

tales pueden ser las circunstancias que originen una convicción acabada y racionalmente firme en la conciencia del Juez.

En este caso, como en otros, según se ha dicho (1), al pronunciar un juicio y reputar probado un hecho cualquiera, se recorre extensa línea, cuyo punto inicial es la *duda* y cuyo término es la *certeza*, haciendo escala en la *probabilidad*; á la que en su grado máximo se llama *verosimilitud*, siendo imposible desconocer que, dada la dualidad de factores de todo problema de prueba, unos, elementos *objetivos* ó hechos que le constituyen como *medio* de demostración y otros, elementos *subjetivos*, producto de su apreciación por los Tribunales, sólo en los casos en que no fuera dado este concurso de ambos, es cuando podría declararse *a priori*, por las leyes, *imposible* la prueba.

Y que esto no es así, en cuanto á la *posibilidad* racional y legal de tener por demostrada judicialmente la relación de paternidad natural respecto de prole procreada fuera del matrimonio, lo acredita la *razón* en primer término, puesto que se trata de un *hecho*, como el de la relación sexual, seguido de la concepción, que puede estar rodeado de tales circunstancias, que fundadamente no den ocasión á duda racional, sin que por eso se niegue el misterio en que la Naturaleza envuelve ese primer momento de la reproducción de la especie humana; y la misma *ley*, en segundo lugar, puesto que ni aun dentro de las legislaciones que profesan el criterio absolutamente prohibitivo de la *investigación de la paternidad*, ni la ley penal para los efectos de su competencia, cuales son los de castigar, por ejemplo, el estupro y el rapto y obligar al reconocimiento y alimentación de la prole, ni aun la propia ley civil, en orden á los suyos, puede negarse á aceptar la confesión que de esa paternidad haga el procreante en el llamado *reconocimiento voluntario* de los hijos naturales.

Por ventura, cuando se trata de la relación paterno-filial, producto del matrimonio, fuera de este valioso antecedente en un orden moral y racional por lo que á la certeza ó realidad de la imputación de la paternidad é ilegitimidad de la prole se refiera, ¿existen otras pruebas *directas* que demuestren la realidad *objetiva* de aquella generación? ¿No viene, en último término, á descansar la legitimidad en una *presunción* racionalmente formulada por la ley, como deducida del precedente del estado matrimonial al tiempo de la concepción y del parto y de la falta de contradicción autorizada de dicha condición filial de la prole respecto del padre? Esto acredita que: ó se llega al absurdo de dejar improbada la *filialidad*, porque los medios indirectos de prueba no pueden penetrar el arcano de la concepción de la prole; ó no es lícito declarar la *imposibilidad de prueba* de este extremo, fundando en ella la doctrina *prohibitiva* de la *investigación de la paternidad*, sino, á lo sumo, reclamar para la práctica de esta prueba y para su apreciación las más escrupulosas garantías.

(1) Núm. 29, cap. 19, t. II, 2.<sup>a</sup> edic.

6. Otra cosa es cuanto se refiere á este aspecto. Así, la prueba testifical por sí sola, puede fundadamente parecer muy insegura base para declaraciones de semejante trascendencia; pero incorporándola á un principio de prueba *por escrito* ó al antecedente de la *posesión de estado* (1) en la prole ó al concubinato *more uxorio* de los padres ó á la declaración de la madre, con el mayor valor moral, por ejemplo, de estar hecha en inminente peligro de muerte, es indudable que constituye garantía que, por su coincidencia demostrativa con el resultado que ofrezca la prueba testifical, son motivo sobrado para engendrar en la conciencia del Juez una convicción racionalmente bastante á pronunciar la declaración de aquella paternidad natural.

Á otro orden de garantías pertenecen las que resultan del derecho á la *contradicción*, que á tal imputación de paternidad pueden presentar el padre ó sus derechohabientes. Esta última hipótesis de que sean los derechohabientes de la persona á quien se imputa la paternidad natural los que la contradigan, por haberse planteado la cuestión judicial después de la muerte de aquélla, es la que realmente puede motivar mayor restricción de parte de la ley, porque la muerte del padre suprime la mayor garantía de contradicción de esa prueba, dada la índole personal del hecho en que la imputación se funda, y de todos sus accidentes, por nadie conocidos como por aquél. Esta circunstancia es, por lo mismo, motivo estimable, aun respecto de los que opinan en favor de la *libre investigación de la paternidad* (2), para considerar que deben prohibirse las demandas de esta clase, cuando se incoan muerto ya el padre, si falta una explícita declaración escrita ó, al menos, un principio de prueba por escrito.

