sin tañer un dia del onzeno*: vé lo espuesto en el párrafo anterior: y nada importa que el matrimonio se disuelva por muerte del marido ó por la declaracion de nulidad: vé los artículos 91 y 92.

*Haber sido físicamente imposible, etc.* Por santa, fuerte, y si se quiere hasta tiránica, que sea la presuncion legal de la paternidad, no puede admitirse contra lo imposible y lo absurdo: la ley que diera á una mentira evidente el título y poder de la verdad, no seria sino un escándalo social y el envilecimiento del matrimonio.

Pero la imposibilidad física debe ser evidente é incontestable. La ley Romana habla en primer lugar de la imposibilidad nacida de la ausencia del marido por ser el caso mas frecuente y claro; pero en seguida admite el de impotencia por cualquiera justa causa aun accidental.

La de partida en la palabra *alongado* se refiere claramente á la ausencia y lejanía, pero habla como por incidencia y no puede inferirse que rechace el otro caso de imposibilidad física de la ley Romana, cuando la razon es idéntica en ambos: el artículo por los términos generales en que está concebido, se halla conforme con la ley Romana, aunque esta es mas explícita y minuciosa.

Pero á pesar de su lenguaje absoluto y de la gravedad de la materia, no puede escluirse el arbitrio judicial para apreciar, segun las circunstancias, en el caso de ausencia, si esta ha constituido ó no la imposibilidad física del acceso.

Parecido al caso de ausencia es el de la prision ó incomunicacion de los dos ó de uno de los esposos; pero como haya sido posible el acceso de estos, ganando al alcaide, debe el juez ser muy cauto y escrupuloso en admitir la imposibilidad por esta sola causa.

La prision es la ausencia misma, si la separacion de los esposos ha sido tan exacta y continua, que en el tiempo de la concepcion les ha sido físicamente imposible reunirse un solo instante.

En suma para constituir la escepcion de ausencia, no es necesario que medie entre los esposos el espacio inmenso de los mares, como afectadamente pretenden algunos: basta que la ausencia sea tal, que en el momento de la concepcion haya sido físicamente imposible toda reunion, y aun momentánea, entre los esposos.

Para decidir sobre la imposibilidad por impotencia, será forzoso atenderse á las declaraciones y juicio de los facultativos: vé el artículo siguiente.

*En los primeros ciento veinte dias de los trescientos, etc.* O en los cuatro primeros (contándose de treinta dias) de los diez anteriores al nacimiento. Probada la imposibilidad física del acceso en el tiempo del artículo, la criatura no habrá nacido dentro de los trescientos dias (diez meses), que son el término más largo de los nacimientos tardios, ni despues de los ciento ochenta dias (seis meses), término de los nacimientos mas precoces: ejemplo.

La muger libra en 26 de Diciembre.

Los diez meses de treinta dias, ó los trescientos dias anteriores al nacimiento comienzan á correr desde el primero de Marzo, y se completan en 25 de Diciembre, ambos inclusive.

Los cuatro primeros meses de los diez, ó los ciento veinte dias de los trescientos, se

completan el 29 de Junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad física del acceso por haber estado ausente en todo el dicho período, y no haber regresado hasta el treinta de Junio.

El parto no será legítimo, porque tocó ya un día del oncenno mes, ó tuvo lugar á los trescientos un días desde que sobrevino la imposibilidad física, y dentro de los ciento ochenta días, ó sin tocar un solo día del séptimo mes desde que cesó: desde el 30 de Junio, en que regresó el marido, hasta el 26 de Diciembre, en que libró su muger, ambos inclusive, van seis meses justos de treinta días, ó ciento ochenta días.

#### ARTICULO 102.

*El marido no podrá alegar como causa de imposibilidad física su impotencia anterior al matrimonio; pero si la posterior, con tal que no se funde en su vejez, ni desconocer al hijo por causa de adulterio de su madre, aunque esta declare contra la legitimidad (1).*

El artículo 313 Frances habla de impotencia *natural*: en los términos generales del nuestro se halla también comprendida la *accidental*, y se cierra la puerta á la cuestión suscitada sobre la inteligencia del artículo frances según Rogron. En la impotencia natural cabe ignorancia; en la accidental no: es, pues, más culpable la ocultación ó silencio acerca de la segunda.

El artículo Francés no expresa que la impotencia haya de ser *anterior* al matrimonio; pero lo sobreentiende así con solo decir *natural*, porque no cabe impotencia de esta especie sin haber existido siempre. Por esto en el discurso 27 se lee: “¿Cómo concebir, sin indignarse, el cinismo impudente de un hombre que pudiera revelar su torpeza é infamia para deshonorar su compañera y víctima? Porque debe observarse que en tal

1. El marido no podrá desconocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta declare contra la legitimidad; á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, ó haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses.—Art. 316, tit. 6º cap. 1, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

caso la muger habría sido la primera víctima del hombre impotente, que se ha presentado al matrimonio con todas las esperanzas de la paternidad.”

Sobre la segunda parte de nuestro artículo, el Francés hace una escepción, admitiendo al marido la prueba de todos los hechos propios para justificar que no es el padre, cuando la muger le haya ocultado el nacimiento del hijo.

