101. Si la nueva ley estableciera, por el contrario, una nueva causa de separación, entendemos que si ésta sobreviniera después de haber empezado á regir dicha ley, ó si, á pesar de haber tenido principio antes de su publicación, subsistiera después de ella, podría ser promovida la acción para la separación personal de los cónyuges con arreglo á la nueva causa admitida por dicha ley (1).

El principio es para nosotros siempre el mismo, á saber: toda ley tiene autoridad y fuerza bastante para regular desde el momento de estar en vigor los cambios y modificaciones del estado civil y las consecuencias jurídicas de los hechos ocurridos con posterioridad que afecten al estado adquirido con arreglo á las leyes anteriores.

102. El divorcio no modifica solamente el régimen de vida de los cónyuges, sino que rompe por completo el vínculo matrimonial, lo cual implica la cesación del estado conyugal.

103. Aplicando para el divorcio el principio expuesto antes, se puede establecer como regla general que cuando la ley nueva admite el divorcio, debe ser aplicada no solo á los matrimonios celebrados después de su publicación, sino también á aquellos otros que hubiesen sido constituídos estando vigente una ley anterior que lo prohibiese; pero como hemos dicho ya en otra ocasión, no puede considerarse como un derecho adquirido el que la

(1) Una aplicación de esta regla podría hacerse en el caso de abandono voluntario por parte de un cónyuge unido en matrimonio en Italia bajo el imperio de las leyes pontificias, que concedían al marido el derecho de hacer retornar á la mujer á la casa conyugal *manu militari* cuando ésta la hubiere abandonado; pero que no admitía entre las causas de separación el abandono voluntario aceptado como tal por el art. 150 *Cód. civ. it.* Si el abandono voluntario subsistiese después de haber empezado á regir la ley italiana, no dudamos que en este hecho podría fundarse una demanda de separación según el art. 150 antes citado.

Véase sentencia del Tribunal de Ap. de Roma, 8 Enero 1879 (Sinibaldi é Balzarini). *Monit. de Trib.*, 1879, 186.

ley concede para promover el divorcio ó para que no pueda intentarse (1).

Una sola condición es indispensable para hacer aplicable á los matrimonios anteriores á ella la ley nueva que admitiese el divorcio, ó una nueva causa para solicitarlo, á saber: la de que dicha causa tenga efecto ó se realice después de haber empezado á regir dicha ley, ó que habiendo tenido principio antes, subsistiese después de dicho momento.

104. Lo mismo debe decirse respecto del caso en que la ley nueva admitiese como una de las causas de divorcio la condena impuesta á cualquiera de los cónyuges á sufrir determinada pena. En su virtud, si el juicio criminal y la condena citada tuvieren lugar antes de estar en vigor dicha ley, y el cónyuge condenado hubiera extinguido ya ó empezado á cumplir la pena impuesta, podría ser promovido el divorcio sin género alguno de duda, á nuestro juicio.

Esto no es dar efecto retroactivo á la nueva ley ni atribuir á la condena criminal, en dicho caso, un efecto que no le correspondía con arreglo á la legislación vigente cuando fué impuesta, sino aplicar la ley en vigor para regir y regular las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido ó subsistente después de su promulgación, cual es el estado de condenado á una pena criminal en que se hallaría el cónyuge á quien hubiere sido impuesta dicha condena (2).

Gabba establece la misma solución, aunque en el solo caso de una condena criminal inmediata y aún no extinguida por completo antes de la promulgación de la ley que admitiera la disolución del matrimonio por tal causa, con cuya opinión no podemos estar conformes (3).

(1) Véase lo expuesto antes, § 37.

(2) Confr. la sentencia del Tribunal de Ap. de Turin de 25 de Mayo de 1808, citada por MERLÍN, *Rep. Effet. retroactif*, § 11, artículo 111.

(3) *Della retroattivitá delle leggi*, vol. II, p. 180.