Otro orden de garantías contra los abusos temidos de pleitos maliciosos sobre *investigación de la paternidad* podría ser el de las sanciones de carácter *penal*, que sometieran á la responsabilidad de esta clase, por el concepto genérico de *fraude*, á todos los demandantes de *investigación de la paternidad*, si se demostraba que procedieron de mala fe y sin fundamento racional de prueba al efecto.

7. El hecho de la relación sexual ilícita ó fuera del matrimonio, seguido de la concepción y del nacimiento de la prole, llamada *ilegitima*, es la indudable causa de origen de una relación paterno-filial, cuyo carácter jurídico no puede negar el Derecho ni desconocer la ley, á no proceder arbitrariamente, en sus consecuencias de validez y efectos, una vez que sea objeto de la verificación necesaria, obtenida por la prueba y establecida por la declaración judicial.

En efecto: se trata de un hecho *voluntario* de los padres y, por tanto, debe ser *imputable* á ellos en sus consecuencias.

(1) Situación jurídica integrada, según los juristas antiguos, por estos tres elementos: *nomen, fama, tractus*.

(2) Cimbali, obra citada, pág. 110, edición española.—Cavagnari, *Nuovi orizzonti del Diritto civile*. Milán, 1891, pág. 29.

La concepción, seguida del nacimiento de prole fuera del matrimonio, determina la existencia de un nuevo ser humano, que nace á impulsos de ajena voluntad y que, una vez nacido, tiene indudable derecho á la vida y á la prueba del *estado natural y civil* que le es propio. Aquellos hechos, según se deja anticipado (1), son fundamento de un vínculo natural innegable, de cuya inexcusable consecuencia de justicia no hay razón alguna para sustraer á sus autores.

De tales principios, son conclusiones: 1.<sup>a</sup>, el derecho del hijo á la prueba de su estado de filiación; 2.<sup>a</sup>, el deber correlativo del padre y de la madre al reconocimiento del mismo y á su paternidad y maternidad respectivas; 3.<sup>a</sup>, el establecimiento de una relación paterno y materno-filial naturales; y 4.<sup>a</sup>, la sanción por el Derecho y por la ley, de las naturales consecuencias de esos derecho y deber respectivos, producto de aquel vínculo y contenido de dicha relación.

Lo evidente, por todo extremo, de estas verdades iniciales en la cuestión, ponen de manifiesto que constituyen la causa de la relación paterno-filial una serie de hechos que, empezando por la relación sexual, siguiendo por la concepción y concluyendo por el nacimiento, obedecen á una base de origen imputable á la voluntad de los procreantes, son ajenos á la de la prole ilegítima nacida, y niegan á ésta las condiciones debidas á todo nuevo ser, haciéndole nacer fuera del organismo familiar, necesario á su derecho primordial é inmanente á la vida, infiriéndole, por consiguiente, un verdadero *daño*, tan complejo como múltiples y variados son los aspectos de la *asistencia* que necesita todo ser para su desarrollo, ya en los órdenes físico y económico, ya en el moral y afectivo, ya en el individual, ya en el social.

Es tanto más enorme la diferencia de condición que para la prole legítima produce, en este aspecto, la ausencia de un orden familiar, en cuyo seno sea protegido su desenvolvimiento, cuanto que en realidad, lo mismo en la legítima que en la ilegítima, nada *esencial* falta al vínculo natural de la expresada relación paterno-filial, á la identidad de sangre entre procreantes y procreados, y la sola diferencia, aunque importante, de la primera respecto á la segunda, consiste en que la una cuenta con el elemento *formal* del matrimonio, fundamento de presunción favorable á la filiación, que en la otra falta. La diferente situación de estas dos especies de generación *legítima* é *ilegítima* ante el Derecho es manifiesta en este aspecto verdaderamente *adjetivo* de la prueba, ó sea de la comprobación de sus términos personales, por lo que á la *paternidad* principalmente se refiere, y también, aunque con menos dificultad, respecto de la *maternidad*, pero no en su realidad y verdad naturales; constituyendo tan sólo un problema de mayor ó menor dificultad en orden á la *individualización demostrada* de los procreantes. Por tanto, su trascendencia no puede ni debe pasar de los límites de la *calificación* del hecho y de la prole engendrada, que, en un caso, será *legítima* y en el

