

(V. Lyon 25 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*, artículo 762), bien, por el contrario, en contra suya, para restringir las disposiciones dadas en su favor. Suponiendo fundada esta opinion, seria preciso ver todavía si se admitiria la prueba testimonial de semejante origen, aun con un principio de prueba por escrito. Parece difícil llegar hasta este punto, pues que entonces se deberia exigir, por lo menos, para atenuar el escándalo, un reconocimiento espreso, como hace el Código sardo (art. 187), cuando se trata de una reclamacion de alimentos, y así es como lo entendia el orador del Tribunado, que fué el primero que emitió esta opinion para explicar el art. 762. Pero ya veremos, al tratar de la prueba literal de la filiacion, que este sistema, contrario al texto de la ley, es rechazado por la jurisprudencia del tribunal de casacion.

215. Háse pretendido, no obstante (1), que no dando lugar la posesion de estado á ningun escándalo, puesto que se trata de hechos públicos y notorios, es permitido probar de esta manera, hasta una paternidad incestuosa ó adulterina (2). En breve 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.

214. No obstante, puesto que al prohibir el reconocimiento de los hijos adulterinos ó incestuosos les concede la ley alimentos, debe

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

(2) En las legislaciones que, como las de Inglaterra y América, autorizan la averiguacion de una filiacion de esta clase, se admite sin dificultad la posesion 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.).

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 (1). (Cód. Nap. arts. 762, 763 y 764.) En lo concerniente á esta última filiacion, es preciso suponer un matrimonio contraído 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 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 contraído 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 contraído 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.

(1) Para darse cuenta de esta anomalía, 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 excepcionales (V. nuestro artículo de la *Revista práctica*, tom. I, págs. 348 y sigs.).

215. Cuando no se halla inficionada de semejantes vicios la filiacion natural, nadie duda que pueda ser reconocida voluntariamente. Admítese 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 1831; Orleans, 8 de febrero de 1855.). Mas, por nuestra parte, creemos que es preciso atenerse 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 ultimo 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 13 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. Concíbese 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 (Cod. Nap., art. 325), esta prueba se entiende especialmente (núm. 205) 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. Habíase propuesto una redaccion que consideraba á la posesion de estado como un principio de prueba. Esta redaccion ha sido rechazada, no en ódio á esta posesion, sino porque se creyó, segun las expresiones 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 Paris, 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 1831, y otras varias de tribunales imperiales (Paris, 26 de abril de 1832; ley de 20 de abril de 1855). Es verdad que, en el caso juzgado por la Sala de súplicas de 17 de febrero de 1831, 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, según 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, según 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 legitima, 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 1859), que el art. 322, inscrito en el capítulo *De las pruebas de la filiacion de los hijos legitimos*, 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 pre-

(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.

suncion 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 dirigirian 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 legitima. 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. 1547). 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: 1.º con el hecho del parto de la pretendida madre; 2.º 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. El legislador, al cual repugna que se pruebe un hecho deshonesto, 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 1830, 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 aplica forzosamente, tanto al «hecho del parto como al de la identidad.» Ya veremos, además, al tratar del juramento decisorio, que no se supliria 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 excepcion, limitándose á dar á la madre una accion para indemnizarse de los daños y perjuicios, en el caso de raptó 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 raptó corresponda á la de la concepcion. El raptó, bajo el punto de vista de la ley civil, no es solamente el que se comete con una menor y que es castigado en los casos previstos por los artículos 354 y 355 del Código penal; es el raptó en el sentido gramatical de la palabra, independientemente de toda accion penal (Paris 28 de julio de 1821), y por consiguiente, es susceptible de aplicarse á una mujer mayor de edad. Para convencerse de esto, basta referirse á la ley penal en vigor, cuando se redactó el Código Napoleon; ley que solo castigaba el raptó de una mujer de edad menor de 14 años (Cód. penal de 1791 Part. II, tit. II, sec. I, art. 31). Evidentemente la ley, al permitir la indagacion de la paternidad, no ha podido ocuparse de un crimen cometido en circunstancias en que es casi imposible la maternidad.

