

en el caso en cuestion, una posesion de estado suficiente (sent. den. de 20 de diciembre de 1841); por el contrario, han dado efecto á un matrimonio contraido *nudo consensu* en Nueva York, en virtud de un certificado de un notario de esta villa, que probaba no exigir allí la ley para la celebracion del matrimonio, ninguna solemnidad particular (Burdeos 14 de marzo de 1849).

Pero si nos colocamos fuera de los términos del art. 46, es decir, si hay registros bien llevados, sin alteracion aparente, no es posible admitir aquí la informacion, como hemos hecho respecto de los nacimientos y defunciones. «Ninguno puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio, dice el art. 194 del Código, si no presenta una acta ó partida de la celebracion del matrimonio, inscrita en el registro del estado civil, salvo los casos previstos por el art. 46.» Este art. 194 tiene evidentemente por objeto escluir la prueba testifical, siempre que no se pueda probar la pérdida ó no existencia de los registros. Esta decision se halla en armonía con lo que decide la ley respecto de las convenciones ordinarias. Existia un registro en forma, las partes debian cuidar de que se consignara en él su union, mientras que para los nacimientos y las defunciones, las personas que tienen interés en probarlas no son, la mayor parte de las veces, las mismas encargadas de hacer la declaracion (1). Y no se crea que estamos aquí en contradiccion con lo que hemos dicho ahora mismo, que la escritura no es de esencia del matrimonio. Es verdad que ha podido verificarse la pronunciacion solemne y contraerse el matrimonio; así como si se ha celebrado un contrato sin valerse de escrito por un valor que excede de ciento cincuenta francos, ha habido contrato. Pero en uno y otro caso no puede oirse á los testigos: *non jus deficit, sed probatio*. Es tambien difícil admitir, con la Audiencia de Bruselas (sent. del 20 de enero de 1807), que pueda deferirse el juramento sobre la existencia del matrimonio, como puede serlo sobre la del contrato que no excede de la tasa legal. Seremos igualmente mas

(1) Así, no vemos nada contrario á nuestra doctrina en una sentencia denegatoria de 22 de agosto de 1831 que admite á los descendientes á probar, por una série de piezas concordantes, el matrimonio de las personas de que se dicen descender, si no puede presentarse la partida de matrimonio. Estos descendientes pueden muy bien ignorar el lugar de la celebracion, y entonces las piezas producidas equivalen, en favor suyo, á la posesion de estado de que habla el art. 197 del Código Napoleon.

rigurosos que la antigua jurisprudencia (núm. 196) no atribuyendo ningun efecto al principio de prueba por escrito, á fin de autorizar la prueba testifical de la celebracion; lo cual parece admitir el tribunal de casacion, aun rigiendo el Código (sent. den. de 22 de diciembre de 1819). Nada hay en esto semejante á lo que se halla establecido respecto de las convenciones por el art. 1347 del Código, y de la filiacion por el art. 324; artículos que tienen cuidado de definir los caracteres del principio de prueba por escrito, los cuales varian segun el objeto de la prueba. El espíritu de la ley es escluir totalmente los testigos, si no ha sido imposible, al menos moralmente, estender una acta ó partida.

200. Otra cuestion postrera, que trataremos ahora, aunque se refiera mas bien á la forma del acta, para no dividir lo concerniente al matrimonio, es la de si una hoja volante firmada por las partes y por el oficial público, puede hacer nunca fé ó tener fuerza ante los tribunales. La negativa que se adopta generalmente, se funda en los términos mismos del art. 154; si no presenta la partida ó acta de su celebracion, *sentada en los registros del estado civil*. Comparando, se dice, este artículo con la declaracion de 1736, art. 9 (1) que pronunciaba en semejante caso la pérdida de todos los beneficios aportados al contrato de matrimonio, se debe reconocer que el legislador ha hecho solo mas severa una sancion ya existente contra una infraccion tan peligrosa para la seguridad de las familias. Pero ¿es seguro, que toda la fuerza del artículo 194, se apoya en estas palabras: *sentada en el registro del estado civil*? ¿No habria sido la intencion de la ley solamente proscribir la prueba testifical, exigiendo una partida que tuviera que inscribirse debidamente en el registro? Ni una palabra en la discusion en el Consejo de estado sobre este artículo, se refiere á la cuestion de las hojas volantes, ni á la declaracion de 1736. Y si leemos la esposicion de los motivos de Portalis, hé aquí lo que encontramos sobre este

