

al hijo; pues para que fuese de Juan, sería preciso que hubiese sido engendrado ó bien antes de su ausencia, lo que es imposible, porque entonces el preñado hubiera durado *mas de diez meses*, ó despues de su vuelta, lo que tambien es imposible, porque en tal caso resultaria un preñado de *menos de seis meses*. Mas para que la ausencia constituya una imposibilidad física, es indispensable que el marido haya estado siempre á tal distancia de la muger, que no hayan podido reunirse y verse en un mismo punto.—Suele asimilarse á la ausencia el arresto ó prision de uno de los cónyuges ó de ambos, cuando consta que *no pudieron verse y aproximarse*, ora por razon del estado de incomunicacion en que se hallaban, ora por la distancia de sus prisiones respectivas; pero Escriche aconseja á los jueces que nunca admitan ligeramente semejante causa contra la legitimidad de un hijo, pues que pudieron dejarse seducir los guardas ó carceleros y permitir la entrevista de los cónyuges, como acreditan numerosos ejemplos, (especialmente en México, en donde casi siempre han estado mal administradas las cárceles por hombres complacientes con los presos que gozan de influencias ó de dinero); sin que sea suficiente prueba de lo contrario, la declaracion del Alcaide, quien siempre está interesado en hacer ver que nunca deja de cumplir con su obligacion. A pesar de ser verdad esta observacion de Escriche, como la presuncion legal, mientras no se pruebe lo contrario, está por la falta de libertad del preso, sería muy aventurado desestimar sin profundo exámen tal excepcion.—El ejemplo de la ausencia puede aplicarse con la misma exactitud al caso de impedimento absoluto. Si se prueba que durante el tiempo de la concepcion, esto es, en los *cuatro primeros meses* de los diez anteriores al parto, no pudo el marido cohabitar con la muger por *impotencia*, enfermedad ú otra causa que le hubiese sobrevenido, el hijo así nacido, no deberá considerarse fruto del matrimonio, como declara la *Ley 6, Dig. de his qui sui vel alieni juris sunt*.

“Art. 315. Contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento.”

Vease la nota del anterior artículo.

“Art. 316. 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 mas de diez meses.”

Vease la nota del artículo 314.

“Art. 317. 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.”

Nada es mas justo, supuesto que segun Hollick la gestacion en caso extraordinario puede durar mas de 300 dias.

“Art. 318. 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 de nacimiento, y esta fué formada por él, ó contiene su declaracion de no saber firmar:

“III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.”

“IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.”

La fraccion primera de este artículo concuerda con la fraccion 3.ª del artículo 25 de la ley de 10 de Agosto de 1857, cuya razon es, que no debe suponerse moralmente, que el marido espontáneamente y á sabiendas hubiera querido casarse con muger *grávida* por obra de otro hombre. Siendo esta presuncion tan robusta, ignoro en qué se funde la exigencia del principio de prueba por escrito que no siempre es posible adquirir, y sí puede acreditarse cumplidamente por otros medios.—Los casos de las fracciones 2.ª y 3.ª concuerdan con la precitada 3.ª, que exige que antes ó despues del nacimiento se haya reconocido la paternidad por instrumento auténtico ó privado, ó por cualesquiera otros actos serios y deliberados; pues es máxima de derecho, que los padres pueden establecer la legitimidad de sus hijos, pero no quitárselas despues de establecida.—Por fin, respecto á la fraccion 4.ª hay que decir que la exigencia de que el hijo nazca *vital, cumplido y vividero* como dice la ley, es, porque si su organizacion no es bastante perfecta para que pueda vivir, se presume que nació antes de término, y que por consiguiente pertenece al marido, aunque en este caso segun la fraccion 4.ª de la predicha ley de Agosto, será inhábil para heredar abintestato.—El hijo nacido antes de cumplirse los 180 dias contados desde que se celebró el matrimonio, cuando no concurren las circunstancias expresadas en esta nota y en las dos anteriores, si bien nació en el matrimonio, no nace de él, porque se supone concebido antes y no despues de contraído aquel. La legitimidad procede mas bien de la época de la concepcion que de la del nacimiento, como claramente se deduce de la ley 4, tit. 23, P. 4.ª que establece: “que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga en nacimiento un dia del seteno mes, que es *complida é vividera*, é debe ser tenida tal criatura por legítima del padre é de la madre que eran casados é vivian en uno á la sazón que la concibió” Si, pues, el padre y la madre no estaban casados aunque viviesen en uno al tiempo de la concepcion, es evidente que el hijo no será legítimo, porque no es hijo del matrimonio, que es el único que confiere legitimidad; y su condicion será la de *hijo legitimado* por el subsiguiente matrimonio si tiene los requisitos para la legitimacion como diremos despues, pues semejante calidad por haber nacido en el matrimonio, no se le puede quitar sino por sentencia de juez, porque se encuentra en posicion de ella.”