(1) Núm. 21, cap. 2.º de este tomo.

otro *ilegítima*, ó mejor *ilegal*, en cuanto que la una procede de uniones legales y la otra de uniones extralegales, siendo evidente injusticia que lo que es y debe ser cuestión tan sólo de justa diferencia de *calificativo*, con las consecuencias jurídicas que lleve á la ley el establecimiento de aquella fórmula de armonía *cualitativa* y *cuantitativa*, de que se habla en otro lugar (1), entre la prole de una y otra procedencia, se convierta en una negación esencial y en un desconocimiento absoluto de una verdad de la Naturaleza.

Si el hecho origen de la relación paterno-filial, está en la causa voluntaria de la relación sexual ilícita ó extramatrimonial, seguida de la concepción y del nacimiento de la prole, pero no completada con la aceptación ó reconocimiento de la paternidad, claro es que, por la falta de aquél, se niegan las condiciones necesarias al ser nacido de tal unión, privándole de los medios precisos para realizar el *derecho á la vida*, y ocasionando, por tanto, una perturbación en el orden jurídico, que hace de toda justicia la restauración del derecho infringido, é imputable tan sólo á los elementos voluntarios de origen de dicho hecho y sus consecuencias, que no son otros que los padres de la prole ilegítima; lo cual no es, después de todo, sino una fórmula jurídica, en cuya virtud se obliga á *reparar el daño* causado á otro, al que por acción ú omisión voluntarias lo causó.

La restauración del Derecho perturbado significa la prestación de todas aquellas obligaciones imputables á la voluntad que la causa, en los términos precisos y posibles para repararlo. ¿Qué falta á la prole ilegítima en este problema, que á la *investigación de la paternidad* se refiere, y qué es á lo que tiene derecho? El estado de *filiación* y la determinación consiguiente de la *paternidad* y de la *maternidad* que le corresponde, el *nombre* que le pertenece, y los resultados de *protección* y *asistencia* necesarios para el desarrollo físico y moral de la especie humana durante el período en que sus condiciones de edad las hacen indispensables. Á esta reintegración jurídica puede llegarse por dos caminos: con y sin la voluntad de los procreantes.

En el primer caso se está dentro de la hipótesis del *reconocimiento voluntario* de la paternidad ó de la maternidad, y en cuanto á los deberes de ésta y á los derechos á la filiación de la prole ilegítima, queda satisfecho el orden moral respecto á lo ilícito de la relación sexual en que aquella prole fué engendrada, y restaurado el orden jurídico por obra del voluntario reconocimiento de la prole y aceptación de la paternidad ó declaración de la maternidad.

En el segundo caso, es cuando se plantea el problema del *reconocimiento forzoso* á impulsos de quien tenga derecho á exigirlo. No debe ser dudoso, después de lo dicho, que este derecho corresponde á los desgraciados hijos nacidos de uniones de esa clase, ni menos que para este derecho no puede ser obstáculo la falta de voluntad conforme de los

(1) Núm. 21, cap. 2.º de este tomo.

padres, aunque es garantía á ellos debida para rechazar falsas imputaciones, la natural facultad de contradecir las erróneas ó maliciosas de paternidad ó maternidad que se les hagan.

8. De todo ello resulta, que el llamado problema de la *investigación de la paternidad* debe ser considerado como una *tesis judicial* lícita, por cuyo desenvolvimiento y resolución, mediante el fallo de los Tribunales, se llega al establecimiento de la relación *paterno-filial*, respecto de la prole engendrada fuera de matrimonio, á la determinación del estado de su *filiación* y á los *derechos* y *deberes* respectivos que sean su consecuencia, cuando falte aquel reconocimiento por obra espontánea de la voluntad de los procreantes.

Se trata, según se ha dicho, de un *derecho* del hijo, que pertenece á la esfera inmanente de todos los naturales propios de la *personalidad*, que la ley no debe estorbar en su ejercicio, ni menos desconocer, para acreditar la cualidad de su *filiación*, que no puede depender de la voluntad exclusiva de los padres otorgarla ó negarla.

