

existencia, mas de ningun modo la validez del segundo matrimonio. En sentido inverso, una sentencia de Montpellier del 2 de Marzo de 1832 desechó con razon la accion que se dirigia á poner en cuestion la existencia del matrimonio, cuando habia, además del título ó partida de nacimiento, posesion de estado, tanto de los padres como de los hijos; solamente no estuvo acertada la sentencia en atender al art. 332 y no al 197.

208. Los hechos que constituyen la posesion de estado de hijo legítimo, deben regularmente emanar de los dos esposos. Habitualmente será el marido quien dirigirá la educacion del hijo, y esto esplica porque menciona el art. 321, especialmente *al padre*, no obstante ser conveniente, que se tome en consideracion igualmente los hechos relativos á la madre. ¿Qué deberá decidirse cuando los dos esposos han vivido separadamente, y existe la posesion respecto de uno de ellos? Desde luego, siempre que presenten los hechos alguna equivocacion, se deberá ver en ellos fácilmente la posesion de estado de hijo natural mas bien que la de hijo legítimo. Mas si resulta de las circunstancias de la causa esta última igualdad, debe examinarse respecto de qué cónyuge se halla probada la posesion. Si es respecto del marido, dirémos sin vacilar con Merlin (Repert. vº LEGITIMIDAD, Secc. II, § IV, núm. 3), que la posicion del hijo es eminentemente favorable. Por el solo hecho de haberle tratado constantemente el marido como á hijo suyo legítimo, son eminentemente verosímiles su nacimiento en legítimo matrimonio, y en su consecuencia, su filiacion respecto de la mujer. No hay duda, que el testo de Ulpiano (l. t. §. 12, D. *de agnosc. lib.*): "Grande præjudicium adfert pro filio confessio patris," tiene poca autoridad en nuestro derecho, puesto que en Roma no habia hijos legítimos respecto de la madre, lo que hacia que tuviese menos gravedad su voto. Pero las antiguas sentencias citadas por Merlin (Loc. cit.), prueban que la jurisprudencia francesa ha dado siempre grande importancia

á la posesion de estado con respecto al marido. Mas duda ofrece la hipótesis inversa, pudiendo ser la mujer inducida mas fácilmente á tratar como hijo legítimo el fruto de un comercio ilícito; mientras que el marido cometeria el crimen de suposicion de parto (Cód. pen. art. 345), atribuyendo así un hijo á su mujer. Pero se ha opuesto, que es una suposicion enteramente gratuita la existencia de una posesion de estado respecto de solo la madre, la posesion de estado es indivisible y no podria existir, respecto de uno de los padres solamente (comp. París, 25 de Mayo de 1852). No es imposible, no obstante, que una mujer separada de hecho de su marido, trate á un hijo como legítimo, y tal era el carácter del caso que dió lugar á la sentencia de 25 de Agosto de 1812. En otro caso, juzgado por la audiencia de Tolosa el 4 de Junio de 1842, se ha consignado, que existia la posesion respecto del marido; pero añade la sentencia, que, aun cuando no existiera esta circunstancia, *los principios de derecho protegen al reclamante*; de donde se puede deducir, que respecto de la madre, si interviniera ella sola en el pleito, los hechos de la posesion de estado, aunque refiriéndose á ella sola, probarian la legitimidad. Partiendo de este punto, muy controvertido, y que parece contradecir la sentencia del 23 de Agosto de 1812, hemos juzgado en nuestra primera edicion, que semejante posesion de estado no tiene efecto con relacion al padre; pero, en nuestra edicion segunda hemos reconocido, y en el dia tenemos mayor conviccion de ello, que la prueba testimonial de la maternidad hecha por quien no tiene título ni posesion, bastando segun veremos para acreditar la paternidad hasta que se deniegue ó desconozca, es imposible reusar el mismo efecto á la prueba de la maternidad que resultó de la posesion de Estado. En último resultado, la sentencia que acredita de esta suerte la posesion de la legitimidad respecto de la madre, tiene mas fuerza que una simple confesion, puesto que debe darse con conocimiento de causa y contradictoria-

mente con la familia paterna. Mas por el solo hecho de tener consecuencias semejantes la posesion de estado justificada respecto de la madre, será admitida muy difícilmente por los tribunales, debemos confesarlo.

209. Si no hay título ni posesion, no hay otro recurso que la prueba testimonial directa de la filiacion. No dirigiéndose ya esta prueba sobre hechos públicos, como el de la posesion de estado, nuestra antigua jurisprudencia ha reusado admitirla, cuando se halla desprovista de todo admículo. Uno de los monumentos mas notables que autorizan esta doctrina, es una providencia del Parlamento de París de 1657, que, despues de haber desechado la demanda para que se recibiera informacion de un cierto Jorge de la Cruz, cuya pretension no se apoyaba en base alguna, le condenó á comparecer en persona en la sala ó tribunal á presencia del señor de la Porte, y de seis personas á su eleccion, para declarar que "temerariamente y sin prueba, se ha dicho "hijo del señor de la Porte, de lo cual se "arrepiente, y pide perdon á Dios, al rey "y á la justicia, y asimismo al señor de la "Porte." Pero si desde el siglo XVII se ha rechazado la prueba testimonial desnuda ó aislada, respecto de la filiacion, no se han fijado tan pronto las ideas sobre las condiciones necesarias para autorizar el exámen de testigos. Algunos, preocupándose de lo que se ha establecido respecto de las convenciones, exigian un principio de prueba por escrito. Esta opinion se hallaba reproducida aun en el proyecto del Código civil; pero seria muy riguroso subordinar á la representacion prévia de un escrito la justificacion de la filiacion legítima. Así se ha tomado un partido medio entre la ordenanza de Moulins, que exige un escrito respecto de las convenciones, y el derecho comun que permite sin condicion alguna la prueba de los hechos. Este sistema claramente espuesto desde 1691 en el segundo informe de D'Aguesseau, que ha contribuido á ganarle los votos, consiste en exigir, que haya por lo menos indi-