En efecto: la razón por la cual admite la ley el divorcio en el caso de condena criminal, es la de hacer cesar respecto del cónyuge inocente y de buena fama una situación en extremo penosa, pues no ha podido menos de ser considerada como una fuente perenne de infelicidad el llevar un nombre manchado ya por el delito y el hacer vida común con una persona que ha perdido toda estimación social por haber estado condenada criminalmente. Por lo tanto, ¿qué importa ni significa la circunstancia puramente accidental de que el culpable haya ó no extinguido la condena, para que en ella se funde la distinción establecida por Gabba en cuanto á la resolución de esta cuestión? ¿Puede acaso con cumplir la pena hacer cesar el culpable las consecuencias y estado jurídico creado por su condena? ¿Podría por ello recobrar la estimación social y la buena fama perdidas por el hecho de la condena? ¿Podría quitarse al cónyuge inocente la vergüenza de llevar un nombre deshonrado ya por el delito? Si, pues, subsiste la misma razón legal tenida en cuenta para aceptar esta causa de divorcio, después de cumplida la pena impuesta y no puede ser por ningún medio legal subsanado dicho estado, parece que debe ser indiferente el que la condena sea anterior ó posterior y el que la pena se haya extinguido ó no por completo antes de publicarse la nueva ley, toda vez que ésta tiene que oonsiderar como causa de divorcio el estado jurídico creado por la condena, mientras subsista dicho estado, que no desaparece ni cesa, como hemos dicho, por el hecho de haber sido cumplida la pena impuesta.

Confirma en esta opinión la consideración de que, según la ley vigente, se halla la condena á una pena criminal entre las causas por las cuales puede pedirse la separación personal de los cónyuges, bastando al legislador para ello el estado de condenado con abstracción completa de la circunstancia de haber sido ó no cumplida la pena; tanto, que tiene como justa causa hasta la condena anterior al matrimonio, si el cónyuge que pide la separación no hubiera tenido participación en el delito.

105. Un hecho anterior que no podría caer bajo la disposición de la ley nueva, sería el de la injuria grave, inferida antes de empezar á regir la ley nueva que la considerase como causa de divorcio.

La demanda de divorcio en esta hipótesis no podría ser admitida, porque estaría fundada en un hecho ya pasado, y no podría contra esto valer la razón de que dicha ley admitía el divorcio por el hecho de la injuria grave, presumiendo que la continuación de la vida conyugal y la felicidad recíproca no puede subsistir entre los dos cónyuges después de un hecho tan grave, y en consideración también á que la exacerbación del ánimo, que es consecuencia de la injuria grave, subsistiría lo mismo siendo anterior que posterior al matrimonio, pues lo contrario estaría en pugna con la regla general de que todo hecho pasado no puede ser objeto de las disposiciones de una ley nueva.

106. Entiéndase, sin embargo, que si en el caso de fundarse la demanda de divorcio en la injuria y malos tratamientos, hubieren ocurrido sólo algunos de estos hechos después de estar en vigor la ley nueva, no podría negarse á la mujer el derecho de aducir también en apoyo de su demanda los hechos ocurridos con anterioridad á dicha ley; pues es evidente que si tales hechos no pueden por sí solos motivar una sentencia de divorcio, sirven, no obstante, como prueba de la mala conducta del marido y para hacer conocer la situación en que á la sazón se encuentran los cónyuges por consecuencia de los actos comenzados antes y continuados después de la promulgación de la nueva ley.

§ 3.º

Paternidad; filiación legítima.

107. Qué ley debe regular el estado de paternidad y de filiación.—108. Es decisivo el hecho de la concepción constante el matrimonio —109. Cuestión acerca de la más larga ó más breve gestación. —110. Opinión de Kalindero.—111. Teoría aceptada por nosotros.—112. Acciones pertenecientes al padre y á sus herederos.—113. Ley por la que fuese abolida una acción establecida para impugnar dicho estado. —114. Ley que modificase ó regulase diversamente el ejercicio de la acción indicada.—115. Ley que introduzca nuevos modos de legitimación.—116. Cuestión sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio.

107. El estado de paternidad y de filiación puede ser legítimo, adoptivo y natural. Es legítimo, cuando es efecto del matrimonio; adoptivo, cuando la relación entre el padre y el hijo proviene de la adopción, y natural, cuando la procreación de la prole ilegítima trae su origen del precepto de la ley ó de declaración espontánea por parte del padre, ó de una demanda judicial por parte de la prole ó de sentencia del Juez competente.

Según la ley vigente, hay que estar al momento en que se verifica el nacimiento para decidir si pueden ó no tenerse como concurrentes todos los requisitos y circunstancias exigidas por la ley para atribuir al hijo la condición de legitimidad ó ilegitimidad. El estado de hijo ó de padre legítimo de tal modo establecido, se debe considerar como un estado permanente, aunque después se modifiquen las leyes sobre las condiciones constitutivas del mismo (1).