Tres son los *sistemas* que, en esta cuestión de la *investigación de la paternidad*, ofrecen la ciencia jurídica y las legislaciones históricas: el *absolutamente prohibitivo*, que se estima injustificado é inaceptable, por cuanto queda dicho; el *absolutamente permisivo*, que resulta arreglado á los buenos principios jurídicos, y conforme con las más puras soluciones de la justicia natural; y un tercero, que podría calificarse de *intermedio*, del cual parece que se muestran partidarios algunos ilustrados escritores modernos (1).

No es que los defensores de esta tendencia desconozcan el aspecto *esencial* de la cuestión, en cuanto á la justicia de reconocer, establecer y permitir que se promueva la declaración de la relación paterno-filial para la prole habida fuera de matrimonio, y, por tanto, considerar lícita la *investigación de la paternidad* en tales casos, ni tampoco llegar al extremo de suponer, *a priori*, imposible su prueba, pero partiendo de las dificultades que ésta puede ofrecer, argumentan de este modo: la determinación de la paternidad, respecto de la llamada prole ilegítima, ó es producto del reconocimiento *voluntario* del padre, ó, en otro caso, debe necesitar, para que se decrete el *forzoso*, por virtud del ejercicio de una acción de *investigación de la paternidad*, el concurso de ciertos motivos en los que se pueda fundar un convencimiento moral y racional de la misma, según hechos del padre que inmediata ó mediatamente á ella se refieran, combinados con otras circunstancias de más ó menos directa comprobación. Tales serán:

1.º El *principio de prueba escrita*, procedente del padre que, sin constituir el acto ó escritura solemne del reconocimiento, contenga en documento privado—generalmente suele ser la correspondencia—revelaciones acerca de aquella paternidad natural, caso en el cual faltan únicamente circunstancias de *autenticidad* y *solemnidad*, que podrán su-

(1) Como Cimballi y Cavagnari, ob. cit., y otros.

plirse por los medios probatorios y garantías procesales del enjuiciamiento.

2.º La *posesión de estado*, formada por una serie de hechos de suficiente notoriedad y uniformidad, para que resulte indirectamente probada aquella afirmación por el concurso de circunstancias que permitan inducir la, constituyendo un *estado de hecho* poseído por el hijo durante algún tiempo, por ejemplo, el usar el nombre del padre, el haber recibido de éste alimentos, educación, asistencia y general consideración de *hijo*, y aun el haber tenido la misma respecto de la familia de aquél; todo lo que sirve para formar una base de opinión acerca de su condición filial por el testimonio reiterado de hechos congruentes con la misma, y hasta ser motivo racional para considerar innecesario el hecho singular, concreto y solemne del reconocimiento expreso por el padre.

3.º El *estupro* y el *rapto* seguidos del nacimiento de prole en tiempo, cuya concepción, gestación y alumbramiento guarden la relación natural de necesaria posibilidad con aquellos hechos, en cuanto á estimar lo más verosímil y probable que la paternidad de la misma corresponda al estuprador ó raptor.

4.º El *concubinato* con la mujer que dió á luz la prole, constituyendo una situación *habitual* de mayor ó menor duración de comercio sexual con la misma del hombre á quien la paternidad se impute, en cuanto pudiera ser base racional de una presunción *iuris tantum*, con las garantías de la posible prueba en contrario y, en cierto modo, un elemento moral de contención contra el concubinato, al saber que obligaban de esta suerte sus consecuencias prolíficas.

5.º La *seducción de la mujer*, principalmente si mediara promesa de matrimonio, respecto á la paternidad del seductor para la prole que aquélla hubiera dado á luz; y añaden esos escritores, si ésta además reunía las circunstancias de menor edad, inexperiencia y honestidad, por el convencimiento moral indiciario, nacido del concurso de todas estas condiciones, de que aquellas relaciones sexuales, producto de la seducción, mantenidas por la mujer, y no otras, fueron las *únicas* que pudieron dar lugar al nacimiento de la prole cuya paternidad se investiga.

6.º El *conjunto de tales circunstancias demostradas*, que sean suficientes á probar la relación carnal de un hombre con una mujer en tiempo hábil para referir á la misma la prole dada á luz por aquélla y la racional imputación al varón, por un convencimiento nacido de la imposibilidad racional acreditada de que dicha mujer haya tenido uniones carnales distintas, por el aislamiento ó por la reclusión en que viviera, falta absoluta de trato con otros hombres que aquél, identidad de raza ó condiciones físicas de semejanza manifiesta entre el supuesto procreante y el procreado, ú otros motivos análogos que arraiguen de modo indudable la convicción racional de aquella paternidad.

