

sistible á moderar el rigor de la ley por medio de la equidad. Esta es una pendiente peligrosa, porque acaba por corregir la ley, es decir, por hacer un nuevo código civil. Que el legislador se aproveche de las enseñanzas de la práctica para perfeccionar el código, esto constituye su derecho y su deber. En cambio, el deber del intérprete es permanecer fiel al texto y al espíritu de la ley. Debe tener siempre presente esta máxima de los juriconsultos romanos, los maestros de todos nosotros: la ley es dura, pero es la ley. Colocándonos en este terreno, muchas veces nos veremos en el caso de criticar la jurisprudencia y hasta la doctrina, lo que no es presunción ni temeridad. Nos hemos impuesto la tarea de mantener los principios en todo su rigor, sin preocuparnos de las exigencias de la práctica. Una es la misión del autor y otra la del juez. El primero sólo debe ver los principios, mientras que el otro debe compulsar los hechos. Respetamos las decisiones que no aprobamos, porque la equidad las dictó. Pero no podemos adoptar como doctrina una aplicación de la ley que altera la ley. Añadiremos que la misma equidad tiene sus límites: no es bueno que el juez se vuelva legislador, porque á fuerza de dar oídos á la equidad, acabaría por aniquilar la ley.

§ II.—DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION NATURAL.

Núm. 1. De las pruebas legales.

4. Hay dos clases de hijos naturales: los unos nacidos de personas libres, es decir, de personas que no se han casado, pero entre las cuales es permisible el matrimonio. A éstos se les da el nombre de hijos naturales simples. La expresión no se encuentra en el código Napoleón; la doctrina la ha introducido y los autores del código la han em-

pleado en sus discursos (1). En nuestros textos, la expresión *hijos naturales* se toma ordinariamente para designar á los hijos naturales simples. En cuanto á los hijos adulterinos é incestuosos, nacen de un comercio reprobado por la ley y que no puede volverse legítimo. A veces quedan abarcados bajo la denominación general de hijos naturales (arts. 161 y 908). Pero tal manera de expresarse es una excepción. Lo más corrientemente, el legislador califica de hijos adulterinos ó incestuosos á los que son el fruto del adulterio ó del incesto, y reserva la expresión general de hijos naturales á los que deben la vida á dos personas libres. Así es notablemente en materia de filiación; los hijos adulterinos é incestuosos no tienen filiación, no la tienen al menos sino por excepción cuando sin reconocimiento, sin investigación, su estado se comprueba en fallo judicial.

Siguiendo á Duveyrier, hemos definido á los hijos naturales, diciendo que son los que nacen de dos personas libres. Más jurídico es decir que el momento de la concepción determina la legitimidad ó ilegitimidad del hijo, y no el momento del nacimiento. Cuando se trata de hijos legítimos, la ley establece presunciones que sirven para determinar de una manera precisa la época de la concepción. ¿Deben aplicarse esas presunciones á la filiación natural? Un marido viudo reconoce á un hijo que nace á los ciento ochenta días después de la disolución del matrimonio. Si se aplica la presunción del art. 314, aquel niño puede ser engendrado por un padre libre, luego es natural simple y puede ser reconocido. Si, al contrario, no se le aplica dicha presunción, se puede sostener que el hijo fué concebido durante el matrimonio, y que por lo tanto, no puede ser reconocido. Nosotros creemos que en principio no son

1 Duveyrier, Discurso pronunciado ante el Cuerpo legislativo, en nombre del Tribunado, núm. 37 (Loeré, t. 3.º p. 136).

extensibles las presunciones que fijan el momento de la concepción. Toda presunción legal es de estricta interpretación y no se puede extender, aunque sea por motivo de analogía, porque puede haber presunción sin ley; extender presunciones equivale á crear la ley, y este derecho solamente al legislador corresponde. Menos todavía se puede cuando no hay analogía, y acabamos de probar que el espíritu de la ley es radicalmente distinto en materia de filiación legítima que en materia de filiación natural. La ley favorece á una, mientras que á la otra la ve con desfavor. Ahora bien, las presunciones que la ley establece sobre la duración de la preñez, son precisamente uno de los favores que á la legitimidad otorga; luego aplicarla á la filiación natural es tanto como violar el espíritu de la ley. No obstante, la opinión contraria es la que generalmente se adopta (1).

