



PUBLICACIONES

"AL SERVICIO DE ESPAÑA Y DEL NIÑO ESPAÑOL"

EDITADAS POR LOS SERVICIOS
CENTRALES DE HIGIENE INFANTIL

Año XVI

Enero, 1953

Núm. 179

DECLARACION DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

(COMENTARIO DE UN MEDICO PUERICULTOR
AL ARTICULO 135 DEL CODIGO CIVIL)

POR

J. RODRIGUEZ PEDREIRA



MINISTERIO DE LA GOBERNACION
DIRECCION GENERAL DE SANIDAD
M A D R I D

Director:

DR. D. J. BOSCH-MARÍN

Redactor-Jefe:

DR. D. MANUEL BLANCO OTERO

Comité de Redacción:

DRES. CAÑELLAS DOMENECH y MINGO DE BENITO

Administrador:

D. ENRIQUE BRAVO SÁNCHEZ DEL PERAL

R. 2070806



los hijos nacidos fuera del matrimonio de exigir que se determine legalmente la persona de su padre para fijar su estado civil y los derechos derivados de su filiación.

CLASIFICACIÓN DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Ya los romanos distinguían las siguientes clases: naturales, de padres que en el momento de la concepción pudieran casarse, al no existir ningún impedimento para ello; liberi naturales, nacidos de padres solteros con tal de vivir juntos a título de concubinato; incestuosos, los habidos entre personas que no podían contraer matrimonio por el parentesco que existía entre ellos, denominándose nefarios a los descendientes directos o hermanos; adulterinos, cuando uno de los padres, o también los dos, estaban casados; sacrílegos, cuando uno o los dos habían hecho voto de castidad o recibido Ordenes Religiosas; mánceres, o también espúrcos, a los hijos de prostitutas o que tienen trato ilícito con varios hombres.

Esta clase de hijos puede ser debida al error, al vicio y al crimen, y es evidente que su trato con relación a los padres no puede ser igual. Pueden proceder de uniones ocasionales o permanentes, de uniones sexuales monógamas o de una promiscuidad más o menos extensa.

La legislación actual los divide en dos grandes grupos: naturales, los nacidos de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse con dispensa o sin ella; e ilegítimos: incestuosos, sacrílegos y adulterinos.

Para establecer la paternidad se admiten como medios de prueba las biológicas y jurídicas.

CAUSAS

PRUEBAS BIOLÓGICAS

Las primeras empleadas, ya en la antigüedad, fué el parecido; así se designaba como padre al nacido más semejante de los varones de la tribu. Los ojos, las cejas, las mandíbulas, las orejas, el color de la piel, la voz, etc., fueron tenidas en cuenta y algunos Tribunales europeos las admitieron para investigar la paternidad. Las huellas dactilares: cantidad de papilas, forma (oval o elíptica) y tendencia a la bifurcación. Cardulla y Holt propusieron últimamente el gusto por medio de la Feniltiocarbamida (2).

Entre las pruebas biológicas, hoy admitida por los Tribunales extranjeros, figura en primer lugar la de los grupos sanguíneos.

Veamos qué posibilidades tiene el hijo nacido fuera del matrimonio en nuestra legislación, para establecer su paternidad por medio de estas pruebas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1931, dice: "Las pruebas biológicas no son admitidas en este pleito". Se pedía que por peritos, médicos y químicos fuera reconocida la piel de la niña en cuestión y la del presunto padre, y se examinaran los lunares que ambos tenían en distintas partes de sus cuerpos y la configuración de los dedos de sus pies, y que se obtuviera de la niña y del demandado la cantidad de sangre precisa para que, analizada técnicamente, pudieran informar los peritos. El Tribunal Supremo la desestima al no estar autorizada por la Ley, o bien en la de 16 de febrero de 1916, que dice: "La demanda en que se pide el reconocimiento de la paternidad de un hijo ilegítimo ha de estar fundada en elementos probatorios pre-existentes, no en el mero resultado que pueda ofrecer un dictamen pericial."