¿Debe asimilarse la violacion con el raptó? Fúndanse para apoyar la negativa, primeramente en las dudas que se han suscitado relativamente á la posibilidad de la concepcion, cuando se ha efectuado la union por violencia. Añádese que el silencio del legislador sobre este punto es voluntario, puesto que la enunciacion de la violacion que se encontraba en el proyecto del Código se suprimió en la seccion del Consejo de Estado de 15 de brumario año XI, á consecuencia de una conferencia con el Tribunado, la cual fué desfavorable á la indagacion de la paternidad. Creemos mas racional considerar la violacion como un raptó momentáneo, tanto mas caracterizado, cuanto que supone, por lo comun, la inocencia completa de la víctima. El hecho de la concepcion, en semejante hipótesis, aunque raro, no es absolutamente imposible. El que una mujer esté embarazada «dice M. Devergie (*Medicina legal*, cap. de los *Atentados al pudor*), no es una razon para creer que consintió en la tentativa de violacion, puesto que no depende de su voluntad concebir, «y que la concepcion puede verificarse durante la embriaguez mas «completa, el narcotismo, el síncope, un acceso de histérico, per-

»diendo el conocimiento.» Para rechazar una solución tan equitativa, sería necesario algo más que la supresión de una palabra, lo cual, á consecuencia de diversas reformas del texto, pudo ser puramente accidental. Hay que advertir que el Código holandés (art. 342) y el del gran Ducado de Baden (art. 340), consideran la circunstancia de la violación como una inducción grave.

La prueba, sea del raptor, sea de los hechos propios para acreditar que el raptor es padre del niño, podrá evidentemente hacerse por medio de testigos. La fecha del nacimiento, que debe saberse para fijar la época presunta de la concepción, se acreditará ordinariamente por las actas del estado civil. Pero ya hemos visto que se puede siempre suplir por la prueba testimonial el silencio de estas actas, y se podrá tanto mejor aquí, cuanto que este silencio se explica con el deseo de no dejar transpirar nada que comprometa el honor de la madre.

Sería supérfluo añadir, si no lo hubieran negado algunos, que la prohibición de indagar la paternidad incestuosa ó adulterina se aplica también al caso de raptor. ¿Por qué había de prohibir el artículo 342 la indagación de una paternidad de esta clase, si esta prohibición no tuviera una trascendencia más estensa que el principio general relativo á la paternidad ordinaria?

222. Si la prueba indirecta tan delicada, del hecho de la paternidad, se admite en caso de raptor, con más razón se admitirá la justificación de la posesión de estado por los cuidados que tuvo el raptor á título de padre. Pero la posesión de estado del hijo natural respecto del padre, ¿producirá efecto en otra circunstancia? Sabidos son los esfuerzos hechos por nuestro eminente colega M. Demolombe, desde 1835 (*Revista de legislación*, tom. I, pág. 427) hasta el día (*Curso de Cód. Nap.*, segunda edición, tomo I, número 477 y siguientes) para hacer que prevalezca el sistema que admite la posesión de estado como prueba de la paternidad natural (1). En primer lugar invoca poderosas consideraciones en favor de la posesión de estado, la más antigua de todas las pruebas. En cuanto al texto del art. 340 del Código Napoleon, este texto, según él, no

(1) Puede también consultarse nuestra polémica con M. Herold, citada en la pág. 268, nota 1.^a (el artículo de M. Lafontaine en la *Revista crítica*, tom. XVII, pág. 97) y nuestra respuesta (*Revista práctica*, tom. I, página 385); finalmente una nota de M. Herold (*ibid.*, tom. XI, pág. 32).

prohíbe sino la *investigación* de la paternidad, y como no se investiga lo que se posee, y por otra parte se apoya la prueba de la posesión de estado en hechos patentes, no dá lugar á ningún escándalo. Saca finalmente argumento de la ley de 18 de brumario, año II, que, al prohibir por primera vez la investigación de la paternidad, reservaba la prueba de la posesión de estado (1), la cual resultaba de la presentación de escritos públicos ó privados del padre, ó de la serie de cuidados que se habían dado á título de paternidad y sin interrupción, tanto para la manutención como para la educación de los hijos.

