

no son muchas y gravísimas, y por esto se las quiere elevar hasta el punto de constituir una imposibilidad moral; pero toda brecha que se abra en la regla indicada por simples presunciones, conmueve los cimientos del edificio social, fuera de que la madre no puede, ni por sus palabras, ni por sus obras despojar al hijo de la respetable é imponente calidad de legítimo que le da el matrimonio: puede ser hijo del marido; luego lo es: admitid una sola escepcion, bien pronto las pasiones aspirarán á otras. La ocultacion del parto no es mas que un reconocimiento, ó confesion tácita de que es ilegítimo; ¿y se quiere dar más fuerza á lo tácito que á lo espreso?

ARTICULO 103.

El marido podrá desconocer al hijo nacido trescientos dias despues que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separacion definitiva ó provisional prescrita en los artículos 81 y 91.

Sin embargo, la muger podrá proponer todos los hechos conducentes para probar la paternidad de su marido (1).

Es el artículo 309 Holandes con la adición, "De hecho" El 207 de la Luisiana dice: "La legitimidad del hijo, nacido trescientos dias despues de haberse pronunciado la sentencia de divorcio (separacion de cuerpo), podrá ser atacada, á menos que se pruebe que ha habido cohabitacion entre los dos esposos despues del divorcio, porque se presume que aquellos obedecieron á la sentencia que lo pronunció."

"Pero en el caso de separacion voluntaria, se presume siempre la cohabitacion si no se prueba lo contrario."

1. El marido podrá desconocer al hijo nacido despues de trescientos dias contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separacion definitiva por divorcio, ó la provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la muger, el hijo ó el tutor de este pueden sostener en estos casos la legitimidad.—Las cuestiones relativas á la filiacion y legitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de la dissolution del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona á quien perjudique la filiacion ó la legitimidad del hijo.—Arts. 317 y 319.—tít. 6º cap. 1, lib 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Se ha preferido el artículo Holandes por espresar que los trescientos dias corren desde la ejecutoria, aunque tal vez sea este mismo el espíritu del de la Luisiana.

El primero es mas razonable, porque admite todos los hechos conducentes á la prueba de la paternidad; el segundo la restringe á la cohabitacion.

El primero calla justamente sobre la separacion voluntaria, como que es inmoral é ilegal; el segundo la favorece en cierto modo, admitiendo sobre la cohabitacion otra prueba que la imposibilidad física.

Judicialmente y de hecho. Deben concurrir las dos circunstancias: con el *judicialmente* se excluye la separacion voluntaria; y no basta la providencia judicial hasta que de hecho haya tenido lugar la separacion.

Definitiva ó provisional: la razon es idéntica en ambos casos, y en ambos se presume que los esposos cumplieron con la sentencia ó auto de separacion.

Sin embargo, la muger podrá etc. La presuncion que acabo de indicar, basta al marido para desconocer al hijo, y le releva de toda otra prueba.

Pero la presuncion por regla general, debe ceder á la verdad, ó á otra presuncion mas fuerte; vé el artículo 1227: podrá, pues, la muger probar que á pesar de la sentencia ha habido comunicacion personal y reservada entre ella y su esposo.

Lo dispuesto aquí para el caso de separacion *provisional* en materia de divorcios debe aplicarse á la nulidad del matrimonio.

Entablado el pleito de nulidad, y realizada la separacion provisional, el hijo nacido trescientos dias despues de ella, podrá ser desconocido por el marido, si se declara válido el matrimonio, salvo á la muger el beneficio de este artículo.

Hay otra cuestion mas general. Contrajeron matrimonio dos que tenian impedimento dirimente, pero lo ignoraban los dos, ó al menos uno de ellos.

Muévese pleito sobre la nulidad de este matrimonio ¿Los hijos concebidos durante el pleito, y antes de ejecutoriarse la nulidad serán legítimos?

La ley 1; título 13, Partida 4, los declara legítimos, pero supone que no hubo separacion provisional: pueden verse las varias opiniones y distinciones sobre este caso en la glosa 6 de Gregorio López á la dicha ley.

Yo estaria simple y absolutamente por la legitimidad de los hijos, porque toda duda debe resolverse á favor de ella, y la ley lo declara así, *cuantos hijos fizieren entretanto que estubieren en esta dubda, serian legítimos:* con separacion ó sin ella, no habria mas que duda; la Comision opinó por su legitimidad únicamente si no la impugnaba el mismo marido.