cios graves para motivar la sentencia interlocutoria que manda la informacion de testigos. A este sistema se ha atendido, pues, el Consejo de Estado en virtud de las observaciones del Tribunado. "A falta de título y posesion constante "dice el artículo 323 del Código," ó si ha sido inscrito "el hijo ya bajo nombres falsos, ya como "nacido de padre y de madre desconocidos, "puede hacerse por testigos la prueba de "la filiacion. No obstante, no puede admitirse esta prueba, sino cuando hay principio de prueba por escrito, ó cuando las "presunciones ó indicios que resultan de "hechos desde entonces constantes, son "bastante graves para determinar la admision."

Por el solo hecho de contentarse el Código civil, conforme al último estado de la jurisprudencia, con presunciones graves en favor del reclamante, se veia propenso á sostener aquí el carácter ámplio del principio de prueba por escrito, admitido antiguamente y rechazado en el dia respecto de las convenciones (*ibid.*, art. 1347), segun el cual, podia emanar el escrito hasta de una persona no interesada en la controversia (núm. 165). En efecto, puesto que aquí pueden servir de base á la informacion de testigos, indicios materiales, aunque solo emanen del adversario, hubiera sido inconsonante ser mas severo respecto de los documentos escritos. "El principio de prueba por escrito, dice el art. 314, resulta de "los títulos de familia, de los registros y "papeles domésticos del padre ó de la madre, de las actas ó escrituras públicas y "aun privadas, que emanen de una de las "partes empeñadas en la controversia, ó "que hubiera tenido interés en ella si viera á la sazón." Así, el que reclame su estado respecto de una persona de quien se dice hermano, podrá oponerle escritos que emanen, no solo del padre ó de la madre, que son los legítimos contradictores, sino tambien de un hermano, que no es en manera alguna el autor de la parte demandada. No hay mas que una sola limitacion y es, que no se tiene en cuenta para nada las



declaraciones de terceros que no tienen interés en la cuestion.

Puesto que el Código se muestra aquí mas generoso que respecto de las convenciones, en lo relativo al origen del escrito, no se debe suponer que haya sido mas riguroso en lo concerniente al carácter del escrito invocado. Hánse suscitado, pues, indebidamente dudas en cuanto á la admisibilidad de las cartas, á causa de la espresion *actas publicas ó aun privadas*, de que usa el art. 324. La palabra *acta* se emplea igualmente en materia de convenciones por el art. 1347, y no obstante jamás se ha dudado, que no se permita por derecho comun fundar en una carta un principio de prueba (Pothier, *Oblig.*, núm. 803). ¿Por qué habia de ser de otro modo, cuando se trata de esas relaciones de familia, sobre las que puede arrojar tanta luz la correspondencia? (Caen, 5 de Julio de 1843).

210. ¿Se admitirá que vengán los testigos á declarar sobre la filiacion, como decide el art. 46 respecto de los nacimientos, matrimonios y defunciones, en caso de perderse los registros, sin que el reclamante alegue en su favor ninguna otra circunstancia mas que está perdida? Parece que el indicio grave debe conducir á una probabilidad y no á una simple posibilidad. Pues bien, el indicio que resulta de la pérdida, es un indicio puramente negativo. El hijo puede haber sido inscrito en hojas que han sido destruidas. Pero ¿es cierto que fué inscrito? Nada autoriza á afirmarlo. Por eso la sentencia denegatoria de 12 de Diciembre de 1827 ha tenido razon en no considerar al juez como obligado á admitir la prueba por testigos, por el solo hecho de perderse los registros. El art. 46 no establece mas que una simple facultad, y es preciso explicar aquí lo que hemos dicho sobre la posesion de estado (núm. 205); todo se reduce á una cuestion de apreciacion.

Pero, en sentido inverso, indicando la existencia de los registros debidamente llevados otra filiacion, ¿no seria esto un obstáculo para suministrar la prueba testimonial, en el caso en que es admisible, porque

el título sin la posesion no puede, así como la posesion sin el título, constituir una prueba indestructible.

