

LEY DÉCIMA TERCIA.

(L. 2.^a, TÍT. 5.º, LIB. X, NOV. REC.)

Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos ó son abortivos; ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nacido, y que no es abortivo, quando nació vivo todo, y que á lo ménos despues de nacido vivió veinte y quatro horas naturales, y fué baptizado ántes que muriese; y si de otra manera nacido, murió dentro del dicho término, ó no fué baptizado, mandamos que el tal hijo sea havido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes. Pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento, claramente se provasse que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurren en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea havido por parto natural ni legítimo.

COMENTARIO.

I.

1. Esta ley contiene evidentemente dos partes, á más de la explicacion con que principia, y que fué el motivo de dictarla. La primera, clara en su propósito, clara en su precepto, completamente en armonía con ese motivo que quedaba consignado.

La segunda, cuya relacion con él no se advierte del mismo modo, expuesta á dudas acerca de su fin, y que no explica por sí propia todo el derecho que establece, sino que se refiere á disposiciones que debían ya existir en otros códigos.—Hablaemos ante todo de aquella, que no há menester esfuerzos de estudio, para venir luego, como es razon, á examinar y á comprender esta otra.

2. Sabido, vulgar es que los hijos son herederos legitimos y forzosos de sus padres; y no solo los que viven á la época de su muerte ó que han dejado á su vez otros hijos para representarlos, sino tambien los póstumos, los que nacen despues de esa muerte misma. Si al testar el padre no ha contado con ellos para instituirlos, ninguna duda tiene que al nacer anulan, rompen, modifican, segun los casos, la institucion que aquel hubiese hecho. Esta doctrina, repetimos, es en principio vulgar, y no hay obligacion de desenvolverla ahora. La suponemos, debemos suponerla, como la supone y la da por sentada esta ley.

3. Mas para que el hijo póstumo sea tal heredero de su padre, para que su nacimiento produzca efectos, para que adquiera derechos y los transmita á alguna persona, es necesario que efectivamente llegue á nacer y á vivir, como un ser completo, natural, humano: es necesario que no sea tan solo un embrion, y que el parto que le produce no sea un aborto. Un aborto no da tales derechos á los ojos de la ley: un embrion, un feto, un principio de sér, que no tiene el complemento necesario para vivir humanamente, siquiera nazca porque de hecho salga á luz, ni puede recibir para sí nada proveniente de los que le engendraron, ni traspasar á nadie por su falta eso propio que hubiera debido ser suyo, mas que *de facto* no llegó á serlo.

4. Tambien esta doctrina es clara, y en sus fundamentos no ofrece ninguna dificultad. Supuesta la condicion de ser completo ó de ser abortivo, no caben dudas, no caben cuestiones, en cuantos casos se presenten. Los seres completos, naturales, adquieren derechos y los transmiten; los seres incompletos, abortivos, los propiamente fetos ó embriones, ni pueden poseer, ni pueden traspasar. La dificultad única del caso ha de estar necesariamente en la calificacion de aquello que nació. ¿Vivia, ó no vivia, segun la naturaleza? ¿Lo estimó vivo y vividero, ó lo estimó abortivo la ley?

5. Las de nuestros antiguos códigos no parecían explicitas ó suficientes en el particular. Teníamos dos del Fuero-Juzgo (la 18.^a y la 19.^a, tit. 2.^o, lib. IV), cuyas palabras terminantes

eran como sigue: «....Establescemos—(dice la primera)—que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo, é visquiere X dias.....» Y la segunda: «El padre muerto, si el fio ó la fia visquieren X dias, *ó más ó ménos*, é fuere baptizado, quanto quel pertenecía de la buena del padre, todo lo deve aver la madre.»—Si en esta segunda ley, enmendando al parecer la anterior, no existieran las palabras *ó más ó ménos*, ellas nos habrian dado una regla, que podría parecer acertada ó no acertada, pero que sería indudablemente fija y segura. El hijo póstumo que no viviese diez dias sería estimado abortivo, y el que viviera y hubiese sido bautizado se tendria por natural para los efectos de recibir y transmitir herencias. Mas ese *ó más ó ménos* de la ley posterior destruye de todo punto la fijeza del plazo, y acaba así con lo que la primera determinaba, constituyendo la esencia de la condicion que debían contener. ¡*Ménos!* ¿Hasta dónde llega este *ménos*, cuando era un minimum de vida lo que aquí debía y parecía buscarse, como prenda de ser natural y completo el ente que había venido á luz?