(1) Se cita algunas veces en el sentido de la nulidad, una sentencia del Parlamento de París de 8 de junio de 1734. Es verdad que en el caso sobre que versó, el acta no se hallaba inscrita sino en una hoja volante. Pero si se lee el informe cuarenta y nueve de Cochín, cuyo cliente ganó el pleito de que se trataba, es fácil reconocer, que la cuestion de forma no era mas que un incidente del proceso, donde habia dos puntos de fondo muy importantes; la ausencia del propio cura y la circunstancia de que el matrimonio habia estado secreto, en contra de las ordenanzas. Por otra parte, el acta presentaba graves irregularidades que la hacian sospechosa.

punto: «Admitiase los matrimonios presuntos antes de la Ordenanza de Blois.» Este abuso ha desaparecido; es necesario un título escrito, atestiguado por los testigos y por el oficial público que la ley designe. La prueba testifical y las demás especies de pruebas, solo se reciben en el caso previsto por la ley sobre las actas del estado civil, y con las condiciones prescritas por esta ley. No puede dispensarse de presentar el título posesion alguna. «Evidentemente la idea del legislador se refiere á las clases de pruebas distintas de la escrita, y no á tal ó tal forma de escrito.» Hoy que se está de acuerdo en considerar como desfavorables las demandas de nulidad de matrimonio por falta de formas, y que se contenta la ley para validar la celebracion con una publicidad moralmente suficiente, ¿no habria cierta inconsecuencia en rechazar absolutamente la prueba del matrimonio, porque el acta invocada no estaba registrada? ¿No convendria en este caso, así como para las formas de matrimonio, y aqui la prueba se refiere íntimamente á la forma, dejar un poder discrecional al tribunal? Esta es, en conclusion, la consecuencia del principio que no admite formas rigurosamente exigidas en las actas del estado civil, principio de que el tribunal de Douai (en una sentencia contra la cual denegó la apelacion el 10 de febrero de 1854) ha hecho una aplicacion notable, dando autoridad á una acta ó partida de matrimonio que no habia firmado el oficial público. Tal parece haber sido el pensamiento de los redactores del Código penal, que solo castigan con prision de uno á tres meses y multa de 17 á doscientos francos la inscripcion en simples hojas volantes; mientras el solo hecho de no haberse asegurado del consentimiento de los padres, aun cuando éstos hubieran efectivamente consentido, se castiga con prision de seis meses á un año, y con multa de 17 á trescientos francos (Cód. pen., art. 192 y 193). ¿Cómo concebir esta disparidad de penas, si en el primer caso debiera pronunciarse ciegamente la nulidad? Hay, por lo demás, un precedente, en nuestro sentido, en una sentencia de la Audiencia de Metz, del 19 de agosto de 1824, que admite el reconocimiento de un hijo natural inscrito en una hoja volante.

Lo que se halla generalmente reconocido es, que el acta inscrita en una hoja volante no está destituida de todo efecto. Puede, en todos los casos, servir de prueba del matrimonio, si está corroborada por la posesion de estado (Cód. Nap., art. 196).

201. En resumen, el matrimonio no puede jamás probarse in-

directamente por la posesion de estado, salvo una escepcion en favor de los hijos. Se puede probar directamente por testigos, en el caso de perderse ó no existir los registros, pero no en el caso en que existiesen registros llevados en forma. Entonces debe recurrirse á los registros; pero no se prohibiria al juez dar fé á una hoja suelta ó desprendida que se hallara revestida con todas las formalidades que se requieren.

202. Las diversas legislaciones modernas han adoptado generalmente principios análogos á los de la ley francesa, sobre la prueba del matrimonio. La Inglaterra es el pais en que las antiguas costumbres sobre esta materia han dejado señales mas marcadas. Admítase allí aun la prueba del matrimonio por comun fama, bien que en virtud de estatutos recientes (V. núm. 189) se lleven registros en forma por las sectas disidentes, independientemente de los registros parroquiales (1). Sin embargo, se hace una estraña distincion. Cuando los derechos personales se refieren al matrimonio, basta la posesion de estado para poder reclamarlos, salvo la persecucion de adulterio ó de poligamia que exige la prueba directa de la cualidad de los esposos. Si por el contrario, se trata de derechos reales, deben darse pruebas directas del matrimonio, suficientes para convencer al jurado (V. Blaxland, *Codex rerum Anglicanarum*, pág. 274).