211. Hemos opinado que la posesion de estado respecto de solo la madre, si se prueba en forma debida, hace presumir la paternidad. Al tratar de la prueba literal, examinaremos las graves dificultades que se suscitan en el caso en que la partida de nacimiento no mencione mas que á la madre. Cuando no hay ni título ni posesion, resultará igualmente de la informacion la maternidad, puesto que la paternidad, aunque legítima, no es susceptible de prueba directa (1). Pero, por sospechosa que sea la posicion del hijo que no ha sido inscrito ni reconocido por sus padres, no se debe suponer que los tribunales lo declaren lijeramente hijo legítimo de la madre que él reclama. Si pues se halla legalmente probada la maternidad, será un hecho que le favorezca, pudiendo ponerse con confianza bajo la egida de la presuncion que atribuye el marido por padre al hijo concebido durante el matrimonio (*ibid.*, art. 312). La ley supone en efecto (*ibid.*, art. 323) que corresponde á los adversarios probar que este hijo no nació por obra del marido: mas para esto, es preciso suponer que se ha probado la maternidad respecto de todos los interesados. Esto es lo que resultaria del texto primitivo del art. 325, concebido en estos términos: "La familia á que pretende pertenecer el reclamante será admitida á combatir su reclamacion por todos los medios propios para probar, no solamente que no es el hijo del padre, sino tambien que no es el hijo de la madre que reclama." La familia de que se trata es la familia paterna, la cual se halla autorizada para rechazar hasta la maternidad; porque respecto de la familia materna, no podia haber duda. Esta facultad que se concede á la familia pater-

1. Habria prueba, no ya del hecho mismo de la paternidad, sino de su reconocimiento casi inmediato, si el marido, como acontece con frecuencia, hubiera anunciado con solicitud ó premura á la familia el embarazo de su mujer, y que estuviera bien comprobada la identidad del reclamante con el niño, cuya concepcion hubiera sido proclamada de esta suerte. Entonces se deberia considerar generalmente la paternidad como probada de una manera positiva.

na, es sumamente justa y se halla en perfecta armonía con los principios sobre la autoridad de la cosa juzgada. La variacion que se hizo en esta redaccion por el Tribunalado, tuvo por objeto, no ya modificar su pensamiento, sino aclararlo. "La prueba contraria, dice el art. 325 actual, se podrá hacer por todos los medios conducentes para acreditar que el que hace la reclamacion no es hijo de la que él dice ser su madre, ó igualmente probada la maternidad, que no es hijo del marido de la madre." Nadie duda que se haya querido conservar la regla que quiere que la maternidad se pruebe en juicio contradictorio con las dos familias. Pero toda la fuerza del artículo se dirige actualmente sobre el otro punto, sobre la paternidad. Probada la maternidad, se puede usar de todos los medios conducentes para acreditar que no existe la paternidad legítima. ¿Acaso se ha querido ensanchar el círculo en que se halla estrechada de ordinario la accion para desconocer al hijo?

Para sortener la negativa se invoca, ya el texto que habla de los medios conducentes y no de los medios escepcionales; ya las observaciones del Tribunalado, donde no se trata de los nuevos casos de desconocer al hijo, sino tan solo de la estension que debe darse á la autoridad de la cosa juzgada. La otra opinion, adoptada mas generalmente, se apoya desde luego en el conjunto del artículo 325. ¿Es natural creer que se hubiera hablado de todos los medios conducentes para acreditar la falta de paternidad, si solo se hubiera querido hacer una simple remision á las reglas restrictivas del capítulo precedente? En cuanto á las observaciones del Tribunalado, es verdad que no han versado sobre este punto. Pero ¿qué se debe deducir de esto? Estas palabras: *todos los medios conducentes, etc.*, no pertenecen al Tribunalado, sino á la redaccion primitiva, cuya trascendencia hay siempre que apreciar. Finalmente, dejando á un lado el texto y la parte histórica del artículo, veamos, si á pesar de todo, tiene algo de estrechada la estension propuesta. Se puede des-

conocer al hijo ó por imposibilidad física ó por imposibilidad moral. Nada hay que añadir en cuanto á la primera imposibilidad. En cuanto á la segunda, la restriccion de la ley (*ibid.*, art. 313) consiste en exigir, salvo el caso de separacion de cuerpos, regulado en el dia por la ley de 6 de Diciembre de 1850, la prueba de la ocultacion del nacimiento, para que sea admisible el desconocimiento del hijo. Pues bien, en el caso en cuestion, no habria necesidad de justificar esta circunstancia. Pero ¿qué cosa mas natural? ¿No hay á falta de título y de posesion á la vez, una posicion insólita, que supone casi siempre un nacimiento oculto? En el caso ordinario de desconocerse al hijo por adúltero, probada la ocultacion del hijo, se admite al marido á proponer todos los hechos oportunos para justificar que no es él su padre; tales son los términos del artículo 313. Estas presunciones son casi idénticamente las mismas que las que emplea el art. 325; *medios oportunos para acreditar*. Esta similitud en los textos, cuando las dos posiciones ofrecen una perfecta analogía, ¿no conduce insensiblemente á asimilar á la ocultacion la falta de título y de posesion de estado? (1). La jurisprudencia admite en efecto contra el hijo que no tiene títulos ni posesion de estado, la facultad de probar la falta de paternidad por todos los medios posibles (Véase Burdeos, 12 de Febrero de 1838; denegatoria de 9 de Noviembre de 1809, y sobre esta última sentencia, Merlin, *Cuestiones de derecho*, V. LEGITIMIDAD, § XI). Podria, no obstante, objetarse que esta facultad misma de desconocer al hijo el marido, parece revelar una filiacion adúlterina, lo cual ocasionaria que no se recibiera al hijo su reclamacion. Pero la simple facultad de desconocer al hijo eventualmente, no podria poner obstáculo á un derecho.