6. El Fuero Real, más lógico en esto que el Juzgo, prescinde de señalar tiempo alguno de vida, toda vez que no se propone el señalarlo fijo y constante. La ley 3.^a, tit. 6.^o de su libro III, comienza con estas palabras: «Si el que muriere dexare su mujer preñada, é no oviere otros fijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la mujer escriban los bienes del muerto ante el alcalde, é téngalos la mujer: é si despues nasciere fijo ó fija, é fuere baptizado, haya todos los bienes del padre; etc.» Donde se ve que, con arreglo á este Código, aun la vida instantanea era suficiente, con tal que la santificara el bautismo: que todo sér, perfecto ó imperfecto, nacido en condiciones ó sin condiciones de duracion, siempre que de hecho viviese y recibiera el agua de la fé católica, era ya en el acto heredero de su padre anteriormente muerto, y ganaba derechos incuestionables, ora para sí propio, ora para transmitirlos á su madre, á los padres de su madre, ó á las personas, en fin, que fuesen herederos legítimos de él propio.

7. Eran, pues, distintos sistemas el del Fuero-Juzgo y el del Fuero Real. Aquel había querido confirmar el hecho de la vida con cierta duracion de su esencia, aunque la fórmula que empleó en su segunda ley era ilógica y desgraciada: éste, el Fuero Real, había prescindido de semejante confirmacion, y contentándose con el hecho del vivir, aunque tal hecho fuese instantanea-

neo, aunque consistiese únicamente en nacer y en recibir el bautismo.—Sólo en este último punto, en el del bautismo, habían estado conformes los dos Códigos: ni uno ni otro permitían que gozase derechos de familia en nuestra nación el que no había entrado en el seno de la Iglesia, ni recibido sobre su frente el sacramento que nos regenera y nos salva.

8. El propio sistema que dejamos señalado como del Fuero Real es también el que siguen las Partidas. Lo encontraban por una parte en aquella ley verdaderamente española; y por otra, lo tenían también en su ordinario modelo, el cuerpo del derecho romano. Así, nada hay en ellas que indique la necesidad de un determinado tiempo de vida. Con tal que el hijo póstumo viva al nacer, con tal que sea hombre y no monstruo (1), hereda indudablemente á sus mayores, y transmite á su vez la herencia á los que de él deduzcan su derecho. Ni aun la circunstancia del bautismo se exige en estas leyes, como se había exigido en las anteriormente citadas; no la pedía el derecho imperial, y no ocurrió añadirla á los doctores de que se valía D. Alfonso.

9. Con semejantes antecedentes, vese bien toda la fuerza del motivo alegado en la que nos ocupa; toda la exactitud de la calificación de insuficiente, que hemos dado á nuestro antiguo derecho: debían, sin duda, de ocurrir cuestiones sobre si los hijos que morían recién nacidos eran seres abortivos ó naturales, sobre si habían vivido ó no habían vivido en verdad y realidad. En aquellos primeros instantes de la existencia, la vida tiene que ser algo de bien tenue y de bien dudoso: cuando á los pocos momentos ya no se conserva, bien puede vacilarse, bien puede disputarse sobre si al nacer se tuvo ó no se tuvo. El bautismo, por otra parte, no acaba de justificar el hecho de la afirmación; porque el bautismo de socorro se presta, y debe prestarse siempre, por poca duda, por leves probabilidades de vida que haya. De manera, que cada caso en que hubiese un recién nacido muerto á los pocos minutos ó á las pocas horas, no podía ménos de producir, en el hecho, un pleito sumamente dificultoso; en la razón, un problema las más veces insoluble. La materia se prestaba á esas incertidumbres; y los intereses las fomentarian, sin duda alguna, hasta el término que indican las palabras con que comienza nuestro texto.