“Art. 319. Las cuestiones relativas á la filiacion y legitimidad del hijo nacido despues de trescientos dias de la disolucion del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona á quien perjudique la filiacion ó la legitimidad del hijo.”

Lo mismo se deduce de la fracción 3.ª del art. 25 de la repetida ley de 10 de Agosto.

“Art. 320. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la legitimidad del hijo, deberá deducir su acción *dentro de sesenta días* contados desde el del nacimiento, si estaba presente; desde *el día* en que llegue al lugar, si estaba ausente; y desde el que descubra el fraude si se le ocultó el nacimiento.”

Tales son las prevenciones del Código español, que exige la *reclamación judicial*, porque la legitimidad del hijo no debe quedar pendiente de lo vago é incierto de reclamaciones privadas.”

Art. 321. 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 después de haber salido de la tutela; pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.”

Fúndase esto en la regla: *Legitime impedito, tempus non currit.*

“Art. 322. Cuando el marido, teniendo ó no tutor ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la legitimidad en los casos en que podría hacerlo el padre.”

Art. 323. Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los *cientos ochenta días* de la celebración del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil para hacerla, los herederos tendrán para promover la demanda *sesenta días* desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesión de la herencia.”

Pasados inútilmente los 60 días, es de presumirse que el marido no quiso reclamar; y no así en los demás casos en que no consta que careciera de tal voluntad. La *turbación* en la posesión, puede ser judicial ó extrajudicial, como enseña Goyena, comentando este artículo, que figura en el Código español.

“Art. 324. Si la viuda contragere segundas nupcias dentro del período prohibido por el art. 311, la filiación del hijo que naciere, celebrado el segundo matrimonio, se establecerá conforme á las reglas siguientes:—1.ª Se presume que el hijo es del primer matrimonio, si nace dentro de *los ciento ochenta días* inmediatos á la muerte de este. El que niegue la legitimidad en este caso, debe probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido.”—2.ª Se presume que es hijo del segundo marido, si nació *después de doscientos diez días*, contados desde la celebración del matrimonio.”

La redacción de la fracción primera no puede ser peor. El matrimonio no *muere* sino el marido. Respecto á las decisiones del artículo, parece que las motivó la cuestión de los Prácticos sobre la legitimidad del hijo de la viuda que apenas muerto el marido, se apresura á contraer se-