Algunas personalidades científicas nacionales están muy le-

jos de admitir este trato para estos hijos. El doctor Piga, cuya reciente pérdida todos lamentamos y al que, como homenaje póstumo, quiero rendirle mi más sincera admiración y respeto, decía en nombre de la Escuela de Medicina Legal en el Congreso de Suecia de 1931: "Admito la prueba de paternidad, la investigación y análisis de los grupos sanguíneos como fundamento teórico de la isoaglutinación". Y el doctor Fraile: "En nuestros exámenes sólo hemos concedido valor a un diagnóstico de exclusión, sin posibilidades en ningún caso de atribuciones directas de paternidad más que en grado de verosimilitud".

En 1945 decían los doctores Piga y González: "Podemos decir que se inician pasos de una gran seguridad para la investigación certera de la identificación individual, y más aún en los momentos actuales, en los que se enraizan formidables avances en estos estudios, con los hallazgos de los denominados subgrupos". Y muy recientemente, en septiembre último, el doctor B. Piga (3) indicaba que "la prueba de grupos sanguíneos podría ser admitida para dar fuerza de convicción al juzgador (4).

También en el terreno jurídico existen opiniones tan autorizadas como la del notario de Madrid señor Díez Pastor, al manifestar: "Es evidente que la prueba pericial por el método biológico puede prestar extraordinarios servicios concurrendo con algunas de las presunciones legales, sobre todo en su aspecto negativo; pero no puede por sí sola fundar la declaración de la paternidad; sólo en tal concepto de prueba complementaria podría tener valor" (5). El catedrático señor Fairén Guillén (6) dice: "Creo de más valor probatorio los grupos sanguíneos, que un escrito del supuesto padre (prueba indubitada) arrancado por medio de amenazas, en un estado de inconsciencia o bien por engaños". Y el doctor Castro Pérez, juez de Primera Instancia (7), llega a la siguiente conclusión: "Que la única prueba segura para la exclusión de tal rela-

ción ficticia es la prueba grupal, cuyo empleo está generalizado entre los Tribunales extranjeros".

Esta prueba debía ser admitida en aquellos casos en que el presunto padre pueda buscar varios amigos que se presten a declarar su posible paternidad; en este caso, el juez ordenaría que cada uno de ellos sufragara los gastos de la madre y del niño en tanto que, por exclusión por medio de los grupos sanguíneos, unido a otras pruebas jurídicas, se estableciese la paternidad. Sin duda, no habría tantos "voluntarios"; la cohabitación supone un riesgo.

Los análisis de sangre, para fines de peritajes jurídicos, pueden hacerse en la actualidad en España con las mismas o mayores garantías que en el extranjero, al estar dotadas todas las Jefaturas de Sanidad con la Sección de Hematología, con personal perfectamente preparado y seleccionado por medio de oposición.

LA PRUEBA DE GRUPOS SANGUÍNEOS EN LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS

Las primeras naciones que la admitieron fueron: Austria, Alemania, Estados Unidos, Suiza y Argentina, al no limitar los medios de prueba para la investigación de la paternidad. En 1926 se dictó en Viena el primer informe pericial basado en las pruebas biológicas. Le sigue Alemania, en abril de 1927, en donde se intentó combatir este medio probatorio, logrando con ello demostrar su eficacia. El Tribunal Supremo alemán, por sentencia de 13 de enero de 1939, admitió: "Que si se da en la prueba biológica-hereditaria una tan grande serie de notas coincidentes entre el hijo y el supuesto padre, que, según los peritos, se puede aceptar la idea de la paternidad del mismo con *verosimilitud lindante con la seguridad*, procede declarar la paternidad, aun cuando hubiera testigos que acedi-

tasen las relaciones de la madre con otros hombres en la época de la concepción". La sentencia de 4 de enero de 1940 dice: "A efectos de esclarecer el linaje deben ser agotadas todas las fuentes de prueba, y, entre ellas, las de la investigación biológica-hereditaria, pues rechazarla constituye un defecto de procedimiento".

En igual sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo austriaco de 23 de enero de 1931. En Francia, el Tribunal Civil de Niza, de 17 de noviembre de 1937. Marsella, 6 de mayo de 1938, etc.

La prueba de grupos sanguíneos se admite en Suecia, Noruega, Dinamarca, Inglaterra, Polonia, Italia, Rusia, Checoslovaquia y Bélgica, entre otras naciones.

