

La impotencia para la procreacion cabe dentro de las palabras de nuestra ley. Sin embargo, el Código francés (art. 313) dice que el marido no puede, alegando su impotencia natural, desconocer al hijo, y Duveyrier explica este artículo diciendo, que «no se concibe sin repugnancia el cinismo imprudente del hombre que se atreviera á descubrir su impotencia y su infamia para deshonorar á su compañera y su víctima al mismo tiempo, porque es de observar que en este caso la mujer habria sido la primera víctima de ese hombre impotente, que se ha presentado al matrimonio con todas las esperanzas de la paternidad.»

Nuestras leyes, inspiradas en el Derecho Romano (1), admiten la impotencia física como prueba de ilegitimidad de la prole.

El Código portugués (art. 105) no admite la impotencia posterior como causa de ilegitimidad. El italiano (art. 164) dice que el marido no puede negarse al reconocimiento del hijo alegando impotencia, á no ser que se trate de impotencia manifiesta.

El Código bávaro admite (art. 9.º, cap. IV, part. 1.ª) la impotencia. Y los Códigos de Holanda y de Vaud concuerdan con el art. 313 francés.

Tal es lo más esencial que hemos creído necesario consignar como comentario al importante artículo de que nos hemos ocupado.

En los artículos siguientes se desenvuelve esta doctrina.

Artículo 181.—El hijose presumirá legítimo aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad ó hubiere sido condenada por adúltera.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tit. XIV, Partida 3.ª
Art. 57 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Ley 11, párr. 9.º, tit. V, lib. XLVIII, Digesto.—Ley 29, párr. 1.º, tit. III, lib. XXII, Digesto.

COMENTARIO

«El misterio, —dice la exposicion de motivos de la ley, —en que se envuelve la generacion,

(1) *Mihi videtur si constet maritum aliquandiu cum uxore enim concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa: vel si a valetudine paterfamilias fuit, est generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, Altum non esse.*—Ley 6.ª, tit. VI, lib. I, Digesto.

misterio que la misma madre no puede penetrar; el peligro de que el marido ofendido en su honra pudiera abusar de la debilidad de su mujer culpable, arrancándole una confesion que no se podia saber si tenía de verdadera más que el reconocimiento de la falta cometida, y el derecho sagrado del inocente hijo, cuyo estado civil no debe hallarse á merced de las pasiones de sus padres, son las razones que justifican esta disposicion.»

«*Non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur infanti præjudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse* (1). *Nec obsit professio a matre irata facta,*» dice el Derecho Romano.

Y la ley de Partida, confirmando esta doctrina, repite: «Si pudiere ser probado por los vecinos del lugar que el fijo de alguna muger que dijese tales palabras como sobredichas son, naciera de ella, seyendo casada con aquel marido, e non habiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiesen verdaderamente, segun natura, sospechar que el fijo fuera dotri, por tales palabras que el padre ó la madre dijessen, non debe el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera.»

Segun, pues, lo que se dispone en nuestras leyes, de conformidad con todos los precedentes, el adulterio no es causa bastante para suponer la ilegitimidad del nacido, y ni aun lo es el adulterio unido á la confesion de la mujer, porque esta declaracion es tenida como insensata, hija de la locura ó del odio, y que de ninguna manera puede perjudicar al hijo.

La declaracion de la madre no es sólo una confesion que á ella perjudique, sino que daña al nacido; por eso esta confesion, que podrá ser suficiente para declarar probado el adulterio, no lo es para declarar la ilegitimidad, contra la que no se admiten más excepciones que las enumeradas en el comentario anterior.

La madre podrá pretender arrastrar consigo al hijo cuando ella se deshonorra, pero la ley no lo consiente de ninguna manera.

Artículo 182.—Se presumirá ilegítimo el hijo nacido en los ciento ochenta días siguientes á la celebracion del matrimonio, á no ser que concurriese alguna de las circunstancias siguientes:

(1) Ley 11, párr. 9.º, tit. V, lib. XLVIII, y Ley 29, párr. 1.º, tit. III, lib. XXII, Digesto.

Primera. Haber sabido el marido ántes de casarse el embarazo de su mujer.

Segunda. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiere dado á luz.

Tercera. Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado trascurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamacion.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tit. XV, Partida 4.ª
Art. 58 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 314 Cód. Francia.—309 Holanda.—102 Portugal.—161 Italia.—155 Austria.—164 Vaud.—209 Luisiana.