1. Esta induccion adquiere una fuerza singular, si se refiere á lo ocurrido en el Consejo de Estado, donde se interrumpió la discusion del capítulo 1.º del título de la *Paternidad*, para ocuparse del capítulo II, con el objeto de examinar la materia en su conjunto. De esta disciplina general ha salido el principio, que en caso de fraude reserva al marido ó á sus herederos todas las pruebas propias para combatir la presuncion de paternidad. Este principio ha sido espresado por dos nuevas disposiciones, una de las cuales se ha añadido al art. 313, y la otra ha formado sola el artículo 325.



Para paralizarlo sería preciso suponer que hechos ya constantes ó subsistentes, le atribuyen una paternidad que el buen éxito de su reclamación haría considerar adulterina (V. sent. den. de 13 de Febrero de 1839, 22 de Enero de 1840 y 22 de Febrero de 1043).

Por derecho español se prueba también la filiación legítima por medio de la partida de bautismo que consta en los libros ó registros que llevan en cada parroquia los curas párrocos y donde asientan los nombres de los bautizados, si son hijos de legítimo matrimonio ó naturales, y las demás circunstancias que requiere el Concilio de Trento, recibido como ley en España, y la real orden de 1.º de Diciembre de 1837 y demás publicadas posteriormente sobre esta materia. Este documento es de gran eficacia para la prueba de la filiación, por las circunstancias que comprende, y precauciones que se toman para estenderlo, puesto que como dice un notable escritor, los párrocos deben para formar estas partidas con exactitud, asegurarse de la identidad y procedencia del bautizado por el mismo padre y en su defecto por las personas que asistieron al parto, ó por el dueño de la casa en que parió la madre, si no se hallaba en su domicilio. Así es que la nueva ley de Enjuiciamiento civil art. 280, ha declarado documentos públicos espresa y terminantemente dichas partidas, así como las de matrimonio y demás sacramentales, dadas por los párrocos con referencia á los libros parroquiales. Estas partidas pueden como las demás cartas públicas otorgadas por escribano, ser impugnadas en juicio por los vicios ó defectos de que adolezcan, tanto en el fondo como en la forma, según espresamente se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de Setiembre de 1864.

Si se negara al hijo la filiación, cuya declaración, según hemos dicho, consta en la mencionada partida, puede para la prueba hacer uso de la testifical y demás que establece el derecho.

A falta de partida, ya por no haber registros públicos ó por haberse perdido ó haber sido falsificada aquella, ó cuando no pudiese verificarse la prueba de la filiación por aquel medio, se probará haciendo constar que el hijo ha pasado y sido tenido como legítimo por sus padres, esto es, por la posesión de estado de hijo legítimo. Esta posesión es el goce público que todo indi-

viduo puede tener del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia. La posesión pública y constante es una prueba suficiente para acreditar la filiación, y aleja en todos los casos la cuestión sobre la identidad de la persona, viniendo á asegurarla. Esta posesión 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. Estos extremos podrán acreditarse por medio de testigos y demás pruebas que reconoce el derecho.

Mas la prueba de la filiación no es suficiente para probar la legitimidad, según indica M. Bonnier en el núm. 207. Es necesario para ello probar además, que el hijo es fruto del matrimonio válido de sus padres, y habido en tiempo hábil por medio de la prueba directa de la partida de matrimonio, ó á falta de ésta por medio de los testigos que presenciaron su celebración, y demás casos en que es aquí admitida esta prueba, ó por medio de la posesión de estado de los padres combinada con la propia del hijo, según indica M. Bonnier en dicho núm. 207. (V. la A. al núm. 202).

Debemos advertir en esta materia, que no rigiendo por nuestro derecho constituido la regla que en el francés de que sea necesario en ciertos casos para que tenga lugar la prueba de testigos, un principio de prueba por escrito, no tienen aplicación entre nosotros las doctrinas que sienta M. Bonnier referentes á dicha regla.

El proyecto del Código civil de 1851 contiene disposiciones análogas á las espuestas, si bien con algunas limitaciones importantes, calcadas en la legislación francesa.

Según su art. 109, "la filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de bautismo, y en su defecto por la posesión constante del estado del hijo legítimo." La partida de bautismo hace fé en juicio según el art. 346 de dicho proyecto, si bien pueden, según él mismo, ser redargüidas con arreglo á lo dispuesto en el Código de procedimientos. Dicha partida contiene, no solo el nacimiento del hijo, sino también la declaración de su filiación, según los artículos 350 y 356 de dicho proyecto. Para el caso de no haber partida, ha previsto el artículo 347 espuesto en las adiciones anteriores.

Nadie puede reclamar un estado contrario al que resulte de su partida de nacimiento, si esta guarda conformidad con la posesión de estado; y ninguno puede impugnarla en el mismo caso: art. 111.