En España, la moderna doctrina canónica comienza a estimar que no hay ningún inconveniente en que la prueba de grupos sanguíneos constituya una de las "razones evidentes" que señala el Canon 1.115. García Berberena estima que el Juez eclesiástico y el Superior deberán aceptar, a efectos canónicos, una legitimidad o ilegitimidad, resultante de una sentencia civil apoyada, a su vez, en una investigación de grupos sanguíneos.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) MORALES: *Acta Pediátrica*, pág. 763, julio de 1951.
- (2) *Correspondencia Médica*, núm. 26, pág. 12, 1952.
- (3) *Medicamenta*, pág. 221, 20 de septiembre de 1952.
- (4) *Revista de Derecho Privado*, pág. 213, julio-agosto de 1933.
- (5) *Anuario de Derecho Civil*, tomo III, fasc. III, julio-septiembre de 1950.
- (6) *La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad*, pág. 155. Madrid, 1950.
- (7) *Revista de Derecho Canónico*, págs. 106-108, septiembre-diciembre de 1949.

LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES ANTE EL DERECHO

El capítulo IV del Código civil está dedicado a los hijos ilegítimos, dividido en dos secciones: en la primera trata "De los hijos naturales", y en la segunda, "De los demás hijos ilegítimos".

Lo ilegal mal puede ser legalizado, estando el Código perfectamente preparado para continuar este estado. Entre los que concurren en el hecho del nacimiento en estas condiciones, los únicos ilegales serían los padres, no el hijo, llamado todavía del pecado: los pecaminosos serían los que le dieron el ser, al borrar el Bautismo toda mancha, como era admitido por el Fuero Juzgo. Contraste sin nombre de pagar la culpa un inocente, al no poder, por impedirlo así la Ley, establecer su paternidad: de haber alguna sanción, sería en contra de aquel que por su delito se hiciera indigno de ser padre.

Tal es la impunidad al traer un hijo, en contra de su voluntad y en estas condiciones, que "cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocido".

Veamos cómo puede ejercerse el derecho de investigar la paternidad. Según el art. 135 del Código civil: "El padre está obligado a reconocer al hijo en los casos siguientes: 1.º Cuando exista escrito indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. 2.º Cuando se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los casos de vio-

lación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole."

Como se verá, esta obligación sólo tendrá efecto cuando voluntariamente, sin coacción de ninguna clase, quiera hacerlo: deja, por lo tanto, de ser obligación. Pueden existir toda clase de cartas manifestando ser su hijo: pregonar la deshonra de una mujer en la forma que tenga por conveniente, en tanto no exista ese escrito indubitado, sin la más ligera duda de su voluntad y expresamente reconozca su paternidad, nada puede hacer la Ley. En la tierra de Don Juan hace más gracia el burlador que respeto las víctimas de sus amores.

Tan es así, que en la sentencia de 30 de diciembre de 1932 el Fiscal se opuso al reconocimiento, diciendo que las palabras "estoy dispuesto a reconocer como mío a tu hijo y a hacer todo lo que un buen padre puede, pues él no tiene culpa de nuestras faltas", no supone el reconocimiento expreso que requiere la Ley, sino sólo un propósito que no llegó a realizarse (1); o bien otra más reciente, de 22 de enero de 1948, que dice: "Lo exigido con carácter de indubitado es el "escrito" en que el padre reconozca su paternidad, no el propósito que haya inspirado tal declaración". El escrito indubitado, a que se refiere el núm. 1.º del art. 135, "ha de estar extendido de puño y letra del interesado, y no extendido por otra persona y firmado por éste" (2).

Tal como está en los momentos actuales la legislación, es imposible que los hijos naturales puedan averiguar quiénes les dió el ser. "El Código civil no establece los derechos de los hijos naturales con relación al padre, sobre la base de investigación y prueba de su paternidad" (3). Con más claridad, si cabe, se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1946, en la que se lee: "Inspirado el ordenamiento del Código civil, en materia de filiación ilegítima, en un criterio adverso a la investigación de la paternidad, no sólo excluye la posibilidad legal de lo propiamente inquisitivo, sino que llega,

con su sentido de prohibición, hasta el extremo de impedir que los Tribunales declaren la filiación natural del hijo nacido fuera del matrimonio, aunque aparezca con la plenitud acreditada, siempre que no se demuestre de un reconocimiento voluntario de su paternidad por el presunto padre, manifestado por éste expresamente o con hechos del mismo significativos de aquella voluntad, que por nadie puede ser suplida..." (4).