Siguen el artículo 313 Frances, el 325 Napolitano, 204 de la Luisiana, 152 Sardo, 307 Holandés, y 163 de Vaud; este último exceptúa también el caso de haber sido concebido el hijo después de intentada la acción de adulterio. El artículo 9 Bávaro, capítulo 4, parte 1ª admite simple y vagamente la causa de impotencia para desconocer al hijo; lo mismo se vé en los cuatro y 9 Prusianos, título 2, parte 1ª

La ley 6, título 6, libro 1 del Digesto, citada en el artículo anterior, admite la impotencia sin distinguir entre natural y accidental, entre anterior y posterior al matrimonio.

En todo el título 8, Partida 4, se trata de la impotencia con arreglo al Derecho Canónico. La impotencia del hombre, ora natural por ser él de *fria natura*, ora ocasional como por *castración*, precediendo al matrimonio, son causa de nulidad que puede reclamarse en cualquier tiempo por el hombre como por la muger: de consiguiente, declarada la nulidad, el hijo, si entretanto lo hubiese habido, sería por necesidad ilegítimo.

Contraído válidamente el matrimonio, solo puede sobrevenir la impotencia accidental ó ocasional, como el ejemplo propuesto de castración, que no anula el matrimonio; leyes 6, título 2, y 4, título 8, Partida 4; pero hará ilegítimos los hijos concebidos desde que sobrevino.

Nuestro artículo y todos los de los Códigos modernos arriba citados admiten, como el Derecho canónico, la prueba de la impotencia *accidental* sobrevenida durante el matrimonio.

Habría imprudencia en querer fijar las especies, los casos y accidentes que pueden producirla, bien se trate de una herida, mutilación ó enfermedad grave y larga. Basta saber que la causa debe ser tal, y probada de modo, que en el intervalo del tiempo presunto de la concepción, no pueda suponerse un solo instante en que el marido haya podido hacerse padre.

Pero hay una contradicción de inmensos resultados entre nuestro artículo y el Derecho canónico sobre la impotencia anterior al matrimonio.

Nuestro artículo prohíbe al marido desconocer al hijo por esta causa: el Derecho canónico le autoriza á reclamar por ello la nulidad del matrimonio, y los artículos 48 y 90 dejan subsistente el Derecho canónico en todo lo relativo á la nulidad.

Si esta llega á declararse, el hijo necesariamente será ilegítimo, porque no puede serlo de quien prueba y es declarado impotente antes y después de contraer matrimonio.

De desear fuera la armonía de ambos derechos en este punto; pero como la legitimidad para los efectos civiles pende exclusivamente de la ley civil, y como los artículos 48 y 90 son concesiones de gracia y de política, ha parecido conveniente esta modificación parcial en una de sus consecuencias. El Código Sardo ordena en sus artículos 108 y 144 lo mismo que los nuestros 48 y 90, y sin embargo en el 152 copia al 313 Frances.

Afortunadamente los casos serán en adelante tan raros como lo han sido hasta ahora: la legislación é historia Romanas no nos han transmitido un solo ejemplo de aplicación. Pero han ido siempre acompañadas de tanto escándalo é infamia, de tanta insuficiencia y oscuridad en las pruebas, que la decencia pública, la santidad del matrimonio y el reposo de las familias exigían su desaparición: vé la ley 5, título 8, Partida 4.

Los monstruos no deben existir en la ley, aun suponiendo que existan en la naturaleza. La justicia eterna, aquella voz mages-

tuosa de toda conciencia pura, dice que en este caso, si llegase á existir, el hombre debe soportar todas las cargas de la paternidad, pues que temerariamente ha afectado ser capaz de ella, y devorar la vergüenza de cargar con un hijo que puede no ser suyo, pero que él ha tenido la fraudulenta audacia de prometer á su muger y á la sociedad.

*Pero si la posterior, etc.* En esto convienen todas las legislaciones: el marido no es culpable de supercheria, y la impotencia necesariamente ha de ser accidental ó ocasional, como se vé en el ejemplo de la ley 4, título 8, Partida 4.

*Vejez*: porque es imposible fijar la impotencia por esta causa: esta escepción podía haberse suprimido.

*Por causa de adulterio etc.*: he notado arriba la escepción que el artículo 313 Frances y demás modernos hacen para el caso de haber ocultado la muger á su marido el nacimiento del hijo: las leyes Romanas no la admitieron, y eran seguidas en Francia antes de la Revolución.

*“Non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur infanti præ judicat. Cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse,”* ley 11, párrafo 9, título 5, libro 48 del Digesto. *“Noe obst professio á matre irrata facta,”* ley 29, párrafo 1, título 3, libro 22 del Digesto.

La ley 9, título 14, Partida 3, copia y simplifica la Romana. “Por tales palabras non debe el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera.”

En los discursos 25, 26 y 27 se trata de justificar la innovación ó escepción mencionada, apurando todos los recursos del ingenio y todos los encantos de la elocuencia.

La comisión prefirió mantener la legislación Romana y Patria, y no derogar la regla tutelar y conservadora de la sociedad, *pater est quem nuptia demonstrant*, sino en el caso de ser físicamente imposible la paternidad del marido; y ni el adulterio ni la confesión de la madre, ni la ocultación del parto constituyen esta imposibilidad.

Cierto es que las presunciones en contra-