10. Por eso se volvió en él al sistema del Fuero-Juzgo, si

(1) L. 5.^a, tít. 23.^o, P. IV.—L. 8.^a, tít. 33.^o, P. VII.

bien perfeccionándolo en su idea, y haciéndolo consecuente en su expresion. Quiso que la vida del nacido fuese comprobada con algunas horas de duracion y subsistencia despues del nacimiento, á más de exigir que fuese completa en el sér que venía á luz, cuanto esto puede reconocerse en tal estado y en tales circunstancias. Supúsose que el que no nace vivo todo, y no permanece tal siquiera un dia, es porque tiene tal vicio, tal desorden, tal imperfeccion fundamental, que no puede estimarse naturalmente vividero, que es abortivo en la esencia, aunque disfrute un principio de vitalidad, inseguro, efímero, transitorio. Supúsose, por el contrario, que cuando se ha nacido con plenitud de vida, y ha podido disfrutársela veinte y cuatro horas, la existencia natural, humana, es perfecta, como lo puede ser en el término de la gestacion y en el momento de un verdadero parto. Y aceptando para base de la ley estas suposiciones, se creyó encontrar algo que era á la par visible, notorio, por sí, y que no consentía tanta dificultad ni tanto litigio como los que de buena fé y de mala fé podían ántes suscitarse. Más racional y más práctico al mismo tiempo este sistema, hizo bien la ley en arbitrarlo y en escribirlo en el presente Cuaderno de buen sentido y de justicia, que pedían los pueblos, y que formaban para satisfacerlos los Reyes. Y acertada debió ser la resolucion, cuando al cabo de tres siglos y medio de existencia no sabemos que haya pedido nadie que se altere ó que se modifique.

11. Excusado nos parece el advertir, como conclusion de este punto, que los defectos con que pueden nacer esos seres de que se trata, no les empecen de ningun modo, si son tales que con ellos puede vivirse. No ha de tenerse por feto aquella criatura á la que falte un brazo, pues que vemos seres que viven larga vida con faltas semejantes. Otra cosa sería si apareciese un verdadero monstruo, de los que escribieron las leyendas, y admitieron como posibles los códigos antiguos; pero la verdad es que esos entes informes ó no viven nada, ó no viven las veinte y cuatro horas que demanda nuestro texto. Con ese plazo se ha evitado y se ha resuelto toda racional dificultad: no prescindiendo de él nunca, improbable es que se presente caso alguno en que pugnen entre sí lo que manda el derecho y lo que aconseja imperiosamente la razon.

II.

12. Pero hay en esta ley una segunda parte, segun dijimos más arriba y habrán observado por sí nuestros lectores.—«Si por el ausencia del marido (dice) ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurren en el dicho fijo las calidades susodichas—(nacer vivo todo, vivir veinte y cuatro horas, y ser bautizado,)—que no sea habido por parto natural ni legitimo.»—Son las textuales palabras.

13. Ahora bien: ¿qué es lo que tales palabras quieren decir? ¿Qué es lo que supone esta declaracion? ¿Para qué se hace y se consigna en la presente ley?—Reflexionemos un poco, á fin de comprenderla á ella, y de alcanzar y determinar su objeto.

14. Partamos como primera base, de que la gestacion tiene su plazo natural; no fijo é invariable de todo punto, por minutos ó siquiera por horas, pero encerrado sí dentro de ciertos límites, de un mínimo y de un máximo que no se traspasan. La naturaleza no podía dejar de tener en ésto una ley, como la tiene en todas las cosas. El hombre ha pugnado por conocerla, ha tenido necesidad de conocerla, y próximamente la conoce. La observacion y la ciencia se la han dicho, siquiera no sea con toda perfeccion; y él la ha escrito en sus códigos, donde estaba obligado á escribirla para resolver gravísimas cuestiones de legitimidad.

15. Nueve meses cumplidos es el plazo vulgar que en todos los tiempos ha designado el mundo como término del embarazo en las personas humanas. Y sin embargo, desde el instante mismo de fijarse esa regla, se conoció bien que tenía cierta amplitud, y que sus verdaderos límites estaban más acá y más allá de ese determinado punto. Desde el séptimo y hasta el décimo mes han sido siempre reconocidos y comunes los partos de seres vivideros: desde el séptimo hasta el décimo, principiado aquel, terminado éste, los han proclamado en todo tiempo como buenos y legítimos la ciencia y la legislacion, desde Platon é Hipócrates hasta las Partidas de D. Alfonso y el Código penal de 1849 (1).

(1) L. 4.^a, tit. 23.^o, P. IV.—Art. 400 del Código penal.