ARTICULO 104

El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio:

1º *Si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa.*

2º *Si estando presente consintió que se espresara su apellido en la partida del nacimiento.*

3º *Si de cualquiera otro modo ha reconocido espresa ó tácitamente por suyo el hijo de su muger (1).*

El artículo 314 Frances admite los dos primeros números, y pone por número tercero: "Si la criatura no ha nacido de vida." Le siguen el 236 Napolitano, 209 de la Luisiana 155 Sardo, 164 de Vaud y 306 Holandes: el 155 Austriaco habla solo del número primero.

Dentro de los ciento ochenta dias. Segun el artículo 101 este hijo no se presume legítimo, ni puede serlo, puesto que no fué

1. El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio:—I. Si se probase que supo antes de casarse, el embarazo de su futura consorte: para esto se requiere un principio de prueba por escrito:—II. Si asistió al acta del nacimiento; y si esta fué firmada por él ó contiene su declaracion de no saber firmar:—III Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su muger.—IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.—Art. 318, tít. 6º, cap. 1, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

concebido en legítimo matrimonio: pero se entenderá legitimado por el subsiguiente matrimonio, si el padre no lo contradice ó desconoce.

Y no bastará para esta legitimacion el reconocimiento espreso ó tácito del padre si no concurren los términos hábiles del artículo 123. Supongamos que Pedro, á los cuatro meses de haber enviudado de Juana, casa con Maria, y que está libre al mes ó dos meses siguientes á la celebracion del matrimonio, por manera que no pasan seis meses y un dia desde que Pedro enviudó.

Este hijo no puede ser legitimado porque *fué fecho en adulterio*, ley 2, título 15, Partida 4; al tiempo de su concepcion Pedro, como casado con Juana, no podia casar con Maria: será, pues, inútil el reconocimiento espreso ó tácito de Pedro.

Número 1º: *Si supo:* porque se presume *juris et de jure* en este caso, que el padre contrajo el matrimonio para reparar la debilidad ó falta anterior, y que no habria consentido en él sin estar persuadido de que la muger llevaba en su vientre el fruto de sus amores recíprocos.

Pero es necesario que conste claramente la ciencia del marido: las reclamaciones íntimas de este con su muger antes del matrimonio no bastarian por sí solas á establecerla.

Número 2º En la partida de bautismo se consigna el estado civil del hijo: no se debe por lo mismo permitir al padre que venga despues contra este solemne é importante reconocimiento: vé el artículo 346.

Número 3º En una materia tan importante y delicada no debe admitirse una retractacion que lastimaria el honor de la madre y los derechos que por el reconocimiento espreso ó tácito habia adquirido ya el hijo. Este es uno de los casos en que *naturalmente, ninguna cosa que viva, non quiere apareceria*, la ley 1, título 14, Partida 2: el número tercero, si bien se mira, comprende y hace inútil al número segundo.

Se ha omitido por no necesario el caso de

los Códigos extranjeros. "Si la criatura no ha nacido de vida."

Segun el artículo 107, la tal criatura se reputa no nacida: ¿qué interés civil tiene, pues, el marido en desconocerla? ¿Y habrá de permitirse la malignidad de que lastime á tuerto ó á derecho el honor de su muger, á quien ni siquiera puede acusar de adulterio?

Quede, pues, sentado que si se ha omitido este caso especial ha sido tan solo por no creerse que haya un marido tan estúpido ó maligno que intente el desconocimiento de lo que en el orden legal no existió; si lo intentara, no debería ser oído, y así se establece por regla general en el artículo 108.

ARTICULO 105.

En todos los casos en que el marido puede contradecir la legitimidad del hijo, deberá hacerlo en juicio dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia de su nacimiento (1).

El 316 Frances señala el término de un mes, si el marido se encuentra en el lugar del nacimiento, y el de dos, si está ausente, ó despues del descubrimiento del fraude, cuando le ha sido ocultado el nacimiento. Sigue al Frances el 154 Sardo, 238 Napolitano, 166 de Vaud, 210 de la Luisiana y el 311 Holandes. El 158 Austriaco señala indistintamente tres meses despues de haber tenido conocimiento del hecho: el 7 Prusiano, título 2 parte 2, señala un año desde

1. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la legitimidad del hijo, deberá deducir su accion dentro de sesenta dias contados desde el nacimiento, si estaba presente: desde el dia en que llegue al lugar, si estaba ausente; y desde el dia en que descubra el fraude, si se le ocultó el nacimiento.—Si el marido está en tutela por causa de demencia, imbecilidad ú otro motivo que le prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercido por su tutor. Si este no lo ejerciere, podrá hacerlo el marido despues de haber salido de la tutela; pero siempre en el plazo ántes designado, que se contará desde el dia en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.—Cuando el marido, teniendo ó no tutor, ha muerto sin recobrar la razon, los herederos pueden contradecir la legitimidad en los casos en que podria hacerlo el padre.—Arts. 320 á 322, tit. 6º, cap. 1, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

que el marido supo el nacimiento del hijo.