Á falta de los medios de justificación es-

presados en los artículos precedentes, ó si en la partida bautismal hay alguna falsedad ó omisión en cuanto á los nombres de los padres puede acreditarse la filiación por testigos, siempre que haya un principio de prueba por escrito ó indicios fundados en hechos que consten desde luego y sean tales que recomienden la admisión de esta prueba. En el caso de este artículo, puede impugnarse la filiación en cualesquiera pruebas legales: art. 112. Este artículo, dice el señor García Goyena en sus Concordancias al citado proyecto, adoptó un término medio entre los inconvenientes que se notan para admitir en caso de pérdida de la partida de bautismo la prueba de testigos. Habrá principio de prueba por escrito cuando existan escritos que sin formar prueba plena den indicios ó conjeturas probables que no lleven consigo nada que pueda hacer sospechoso su testimonio; en una palabra, que hagan verosímil el hecho litigioso. V. el art. 1223. Y no es necesario, como en el art. 347, que hayan muerto el padre y la madre de quien emanen los escritos.

La prueba de la filiación no basta por sí sola para justificar la legitimidad, la cual se rige por las disposiciones del cap. VI, tít. III de este libro: art. 117. V. la adición inserta á continuación del número 202.—(N. de C.)

## FILIACION NATURAL.

### SUMARIO.

112. Prohibición de probar la filiación incestuosa ó adulterina.
213. ¿Hay escepción respecto de la posesión de estado?
214. Caso excepcional en que resulta esta filiación de la fuerza de las cosas.
215. Quién puede investigar la maternidad natural.
216. De la prueba de esta maternidad por medio de la posesión de estado.
217. Doctrina del tribunal de casación sobre este punto.
218. ¿Es aplicable el art. 322 á la filiación natural?
219. De quien debe emanar el principio de prueba por escrito.
220. Prueba compleja respecto de la maternidad.
221. Casos en que se admite excepcionalmente la indagación de la paternidad.
222. ¿Puede la posesión de estado acreditar la paternidad natural?
223. Sistemas de legislaciones extranjeras sobre la averiguación de la paternidad.
212. Una cuestión previa, cuya solución hemos indicado ya en nuestras nociones generales, al examinar cuales son los he-

chos susceptibles de prueba, es la de si se admite á probar toda filiación natural. El Código Napoleon (arts. 335 y 342) prohíbe desde luego, bien sea el indagar, bien el reconocer una filiación incestuosa ó adulterina. Es verdad que ciertos autores y ciertas sentencias (V. Dyon 23 de Marzo de 1835; París 14 de Diciembre de 1835 y Bourges 4 de Enero de 1839) han permitido probar un origen inficionado de uno de estos vicios, bien en favor del hijo para que pueda obtener los alimentos que la ley parece asegurarle (*ibid.*, art. 762), bien, por el contrario, en contra suya, para restringir las disposiciones dadas en su favor. Suponiendo fundada esta opinión, sería preciso ver todavía si se admitiría la prueba testimonial de semejante origen, aun con un principio de prueba por escrito. Parece difícil llegar hasta este punto, pues que entonces se debería exigir, por lo menos, para atenuar el escándalo, un reconocimiento espreso, como hace el Código sardo (artículo 187), cuando se trata de una reclamación de alimentos, y así es como lo entendía el orador del Tribunado, que fué el primero que emitió esta opinión para explicar el art. 762. Pero ya veremos, al tratar de la prueba literal de la filiación, que este sistema, contrario al texto de la ley, es rechazado por la jurisprudencia del tribunal de casación (1).

213. Háse pretendido, no obstante (2), que no dando lugar la posesión de estado á ningún escándalo, puesto que se trata de hechos públicos y notorios, es permitido probar de esta manera, hasta una paternidad incestuosa ó adulterina (3). En breve

1. Se prohíbe absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta tanto en favor como en contra del hijo. Este sin embargo puede reclamar la paternidad únicamente en el caso de hallarse en posesión de su estado civil conforme á lo dispuesto en el art. 335. Artículos 370 y 371 Cód. civ.—[N. de los EE.]

2. Véase nuestra polémica sobre este punto con M. Herold, *Revista práctica*, tom. I, págs. 193 y 347, tom. II, pág. 145.

3. En las legislaciones que, como las de Inglaterra y América, autorizan la averiguación de una filiación de esta clase, se admite sin dificultad la posesión de estado; así, el hecho de llevar el nombre de quien vivió en relaciones ilícitas con una mujer casada, induce respecto del hijo de esta mujer y de su posteridad prueba de la paternidad adulterina [M. Greenleaf, tom. I, pág. 136].



examinaremos si la paternidad natural es susceptible de probarse por medio de la posesion de estado. Pero, aun cuando se admitiese la afirmativa sobre este punto, no habrá nada que deducir de esto en lo relativo á la paternidad inficionada del vicio de incesto ó de adulterio. ¿Qué importa, en efecto, que se asimile la prueba del estado por la posesion á un reconocimiento, mas bien que á una averiguacion de este estado, puesto que en punto á filiacion incestuosa ó adulterina el texto imperativo del Código prohíbe todo reconocimiento, lo mismo que toda averiguacion? La Audiencia de Angers se ha pronunciado en este sentido el 8 de Diciembre de 1824 (1).

