

presencia del oficial público garantice la libertad del que la hace; luego la forma es de requisito, no para la prueba, sino para la substancia del acta. Desde ese momento, el reconocimiento bajo firma privada es radicalmente nulo, y seguirá siéndolo aun cuando la escritura fuese reconocida ó verificada judicialmente. En vano se dice que por los términos del art. 1322, el acta bajo firma privada, reconocida por aquel á quien se opone, ó verificada, tiene la misma fe que el acta auténtica. No se trata en el caso actual de la fuerza probatoria del escrito, se trata de una formalidad substancial sin la cual no existe el reconocimiento. Esto también se funda en la razón. Cuando el reconocimiento se hace bajo firma privada, ya no hay ninguna garantía para la libertad de aquel de quien emana; el vicio de forma atañe, pues, al consentimiento; sin la observancia de las formas, la voluntad de reconocer se reputa como si no existiese. Objétase que el que reconoce su escritura acepta, por este mismo hecho, su paternidad. Nó, contesta Merlin, únicamente confiesa haber escrito el acta, pero tal confesión no prueba que el acta sea la libre expresión de su voluntad. Luego no hay reconocimiento. Otra cosa sería, según la opinión general, si el padre ó la madre no se limitasen á reconocer la escritura, sino que además confesasen judicialmente su paternidad ó su maternidad. Esta confesión judicial sería un verdadero reconocimiento hecho ante la justicia, y por consiguiente, válido, si es que se admite que el reconocimiento puede hacerse ante la justicia (1).

50. ¿Un reconocimiento bajo firma privada se hace auténtico por su depósito en el protocolo de un notario? La cuestión es controvertida. Creemos que deben resolverse

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *filiación*, núms. 9-11 (t. 12, ps. 242 y siguientes). La jurisprudencia está conforme (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 548).

por medio de una distinción. El depósito simple no da autenticidad al acta bajo firma privada; no tiene más que un solo objeto y un solo efecto, conservar el escrito; pero éste sigue siendo un escrito privado, cuyo reconocimiento es y sigue siendo nulo. Merlin objeta que el reconocimiento no es *nulo*, que éste es *insuficiente*, y que lo que le falta lo suple el depósito (1).

No podemos comprender cómo el gran jurisconsulto se pague de una distinción sin sentido. Trátase de saber si el acta depositada es ó no es auténtica. ¿Puede, una acta ser auténtica en una tercera ó cuarta parte? ¿y el tercio ó cuarto que le falta puede suplirse con el depósito? La decisión sería diferente si, cuando se verifica el depósito, el que lo hace reconociese el acta, en el sentido de que declara su substancia y que esta declaración está comprobada por el notario. El acta de depósito sería, en este caso, un verdadero reconocimiento aceptado por un notario, y, por lo tanto, válido. Así es como la nueva ley hipotecaria belga establece que el reconocimiento de una acta privada hecho ante notario lo vuelve auténtico; no atribuye este efecto á un simple depósito (arts. 2 y 76). Esta misma ley asimila á la acta auténtica el escrito privado reconocido judicialmente. ¿Podría aplicarse esta disposición, por analogía, al reconocimiento de un hijo natural formulado en escrito privado? Nosotros no lo creemos. Siguiendo el rigor de los principios, tales como los hemos expuesto, la autenticidad no existe sino cuando el reconocimiento es recibido por el oficial del estado civil ó por un notario: el reconocimiento judicial del escrito privado no lo tornaría auténtico en el sentido del art. 334.

51. El reconocimiento puede hacerse por procuración.

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *filiación*, núm. 11 t. 12, p. 244. Esta es la opinión común.



Se pregunta si la procuración tiene que ser auténtica. Sobre este punto tenemos dos artículos en el código civil que parecen contradictorios. El art. 1985 dice que el mandato puede otorgarse ó por acta pública, ó por escrito privado, y aun por medio de una carta; mientras que, en el título de las actas del estado civil, la ley quiere que la procuración sea auténtica. De allí se ha inferido que si el reconocimiento se hace ante el oficial del estado civil, la procuración debe ser auténtica, mientras que puede serlo por escrito privado cuando el reconocimiento se hace ante notario (1). Interpretado de tal manera, el código sería realmente contradictorio, porque ¿en dónde está la razón de la diferencia que hiciese entre el reconocimiento hecho por acta notariada y el que es recibido por el oficial del estado civil? Aun hay más: el art. 36 ni siquiera es decisivo; la ley no pronuncia la nulidad, y es de principio que la inobservancia de las formas prescritas para la redacción de las actas del estado civil no impide que sean válidas. Podría, pues, sostenerse que en todo caso es suficiente una procuración bajo firma privada (2).