Más para responder primeramente sobre este último punto, se prueba con un atento exámen de la ley de brumario, que no tiene el sentido que le presta M. Demolombe. En efecto, el artículo 8 que admite la prueba de la paternidad por la posesión de estado, es una disposición puramente transitoria, aplicable tan solo á los hijos cuyo padre había muerto antes de promulgarse la ley. En cuanto á los hijos que tenían aun padre, tratan de ellos los artículos 10, 11 y 12, y entonces la ley del año II exige un reconocimiento auténtico. Estos últimos artículos han sido interpretados oficialmente como excluyendo toda otra clase de prueba, y por consiguiente, la posesión de estado (V. el relato del Ministro de Justicia, inserto en un decreto del Directorio de 12 ventoso, año V.). Se vé, pues, que la ley de brumario se vuelve contra los que la invocan. La reserva de la posesión de estado, por una disposición transitoria que recomienda la equidad, hubiese sido completamente inútil, si la consignación de esta posesión no se comprendiese en la nueva prohibición, puesto que esta posesión se hubiera podido invocar por todos los interesados y en todas épocas. Es poco probable, que los redactores del Código que han autorizado con dificultad, la indagación de la paternidad en un caso excepcional, se hayan mostrado más generosos que los de la ley de brumario respecto de la prueba de esta misma paternidad, cuando exigen, en principio, la misma condición, un reconocimiento auténtico. No es *investigar* un estado, se dice, invocar una posesión constante. Pero la posesión

(1) Esta prueba se halla autorizada por el Código Sardo (art. 185, 1.^o) que no admite por otra parte la indagación de la paternidad. Sin embargo, este Código exige que la posesión de estado se pruebe por escrito, y no permite actuar sino después de morir el padre.

constante para el demandante, está lejos de ser tal á los ojos del demandado, y de hecho, la prueba de la posesion de estado, implicando la prueba de las relaciones del pretendido padre con la madre del hijo, está lejos de hallarse exenta de escándalo en la práctica. La *indagacion* comprende hasta tal punto esta prueba, en el mismo título que la prueba directa, que el art. 342 emplea la misma espresion de indagacion cuando prohíbe la accion judicial, á fin de acreditar la filiacion incestuosa ó adulterina. Para librarse de este argumento, seria preciso llegar hasta admitir (V. núm. 215) la posesion de estado para el efecto de probar una filiacion inficionada de semejantes vicios: enormidad ante la cual no han retrocedido algunos jóvenes talentos, pero á la que ha rehusado suscribir la gravedad de M. Demolombe. Finalmente, ninguna decision judicial ha venido á apoyar la teoria algun tanto paradójica que M. Valette (*Espl.* núm. del Cód. Nap., pág. 185) ha renunciado á defender, y han rechazado *in terminis* las audiencias de Bourges (22 de agosto de 1811) y de Orleans (1) (10 de mayo de 1860.).

Es verdad que se acusa de inconveniencia á los que, como nosotros, admiten la posesion de estado, en lo concerniente á la maternidad tan solo. Pero es fácil contestar á esta censura con el texto de la ley, que permite la indagacion de la maternidad, al paso que prohíbe la de la paternidad natural. Nuestro sistema no se halla por otra parte tan lejano del último estado de la jurisprudencia, como se quiere suponer. Las Academias imperiales, que jamás han admitido la posesion de estado para probar la paternidad, la han admitido frecuentemente para la maternidad, y si se ha pronunciado, aun en esta última hipótesis por la negativa, una sentencia de 1851, ya hemos visto (núm. 217) que el tribunal de casacion no atribuye menos importantes efectos á la posesion de

(1) En el caso juzgado por el tribunal de Orleans, la posesion de estado se presentaba con caracteres en extremo favorables; pero la sentencia de 10 de mayo de 1860, se ha fundado en este principio sentado en la exposicion de los motivos del título de la *paternidad*, «que la paternidad no puede nunca acreditarse contra el padre, sino por su propio reconocimiento, y aun es preciso que se haga este reconocimiento por una partida de nacimiento, ó por una acta ó escritura auténtica.» M. Lafontaine en su crítica de la sentencia de 1860, se apodera de estas palabras *contra el padre* para sostener que la posesion de estado valdrá por lo menos contra los herederos. Pero esta distincion que en efecto hace el Código sardo (artículo 185, 1.º), no se apoya en ninguna base en nuestra legislacion.

estado respecto de la madre. Por el contrario, en lo tocante á la paternidad, este tribunal lleva el escrúpulo hasta la exageracion, puesto que segun verémos en cuanto al reconocimiento, una sentencia de casacion de 18 de junio de 1851, ha llegado hasta á rechazar la prueba de la identidad del que reconoció á su hijo natural.

Desesperando convertir la jurisprudencia, se ha propuesto M. Lafontaine (*Revista crítica*, tom. XVII, pág. 118), hacer intervenir al legislador. Pero, si comprendemos perfectamente una legislacion menos parcial para el sexo masculino, mas humana para las mujeres, y sobre todo para los hijos abandonados, que no prohiba de un modo tan absoluto como la nuestra la indagacion de la paternidad, no veriamos en una innovacion que se limitase á admitir la prueba de la posesion de estado respecto del padre, tan rara en la práctica, mas que una revocadura sin valor y sin eficacia.

