

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.

Creó 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.

El Código de la Luisiana da á su seccion 2, capítulo 2, el epígrafe "De la manera de probar la filiacion legítima;" los demas Códigos siguen el epígrafe Frances, como el nuestro: el Holandés trata de esto en una seccion, que como nuestro capítulo anterior, lleva el epígrafe "De los hijos legítimos."

El artículo ha sido tomado de los 319 y 320 Franceses, 212 y 213 de la Luisiana, 241 y 242 Napolitanos, 158 y 159 Sardos, 168 y 169 de Vaud, 316 y 317 Holandeses. El artículo 9 Bávaro, capítulo 4, parte primera, dice: "Son admitidas todas las pruebas para establecer la paternidad, la filiacion y el parentesco natural."

La filiacion. No debe confundirse la *filiacion con la legitimidad*: la primera es la simple calidad de hijo, que puede ser legítima para el nacido en matrimonio, é ilegítima para el nacido fuera de él.

No es, pues, la legitimidad mas que un atributo de la filiacion, y para probarla es necesaria al hijo la partida del matrimonio de sus padres, segun el artículo 98, y habiendo muerto estos, dar la prueba del artículo 100: este pensamiento se halla espresamente consignado en el artículo 117, final de este capítulo.

Aquí se trata solo de los medios de probar la filiacion, porque se supone que un hijo se presenta á dos esposos legítimamente casados, pretendiendo haber nacido de su matrimonio.

Por la partida de bautismo: pues que hace fé en juicio segun el artículo 346 y contiene no solo el nacimiento del hijo, sino la declaracion de su filiacion segun los 350 y 356: es, por decirlo así, el pasaporte y sello

gítimo; pero si se cuestiona la validez del matrimonio de los padres, debe presentarse el acta de matrimonio sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 334.—Si se afirma que el hijo nació despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio, la parte que afirma debe probar.—Arts. 332 y 333, tit. 6º, cap. 2º, lib. 1º cód. civ. vigente.

Escusamos poner aquí el artículo 334 á que se refiere la presente nota, por haberlo puesto ya en la que obra á fojas 91 de este tomo.—N. de los EE.

social con el que el hombre entra en el mundo y emprende el viaje de la vida.

Pero si al que presenta la partida de bautismo se le negare la identidad de la persona á que se refiere aquella, estará obligado á probarla, aunque podrá hacerlo por testigos, instrumentos, etc.

En su defecto la posesion constante, etc. Está conforme con lo dispuesto en la ley 9, título 4, libro 5 del Código *Si vicinis, vel aliis scientibus: quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes facte sunt, etc.*

Pueden no haber existido los registros, ó haberse perdido; puede haberse omitido, ó falsificado en ellos la partida de nacimiento; todo esto puede haber sucedido por casualidad ó fuerza mayor, por negligencia ó malicia.

El artículo 347 ha previsto este caso; pero no ha entrado en su objeto el estatuir sobre todos los medios admisibles y legítimos para restablecer el estado de los hijos.

La posesion es el goce público que todo individuo puede tener del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia.

No resulta, pues, de un hecho solo y aislado, sino de muchos hechos públicos encadenados y repetidos todos los dias, viniendo de este modo á formar la mas sólida y ménos dudosa de las pruebas.

Así la posesion pública y constante del estado del hijo legítimo reemplaza naturalmente la falta de la partida de nacimiento, y es por lo comun mas significativa que esta: por de contado aleja en todos los casos la cuestion sobre la identidad de la persona.

Síguese igualmente de lo dicho que esta misma posesion puede conducir á la reforma ó rectificacion, cuando hubo error ó fraude en los registros.

ARTICULO 110

La posesion de estado de hijo legítimo se acredita por una reunion de circunstancias que concurran á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre, con anuencia

de este, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público. (1).