gundas nupcias, y *antes de los diez meses*, contados desde el fallecimiento de aquel, pare un hijo, que según las reglas ya antedichas, sobre la duración de la *gestación*, puede suponersele fruto tanto del primer matrimonio como del segundo. Por ejemplo, la viuda se casa un mes después de la muerte de su marido, y pare en seguida, ya á los *siete* ya á los *ocho* ó aun á los *nueve* meses de la celebración de las segundas nupcias ¿á cuál de los dos maridos corresponde la paternidad? ¿al primero ó al segundo?—A este caso le llamaron las leyes romanas *partus confusio*, nombre merecido, pues los prácticos, para resolver la dificultad, han imaginado sistemas diversos y arbitrarios, opinando algunos: que el hijo de la repetida hipótesis pertenece á los dos maridos; debiendo ser criado y mantenido á costa de ambos y con derecho á la sucesión de los mismos, como si fuese hijo de dos padres.—Otros, siguiendo las leyes inglesas conceden al hijo, cuando llega á la edad de la razón, la facultad de elegir por padre al marido del primero ó segundo matrimonio, á su antojo; pero semejante sistema es contrario á la naturaleza de las cosas y al espíritu de las leyes; porque la paternidad es obra de la naturaleza y no efecto del capricho, ni de los cálculos de la vanidad y del interés; y en el orden de la naturaleza, el padre se da un hijo, mientras en el antedicho sistema inglés el hijo se da un padre, de modo que el efecto produce la causa.—Hay quienes pretenden que el hijo no debe pertenecer 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 haber sido concebido durante un matrimonio legítimo, sea el primero ó el segundo, y que seguramente nació bajo el velo del uno de ellos?—No falta quienes opinen que debe estarse al dicho de la madre; y hay quienes quieren que decida la suerte.—Algunos recurren á la semejanza y atribuyen el hijo á aquel de los maridos á quienes se parece mas física ó moralmente.—Muchos dicen que debe darse el hijo al segundo marido cuando se presume que el primero por su edad avanzada ó por la enfermedad que le llevó al sepulcro, no pudo haber tenido concubito con su muger en los últimos años de su vida; y aun hay quienes se empeñen en que no solo en el citado caso de enfermedad ó de decrepitud del primer marido, sino en el de haber muerto repentinamente en la flor de su edad, es mas 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 *séptimo mes*, del matrimonio, y ya porque no deja de inspirar ciertas sospechas aquel intempestivo apresuramiento por casarse, según las observaciones de los Canonistas en el Cap. *Cum haberet, de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*.—En tanta diversidad de pareceres, (enseña Escriche) que deben guiarse los tribunales por el interés del hijo y principalmente por las circunstancias que las mas veces harán dar la paternidad al segundo marido.—En seguida el mismo autor dice: “El término de *seis meses y un día*, para los preñados mas cortos y de *diez meses* precisos para los mas largos, no se ha fijado por la ley 4, *tít 23 P. 4.ª*, sino para abrazar los *casos extraordinarios*; pero la experiencia nos manifiesta que la naturaleza emplea *ordinariamente* en la formación y perfección de su obra el

transcurso de *nueve meses*, de modo que *este cuento*, segun expresion de la misma ley es *mas usado que los otros*. Ahora bien, como en una duda importante nos dicta la razon que nos guiemos por lo *mas probable*, y por lo que con *mas frecuencia sucede*, somos de opinion que en el ejemplo propuesto, está la presuncion de paternidad á favor del *primer marido*, si al tiempo de su muerte se hallaba en estado de hacer uso carnal de su muger, y el hijo no nació sino *poco despues de los seis meses* de la celebracion del segundo matrimonio, con tal que saliese *tan bien organizado y constituido*, que no dudasen los facultativos en afirmar que habia llegado al término de los *nacimientos ordinarios*. Mas verificándose el parto en el *octavo* ó en el *noveno mes* del segundo matrimonio, es mas fuerte la presuncion de paternidad en favor del *segundo marido*, principalmente si podia sospecharse que el primero por vejez, ausencia ó enfermedad no habia concurrido carnalmente con su muger en los últimos momentos de su existencia. En igualdad de circunstancias parece que debè atribuirse el hijo al *segundo marido*, quien tiene ademias en su favor el hecho de haber acaecido el nacimiento en su matrimonio.—El juriconsulto Carranza, en su obra titulada: *Disputatio de vera humani partus naturalis et legitimi designatione*, abraza el principio de este último sistema; y despues de sentar que el parto mas regular y perfecto es el que sucede al principio del *décimo mes*, luego el que se verifica en el *noveno*, despues el de *séptimo*, y por fin, “el del *octavo*, establece las reglas siguientes: “El hijo que para el primer marido “es *decimestre* [ó sea *diezmesino*], y para el segundo es *nonomestre* ó *septimestre* “[ó sea *nueve* ó *sietemesino*], debe pertenecer al primero; y lo mismo ha de decirse “si el primero fuese *nonomestre* y *septimestre* ú *octomestre* [esto es *ochomesino*] para “el segundo. Si siendo *sietemesino* para los dos, lo fuere para el primero de 210 “dias poco mas ó menos y para el segundo de 180 solamente, debe presumirse hijo “del primero. Lo contrario habrá de juzgarse si siendo *diezmesino* para ambos, lo “fuere de 300 dias poco mas ó menos para el primero y de 280 ó dos ó tres dias “mas ó menos para el segundo, pues entonces á este último es á quien debe darse, “como igualmente en el caso de que sea *ochomesino* para el muerto y *sietemesino* “para el vivo. Finalmente, si con respecto al primer marido fuere *oncomesino* y “con respecto al segundo *diezmesino*, el segundo será indudablemente quien deba “ser tenido por su padre.”—Las dificultades del caso propuesto, que queda ya decidido por el artículo 234 que se anota, justifican la adopcion del *período de luto* impuesto á la viuda por la antigua legislacion, y conocido con el nombre de *Año de luto*.