Hallándose recibido en España como ley pátria el Concilio de Trento, que dispone las formalidades necesarias para hacer constar y probar los matrimonios, requiriendo como requisito esencial que se contraiga ante el propio párroco y dos testigos, segun advierte M. Bonnier en el número 196, nuestras leyes pátrias vigentes no contienen disposiciones especiales sobre las pruebas del matrimonio, ateniéndose á las prescritas por la Igle-

(1) El proyecto de matrimonio es inscrito en el registro llevado por el escribano del distrito (núm. 189.). Este registro está abierto al público, y el matrimonio no puede celebrarse ni por el escribano, ni por un ministro del culto, sino en cuanto han trascurrido veintiun dias sin oposicion. El mismo término de veintiun dias, eludido, se dice en la práctica (M. Carlier, *Matrimonio en los Estados-Unidos*, pág. 43), se ha prescrito por un bill de 23 de diciembre de 1856, para los matrimonios contraidos en Greta Green. Mayor facilidad para contraer matrimonio existe en los Estados-Unidos de América, puesto que se asegura que en el Estado de Maine, un conductor de camino de hierro contrajo matrimonio durante la marcha de un convoy, entre dos estaciones, sin ninguna formalidad previa (M. Carlier, *ibid.*, pág. 72.).

sia, que son las que rigen en España en esta materia. (V. la A. al número 211.)

El Proyecto de Código civil de 1861 dispone en su art. 98 que nadie puede ser tenido por casado ni reclamar los efectos civiles del matrimonio, si no presenta la partida matrimonial legalmente estendida, salvo los casos prescritos en el art. 317 (que se refiere á los ausentes). En consecuencia de esta disposición no se admite prueba de testigos ni otra alguna, sino en los casos y con las condiciones que designan los arts. 347 y 361, esto es, 1.º, de acreditarse no haber existido ó haberse perdido ó inutilizado el registro, pues entonces puede probarse el matrimonio, tanto por papeles emanados del padre y madre, como por testigos; y 2.º, cuando en un juicio civil ó criminal resultase la celebracion legal de un matrimonio que no se hallase registrado, ó lo hubiese sido con inexactitud en el libro parroquial, poniéndose en él copia de la ejecutoria, pues entonces servia esta de prueba del casamiento.

La partida debe estenderse con arreglo á lo dispuesto en el capítulo 4.º del tít. 12 del lib. 4.º de dicho proyecto (ó sea en el art. 360), y en el libro ó registro de matrimonio, segun el art. 334, por lo que no tendrá fuerza ni validez la partida estendida en una hoja volante ó suelta.

Segun el art. 99 de dicho proyecto, la posesion de estado por sí sola no basta para probar el matrimonio, disposición que se funda en que si bastará dicha partida podría encubrirse con ella el concubinato lo mismo que el matrimonio. «Si la posesion de estado, continúa dicho artículo, se confirma con la partida de casamiento, no podrá éste ser impugnado por los esposos.» Esto debe entenderse aun cuando se alegase haberse omitido alguna solemnidad.

Finalmente, por el art. 947 se autoriza la prueba por medio de testigos ó de papeles emanados del padre ó de la madre, para probar el matrimonio de éstos, cuando se acredite que no ha existido ó se ha perdido ó inutilizado el registro. Véanse las adiciones al núm. 190 y lo que se espone mas adelante en las adiciones al segundo libro que trata de la prueba documental, seccion primera, segunda division.—(A. del T.)

§. 3.—Filiacion.

SUMARIO.