En lo que se refiere al núm. 2.º del mencionado art. 135, no parece clara la obligación del reconocimiento. Según la sentencia de 24 de marzo de 1927: "Aunque en la sentencia recurrida se declara probado que el padre presunto, desde el año 1904 hasta que falleció, en estado de soltero, en 1919, sostuvo relaciones amorosas íntimas con la madre, también soltera, frecuentando ordinariamente y pagando la casa en que ésta vivía; que la niña, hija natural de ésta, desde que nació en 12 de enero de 1910, vivía en compañía de su madre, atendiendo aquélla a la subsistencia y demás gastos de una y otra, incluso los de la educación de aquélla, y que a presencia de la que fué niñera de la dicha Micaela, de las mujeres que asistieron a la madre en sus partos, de algunas vecinas de la casa y de otras personas que a la misma concurrían, al llamar o dirigirse a aquélla siempre le decía "mi niña", "mi hija", acariciándola y halagándola como a tal hija, y por indicación suya se le puso aquel nombre por ser el de una de sus hermanas; éstos hechos, que sirven de fundamento al Tribunal *a quo* para dar por probada la posesión continua del estado de hija natural de Micaela con relación a su padre, no la acreditan, porque del hecho de sostener estas relaciones ilícitas con la madre no se deduce que la niña sea su hija, dado el impenetrable misterio que envuelve la generación, y porque de otro modo *se volvería a los tiempos de investigación de la paternidad*". Pero veinte años más tarde se repiten las mismas sentencias, sin esperanza alguna para esta clase de hijos, en tanto no pueda ser modificada la legislación. En la de 10 de febrero de 1947 leemos: "Si bien la sen-

tencia recurrida reconoce que de las pruebas practicadas resultan las relaciones íntimas entre la demandante y el demandado durante algún tiempo, conviviendo ambos bajo el mismo techo; que el expresado demandado abonó los gastos causados por la autora en el sanatorio donde dió a luz el hijo cuyo reconocimiento se pretende, y que en diferentes cartas del demandado se alude a dicho niño en términos cariñosos, ni estas cartas constituyen, como entiende la Sala de instancia, el reconocimiento expreso de hijo natural, ni tampoco aquellos hechos son suficientes a constituir la posesión de estado por actos del padre o de su familia a que alude el art. 135 del Código civil".

El hijo legítimo lo tiene todo, cuenta con la presunción de su legalidad, que le asegura su filiación y un estado civil. El ilegítimo no tiene nada, siempre recibido mal, la soledad y el abandono le esperan a su llegada: es causa de la deshonra de una mujer engañada y víctima inocente de la inmoralidad del que le dió el ser; nunca podrá demostrar la paternidad, y arrastrará siempre, hasta su muerte, el infamante estigma de su filiación desconocida. Es evidente el daño causado al traerlo, involuntariamente, en estas condiciones tan desfavorables. El que produce un daño está obligado a repararlo, excepto en este caso concreto, que, como paradoja, es sancionado el perjudicado, gozando de impunidad, incluso de protección, el causante del mismo.

Contra este estado de la Ley, y en defensa del hijo nacido fuera del matrimonio, hubo en todo tiempo críticos de una valía indiscutible. Siempre en vanguardia para proteger al niño abandonado —y nunca lo serán tanto como estos hijos— se encuentra nuestro querido Presidente, y para mí maestro entrañable, don Antonio Alonso Muñozerro (5); estas son sus palabras, repetidas tantas y tantas veces, en las más diversas formas y en los lugares más variados: "Modificar el Código, castigando al hombre que abandona; legislación sobre

investigación de la paternidad; llevando, en fin, al Código el que sea un delito el abandonar un hijo. Esta es la verdadera protección: "que sea delito abandonar un hijo". La máxima sanción debería ser para el que ha intervenido en la paternidad y más tarde la desconoce, después de producir un daño de esa naturaleza".

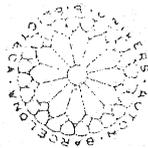
Autores como Manresa (6), que dice: "La inseguridad y misterio en la relación de la paternidad, que se aduce para negar su investigación, no es verdadera, puesto que lo mismo existe en la paternidad legítima; ni tampoco es cierto que pueda pedirse en ninguna de las relaciones jurídicas una certeza absoluta; antes al contrario, no hay en las más que una certeza relativa, en la cual reposa una presunción favorable de la Ley".