Ahora bien: llegar á establecer en todos los casos antes expresados una presunción *iuris tantum*, siquiera con la garantía de la prueba en contrario, sería en muchos un visible exceso ó un peligro de error, que

aquella no podría destruir, acerca de la verdad de la relación paterno-filial de que se tratara.

Elevar á la categoría de medios *únicos* y *tasados* previamente por la ley para la prueba de dicha relación sólo los de los indicados supuestos ú otros predeterminados, *sean los que fueren*, resultaría arbitrario, por olvidar la irregularidad de circunstancias y formas de comprobación que cada caso puede ofrecer; por volver en cierto modo al antiguo sistema de las pruebas tasadas; por negar al arbitrio judicial lo que á las funciones de sana crítica en la apreciación de la prueba debe corresponderle; por empeñar en prueba más difícil, y tal vez imposible, por ejemplo, la de las circunstancias de honestidad é inexperiencia de la mujer en el caso de seducción, ó la relación, que nunca puede tenerse por necesaria y directa, del concubinato y la prueba de dar á luz la concubina, etc.; y por desconocer el fondo *esencial* del problema de la *investigación de la paternidad*, que consiste, no en regular la ley de antemano la eficacia probatoria de uno ú otro medio ó circunstancia de justificación de esta última, sino en reconocer el *derecho* de toda prole habida fuera de matrimonio á promover la demostración y declaración de su estado filial, utilizando, según los casos, los medios de prueba de que al efecto disponga, sin otra restricción que la de su carácter legal y su sanción y garantía en las reglas del enjuiciamiento y en las mismas leyes penales.

El propio fundamento jurídico subsiste para profesar igual criterio en orden á la *investigación de la maternidad* (1), con la ventaja de que se disminuyan las dificultades de prueba; sin que deba reputarse objeción bastante, en el orden puramente *jurídico*, para desconocer el derecho de los hijos á promoverla, cierta consideración nacida de los respetos al sexo y condición social de la mujer, á quien la imputación de maternidad pudiera en algunos casos colocar en situación más ó menos bochornosa y lamentable.

9. En punto á *precedentes legales* en *Roma* acerca de la *legitimación*, tomando por base lo indicado en otros lugares (2), sólo es de consignar aquí que esta institución es de tiempo del Imperio; que siendo establecida por Constantino al principiar el siglo IV, y aceptada por Zenón en el año 508 (3), tuvo un ligero paréntesis de existencia al ser derogada por Justino en 519, y fué extendida más tarde por Anastasio á los hijos ilegítimos nacidos después de introducirse esta institución en el Derecho romano, puesto que en la Constitución del emperador Zenón no se admite el beneficio de ser legitimados sino á los hijos ilegítimos que existieran al publicarse la misma, y, por último, Justiniano la restableció en 529 y la dejó definitivamente sancionada en sus leyes.

(1) Según antes se indica, al transcribir en este número el criterio de igualdad sustentado por Goyena, respecto de la *investigación de la paternidad* y de la *maternidad*, que son fases ambas de la misma relación jurídica paterno-filial.

(2) Núms. 32, cap. 5.º, y 14 y 22, cap. 11 de este volumen.

(3) L. 5.ª, tit. 17, lib. V del Código.

10. En cuanto á *España*, ninguna se registra en el Fuero Juzgo que á ella se refiera; el primer cuerpo legal que la regula es el Fuero Real, la confirman los Fueros Municipales, y las leyes de Partida (1) reproducen el Derecho Justiniano, sin verdadero precedente directo en las costumbres y tradiciones legales de Castilla, modificándose ciertos supuestos de su aplicación por disposiciones posteriores, como alguna de las leyes de Toro, la de *gracias al sacar* y las Reales Cédulas y Órdenes de que se habla después.

11. En el Derecho español se conservaron *dos* de las *tres especies* ó *formas* de legitimar del Derecho romano. Desaparecida la legitimación *por oblación á la curia*, que no tenía aplicación en nuestras leyes, subsistieron la legitimación por *subsiguiente matrimonio* de los padres de la prole habida fuera de él y la titulada *por rescripto ó concesión del Príncipe*, con el carácter de una *gracia al sacar* (2).