5. El hijo natural tanto como el legítimo, tiene una filiación. Pero á los ojos de la ley, ésta no existe sino cuando el reconocimiento la comprueba. En principio, el reconocimiento debe ser voluntario. Sin embargo, cuando padre y madre no reconocen voluntariamente al hijo que han engendrado, éste puede intentar contra ellos una acción para ser reconocido. Esto es lo que el código llama investigación de la paternidad y de la maternidad. Como en este último caso el reconocimiento se verifica sin el libre concurso de los progenitores, los autores le han dado el nombre de *forzado*. Esta expresión no está en el código. La palabra *reconocimiento* significa, en el lenguaje del código civil, el reconocimiento voluntario (arts. 335 y 342). ¿Ha de inferirse de esto que por hijos naturales *reconocidos* deben entenderse los que han sido reconocidos voluntariamente? No, porque si hay dos términos distintos

1 Durantón "Curso de derecho francés", t. III p. 192, núm. 194.

para designar las dos maneras, según las cuales se hace el reconocimiento, no hay más que uno solo para designar el efecto del reconocimiento, y es la palabra *reconocido*. La razón es muy sencilla. Una sola filiación existe para los hijos naturales y para los legítimos; luego para ellos no existe más que un solo estado resultante de esa filiación, y es el estado de hijo natural reconocido. Siguese de aquí que el estado del hijo es idéntico, sea cual fuere la manera como se haga el reconocimiento. Luego los derechos del hijo deben ser los mismos, sea que el reconocimiento haya sido voluntario ó forzado. Más adelante insistiremos en este principio que ha dado margen á discusiones.

Núm. 2. De las pruebas *ex-tra-legales*.

6 La ley no admite como prueba de la filiación natural ni el acta de nacimiento, ni la posesión de estado, ni la prueba testimonial; de lo que resulta que la prueba de la maternidad se hace casi imposible. Para atenuar el rigor de la ley, la jurisprudencia y la doctrina han interpretado la ley de modo que puedan introducirse las pruebas que ella prescribe. De aquí una serie de pruebas que calificamos de *extra-legales*, porque el código, lejos de consagrarlas, las rechaza. ¿Qué digo? háse intentado establecer para la filiación natural pruebas que el código Napoleón no admite ni aun para la filiación legítima. De modo que se ha venido á parar en un sistema contrario del todo al que el legislador ha adoptado: éste ha querido poner obstáculos á la prueba de la filiación natural, mientras que la jurisprudencia tiende á facilitarla. Una sentencia de la corte de Rennes es como la sátira de estas opiniones *ex-tra-legales*: ha autorizado al hijo á que defiera el juramento decisorio

acerca del hecho de la maternidad (1). Es curioso oír los motivos de la corte. Desde su comienzo, la sentencia confiesa la verdadera razón que ha determinado esta singular decisión. El texto de la ley (art. 341) exige un principio de prueba por escrito para admitir al hijo á que pruebe su filiación por testigos; esto equivale á exigir una prueba literal, y tal obligación casi siempre sería imposible de cumplirse y haría ilusorio el derecho de investigar la maternidad. Se ve, pues, que el rigor de la ley es lo que ha constringido á los magistrados á imaginar pruebas extra-legales. Pero hay necesidad de motivos. Hélos aquí: conforme á los términos del art. 1358, «el juramento decisorio puede ser deferido, sea cual fuere la contienda judicial.» Estos términos son tan generales, dice la sentencia, que no es posible rehusarse á admitir este género de prueba. La corte prevee que se le podía objetar que el juramento decisorio implica una transacción, y ¿se puede transar acerca del estado, es decir, acerca de un derecho que no está en la circulación mercantil? Contesta la corte, que el hijo á nada renuncia, supuesto que al deferir al juramento reconoce que está desprovisto de cualquier otro recurso de prueba. Así es en todos los casos en que se recurre á la delación del juramento, de modo que el juramento decisorio sería siempre admisible á despecho de los principios que prohíben este género de prueba en las materias en que no se admite la transacción. Nos quedan por aportar los términos del artículo 341. La ley asienta como principio, que es admisible la investigación de la maternidad. Lo que quiere decir, según la corte, que el hijo puede probar la maternidad por todo género de pruebas legales.

1 Sentencia de 16 de Septiembre de 1836 (Daloz, en la palabra *paternidad* núm. 631). En sentido contrario, Demolombe, t. V, p. 512, núm. 512. Cadrés, "de los hijos naturales", núm. 49, aprueba la decisión.