Sánchez Román (7): se pregunta: "¿Quién podrá pretender el dictamen de moral para el hombre que niega la paternidad a la prole por él engendrada, y se ampara en dificultades, de uno u otro orden, para sustraerse a sus deberes de asistencia?". Y más adelante opina "que la prohibición es una verdadera inmoralidad y una vulneración del Derecho y de la Justicia naturales, sancionada por una Ley positiva producto de injustificados prejuicios".

Según Díez Pastor (8), la sociedad tiene un interés evidente en colocar a los hijos extramatrimoniales en circunstancias de ser atendidos por sus progenitores.

Valverde (9) aboga por la investigación, porque desde el momento en que el hombre se convenza de que puede cometer esta clase de extravíos impunemente, puesto que no caen sobre él los deberes de la paternidad natural, se entregará, ya que no tiene freno alguno, a cometer esta clase de delitos, que bien merecen ser castigados".

D'Aguaño, citado por Valverde, dice: "La prohibición de investigar la paternidad y de ejercitar la acción de daños y perjuicios por causa de seducción, al propio tiempo que impele a muchas jóvenes por el camino de la deshonra y las aleja de



las posibilidades de contraer matrimonio legítimo, fomenta el libertinaje de los seductores, la impunidad de cuyas culpas les hace ser más audaces en sus acometidas y les adhiere más y más al árido escollo del celibato. Si supieran que cada cual tiene que soportar las consecuencias de sus extravíos, y si se admitiera la investigación de la paternidad natural, al propio tiempo que se elevaría la moral de la mujer, se harían más frecuentes los matrimonios".

Para Puig Peña, el grave problema del temor a los abusos se vence estableciendo reglas que ordenen rigurosamente la investigación de la paternidad, sancionando con gran rigor el chantaje, el ánimo de injuriar y los torpes intereses inconfesables. En nuestro Derecho actual nada se "investiga", dado que el padre lo ha reconocido tácita o expresamente. De desear es se discipline el problema con un criterio más generoso (10).

Mucius Scaevola, en sus atinados e inteligentes comentarios al Código civil, dice (11): "El hombre sabe que su nacimiento es debido a la unión sexual de un varón y una mujer; ¿en virtud de qué principio científico o de justicia se le impide averiguar quién ha sido ese varón?" Difícil es contestar a tales preguntas. Lo que resulta fácil es expresar la consecuencia que de ellas se deduce: que los hombres, seres racionales, han borrado y destruído un derecho natural que los demás de la creación respetan y acatan como fundamento que está en las leyes supremas por que se rige la Naturaleza. No nos hallamos conformes con lo que hace nuestro Código estableciendo restricciones al principio de la investigación de la paternidad por lo que puedan tener de arbitrarias".

El insigne catedrático de Derecho civil don Felipe Clemente de Diego (12) decía: "No hay duda que el hijo llamado a la vida por ajena voluntad tiene derecho a los medios de desenvolver su personalidad; y ¿quién es el primeramente llamado a subvenir a estas necesidades sino los que le trajeron al mundo? Autores de un hecho, deben sufrir sus consecuencias. De modo

que lo que es un derecho en los hijos, es un deber en los padres. Si esto es cierto, tiene que constatarse que, en efecto, éstos son los padres de aquél; de modo que el hijo tiene derecho a constatar y probar el hecho de su filiación, como los padres tienen el deber de confesarla. No la confiesan, pues se trata de una relación jurídica incumplida, y de aquí que el lesionado tenga acción en justicia para demandar su cumplimiento. Es una tesis judicial, lícita y conforme a Derecho. No es buscar a ciegas un padre, sino imponer el respeto a una relación que existe y sancionarla para que surta sus efectos".