12. La distinción capital de la prole en *legítima* é *ilegítima*, según que su generación tiene lugar dentro ó fuera del matrimonio de sus procreantes, no es suficiente para darse cuenta de la doctrina de *legitimación*, puesto que no *todos* los hijos *ilegítimos* pueden ser *legitimados*, sino algunas especies de ellos, diferentes entre sí, conforme á diversos motivos y circunstancias que en su generación intervinieron.

Fué de uso en las escuelas clasificar la prole ilegítima en *natural* y *espúrea*; considerando *natural* toda la engendrada fuera de matrimonio que no fuera objeto de otra calificación especial, en tanto que se decía *espúrea*, en sentido lato, la relativa á todos los hijos que no eran *naturales*, subdividiéndose en las especies siguientes:

a. *Hijos adulterinos*, que ante la moral y el Derecho canónico lo son lo mismo los habidos de mujer casada con varón soltero, que de varón casado con mujer soltera, que de ambos casados, mientras que las leyes de Partida (3) unas veces usan el concepto general de los habidos de adulterio, y otras, al definir este delito, se dice que es el acceso de un hombre con mujer casada, sin embargo de que en algún texto de aquel Código se califican de *fechos en adulterio* á los hijos que tuviera un hombre casado con una barragana (4).

(1) Tits. 13 y 14, Part. IV.

(2) LL. 1.ª, tit. 13, y 4.ª, tit. 15, Part. IV, art. 1.º de la ley de *gracias al sacar* de 14 de Abril de 1838, Real orden de 19 del mismo mes para su ejecución, y Real decreto de 5 de Agosto de 1818. Con arreglo á estas disposiciones se instruía el oportuno expediente de doble carácter judicial y gubernativo, que empezaba por una Real orden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia para que el expediente se abriera, y terminaba por otra en que se otorgaba la legitimación, previo el pago de los derechos de arancel.

Por Real Cédula de Carlos IV, de 23 de Enero de 1794 (L. 4.ª, tit. 37, lib. VII, Novísima Recopilación), se dispone «que todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, que no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por mi Real autorización y por legítimos para todos los oficios civiles».

(3) 1.ª, tit. 17, Part. VII.

(4) L. 2.ª, tit. 15, Part. IV.

El criterio legal para determinar este concepto de prole *adulterina*, como fundado en la existencia del delito, tiene su base, según el Derecho vigente, en el Código penal. Por eso el art. 448 del mismo, al determinar que «cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio», excluye de este concepto el caso de yacer un hombre casado con mujer soltera; pues si bien castiga en el art. 452 el supuesto del marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, no lo califica de adulterio, por lo mismo que menciona esas específicas circunstancias, ni considera justificable todo caso de relación carnal de un casado con una soltera.

La ley de Matrimonio civil en su art. 85, causa segunda, y con aplicación al divorcio, considera como una de ellas, en que aquél puede fundarse, la que llama «adulterio del marido con escándalo público ó con el abandono completo de la mujer, ó cuando el adúltero tuviera á su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera sido remitido expresa ó tácitamente por la mujer»; que es un concepto del adulterio más *extensivo* que el del Código penal respecto de lo del *abandono* de la mujer (1).

Como no hay conformidad entre los textos *civil* y *penal* del Derecho anterior, y se trata de fijar un concepto legal de *hijo adulterino* para una relación civil, cual lo es la que produce la *legitimación*, por prole *adulterina* habría de tenerse toda la que legalmente no pudiera ser natural, conforme á la ley 11.<sup>a</sup> de las de Toro y fuera procedente, además, de cualquiera de los supuestos de relación carnal que califica de *adulterina*, aunque sea para las aplicaciones del divorcio, el art. 85 de la ley de Matrimonio civil, que es de sentido más *extenso* que el derivado del Código penal (2).

b. *Hijos incestuosos*: Los habidos entre parientes en grado prohibido, calificándose de simplemente *incestuosos*, si el impedimento de parentesco es dispensable, y de *nefarios* cuando no lo es, como sucede con los habidos entre ascendientes y descendientes y hermanos.

c. *Hijos sacrilegos*: Los procreados en uniones carnales entre persona ó personas ligadas con el voto solemne de castidad.

d. *Hijos mánceres ó espúreos*, en sentido *estricto*, los habidos de prostituta (3).

(1) Y, por último, el art. 105 del Código civil, enumerando las causas legítimas de divorcio para el matrimonio civil, dice: «El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público ó *menosprecio* de la mujer.»