Año de luto ó de viudedad fundamentos de el y penas por no guardarlo.

Año de luto ó de viudedad es, el primer año que corre desde la muerte del marido; mandado guardar á la viuda por las leyes españolas antiguas que adoptaron las romanas. La ley 1.ª, tit. 2, lib. 3 de *Fuero Juzgo* dice: “Si la mugier despues de la muerte de su marido se casa con “otro antes que cumpia el año ó fiziese adulterio, la mitad de todas sus “cosas reciban sus filios della ó del primero marido. E si non hubiere filios “los parientes mas propinquos del marido muerto hayan la meytad. E por esto

“queremos que haya la mugier esta pena, porque aquella á quien deja el marido pre “nada, quando se coyta mucho de casar. ó de fazer adulterio, que non mate el parto “ante que sea nacido.”—La ley 13, tit 1, lib. 3 del *Fuero Real* dice: “Ninguna mugier viuda non case del dia que muriere su marido fasta un año cumplido: é si “antes casare sin mandado del rey, pierde la meytad de quanto obiere; é lo que “que lare, hayando sus filios ó nietos del marido que, fuere muerto; é si los no obiere, “re, hayando los parientes del marido muerto mas propinquo.”—La ley 3, tit. 12 P. 4.ª reconociendo la libertad que por la Iglesia tienen las mugeres para casarse cuando quieran, agrega: “Pero el fuero de los legos defiendeles que non casen fasta un año, é póneles pena á los que ante casen; et la pena es esta, que es despues de mala fama, et debe perder las arras et la donacion que fizo el marido finado et las otras cosas quel hobiesse dexadas en su testamento, et devenlas haber los filios que finaron del, et si filios non dexare, los parientes que hobieren de heredar lo suyo. Esa mesma pena debe haber, si antes que pasasse el año fiziesse maldad de su cuerpo.”—La ley 5, tit. 3, P. 6.ª dice: “Muger que casase ante de un año, despues de muerte de su marido, non la puede ningun hombre extraño extablecer por herejera nin otro que fuesse su pariente del cuarto grado en adelante. Et defienden las leyes á las mugeres que non casen ante deste tiempo por dos razones: la una porque no dubden los omes si aviniere que encaezca [para] ella ese su mesmo año de cual de los dos maridos, del muerto ó del vivo es el fiyo ó la fiya que naciere della, la otra es, porque el segundo marido non haya sospecha contra ella por que tan aína quiso casar.” La naturaleza de esta sospecha la explica la ley 3, tit. 6-P. 7.ª diciendo: “por que non pueda sospechar contra ella por que casa tan aína que fué en culpa de la muerte de aquel con quien era ante casada.—El año de luto conforme á la legislacion antigua no era útil sino continuo y corria aun al ignorante: no era de doce meses sino de diez; pero aunque tan perfectamente fundada la necesidad de él; como en todos tiempos ha habido legisladores tan ligeros como nuestros últimos Congresos desde 1867 á 1870, no faltó un Enrique III, que en 1400 y 1401 por las pragmáticas que forman la ley 4, tit. 2, libro 10, *Nov. Recop.* declarase libres á las viudas para casarse, sin pena ni infamia, dentro del año en que sus maridos murieren, y tal libertad aun gozarian, si el repetido artículo 311 del *Código Civil* no hubiera revivido el *año de luto*, que quiere se componga de 300 dias equiva antes á los antiguos diez meses. Por el Derecho antiguo si bien era prohibido y penado el matrimonio contraido durante tal período; no por eso se consideraba nulo, y lo mismo hace el art. 312 del citado *Código civil* castigandolo el art. 313 con multa de 50 á 500 pesos, ó prision de uno á veinte meses, la que no me parece proporcional á los males que puede producir, siendo justo que sobre ella se impusiese la de privacion de las cosas ó bienes que la muger hubiere recibido de su primer marido, pues faltó á la memoria y reverencia que le debia.—En cuanto al período de 300 dias, opino con Escribche que no es necesario, pues bastaria que fuese de cuatro ó cinco meses, porque en ellos podria ya saberse si la muger habia ó no quedado en cinta del primer marido y de todos modos el tiempo del parto manifestaria claramente la pertenencia del hijo.

"Art. 325. 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.

"Art. 326. En el juicio de contradicción de la legitimidad serán oídos la madre y el hijo, á quien, si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.

"Art. 327. 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 período de tiempo fuere presentado vivo al registro civil, se tendrá como nacido."

Y ¿por qué no sucederá lo mismo, si puede probarse plenamente que tuvo las circunstancias del artículo pero que no pudo ser presentado vivo, ó por mero descuido no se llevó al registro civil?—Por lo demás queda derogada la parte última de la *frac. 2.ª del art. 25 de la ley de 12 de Agosto de 1857* que se contentaba con un solo instante de vida en el nacido para que pudiese heredar, volviendo á su rigor la *ley 3 de Toro* ó sea la *2, tit. 5, libro 10, Nov. Recop.* que exige las veinticuatro horas y además el bautismo que hoy queda remplazado con la presentación al registro. El desprendimiento del feto, como dice Goyena fundado en el derecho romano (*ley 2, tit. 2, libro 28 y ley 141, tit. 16, libro 50 del Digesto*) no importa que sea naturalmente, por operación ó muerte la madre.—Por lo que hace á la figura humana que también exigieron la *ley 5, tit. 23, P. 4.* y la *8, tit. 23, P. 4.ª* no la tendrán como si oviesen cabeza ó otros miembros de bestia; pero la ampliación ó mengua de miembros humanos *non empece*, según las mismas leyes.

"Art. 328. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca y por nadie podrá establecerse demanda de legitimidad.

"Art. 329. No puede haber sobre la filiación legítima ni transacción ni compromiso en arbitros.

"Art. 330. Esta prohibición no quita á los padres de familia la facultad de reconocer á sus hijos; ni á los hijos mayores la de consentir en el reconocimiento.

"Art. 331. 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."

Legitimidad de expósitos.—Disposiciones benéficas sobre éstos.

Antes de concluir este capítulo me permito tocar la cuestión sobre la legitimidad de los hijos, de quienes se ignora quienes son los padres. ¿Cómo sabremos (dice Escribano) si tales hijos nacieron á debido tiempo y de matrimonio legítimo? ¿Cómo calificaremos á los expósitos? ¿los tendremos por legítimos ó por ilegítimos?—Después de referir diversas opiniones dice que quedó cortada la cuestión por la *ley 4.ª tit. 37, lib. 7, Nov. Recop.* que ordenó: que todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros así los que hayan sido expuestos en las inclusas ó casas de caridad, como los que lo hayan sido ó fueren en cualquiera otro parage y no tengan padres conocidos, sean

tenidos por legitimados por real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepción, no obstante que en alguna ó algunas reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, ó excluido de la legitimación civil para algunos efectos; y declarando como declaro (dice Carlos IV.) que no debe servir de nota de infamia ó menos valer la calidad de expósitos, no ha podido ni puede servir tampoco de óbice para efecto alguno civil á los que la hubieren tenido ó tuvieren. Todos los expósitos actuales y futuros quedan y han de quedar mientras no consten sus verdaderos padres, en la clase de hombres buenos del estado llano general, gozando los propios honores, y llevando las cargas, sin diferencia de los demás vasallos honrados de la misma clase. Cumplida la edad en que otros niños son admitidos en los Colegios de pobres, convictorios, casas de huérfanos y demás de misericordia, también han de ser recibidos los expósitos sin diferencia alguna y han de entrar á optar en las dotes y consignaciones dexadas y que se dexaren para casar jóvenes de uno y otro sexo, ó para otros destinos fundados en favor de los pobres huérfanos, siempre que las constituciones de los tales colegios ó fundaciones piadosas no pidan literalmente que sus individuos sean hijos legítimos habidos y procreados en verdadero y legítimo matrimonio. Y mando que las justicias de estos mismos Reynos y los de las Indias, castiguen como injuria y ofensa á cualquiera persona que intitulase y llamase á expósito alguno con los nombres de borde, ilegítimo bastardo, espureo incestuoso ó adulterino, y que además de hacerle retractar judicialmente, le impongan la multa pecuniaria que fuere proporcionada á las circunstancias, dándole la ordinaria aplicación. Finalmente mando, que en lo sucesivo no se impongan á los expósitos las penas de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrían á personas privilegiadas, incluyendo el último suplicio; pues pudiendo suceder que el expósito castigado sea de familia ilustre, es mi real voluntad, que en la duda se esté por la parte mas benigna, quando no se varía la substancia de las cosas, sino solo el modo, y no se sigue perjuicio á persona alguna."—Inútil parece decir que en la República no hay nobleza de sangre ni títulos hereditarios ó distinciones ante la ley; y que por la Constitución de 5 de Febrero de 1857 han quedado abolidas para todos las penas infamantes, de que se habla en la ley preinserta, solo útil para justificar la legitimidad del expósito y las penas del que lo injuria por tal desgracia. Sobre becas de gracia para instrucción de adolescentes expósitos, véase la *S. O. de 7 de Marzo de 1861*, pág. 381 de la parte 2.ª de este tomo.—Creendo que el incidente sobre legitimidad de los expósitos brinda para tratar aquí de las penas en que incurren los padres por exponer á sus hijos, paso á tratar del delito llamado exposición de parto.

Exposición de parto y sus penas. Exposición de parto en general, es: el abandono hecho en un lugar público ó privado de un niño recién nacido; pero se extiende al abandono de un niño que aunque no sea recién nacido, es todavía incapaz de proveer por sí mismo á su subsistencia."—Este abandono suele verificarse por algunos padres

que dejan desamparados á sus hijos pequeños en las puertas de las iglesias, hospitales ú otros parages, ya por carecer de recursos para criarlos, ya para evitarse de la molestia que esto ocasiona, ó para ocultar una debilidad, á consecuencia de haber tenido el hijo de una union ilegítima ó reprobada. Deseando la ley 5, art. 23, tit. 37, lib. 7 Nov. Recop. evitar estas crueles exposiciones, y aun los infanticidios, ó muerte violenta de los niños, previene: que ninguna persona ó autoridad pueda detener, examinar ni molestar en manera alguna, á los que lleven niños para entregarlos en las inclusas, casas de maternidad ó establecimientos de expósitos, salvas las reglas de sanidad y policía. En México tenemos la casa de San José de niños expósitos llamada "casa de la Cuna, situada en la calle de la Merced, y el Hospital de Maternidad é infancia, en la calle de Revilla Gigedo, á cuyos establecimientos, que por desgracia no están atendidos del modo debido, se refieren las disposiciones de las págs. 374, 378, 389, 391, 612, 618 y demás que bajo el título de Beneficencia se registran en la parte 2.^a de este tomo.—La exposicion de parto ha sido siempre considerada como delito. La ley 4 D. de agnoscendis liberis, la compara al homicidio: *Necare videtur (dice) non tantum is qui partum præfocat, sed is qui abjicit et qui alimoniam denegat, et qui publicis locis, misericordie causa exponit, quam ipse non habet.*—La ley 3, tit. 23, lib. 4, F. R., ordena: que si el niño expuesto muriere por no haber quien le tome para criarle, incurre el que lo expuso en pena de muerte, como si le matase. De aquí puede inferirse, que si á consecuencia del abandono resultare al niño herida ó lesion, debe ser castigado el que le abandonó como *reo voluntario* de aquella *lesion ó herida*.—Aunque no resultare muerte, herida ni lesion al niño expuesto, será castigado con todo rigor el que lo hubiese abandonado, especialmente de noche, á la puerta de alguna iglesia ó de casa particular, ó en algun lugar oculto; y solo habrá menor pena en caso de que habiéndole dejado donde no tenga peligro de perecer, diere luego noticia al Párroco (ó á la autoridad pública) personalmente ó á lo menos por escrito, para que sin demora lo haga recoger; ley 5, art. 24, tit. 37, lib. 7, Nov. Recop.—La misma en su art. 19 dice: que el que encontrare en la casa de su habitacion algun niño expuesto, debe dar cuenta inmediatamente al Párroco; y siendo persona de buenas costumbres, de honesta familia y de algunas facultades, podrá quearse, si quisiere, con el niño para criarle y educarle por caridad y sin estipendio, bastando para ello la licencia por escrito de dicho eclesiástico, quien deberá dar parte de todo á la casa de expósitos, y vigilar la asistencia y tratamiento que al niño se diere; mas si despues dejare el prohijante al prohijado, sin dar previo aviso al Párroco para que provea, será castigado por la justicia segun las circunstancias.—Lo mismo ha de decirse del que encontrare un niño expuesto ó abandonado en cualquier sitio público ó privado; de modo que nunca debe quedar sin culpa el que no prestare el auxilio que exige la humanidad al expósito que viere en peligro de perecer; pero téngase presente, que ya los Párrocos na la tienen que hacer con respecto á los expósitos, pues conforme á la ley de 28 de Julio de 1859, art. 21 y á los art. 86 al 89 del Código civil, al

Juez del estado civil debe hacerse la presentacion del expósito por el que lo halla, y la adopcion del mismo se verificará en los términos indicados en la nota 10.^a, § 8.^o, pág. 59.—Conforme á la expresada ley 5.^a, art. 25, á la ley 1.^a, tit. 23, lib. 4, F. R. y á la ley 4, tit. 20 P. 4.^a el padre ó madre que expusiese ó permitiese que sea expuesto su hijo legítimo ó natural, ademas de las penas en que incurra segun las circunstancias y los resultados, pierde por solo el hecho de la exposicion la patria potestad y todos los derechos que en vida ó muerte tuviere sobre el hijo y sus bienes; de suerte que no tendrá accion para reclamarle ni pedir su restitucion, aunque ofrezca pagar los gastos que hubiere causado; mas aunque el padre ó madre que expone ó permite exponer el hijo pierda la potestad y derechos que sobre él y sus bienes tenia, no por eso queda libre de sus obligaciones naturales y civiles para con el mismo; d ley 5, art. 25.—Si alguno pretendiere que un expósito es hijo suyo, se le admitirá justificacion judicial con citacion del procurador síndico del ayuntamiento; ó del fiscal que hubiere ó se nombrare por la justicia; y resultando bien probada la filiacion legítima ó natural, se remitirá con el auto declaratorio, á la casa general ó establecimiento en que se hallare el expósito, para los efectos que en adelante pudieran convenir á este, sin que por eso haya de entregarse el hijo á sus padres, ni estos adquieran sobre él accion alguna; d ley 5 art. 25.—Sin embargo, si el padre ó madre hicieren constar ante la justicia ordinaria, con la expresada citacion del síndico ó del fiscal, que no expuso el hijo sino por extrema necesidad, la cual puede verificarse por varias causas, podrá reclamarle y habrá de serle entregado, resarciendo ó no los gastos hechos segun las circunstancias de cada caso; sobre lo que determinará la justicia lo que corresponda; d. ley 5, art. 26.—Si el padre ó madre justificare que la exposicion se hizo sin su noticia, no perderá su derecho en el hijo ni en sus bienes, mas al pedir la restitucion al que le hubiese recogido, debe satisfacerle los gastos de su crianza salvo el caso de que este los hubiere hecho sin ánimo de repetirlos; ley 2, tit. 23 lib. 4 del Fuero Real; y ley 4, tit. 20, Part 4. Si el expósito hubiere servido al que le habia recogido, no debe pagar el padre ó la madre sino los gastos causados hasta la edad de diez años, pues los sucesivos se reputan compensados con los servicios; d. ley 2, tit. 23 lib. 4 del Fuero Real.—El que criare al expósito no adquiere derecho alguno sobre él ni sobre sus bienes, ni puede pedirle los gastos de su crianza, á no ser que desde el principio manifieste que los quiere cobrar, en cuyo caso ha de satisfacerlos el expósito en cuanto pudiere; pero está obligado el expósito á honrarle en todo y reverenciarle como á padre, y no podrá intentar contra él acusacion alguna que sea capaz de exponerle á perder la vida, ó algun miembro, ó la honra, ó la mayor parte de los bienes, salvo por librar al rey ó al reyno de algun peligro ley 3, tit. 20, Part. 4.

Exposicion de parto.—
Averiguacion del delincuente.