El Presidente del Tribunal Supremo y profesor de Derecho civil, don José Castán Tobeñas (13), decía: "Los inconvenientes que se alegan siempre contra el deber de alimentar a los hijos naturales e indemnizar a sus madres seducidas, es el relativo a las dificultades, casi invencibles, que representa la prueba de la paternidad; pero esta objeción se reduce a polvo con la moderna teoría del riesgo jurídico. El Derecho no siempre puede medir las realidades objetivas con precisión matemática"; y más adelante continúa: "Para proteger a las jóvenes contra la deshonra que las aleja de contraer matrimonio legítimo, para poner coto a la impunidad y al libertinaje de los seductores y, en una palabra, para elevar la dignidad de la mujer y hacer más frecuentes los matrimonios, deben nuestras leyes sancionar, como las de las naciones anglo-sajonas, la obligación de una fuerte indemnización a las víctimas seducidas, y reconocer, por ser de evidente utilidad y justicia, el derecho a probar la filiación, llamado usualmente investigación de la paternidad". Y, en otra ocasión, el mismo profesor Castán (14) manifestaba: "Hoy la opinión pública está muy lejos de compartir esta demanda, y sí solamente en qué forma se ha de llevar esta prueba: si libre, como en la Argentina, para los hijos naturales, prohibiéndola para los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, o limitando esta prueba en los casos en que el juez pueda acceder a la demanda, y si ha de bastar con que

se establezca una paternidad *posible* sobre la base del riesgo de paternidad que se deduce del comercio sexual, o ha de exigirse una paternidad efectiva y demostrada". Y aún sigue diciendo el profesor Castán: "Los derechos de la prole nacida fuera del matrimonio deben ser regulados con criterio liberal y sin tener en cuenta la índole más o menos ilícita de la unión sexual a que deba aquélla su existencia; pero siempre, en obsequio de la unión legítima, han de ser sus ventajas, sobre todo las de orden sucesorio".

Creo suficientes estas opiniones de tan distinguidos civilistas, a las que podíamos añadir otras de no menos valor. Se ha dicho que las únicas objeciones al art. 135 del Código civil habían partido de sociólogos y literatos; esta afirmación no es exacta: las personalidades anteriormente citadas son conocidas en el Derecho patrio, no sólo por los profesionales, sino también por los alejados de esta disciplina.

¿Qué es difícil probar la paternidad? Esto es evidente, como sucede en muchos casos criminales o civiles; pero el juez admite las pruebas que le facilitan las partes y falla.

En el caso de raptó, a pesar de haber demostrado que la mujer había tenido acceso con varios hombres, el sorprendido o denunciado como tal se le obliga a reconocer al hijo, aunque éste no sea de él.

Es difícil probar la paternidad, pero no imposible con los medios de que se dispone hoy. El juez admite la denuncia de un robo, sin que el denunciante pueda sospechar, ni remotamente, quién ha podido ser el autor: solicita datos e investiga. Si el objeto aparece, y en él las huellas dactilares que coinciden con un determinado individuo que frecuentaba la casa, es seguro que sea condenado.

En el caso de un hijo *natural*, cuando se prueba la convivencia de la madre con un determinado sujeto, y los grupos sanguíneos (huellas dactilares) son semejantes a los del presunto padre; cuando la mujer gozaba de general estimación entre sus

convencinos, y éstos creen que no puede ser de otro el hijo que de su novio, es evidente que también debe ser declarado padre por el juez. De no hacerlo así, sería tanto como no aceptar una querrela por robo si el ladrón, libre o espontáneamente o en escrito indubitado, no se declara autor del robo o públicamente hace ostentación de los objetos robados.

¿Las huellas dactilares constituyen una prueba plena? No; están sujetas a error, como los grupos sanguíneos.

Que se tasen las pruebas; y así como las leyes penales establecen la responsabilidad criminal a los dieciséis años, ni admiten pruebas en los delitos de injurias que demuestren las palabras injuriosas, así también puede establecerse o regularse la prueba para la investigación de la paternidad de los hijos llamados naturales, de padres que, al tiempo de la concepción de aquéllos, pudieron casarse sin dispensa o con ella.

Ningún Código establece los delitos en dos grupos: unos que puedan probarse y otros no. El juez admite la prueba en favor y en contra, y falla según los hechos. El no admitir la investigación de la paternidad sería tanto como dudar de la honradez de nuestros jueces.

El aborto siempre se ejecuta con el mayor secreto, y es suficiente, para que la justicia intervenga, que se pruebe el hecho, y la manifestación de la mujer señalando a la persona, para que ésta sea interrogada, procediendo a su procesamiento cuando existen probabilidades de que pueda ser el autor. El parto y el hijo son fácilmente probados, y para que se produzca, necesariamente, se precisa la intervención de dos personas de distinto sexo, ya que no podemos admitir la generación espontánea.