225. La facultad de indagar la paternidad natural, que existia antiguamente en Francia, con gran latitud, vuelve á encontrarse aun en el día en la mayor parte de los pueblos, especialmente en Alemania, en Suiza, en Inglaterra y en los Estados- Unidos. Pero no siendo fácil la prueba directa del hecho de la paternidad, se recurre con gusto á la declaracion de la madre, por aplicacion de la famosa máxima formulada por el presidente Favre: *Creditur virgini, dicenti se ab aliquo agnitam, et ex eo prægnantem esse* (Código defín. lib. IV, tit. XIV. def. 18.). No obstante, así como en el último estado de nuestra antigua jurisprudencia (sent. del Parlamento de Paris de 15 de abril de 1712), se habia concluido por reconocer la necesidad de una informacion prévia sobre las costumbres de la madre, las legislaciones modernas han permitido al padre oponer á la declaracion hecha contra él diversas escepciones, basadas en la conducta anterior de la madre, ó en la imposibilidad misma del hecho (V. los Códos. de los cantones de Vaud, art. 188 y sigs.; de Berna, art. 185 y sigs.; de Friburgo, art. 222 y sigs.; de Argovia, art. 220 y sigs.). Así se entra en el verdadero sentido de la máxima: *Creditur virgini*, que supone una primera debilidad; pero, es preciso confesarlo, la suposicion hasta prueba en contrario, de una virginidad prévia, es mas verosímil en Suiza que en Paris (1). Bajo otro concepto, los códigos suizos van mas allá

(1) Es preciso convenir tambien, en que la ventaja de una legislacion uniforme para un pais, se encuentra, bajo ciertos respectos, compensada

de lo que han ido nunca nuestros antiguos parlamentos, puesto que, para aligerar las poblaciones de las cargas que les imponen los niños espósitos, admiten una indagacion de oficio de la paternidad.

El principio del Código Napoleon ha sido por el contrario adoptado con pocas modificaciones por los Códigos posteriores de las Dos Sicitias, de Cerdeña y de Holanda.

La legislacion mas estraña sobre este punto es la de la Luisiana que lleva el sello de la esclavitud y de la distincion de las razas. La indagacion de la paternidad se admite allí completamente en favor de los niños libres y blancos. En cuanto á los niños de color no pueden indagarse sino en cuanto son libres, y con la carga de designar por padre suyo á un hombre de color (Cód. de Luisiana, artículo 226).

Estos son los puntos que no debe tocar el legislador sino con la mayor reserva. Es importante consignar, respecto á esto, los funestos efectos causados en el país de Gales por las modificaciones hechas en 1835, en la antigua legislacion sobre la indagacion de la paternidad. En los *Estudios sobre la Inglaterra*, de Leon Faucher, se lee lo siguiente:

«Aumentando la miseria en el país de Gales, la ley de los pobres ha dado otra vez un grave ataque á la moralidad de los habitantes. Sabido es que, segun los términos de la antigua legislacion de las parroquias, toda soltera que llegaba á ser madre, que se decia embarazada por obra de varon, era creida bajo su palabra, y que el padre putativo, si preferia casarse con la madre, tenia que dar alimentos al niño. Esta costumbre dió ocasion á graves abusos.... Al reprimir el escándalo, la ley de 1835 no deroga el principio de las legislaciones de origen germánico, que admiten la indagacion de la paternidad. Pero ha decidido, por vía de atenuacion, que todo niño ilegítimo quedaria á cargo de su madre hasta la edad de diez y seis años, y que en el caso de no hallarse la madre en estado de mantenerlo, recayendo el niño á cargo de la parroquia, sus custodios tendrian el derecho de intimar al padre putativo que proveyese á su manutencion. Pero entonces no

por bastante graves inconvenientes. Así, la indagacion de la paternidad, poco admisible en las grandes capitales, lo seriamos en el campo, donde todo el mundo se conoce.

»hasta el testimonio de la madre; es preciso otros testimonios é indicios, en cierto modo materiales, para determinar esta imputacion de paternidad.