214. No obstante, puesto que al prohibir el reconocimiento de los hijos adulterinos ó incestuosos les concede la ley alimentos, debe admitirse que puede hallarse legalmente consignada su filiacion. Esto es fácil de concebir respecto de la maternidad adulterina. Siempre que el marido vence, bien sea como demandante por desconocer al hijo, bien sea como demandado por una accion de reclamacion de estado, el hijo se halla necesariamente relegado á la clase de los hijos adulterinos, al menos respecto de su madre. Pero hay mas dificultad en admitir la prueba de una paternidad adulterina, y en todo caso, de una filiacion incestuosa, lo cual, no obstante, supone la ley formalmente (2). (Cód. Nap. arts. 762, 763 y 764). En lo concerniente á esta última filiacion, es preciso suponer un matrimonio contraido de mala fé entre parientes consanguíneos ó afines en grado prohibido; estendiendo á este matrimonio aparente la presuncion de paternidad, se atribuye necesariamente á los hijos la calificacion de incestuosos. En efecto: si la ley prohíbe

1. Para darse cuenta de esta anomalia, es preciso referirse á las disposiciones del proyecto de Código, que autorizaban el reconocimiento de los hijos adulterinos ó incestuosos. En este sistema era preciso regular la sucesion de estos hijos, puesto que era permitido reconocerlos. Cuando, siguiendo las observaciones de nuestros tribunales de casacion, se ha prohibido acreditar una filiacion de esta naturaleza, los arts. 763 y siguientes, conservados á pesar del parecer del tribunal de apelacion de Lyon, no han podido aplicarse sino en casos escepcionales [V. nuestro artículo de la *Revista práctica*, tom. I, págs. 348 y sigs.]

2. Véase la nota anterior.—[N. de los EE.]

toda averiguacion de una filiacion incestuosa, es para evitar la revelacion de un escándalo que se ignoraba; y este motivo no existe ya, cuando se ha consumado el escándalo por el hecho de la celebracion del matrimonio. No puede aplicarse la misma decision en cuanto á la filiacion adulterina, sino distinguiendo el caso de un segundo matrimonio contraido de mala fé antes de la disolucion del primero, puesto que, si es la mujer la que se ha vuelto á casar viviendo su marido, los hijos que dé á luz se reputan pertenecer á éste hasta que los desconozca. Para que pueda haber prueba de una filiacion adulterina, es preciso suponer que se ha desconocido á los hijos, en el caso en cuestion por el primer marido, ó bien colocarse en la hipótesis de que es un marido quien ha contraido segundo matrimonio viviendo su mujer. Puede tambien suponerse, lo que aparece del caso juzgado por el tribunal de casacion el 12 de Diciembre de 1854, á saber, que se acreditó la filiacion por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, viniendo á descubrirse en seguida el vicio de la filiacion.

215. Cuando no se halla inficionada de semejantes vicios la filiacion natural, nadie duda que pueda ser reconocida voluntariamente. Admítase asimismo su averiguacion, al menos en lo concerniente á la maternidad. Pero hay que preguntar si esta averiguacion se halla autorizada en favor del hijo solamente, ó si debe serlo, aun en contra de su interés, ó al menos en favor de un interés distinto del suyo, especialmente cuando se trata de reclamar su sucesion.

En favor de la primera opinion, se invoca la consideracion de que no puede tolerarse el escándalo de la indagacion de la maternidad, sino en favor solamente del hijo, y se hace notar que el texto del art. 341 no menciona en efecto sino al hijo (sent. den. de 3 de Febrero de 1851; Orleans, 8 de Febrero de 1855). Mas, por nuestra parte, creemos que es preciso atenderse al principio general, segun el cual, se admite la investigacion de la maternidad,

puesto que la disposicion que menciona en seguida al hijo, establece *de eo quod plerumque fit*. El proyecto del Código, se dice, prescribia: "el hijo desconocido por su madre tendrá la facultad de probar contra ella su filiacion." Pero ¿no se puede argumentar en sentido inverso del hecho mismo de haberse alterado la redaccion? Parécenos, en último resultado, que no hay escándalo en acreditarse un hecho fácil de probar, como la maternidad; lo que seria escandaloso seria que el silencio de la madre permitiera eludir las incapacidades establecidas por el legislador respecto de los hijos naturales (V. sent. den. de 15 de Abril de 1830; Rouen 19 de Diciembre de 1844; V. tambien Grenoble, 12 de Diciembre de 1850).

216. La maternidad es un hecho aparente que se puede probar sin grande escándalo, así es que se ha admitido su prueba. Concébase aquí, lo mismo que respecto de la maternidad legítima, dos clases de pruebas testimoniales; la una directa, que acredita que tal mujer ha dado á luz tal niño; la otra indirecta, que se funda en la posesion de estado. Se ha combatido, no obstante, la admisibilidad de la posesion de estado, por razon del silencio de la ley, la cual no reproduce respecto de la filiacion natural las disposiciones que consagran especialmente la fuerza de esta posesion en cuanto á la filiacion legítima. Pero, si se atiende al motivo de las restricciones legales en esta materia, al temor del escándalo, es preciso reconocer que la prueba de la posesion de estado no ofrece ningun inconveniente, puesto que supone el hecho altamente confesado por la parte mas interesada en ocultarlo. ¿No seria contradictorio permitir indagar el embarazo y el parto de una mujer no casada, contra su voluntad, y no atribuir ningun efecto á los actos voluntarios mas característicos, que manifiestan la maternidad á los ojos de todos?