Es evidente que un particular puede ser arbitrariamente denunciado atribuyéndole una falsa paternidad; pero éstas son las excepciones, y no se legisla para estos casos. No podemos suponer que toda acusación de esta naturaleza se haga de mala

fe, lo cual no puede admitirse en buenos principios de Derecho.

La mayor moral es la de la familia legalmente constituida; la inmoralidad para la sociedad es consentir esta clase de hijos.

Una vez que se establezca la paternidad, podrá o no casarse con la madre de su hijo, toda vez que el matrimonio debe ser voluntario; pero los derechos de éste quedarán asegurados en forma de pensión y hereditarios, figurando en el folio correspondiente al nacimiento del padre la nota de que tiene un hijo, con la fecha correspondiente a la sentencia judicial, que se hará constar en todas las certificaciones que se soliciten: y al contraer matrimonio con otra mujer, que no sea la madre de su hijo natural, ésta tendrá en cuenta que sus hijos tendrán los mismos derechos que aquél.

El Código no define los hijos legítimos; se limita a manifestar cuáles se *presumen* de esta condición. La ciencia no ha podido todavía descubrir los secretos de la naturaleza; pero por esta misma ciencia conocemos, exactamente, que son indispensables dos personas de distinto sexo para que tenga lugar el nacimiento.

Todo lo que pueda ir en beneficio del niño inocente debe ser admitido; y así como el art. 109 dice que el hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera, así también es indispensable suavizar las leyes en el sentido de amparar y proteger bastante más a los hijos llamados naturales, llevando a nuestra legislación el derecho de investigación de la paternidad.

ORIGEN DEL ART. 135 DEL CÓDIGO CIVIL

Hasta 1888 el derecho a investigar la paternidad se ejercía libremente en España; el Derecho canónico y romano fueron las bases de nuestra legislación, en donde el hijo natural tenía

su amparo. Por las Decretales de Gregorio IX se permitía declarar la paternidad contra las manifestaciones de los padres: se decía en ellas: "Hay que atenerse a la negación del varón y la mujer que niegan ser hijo suyo alguna persona, a no ser que por indicios y testigos se pruebe lo contrario" (15). Las Leyes de Partida obligaban a que el juez dijera "si es hijo o non" para reconocer la paternidad y exigir alimentos al padre (16). Con igual criterio de libertad, en las Leyes de Toro y en la Novísima Recopilación. En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1865 se declara: "En el estado actual de nuestra legislación, no es cierto el principio de que fuera del matrimonio, habido dentro de la propia casa, no es lícito ni aún posible inquirir o hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad"; o la del 18 de marzo de 1873: No es jurisprudencia admitida por los Tribunales, ni establecida por el Tribunal Supremo, la de que se prohíba fuera del matrimonio la investigación de la paternidad del que pretende la calidad de hijo natural". Queda demostrado cómo el Derecho antiguo admitía toda clase de pruebas para investigar la paternidad.

Ha sido la influencia del Código de Napoleón la que dió origen a la Base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, y más tarde al art. 135 del Código civil. La Convención, por la Ley del 12 Brumario del año segundo, no permitía otra prueba de la paternidad natural que la que resultara del *reconocimiento* voluntario del padre, hecha en un acta auténtica. Y todavía continuamos sometidos a esta ley extranjera, abandonada por la totalidad de las naciones, incluso la misma Francia por Ley de 12 de noviembre de 1912. Así lo admite la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1927, al decir: "Si bien las legislaciones más modernas admiten la investigación de la paternidad como medio de reparar el daño causado a los hijos por faltas de sus padres, las legislaciones clásicas, inspiradas en la francesa, como lo es la española, admiten el principio contrario"; o la más reciente de 25 de mayo de 1945: "No debe

olvidarse que el Código patrio, dictado en una época en que todavía gozaba de gran predicamento la corriente de extremo rigor que había iniciado, con respecto a la filiación ilegítima, el Código napoleónico”.

Pero una parte de España ha sabido defender sus derechos contra influencias extranjeras, conservando sus leyes, siempre inmutables, desde tiempo inmemorial; esta región es Cataluña, con su Derecho foral, siempre en vigor a pesar de los siglos (17).