321 Frances, 243 Napolitano, 214 de la Luisiana, 159 Sardo, 170 de Vaud; el 317 Holandés difiere algo de ellos.

Reunion de circunstancias. Ya he dicho que la posesion no resulta de un hecho solo y aislado; pero tampoco es necesario que se reunan todas las circunstancias ó hechos propuestos por via de ejemplo en el artículo; antes bien es evidente que hay entre ellos algunos que, siendo continuos y manifiestos, pueden por sí solos completar la demostracion sin el auxilio de ningun otro.

Tales como. Estas palabras dan á entender claramente que las circunstancias ó hechos del artículo se proponen como ejemplos y para ilustrar el ánimo del juez, no *taxativamente*, y para hacer pender de ellos solos la prueba de la posesion de estado: en toda la materia de este artículo se deja, y no podia ménos de dejarse, la conveniente latitud al arbitrio judicial.

Y para probar por testigos la posesion de estado, no es necesario que haya un principio de prueba por escrito, pues el artículo 12, que requiere esta circunstancia, habla precisamente del caso de no probarse la filiacion por la partida de bautismo, ó por la posesion de estado.

1. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo legítimo de otro por la familia de este y en la sociedad, quedará probada la posesion de estado de hijo legítimo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:—1º Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre con anuencia de este:—2º Que el padre le haya tratado como á su hijo legítimo, proveyendo á su subsistencia, educacion y establecimiento.—Art. 335, tit. 6º cap. 2º, lib. 1º cód. civ. vigente.

La comision dice que el capítulo 2º establece las pruebas de la filiacion legítima, que consisten en la acta de nacimiento y la posesion constante de hijo legítimo; y que como esta segunda puede dar lugar á varias interpretaciones, creyó útil señalar las condiciones que para ella se requirieren y que marcan claramente el caso en que una persona puede sostener su estado de hijo legítimo de otra.—N. de los EE.

ARTICULO 111.

Nadie puede reclamar un estado contrario al que resulte de su partida de nacimiento, si esta guarda conformidad con la posesion de estado; y ninguno puede impugnarlo en el mismo caso. (1).

322 Frances, 244 Napolitano, 163 Sardo, 171 de Vaud, y 318 Holandeses.

El título ó partida de nacimiento y la posesion de estado constante, pública y conforme con él, fijan irrevocablemente el estado de la persona: ni esta puede pretender otro, ni nadie disputarle el que disfruta: la partida prueba el nacimiento y filiacion legítima; la posesion asegura la identidad de la persona.

Una sola escepcion puede encontrarse á la regla general de este artículo, á saber: la suposicion de parto y la sustitucion de un niño por otro, delitos previstos en el artículo 382 del Código penal, porque entonces flaquearia la identidad de la persona.

Téngase tambien presente mi observacion al artículo 99 en las palabras *ser impugnado* el hijo de padres, que contraen matrimonio sabiendo que media entre ellos un impedimento dirimente, será ilegítimo á pesar de la partida de bautismo y de la posesion de estado de hijo legítimo.

ARTICULO 112

A falta de los medios de justificacion espresados en los artículos precedentes, ó si en la partida bautismal hay alguna falsedad ó omision en cuanto á los nombres de los padres, puede acreditarse la filiacion por testigos, siempre que haya un principio de prueba por escrito, ó indicios fundados en hechos que consten des-

1. Estando conforme el acta de nacimiento con la posesion actual de estado de hijo legítimo, no se admite accion en contra, á no ser que el matrimonio sea declarado nulo por mala fé de ambos cónyuges.—Cuando el hijo no está en posesion de la filiacion legítima, y la pretende, debe acreditar.—I. El matrimonio de la madre con la persona de quien pretende ser hijo legítimo.—II. El nacimiento durante el tiempo del matrimonio ó dentro de los trescientos dias siguientes á su disolucion.—III. La identidad personal con el hijo nacido del matrimonio de que se trata.—Arts. 336 y 337, tit. 6, cap. 2º, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.