Ha parecido preferible el pensamiento de los dos últimos Códigos en cuanto á que el término no empiece á correr en todos los casos sino desde que se tuvo noticia del nacimiento. Sin esta noticia no puede en ningun caso reclamar el marido, y teniéndola, no hay motivos de diferencia entre uno y otro caso.

Se ha abreviado el término de los Códigos Austriaco y Prusiano, porque en materia tan sensible nadie calla por mucho tiempo, y la incertidumbre del estado de los hijos no debe ser larga.

Si el marido, noticioso del nacimiento, dejase pasar el término legal, se entenderá que ha reconocido tácitamente al hijo; pero la reclamacion ó contradiccion deberá ser judicial: la legitimidad del hijo no debe quedar pendiente de lo vago é incierto de contradicciones privadas.

ARTICULO 106

Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demas casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamacion, pero dentro del término útil para hacerlo, los herederos tendrán dos meses para proponer la demanda, y este término comenzará á correr desde el dia en que el hijo haya sido puesto en posesion de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesion de la herencia (1).

1. Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demas casos, si el marido ha muerto sin hacer la reclamacion dentro del término hábil para hacerla, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta dias desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesion de los bienes del marido ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesion de la herencia.—Si la viuda contrajere segundas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 311, la filiacion del hijo que naciere, celebrado el segundo matrimonio, se establecerá conforme á las reglas siguientes:—1º Se presume que el hijo es del primer marido, si nace

El primer párrafo ó periodo del artículo se aparta del 317 Frances, copiado en el 115 Sardo, 239 Napolitano, 211 de la Luisiana, y 167 de Vaud, que hablan en general de todos los casos en que pudo reclamar el marido.

La diferencia de nuestro artículo se funda en que el hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias puede ser del marido, y las mas veces lo será, como que esto suele dar ocasion al matrimonio. Si el marido murió antes del nacimiento, ¿quién podrá descender el velode un misterio sabido únicamente por él y por su muger? Si murió despues del nacimiento, pero antes de espirar los dos meses, sin haber reclamado, seria tan inhumano como inmoral arrojar el escándalo y el oprobio sobre una esposa y un hijo contra los que nada habia dicho el esposo y padre.

El segundo párrafo ó periodo de nuestro artículo está conforme con los extranjeros ya citados. El 313 Holandes solo concede accion á los herederos cuando fué físicamente imposible la cohabitacion del marido y de la muger, segun nuestro artículo 101.

Los 7, 14 y 15 Prusianos, título 2, parte 2, dicen: "Solo el marido puede atacar la legitimidad del hijo. Los parientes no tienen esta facultad sino para continuar la accion

dentro de los ciento ochenta dias inmediatos á la muerte de este. El que niegue la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido:—2º Se presume que es hijo del segundo marido, si nació despues de doscientos diez dias contados desde la celebracion del matrimonio.—El desconocimiento de un hijo, de parte del marido ó de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo acto de desconocimiento, practicado de otra manera, es nulo.—En el juicio de contradiccion de la legitimidad serán oídos la madre y el hijo, á quien si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.—Arts. 323 á 326, tit. 6º, cap. 1, lib. 1º cód. civ. vigente.

La comision dice que ha establecido las reglas del juicio sobre desconocimiento y las concernientes para el caso de que la muger contraiga matrimonio dentro de los trescientos dias siguientes á la muerte del primer marido y tenga sucesion; porque en este caso, puede abusarse de mil maneras en perjuicio de los legítimos herederos del primer marido.—N. de los EE.

Tom. I.

del marido, muerto antes de la sentencia definitiva, ó cuando ha muerto antes de espirar el año desde el nacimiento del hijo."

Segun el 17 los llamados á la sucesion de un feudo pueden impugnar la legitimidad del hijo, aun contra la voluntad del marido, escepcion que convendria adoptar si revivieran los mayorazgos.