Nosotros creemos que la necesidad de una procuración auténtica resulta del principio asentado en el art. 334. Si es cierto, como todos los autores lo enseñan, que se prescribe la autenticidad para resguardar la libertad de quien reconoce á un hijo natural, se necesita que la voluntad del que reconoce se exprese siempre en la forma auténtica. Ahora bien, cuando el reconocimiento se hace por mandatario, la voluntad del mandante se expresa primero por el mandato, y en segundo lugar por el acta del mandatario, luego el mandato para reconocer tiene que ser auténtico (3). El artícu-

1 Duranton, *curso de derecho francés*, t. 3º, p. 219, núm. 222.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *filiación*, núm. 13, t. 12, p. 215.

3 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. 5º, p. 383, núm. 407.

lo 1985 no es contrario á esa decisión; supone un mandato ordinario, es decir, un contrato no solemne; cuando el contrato es solemne, todo lo que se refiere al consentimiento debe expresarse en la forma auténtica, luego también debe serlo el mandato. Encontramos una explicación de este principio en nuestra nueva ley hipotecaria, que establece que las presunciones á efecto de constituir hipoteca deben otorgarse por acta auténtica (art. 76).

La jurisprudencia se halla dividida. Existen sentencias que han anulado los reconocimientos hechos en virtud de una procuración bajo firma privada (1). Esto es jurídico, pero de un rigor extremo. En el caso fallado por la corte de Riom, el mandato había sido otorgado por el general Destaing; no había duda alguna sobre la realidad de la procuración, y, sin embargo, el reconocimiento fué anulado por este sencillo vicio de forma. Se concibe que los tribunales retrocedan ante tal rigor, siendo la tendencia de la jurisprudencia facilitar los reconocimientos, á fin de asegurar la filiación de los hijos naturales. Se ha resuelto que un escrito privado expresando el consentimiento del padre para que el hijo sea presentado al oficial del estado civil bajo su nombre no era suficiente para hacer válido el reconocimiento; pero en el caso de que se trataba, el padre había hecho un legado á su hijo calificándolo de hijo natural; esta calificación, dice la sentencia, confirma el consentimiento otorgado cuando se redactó el acta de nacimiento (2). Bajo el punto de vista de la equidad, sí; pero en derecho ¿cómo es posible que la enunciación de un testamento dé autenticidad á una procuración bajo firma privada? En un juicio que dió

1 Riom, 26 de Febrero de 1817, Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 551; Aix, 30 de Mayo de 1866, Dalloz, 1866, 2, 304, y corte de casación, 12 de Febrero de 1863, Dalloz, 1863, 1, 60.

2 París, 2 de Enero de 1819, Dalloz, en la palabra *paternidad*, número 552, 2º.



lugar á prolongadas controversias, el tribunal del Sena fué más lejos, y la corte de París confirmó su decisión. Dejando á un lado los arts. 36 y 334, la corte se fijó exclusivamente en el art. 1985, y admitió que el mandato para reconocer al hijo, aun en acta del estado civil, podría otorgarse verbalmente, y que este mandato verbal podía establecerse por presunciones, cuando existía un principio de prueba por escrito (1).

Esta interpretación de la ley es inadmisibile; invocar el art. 1985 que es extraño á la cuestión, y no tener en cuenta los arts. 334 y 336 que la deciden, se llama no interpretar la ley, sino hacerla, y hacerla en un sentido diametralmente contrario al texto como al espíritu del código. El texto quiere una manifestación auténtica de la voluntad del que reconoce á un hijo natural; mientras que en el sistema de la corte de París, será suficiente una simple carta. En este sentido se ha fallado, en efecto, por la corte de Brusela; una carta dirigida al oficial del estado civil, por medio de la cual el padre le suplica que inscriba en su nombre al hijo, se admitió como suficiente, habiéndose agregado la carta al acta de nacimiento (2). ¿Es esto una auténtica manifestación de la voluntad? Ciertamente que nó; en vano se ha agregado un documento privado á una acta auténtica, no por ello el documento deja de conservar su naturaleza. Y faltando la autenticidad ¿qué viene á ser de la garantía que el legislador ha buscado en la presencia del oficial público y de los testigos? ¿El que escribe una carta bajo la presión que se ejerce en su voluntad es libre como la ley quiere que lo sea,

(1) París, 10 de Mayo, de 1851, Dalloz, 1853, 2, 114.

(2) Bruselas, 11 de Junio de 1803 (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 550). Hay otras sentencias en sentido contrario (Dalloz, *ibid.*, núm. 549); hay que agregar dos sentencias de la corte de Bruselas, que resuelven que el reconocimiento privado es nulo. Sentencias de 24 de Diciembre de 1839 y de 11 de Julio de 1841. (*Pasicrisia*, 1839, 2, 225, y 1841, 2, 84).

sólo porque su carta se agregó al acta de reconocimiento? La libertad del que reconoce al hijo por mandato debe asegurarse no cuando se redacta el acta, sino cuando se redacta la carta, porque en este momento es cuando manifiesta su consentimiento, y así pues, en este momento es cuando el oficial público debe intervenir.