Si el art. 341 solo habla de la prueba por testigos, es porque en el lenguaje de la ley (Cód. Nap., art. 323), esta prueba se en-

tiende especialmente (núm. 203) de la prueba directa por medio de testigos del hecho generador de la filiacion. La discusion prueba, por lo demás, que no debe interpretarse de ningun modo el silencio del legislador como esclusivo de la posesion de estado. Hábiase propuesto una redaccion que consideraba á la posesion de estado como un principio de prueba. Esta redaccion ha sido rechazada, no en odio á esta posesion, sino porque se creyó, segun las espresiones de Portalis, citadas con tanta frecuencia, que era *la mas completa de todas las pruebas*. ¿Qué recursos tendrán, pues, en el sistema contrario los hijos nacidos de jóvenes campesinas que no saben escribir, y que por consiguiente jamás han podido suministrar el principio de prueba exigido para autorizar la informacion? Parece asimismo que en materia de filiacion natural, la confesion tácita que resulta de la posesion de estado, tiene mas fuerza aun, puesto que para cumplir los deberes que imponia la naturaleza, ha sido necesario sobreponerse á la censura de la opinion, frecuentemente mas severa con el escándalo que con la falta misma. Numerosas sentencias de tribunales imperiales (las mas recientes son las de Limoges, 4 de Abril de 1848; en París, 21 de Julio de 1849 y 10 de Mayo de 1851) se han pronunciado efectivamente en este sentido. La opinion contraria tiene en su favor una sentencia denegatoria de 17 de Febrero de 1851, y otras varias de tribunales imperiales (París, 26 de Abril de 1852; ley de 20 de Abril de 1853). Es verdad que, en el caso juzgado por la Sala de súplicas de 17 de Febrero de 1851, habia una escepcion perentoria que debió influir singularmente en la decision del tribunal; los hechos de posesion de estado habian tenido lugar durante el matrimonio de la pretendida madre; y se oponia al hijo, suponiendo que esta posesion equivaliese á un reconocimiento, el art. 337 del Código Napoleon. El tribunal de casacion no se ha pronunciado, pues, aun categóricamente sobre esta cuestion.

217. Pero segun el último estado de la



jurisprudencia, si no se está de acuerdo para considerar la posesion de estado como probando por sí sola la maternidad, se le atribuye al menos efectos importantes. Así, segun una sentencia denegatoria de 7 de Enero de 1857, conforme á la jurisprudencia anterior del tribunal de casacion, puede la indicacion del padre acreditar la maternidad, si se encuentra corroborada por la posesion de estado respecto de la madre. Asimismo, segun los términos de la sentencia denegatoria de 19 de Noviembre de 1856, la maternidad declarada en la partida de nacimiento, aun sin la confesion de la parte interesada, puede acreditarse contra ella, si justifica el reclamante su identidad, especialmente por medio de la posesion de estado, y esta doctrina se ha autorizado por las Audiencias de Grenoble (12 de Diciembre de 1850) y de Caen (24 de Mayo de 1858). Al tratar de las partidas de nacimiento, examinaremos cuál es la fé de estas partidas en cuanto tienen por objeto probar la maternidad natural. Digamos, no obstante, anticipadamente, que sin admitir que la partida de nacimiento pueda probar por sí sola la maternidad, damos demasiada importancia á la posesion de estado en esta materia para no unirnos con solicitud á la jurisprudencia que vé en esta posesion de estado una confirmacion suficiente de las declaraciones contenidas en la partida de nacimiento (1).

218. Si suponemos ahora el concurso del título con la posesion de estado, ¿será necesario aplicar á la filiacion natural la disposicion que declara inatacable la filiacion legítima, cuando descansa en estas dos bases? (Cód. Nap.; art. 322). En el dia se conviene en resolver negativamente esta cuestion, que habia suscitado dudas en los primeros tiempos. No diremos solamente con el tribunal de casacion (sent. den. de 3 de Febrero de 1839), que el art. 322, inscrito en el capítulo *De las pruebas de la fi-*

1. A esta jurisprudencia se adhiere tambien en definitiva M. Demolombe [nuev. edic., tomo I, núm. 297] aunque le repugne, como á nosotros, considerar la partida de nacimiento como prueba completa de la maternidad natural.

liacion de los hijos legítimos no puede aplicarse á la filiacion de los hijos naturales, puesto que hay disposiciones de este capítulo, y especialmente las que consagran la competencia exclusiva de los tribunales civiles respecto de las cuestiones de estado, que se aplican sin vacilar á la filiacion natural. La verdadera razon es, que se trata de una presuncion escensiva destinada á mantener la posesion de la legitimidad, mientras que la posesion de estado de hijo natural es mucho menos respetable. Sucede por otra parte con frecuencia, respecto de este último estado, que el concurso del título y de la posesion no es mas que el resultado de un fraude, destinado á ocultar la falta de una soltera ó de una mujer casada, mediante la complacencia de una mujer que ha aceptado algunas veces por adhesion, y con mas frecuencia por interés, una maternidad supuesta.