203. En qué sentido no es admisible la prueba testifical para la filiacion.

204. Distincion de la filiacion legitima y de la filiacion natural.

203. Si no se consultara aquí mas que el derecho comun, se debería conceder la mayor latitud al hijo que quiere probar su origen, puesto que no se trata de una convencion, de que debiera haber formalizado acta ó escrito, sino de un hecho que le era evidentemente imposible consignar. Pero el temor de que se usurpe con sobrada facilidad un estado por medio de testimonios que la naturaleza oculta de los hechos permitira dificilmente probar, ha

hecho que se sacrifique el interés de algunos hijos que se hallasen desprovistos de las condiciones requeridas para la prueba al de la sociedad, cuya base descansa en la integridad de la familia. Por otra parte, no podia alegarse el peligro de la prueba testifical respecto de la posesion de estado, puesto que esta posesion, como la propiamente dicha, se compone de elementos públicos, cuya prueba no es casi susceptible de fraude. Así hemos visto, que si se rechaza respecto del matrimonio, es solamente á causa del carácter equívoco que presenta la cohabitacion marital entre dos personas, si ha de ser permanente. Aquí no hay nada parecido á esto. Es sumamente improbable que se mantenga y eduque como hijo propio á un hijo extraño. En su consecuencia, se ha reconocido en todos tiempos que la posesion de estado basta para probar la filiacion, sin que se necesite ningun adinículo (Tolosa, 4 de junio de 1842.). No hay restriccion a la prueba testifical, sino en cuanto se dirigiera directamente sobre el hecho de la maternidad ó de la paternidad, prueba demasiado delicada para que se pueda, en una legislacion en que se desconfia de los testigos, proceder a ella únicamente por medio de deposiciones orales. Así es de notar, que en el lenguaje del Código Napoleon (art. 323) (y sacaremos partido de esta observacion), no se llama *prueba por testigos* sino la consignacion directa de la filiacion por medio de la prueba testimonial.

204. La filiacion invocada puede ser legitima ó natural. No teniendo el parentesco legitimo nada que no sea honroso para las personas á que se atribuye, su investigacion se admite mas facilmente que la del parentesco natural. Esta distincion que domina la materia, no se apoya por lo demás únicamente en consideraciones de moralidad y de decencia: el cuidado mismo que se tiene por lo regular en disimular la existencia de un hijo natural, deja que se susciten sobre el origen de quien reclama una filiacion de esta naturaleza, dudas que parece no poder disiparse sino por medio de averiguaciones que no sean sospechosas (1).

(1) Véanse las adiciones insertas á continuacion de los números 211 y 223.—(N. del T.)

§. 1.º—Filiacion legitima.

SUMARIO.

205. Prueba por la posesion de estado.
 206. Concurso del título y de la posesion.
 207. Necesidad de la prueba prévia del matrimonio.
 208. Qué debe decidirse si solo hay posesion respeto de uno de los esposos.
 209. A qué condiciones se halla sometida la prueba directa por medio de testigos.
 210. Caso de pérdida de los registros.
 211. Desconocimiento del marido en el caso de que no se prueba la maternidad sino por medio de testigos.

205. La posesion de estado basta por las razones que acabamos de esponer para probar esta filiacion (Cód. Nap., art. 220.). La ley indica (*ibid.*, art. 321) los principales elementos que constituyen esta posesion, y que pueden colocarse bajo los tres puntos principales señalados por los autores antiguos: *Nomen, tractatus, fama*. Pero no se requiere la reunion de estas diferentes circunstancias y todo se reduce, respecto de los tribunales, á una cuestion de apreciacion: ¿es ó no constante que el reclamante era considerado como hijo de los padres que él se atribuye? Y la solucion de esta cuestion, cualquiera que sea, no puede dar motivo á la censura del tribunal de casacion (sent. den. de 19 de mayo de 1830.). La posesion de estado basta, á falta de título (art. 320 cit.), en el sentido de que el acta ó partida de nacimiento es el modo ordinario de probarse la filiacion. Pero no es preciso suponer aquí la pérdida ó no existencia de los registros para que se admita la prueba testimonial, segun el art. 46 (2). Aun cuando existan registros sin alteracion, la posesion de estado tiene bastante fuerza para que no haya lugar á preocuparse de la omision, que se reputa entonces provenir de una simple negligencia. Sin embargo, cuando no hay título con-

(2) El artículo 320 en su primera redaccion decia: «Si los registros se han perdido, ó si no se han llevado, basta la posesion constante del estado del hijo legítimo. El Consejo de Estado generalizó la disposicion de la ley con conocimiento de causa, admitiendo la prueba de esta posesion á falta de título.

forme á la posesion de estado, admite la ley á demostrar, si há lugar, que esta posesion no es mas que consecuencia de error ó de fraude.