En los demas casos. Son los del párrafo segundo del artículo 101 y del 103, cuando el hijo nació trescientos dias despues de la imposibilidad física, ó de la disolucion del matrimonio ó de la separacion judicial y de hecho.

Si el marido ha muerto. Esta disposicion no puede estenderse al caso de declaracion de ausencia, pues los artículos 318 y 323 hablan solo de derechos sobre los bienes del ausente. Pero no importa que el marido haya muerto antes del nacimiento del hijo, ó despues en tiempo útil para reclamar.

Los herederos: porque representan al marido difunto y le suceden en todas sus obligaciones, derecho y acciones: los parientes del marido que no le heredan no podrán intentar esta accion.

Dos meses: la legitimidad de los hijos no puede quedar incierta por largo tiempo.

Desde el dia, etc., ó desde que: porque desde entonces únicamente tienen interés los herederos en impugnar la legitimidad del hijo.

Se vean turbados: judicial ó estrajudicialmente, como si el hijo por sí, ó por su tutor, ha notificado á los herederos sus pretenciones á la legitimidad, y por consiguiente á la herencia del difunto.

ARTICULO 107.

Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales (1).

1. Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de este periodo de tiempo fuere presentado vivo al registro civil, se tendrá como nacido.—Art. 327, tit. 6º, cap. 1, lib. 1º cód. civ. vigente.

17.

El artículo 725 Frances se limita á decir que no puede heredar el hijo que no ha nacido viable, de vida. Le siguen el 146 Napolitano, 512 de Vaud, el 22 Austriaco, capítulo 3, parte 2; el 705 Sardo añade que se presume viable el que se pruebe haber nacido vivo; los 3 y 183 Holandeses, aunque menos claros: porque el 3 solo dice: "El hijo que no nace vivo, se reputa no haber existido nunca." El 28 de la Luisiana dice lo mismo que el 3 Holandés; el 2 Bávaro, capítulo 3, libro 1: "No se presume viable el hijo sino cuando la madre ha librado (á terme) en el tiempo legal;" el 948 de la Luisiana: "Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante;" y el 917 del mismo Código; "La existencia del hijo nacido vivo se determina por su respiración, ó sus vagidos, ó por otros signos."

Se vé, pues, que ninguno de los Códigos citados ha fijado reglas sobre la época de la viabilidad. Dícese, para justificar esta omisión, que no pueden darse reglas bastante seguras y precisas, porque los misterios de

La comisión dice que en este artículo se decide quien debe ser considerado como nacido para los efectos legales; porque aunque en las primeras condiciones no hay dificultad, en la última varían notablemente los códigos y los expositores; declarando unos que basta un momento de vida y exigiendo otros mas ó menos tiempo, que se ha exajerado hasta el de diez días. Si la cuestión se examina bajo el punto de vista material, no hay duda en que basta un instante de vida; puesto que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento. Pero como es tan difícil señalar ese instante; y como muy frecuentemente la muerte de los niños acabados de nacer depende de la dificultad del parto, es muy probable que concentrada la atención de la familia en el peligro de la madre, no pueda fijarse debidamente el momento que vivió el niño. Y como en estos casos se atraviesan cuestiones entre los colaterales y extraños, son muy fáciles el abuso, el cohecho y aun otros delitos. Pareció, pues, á la comisión muy prudente el término señalado en las leyes de Toro; porque durante veinticuatro horas disminuyen extraordinariamente los peligros indicados. Y deseando limitar mas el término y fijar una base enteramente auténtica, añadió: que si dentro de veinticuatro horas, el niño es presentado vivo al registro civil, se tendrá por nacido para los efectos legales.—N. de los EE.

la naturaleza son impenetrables, y que es preferible dejar las diversas cuestiones, que puedan suscitarse en esta materia, al juicio de los tribunales, que se decidirán segun los hechos y circunstancias particulares.

La legislación Romana es mas minuciosa, al paso que se contenta con que el hijo nazca vivo, aunque no sea viable ó de vida, aunque muera al momento.

Qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur. Ley 129 de *Verborum significatione*.

"Non sunt liberi, qui contra formam humani generis, converso more, procreantur: veluti si mulier monstrosam aliquid, aut prodigium enixa sit.

Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, inter liberos connumerabitur: Ley 14, título 5, libro 1 del Digesto y 135 de *verborum significatione*.