»Esta estraña reforma, que no sabe dar ni quitar al pudor de la mujer la proteccion de la ley, reprimió desde luego en Inglaterra el desbordamiento de nacimientos ilegítimos, que en el día vuelve á tomar su curso; pero ha naufragado positivamente en el país de Gales, donde ha tenido por efecto introducir los abusos que tenia en otras partes en jaque. Toda jóven soltera principia por ser criada de granja; pues bien, en las granjas sirve el granero de dormitorio comun á los jornaleros de ambos sexos, y facilitando esta aproximacion sumamente desórden, acaba en breve la seducccion una promesa de matrimonio. Bajo el imperio del antiguo sistema, la seducccion ocasionaba casi siempre el matrimonio. La jóven soltera no abusaba ya como en Inglaterra de la ventaja de su posicion legal, y era raro que afirmase con juramento lo contrario de la verdad.... (1). Despues del cambio verificado en 1835, se ha introducido la prostitucion en las costumbres. No corriendo ya ningun riesgo los jóvenes, se hacen un cruel pasatiempo en perder á las jóvenes solteras.... Las tres cuartas partes de niños que reciben los depósitos de mendicidad en el país de Gales, son hijos ilegítimos abandonados por sus padres.... La ley antigua era inmoral, porque animaba á la jóven soltera á prostituirse, convirtiendo en beneficio suyo las consecuencias de su falta de conducta; la nueva ley es inhumana, porque agrava la responsabilidad de la mujer sin aumentar sus medios de resistencia y sin disminuir las tentaciones de que se halla rodeada su virtud.»

Por derecho español se permite probar la filiacion natural, asi como tambien es permitida la investigacion de la paternidad. Segun nuestras leyes de Part., siguiendo al derecho romano, eran hijos naturales los procedentes de concubinato, el cual tenia sus formas especiales á la manera que el matrimonio. Estos hijos eran segun la ley 4, tít. 19, Part. 4, «los hijos que nacen de las mugeres que tienen los omes por amigas manifestamente, como en lugar de mugeres, non abiendo entre ellos embargo de parentesco, ó de orden de religion ó de casamiento (V. tambien la 8, tít. 13, Partida 6. Los hijos que no nacen de matrimonio ó concubinato, se conside-

(1) Not one woman in ten thousand will take a false oath (Inquiry on South Wales).

raban fruto de estupro y no eran naturales, á pesar de la libertad de sus padres. Mas la ley 11 de Toro que es la 1, tít. 5, lib. 10 de la Nov. Recop. dió amplitud á la declaracion de hijo natural, requiriendo para ello solamente que hubiese sido habido de padres que al tiempo de su concepcion ó nacimiento pudieran casarse justamente sin dispensacion, y que el padre lo reconociera por hijo, sino tuvo la mujer en su casa ni fué una sola. De suerte que, segun se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 26 de setiembre de 1867, las leyes 5, tít. 19, Part. 4 y 8, tít. 13, Partida 6 en lo referente á la cuestion de filiacion natural, se hallan modificadas por la 11 de Toro, que es por la que deben resolverse las cuestiones de esta clase.

La cualidad de hijo natural ha de fundarse necesariamente en el reconocimiento del padre, espontáneo y legalmente probado, ó en el caso de omision ó resistencia, en una ejecutoria solemne que así lo declare, no bastando para justificar la filiacion una simple partida de bautismo (V. sent. del T. S. de 16 de abril y 28 de junio de 1864).

La ley de Toro mencionada no exige que el reconocimiento sea espreso, ni antes de dicha ley lo ha exigido otra alguna, pues la ley 7, título 22, lib. 4 del Fuero real, tiene por objeto, como lo patentizan sus mismas palabras, no el reconocimiento, sino la adopcion de los hijos naturales, estén ó no reconocidos. Basta, pues, que el reconocimiento sea tácito, porque en el dia son de igual condicion, cuando el derecho no distingue lo tácito y lo espreso, y no puede haber dudas por lo mismo de que en falta de reconocimiento espreso, ya verbal, ya escrito, no hay infraccion de dicha ley, por reputarse suficiente el tácito. Así se ha consignado en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de octubre de 1853, 12 de junio de 1863, 25 de enero, 2 de marzo 4 y 20 de abril, 30 de junio, 16 de setiembre y 9 de octubre de 1865. Mas este reconocimiento tácito deberá constar por cualquiera de los medios probatorios que establece el derecho, de manera que no dé lugar á duda sobre la certeza de semejante hecho. (V. sent. del T. S. de 13 de junio de 1862 y de 24 de febrero de 1863 y de 20 de abril de 1865).

El padre puede hacer dicho reconocimiento espreso por instrumento auténtico, como la partida de bautismo en que así se espresa ó por escritura ó testamento ó acta autorizada por el magistrado.

No exige la ley de Toro para la declaracion de hijo natural el reconocimiento de la madre, sino solo el del padre, con tal que concurra la circunstancia que requiere dicha ley de que éste pudiera casarse con aquella sin dispensacion en las épocas en que dicha ley designa. Y no basta la declaracion negativa de la filiacion por parte de la que supone ser la madre hecha en testamento ó de otra manera, para destruir la prueba de testigos relativa á dicha filiacion. Sent. del T. S. de J. de 30 de junio de 1865.

Mas si el padre reconoció á un hijo natural sin aprobacion de la madre, no tiene efecto dicho reconocimiento sino respecto del padre, y lo mismo debe decirse del reconocimiento que haga la madre sin aprobacion del padre.

No basta la creencia ú opinion singular y personal consignada en una carta, aunque haya sido reconocida; pues no tiene la eficacia legal necesaria para atribuir á una persona, despues de su fallecimiento, hechos que afectan á los derechos de sus parientes legítimos. V. sent. del T. S. de J. de 16 de abril de 1864.

Indirectamente puede resultar asimismo la cualidad de hijo natural. Tal se verificara cuando se declaró en una sentencia que un hijo legítimo,

como heredero de su padre, está obligado á dar alimentos á un hermano natural; pues en tal caso se resuelve tambien como consecuencia indeclinable la filiacion de éste último y no se infringe la citada ley de Toro por dicha declaracion de alimentos á favor de un hijo natural, cuando para ello se tiene en cuenta que la madre permaneció en la casa del padre natural hasta la muerte de éste, y por lo tanto se hallaba en el caso de excepcion de la ley citada. V. sent. del T. S. de J. de 24 de marzo de 1862.

Respecto de la investigacion de la paternidad, se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 16 de octubre de 1865, en un recurso que versaba sobre reconocimiento de un hijo natural, que en el estado actual de nuestra legislacion, no es cierto el principio de que «fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito ni aun posible inquirir ó hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad,» pues nuestras leyes, no menos que la práctica constante de los tribunales autorizan la investigacion civil de aquella en todos los demás casos que las mismas determinan.

Sin embargo, la ley 11, tít. 10, lib. 3.º, núm. 9 de la Nov. Recop., mandó repeler como injustas é inmorales las querellas de estupro «por ser motivo de escándalo y relajacion de costumbres,» dice dicha ley, de donde deducian los intérpretes que no era permitido en estos casos investigar la paternidad; mas por la citada sent. del T. S. de J. de 16 de octubre de 1865, se declaró, que dicha ley recopilada, algunos de cuyos artículos eran relativos á las querellas de estupro y violencia y á evitar los infanticidios, no tiene carácter general, segun aparece de la Real cédula de 28 de agosto de 1829.

Tanto el reconocimiento de los padres como la reclamacion por parte del hijo, pueden contradecirse por quien tuviere interés en ello.

El proyecto de Código civil de 1851 ha adoptado con bastante amplitud las disposiciones del Código Napoleon sobre esta materia.

Segun su art. 122, «los padres de un hijo natural podrán reconocerle de comun acuerdo;» siendo necesario para esto que hayan nacido dichos hijos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepcion de éstos pudieran casarse, aunque fuera con dispensa. Mas no puede ser reconocido el hijo habido por un tío en su sobrina carnal.

El reconocimiento de un hijo natural ha de hacerse en la partida de nacimiento, en escritura pública ó en testamento. De otro modo, no produciria efecto en derecho: art. 124. Mas, como dice el Sr. García Goyena en sus comentarios á este proyecto, el espíritu de este artículo es que el reconocimiento se haga en instrumento público y no en privado.

Por el art. 127 se prohíbe en todo caso la investigacion de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Sin embargo, todo reconocimiento del padre ó de la madre, ó de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercero interesado, despues de muerto el que hizo el reconocimiento.

El art. 131 dispone que en los casos previstos en los arts. 363, 364 y 366 del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepcion, podrán los tribunales, á instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad ó la maternidad. Segun se vé por este contexto, el artículo 131 del proyecto de Código español vá mas allá que el art. 340 del Código francés, con el que concuerda, pues este contrae su disposicion al raptó, dando lugar á las dudas que indica M. Bonnier en el núm. 221, cuando el español se estiende tambien al caso de violencia y fuerza, que son los á que se refieren los artículos del Código penal citados en el 131.