206. De otra suerte ocurre si hay al mismo tiempo partida de nacimiento y posesion, conforme á este título (*ibid.*, art. 322.). Cuando estos dos modos de prueba se prestan á sí un mútuo apoyo, no puede disputarse el estado del hijo ni por terceros ni por el hijo mismo. Esta solucion, reclamada por el interés de la estabilidad de las familias, fué admitida por la antigua jurisprudencia al principio del siglo XVIII (V. el informe 102 de Cochin, cuyas conclusiones fueron admitidas por sentencia de 9 de abril de 1737.). Desgraciadamente, como esto no era mas que un mero punto de doctrina, que no autorizaba texto alguno, el favor que se prestaba á las personas hacia algunas veces que se derogase de un modo escandaloso. Se ha citado con frecuencia la rectificacion obtenida por María Aurora de la partida de nacimiento, sostenida por la posesion, que la constituia hija legítima de padres oscuros, para hacerse declarar hija adulterina del mariscal de Sajonia, condicion impuesta á un brillante matrimonio, que se realizó efectivamente. El art. 322 ha cegado el manantial de semejantes abusos. No es esto decir, por otra parte, que sea necesaria esta disposicion en el día para casos semejantes al de María Aurora; el principio que prohíbe investigar ó reconocer una filiacion adulterina, atajaria semejantes pretensiones. Si es útil el artículo, es para impedir que se reclame un estado cuya prueba fuera lícita, tal como la de un hijo natural ó de un hijo legítimo de otros padres, cuando el título y la posesion de estado del reclamante son igualmente contrarios á su pretension.

Mas para que el concurso del título y de la posesion produzca este importante efecto, es necesario que se pruebe bien la identidad de la persona respecto de la cual se reunen estas dos circunstancias. Si hubo sustitucion de hijo despues de la inscripcion en los registros del estado civil, por ejemplo, mientras estuvo en casa de la nodriza, es aparente el concurso de la posesion y del título, porque la posesion de estado que se invocara en favor del niño sustituido, no seria mas que un error, puesto que no se referiria al niño inscrito en el registro. De otra suerte seria, si no fuera posible aislar la posesion del título, si no se alegase mas que una sustitucion anterior á la confeccion de la partida de nacimiento. Separarse en este caso de la regla tutelar sentada por el art. 322, seria

abrir la puerta á reclamaciones peligrosas para venir en auxilio de algunas posiciones excepcionales (Burdeos, 4 de agosto de 1857.).

207. Finalmente, bien haya posesion de estado solamente, ó bien concurso de la posesion y del título, no debe perderse de vista que la prueba de la filiacion no conduce á la de la legitimidad sino en cuanto existe matrimonio entre los padres designados. Constando una vez la filiacion, quedarán dos puntos que acreditar: 1.º La celebracion de un matrimonio entre el padre y la madre: 2.º La validez de este matrimonio. Los hijos son quienes tienen que probar el hecho de la celebracion. Si suponemos viviendo y capaces de expresarse á los dos padres, ó al menos á uno de ellos, los hijos estarán obligados, como toda otra parte interesada, á hacer la prueba directa por escrito, y en todos los casos en que la ley lo permite, por testigos. Si no existen padres en disposicion de poder indicar el lugar de la celebracion del matrimonio, ya hemos visto (núm. 198) que se permite á los hijos fundar la legitimidad en la posesion de estado de su padre y madre, como marido y mujer, combinada con su propia posesion (Cód. Nap., art. 197.). En cuanto al segundo punto, á saber, la validez del matrimonio, no corresponde á ellos demostrarla, porque todo matrimonio contraído debidamente se reputa válido; pero es claro, como ya hemos reconocido (n.º 198), que sus adversarios tienen siempre la facultad de atacarlo como nulo en el fondo, sin que en esto se pueda ver, en manera alguna, un ataque á la buena fé que supone la posesion de estado. Todo lo que debe hacer presumir esta posesion es que se ha contraído una union. ¿Pero podia contraerse? Esta es una cuestion de otro orden, sobre la cual no podria darnos luz alguna el hecho posterior de la posesion. Injustamente cita M. Denisart, como habiendo desconocido el justo favor de la posesion de estado, una providencia del Parlamento de París del 12 de julio de 1715, que rehusó reconocer como legítimo, no obstante haber título y posesion conforme, al hijo nacido del segundo matrimonio de una mujer que no habia justificado el fallecimiento de su primer marido. El Parlamento pudo ser muy riguroso presumiendo la bigamia; pero tuvo razon en no preocuparse ni de la posesion ni del título, que probaban la existencia, mas de ningun modo la validez del segundo matrimonio. En sentido inverso, una sentencia de Montpellier del 2 de marzo de 1852 desechó con razon la accion que se dirigia á poner en cues-