Filium natum accipe, et si execto ventre editus sit, ley 12, título 2, libro 28 del Digesto y 41 de verborum significatione: uxoris abortum testamentum mariti non solvit: posthumo vero præterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui rumpum juris evidentissime est, ley 2, título 29, libro 6 del Código. Si vivus ad orbem totus procesit, ad nullum declinans monstrum; vel prodigium. Si vivus perfecte natus est licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus opstetricis decesit, nihilominus testamentum rumpi. Ley 3 idem.

Las leyes de Partida estaban conformes en todo con las Romanas que acabo de copiar: vé las 3 y 5, título 23, Partida 4; 20, título 2, Partida 6, y 8, título 33, Partida 7.

Pero la ley 17, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, habia exigido que la criatura viviese diez días y fuese bautizada; la 3 título 6, libro 3 del Fuero Real, se habia limitado á solo el bautismo; y últimamente la 3 de Toro, hoy recopilada 2, título 5, libro 10, por evitar muchas dudas y fijar esta materia, ordenó que para no ser tenido por abortivo el parto ó hijo, habia de nacer todo vivo en tiempo que podia vivir naturalmente; vivir veinte y cuatro horas naturales y ser bauti-

zado: lo del tiempo se refiere á los siete y diez meses de que se habla en la ley 4, título 23, Partida 4.

Por la 52 de las Cortes de Navarra se exige el bautismo y haber vivido veinte y cuatro horas; las Cortes no habian pedido sino doce.

La Comisión creyó que este importantísimo punto para la materia de herencias no debia pender de un solo instante de vida, como lo establecieron las leyes romanas y de las Partidas: no nacer viable ó de vida, viene á ser á los ojos del legislador lo mismo que no nacer ó nacer muerto.

Creyó tambien contra los Códigos modernos que debian fijarse reglas ciertas para la viabilidad. ¿Cómo dejar las herencias en la incertidumbre, dar ocasion á un pleito en cada caso, y á fallos encontrados en diferentes y aun en los mismos tribunales, con mengua del legislador y de los jueces? Cuando no pueda llegarse á la seguridad y precisión es preciso atenerse á lo más comun y verosímil, como se establece para los casos del artículo 101.

Prefirió, pues, conservar en su fondo la verdadera legislación española que es en todo la de los Fueros; omitió el bautismo, como extraño á las leyes físicas y á los efectos civiles, y dobló el número de horas.

A decir verdad, debia parecer suficiente el de veinte y cuatro señalado en la ley de Toro que formaba el último estado; pero habia en el seno de la Comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho á la familia del padre ó madre difuntos esta súbita trasmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura veinte y cuatro horas, y pretendian prolongarla mucho mas allá de los diez días del Fuero Juzgo; el término de cuarenta y ocho horas fué como una especie de transacción: de todos modos, si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento será siempre arbitrario.

Para los efectos legales: sobre herencias: en este sentido han hablado todos los Códigos antiguos y modernos.

Desprendido enteramente. Hasta que esto suceda, no se tiene, ni puede tenerse por nacido; pero no importa que suceda naturalmente, *exsecto ventre, exciso utero matriz editus sit*, despues de muerta esta, leyes 12, título 2, libro 28, y 141, título 16, libro 50 del Digesto.

Con figura humana; segun lo disponian las 12, 14, título 5, libro 1, y 135, título 16, libro 50 del Digesto, la 5, título 23, Partida 4 y la 8 título 33, Partida 4; como si oviessen cabeza ó otros miembros de bestia: la ampliación ó mengua de miembros humanos no empece segun las mismas leyes.

ARTICULO 108.

En ningun caso podrán el marido ni sus herederos proponer la demanda de ilegitimidad, si falta cualquiera de las circunstancias determinadas en el artículo anterior. (1).

Viene á ser el tercer caso del artículo 314 Frances seguido por los extranjeros que he citado en el nuestro 104: al final del mismo tengo dadas las razones del presente artículo.

CAPITULO II.

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS.

ARTICULO 109.

La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de bautismo, y en su defecto, por la posesion constante del estado de hijo legítimo. (2).

1. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca y por nadie podrá entablarse demanda de legitimidad.—No puede haber sobre la filiación legítima ni transacción ni compromiso en árbitros.—Esta prohibición no quita á los padres la facultad de reconocer á sus hijos; ni á los hijos mayores la de consentir en el reconocimiento.—Puede haber transacción ó arbitramento sobre los derechos pecuniarios, que de la filiación, legalmente declarada, pudieran deducirse; sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo legítimo.—Arts. 328 á 331, tit. 6º cap. 1. lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento; y en su defecto, por la posesion constante del estado de hijo legítimo.