16. No es del caso examinar aquí si la ciencia ha dicho su última palabra, ni si la legislación no debería sufrir alguna reforma, en el caso de que aquella prestase nuevos datos, de todo punto concluyentes. Recusándome á mi mismo respecto de lo primero, paréceme sólo que hechos extraordinarios, fenomenales, siquiera tengan toda la certeza apetecible, no se pueden tomar como base para prescripciones comunes, exponiéndose así á todas las malas artes del interes y de la corrupcion. Puede ser que se haya presentado en el mundo un parto natural de doce meses: pero si este hecho se tomase como regla, ¿cuántas viudas no se harian engendrar hijos dos y tres meses despues que han quedado tales, y los harian pasar como legítimos de aquel cuyo nombre llevaron? Bueno es, diremos siempre, tener en cuenta las posibilidades de lo justo y de lo lícito; pero no lo es ménos advertir las de lo injusto y de lo criminal. Algo debe inclinarse el ánimo en la suposicion de lo inocente; pero no tanto que se abra la puerta, para precipitar en el vicio á los mismos que se guardarían de él en más severas circunstancias.

17. Como quiera que ésto sea, nuestra legislación supone que el periodo del embarazo es de siete meses empezados á diez meses cumplidos, de ciento ochenta y uno á trescientos y un dias. Si una mujer casada de ménos tiempo que aquél pare y tiene descendencia, esta tal descendencia no se estima legitima prole de su matrimonio. Si una mujer viuda ó cuyo marido está ausente, pare y tiene descendencia, cumplidos esos trescientos y un dias de la ida ó de la muerte, esa tal descendencia no se estima legitima del marido ausente ó difunto. Esto es lo que se deduce de la ley de Partida y del artículo del Código penal que hemos citado, no contradichos por ningun otro texto.

18. Teniendo á la vista un derecho semejante,—(no el del Código, como se supone, sino el de las Partidas,)—fué como se concibió y se dictó esta ley de Toro que al presente nos ocupa. Ella había comenzado diciendo que se estimase parto natural aquel en que el recién nacido se presentaba vivo del todo, conservaba esa vida por veinte y cuatro horas, y entraba con el bautismo en el gremio de la Iglesia. Mas en el instante en que lo decía así, presentóse á sus autores la posibilidad de que el matrimonio de los que aparecian padres del hijo, de su madre y del que estaba ó había estado casado con su madre, ó no llevase bastante tiempo para producir prole naturalmente, ó no pudiera ya producirla, por haber cesado de hecho, ora con la muerte del padre, ora con su ausencia, que traía la separacion de los

cónyuges. Cabía sin duda tal hipótesis: era esta suposición posible: y parecióles, en su juicio, que debían indicar y resolver la dificultad. ¿Declararemos naturales (debieron de preguntarse) estos partos de que tratamos, éstos en que el hijo vive un día y se bautiza, cuando las circunstancias de los padres presuntos eran de tal género que no los pudieron engendrar, según la ley y la doctrina comun? ¿Los declararemos naturales, efectivos, salvo el que se tengan por ilegítimos después; ó evitaremos esta segunda y escandalosa cuestión, disponiendo que no se estimen por de aquella clase (naturalmente nacidos), con lo cual no hay necesidad de discutir si fueron ó no fueron de esta otra, (ilegítimos, de adulterio)?

19. Hé aquí en nuestro juicio la razón y el objeto de la ley: hé aquí la única clave para comprenderla y aplicarla rectamente. Había tenido por propósito el evitar las dudas que solían ocurrir acerca de los hijos *que mueren recién nacidos*: ésto lo dice en terminantes palabras ella propia; no cabe desconocerlo, no cabe dudarle. De esos es, pues, de los que quiere hablar; para semejantes casos es para los que instituye y ordena derecho. Acerca de los que pasan de ese primitivo instante, acerca de los que duran y entran de lleno en la vida, nada pretende decir, y nada dice, sobre lo que se hallaba estatuido en los demás códigos. Si se disputa sobre su condición, á esos otros códigos es adonde hay que acudir para resolverla. La materia de esta ley son los recién nacidos que fallecen en aquellos umbrales del mundo: el objeto de esta ley es el declarar si de esos seres débiles, efímeros, transitorios, fué ó no fué natural, real, efectivo, productor de derechos, el nacimiento. Pues bien: ella ha distinguido dos casos: el primero que es el comun, el que escribe como regla; y otro segundo de especiales circunstancias, en el que ha estimado prudente modificar esa regla misma. Según aquel, hay nacimiento natural, efectivo, legal, cuando el recién nacido llenó las condiciones que hemos explicado en los números precedentes. Según este otro, no hay tal nacimiento natural, legal, efectivo, causante de derechos civiles,—supuesta siempre la muerte, y la muerte próxima del recién nacido propio,—cuando el tal se presentaba con las apariencias, con el carácter, con la aspiración de hijo de personas casadas, y estas personas no podían tenerlo de su enlace, ó por el corto tiempo que llevaba éste de contraído, ó por el largo tiempo que llevaban ellas de separadas ó ausentes entre sí. La consideración de la imposibilidad vence aquí, en el ánimo de la ley, al hecho del alumbramiento.