219. Admítase por el texto la prueba directa por testigos del hecho de la maternidad (*ibid.*, art. 341), pero con tal que el reclamante tenga ya un principio de prueba por escrito. El temor de imputaciones calumniosas que se dirigian sobrado fácilmente contra una mujer honrada, no ha permitido ver aquí en simples indicios, cualquiera que fuese su gravedad, una base suficiente para admitir la prueba testimonial (Cas. 28 de Mayo de 1812; Burdeos, 13 de Julio de 1846). La ley no ha reproducido tampoco la estension que se ha dado al principio de prueba por escrito (*ibid.*, art. 324) en materia de filiacion legítima. En su consecuencia, creemos que conviene referirse al derecho comun y exigir, que este principio de prueba emane de la parte á quien se opone (*ibid.*, art. 1347). Un sistema contrario conduciria directamente al resultado que ha querido prescribir el legislador rechazando la fé de los indicios. El honor de las mujeres ha parecido deber exigir que no pudiera nadie prevalerse, con el fin de averiguar la maternidad, de presunciones que no se refirieran á un escrito. Pero ¿quién no vé que falta completamente el objeto de la ley, si no se requiere que

la confesion se haya escapado á la pretendida madre, si puede hacerla un tercero, á quien semejante declaracion no costaria nada? (V. en este sentido la sent. del tribunal de Tolosa de 13 de Julio de 1846). Aun cuando se llegue á dar fé á una partida de nacimiento que enuncia el nombre de la madre sin su confesion, no es esta una razon para atribuir la misma autoridad á una simple nota que emane de un tercero, la cual no podria compararse con una declaracion recibida por un oficial público.

220. La prueba de la maternidad supone que se justifique con dos elementos: 1º con el hecho del parto de la pretendida madre; 2º con la identidad del reclamante con el niño á quien dió á luz. Pregúntase si el principio de prueba por escrito debe dirigirse sobre estos dos elementos á la vez, ó solamente sobre uno de ellos. "El hijo que reclame á su madre, dice el art. 341, estará obligado á probar que es idénticamente la misma criatura que aquella dió á luz. No se le admitirá esta prueba por medio de testigos, sino cuando haya habido antes un principio de prueba por escrito." Evidentemente, segun la construccion gramatical de la frase, el principio de prueba debe dirigirse al menos sobre la identidad. No se admitirá, pues, para la maternidad natural, lo que se admite con bastante espontaneidad para la maternidad legítima (V. el informe 107 de Cochín) que, una vez probado el parto, puede acreditarse la identidad por testigos. Es preciso que el principio de prueba por escrito se dirija á justificar la identidad; porque seria escandaloso en nuestro derecho, que estuviera una persona autorizada á probar, aun por escrito, que una mujer no casada tuvo un hijo, cuando aquella persona no podia presentar sino declaraciones de testigos en apoyo de la alegacion de que de ella misma era este. Al legislador, al cual repugna que se pruebe un hecho deshonoroso, no lo permite sino en cuanto el reclamante acredita previamente su interés en esta prueba (Cas. 28 de Mayo de 1810).

Por otra parte, no basta que el principio de prueba se dirija sobre la identidad, si no se dirige al mismo tiempo sobre el parto. Pero esta necesidad afecta á la naturaleza de las cosas. Para que el escrito haga verosímil la identidad, es preciso que resulte de él una correlacion entre el que reclama y el niño que la demandada parió en tal época. Se incurriria, no obstante, en el extremo contrario, si se exigiera con Toullier, que el hecho del parto se justificara ante todo y de un modo completo por escrito. Esta opinion ha sido rechazada con razon, por una sentencia denegatoria de 3 de Julio de 1850, fundada en que resulta "de la ley rectamente interpretada "que la prueba que debe hacer quien investiga la maternidad es una prueba compleja, que debe dirigirse á un mismo tiempo sobre el hecho del parto y sobre la identidad; que en efecto, la prueba del parto no comprende la de la identidad, "pero que la prueba de la identidad lleva consigo necesariamente la condicion de "hacer la prueba del parto, y que no admitiendo la ley mas que un solo medio de "prueba, se explica forzosamente, tanto al "hecho del parto como al de la identidad." Ya veremos, además, al tratar del juramento decisorio, que no se suplirá la falta de principio de prueba, defiriendo el juramento á la pretendida madre.

221. En cuanto á la indagacion de la paternidad, está prohibida generalmente: el proyecto del Código no establecia ninguna escepcion, limitándose á dar á la madre una accion para indemnizarse de los daños y perjuicios; en el caso de raptor ó de violacion. Reconocióse en el Consejo de Estado que era contradictorio autorizar una accion de indemnizacion y rechazar la indagacion de la paternidad de un modo absoluto. La redaccion definitiva del artículo 340 autoriza, en su consecuencia, á los tribunales á declarar padre del niño al raptor, cuando la época del raptor correspondia á la de la concepcion. El raptor, bajo el punto de vista de la ley civil, no es solamente el que se comete con una menor y