Agregaremos que el legislador francés se ha mostrado más severo que la jurisprudencia. Una ley de 21 de Junio de 1843 establece que las actas notariadas que contengan donación, reconocimiento del hijo natural, y las *procuraciones para consentir esos actos*, se recibieron so pena de nulidad, juntamente por dos notarios, ó por un notario en presencia de dos testigos. Se interpreta esta ley en el sentido de que la procuración por escritura privada es nula (1). Lo que también implica la nulidad de cualquier escrito, carta ú otro, por el cual el padre hubiese consentido, en que el hijo fuese inscrito con nombre en el acta de nacimiento; porque tales escritos son en realinad un mandato dado al oficial público.

La cuestión de saber si el escrito contiene un reconocimiento del hijo, ó si es un simple mandato otorgado para reconocerlo, es muy impotente. Desde luego por la forma. Una y otra acta deben, en verdad, ser auténticas; pero la procuración puede aceptarse en brevete, mientras que el reconocimiento debe hacerse con minuta (Ley del 25 ventoso, año XI, art. 20). En segundo lugar, la procuración puede revocarse, mientras que el reconocimiento es irrevocable. Acabamos de decir que el mandato otorgado para reconocer puede revocarse. Esto es la aplicación del derecho común. Se ha sostenido que la misma procuración equivale á reconocimiento, supuesto que contiene una confesión de paternidad. Esto es inadmisibile si el acta es real-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núm. 53.



mente una procuración. Es contradictorio decir que el que otorga mandato de reconocimiento ejecuta acto de reconocimiento, porque si él reconoce ya no necesita otorgar mandato para reconocer. La procuración es cierto que implica una confesión, pero una confesión futura, una confesión que no existirá sino cuando el mandato se ejecute, una confesión que hasta tal momento puede ser revocada. Puede revocarse en tanto que el oficial público no haya levantado el acta de reconocimiento. ¿Era suficiente con que la procuración se hubiese depositado en sus manos? No, porque todo lo que resulta del depósito, es que el oficial tiene conocimiento de la voluntad del poderdante, pero esa voluntad no recibe todavía ejecución. No quedará ejecutada sino cuando el oficial público haya levantado el acta ó cuando haya sido intimado para levantarla. Hasta entonces, el poderdante puede revocar el poder que ha otorgado (1).

52. Del principio establecido por el art. 334, se sigue, además, que el reconocimiento puede hacerse por testamento auténtico (2); únicamente que será revocable, como más adelante lo diremos. ¿Puede hacerse por testamento ológrafo? Admira que esta cuestión sea controvertida, y todavía más que haya sido resuelta afirmativamente por jurisconsultos como Toullier y Merlin. Su opinión no ha hallado favor ni en la doctrina ni en la jurisprudencia (3). ¿El testamento ológrafo es una acta auténtica? Solamente lo es en el sentido de que debe redactarse bajo ciertas formas,

1 Bourges, 6 de Junio de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 9).

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *paternidad*, número 537.

3 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *paternidad*, núms. 538 y 539. Hay que agregar las sentencias de las cortes de Argelia, de 4 de Junio de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 172); de Burdeos de 30 de Abril de 1861, sobre las conclusiones contrarias del ministerio público (Dalloz, 1862, 1, 284); de París, de 11 de Agosto de 1866, y de Agen de 27 Noviembre de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 168 y 235).

pero ciertamente que no es auténtico; para convencerse de ello, no hay más que leer el art. 1317, que define el acta auténtica; es de esencia en la autenticidad, que intervenga un oficial público. Inútil es insistir, cuando el texto del código civil decide la cuestión: en efecto, el art. 999 califica formalmente el testamento ológrafo de *acta bajo firma privada*. Esto basta, sin que sea necesario invocar el espíritu de la ley, que es tan evidente como su texto. De aquí resulta una consecuencia importante para los legados hechos al hijo natural en el testamento ológrafo por el cual ha sido reconocido. El reconocimiento es nulo y el hijo no puede aprovecharlo; en cambio, no puede oponérsele; porque sería absurdo considerar al mismo hijo, en virtud de una misma acta, como no reconocido cuando se trata de disputarle su filiación, y como reconocido cuando se trata de combatir las liberalidades que se le hayan otorgado en virtud de su filiación.