COMENTARIO

En uno de los precedentes artículos hemos dicho que era legítimo el nacido despues de los 180 días siguientes á la celebracion del matrimonio, de lo cual se inferia lógicamente que el nacido ántes de este tiempo no podia gozar de la consideracion de legitimidad. Este es el principio general. Mas luégo hay excepciones perfectamente justificadas, como se ve en este artículo.

De estas excepciones, algo hemos dicho en los artículos anteriores. Si el marido conoce ántes de contraer matrimonio que su mujer se halla en cinta, lo presumible es que sea suyo el hijo: de otro modo, no se comprende que consumara el matrimonio.

Lo mismo decimos si ha consentido, estando presente, que se pusiera su apellido al nacido al extenderse la partida de nacimiento, ó si expresa ó tácitamente lo ha reconocido por suyo.

Contra la legitimidad del nacido ántes de los 180 días siguientes á la celebracion del matrimonio, cuyo padre tenía conocimiento del embarazo anterior al matrimonio, ¿podrá alegarse la imposibilidad física para tener acceso con la madre, en los términos que dejamos consignados en el artículo? ¿Podrá el marido desconocer al nacido ántes de los 180 días, cuando él tenía conocimiento del embarazo anterior al mismo matrimonio, alegando para ello la impotencia, la ausencia ó la enfermedad?

A nuestro entender, el solo hecho de haber

conocido el embarazo anterior al matrimonio, no hace al nacido de mejor condicion que al que nace despues de los 180 días, contra la legitimidad del cual se admite la prueba ántes indicada, áun cuando conste que el marido conocía el embarazo de su mujer.

Mas cuando lo ha reconocido por suyo expresa ó tácitamente ó ha consentido que se le pusiera su apellido ó ha dejado trascurrir dos meses á contar desde que tuvo noticia del nacimiento sin hacer reclamacion ninguna, entónces la presuncion de legitimidad se convierte en certeza, y contra ella no será admisible alegacion ni prueba de ninguna clase.

¿Qué deberá entenderse por estar presente el marido? Puede esta palabra hacer referencia á dos cosas: ó á la ausencia del lugar ó pueblo del nacimiento, ó á la ausencia del local en que la partida de nacimiento se extiende. En nuestro concepto, la ley ha querido referirse á la ausencia primera, esto es, á la que tiene lugar cuando el marido habita, aunque sea accidentalmente, en poblacion diversa de aquella en que acaeció el nacimiento.

En el caso en que el nacido ántes de los 180 días no sea reconocido por el marido ni el embarazo sea anterior á la celebracion del matrimonio, es porque (así lo dice la ciencia) no ha tenido tiempo bastante de gestacion, por cuya causa no es vividero sinó abortivo, y por lo tanto no llenará las condiciones que enumeraremos en el art. 184, no teniéndose por nacido para los efectos de la ley, no hay necesidad ni posibilidad siquiera de calificarlo de legítimo ni de ilegítimo, es simplemente *no nacido*.

Artículo 183.—El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo que la mujer de aquél hubiere dado á luz despues de transcurridos trescientos días de la disolucion del matrimonio ó de la separacion legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre podrán tambien justificar en tal caso la paternidad del marido.

ORÍGENES

Art. 59 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 317 Cód. Francia.—159 Austria.—167 Italia.—108 Portugal.—211 Luisiana.—167 Vaud.

COMENTARIO

El que nace despues del tiempo máximo de gestacion se presume no legítimo; por eso el marido ó sus herederos pueden desconocerle.

Mas no son pocos los casos en que ha habido *partos retrasados*, es decir, casos en que la gestacion ha durado mayor tiempo del que la experiencia ha señalado como ordinario. En estos casos, el hijo se tendrá por legítimo siempre que su madre haya llenado los requisitos que se previenen en la ley 3.^a, tit. VI, lib. III del Fuero Real, que dice así: «Si el que muriere dexare su muger preñada, e no hobiere otros hijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto ante el Alcalde: e tengalos la muger, e si despues nasciere fijo ó fija, e fuere bautizado, haya todos los bienes del padre: e porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo, o de la fija, el Alcalde con los parientes sobredichos pongan las mugeres buenas, al menos que estén delante a la nascencia con lumbré: y no entre otra muger a aquella hora fuera aquella que la hobiere a servir a la aparicion: y esta sea bien catada, que no pueda facer engaño: e si la criatura murióere ante que sea bautizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, e non de la madre,» etc., etc.

