

bunales civiles, puesto que eran las únicas de verdaderos efectos; pero nosotros creemos que hoy debe tener aplicación este principio y regla á las ejecutorias de nulidad dictadas por los tribunales eclesiásticos en los asuntos de su exclusiva competencia, y nos fundamos para esto en que la ley del Registro no distinguía de matrimonios, y el ánimo del legislador era hacer extensiva esta obligación á todas las ejecutorias que produjeran *efectos civiles*, como hoy los producen las dictadas por la jurisdicción de la Iglesia.

En cuanto á la segunda parte, esto es, á la obligación que tenga el tribunal sentenciador de poner su fallo en conocimiento del encargado del registro, este precepto es comun al matri-

monio canónico y al civil, como veremos en su lugar (1).

Antes de terminar esta materia queremos consignar aquí que el matrimonio nulo puede convertirse en válido y legítimo en alguna ocasión, como si despues de celebrado desaparece el impedimento en que consistía el vicio de nulidad. Así en el ejemplo que pone Escriche, si un hombre contrae segundo matrimonio con una mujer viviendo la primera, este segundo matrimonio, nulo en virtud del impedimento, se hace válido si muerta la primera mujer quiere la segunda (que ignoraba el impedimento) continuar en la vida matrimonial. (Ley 19, tit. II, Partida 4.ª)

(1) Tit. XIII, cap. III, art. 140.

TITULO V

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS HIJOS LEGITIMOS

Artículo 180.—Se presumirán hijos legítimos los nacidos despues de los ciento ochenta días siguientes á la celebracion del matrimonio, y ántes de los trescientos siguientes á su disolucion ó á la separacion de los cónyuges.

Contra esta presuncion no se admitirá otra prueba que la de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

ORIGENES

Ley 9.ª, tit. XIV, Partida 3.ª
Ley 4.ª, tit. XXIII, Partida 4.ª
Art. 56 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 312 Cód. Francia.—305 Holanda.—138 Austria.—159 y 160 Italia.—101 Portugal.—162 Vaud.—19 Prusia.—103 Luisiana.—Ley 6.ª, tit. VI, lib. I, y ley 12, tit. V, lib. I, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Junio 1848.
Sent. 28 Junio 1852.
Sent. 28 Abril 1858.

COMENTARIO

Uno de los efectos de mayor importancia en el matrimonio es la legitimidad de los hijos.

Son hijos legítimos:

- 1.º Los nacidos de matrimonio *válido*.
- 2.º Los nacidos de matrimonio *nulo*, con tal que ambos cónyuges ó uno á lo ménos lo contrajeran de buena fe.
- 3.º Los legitimados por subsiguiente matrimonio.

4.º Los nacidos de matrimonio puramente canónico, en la época en que estos matrimonios no producian efectos civiles.

La legitimidad es fecunda en resultados, como tendremos ocasion de examinar en diversos lugares, y como ya hemos visto al hablar de la obligación de dar alimentos.

Mas para que un hijo nacido dentro del matrimonio pueda ser considerado como legítimo, es preciso que reuna ciertas y determinadas condiciones; tales son las exigidas por el artículo que comentamos, faltando las cuales la ilegitimidad se presume sin necesidad de ulteriores pruebas.

Quién sea el padre de un niño no es cosa demostrable exactamente. Los misterios de la generacion son insondables para la ciencia: no ha hallado ésta medio alguno que pueda comprobar la paternidad. En este caso ha sido preciso sentar una presuncion: «el padre de un niño es el que debe serlo legalmente.» *Pater est quem justæ nuptiæ demonstrant* (1), dice el Derecho Romano.

Contra esta presuncion caben dos pruebas únicamente:

- 1.ª Que el nacido lo sea ántes de los 180 días siguientes á la celebracion del matrimonio ó

(1) Ley 5.ª, tit. IV, lib. II, Digesto.

después de los 300 de su disolución ó separación de los cónyuges.

2.ª La imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Para que el hijo se repunte legítimo es preciso, no que nazca en el matrimonio, sino del matrimonio; así, uno que nazca estando su madre casada, no será legítimo si no reúne además las circunstancias del primer párrafo del artículo.

Pero ¿cuándo podemos afirmar que nace del matrimonio? Esta cuestión pertenece toda entera á la medicina legal y queda reducida á estos términos: será legítimo el que nazca ántes del tiempo mínimo de gestación y el nacido ántes del tiempo máximo señalado para la misma, á contar, en el primer caso, desde la fecha del matrimonio, y en el segundo desde su disolución.

Cuál sea este tiempo, entendemos que no es cosa tan absoluta que pueda fijarse sin posibilidad de equivocación, ántes al contrario en más de una ocasión el caso práctico ha desmentido las observaciones de la ciencia.

El Derecho Romano establecía que: *de eo autem, qui centesi motocogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit... justo tempore videre natum...; septima mense nosci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi Hippocrates; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse* (1), y las Partidas han repetido: *que la criatura que naciere fasta en los siete meses, que solo que tenga su nacimiento un dia del septeno mes es cumplida e vividera. E debe ser tenuta por legitima del padre e de la madre que seran casados e vivian en uno a la sazón que la concibió.*

Como se ve, confúndese aquí la viabilidad con la legitimidad, pareciendo como que son una cosa misma, cuando en realidad es posible una criatura viable ilegítima, y una legítima no viable.

En cuanto al tiempo máximo, *post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitiman hereditatem*, decía el Derecho Romano; *si la nascencia de la criatura tañe un dia del oncenno mes despues de la muerte del padre, no*

(1) Ley 3.ª, párr. 12, tít. XVI, lib. XXXVIII, y 12, tít. V, lib. I, Digesto.

debe ser contada por su hijo, añade la ley de Partida.

De modo que el hijo nacido ántes de aquel plazo ó despues de éste, no se reputa engendrado en el matrimonio, ni por lo tanto resultado de él.

Sin embargo, el nacido ántes de los 180 días de celebrado el matrimonio, será tenido como legítimo en tres casos: 1.º, si el marido tuvo conocimiento de la preñez anterior al matrimonio, porque no es de suponer que se hubiera casado á sabiendas con una mujer embarazada de otro; 2.º, si reconoce por su hijo al nacido, y 3.º, si el nacido ántes de los 180 días era abortivo, esto es, de organización bastante imperfecta por no haber tenido 180 días de gestación.

Cuando una viuda queda en cinta, el hijo ha de nacer ántes de los 300 días siguientes á la muerte del marido para que pueda considerarse como legítimo: mas aunque nazca despues, se considerará como legítimo, si la viuda, apénas acaecida la muerte de su marido se apresuró á poner en conocimiento de los parientes del mismo su estado de preñez, á fin de que éstos puedan tomar las precauciones necesarias para evitar el fraude; en cuyo caso, justificada la preñez á la época de la muerte del marido, será legítimo el hijo aun cuando nazca despues de los 300 días.

Escriche suscita una duda que vamos á transcribir.

Sucede,—dice,—no pocas veces que apénas ha fallecido el marido, cuando ya la viuda presurosa corre á segundas nupcias, y ántes de los diez meses desde el fallecimiento, pare un hijo que segun las reglas relativas á la duración posible de la gestación, puede suponerse fruto tanto del primer matrimonio como del segundo. Supongamos, por ejemplo, que la mujer se vuelve á casar un mes despues de la muerte de su marido y que pare á los siete, á los ocho y aun á los nueve de la celebración del segundo matrimonio: ¿á cuál de los dos maridos habrá de atribuirse la paternidad? ¿Al primero ó al segundo?

De muy diversos modos se ha procurado solventar esta grave dificultad. Unos piensan que este hijo, de origen dudoso, pertenece á los dos maridos: que debe ser mantenido y criado por ambos, y que tiene derecho á la sucesión del uno y del otro, como si fuese posible ser hijo de dos padres.

Otros dan al hijo que llega á la edad de la razón, la facultad de elegir por padre al prime-

ro ó al segundo marido de su madre, segun más le acomode; y así se halla ordenado en las leyes inglesas. Pero semejante sistema es contrario á la naturaleza de las cosas y al espíritu de las leyes. La paternidad es obra de la naturaleza y no efecto del capricho ni de los cálculos de la vanidad ó del interés. En el orden de la naturaleza el padre se da un hijo; y en este sistema el hijo se daría un padre, de modo que el efecto produciría la causa.