La refutación de esta singular interpretación está hecha en el texto de la ley. En el art. 340 el legislador prohíbe la investigación de la paternidad, y esto es todo lo que aquél quiere decir. En cuanto á las pruebas que el hijo tenga que rendir, el artículo continúa definiéndolas. Debe probar el parto de la madre y la identidad. ¿De qué manera rendirá esta prueba? No hay más recurso posible que la prueba testimonial. En efecto, la prueba literal sería ó el acta de nacimiento que la ley no acepta como prueba de la filiación natural, ó una auténtica, ó bajo firma privada que no se concibe, á menos que no sea una acta de reconocimiento, y entonces se vuelve al reconocimiento voluntario, ó una confesión, y ésta en las cuestiones de estado es inadmisibile, lo mismo que el juramento; no hay que hablar de presunciones legales, y en cuanto á las simples, se las asimila á los testimonios. Hémos aquí forzosamente reducidos á la prueba por testigos. ¿Y el código la admite? El art. 341 contesta que no se admite al hijo á probar su filiación por testigos, sino cuando tenga ya un principio de prueba por escrito. Así, pues, en vano la corte invoca los principios generales sobre las pruebas, porque éstos condenan su decisión. Pasa lo mismo con todas las pruebas extra-legales que los tribunales y los autores han intentado substituir por las legales.

I. Del acta de nacimiento

7 El art. 57 quiere que el acta de nacimiento enuncie los nombres del padre y de la madre. ¿Se puede aplicar esta disposición á los hijos naturales? Todos están de acuerdo en que el nombre del padre no debe declararse, y, en consecuencia, ni enunciarse en el acta. En cuanto al nom-

bre de la madre, la jurisprudencia admite que deba declararse y enunciarse (1). Resta saber cuál será la fuerza probatoria de dicha enunciación. En la opinión que hemos profesado, la respuesta es muy sencilla. Si el nombre de la madre no debe ser declarado, el oficial del estado civil no puede recibir la declaración, aun cuando se le hubiere hecho, y si la recibe, no puede hacer fe ninguna; porque una enunciación que el oficial público asienta, cuando no tiene derecho para recibirla, no puede tener ninguna fuerza probatoria (2). Más difícil es la cuestión, si con la jurisprudencia se admite que el nombre de la madre debe declararse y enunciarse.

Toullier enseña que el acta de nacimiento hace prueba completa de maternidad contra la mujer designada como madre, cuando dicha acta es regular, es decir, cuando el nacimiento del hijo ha sido declarado por la persona comisionada por la ley para hacer esta declaración, tales como los doctores en medicina ó en cirugía, las parteras ó cualesquiera otras personas que hayan asistido al parto. La opinión de Toullier se ha quedado aislada en la doctrina: los motivos que él presenta son, por sí mismos, suficientes para desacreditarla. El dice que el parto y el nombre de la madre son hechos ciertos, comprobados por actos naturales y físicos. Sin duda alguna que la madre es cierta, según lo dicen los jurisconsultos romanos; pero esto no quiere decir más sino que á diferencia de la paternidad, siempre incierta, la maternidad se anuncia por signos y hechos exteriores, la preñez, el parto, hechos y signos susceptibles de comprobarse con el mismo grado de certidumbre que todos los hechos en general. Pero no estriba en esto la

1 Véase, acerca de esta cuestión muy controvertida y muy dudosa, el tomo II de mis *Principios*, núms. 56-61.

2 Esta opinión la hemos emitido en el tomo II de estos "Principios," núms. 39-41.

cuestión, pues de lo que se trata de saber es si la acta de nacimiento hace prueba de tales hechos. Toullier lo afirma, al decir que las actas de nacimiento se destinan á comprobar el parto y el nombre de la madre, y que su consignación en los registros del estado civil hace fe hasta que sean tachadas de falsas (1). Esta es una simple afirmación, que en nada se funda. Es principio general que las pruebas son legales, es decir que el juez no puede recibir á título de pruebas sino las que la ley consagra y con los efectos que la ley les atribuye. Ahora bien, ¿qué es lo que la ley dice acerca del acta de nacimiento? ¿Acaso dice como Toullier hace decirle, que se destina el acta de nacimiento á comprobar el parto de la madre y su nombre? Esto equivaldría á decir que el acta de nacimiento prueba siempre la filiación, ora sea legítima, ora natural, cosa que la ley no dice. El art. 319 dispone que la filiación de los hijos legítimos se pruebe por medio de las actas de nacimiento; pero respecto á los hijos naturales no existe en la ley una disposición semejante. Esto decide la cuestión. La ley no apropia el acta de nacimiento sino para probar la filiación legítima; luego no es prueba legal sino para tal filiación, y obligar á que la compruebe es salirse de los límites de la ley. Según el sistema del código, la filiación de los hijos naturales se establece por medio del reconocimiento voluntario ó por medio de la investigación de quién sea la madre (arts. 334 y 341); y estas son las únicas pruebas legales. El sistema de Toullier es extralegal.