miento con verdadera vida.—Volvemos á decir, y no era necesario decirlo, que cuando el recién nacido no muere, el caso de la ley falta, y no pueden ménos de cesar de todo punto tales apreciaciones.

20. Esta es, por lo ménos, nuestra inteligencia del precepto legal, y de los motivos del precepto legal. Ni su estructura ni sus frases nos permiten atribuirles otra. El propio, ese precepto, señaló su cuadro, que ha llenado en la forma, á su parecer, más racional y más prudente. Para cualquier otro que se concibiera, habría que buscar el fondo en otros supuestos.

21. Si se nos pide ahora nuestro juicio, confesaremos que no es, que no puede ser favorable á esta parte segunda, innecesaria, vaga, que vuelve á abrir las propias incertidumbres que cerraba la primera. No proponiéndose la ley sino decir lo que estimaba nacimiento natural, en contraposición á nacimiento abortivo, para resolver las cuestiones que sobre ese punto existían ántes, creemos que debió terminar su declaración, y hacer punto final, donde acababa aquella primera parte, tan racional y tan completa. La segunda puede haber sido inspirada por un buen propósito; pero estamos seguros de que desarmoniza la obra, de que perjudica al pensamiento, de que produce esas dificultades, y lo que es peor, de que no las resuelve. El límite cierto de la primera desaparece, convirtiéndose en una división arbitraria: el propósito de fijeza se viene á desvanecer, aunque no sea para todos los casos. Si en los hijos indudablemente legítimos tenemos una regla inconcusa, en muchos que no merecen aquella calificación es notorio que ya no la tenemos, con que conocer si fueron abortivos ó si nacieron naturalmente. Para aquellos es bastante una existencia de veinticuatro horas, á fin de que se juzguen naturalmente nacidos: ¿cuál es la que han de tener estos otros, á fin de que también se les estime tales? La ley no lo dice: la ley nos deja en lo arbitrario: la ley, que ha querido acabar esas dudas, no las resuelve completamente como era su deber.

22. Mientras más se reflexione, más clara se verá la justicia de nuestra censura. Para calificar un parto de tal parto ó de aborto, para estimar á un recién nacido persona ó feto, para tener por un ente humano ó por un mero embrión á lo que nace, de nada deben servir ni nada influyen cuentas de matrimonio ni meses de ausencia. Lo que se trataba de definir aquí era la existencia de un niño, y no la legitimidad de un niño; y toda vez que hubiese nacido vivo, y durado veinticuatro horas, y

sido bautizado, nos parece que niño debíamos tener, fuesen los que fuesen sus padres. Si no podía haberle procreado el que estaba unido con su madre ante la Iglesia, otro sería el que lo hubiese hecho. Las leyes que declaran la legitimidad serian las que debiesen regular este punto, las que darian el derecho en esta ocasion; lo tocante á la realidad del nacimiento nada tiene que ver con ellas. La presente debió terminar con su primera parte; porque esa sola parte es la que entra en su objeto, y la que conduce á su propósito. ¿Qué es lo que ha hecho la segunda? Que podamos contemplar un niño nacido de dos dias, de cuatro dias, de ocho dias, y que sea una cuestion si es ó no es un sér completo y humano, solo porque no podemos decir quién fué su padre, ó porque sepamos que el marido de su madre no lo es.

23. Como quiera que sea, la cuestion capital, tratándose de leyes, no puede versar nunca sobre nuestro juicio, sino sobre su inteligencia. La de la presente nos parece la que hemos indicado más arriba, fija en su primera mitad, insegura y dando ocasion á cuestiones en la otra. Ante ella, que es el derecho, fuerza es inclinar las críticas individuales, reduciéndolas á lo que son: meras expresiones de particular juicio, que no tienen sino un valor muy limitado en el estadio de los hechos públicos.