Con esta ley conviene la 17, tit. VI, Partida 6.^a

Gregorio Lopez observa en la glosa primera á esta ley, que no estaba en práctica, á lo ménos en su tiempo, que la mujer participase á los parientes más próximos de su difunto marido el estado de embarazo en que había quedado, á no ser que los mismos parientes pidiesen que ella así lo declarase.

En la actualidad, la ley dice: «Pero el hijo y su madre podrán tambien justificar en tal caso la paternidad del marido»; por manera que queda la madre en libertad de adoptar el medio de prueba de que hablan las leyes del Fuero y las Partidas ú otro cualquiera que sea procedente; mas como quiera que este genero de prueba es difícil, entendemos que el más eficaz ha de ser el consignado en las leyes antiguas, si bien no practicado con el rigor y minuciosidad que en las mismas se determina, sinó en la forma más adecuada á lo que exigen el decoro y nuestras costumbres, con tal que sea garantía firme contra el engaño y el fraude.

Artículo 184.—Para los efectos civiles no

se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana, y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

ORIGENES

Ley 5.^a, tit. XXIII, z 8.^a, tit. XXXIII, Partida 4.^a

Ley 20, tit. II, Partida 6.^a

Ley 2.^a, tit. V, lib. X, Nov. Rec. (13 de Toro).

Art. 60 Ley prov. Matr. civ.

COMENTARIO

La cuestion de viabilidad ha sido de las que han merecido más serios y prolongados debates. Los diversos principios que en esta materia fijaron los fueros y las leyes de Partida, dieron lugar á multitud de dudas para cuya resolucion se dió la ley 13 de Toro.

Dice ésta: «Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nascidos sobre si son naturalmente nascidos ó son abortivos, mandamos que el tal fijo se diga no abortivo cuando nació vivo todo, e que a lo menos, despues de nacido, vivió veinticuatro horas naturales, e fue bautizado antes que muriere, de otro modo es abortivo e no puede heredar...» Esta ley no terminó todas las dudas que ántes de ella se discutian; al contrario, ha sido grave motivo de controversia que debía entenderse por *vivo todo*, pues en tanto que unos, cortando la frase, entendian que habia de nacer *todo* y nacer *vivo*, otros creen que ha de nacer *todo vivo*, otros creen que estas palabras hacian referencia á que estuviese la criatura completamente separada de la madre, en cuyo sentido ha venido á resolver la cuestion la ley del Matrimonio civil al decir *que hubiere nacido con figura humana, enteramente desprendido del seno materno*.

Tambien se ha discutido con este motivo sobre el tiempo que podia juzgarse mínimo y máximo de gestacion.

En otro lugar hemos dicho que la ciencia ha señalado los siete y los diez meses (180 y 300 días) como términos de la vida intrauterina.

En la actualidad, la mayor parte de estas cuestiones han perdido su importancia despues de las declaraciones claras y terminantes de la ley del Matrimonio civil.

Para esta ley es completamente indiferente que el nacido sea de todo tiempo ó sea producto de un parto adelantado; en uno y otro caso, si reúne las demas condiciones de este artículo, se

tendrá por nacido y no por abortivo, áun cuando las veinticuatro horas de vida se logren, por decirlo así, artificialmente, por carecer el niño de condiciones para el desarrollo y vida.

En realidad, ésta no es la verdad científica, porque debe tenerse por *viable* el que nace con las condiciones necesarias para la vida, siquiera no viva ni áun las veinticuatro horas por cualquier incidente, y debe ser considerado *no viable* aquel que carece de estas mismas condiciones de vida, por más que la casualidad ó el artificio le prolonguen su ficticia existencia por veinticuatro ó más horas. En una palabra, la viabilidad consiste, no en el tiempo que se vive, sinó en la organizacion física, á propósito ó no para la existencia.

Pero esto no es posible dentro de la ley, porque equivaldría á señalar la inseguridad como norma, y entregar al débil juicio de una ciencia imperfectísima, los más sagrados intereses de la familia. Por eso la ley no exige vida mayor de veinticuatro horas.

El sér apénas engendrado es ya capaz de adquirir derechos, es ya nacido para todo aquello que le favorece, de manera que parece un contrasentido que siendo capaz de derechos, haya un período de su vida (desde el momento del parto hasta las veinticuatro horas del mismo) en que no es persona, no tiene derechos, no los adquiere, y no los trasmite por tanto.