8 No obstante esto, una sentencia reciente de la corte de casación parece que consagra la doctrina de Toullier (2). Decimos que parece, porque sí, en efecto, se halla enunciada en términos absolutos en dos considerandos de la

1 Toullier, t. II, p. 101, núm. 965, y la crítica de Duveyrier.

2 Sentencia de 1º de Junlo de 1853, (Daloz, 1853, 1, 177).

decisión, en lo resolutivo está muy lejos de ser absoluta. De lo que resulta una teoría que no es ni la de la ley, ni la de Toullier, sino quién sabe qué cosa que no tiene nombre. Veamos desde luego la teoría enunciada en los considerandos.

En dos actas de nacimiento está designada la madre, á declaración del médico partero. Esta enunciación establece la filiación materna respecto á terceros, de modo que los dos hijos tienen entre sí las relaciones de hermanos naturales, en consecuencia, los bienes de uno de ellos pasan al otro, en caso de confesión de la madre, conforme al artículo 766 de código de Napoleón. Tal es el caso. Comienza la sentencia por comprobar que los dos actas de nacimiento fueron recibidas á declaración de médico, y por ver en dicha enunciación una *prueba de la filiación natural de los hijos*. Esto no es más que una pura afirmación, que sorprende hallar en la decisión de una corte que, mejor que nadie sabe, que no basta afirmar, sino probar. Esa prueba de la filiación natural, dice la sentencia, sólo se discute *bajo el punto de vista de su eficacia legal*. ¿Qué quiere decir esto? ¿acaso la *prueba* puede separarse de la *eficacia legal*? ¿acaso la fuerza probatoria no es lo que constituye la esencia de la prueba? La sentencia continúa diciendo que esa prueba *no ha sido combatida por ninguna contraria*. ¿Y hay lugar á rendir prueba contraria de un hecho que no ha quedado legalmente comprobado? Cuando el actor no prueba nada, el reo no tiene que rendir prueba en contrario. Ahora bien, el que produce una acta de nacimiento para establecer la filiación natural, nada prueba; luego su adversario no tiene prueba en contrario que rendir.

Esto no es aún más que un preliminar perfectamente inútil. Llegamos á la demostración. Los registros del estado civil, dice la corte, están determinados á probar, el

estado de las personas. Esto es cierto respecto á la filiación legítima, porque la ley lo expresa, pero no lo es respecto á la filiación natural porque la ley no lo expresa y no podría haber prueba legal sin ley. Los registros, continúa diciendo la sentencia: "hacen fe de los hechos declarados al oficial público, bajo las condiciones que la ley ha determinado, y por aquellos á quienes la misma ha impuesto el deber de rendir tal declaración." Ciertamente que sí, cuando la ley exige que un hecho se declare al oficial público, es para que tal hecho haga fe. Pero aun esto mismo es muy dudoso. Y hasta suponiendo que la ley quiera que se declare y enuncie el nombre de la madre, todavía se necesitaría probar que es para nombrar la filiación maternal. Ahora bien, lo repetimos, el silencio de la ley es suficiente para demostrar que tal cosa no es, porque en el silencio de la ley, ya no hay prueba legal. La corte confiesa que hay una diferencia entre la inscripción de un hijo natural y la de unó legítimo, *respecto al grado de fe que se debe á la prueba resultante de las actas de nacimiento*. No sabemos nosotros cuál sea esta diferencia, y, según el sistema de la corte, ni podría haberla. En efecto, el acta de nacimiento de un hijo legítimo prueba, y únicamente hasta prueba en contrario, el hecho del parto y el nombre de la madre; si el acta de nacimiento hace también prueba en materia de filiación natural, debe igualmente probar el parto y el nombre de la madre, si no nó saquémos qué probaría. ¿En donde, pues, está la diferencia?

La misma corte dice, en lo que sigue de la sentencia, que el parto de la madre, es decir, el hecho de la maternidad, siendo un hecho manifiesto susceptible de atestiguar-se con certidumbre, debe enunciarse por los que están encargados de declarar el nacimiento. De donde infiere que el acta debe hacer fé del hecho de la maternidad. La corte