(2) La ley 9.<sup>a</sup> de las de Toro calificó de hijos de *dañado y punible ayuntamiento* «aquellos por cuya concepción incurría la madre en pena de muerte natural, según las antiguas leyes», que no era otra cosa sino la alusión al derecho del marido, que sorprendía en delito flagrante de adulterio á su mujer, para matarla, según lo da por supuesto la ley 82.<sup>a</sup> de las de Toro. Esta calificación de hijos se estableció para los efectos de la sucesión hereditaria, no para los de la legitimación.

(3) Por razón de la circunstancia de ser conocidos ó ignorados los padres, cabe distinguir las siguientes especies de hijos ilegítimos:

Volviendo sobre la idea del concepto legal de los hijos *naturales*, que es la especie de prole generalmente apta para la *legitimación* por cualquiera de sus medios, fué de capital importancia en el Derecho anterior la exacta determinación del *concepto legal* de los hijos de esta clase y sus diferentes aplicaciones *civiles*, ya respecto de la legitimación, ya de las sucesiones *mortis causa*.

El hijo *natural* de las leyes de Partida es casi el mismo que el hijo *natural* del Derecho romano, pues éste entiende por tal el habido de la concubina romana que habitaba bajo el mismo techo, y aquél era el habido de la barragana de Castilla, con la cual no era legalmente imposible contraer matrimonio; pues sabido es que no podía tomarse como tal barragana la mujer casada, ni de orden, ni pariente en el cuarto grado del varón, siendo su diferencia respecto de la concubina de Roma la falta de la unidad de hogar.

La ley 11.<sup>a</sup> de las de Toro, innovó profundamente el concepto de *hijos naturales* de las de Partida, considerándolos como tales «cuando al tiempo que nasceren ó fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación» (1).

1.<sup>o</sup> *Hijos de padre incierto*.—Lo son todos aquellos habidos por una mujer fuera del matrimonio, cuando es desconocido el padre.

2.<sup>o</sup> *Hijos de madre incierta y padre conocido*.—La posibilidad de esta especie de prole se refiere al caso de ocultación del parto y del nombre de la madre, combinado con el reconocimiento expreso del padre respecto de aquella prole, pues la ocultación del alumbramiento y del nombre de la madre darán lugar á una excepción de la regla general de que el parto sigue al vientre, que sirve, cuando es conocido el hecho del mismo ó no ocultado, para identificar la persona de la madre.

3.<sup>o</sup> *Hijos de padre y madre inciertos*.—Lo son los *expósitos*, en el sentido más absoluto de la palabra, si su existencia no consta más que por el registro de una casa de maternidad, cuando en la exposición del infante resultara omitida ú ocultada toda indicación acerca de las personas del padre y de la madre.

Estas tres clases de hijos no pueden ser incluidas en ninguna de las especies anteriores por falta de la base de hecho suficiente para juzgar de las condiciones en que se verificó la relación sexual de que proceden.

El Sr. D. Cirilo Álvarez, en su discurso de apertura de los Tribunales, como Presidente del Tribunal Supremo, en 15 de Septiembre de 1877, clasificó los hijos *ilegítimos* según que son procedentes de la *debilidad*, del *vicio* ó del *crimen*: refiriendo al primer grupo, los que se llaman *naturales* en nuestras leyes; al segundo, los que se denominan *mánceres* ó habidos de prostituta; y al tercero, los calificados de *adulterinos*, *incestuosos* y *sacrilegos*.

(1) Refiriendo esta ley el estado de libertad de los padres para casarse á cualquiera de los dos momentos, al de la concepción ó al del nacimiento del hijo, podía suceder, por ejemplo, que el habido entre hombre casado y mujer soltera al tiempo de la concepción, cuando hubiese enviudado aquél al llegar el del parto resultase plenamente en las condiciones legales de hijo *natural*, según la ley 11.<sup>a</sup> de las de Toro, no obstante haber sido concebido en adulterio.

Cualesquiera que fueren los extremos á que la exégesis en uno y otro sentido llevó la trascendencia de la ley 11.<sup>a</sup> de las de Toro, en los comentarios del Derecho anterior, publicado el Código, ha perdido todo interés aquella discusión, y bastará para que la exposición del mismo sea completa, expresar qué concepto legal de hijos naturales se debía aplicar á la *legitimación* en todas ó en alguna de sus especies ó formas, si el de la ley de Partida ó el de la 11.<sup>a</sup> de las de Toro. Por nuestra parte, afirmamos que tui-