Veamos la diferencia entre las sentencias anteriormente citadas, en las que se niega todo derecho a los hijos nacidos fuera del matrimonio, con la legislación vigente en Cataluña, en donde el Derecho canónico se mantuvo siempre atento a los principios proclamados por la Iglesia sobre fraternidad humana e igualdad esencial en todos los hombres en su origen, y no transigió nunca con la desviación de la teoría de la culpa que pudiera llevar a descargar únicamente en los hijos las consecuencias de actos ilícitos de sus padres, según es de ver, por ejemplo, en las declaraciones del VI Concilio toledano, recogido en la ley II, título preliminar del Fuero Juzgo, pues a la vez que se mantuvo en vanguardia propugnando el enaltecimiento y amparo del matrimonio, incluso frente a la legislación civil, que en algún momento transigió con el concubinato, ha creído procedente aplicar normas acogedoras de caridad a los hijos ilegítimos, en término de conciliación que implicase, en lo inevitable, la menor perturbación posible en la unión matrimonial.

Dados estos principios elementales de Derecho, el criterio de generoso amparo de los hijos ilegítimos, en punto a la investigación de su paternidad, es independiente del derecho que pueda surgir de la filiación, en particular si los hijos concurren con los habidos en matrimonio; y así, las Decretales de Gregorio IX, al enfrentarse con el problema de probanzas utilizables para obtener el reconocimiento forzoso, no sólo no impusieron restricción alguna al principio generoso de libertad de

pruebas en las controversias judiciales, sino que expresamente las admitieron todas, incluso la de testigos y la de indicios, a las que concedieron singular relevancia en materia de investigación de la paternidad; y este mismo criterio de probanza en investigación de la paternidad es también el que imperó en la tradición castellana HASTA QUE EN ELLA SE DEJÓ SENTIR LA TENDENCIA RESTRICTIVA DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN (18).

En los momentos actuales de nuestra legislación, sólo puede ser reconocido un hijo natural, ejerciendo el derecho de investigar su paternidad, cuando el padre ha tenido atenciones y cuidados con él, no siendo abandonado totalmente; o bien, cuando era fruto del delito: violación, estupro o rapto. De lograr el acceso con la mujer voluntariamente, con engaños o promesas, la ley hubiera sancionado la deshonra para la madre, el abandono para el hijo y la vergüenza y miseria para los dos. Amparar al que produce el daño y castigar al que lo recibe, nunca fueron normas de nuestro Derecho.

Aquí, en esta región, defensora de las leyes españolas contra toda influencia, con motivo del VIII Congreso Nacional de Pediatría, y en relación al tema “Protección del niño abandonado”, tengo el honor de proponer la siguiente conclusión para ser elevada a la Superioridad:

“Los hijos extramatrimoniales, al igual que en Cataluña, podrán declarar su paternidad por la legislación anterior a la Base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, nacida por la tendencia restrictiva del Código de Napoleón; aplicándose, a estos efectos, el Código canónico y romano, y admitiendo para estos procesos la prueba de los grupos sanguíneos.”

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Díez PASTOR: *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio, según la Constitución*, pág. 94 (nota).
- (2) Sentencias del Tribunal Supremo (25-II-914, 23-VI-922, 26-X-927, 27-X-931 y 22-I-948).
- (3) Sentencias del Tribunal Supremo (10-II-897, 31-XII-902, 26-X-918, 22-III-919, 12-V-919, 19-I-927, 5-X-929, 10-I-931 y 2-II-948).
- (4) Sentencia del Tribunal Supremo (16-I-932).
- (5) "La transformación de las Inclusas en España", pág. 4. *Publicaciones "Al Servicio de España y del Niño español"*.
- (6) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo I, pág. 485.
- (7) *Derecho civil*, tomo V, vol. II, pág. 993.
- (8) Obra citada, pág. 201.
- (9) VALVERDE: *Derecho civil*, tomo IV, pág. 427.
- (10) PUIG PEÑA (Federico): *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, volumen II, pág. 56.
- (11) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado*, tomo III, pág. 178.
- (12) *Apuntes de Derecho civil español común y foral*, pág. 416.
- (13) *La crisis del matrimonio*, págs. 460-61.
- (14) *Hacia un nuevo Derecho civil*, págs. 132-34.
- (15) Lib. IV, tit. XVII, cap. III.
- (16) Sentencia del Tribunal Supremo (9-III-928).
- (17) BORREL Y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo IV, página 86; 2.ª edición.
- (18) Sentencias del Tribunal Supremo (5-VII-944).