(1) Confr. Cass. de Turin, 22 Octubre 1881. Morosini, *Monit. de Trib.*, 1881, p. 1084.

Por lo tanto, la condición de legitimidad depende de que se hayan realizado todas aquellas circunstancias y aquellos requisitos establecidos por la ley, y á los cuales asocia la misma la presunción de legítima procreación.

A primera vista podría decirse que la ley en vigor es la que debe servir para decidir si concurren ó no en cada caso los requisitos legales exigidos para la legitimidad, y que, en su consecuencia, podría ser negada la legitimidad con arreglo á dicha ley si no concurrieren dichos requisitos. Pero no menos debe tenerse en cuenta que la legitimidad, en cuanto es consecuencia directa de los hechos realizados en conformidad á la ley vigente, constituye para el hijo un derecho concreto y perfecto, puesto que establece y determina la condición jurídica y el estado personal del mismo; y en su virtud, hay que reconocer que cuando hubiese sido adquirida la legitimidad según la ley antigna antes de la publicación de la ley nueva, debe ser como tal respetada por la ley posterior.

108. La condición indispensable para atribuir al hijo el estado de legitimidad, es que haya sido concebido durante el matrimonio. Partiendo de esta condición, las leyes han fijado un término máximo y otro mínimo á la concepción, á contar de la constitución del mismo ó con referencia á su terminación, para presumir legítima ó ilegítima la procreación. La norma del Código vigente en la actualidad en Italia es la siguiente: «Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de los »180 días de la celebración del matrimonio y dentro de los »300 días siguientes á la disolución ó anulación del mismo» (art. 160). Según la ley austriaca, se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido *en el décimo mes*, ó sea también dentro de los 300 días antes indicados.

109. Dadas las disposiciones que quedan citadas, puede surgir la duda de si deben aplicarse en cuanto á los hijos nacidos después de la promulgación del Código italiano en las provincias sujetas antes al Austria, que, como es sabido, se rigen por la legislación austriaca, las disposiciones de esta legislación ó las del Código italiano

para fijar el término máximo de la gestación, á fin de poder deducir la presunción de la procreación legítima. La misma duda podría suscitarse en el caso de que una ley posterior modificase el término fijado como mínimum para la presunción de la gestación legítima.

A primera vista podría parecer que así como la concepción es por sí un hecho jurídico que atribuye derechos, tanto que el que fuere concebido puede desde ese momento suceder y adquirir la herencia bajo condición de nacer vivo y viable, también debería admitirse que el hijo que fuere concebido estando vigente la ley austriaca, que le atribuía el estado de hijo legítimo bajo la condición de que naciese en el décimo mes lo más tarde, debería ser considerado como tal, si hubiere nacido por ejemplo el día 302, á pesar de que en el momento del nacimiento estuviese en vigor la ley italiana que no admite, según queda dicho, la presunción de legítima procreación después de los 300 días.

110. Esta opinión ha sido sostenida por Kalindero y por otros escritores, los cuales alegan en apoyo de tal doctrina que cuando las leyes aseguran al hijo el beneficio de la presunción de la procreación legítima á condición de que tenga lugar el nacimiento dentro del término fijado por las mismas á contar del fallecimiento del marido, no debe ser privado el hijo de tal beneficio en virtud de una ley posterior que le sea menos favorable. En otros términos, consideran dichos escritores el *favor legittimitatis* como un derecho adquirido, y por tal razón pretenden que debe aplicarse la ley anterior en cuya virtud ó bajo cuyo imperio se hubiere adquirido ó creado ese derecho.

Debemos, sin embargo, observar, que si toda la razón para resolver esta cuestión consistiese en asegurar un *beneficio* al hijo ó en estar á lo más beneficioso para este, sería necesario admitir también que en la hipótesis contraria debería aplicarse la ley vigente en el momento del nacimiento si esta fuese más favorable para el efecto de atribuir al hijo nacido la cualidad de legítimo, y esto nos llevaría á aquella vaga teoría combatida por nosotros de

aplicar en todo caso la ley nueva ó la antigua según que la una ó la otra fuese más favorable, teoría verdaderamente falta de toda base jurídica.