Este contrasentido tiene su natural explicacion en la necesidad de establecer una distincion entre el *abortivo* que *no es*, y el *natural* que *es verdadera persona, verdadero sér*; ¿cómo establecer esta distincion? El que nace muerto, el que nace con tan exigua vida que no puede alentar veinticuatro horas, ese no existe, no debe contarse en el número de las personas, no ha nacido, jamas existió; por consiguiente, si jamas existió, no existió tampoco en el seno de la madre, no pudo adquirir derechos. Si la ley le concede que pueda adquirir derechos, es en la presuncion de que vive; pero si un hecho posterior demuestra que la presuncion no era fundada, que el niño no tenía vida, ó ésta era exigua, entónces no puede tener aplicacion el precepto de la ley.

En cuanto á la circunstancia de tener figura humana, está de acuerdo este artículo con los precedentes romanos (Leyes 12 y 14, tit. V, libs. I y CXXXV; tit. XVI, lib. L, Digesto) y con la Ley 5.^a, tit. XXIII, Partida 4.^a, y la 8.^a, tit. XXXIII de la misma Partida: *como si oviesen cabeza o otros miembros de bestia*: pero

la carencia de algun miembro ó su duplicidad *no los empesce*.

Artículo 185.—Para los efectos civiles se reputará nacido el engendrado que en su día llene los requisitos del artículo anterior, siempre que se trate de su utilidad, mas no cuando por esta consideracion haya de provenirle algun daño.

ORIGENES

Leyes 3.^a y 5.^a, tit. XXIII, Partida 4.^a

COMENTARIO

El engendrado no es, como algunos han pretendido, una parte de las entrañas de la madre, *pars viscerum matris*, sinó un sér con vida y que ha de tener necesidades. Por eso la ley no ha podido desatenderlo.

De aquí nace toda la teoria de póstumos, fecunda en resultados, así de órden civil como penal. El póstumo, esto es, el que nace despues de la muerte de su padre, no podría tener derecho alguno á la herencia, ni siquiera á los alimentos si sólo desde el instante de su nacimiento fuere capaz de adquirir derechos, lo cual supondría una odiosa desigualdad en el caso de tener otros hermanos, y una crueldad siempre; pues como dice Gutierrez: «habría sido injunto privar de ellos al que naciere despues de la muerte del padre, ya bastante desgraciado con haberle perdido».

Qui sunt in utero, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodis et utilitate agitur: este es el principio general que rige en la materia y que la ley de Partida acepta con estas palabras: «Demientra que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se haga, a se diga, a pro de ella aprovéchase ende, bien así como si fuese nascida; mas lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas, no le empesce.»

Así, pues, el concebido adquiere todos los derechos que lleva consigo la filiacion, como son los alimentos, la legítima, etc.; es capaz de adquirir en virtud de una donacion, no sólo de sus parientes, sinó de los extraños. Por eso el póstumo rompe el testamento en que fué preferido. Tampoco puede ser desheredado. Sus derechos se extienden á la herencia del abuelo siempre que fuese concebido ántes de la muerte de éste; mas aunque lo sea despues, tendrá derecho á los honores, dignidades, etc., heredi-

tarios y que corresponden á la familia más bien que á la persona: también tendrá derecho á los retractos legítimos ó de abolengo y á la sustitución fideicomisaria en ciertos casos.

También disponía una ley del Fuero Real (3.ª, tít. VI, lib. III,) que la viuda que hubiere quedado en cinta debe conservar y administrar los bienes de su difunto esposo que puedan constituir la legítima del póstumo; y la ley 16, tít. VI, Partida 6.ª, ordena que durante este

tiempo no pueda y aún cuando solamente se dudare sobre el estado de preñez, no puede el hermano ni otro pariente del difunto entrar en la herencia, sinó que debe esperarse al parto ó á que se desvanezca toda sospecha de preñez. Estas leyes, sin embargo, han dejado de cumplirse en más de una ocasión.

La viuda tiene por esto mismo derecho á alimentos que se suponen suministrados al hijo.

CAPÍTULO II

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

Artículo 186.—La legitimidad del hijo se probará:

Primero. Por la partida de su nacimiento consignada en el Registro civil.

Segundo. Por la posesión constante del estado de legitimidad.

Tercero. Por testigos, con tal que hubiere un principio de prueba documental, ó indicios que constaren desde luego, siendo éstos tales que con la prueba testifical bastaren para probar la legitimidad.

ORÍGENES

Art. 61 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 319 y 320 Cód. Francia.—170, 171 y 174 Italia.—144 Portugal.—91 Rusia.—158 y 159 Cerdeña.—9.ª Baviera.—168 y 169 Vaud.—212 y 213 Luisiana.—Ley 9.ª, tít. IV, lib. V, Código.

COMENTARIO

La partida de nacimiento, en la que con aquiescencia y conocimiento del padre se hace constar su paternidad, es la prueba más fehaciente de la legitimidad del hijo. Debe tenerse presente que la partida de nacimiento consignada en el Registro civil solamente es exigible á los nacidos después de 1870, y que en cuanto á los demás bastará la partida de bautismo expedida por el correspondiente párroco en la forma acostumbrada.

A falta de partida de nacimiento ó bautismal se tendrá por justificada la legitimidad con la posesión constante de este estado.

¿Cómo se acredita esta posesión constante del estado de legitimidad?

El Proyecto de Código decía que se «acredita por una reunión de circunstancias que concurren á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público». Desde el momento en que no sea posible fijar de una manera taxativa en qué hechos pueda basarse la posesión constante del estado de legitimidad, nos parece impropio de una ley el casuismo del Proyecto de Código. La apreciación judicial puede únicamente señalar en qué consista.

En cuanto á la prueba testifical, ha de ir siempre acompañada de un principio de prueba documental ó indicios; de otro modo será ineficaz.

El peligro que podría resultar de someter exclusivamente á la débil prueba de testigos un hecho de tanta importancia como la legitimidad, justifica el recelo y la precaución de los legisladores.

Si hubiere prueba documental plena, pero distinta de la partida de nacimiento, ¿se tendrá por suficiente, ó habrán de concurrir testigos?

A nuestro entender, aunque la ley no enumera la prueba documental como suficiente, ha de bastar por sí sola, autorizándonos á sustentar esta opinión la redacción del párr. 3.º del artículo que comentamos.

Artículo 187.—Es imprescriptible la acción que compete al hijo para reclamar su legitimidad, y se transmitirá á sus herederos si hubiere muerto ántes del quinto año de su mayor edad, ó después dejando entablada la acción.

ORÍGENES

Ley 23, tít. XI, Partida 7.ª

Art. 62 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 130, 328 y 329 Cód. Francia.—324 Holanda.—175 y 177 Vaud.—168 y 170 Cerdeña.—Ley 1.ª, tít. X, lib. XCVII, Digesto.

COMENTARIO

Dice oportunamente Goyena: «La severidad

de las pruebas en establecer la filiación legítima, se compensa con la libertad de reclamarla en todo tiempo; la ley, por honrar más el matrimonio, hace aquí una excepción á las reglas generales sobre la prescripción. Además, el objeto de ésta es que la propiedad no quede siempre incierta; y para que el estado civil deje de ser incierto, es necesario que pueda siempre reclamarse. La prescripción sólo tiene lugar en las cosas que están en el comercio de los hombres, es decir, que pueden ser compradas y vendidas: el estado civil no está en el comercio ni es enajenable.»

Pero si la prescripción no tiene lugar tratándose de la reclamación que directamente haya de entablarse por el hijo, la ley no ha creído que podía sancionar el mismo principio cuando muera sin haber entablado la acción correspondiente, ó después de los 30 años de edad.

CAPÍTULO III

DE LA LEGITIMACION

Artículo 188.—Los hijos ilegítimos se legitiman por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no podrán legitimarse los hijos adulterinos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 331 Cód. Francia.—327 Holanda.—178 Vaud.

COMENTARIO

La condición de paternidad y los derechos de la legitimidad se adquieren también por la legitimación. *Tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se hacen por ende los hijos legítimos*, dice la ley de Partida en armonía con los cánones de la Iglesia y con la doctrina de muchos Códigos.

Casándose los padres, los hijos se hacen legítimos; de aquí se infiere que, cuando los padres no pueden celebrar matrimonio, los hijos no son legitimables.

Resulta, pues, que hay hijos que pueden legitimarse, y otros á los cuales está vedado este favor.

Que los hijos de padres que de ningún modo pueden contraer matrimonio no son legitimables en la forma que se previene en este artículo, es tan racional y tan obvio, que no merece explicación. Si solamente el subsiguiente matrimonio legitima los hijos, es claro que aquéllos que no lo celebran válidamente, siquiera sea por imposibilidad ajena á su deseo, no legitiman su prole. Así, el nacido de la unión de un padre y su hija, ó de dos hermanos, etc., no pueden legitimarse.

Los hijos se clasifican en legítimos é ilegítimos, según que nacen ó no de matrimonio.

Los hijos ilegítimos, llamados también bastardos, si bien con poca propiedad, se dividen en naturales y expúreos, y estos últimos en incestuosos, adulterinos, sacrilegos y manceros.

Del hijo natural nos ocupamos en el artículo