tion 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 cualidad, debe examinarse respecto de qué cónyuge se halla probada la posesion. Si es respecto del marido, dirémos sin vacilar con Merlin (Repert. v.º 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. i. §. 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 carác-

ter 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 existía 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 contradictoriamente 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 adminículo. 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 sería muy riguroso subordinar á la representacion previa de un escrito la justificacion de la filiacion legitima. 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 1694, en el segundo informe de D'Aguesseau, que ha contribuido á ganarle los votos, consiste en exigir, que haya por lo menos indicios graves para motivar la sentencia interlocutoria que manda la informacion de testigos. A este sistema se ha atenido, pues, el Consejo de Estado en virtud de las observaciones del Tribunado. «A falta de título y posesion constante «dice el art. 525 »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 amplio del principio de prueba por escrito, admitido antiguamente y rechazado en el dia respecto de las convenciones (*ibid.*, artículo 1547), 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 inconsecuente 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 viviera 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. Hânse suscitado, pues, indebidamente dudas en cuanto á la admisibilidad de las cartas, á causa de la expresion *actas públicas ó aun privadas*, de que usa el art. 524. La palabra *acta* se emplea igualmente en materia de convenciones por el art. 1547, 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. 805). ¿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 1845).

210. ¿Se admitirá que vengan 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 costáculo 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 legitima, 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 ligeramente hijo legitimo 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 égida 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. 325) 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 resultaría 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 paterna, 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

(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.

«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 acción para desconocer al hijo?

Para sostener la negativa se invoca, ya el texto que habla *de los medios conducentes* y no de los medios excepcionales; ya las observaciones del Tribunal, 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 art. 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 Tribunal, 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 Tribunal, 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 estremada la estension propuesta. Se puede desconocer 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. 315) consiste en exigir, salvo el caso de separacion de cuerpos, regulado en el dia por la ley de 6 de diciembre de 1830, 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 315. 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 (V. 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 adulterina, 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. Para paralizarlo seria preciso suponer que hechos ya constantes ó subsistentes, le atribuyen una paternidad que el buen éxito de su reclamacion haria considerar adulterina (Véase sent. den. de 15 de febrero de 1839, 22 de enero de 1840 y 22 de febrero de 1843).

Por derecho español se prueba tambien la filiacion 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 1837 y demás publicadas posteriormente sobre esta materia. Este documento es de gran eficacia para la prueba de la filiacion, 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, sino se hallaba en su domicilio. Así es que la nueva ley de Enjuiciamiento civil art. 230, ha declarado documentos públicos espresa y terminantemente dichas partidas, así como las de matrimonio y demás sacramentales, dadas por los párrocos con referencia á

(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.

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 individuo 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 artículo 346 de dicho proyecto, si bien pueden, según él mismo, ser redarguidas 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 arts. 350 y 356 de dicho proyecto. Para el caso de no haber partida, ha previsto el art. 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.

A falta de los medios de justificación espuestos en los artículos precedentes, ó si en la partida bautismal hay alguna falsedad ú omisión en cuanto á los nombres de los padres puede acreditarse la filiación por tes-

tigos, 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 artículo 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 núm. 202.—(A. del T.)

2.º Filiación natural.

SUMARIO.

- 212. Prohibición de probar la filiación incestuosa ó adulterina.
- 213. ¿Hay escepcion respecto de la posesión de estado?
- 214. Caso escepcional 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 escepcionalmente 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 cuáles son los hechos susceptibles de prueba, es la de si se admite á probar toda filiación natural. El Código Napoleon (arts. 333 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