Hay quienes pretenden que, vista la incertidumbre de la filiación, no debe pertenecer el hijo á ninguno de los dos maridos, ni ser admitido á la sucesión del uno ni del otro. Mas ¿cómo desconocer y desechar así á un hijo que pudo ser concebido durante un matrimonio legítimo, sea el primero ó el segundo, y que seguramente nació bajo el velo de uno de ellos?

No faltan quienes juzguen que debe estarse al dicho de la madre, ni quienes prefieran la decisión de la suerte: Bartolo impugna aquella opinión y ésta no merece que nos detengamos en ella.

Algunos recurren á la semejanza y atribuyen el hijo á aquel de los dos maridos á quien más se parezca física ó moralmente; pero si la naturaleza reproduce alguna vez en los hijos los rasgos, las inclinaciones, la complexión, el carácter, el genio y los talentos de los padres, los hace con más frecuencia desemejantes en todas estas relaciones.

Sostienen muchos que debe darse el hijo al segundo marido, cuando se presume que el primero, por su edad demasiado avanzada ó por la enfermedad que le llevó al sepulcro, no pudo haber cohabitado con su mujer en los últimos tiempos de su vida. Y todavía se empeñan varios en que, no sólo en el citado caso de enfermedad ó decrepitud del primer marido, sino aun en el de haber muerto repentinamente en la flor de su edad es más conforme á los principios del Derecho que el segundo se cargue con el hijo, ya porque efectivamente puede mirarle como suyo en habiendo llegado la gestación al sétimo mes del matrimonio, ya porque no deja de inspirar ciertas sospechas aquel intempestivo apresuramiento por casarse, segun las observaciones de los canonistas *in cap. cum haberet de eo qui duxit in matrimonium quam pollutit adulterium*.

El juriconsulto Carranza, en su obra titulada *Disputatio de vera humani partus naturalis et legitimi designatione*, despues de sentar que el parto más regular y perfecto es el que sucede

al principio del décimo mes, luégo el que se verifica en el noveno, despues el del sétimo y por fin el octavo, establece las reglas siguientes: El hijo,—dice,—que para el primer marido es decimestre (ó sea diezmesino), y para el segundo es nonomestre ó septimestre (ó sea nueve y setemesino), debe pertenecer al primero; y lo mismo ha de decirse si para el primero fuere nonomestre y septimestre ú octomestre, para el segundo. Si siendo setemesino para los dos lo fuere para el primero de doscientos diez días poco más ó ménos, y para el segundo de ciento ochenta solamente, debe presumirse hijo del primero. Lo contrario habrá de juzgarse si siendo diezmesino para ambos, lo fuere de trescientos días poco más ó ménos para el primero y de doscientos ochenta ó dos ó tres días más ó ménos para el segundo, pues entónces á este último es á quien debe darse, como igualmente en el caso de que sea octomesino para el muerto y setemesino para el vivo. Finalmente, si con respecto al primer marido fuere oncesmesino, y con respecto al segundo diezmesino, el segundo será indudablemente quien deba ser tenido por padre.»

Escriche sigue una opinión muy parecida á ésta, y dice... «Verificándose el parto en el octavo ó en el noveno mes de su segundo matrimonio, es más fuerte la presunción de paternidad á favor del segundo marido, principalmente si podía sospecharse que el primero, por vejez, ausencia ó enfermedad no había cohabitado con su mujer en los últimos momentos de su existencia. En igualdad de circunstancias parece que debe atribuirse el hijo al segundo marido, quien tiene además en su favor el hecho de haber acaecido el nacimiento en su matrimonio.»

Hemos dicho que la segunda prueba que puede hacerse contra la legitimidad del nacido consiste en la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los 120 días primeros de los 300 que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

Esta imposibilidad física puede consistir en la ausencia del marido, por impotencia ó por enfermedad.

La ausencia está aceptada por todos los Códigos como causa de ilegitimidad. A la ausencia se equipara la separación ó incomunicación de los cónyuges, como si alguno de ellos estuviere preso, de tal modo que no pueda tener acceso con el otro; mas en este caso deben ser muy previsoros los tribunales.