Por otra parte, al atribuir ó negar la ley la legitimidad al hijo, en el caso de nacer después de la muerte de su padre, no se inspira en el propósito de beneficiarle, ó por decirlo así en el *favor legittimitatis*, sino en la presunción legal de que la concepción haya tenido lugar durante el matrimonio.

111. Nosotros seguimos, en su virtud, la opinión sostenida por Gabba (1) y por Borsari (2), á saber: que el término para la presunción de la concepción legítima debe regirse por la ley vigente en el momento del nacimiento.

A las razones expuestas por los citados escritores agregamos nosotros, que si bien la legitimidad del nacimiento es una consecuencia de la legitimidad de la concepción, sin embargo, el hecho cierto objeto de la disposición de la ley, y sobre el cual se establece la presunción legal, es el nacimiento, y por lo tanto, hay que estar á ese hecho para atribuir ó negar la legitimidad al hijo nacido en dichas condiciones.

Con relación al nacimiento cada legislador ha establecido, según los criterios de la ciencia y de la experiencia, cuándo debe presumirse que la concepción ha tenido lugar durante el matrimonio ó fuera de él; y por el principio general de que todo hecho jurídico cae bajo el imperio de la ley vigente en el momento de su realización, es para nosotros indudable que ninguna otra ley debe aplicarse para establecer la presunción de la concepción legítima que aquella que estuviese en vigor cuando se realizó el nacimiento.

El argumento de Kalindero es un círculo vicioso, mediante el cual supone concebido durante el matrimonio al niño aun no nacido y le supone así concebido para que

(1) GABBA, *Teoría de la retroactividad*, v. 11, cap. v, § 8, p. 195 y siguientes.

(2) BORSARI, *Título preliminar* § 33.

pueda aplicársele la disposición de la ley antigua, aunque dicha ley no se halle en vigor en el momento en que tenga lugar el nacimiento.

Por el contrario, entendemos nosotros que la concepción legítima ó ilegítima depende de la presunción legal que tenga como realizada dentro ó fuera del matrimonio dicha concepción. Esa presunción la establece cada legislación, relacionando el término del nacimiento con el del matrimonio, y con arreglo á los criterios de la ciencia y de la experiencia, determina cuándo debe considerarse realizado dentro ó fuera del matrimonio, por lo que es evidente que según la ley que estuviese en vigor en el momento de verificarse el nacimiento debe resolverse si ha de tenerse ó no como legítima la concepción, porque bajo el imperio de la misma se realizó el hecho del nacimiento, que es el hecho cierto sobre el cual se funda la presunción.

112. Para cuanto atañe á las acciones pertenecientes al padre ó á sus herederos y á los terceros para desconocer ó impugnar la legitimidad de la prole, y á las que corresponden al hijo para reclamar tal estado y para suministrar la prueba de él debe aplicarse también la ley vigente en el momento del nacimiento. Si la condición de legitimidad depende en efecto de que se verificasen aquellas circunstancias y aquellos extremos de hecho á los cuales asocia la ley vigente en el momento del nacimiento la presunción de legítima procreación, es claro que la legitimidad, como consecuencia directa de tales hechos, no puede ser apreciada ó valuada más que con arreglo á las leyes vigentes en el momento en que dichos hechos se realizaran ó dichas circunstancias se cumplieran.

113. Sin embargo, en cuanto á esto, debemos notar que si la ley nueva aboliese absolutamente el ejercicio de toda acción judicial para impugnar el estado en las circunstancias por ella misma determinadas, tal prohibición absoluta sería un obstáculo para que se pudiese ejercitar la acción bajo la base de una legislación anterior.

Esto debe decirse, por ejemplo, de las disposiciones

del artículo 173 del Código civil vigente, el cual dispone que «ninguno puede reclamar un estado contrario á aquel que le atribuyen el acto del nacimiento legítimo y la posesión conforme al mismo.»

Con tal disposición quiso el legislador dejar seguros y estables los vínculos de la familia legítima, y á fin de impedir que pudiese ser turbado por tiempo indefinido el orden de la familia y la condición civil de las personas, ha negado toda acción judicial para reclamar un estado contrario á aquél atribuído al hijo legítimo por el acto del nacimiento y por la posesión de dicho estado conforme al mismo.