Se ha dicho ya que la *exposicion de parto* es un delito, y se han indicado las penas con que se castiga; mas la dificultad está en encontrar al delincuente, y en hacer ver su culpabilidad. Puede suceder que una muger á quien se veia en cinta deje de parecerlo improvisamente, y que

por otra parte se descubra un niño abandonado: natural es sospechar que ella es madre, y que ella ha expuesto ó hecho exponer el niño que ha dado á luz: pero ¿cómo se ha de probar que el niño hallado pertenece á la mujer á quien se atribuye? Para resolver este problema, es indispensable acreditar que ha habido *preñez y parto*, y que la época del *parto* corresponde á la del nacimiento del niño hallado. Por otra parte, el niño expuesto ha podido morir de hambre, de frío, de caso fortuito, ó haber sido echado fuera del lugar de su nacimiento despues de muerto, ó tal vez haber nacido ya en este último estado. Preciso será pues averiguar, si el recién nacido que se halla muerto *había fallecido antes ó en el acto, ó despues de nacer, si nació sano y viable ó vividero, si su muerte ha sido efecto de violencia, ó bien del hambre, ó del frío que ha debido sufrir en su exposición y abandono, y si la falta de cuidado le ha podido perjudicar hasta este extremo.* Todos estos puntos son objeto de la medicina legal, y el juez no puede resolverlos sin el auxilio de los médicos.

Sobre expósitos véase lo dicho en las pág. 106 y 107 de la parte 2.^a del tomo 2.^o; al fin de la pág. 60 y en la 61, del presente volumen, y puede verse también la nota del art. 89 del *Código civil* que se insertará adelante al tratar del registro del estado civil de las personas.

CAP. II (Tit. 6.^o Lib. 1.^o) DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION
DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS.

“Art. 332. La filiacion de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento; y en su defecto, por la posesion constante del estado de hijo legítimo; pero si se cuestiona la validéz del matrimonio de los padres, debe presentarse el acta de matrimonio, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 334.”

Filiacion: documentos que la comprueban. *Filiacion.—Paternidad.*—Esta, es: la calidad de padre ó la relacion que tiene con su hijo; y la otra, la calidad de hijo, ó relacion con el padre.—No hay que confundir 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 (dice Goyena) mas que un atributo de la filiacion, y para probarla es necesaria al hijo la partida de matrimonio de sus padres legalmente extendida; y habiendo muerto estos dar la prueba del *art. 100 del Código español*, (que es la del 334 del presente.)—Aquí se trata solo de los medios de probar la filiacion, por que se supone que un hijo se presenta á dos esposos legítimamente casados, pretendiendo haber nacido de su matrimonio.—La *partida de nacimiento* que aquí se exige como prueba, será la de *bautismo*, de los libros parroquiales, si se trata de nacimientos anteriores al establecimiento del *registro del estado civil* introducido por la ley de 28 de Julio de 1859, (en cuyo caso están las partidas de matrimonios y defunciones): de los hechos posteriores, la comprobacion será con las copias ó asientos de libros de dicho registro ó con los documentos declarados fehacientes por el Decreto de 5 de Diciembre de 1867, segun queda dicho en la pág. 333 de la parte 1.^a de este tomo en donde se trató de las *pruebas de la edad*. Sobre la *falsibilidad* de la prueba

tomada de los libros parroquiales, véase lo dicho en las anteriores pág. 27 y 28.—Si al que presente la partida de nacimiento se le negare la *identidad de la persona* á que se refiere la misma, estará obligado á probarla, aunque podrá hacerlo por testigos, instrumentos etc.

“Art. 333. Si se afirma que el hijo nació despues de trescientos dias de disuelto el matrimonio, la parte que afirma, debe probar.”

“Art. 334. Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, ó por ausencia ó enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron; no puede disputarse á los hijos su legitimidad por solo la falta de presentacion del acta del matrimonio, si siempre que se prueba esta legitimidad por la posesion de estado de hijos legítimos, á la cual no contradiga el acta del matrimonio.”

Pero (como dice Goyena comenzo el artículo 100 del Código esp.) 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 respectiva: la ilegítimidad sería entonces evidente; y la presunión como simplemente *juris celeria* á la verdad.

“Art. 335. 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:

“1.^a. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre, con ausencia de este:

“2.^a. Que el padre le haya tratado como á su hijo legítimo, provyendo á su subsistencia, educacion y establecimiento.”

Tales han sido en la práctica las pruebas admisibles sobre filiacion y paternidad.

“Art. 336. 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 la mala fé de ambos cónyuges.”

La partida de nacimiento prueba esto y la filiacion legítima, la posesion asegura la identidad de la persona; y por lo mismo ambos requisitos fijan irrevocablemente el estado de ella; sin embargo, una sola excepcion puede encontrarse á la regla general de este artículo, á saber: la *suposicion de parto* y la *sustitucion de un niño por otro*; por que por tales delitos flaquearía la identidad de la persona.

“Art. 337. 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.”