Se pregunta si el reconocimiento puede hacerse por testamento místico. La acta de subscripción es auténtica; de donde se sigue que ella imprime en *cierto modo* la autenticidad al testamento que el testador declara ser suyo (1). Luego habria dos especies de autenticidad, una autenticidad verdadera y una autenticidad en *cierto modo*. ¡Ojalá se desterrasen de nuestra ciencia, esencialmente positiva, esos equívocos y esos acomodamientos! Una acta es auténtica ó no lo es. ¿Qué tiene de auténtico el testamento místico? el acta de subscripción; ¿y que resultaba de esto? que está probado auténticamente, es decir hasta inscripción en falso, que el testador ha declarado al notario que el testamento que le presenta es el suyo. ¿Y el testamento se vuelve auténtico por tal declaración? Es una acta bajo firma privada

1 Duranton, t. 3°, p. 215, núm. 217. Esta opinión la siguen Merlin, Delvincourt, Loiseau y Rochefort.



y sigue siéndolo, por la sencilla razón de que ningún oficial público intervino cuándo se redactó; el notario á quien se prosentó no certifica su contenido y no puede certificarlo, supuesto que el testamento es místico, es decir, oculto. Hay, no obstante, una sentencia en favor de la opinión que estamos combatiendo, pero que generalmente no ha sido aceptada por los autores (1).

53. El art. 62 del código Napoleón dice: «El acta de reconocimiento de un hijo natural se inscribirá en los registros en su fecha, en ella y al margen se hará mención del acta de nacimiento, si es que la hay.» Pregúntase si esta disposición es general, es decir, si se aplica á todas las actas de reconocimiento, no solamente á las que son recibidas por los oficiales del estado civil, sino también á las que reciben otros oficiales públicos, tales como los notarios. Zachariæ contesta, que el texto y el espíritu de la ley prueban que se trata únicamente de las actas de reconocimiento levantadas por el oficial del estado civil. El texto no dice que el oficial del estado civil debe *transcribir* las actas de reconocimiento que hubiesen sido recibidas por un notario; dice que las actas de reconocimiento se *inscribirán* en su fecha, lo que implica que las recibe el oficial del estado civil. Tal era, en efecto, el sistema del proyecto del código; declaraba á los oficiales del estado civil los únicos competentes para recibir las actas de reconocimiento; en tal sentido se redactó el art. 62. Más tarde se cambió de sistema, se permitió reconocer á los hijos naturales por acta auténtica, ¿por qué? ya lo hemos dicho (núm. 43), es con el fin de evitar la publicidad que los registros del estado civil dan

1 Bruselas, 23 de Mayo de 1841 (Daloz, en la palabra *Disposiciones inter vivos y testamentos*, núm. 3288, 1º). Véanse en sentido contrario los autores citados en Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 541. Hay que agregar Aubry y Rau, edición de Zachariæ, t. 4º, p. 52, número 18.

al reconocimiento. No es necesario decir que los reconocimientos hechos ante notarios, están dispensados de esta publicidad (1).

¿Se creería que una opinión tan bien establecida sea tratada de *error* por Marcadé? Detengámonos un poco en esta controversia, aun cuando no sea sino para manifestar en qué argucias se fundan muchas opiniones nuevas. El texto, dice Marcadé, es general y se aplica por consiguiente á toda acta de reconocimiento. Supongamos que tal haya sido la intención del legislador ¿cómo la habría expresado? Habría dicho: «Toda acta de reconocimiento se transcribirá en los registros del estado civil.» Ahora bien, el código no dice que *toda* acta sea *transcrita*, sino que dice *el acta de reconocimiento* se inscribirá en su fecha; lo que significa que el oficial del estado civil inscribirá el acta de reconocimiento en los registros, en la fecha en la cual se haga ante él el reconocimiento. No, dice Marcadé, el objeto del art. 62 no es determinar la forma del reconocimiento, ni los funcionarios que tienen calidad para recibir; en el título de la Paternidad está tratada esta materia; el único objeto del art. 62 es completar los registros del estado civil; siendo el acta de reconocimiento para el hijo natural un acto de reconocimiento, es preciso que toda acta por la cual se reconoce á un hijo quede inscrita en los registros (2). Zachariæ había contestado de antemano á esa objeción, al establecer por medio de los trabajos preparatorios que el verdadero objeto del art. 334 era permitir el reconocimiento de los hijos naturales sin someterla á la publicidad de los registros del estado civil. Marcadé cuida de no decir una palabra de este argumento decisivo. Cita, en cambio, en grandes le-

1 Zachariæ, t. 4º, p. 48, nota 9, y p. 47, nota 5, seguido por Demolombe, t. 5º, p. 375, núm. 397.

2 Marcadé, *curso elemental*, t. 1º, ps. 199 y siguiente, art. 62, números I, II.