Ahora bien: esta disposición es absoluta é impide el ejercicio de cualquiera acción que se hallase en las circunstancias indicadas en el artículo mencionado, y como quiera que en las disposiciones transitorias no se hace ninguna reserva para limitar la aplicación de tal precepto respecto de aquellos que nacieren bajo el imperio de las legislaciones anteriores, por esto es para nosotros evidente que dicha disposición debe ser aplicada también á ellos.

114. Supongamos que la ley nueva sancione la máxima de que la acción para reclamar el estado legítimo es imprescriptible respecto del hijo. Tal disposición deberá ser aplicada también á los hijos nacidos bajo la ley anterior, y cuya acción para reclamar tal estado no hubiese prescrito ya al tiempo de ponerse en vigor la ley nueva.

Es indudable que la disposición citada tiene por objeto regular el ejercicio de las acciones judiciales para arreglar el orden de la familia, y sujetaría á su imperio todas las acciones para reclamar el estado legítimo que se tuviese derecho á ejercitar después de estar en vigor.

115. No puede tampoco ser dudoso que si la ley nueva introdujese nuevos modos de legitimación, sus disposiciones serían aplicables también á los hijos nacidos bajo la ley anterior. La legitimación sería en este caso la consecuencia del hecho jurídico, terminado después de haber

comenzado á regir la ley nueva, y es natural que deba, por lo tanto, sujetarse á los preceptos de la misma.

116. Una dificultad podría suscitarse en el caso de que la ley nueva admitiese la legitimación por consecuencia del matrimonio celebrado por los padres del hijo nacido fuera del matrimonio, como sucede en España con los hijos naturales que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio.

En este caso se podría dudar si debería aplicarse también las disposiciones de dicha ley nueva y ser, en su virtud, legitimados los hijos habidos por aquellos que se hubiesen casado antes de la publicación de la misma.

Podría opinarse, desde luego, que así como las consecuencias jurídicas de un hecho caen bajo el imperio de la ley que rigiera en el momento en que dicho hecho se hubiese realizado, del mismo modo deben quedar sujetas á la ley vigente cuando el matrimonio quedó ultimado, las consecuencias del mismo, tanto en los demás efectos del matrimonio, como en los relativos á la legitimación de la prole habida entre los cónyuges con anterioridad á su celebración. Esta es la opinión de Savigny.

A nosotros nos parece mucho más correcta la opinión de Gabba (1), según la que debe ser aplicada también la ley nueva, para tal efecto, hasta respecto de aquellos que estuvieren ya unidos en matrimonio antes de haber comenzado á regir dicha ley, y por lo tanto, serán legitimados por virtud de la misma, los hijos que hubieren tenido los cónyuges antes de su matrimonio, aunque al tiempo de celebrarse éste no estuviese admitida por la ley á la sazón vigente dicha clase de legitimación. Según dicho publicista, no sólo en consideración al objeto de la ley, que ciertamente está dictada para favorecer la prole natural, sino también por otras muchas razones no menos importantes, se debe admitir interpretando la voluntad misma de los padres que ellos quieren aprovechar las favorables disposiciones de la misma para atribuir á sus

(1) GABBA. Obra citada ya, v. II, § 4.

hijos la legitimidad. Estas serían, en verdad, razones muy poderosas para admitir que la ley nueva debe tener la más amplia interpretación y tal vez decisivas en el sistema por nosotros impugnado de estar á lo más favorable para decidir si debe aplicarse la ley antigua ó la nueva. Pero otras más importantes y científicas existen que abonan dicha opinión.

En efecto, la legitimación por subsiguiente matrimonio se funda en dos hechos: uno, la procreación que según derecho natural hace nacer en el hijo el derecho de obtener de la persona que le engendró la asistencia y subsistencia; y otro, el matrimonio que legitima tal relación jurídica en cuanto al orden civil. Ahora bien, si tales hechos continúan subsistiendo después de la promulgación de la ley nueva, ésta puede, *sin incurrir en retroactividad*, atribuir á los mismos consecuencias jurídicas distintas, porque no son derechos perfectos y adquiridos. De aquí que, conforme á los principios generales, la ley nueva debe producir todos sus efectos jurídicos respecto á dicha legitimación desde que empiece á regir, porque subsistiendo siempre la relación de filiación y durando el matrimonio después de la promulgación de la misma, la ley nueva puede regular tales hechos y sujetar á sus preceptos imperativos las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan.