

RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO- CANÓNICO EN LA PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD LEGÍTIMA CODIFICADA

RECEPTION OF THE ROMAN-CANONIAN LAW IN THE LEGAL PRESUMPTION OF CODIFIED LEGITIMATE PATERNITY

RESUMEN

La presunción de paternidad relacionada con las justas nupcias, *iuris tantum*, es un instituto plenamente vigente en Derecho romano, que se ha aplicado desde la Recepción medieval hasta nuestros días. Por ello, ante la existencia de ciertas circunstancias puede impugnarse y desconocerse la paternidad del marido, conforme a un fragmento de Ulpiano, que remite a un *responsum* de Cervidio Scaevola, D. 1, 6, 6. Inicialmente esa referencia se hace al momento de la concepción, luego en Justiniano también al nacimiento, fijando, como *tempus legitimum*, que el hijo nazca después de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio o antes de los 300 después de su disolución. Este planteamiento llega a los Códigos civiles europeos de la Edad Moderna, algunos de los cuales transcriben literalmente la regla de Paulo, D. 2, 4, 5, como el art. 312 del Code civil francés de 1804. Las modernas técnicas de investigación de la paternidad no excluyen, ni hacen inútil o superfluo, el principio general presuntivo de los códigos, aunque afortunadamente sea más viable excluir con mayor seguridad la imputación al marido, que no ha contribuido con sus actos a la generación.

Palabras clave: Presunción, paternidad, filiación legítima, recepción Derecho romano, Real Chancillería, González Tellez.

ABSTRACT

The presumption of paternity related to the just nuptials, *iuris tantum*, is an institute fully in force in Roman law, which has been applied since the medieval Reception to the present day. Therefore, in the presence of certain circumstances, the paternity of the husband can be challenged and ignored, according to a fragment of Ulpiano, which refers to a *responsum* of Cervidio Scaevola, D. 1, 6, 6. Initially that reference is made at the time of the conception, then in Justinian also to the birth,

fixing, like *tempus legitimum*, that the son is born after the 180 days after the celebration of the marriage or before the 300 after its dissolution. This approach reaches the European Civil Codes of the Modern Age, some of which literally transcribe the rule of Paulo, D. 2, 4, 5, as art. 312 of the French Civil Code of 1804. Modern techniques of investigation of paternity do not exclude or render useless or superfluous the general presumptive principle of the codes, although fortunately it is more viable to exclude with greater security the imputation to the husband, who has not contributed to his acts to the generation.

Keywords: Presumption, Paternity, Legitimate filiation, Reception Roman Law, Real Chancery, González Téllez.

*Ex illo natum mater me dicit, at ipse
Nescio, nam certum quis possit scire parentem.*
Homero, *Odyssea I*, vv. 213-214, de Thelemacho

*Sed tamen aut ex me conceperat, aut ego credo,
Est mihi pro facto saepe quod esse potest.*
Ovidio, *Amores*. II, 13, 5-6

Chez les peuples bien policés, le père est celui que les lois, par la cérémonie du mariage, ont déclaré devoir être tel, parée qu'elles trouvent en lui la personne qu'elles cherchent.

Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, lib. 23, chap. 2

1. INTRODUCCIÓN

Difícilmente podemos entender nuestras instituciones jurídico-positivas vigentes sin su conformación histórica, y su origen en el Derecho romano, base del sistema jurídico continental europeo, y con todo fundamento del español.

Sirvan, con testimonio, dos hitos anteriores al Código Civil, por lo que se refiere a la aplicación judicial del principio de presunción legal de paternidad, y no acogimiento de la impugnación. El primer litigio fue instado penalmente, en 1828, por parte del marido de una embarazada, para que no se otorgara la condición de hijo legítimo al vástago, que más tarde alumbradría su esposa, aduciendo presunto adulterio de la mujer, ante el gobernador eclesiástico Civitatenense, que desestimó su pretensión, y más tarde apeló a Valladolid, siendo resuelto el caso por la Real Chancillería, en 1829, confirmando el fallo precedente.

El esposo, que estuvo durante buena parte del embarazo, a causa del servicio militar, alejado del hogar doméstico en Fregeneda (Salamanca), sos-

pecha de la ilegitimidad del hijo que esperaba su mujer, casada en justas nupcias, porque supuestamente tenía la creencia de haber sido procreado de una relación extraconyugal¹.

La Real chancillería aplica en su sentencia el principio de la presunción legal de paternidad respecto del descendiente, a favor del marido de la madre, y otorga al vástago la condición de hijo legítimo, por reunir los requisitos exigidos en el Derecho, tanto el Civil como el Canónico, al ser alumbrado por su esposa *constante matrimonio*, no obstante su impugnación, y a pesar de los indicios y conjeturas presentadas, ya que la jurisprudencia había dejado bien sentado que el hijo de un matrimonio legítimo, si los cónyuges mantenían vida marital, aunque la esposa hubiera cometido adulterio, se reputaba hijo del marido².

1 ARChVa. Criminal. Caja 2362.3. Escribano Granados. Fregeneda. Ciudad Rodrigo, Manuel González y María Hernández. Año 1829.

2 El supuesto de hecho parte de la «delación dada por Manuel Gonzalez, vecino de La Fregeneda (Salamanca), contra su mujer, Maria Hernández, sobre sospecha en la preñez extramatrimonial, resuelto en primera instancia, en Ciudad Rodrigo, Señores: Gobernador, Pardo, Zegama (alcaldes del crimen). Los autos formados por el Alcalde mayor de Ciudad Rodrigo, licenciado D. Fermin Diez a instancia de Manuel Gonzalez vecino de la Fregeneda, sobre sospechas y recelos del embarazo en que se halla su mujer Maria Hernandez y remitidos en consulta a la Sala pasen al Fiscal de S. M. En relaciones Valladolid veinte y tres de enero de 1829. Granados. Rubricado. El Fiscal de S. M. en vista de estos autos dice: Que habiendo resultado que el hijo dado a luz por Maria Hernandez Niñas se concibió constante el matrimonio y unión conyugal con su marido, Manuel Gonzalez, despues de su regreso del servicio militar; y que la ley le supone en este concepto por legitimo, puede la Sala confirmar el definitivo dado por el comisionado Alcalde mayor de Ciudad Rodrigo, mandando se archibe este proceso; y que se libre la correspondiente acordada al Prelado diocesano por lo que dan de si las declaraciones de Maria Sanchez y la Maria Hernandez a los efectos que convengan. Valladolid diez de febrero de 1829. Rubricado. Vistos estos autos por los señores Governador y Alcaldes del crimen de esta corte y chancilleria en Valladolid a ocho de mayo de mil ochocientos veinte y nueve dijeron: Se revoca el difinitivo consultada: se declara hijo lejítimo, y de lejítimo matrimonio de Manuel Gonzalez y Maria Hernandez Niñas el dado a luz por esta despues del regreso de aquel del servicio militar, poniéndose al margen del libro de bautizados la nota correspondiente de esta declaración, y le condena a la espresada Maria en todas las costas: se multa al cirujano Francisco Bravo en diez ducados aplicados en la forma ordinaria apercibido que en lo subcesibo no rebele las consultas que le fueren hechas: se encarga al Asesor licenciado don José Rodriguez Guzman, que en causas de igual naturaleza, cuando resulte complicidad en alguna persona, por cuyo carácter y dignidad se haya de reservar su nombre, no omita esta circunstancia como lo ha hecho en la presente causa, pues en otro caso se tomara la providencia que haya lugar y lo acordado = Asi lo mandaron dichos señores y lo rubricaron. Señor Gobernador. Ortega. Pardo. Cegama. Definitibo del ynforme: Por el se mandó sobreseer con la declaración de ser Raymundo Gonzalez hijo lejítimo, y de lejítimo matrimonio de Manuel Gonzalez y de Maria Hernandez Niñas, y la de no perjudicar la buena opinión del Presbitero Don Francisco Roman con este espediente. Se le reserbo su derecho, condenó a la Maria en costas, excepto las del Alcalde y escribano de Fregeneda, a quienes se pribo de ellas, se les apercibio de no preguntar a ninguna embarazada de quien lo estaba, y al cirujano D. Juan Lozano se le pribo de sus derechos por rebelar y declarar lo que se le consultó a secreto contra el juramento prestado, y se le apercibio para lo subcesibo: reservose a la Maria su derecho contra quien la hubiese inducido, seducido ó sobornado, y que se consulte = Asi mas por menor resulta de su original a que me remito de que certifico. Granados. Rubricado. el 17 de octubre de 1828». El asunto llegó en apelación a la Sala del

En segundo lugar, tiene mucha importancia para la institución que nos ocupa, porque ilustra los problemas de reconocimiento de una paternidad legítima a través de los tribunales, aplicando la presunción legal de paternidad, la ejecutoria del pleito litigado por Teresa Mayo, vecina de Zamora, sobre la nulidad o validación del testamento de su difunto marido Pedro Mayo, y declaración de la legitimidad de su hija, que había sido preterida en el testamento³.

Pedro Mayo era un prestamista, a tenor del patrimonio que manifiesta en su acto de última voluntad, si tenemos presentes los créditos pendientes de cobro en el momento del otorgamiento del testamento, cada uno de los cuales disfrutaba de sus garantías pignoraticias, y fundamentalmente se dedicaba profesionalmente al alquiler de animales, porque uno de los conceptos por los que incrementaba el numerario de su patrimonio venía de la *merces* generada por el arrendamiento de mulas, si bien en el instante de redactar el testamento cerrado, posteriormente protocolizado, revela el impago de ciertas cantidades por parte de los *conductores*.

Producido el fallecimiento, surgió la disputa jurídica entre la representante del menor, instituido heredero en el testamento, que es la parte demandada, y la curadora de la menor, que alega ser hija legítima del difunto, quien pide, a la luz del acto de última voluntad, que éste se declare nulo, *iniustum* o *inutile*, porque ha sido preterida la heredera forzosa del mismo⁴.

crimen de dicho tribunal castellano, por lo cual el tribunal acudió a los medios de prueba entonces disponibles, a fin de asegurar la presunta paternidad del hijo que llevaba su esposa, como eran la confesión de las partes, y la testifical, sentenciando que no procedía dicho reconocimiento, por la inconsistencia e ilegalidad en la obtención de algunas pruebas, como el secreto profesional respecto de una relación carnal ocasional, las cuales en su conjunto adolecían de razón bastante y mínima verosimilitud, para llevar al órgano juzgador a la convicción suficiente para admitir la pretensión, condenando incluso al apelante.

3 ARChVa. Registro de ejecutorias. Caja 2990.19, diciembre de 1677: «Ejecutoria a pedimiento de Manuel Martínez como curador ad litem de Teresa Mayo, hija de Pedro Mayo, vecino que fue de la ciudad de Zamora. Diziembre 1677: con Maria Antonia, como madre y curadora de Lucas Cabrero, vecina de la Puebla de Sanfrontes, arrabal de la ciudad de Zamora: sobre la validación o invalidación del testamento que otorgo Pedro Mayo y si la dicha Theresa Mayo era su hija legitima o no y otras cosas en el pleito contenidas».

4 Es la institución proveniente del Derecho romano, según la cual, si el testador dejaba de instituir o desheredar a un *suius*, descendiente de primer grado, el testamento era nulo, o como señala Schulz, modificado en favor de los *sui* silenciados por el testador. Es preciso tener presente que las hijas podían ser desheredadas en conjunto, y si no eran ni instituidas ni desheredadas, dicho testamento no era válido, y los preteridos obtenían una parte de la herencia, en la cual si los instituidos eran *extranei*, dicha parte era igual a la mitad de la herencia, tal como recoge Gayo en sus Inst. 3.124, especialmente con el ejemplo del citado romanista: el testador tiene solamente una hija sometida a su potestad, pero instituye a su amigo heredero universal, silenciando a su hija. La hija obtiene de dicho heredero instituido la mitad de la herencia, es decir, una cuota inferior a su porción intestada, que sería toda la herencia. En su criterio, los juristas republicanos y clásicos, si el testamento guardaba silencio respecto de los *sui*, intervienen a su favor, anulando totalmente el testamento, si era un hijo varón preterido, mientras

El litigio fue examinado en primera instancia por el teniente del corregidor de Zamora, quien en 27 de julio de 1667, ante quien la madre y curadora del heredero testamentario Lucas Cabrero, nominada María Antonia, pidió que hiciera mandamiento para que Diego de la Torre, vecino de Zamora, en quien estaban depositados los bienes que quedaron por fin y muerte de Pedro Mayo, los pusiera a su disposición, ya que en su testamento el *de cuius* había instituido, como único y universal heredero, a su primo Lucas Cabrero⁵.

Después de varios incidentes de petición de ejecución de mandas y depósito de bienes, el licenciado Antonio de Ponte, teniente de corregidor de Zamora, decreta, el 9 de julio de 1667, que se inserte abierto, en un protocolo notarial, el testamento del finado, pero cuya apertura había tenido lugar el día 4 inmediato anterior, con un traslado fidedigno en los autos, en aras de su ejecución, tal como había pedido un presunto beneficiario de sus cláusulas, porque se había otorgado cerrado⁶.

En la ciudad de Zamora a 4 dias del mes de julio de 1667... estando enfermo en cama de enfermedad corporal... en su sano juicio y entendimiento natural a lo que parecio por hablar y conocer y dar buena y bastante razón a lo que le preguntaba estando en las casas de Juan Campelo... entrego a mi el

que buscaron una fórmula de compromiso en el resto de supuestos, formulándose la regla del *sui heredes instituendi sunt aut exheredandi* en época posclásica, ya que se encuentra en Tit. ex corp. Ulp. 22, 14, como intento de restringir la libertad de disposición del testador. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, Boch, 1960, pp. 254-257. En el Derecho hispano de la Edad Moderna, «podía rescindirse o perder la fuerza el testamento a instancia de un desheredado que lo acusara de inoficioso, porque se hizo contra la piedad o merced que debía guardar el testador, siguiendo lo dispuesto en la Nov. 115 cap. 1, que había sido recogido en Partidas 6, 7, 8; 10 y 12, y añade: «será nulo el testamento en que el ascendiente, instituyendo heredero a otro, preteriere a su descendiente, sin hacer mención de este», y por lo mismo Partidas 6, 8, 1 dispone que no tiene valor alguno; lo mismo sucede si desheredase al descendiente sin expresar causa alguna, Partidas 6, 7, 10-11, aunque debe instarse la rescisión, en su criterio. Cf. SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, Coruña, imp. de Gregorio, 1837, pp. 192-193.

⁵ El 26 de agosto de dicho año pidió un traslado del testamento del difunto, con el inventario de bienes, compareciendo, el 29 del mismo mes y año, Manuel Martínez, como curador de Teresa Mayo, oponiéndose al depósito judicial decretado en Juan Campelo, por no ser persona abonada, y reclama que los bienes se depositasen en Andrés de Saavedra, escribano del número de Zamora, lo que aceptó el teniente del corregidor, por auto del 5 de septiembre inmediato posterior, pasando algunos bienes al nuevo depositario, dando fianza, el anterior, de restituir todos los que fueran legítimamente exigibles, mediante escritura ante el escribano zamorano Baltasar Lanchan de Robles, que era el mismo ante el que había otorgado testamento Pedro Mayo.

⁶ El incidente de apertura del acto de última voluntad es promovido por Diego de la Torre Medrano, vecino de Zamora, quien manifestó, ante el citado teniente de corregidor, que Pedro Mayo, vecino que fue de Zamora, «ha fallecido la noche pasada para amanecer a oi dicho día en las casas de la morada de Juan Campelo vecino de la ciudad, que están en la calle de La Costanilla colación de San Bartolome, el qual el día 4 de este presente mes y año ante mi Baltasar Lanchan de Robles hizo y otorgo su testamento cerrado que exivio y presento ante dicho señor teniente... testamento que ley en presencia de las personas que allí se hallaron...».

escribano este papel cerrado y sellado en la forma en que esta el qual dijo era su testamento ultima y postrimera voluntad y que dentro de el deja señalada sepultura testamentarios y heredero y escrito otras clausulas el qual quiere no se abra lea ni publique asta que Dios nuestro Señor sea servido de le llevar de esta presente vida y que entonces se abra lea y publique con la solenidad que el derecho manda... no lo firmo porque dijo no saber...

Después de tomar declaración a los testigos instrumentales, que estuvieron presentes al acto de otorgamiento del testamento y ulterior protocolización, el juez zamorano decreta que se abra y lea el contenido del testamento⁷. Entre las cláusulas, más relevantes para nuestra materia, figuran las que siguen⁸:

Declaro que soy casado con Dominga Garcia vezina que fue de esta ciudad la qual abra once años antes mas que menos que se fue de ella sin aber sabido donde ni en que parte aya resedido y si es muerta o viva y que con ella no recivi dote alguno ni tengo hijos algunos declarolo assi para descargo de mi conciencia y para que en todo tiempo conste de la verdad...

Cumplido y pagado este mi testamento y las mandas y legados en el contenidas en el remanente que quedare de todos mis vienes derechos y açiones y futuras sucessiones que en qualquiera manera me pertenezcan deyo y nonbro por mi universal eredero de todos ellos a Lucas Cabrero mi primo niño de diez años hijo legitimo de Juan Cabrero mi tio ya difunto vezino que fue de La Puebla de Sanfrontes arraval desta ciudad que vive con su madre en la dicha Puebla y mando se le entreguen a la dicha su madre cinquenta reales vellón para el remedio de el dicho mi primo el qual quiero los aya para si con la vendizion de Dios y la mia...

El teniente de corregidor declaró el testamento plenamente válido, e interpuso su autoridad judicial con el decreto oportuno, y mandó dar traslado del mismo a todas las partes interesadas. El 15 de septiembre inmediato posterior, Diego de la Torre Medrano, como depositario, presentó un escrito

7 Producido el fallecimiento, el magistrado decretaba la tramitación de la sucesión, y para ejecutar lo dispuesto en el acto de última voluntad, ya en época de Augusto se convirtió la apertura del testamento en un acto público, después de establecer, el año 6 d. C. el impuesto de *vicesima hereditatum*, fijando el plazo de 5 días, según las PS 4, 6, 3. Se depositaba el testamento ante el pretor en Roma o los gobernadores en provincias, a fin de que procedieran a la apertura de las *tabulae testamenti*, después de citar a todos los testigos del mismo, o su mayor parte, con objeto de reconocer los sellos y firmas, mediante la *inspectio*, ruptura de sellos y cintas que dan cohesión a los documentos y eran de lino; una vez retiradas del documento, *dissotiatio*, permitían pasar a leer su contenido, *recitatio*, pasos que vemos expresamente mencionados en los autos judiciales, y como último trámite, se procedía a copiarlo y archivarlo, levantándose un acta. Cf. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed. riv., Milano, Giuffrè, 1955, pp. 599-610; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 737-738.

8 ARChVa. Registro de ejecutorias. Caja 2990.19, o. c., fol. 3rv.

y pedimiento, para la entrega de los bienes del difunto, quedándose con el patrimonio que ya tenía, y alegando que Teresa Mayo, demandante en el proceso, como presunta hija del dicho Pedro Mayo, no era parte ni hija legítima del difunto, como constaba por la cláusula del testamento del fallecido, en la que el testador reconocía «que al tiempo de su muerte no tenía hijos, dejando por universal heredero a Lucas Cabrero». Visto lo cual, el juez interviniente mandó entregar las mandas dispuestas por el difunto, bajo fianza depositaria.

El representante de Lucas Cabrero, amparado en la institución de heredero, presentó nuevo escrito, ante el teniente del corregidor, para que se le declarase por tal único y universal heredero, conforme al testamento, y negando la pretensión de la menor Teresa Mayo:

Por no ser hija legítima, como lo tenía declarado en el testamento por haber declarado en el que la dicha Dominga Garcia se había ausentado haciendo vida amaridable con el dicho Pedro Mayo mas había de once años sin haberla visto ni sabido donde estaba y que en ella no tenía hijo ni hija que así lo declaraba para descargo de su conciencia y porque la dicha Theresa Mayo y su pretensión era sin fundamento y caluniosa a fin y efecto de llevar los bienes que no eran suyos.

Es decir, pone de manifiesto la imposibilidad material de que la interesada, Teresa Mayo, pudiera haber sido hija legítima del difunto, dada la discordancia de fechas respecto del último tiempo en el que la mujer legítima hizo vida maridable con el testador, y su prolongada ausencia, sin contacto directo alguno con el difunto, muy superior al momento de la concepción, teniendo presente que la gestación legítima se circunscribía al plazo de los trescientos días⁹.

Trasladados los autos a Manuel Martínez, como curador de Teresa Mayo, alegó,

9 Este tiempo máximo de duración de la gestación proviene del Derecho romano: para ser hijo legítimo no bastaba con nacer de justas nupcias, o de mujer casada y de su marido, sino venir al mundo *intra tempus legitimum* o que hijo nazca maduro, es decir, como afirma Robleda, que sea capaz de vivir *extra uterum*, ya que en Roma no se atiende al nacimiento sino a la concepción *ex iusto matrimonio*, requiriendo el mínimo de 181 días completos después de su celebración, y máximo de 300 completos después de la disolución, por muerte o divorcio, ya que si no respetaba el plazo no venía considerado *natus ex matrimonio*. ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, PUG, 1970, pp. 239-232. Este planteamiento fue recogido en las Partidas 4, 2, 7, presumiendo hijos legítimos los nacidos en constante y legítimo matrimonio, y el descendiente ha nacido entre el séptimo y el décimo mes, Partidas 3, 14, 9 y 4, 23, 4, además de Nov. Rec. 10, 5, 4. Vid. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, t. I, 2ª ed. corr. y aum., Valladolid, lib. de H. de Rodríguez, 1877, pp. 115-117.

Que la dicha Teresa Mayo era hija y heredera universal del dicho Pedro Mayo y como tal heredera precisa y necesaria del dicho su padre de forma que si no es por una de las causas que disponía el derecho¹⁰ el padre no la podía desheredar ni apartar del derecho que *Jure naturali* era debido sin que en esto ubiese ni pudiese haber dificultad ninguna ni fuese controvertible en el punto¹¹. Y porque para que ubiera lugar la exheredación era necesario que la dicha Teresa Mayo por su persona sin intervención de otra ubiera dado causa para que se hiciera¹² y en nueve años de edad que podía tener la menor al tiempo de

10 La Novela 115 de Justiniano, del año 542, capítulo 3, enumera 15 causas de desheredación o de exclusión de la herencia, siempre y cuando el testador no haya perdonado al ofensor para los descendientes, y ocho para los ascendientes. Las primeras son éstas, resumidas por Voci: a) atentados contra la vida; b) injurias y otras graves ofensas; c) acusación penal, exceptuados los delitos contra el Estado o el emperador; d) la herejía; e) la falsa denuncia, de la que derive grave daño; f) adulterio con la mujer del ascendiente; g) impedimento para otorgar el testamento; h) rechazar una garantía a favor del ascendiente, que se encuentra en prisión, lo cual solo se aplica a los descendientes varones, i) omisión de cuidados al enfermo mental; j) omisión de rescate, si el ascendiente está prisionero de guerra y el descendiente tiene más de 18 años; k) frecuentar envenadores y personas que practican la magia; l) ejercer el oficio de artista de teatro y similares, contra el criterio del ascendiente; ll) mal comportamiento de los descendientes, matrimonio de las hijas contra la voluntad del ascendiente, salvo que ya tenga 25 años de edad y el ascendiente no se haya encargado o procurado casarla. Vid. VOCI, P., *Diritto ereditario romano*. Vol. II. *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed. rif., Milano, Giuffrè, 1963, p. 739. Estas causas pasaron a Partidas, aunque algunas se incorporan en la Recopilación de Felipe II, y vienen referidas por Asso y Manuel: «I. Las asechanzas o preparativos contra la vida del padre; la deshonra de palabra y la acusación en que se siga al padre infamia, a no ser que sea delito contra el Rey, Part. 6, 7, 4; II. El ser hechicero, encantador o acompañarse con ellos, si es que los hay. III. El adulterio del hijo con la mujer del padre. IV. El no dar fianzas para sacar al padre encarcelado por deudas. V. El impedirle hacer testamento. VI. El casamiento clandestino de los hijos, Recop. 5, 1, 1. VII. la hija que se prostituye; pero no si lo hizo después de los 25 años, y a vista de no quererla casar el padre: Part. 6, 7, 5. VIII. El hijo que no cuida de su padre loco, o imposibilitado por el juez, o por el padre, si vuelve a perfecto juicio. IX. El hijo, y próximos parientes, que no quisieron redimir al padre cautivo: cuyos bienes en este caso deben venderse por el Diocesano para redención de cautivos. Es de advertir que estos dos últimos casos no comprenden los menos de 18 años. Part. 6, 7, 6. X. Finalmente, dejar la Religión Catholica, Part. 6, 7, 7. Vid. ASSO, I. J. de – MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5ª ed., corr. not. y aum, Madrid, imp. de Ramón Ruiz, 1792, pp. 119-120.

11 En Roma, según el Derecho civil, la desheredación surgió para posibilitar la institución de herederos extraños, existiendo *heredes sui*, porque sin ella no podían heredar los primeros, como *conditio sine qua non*. Los requisitos exigidos para ello era que el testador utilizara *verba solemnia*, se incluyera en el testamento, se refiriese a la totalidad de la herencia y no estuviera sometida a condición o término, sin que en este caso fuera preciso que tuviera lugar *nominatim*, que era requisito en los *sui* varones sometidos inmediatamente al poder del *decurius*, al ser una hija.

12 Según Partidas 6, 1, 1, desheredar consiste en «escluir de la herencia a aquel que por derecho le pertenecía». Los motivos para desheredar tienen que existir en el heredero, y no cabe aplicarle actuaciones de personas que son muy próximas, las cuales han incurrido en un motivo de desagrado para el testador. Recuerda Sala, siguiendo a Partidas 6, 7, 2, que los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes que estén en el primer lugar para heredarles *ab intestato*, cuya circunstancia debe entenderse en todos los que desheredan, si dieran justa causa, y fueren de edad de 10 años y medio a lo menos, pero la hija de Dominga García, Teresa Mayo, que reclama, no tenía más que nueve años al momento de hacer su padre el testamento.

la muerte del dicho Pedro Mayo no la abia podido dar¹³, y porque aun en tales términos el testador no la abia exheredado sino que la pretereo¹⁴ = y porque según derecho competia a la menor la *bonorum possessio unde liberi extra tabulas testamenti*¹⁵ de lo qual se ynferia y deducia por lexitima consecuencia el que el testamento debajo de cuya disposición abia muerto se debía irritar y era nulo¹⁶

13 Por lo que afecta al *status* personal, en el momento del otorgamiento del testamento, la presunta hija tenía nueve años de edad, y eso implicaba que había salido de la infancia, pero no había llegado a la pubertad, 12 años siguiendo la doctrina de los proculeyanos, e incluso no estaba próxima a esta última, de modo que teniendo capacidad jurídica, no tiene capacidad de obrar, por lo que sus actos no eran computados para el Derecho, y se le provee de un tutor. No obstante, los impúberes *infantiae maiores*, careciendo de responsabilidad penal, podían llevar a cabo actos jurídicos que mejorasen su condición, pero no los que la empeoren, como sería este supuesto de causa de desheredación: Inst. Gai 3, 83; D. 2, 14, 28 pr; Inst. Iust. 1, 21, pr y 1. Cf. TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p. 440, s. v. impúberes.

14 La *praeteritio* u olvido, consistía literalmente en dejar de mencionar a una persona que debió ser contemplada en el testamento, y para la repercusión en el mismo tenía que ser, según el Derecho civil, o un *suus* olvidado, que siendo hijo varón, implicaba la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, aunque los restantes *sui* daban lugar a un reparto de la herencia, y como indicamos, siendo la preterida una mujer y el instituido un extraño, la herencia se repartiría entre los dos por mitad.

15 El representante de la menor era consciente de la falta de sumisión al poder paterno de la hija Teresa, y por ello acude a otra institución del Derecho romano, pero de origen pretorio: la *bonorum possessio*, no *secundum tabulas*, sino pidiendo la nulidad del testamento, *extra tabulas testamenti* o *sine tabulis*, como si el difunto no lo hubiera ejecutado, ya que en el fundamento de la legitimación ante el magistrado no había consideración, en primer lugar, a los vínculos de agnación, sino a los de sangre o cognación, independientemente de la *patria potestas*. En este punto, la preterición de la hija, *suus*, daba lugar a que solicitara la posesión de caudal del difunto, sin que tuviera ninguna de las dos opciones del Derecho clásico, ya que no estaba viviendo con el *decius* en el momento de su fallecimiento, ni tampoco estaba instituida en algo de la herencia, sin que se le respetase la cuota o porción legítima que le correspondía en la sucesión intestada. En caso de *bonorum possessio contra tabulas*, que no se menciona en esta reclamación, no se anulaba todo el testamento, sino que permanecían algunas de sus cláusulas, como las desheredaciones, manumisiones, algunos legados o los nombramientos del tutor, haciendo que fuera ineficaz en lo que perjudicaba la cuota de los hijos. En la alegación se trata de la *bonorum possessio extra tabulis*, en cuyo primer grupo de personas con opción a recibir el caudal hereditario están los hijos, bajo la categoría *unde liberi*: Inst. Gai 3, 25; D. 38, 6, 8 y 11; Tit. ex corp. Ulp. 28, 7, mientras que en la tercera categoría entran los demás parientes de sangre hasta el sexto grado, *unde cognati*.

16 Se consideraba el *testamentum irritum* cuando nacía un heredero después de hecho el testamento, y esto podría aplicarse al caso, porque el difunto ignoraba la existencia de la hija legítima en el momento de redactar su testamento cerrado, lo que implicaba la ruptura del mismo, que quedaba inválido. Ya hemos indicado otro argumento legal utilizado: la *praeteritio* de una hija, que generaba su nulidad. Consecuentemente tenía lugar la caída del testamento, y por tanto la apertura de la sucesión intestada. El testamento podía romperse, en Derecho hispano, de varias maneras, por lo cual perdía su eficacia. En primer lugar, si el testador después de haberlo otorgado, tuviere algún hijo que quedase preterido. También porque a instancia de los herederos se acusa el testamento como inoficioso, es decir, hecho por los testadores contra la piedad o merced que debía guardar, bien porque es falsa la causa de la desheredación expresada por el testador, pero también si el testamento al instituir heredero a otra persona, «pretieren a sus descendientes, sin hacer mención de ellos, pues por lo mismo no valen nada, según Partidas 6, 8, 1, además de la nulidad de los testamentos que no expresan la causa de desheredación. El menor puede entablar la acción de impugnación del testamento a fin de que se rescinda durante

y del dicho subpuesto los legados y mandas que abia hecho abian sido nulos¹⁷ y por que la dicha Teresa Mayo era evidente y constante que el dicho Pedro Mayo siempre la abia tenido por hija suya legitima llamándole hija y ella a el padre¹⁸ por reconocer que quando Dominga Garcia mujer del dicho Pedro Mayo se abia ausentado del por los malos tratamientos que le hacia¹⁹ yba preñada en cinco mes²⁰ y respectivamente abia parido al tiempo preferido por la ley²¹ y que reconociendo el dicho Pedro Mayo la virtud de dicha su mujer repetidas veces abia ido a la villa de Madrid y estado en ella diferentes veces y abia acariciado a la dicha Theresa Mayo y en el ultimo viaje que abia hecho a la dicha villa de Madrid abia quedado ajustado con la dicha su mujer pusiese casa en la dicha ciudad de Zamora para llevarla y a su hija²² y por el accidente que le abia sobrevenido mortal no lo abia podido poner por execucion, como todo constaba de una ynformazion sumaria de que hacia presentación antel dicho teniente del correxidor con el juramento necesario hecha ante la Justicia ordinaria de la villa de Madrid, sin que tuviera credibilidad la cláusula testamentaria, pues «no podía ser creido ni era causa suficiente, le obstaba la probanza y esto por leyes del Reyno de Toro civiles y opiniones inconcusas de autores y doctores practicos».

un término de cinco años, como en Derecho romano, salvo que sea menor, como era Teresa Mayo, que puede hacerlo durante su menor edad y cuatro años después. Partidas 7, 8, 4.

17 Si el testamento carecía de institución de heredero, que era *caput et fundamentum totius testamenti* hasta Justiniano, Inst. Gai 2, 229, o la institución era nula, o el testamento era inválido, por ser *testamentum iniustum*, al carecer el testador de capacidad o *testamenti factio*, o *testamentum irritum*, a lo que nos hemos ya referido, o *testamentum imperfectum*, o incluso si hay heredero voluntario y resulta el *testamentum desertum* o *destitutum*, caída la institución de heredero, en Derecho clásico, se producía la caída del resto del testamento, y se abría la sucesión intestada, que es lo que se indica con esa alegación.

18 Una de las varias pruebas que permiten desde el Medievo acreditar la paternidad se conoce con el término «*tractatus*», y a ella se remite el representante de la hija legítima.

19 El representante de la menor trata de probar que la conducta de la madre, dejando en el domicilio al marido, no fue originada por un proceder inapropiado e injustificado de la misma, sino provocado por la conducta ilícita, injusta y gravemente perjudicial para ella del marido a causa de los «malos tratamientos» que le dispensaba, y motivo suficiente de separación conyugal, la que se conocía en la antigua terminología canónica como «sevicias».

20 Es un dato de la gestación muy importante, para acreditar que la concepción de la hija se produjo *constante matrimonio*, e incluso había seguido manteniéndose la convivencia conyugal durante cinco meses durante el período de gestación antes del alumbramiento, por lo que no había duda de la paternidad biológica del marido, y respecto de la condición de hija legítima en la descendiente.

21 Como hemos señalado anteriormente, aunque en los autos no se explicita ese plazo, desde el Derecho romano, pasando por Partidas, es legítimo el hijo nacido de los esposos entre los 180 días después de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución o muerte del marido, lo que se traduce en el nacimiento después del séptimo mes de embarazo, para los prematuros, o antes del undécimo mes, para los casos más tardíos, sin perjuicio de los pronunciamientos puntuales de los jueces al examinar cada caso.

22 Uno de los medios de prueba de la legitimidad es la «fama» o común opinión entre las personas que viven en la vecindad de los padres y descendiente, reafirmando su legitimidad de origen, por el trato que recibe la criatura y esta les dispensa. Los canonistas y civilistas clásicos refieren los medios de prueba con tres términos: *nomen, tractatus et fama*.

Con todo ello, venía a demostrar la nulidad del testamento, y siendo lícito al padre, el llevar a cabo aquellas disposiciones a título particular en el testamento, «no abia podido gravar la legitima del hijo en mas cantidad que la que le abia permitido el derecho, superando ampliamente los legados hechos»²³, además de alegar falta de capacidad del testador, o *testamenti factio* activa, requerida para cualquier acto jurídico válido, porque el difunto, en el momento de otorgarlo, afirmaba que en un cofre personal había trescientos ducados en doblones, pero abierto el cofre no se encontraron más que 32, lo que demostraba, desde su punto de vista, la ausencia de requisitos mentales, a fin de otorgar válidamente el testamento.

La sumaria madrileña, tendente a probar la condición de hija legítima de Teresa Mayo, a la que se alude, fue hecha ante el teniente de corregidor madrileño, licenciado Juan Gonzalez de Lara, oidor de la audiencia y chancillería, por auto fechado el 31 de agosto de 1667,

Por la qual dicha información sumaria consta que la dicha Dominga Garcia muger que fue del dicho Pedro Mayo y madre de la dicha Theresa salio preñada de cinco o seis meses quando salio de la dicha ciudad de Zamora de con el dicho su marido y pario en la dicha villa de Madrid a la dicha Theresa Mayo y otras cosas...

Después de haber dado traslado de dichos documentos a las otras partes interesadas, por parte de la madre y curadora de Lucas Cabrero, heredero universal testamentario del citado Pedro Mayo, se presentó un escrito, con fecha de 6 de octubre, de 1667, pidiendo que, a pesar de lo anterior, se declarase como firme y valedero el testamento, «imponiendo perpetuo silencio a la parte de la dicha Theresa Mayo, declarando en casso necesario el que la susodicha no era hija legitima del dicho Pedro Mayo por decir que estando el susodicho casado con la dicha Dominga Garcia en la dicha ciudad de Zamora la susodicha se abia ausentado de con el dicho su marido abia mas de onçe años sin saber donde estaba y porque estando ausente el dicho su marido y

23 Se trata de un principio sucesorio, proveniente del Derecho romano, según el cual, no solamente ha de contemplarse a los herederos *sui* en el testamento, sino que ha de asignárseles una cuota, que es la legítima, porque si no les adjudicaba una porción de bienes se entendía que faltaba al deber de afecto u *officium pietatis*, o que no estaba en su sano juicio, *sub colore insanitiae*. Dicha situación permitía ejercitar la *querella inofficiosi testamenti*, para conseguir su nulidad, en derecho clásico, y abrir la sucesión *ab intestato*, aunque más tarde se creó la *actio ad supplendam legitimam*, que aquí no tendría lugar, por *praeteritio*, y la existencia de esas disposiciones patrimoniales del difunto a favor de extraños, originaba que se redujeran hasta respetar la legítima. En Justiniano, al ejercitar la *querella inofficiosi testamenti*, bien por *praeteritio* o desheredados sin justa causa, si prosperaba, se conseguía la nulidad del testamento y procedía la apertura de la sucesión intestada, manteniendo los legados, que se reducirían hasta respetar la *portio legitima*, los nombramientos de tutores y las manumisiones.

sin haberla visto ni sabido de ella había concebido a la dicha Theresa con que era parto adulterino subpuesto y fingido²⁴ a fin y efecto de defraudarle al dicho Lucas Cabrero los bienes y herencia que le había dejado el dicho difunto por el testamento», reafirmando, además, que el testador estaba en su juicio y entendimiento natural en el momento de otorgarlo como lo acreditaban los testigos y el escribano,

el qual había declarado había estado ausente la dicha Dominga Garcia de su casa y compañía por tiempo de once años sin haberla visto ni sabido donde estaba con que era incierto que la dicha Theresa Mayo fuese hija legítima del dicho Pedro Mayo por no hallarse mas que con nueve años de edad y haber declarado el difunto no dejar hijos legítimos y mas siendo un hombre tan conocido por si y sus ascendientes que todos habían sido naturales de La Puebla de Sanfrontes buen cristiano temeroso de Dios y de su conciencia y no había de querer ni permitir que sucediesen los extraños en sus bienes prefiriéndolos a su propia y legítima sucesión de que resultaba que el no haber hecho mención de la dicha Theresa no había sido por vía de exheredación ni preterición sino una justa declaración de lo que estaba sucediendo cerca del matrimonio y ausencia de su mujer y no obstaba la información que se había hecho en la villa de Madrid por el curador de la dicha Theresa porque había sido sin citación de parte legítima y no se le debía dar crédito alguno.

Argumentó, en sentido contrario, la parte de Dominga García, a favor de su hija Teresa, afirmando que dicho razonamiento de la falta de correspondencia entre la data de ausencia, que afirmaba el marido, y la edad de la hija,

24 La argumentación está basada en presunciones, a partir de la cláusula testamentaria en la que el *decius* afirma que no tiene hijos, y que la madre se ausentó de Zamora hacía once años, cuando la hija tenía solamente nueve. Acude entonces a tres presunciones: 1. Es hija de un adulterio, porque la madre estaba casada legalmente, y su relación sexual tenía esa calificación jurídica, ya fuera el hombre libre o casado. 2. Es un parto fingido, porque no hubo tal hija legítima, a la que ahora se atribuye la paternidad de Pedro Mayo, para evitar esta situación, en Roma existió el edicto *de inspiciendo ventre*, como control de la veracidad del embarazo y del parto, y a ello se refiere D. 25, 4, con objeto de asegurar la certeza de la maternidad, y 3. Es un parto supuesto, que fue en Derecho romano un crimen, encuadrado en la ley Cornelia de falsis del 81 a. C., tal como indica Macer en D. 48, 2, 11, 1 y reitera C. Iust. 9, 22, la *suppositio partus*, porque la mujer de este último nunca estuvo embarazada, y presenta como hija a una que no es tal, a fin de alterar dolosamente las reglas de sucesión, incluso las previsiones de un testamento y las bonorum possessiones. No solamente era perseguido por las consecuencias que producía en la herencia, sino por faltar gravemente a la verdad, *fides veritatis*, repercutiendo en el *status* del sujeto. Estas situaciones fueron contempladas en Derecho romano, especialmente para los casos de divorcio, a través del SC Planciano y otro posterior, uno de la época de Vespasiano y otro de tiempos de Adriano. D 25, 3, 1 pr y D. 25, 3, 3, 3, ambos fragmentos de Ulpiano, de modo que la mujer, divorciada, que creía estar embarazada estaba obligada a comunicarlo al marido o a su *paterfamilias*, en los treinta días posteriores al divorcio, pudiendo el marido enviar *custodes* para que certificaran que era verdad el parto o hacer saber a la mujer que no tenía embarazo. Si el marido no ejecutaba ninguna de estas cosas, estaba obligado a reconocer el parto.

no era tal, facilitando fechas del momento de su viaje a Madrid, en septiembre de 1658, con ocasión de su separación de hecho, interrumpiendo la convivencia marital, mientras el testamento se otorga en 1667²⁵, de modo que había plena coincidencia de fechas entre el embarazo, *constante matrimonio*, y el alumbramiento de su hija.

Además, porque en caso de duda, se produce el *favor matrimonii*, y de la hija menor, aparte de insistir en la falta de capacidad del testador, y en las normas de Derecho patrio en las que se probaba la falta de credibilidad a ciertos testimonios del difunto, en contra de la legitimidad de los hijos, así como de los plazos legales previstos para una gestación natural, sin olvidar la vida honesta que tuvo la madre durante ese tiempo de separación del marido, a tenor de la sumaria que se había confeccionado judicialmente en la Villa y Corte²⁶.

Dado traslado del escrito, a la parte de Lucas Cabredo, este insiste en su argumentación, según la cual «la dicha Theresa Mayo no era hija legítima del dicho Pedro Mayo ni estaba bautizada en ninguna de las yglesias de la villa de Madrid con nombre de hija suya y debía aber sacado fee autenticada del bautismo en que se declarasen sus padres por lo qual no podía ser hija del susodicho y ansi lo abia declarado en el dicho testamento debajo de cuya disposición abia muerto».

Puesto que había negado credibilidad a la sumaria presentada por parte de Teresa Mayo, este heredero testamentario pidió requisitoria a Madrid, para

25 «Según las razones que la parte contraria daba a entender consistía su justicia en que el testador decía que abia once años que la dicha Dominga Garcia madre de la dicha Teresa Mayo abia que faltaba de su compañía haciendo argumento de que no teniendo la dicha Theresa Mayo mas que nueve años no se debía presumir fuese hija legítima del dicho Pedro Mayo a que se satisfacía con que como estaba probado y se probaría lo cierto era que por el tiempo que la dicha Dominga Garcia se abia ausentado de con el dicho su marido abia sido por el septiembre del año pasado de milo seiscientos y çinquenta y ocho, y entonces abia ydo preñada en cinco meses del dicho su marido y respectivamente abia parido a los nueve meses a la dicha Theresa// Mayo en la villa de Madrid».

26 «Y como se abia engañado en la cantidad de los doblones también se abia engañado en el tiempo de la ausencia de su mujer y porque la declaración del testador contra el hijo por expresa ley de la Partida no hacia fee ni prueba para poder desheredarle ni le dañaba en cosa alguna ni se le debía dar crédito y además de la dicha ley procede por la glossa gregoriana y expositores de ella y algunos de las de Toro... y porque era tan favorable la ley de la Partida a favor de la dicha menor que decía que aunque la mujer declarase no ser hijo de su marido el póstumo o postuma no debía ser creida: Y porque sin que pudiese aber razón de duda para la legitimazion se debía considerar y atender el tiempo de la conception computándolo con el parto y aun en tal caso es tan favorable al Sacramento del matrimonio que prorroga el término natural para el amparo de la viuda que se hallaban gravadas o decían lo estaban despues de la muerte del marido para el amparo de los vienes y herederos maiormente en el caso presente que convenia el parto con la genitura sin violencia de ley = Y porque la dicha Dominga Garcia en el tiempo que estuvo ausente de su marido siempre vivía y a vivido honrosa y recojidamente y por dicha razón el susodicho la comunicaba y comunico quando yba a la dicha villa de Madrid».

que la justicia examinase, por sí misma, nuevos testigos, sin encomendarlo a escribano alguno. A resultas de las nuevas actuaciones judiciales, se presentó en dicho pleito la fe de bautismo de dicha Theresa Mayo, signada por Manuel Portillo, escribano, cuyo tenor literal es el siguiente:

Yo Manuel Portillo escribano del rey nuestro señor residente en su Corte y provincia en el oficio de Manuel Narváez Aldana, doy fee y verdadero testimonio a los que el presente vieren que oy dia de la fecha de este el padre fray Manuel de Possada teniente de cura de la parrochial de San Martin de esta villa de Madrid exivio ante mi un libro intitulado de bautismos de dicha parrochia que empieza en el mes de febrero de 1659, en el qual al folio seis ay la partida del thenor siguiente = En la villa de Madrid a veynte y uno de febrero de mil y seiscientos y cinquenta y nueve yo fray Matheo de Gamarra prior mayor y teniente cura de san Martin bautice a Theressa de la Concepcion hija de Domingo Moreno y Beatriz Garcia Gutierrez su mujer nacio a tres de febrero calle de La Corredera de San Pablo en cassas de Quincoces fueron padrinos Francisco Manuel de Castellanos y Cathalina Jimenez, fueron testigos Joseph Vayon y Francisco Feijo y lo firme = fray Matheo Gamarra.

Habiéndose alegado por las partes, se dio el pleito por concluso, y el teniente de corregidor de Zamora dio el fallo o sentencia definitiva, negando la condición de hija legítima a Teresa Mayo, dada la discordancia de nombres con la partida de bautismo, y la mera testifical elaborada en Madrid, por lo que declaró como heredero universal a Lucas Cabrero, instituido como tal en el testamento, por el causante Pedro Mayo:

En el pleito que es entre partes de la una Diego de la Fuente escribano del numero de esta ciudad poder habiente de Manuel Martinez como curador del nº de la villa de Madrid curador *ad litem* de la que se dice Theressa Mayo y de la otra Maria Antonia madre y curadora de Lucas Cabrero su hijo, heredero de Pedro Mayo difunto, vecino que fue de esta ciudad y sus procuradores en sus nombres visto etc. = Fallo atento los meritos y autos de este proceso a que me refiero que debo de declarar y declaro que la parte de la dicha Theresa Mayo no probó su acción y demanda ni legitimo su persona como a su derecho convino doylo por no probado y que la parte del dicho Lucas Cabrero probó sus excepciones y defensiones y lo demás que probarle convino doylo por bien provado en consecuencia de lo qual debo de declarar y declaro por bastante el testamento que otorgo el dicho Pedro Mayo... y absuelvo a la parte del dicho Lucas Cabrero de lo pedido y demandado por la de la dicha Theresa Mayo a quien condenno en perpetuo silencio y por esta mi sentencia difinitiva juzgando asi lo pronuncio y mando sin costas. Lizenciado don Antonio de Ponte.

Dicha sentencia fue pronunciada en Zamora, el 31 de julio de 1668, pero fue apelada por parte del dicho Manuel Martínez, como tal curador de Teresa

Mayo, ante la Real chancillería de Valladolid, con nombramiento de los respectivos procuradores, uno de los cuales representa a «Maria Antonia viuda de Juan Cabrero vecino que fue y soy de la Puebla de San Frontes arrabal y extra ponte de esta ciudad de Zamora²⁷, en defensa de la herencia de Lucas Cabrero, su hijo», como apelada. Después de los escritos de alegaciones, la sala vallisoletana acordó que como los testigos de la sumaria afirmaban que la dicha Teresa Mayo era hija legítima y natural del dicho Pedro Mayo y de Dominga Garcia, su mujer, acordó un auto en relaciones, con fecha de 22 de febrero de 1672, estando el pleito ya concluso, para mejor proveer, librando un exhorto a la villa de Madrid, para que la justicia ordinaria de dicha villa, «por su persona y sin cometer», tomase su declaración, ante escribano, a Dominga Garcia²⁸.

Se confió dicha toma de declaración al licenciado Francisco de Zárate Ladrón de Guevara, teniente de corregidor madrileño, aunque la llevó a cabo Luis de Cañas, oidor, y teniente de corregidor madrileño, el 24 de septiembre de 1674:

Y aviendosele tomado juramento a la dicha Dominga Garcia en forma de derecho declaro que la dicha Teresza Mayo era su hija legitima y del dicho Pedro Mayo avida y procreada durante el matrimonio y que el averse ausentado de con el susodicho avia sido por la mala vida que le dava = y que el averla puesto Teresa de la Concepcion y dadola diferentes padres avia sido por temor de que el dicho Pedro Mayo no viniese en conocimiento de que la dicha Dominga Garcia residia en la dicha villa de Madrid.

La sala de lo civil de la Real chancillería de Valladolid, a 13 de junio de 1676, pronunció, en vista, la sentencia definitiva, integrando la sala los

27 Se trata del barrio de San Frontis, dentro del término urbano de Zamora, en la salida para Fermoselle, del otro lado del río Duero.

28 «Al tenor de la ynformazion que se le entregaría firmada del licenciado D. Luis de Cañas y Silva oidor que fue en la dicha nuestra audiencia y chancilleria (Había tenido título de oidor con data del 22 de agosto de 1664, era caballero de la orden de Calatrava y dejó el tribunal vallisoletano en junio de 1677, para irse como fiscal del Consejo de Guerra, aunque luego sería miembro del Consejo de Órdenes: DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo Civil...*, o. c., p. 124, nn, 244-245) y «hecha la remitiese al escribano de cámara de la chancillería de Valladolid y de la causa». La necesidad de tomar, en ese momento, declaración a la madre de la presunta hija legítima, que no ejecutó el juez de primera instancia, Antonio Ponte, explica el contenido singular del auto, que dicta la Real chancillería, librando el exhorto para que se ejecute ahora, en trámite de segunda instancia, durante la apelación: «y se se sacasen al licenciado D. Antonio Ponte veinte ducados en que se le multava aplicados para la nuestra cámara y gastos de justicia por mitad».

licenciados Manuel González Tellez²⁹, Joseph Portocarrero y Silva³⁰ y Alonso Suárez y Zúñiga³¹, quienes declaran:

Fallamos que el licenciado D. Antonio de Aponte teniente de corejidor de la dicha ciudad de Zamora que deste pleito y causa conocio en la sentencia difinitiva que en el dio y pronuncio en treinta de junio del año pasado de mil y seiscientos y sesenta y ocho de que por parte de el dicho Manuel Martinez y su menor fue apelado juzgo y pronuncio bien por ende debemos de confirmar y confirmamos su juicio y sentencia de el dicho teniente de correjidor en todo y por todo según y como en ella se contiene la que mandamos sea llevada a pura y devida execucion con efecto... asi lo pronunciamos y mandamos.

Habiéndose suplicado por la parte del curador de Teresa Mayo, argumentando de nuevo que la dicha Teresa Mayo

Era hija lexitima y natural de los dichos Pedro Mayo y Dominga Garcia su mujer, los quales estando casados y velados yn facie eclesie y haciendo vida maridable// la avian enjendrado y porque estando preñada la dicha Dominga Garcia por los malos tratamientos que el dicho Pedro Mayo la hacia se avia ausentado y del dicho preñado avia nacido la dicha Teresa Mayo y antes de dicha ausencia siempre avian hecho vida maridable sus padres y desde que se casaron hasta que la dicha Teresa Mayo avia sido concebida y algunos meses despues no se avian apartado y porque la dicha Dominga siempre avia vivido con mucho recato y onestidad y por sus propios medios se avia acomodado a servir en casas de personas muy onradas y de toda su posición solo por guardar la fe y lealtad devida al matrimonio.

29 Se trata del eminente canonista salmantino, colegial en el Mayor de Cuenca, licenciado en Cánones en 1648 y doctor por la misma Facultad al año siguiente, desempeñando la cátedra mayor de Decretales, en 1655, de donde pasó a la de propiedad de Sexto, y luego a una de Vísperas de esa Facultad, en 1657. Promovido a fiscal de la Inquisición de Valladolid, pasó a ser miembro de la Suprema, cargo que ostentaba cuando fue nombrado presidente de la Real chancillería por título de 18 de diciembre de 1674, tomando posesión en enero de 1675, y acudiendo con su excepcional biblioteca a la capital del Pisuerga. El 17 de marzo de 1677 dejó Valladolid, porque en noviembre del año precedente se le promovió a consejero de Castilla. Fue uno de los más relevantes en Europa durante el siglo XVII, y es autor de un Comentario completo, muy erudito y práctico, a las Decretales, ampliamente utilizado durante su centuria y la siguiente. Vid. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. II. Maestros y alumnos más distinguidos*, Salamanca, F. Núñez, 1917, p. 570; MARTÍN POSTIGO, M. de la S., *Los presidentes de la Real chancillería de Valladolid*, Valladolid, Institución cultural Simancas, 1982, pp. 84-86.

30 Sucedió como juez en la Real chancillería a Juan Cid Feijoo, y tuvo su nombramiento de oidor el 26 de julio de 1675, con posesión el día 30 del mismo mes y año, desempeñando esta tarea hasta 1679, que se le nombró alcalde de Casa y Corte. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los odores de las Salas de lo Civil...*, o. c., pp. 95-96, n. 174.

31 Era fiscal de la Chancillería vallisoletana, desde el año 1672, recibiendo el título de oidor del tribunal el 1 de julio de 1674, tomando posesión el día 10 inmediato posterior, y jubilándose el año 1683. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los odores de las Salas de lo Civil...*, o. c., p. 114, n° 219.

El procurador de Dominga García, madre de Teresa Mayo, insistió en otros aspectos de las declaraciones anteriormente presentadas en su información, por su representada, que no es preciso reiterar, aunque añadió con mayor énfasis, en su deposición ante el comisionado, en el argumento fundamental para su causa, que era la presunción legal de paternidad por el tiempo de la gestación, atendiendo al período de la concepción:

Y caso negado que fuera convezida de adulterio la dicha Dominga Garcia que no hace, aviendo salido preñada de parte del dicho su marido siempre se podría presumir ser su hija legitima del dicho Pedro Mayo y de dicha Teresa Mayo conforme a derecho porque el dicho Padro Mayo la avia reconocido por tal estando en la dicha villa de Madrid e la avia agasaxado e acariñado como a tal con demostraciones paternales la avia dado una oja de plata y porque la fe del bautismo presentada por su parte era cierta y verdadera la causa de averse puesto en ella Teresa de la Concepcion y no Teresa Mayo avia sido por temor de que el dicho Pedro Mayo no viniese en conocimiento de la dicha Dominga Garcia su mujer estaba en la dicha villa de Madrid y llevado de su mal natural ejecutase en ella sus amenazas y efectos de su mala condicion y que se le escluya qualquiera presunzion que en contrario se quisiese tomar por la correspondencia del tiempo en que avia nacido la dicha Teresa Mayo al tiempo en que avia salido preñada de poder del dicho su marido la dicha Dominga Garcia.

A la vista de todas las argumentaciones presentadas, documentos aportados y testificales de ambas partes, así como la confesión de la presunta madre de Teresa Mayo, el tribunal castellano pronunció la sentencia de revista, revocando el fallo anterior del juez de primera instancia zamorano y el de vista de una sala de lo civil de la Real chancillería vallisoletana, reconociendo la condición de hija legítima en Teresa Mayo, cuyo padre por presunción legal del matrimonio era Pedro Mayo, y consecuentemente la declara heredera universal del difunto, haciendo caer la institución de heredero, contenida en el testamento otorgado por el citado progenitor, y reduciendo los legados hasta el quinto de libre disposición del *deuius*:

Fallamos que la sentencia diniftiva en este pleito dada y pronunciada por el presidente y algunos de los oydores de esta Real audiencia y chancilleria del Rey nuestro señor de que por parte de la dicha Teresa Mayo fue suplicado es de enmendar y para ello atento los nuevos autos ante nos hechos y presentados en este grado de suplicazion la debemos de revocar y revocamos en todo y por todo según y como en ella se contiene = Y haciendo justicia declaramos por ninguno y de ningún balor ni efecto el testamento en este pleito presentado otorgado por Pedro Mayo vezino que fue de la dicha ciudad de Zamora en 4 de julio de 1667 ante Baltasar Lachan de Robles, escribano del numero de la dicha ciudad en quanto a la ynstituzion de eredero que en el hiço a favor de Lucas

Cabrero su primo = Y asimismo declaramos a la dicha Teresa Mayo alias de la Concecion por hija lexitima del dicho Pedro Mayo y Dominga Garcia su mujer y como a tal tocarla y pertenecerla todos los vienes y hazienda que quedaron por fin y muerte del dicho Pedro Mayo su padre y mandamos se le entreguen todos ellos sin desquento alguno: excepto lo que ynportare el funeral, missas y legados que cupieren en el quinto y por esta nuestra sentencia difinitiva en grado de revista asi lo pronunciamos y mandamos. Licenciado D. Pedro Gomez del Rivero³². Licenciado D. Miguel Santos de León³³. Licenciado D. Alonso de Vivero Suarez y Zúñiga. Licenciado D. Ysidro Camargo³⁴. Licenciado D. Francisco Galvez³⁵.

Esta sentencia fue pronunciada en Valladolid, el 7 de septiembre de 1677, y el mismo tribunal emanó una ejecutoria, pedida por la parte de Teresa Mayo, que se expide a 23 de diciembre de 1677.

Estos hechos muestran la importancia de un sistema jurídico en el que se han previsto las situaciones ordinarias de adquisición de la condición de hijo, y correspondientes deberes de su generante, tanto en el matrimonio como fuera del mismo³⁶, comenzando con la presunción legal, en justas nupcias, según la cual el hijo es del marido, si nace dentro del plazo legal previsto.

32 Había sido previamente juez de la audiencia de grados de Sevilla, y tuvo título de oidor en el tribunal vallisoletano con data del 20 de septiembre de 1661, tomando posesión el 25 de julio del mismo año. Aunque Cilia Domínguez afirma que tuvo el cargo hasta 1667, es evidente que lo era en 1677. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo civil...*, o. c., p. 56, nº 78.

33 Siendo alcalde del crimen de la Chancillería de Valladolid, recibió el nombramiento como oidor en el mismo tribunal, con data del 23 de julio de 1677, tomando posesión el 28 de dicho mes y año. Fue mayordomo de pobres y llegó a ser oidor decano, hasta su óbito, que se produjo el 23 de enero de 1695. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo Civil...*, o. c., p. 124, nº 245.

34 Era alcalde del crimen de la Chancillería de Granada, y fue nombrado oidor de la chancillería de Valladolid con título de 11 de octubre de 1676, tomando posesión el 12 de diciembre. Era caballero de la Orden de Alcántara, y en 1676 fue promovido a alcalde de Casa y Corte. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo Civil...*, o. c., p. 102, nº 192.

35 Había sido colegial en Los Verdes de San Pelayo de Salamanca, y más tarde lo fue de Santa Cruz en Valladolid, en octubre de 1654, con 28 años, habiéndose graduado como bachiller en Cánones en el Estudio salmantino, el 20 de abril de 1651, pero posteriormente, en la Universidad del Pisuerga, fue también bachiller en Leyes, el 26 de abril de 1655, opositando a diversas cátedras de la Universidad del Tormes, además de ejecutar sustituciones en diferentes cátedras, como lo hizo en el Estudio de Valladolid, con las cátedras de Vísperas y Prima de Leyes. El 30 de enero de 1664 fue nombrado alcalde de hijosdalgo de la Real chancillería vallisoletana, y el 8 de julio de 1672 se le promovió a oidor en el mismo tribunal. El 13 de noviembre de 1679 pasó a fiscal de Millones del Consejo de Hacienda, y en octubre de 1684 se le ascendió a oidor del Consejo Real de Castilla, falleciendo en agosto de 1686. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo Civil...*, o. c., p. 84, nn. 146-147.

36 No entramos en estas páginas al examen de las acciones de estado en la filiación, porque excede de nuestro objetivo. Recordaremos que los dos Senadoconsultos, uno bajo Vespasiano, SC Planiciano, y otro en tiempos de Hadriano, tuvieron como objeto el reconocimiento del hijo que tiene en su seno la viuda, cuando fallece el marido, y por ello se fijan garantías de nacimiento y adscripción al difunto; en el segundo, se trata del hijo nacido durante el matrimonio. Vid. por todos, LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle axioni di stato nella filiazione in Diritto romano. I. L'agere ex Senatusconsultis de partu*

Si el presidente del tribunal vallisoletano, que sentenció en vista, fue el canonista González Téllez, resulta de interés que se tengan presentes sus reflexiones, al comentar la Decretal X 2. 19, 10, a propósito de la cual aporta una «*conclusio*», deducida directamente del precepto³⁷, y que era comúnmente asumida por los juristas: «*Filiatio legitima probatur per nominationem parentum, et non creditur illis contrarium postea asserentibus, etiam cum iuramento*»³⁸.

El jurista recuerda que hay una doble prueba de la filiación: la que conoce como *vera et certa*, y otra, presunta. La primera, «*tantum datur ex parte matris, cum evidenter probari possit illum ex illa natum fuisse*», mientras «*praesumpta vero est ex parte patris, cuius ratione filiatio testibus clare probari non potest*», aportando testimonios de la antigüedad: «*nullus est, qui certo possit affirmare se esse filium eius, cuius iactatur esse*». Consecuentemente, la filiación se prueba mediante conjeturas y presunciones, que surgen de diversos indicios y causas, pasando a exponer las que son fundamentales en este ámbito. Inicia su discurso por la *praesumptio iuris*, aunque comete el grave error de juzgarla *iuris et et iure*:

A iure nascitur praesumptio, si filius domi natus sit ex uxore, cum qua maritus cohabitabat; creditur enim ipsius filium esse, quae praesumptio iuris et iure adeo efficax est, ut non admittatur probatio in contrarium... Immo, etsi legitime probetur uxorem adulteram fuisse, et eo tempore, quo concepit, habuisse consuetudinem cum adultero, adhuc mariti cum ea conhabitantis, non vero adulteri filium praesumi oportet... immo etsi mulier ipsa profiteatur filium illum ex adulterio concepisse, fides illi non adhibetur... quia negatio parentis iuris praesumptionem mutare non potest... non illi creditur in praeiudicium tertii... Accedit quia mater non potest praeiudicare illis, quibus in probanda filiatione per huiusmodi praesumptionem ius quaesitum est... unde infertur, huiusmodi

agnoscendo. Pubbl. della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Modena, Bologna, Zanichelli, 1953; DECLAREUIL, J., *Paternité et filiation légitimes. Contribution a l'histoire de la famille légale à Rome*, en Mélanges P. F. Girard, t. I, París, Arthur Rousseau, 1912, pp. 315-352; BARRIÉ, A.-M.-A., *De agnoscendis et alienis liberis*, D. 25, 3, París, Vinchon, fils et suc. de M. V. Ballard, 1855, p. 3. Sobre la prueba de la filiación legítima, *ibid.*, pp. 15-16; ROSSI, R., *Le azioni relative allo stato di figlio. Presunzione di paternità. Azioni di reclamo e di contestazione dello stato dei giglio. Dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità. Azione di disconoscimento della paternità. Impugnazione del ricognoscimento*, comentando la ley n. 219/2012, Milano, Giuffrè, 2014.

37 GONZÁLEZ TÉLLEZ, M., *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX*, t. II. *Complectens librum secundum. Additis notis uberioribus ab Historia et Chorographia*, Lugduni, sumpt. L. Arnaud et P. Borde, 1673, pp. 369-374.

38 No obstante su contenido, el catedrático salmantino sostiene: «*haec assertio difficilis valde red-ditur sequentibus iuris principiis. Primum nascitur ex eo, nam filiationis probatio impossibilis est, D. 35, 1, 83, nec nominatio per se, aut reputatio filiationem probat... Secundum nascitur ex eo, quia deponenti in iudicio cum iuramento prius credendum est, quam cum simplici assertio*».

*filium etiam in foro conscientiae non teneri credere matri asserenti filium non esse susceptum ex proprio marito, et suadenti, ut a bonis, successione vel maioratu se absteineat, vel ut alii restituat, qui sit filius... confessionem matris filio non nocere. Facit etiam, nam mater est singularis testis, et deponit de propria turpitudine, unde ei credendum non est*³⁹.

2. PRESUNCIÓN LEGAL O *PRAESUMPTIO IURIS*

Donatuti⁴⁰, que ha dedicado diversos estudios a las presunciones en Derecho romano, no duda en sostener el doble valor de las *praesumptiones iuris* dentro del ordenamiento: inicialmente, como un medio para el desarrollo del derecho sustantivo y, posteriormente, como recurso procesal en la fase de las pruebas⁴¹.

Nos interesa especialmente el primer planteamiento, ya que en ese ámbito surgió la *praesumptio paternitatis* en el matrimonio legítimo, a tenor de las fuentes, aunque el texto que refiere la regla venga dentro de la prohibición que tiene el hijo para instar una acción judicial contra el padre sin autorización del magistrado.

Aunque Fachineo afirma que las presunciones *iuris* son «*liquidissimae probationes*»⁴², a causa de su fácil interpretación, indiscutible alegación y rápida aplicación, y Molfesio⁴³ recuerda que no pueden contravenir lo dis-

39 Luego examina el caso del hijo nacido de la concubina que mantenía en su casa, sobre lo cual hay duda en la doctrina, donde cesa la presunción, porque falta el *favor matrimonii*. Luego trata de otros medios de prueba de la filiación: la *nominatio*, el *tractatus*, y la fama. Y todas juntas, con el nacimiento en la casa conyugal, hacen que se defienda la paternidad del marido: *probatio filiationis impossibilis non est, sed difficilis... praesumptiones iuris liquidissimae probationes dicuntur... sufficit ut ipsa probatio fiat per praesumptiones et coniecturas legitimas, qualis est illa, quae refertur in dicta lege filium cum similibus*³⁹.

40 Entre otros estudios, tienen especial alcance en esta materia, DONATUTI, G., *Le praesumptiones iuris in Diritto romano (loro origine)*, en *Annali Perugia* 42 (1931) 1-112; reimpr. en *Studi Donatuti*, a cura di G. Grosso, vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 421-532; id., *Le «praesumptiones iuris» come mezzi di svolgimento del Diritto sostanziale romano*, en *RDPr* 3 (1933) 161-206.

41 Una mínima bibliografía sobre las presunciones, especialmente referente a la presunción de paternidad, para la Edad Moderna, con indicación de las fuentes del *Ius Commune*, vid. FINA, Io. Donato a; sangrensi, *Enchiridion conclusionum et regularum utriusque iuris, cum apliationibus et limitationibus*, Venetijs, apud P. meietum, 1582, p. 202: s. v. *praesumptio*.

42 FACHINAEI, Andreae, *Controversiarum opus*: in quatuor tomos sectum, ed. postrema, Lugduni, sumptibus Horatii Cardon, 1609, col. 2133.

43 MOLFESIO, A., *Tractatus de utraque hominum dispositione inter vivos et in morte, sive compendiosa praxis contractuum, ultimarum voluntatum et de sepulturis*, Neapoli, ex typ. L. Scorigii, 1622, p. 157: *Praesumptio iuris non porrigitur ad id, quod iure fieri non potest*, como la donación entre esposos.

puesto por una regla positiva, el jurista de la Edad Moderna, que mayor atención dedicó a la materia, fue Menochio⁴⁴, quien alude a su etimología, y a su distinción con los indicios y las conjeturas⁴⁵.

Comienza su tratado monográfico dividiendo la presunción en tres grupos: «*nos dividimus praesumptionem: una sit iuris et de iure, altera iuris tantum, tertia vero hominis. Quae quidem divisio convenire videtur in multis saltem cum illa Quintilliani, qui dixit, praesumptionem aliam esse necessariam, aliam credibilem, aliam non repugnantem*», según que se deduzca de hechos probables o necesarios, incluyendo en el primer supuesto tanto las presunciones *iuris tantum* como las presunciones *hominis*.

La *praesumptio iuris et de iure*, «*quam necessariam appellare possumus, et hanc violentam, vel violentissimam nostri appellant, ducitur vel a naturalibus principiis vel ab humanis*», p. ej. el hombre que tiene cortada la cabeza, se presume que murió violentamente, de tal manera que «*lex ita praesumit, ut verum illud esse statuatur, contrariumque probari non posse decernat. Nam legis auctoritas hoc certum esse facit, non ab evidentia rei, non a ratione ducta, sed ab auctoritate credibili appellatur*»⁴⁶.

La segunda categoría, «*dicitur probatio verisimilis artificialis, quam nostri praesumptionem iuris appellant, cum aliquibus positis verisimiliter atque ita probabiliter, non autem necessario sequitur, quod intendimus*», mientras que al tratar de la *praesumptio hominis*, comienza por señalar que, a diferencia de las precedentes, «*nullo iure confirmata reperitur*», dado que «*non praesumptiones has, quas homo facit, potuit lex approbare, cum variae multipli-*

44 MENOCHIO, Jac., papiensis, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis, commentaria*, in sex distincta libros, t. I, Venetiis, apud haer. Hier. Scoti, 1603, pp. 4 y ss.

45 «*Praesumptio dicta a dictio prae, id est, ante et sumptio, hoc est ante sumptio, quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero. Indicium vero solum nascitur a probabilibus, ait Baldus. Est indicium coniectura ex probabilibus et non necessariis orta. Indicium interdum appellatur praesumptio. Est indicium nota quaedam et demonstratio rei gestae. Coniectura est, quae nascitur a probabilibus, sicut et indicium. Ego existimo coniectura sit de re dubia, et coniectura proprie dici, quae non a necessariis, sed a probabilibus oritur, nam si a necessariis oriretur, non dubia, sed certa res esset. Est enim coniectura rei latentis indicium*».

46 Para mayor autoridad de su formulación aporta dos definiciones de juristas precedentes con el mayor reconocimiento, uno del Medievo, dentro del grupo de Comentaristas, Baldo degli Ubaldi, y el otro en los humanistas, Andrés Alciato: «*Baldus ita definit praesumptionem hanc iuris et de iure, vel describit potius, ut sit animi legislatoris applicatio ad verisimile, confirmata sanctione*, y en otro lugar: *praesumptio iuris et de iure est status a iure promulgatus ex indubia coniectura*». Por su parte, Alciato «*ita deffinit: Est dispositio legis aliquid praesumentis, et super praesumptio, tanquam sibi comperto stantentis. Praesumptio iuris dicitur, quia a lege introducta est; et de iure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum ius, et habet eam pro veritate... non admittit contrariam probationem. Quocirca scriptum a multis est illam dici praesumptionem iuris et de iure, quae in lege scripta est; et ita ab ea sancitum, ne contrarium probari possit*». MENOCHIO, Jac., papiensis, *De praesumptionibus...*, o. c., p. 6.

cesque sint, et ex variis causis legibus ipsis iam promulgatis, oriri soleant, et immo dicimus, in iudicis arbitrio esse positas»⁴⁷.

Una cuestión de interés, se refiere a la divergencia existente entre presunción y ficción, porque esta última asume como verdad algo que no existe, sin que pueda coincidir nunca con la verdad, y en la presunción ordinaria se trata de una cosa dudosa y probable, teniendo muchas veces correspondencia con la verdad. Además, la primera no admite prueba en contrario, lo que sí sucede en la segunda, entre otras muchas características que las separan⁴⁸.

Rodríguez Fermosino, en el tratado de las pruebas, al comentar el título correspondiente de las Decretales de Gregorio IX, comienza por señalar que la prueba *«per praesumptiones et indicia, habet locum aliis deficienti-*

47 La *praesumptio hominis*, es definida por Baldo, *«quidam conceptus causatus in mente ab aliqua probabili coniectura, excludendo praesumptionem temerariam quae a malis hominibus ex coniectura minus probabili oritur»*. Según el Abad panormitano *«est quaedam suspicio, quae causatur in animo iudicis, vel cuiuscunque ex variis coniecturis, vel argumentis, seu indicij, mientras que el canonista añade: «doctores nostros recte appellasse iuris praesumptionem illam, quae scripta est in lege ipsa, illam hominis, quae etsi a lege et ratione non discrepat, in lege tamen expressim scripta non legitur, sicuti clare docuit Baldo»*. Insistiendo en el fundamento de la presunción, siempre con apoyo en los dos juristas antes citados, afirma: *«Praesumptio iuris tantum est similitudo quaedam sufficiens ad rem dubiam, de qua creduntur credenda. Vel est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae, alio non adducto, pro veritate habetur, ita cum Baldo et Alciato. Praesumptio vero hominis est vehemens applicatio animi boni viri ad valde verisimile. Et praesumptio hominis non vehemens est inclinatio animi boni viri ad eligendum alterum extremorum, ex intellectu proveniens et coniectura nobili. Ita cum Baldo. Hae omnes diffinitiones demonstrant praesumptionem semper versari circa rem dubiam, scilicet, esse vel non esse potest»*. MENOCHIO, Jac., papiensis, *De praesumptionibus...*, o. c., p. 11.

48 *«Fictio vero est in certa re eius, quod est possibile contra veritatem, pro veritate a iure ficta assumptio»*, tal como la entiende Bárbolo de Sassoferato, de modo que *«omnes diffinitiones fictionis conveniunt, fictionis naturam et substantiam esse, ut esse fingatur, quod re vera non est. Et ex hoc oritur prima et praecipua differentia inter fictionem et praesumptionem, quae praesumit super re dubia, unde fictio numquam convenit cum veritate, praesumptio vero saepe. Fictio nunquam admittit probationem contra se, praesumptio autem sui natura semper admittit contrariam probationem. De praesumptione iuris sola, et de praesumptione hominis, res clara est. De praesumptione iuris et de iure, licet regulariter non admittatur contra se omnem probationis speciem, attamen certum est, aliquando admittere ut confessionem partis adversae et indirectam. Praesumptio hominis o ab homine nempe a iudice introduci potest, hoc est, iudex eam excogitet et inveniat, fictio vero ab homine nunquam induci potest. Et hinc sequitur, quod fictio dicitur esse legis dispositio, cui renunciari non potest. Praesumptio vero est hominis dispositio multis in casibus et ideo remitti illa potest. Quarta differentia, praesumptio una adversari alteri potest, et ob id potentior minus potentem tollit ac perimit, fictio autem una esse et non potest contra alteram. Quinta: plures praesumptiones una simul esse et concurrere possunt, ut re ipsa videmus, ad diversum est in fictione, quarum una cum aliis pluribus esse, et cumulari non potest. Sexta differentia: duae fictiones non possunt simul concurrere, cum sint duo quaedam specialia, quae simul esse non possunt, aut debent, at praesumptio simul esse potest cum una specialitate. Septima: fictio denotat improbitatem. Octava: praesumptio versatur circa ea quae sunt facti, at fictio versatur circa ea, quae sunt iuris et facti simul. Nona: praesumptio mutari a principe potest in fictionem, diversum est in fictione. Decima, praesumptio extenditur de persona ad personam. Undecima, praesumptionem allegari debere, fictionem vero allegare necesse non esse, et non admittit extensionem»*.

*bus probationibus*⁴⁹, porque en su criterio, «*alia probationis species fit per praesumptiones, conjecturae seu indicia, si nec per confessionem, nec per testes, aut instrumenta, casus de quo inquiritur, probari queat*», matizando que «*praesumptiones, ut probent, debent esse clarae et indubitatae*»⁵⁰.

Escobar del Corro afirma que la presunción *iuris et de iure* o violenta⁵¹ «*dicitur dum lex aliquid praesumens super praesumpto tanquam sibi comperto statuit*», siguiendo la doctrina de Alciato, Menochio y Francisco Mantica, «*quae praesumptio firmum ius statuit, et habetur pro omnimoda veritate, ex Baldo... et ex aliis probat Mascbardus*»⁵².

49 RODRÍGUEZ FERMOSINI, N., hispanus, *De probationibus. Ad titulum VII. Libri II Decretalium. Tractatus secundus, ad titulos De fide instrumentorum, de praesumptionibus et de iurejurando*, ed. altera, Coloniae Allobrogum, sumpt. haer. Cramer et fratrum Philibert, 1741, pp. 120-121.

50 Este autor incide extensamente en las divergencias existentes entre la presunción, el indicio, la conjetura y la sospecha, a pesar de su proximidad: «*Est ergo praesumptio, seu indicium, conjectura probabilis ex certo aliquot signo proveniens ad struendam rei dubiae fidem seu quae alio non adducto pro veritate habetur... Alia deffinitio doctorum, praesumptio ut sit rationabilis seu verisimilis conjectura facti, et quaedam animi applicatio ex aliquibus circumstantiis ad aliquid credendum. In dubio servanda est praesumptio iuris, etiam in foro conscientiae. De differentia inter praesumptionem, indicium et conjecturam, et signum et suspicionem. Praesumptio dicitur a dictio prae, id est ante, et sumptio, hoc est, antesumptio: quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero, quae interdum oritur a probabilibus, interdum a necessariis. Et ab hac differt indicium, eo quod nunquam oritur a necessariis, sed ex probabilibus. Praesumptio tangit directe factum probandum, indicium vero indirecte. Praesumptio est cognitio ex circumstantiis resultans; indicium vero est quoddam intellectuale veritatis eliciendae ex aliqua singulari circumstantia. Farinacius concordat opiniones dicendo, quod prima procedit in praesumptione iuris, quae est plus quam indicium leve, et secunda in praesumptione hominis. Coniectura differt a praesumptione, conjecturam proprie dici quae non a necessariis, sed a probabilibus oritur: nam si a necessariis oriretur, non dubia, sed certa res esset. Bartolus dixit quod suspicio est quae animum iudicis aliquot levi argumento in aliquam partem inclinat: etsi non omnem excludat dubitationem. Suspicionem esse quondam probationem inducentem animum ad aliquid credendum: non tamen habere eum probationis gradum, quod fixe applicet iudex animum ad unam partem, sed eum ambiguum reddere*».

51 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda, secundum statutos S. Officii Inquisitionis, Regii Ordinum Senatus, Sanctae Ecclesiae Toletanae, Collegiorum, aliarumque Communitatum Hispaniae. Ad explicationes Regiae Praemacicae Sanctionis 20 incipiente*, Y porque el odio, a domino nostro Rege Philippo IV, latae Matriti 10 Februarii anno domini 1623, Lugduni, sumpt. L. Arnaud, P. Borde, Jo. et P. Arnaud, 1678, p. 34.

52 Tratando de las presunciones legales, Valenzuela Velázquez, sostiene los principios compartidos por la generalidad de la doctrina, aunque sus fundamentos, aparte de los normativos, son los postulados de Mascardo, Menochio y Covarrubias: «*Praesumptio iuris et de iure non admittit probationem in contrarium Praesumptio cedit veritati et contrariis probationibus et praesumptionibus tollitur. Praesumptio iuris dicitur liquidissima probatio, et qui eam pro se habet, non tenetur probare, sed transfert onus probandi in adversarium, qui iuris praesumptionem contra se habet, debet apertissimis documentis diluere. Praesumptionem iuris qui pro se habet, relevatur ab onere probandi. Praesumptionibus probantur; quae directo probari nequeunt*». VALENZUELA VELAZQUEZ, Io. Bapt., *Consilia sive responsa iuris*, Lugduni, sumpt. Io. A. Huguetan et G. Barbier, 1671, pp. 44, 75, 241, 336, 373 y 419.

Por otro lado, la prueba de presunciones «*in re difficilis probationis dicitur, secundum Covarrubiam*», de tal modo que «*in omnibus quae sunt difficilis probationis, probant indicia, praesumptiones et coniecturae*»⁵³.

La presunción es triple: «*alia sit praesumptio iuris et de iure, nempe dum lex non solum praesumit, sed simul velut de vero et certo disponit, nec probationem in contrarium admittit*»⁵⁴, tal como expusieron Alciato, Menochio, Maschardo, Mantica, y Socino, apoyándose en diversas normas, «*et in aliis iuribus relatis a praecitatis doctoribus, in quibus circa rem praesumptam velut de certa statuitur; quia lex pro certo habuit quod praesumit, seu quia fingit, certum esse id, de qua disponit, ut dixit Accursius verbo praesumptioni vers. Sed prima habet in lege finali De eo quod metus causa*»⁵⁵.

Alia dicitur praesumptio iuris, quae non reiicit in contrarium probationem, sed ius ita praesumit, dum aliud non apparet, quae proprie non dicitur probatio, sed probationis relevatio... qui tantum relevat ab onere probando, et hoc in sensu dicitur liquidissima probatio, dum videlicet aliud non apparet.

Por último, «*alia praesumptio dicitur hominis, quae in sensu et iudicio tantum consistit iudicis quare definitur, ut sit verisimilis coniectura, quae per se plenam non efficit fidem, nisi aliis quibus perficiatur, iunctis adminiculis*», como explican Menochio y Mascardo, para matizar ulteriormente:

*Sicut igitur iuris praesumptio dicitur quia a lege et iure procedit, ita haec hominis nuncupatur, quia in homine tantum consistit*⁵⁶.

53 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., pp. 144-145. Este jurista hispano define la presunción como conjetura probable: «*Est igitur praesumptio probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non edocto pro veritate habetur, ex Baldo, Alciato, Hugo Donello, Tomás Sanchez, Farinacci y Las Partidas 3, 14, 8, vers. En aun ay otra natura, glosa 2.*»

54 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., p. 365: «*praesumptio iuris et de iure qualis: quod praesumptio iuris dicitur, quia a iure introducta, et de iure appellatur, quia transit in vim legis, seu quia inducit firmum ius, ut ex Baldo, Mantica, Farinacci, quae nullam admittit probationem in contrarium. Tamen, causae quaedam speciales sunt, ex quibus haec praesumptio iuris et de iure orta ex re iudicata tolli, et infringi potest, ut sunt instrumenta de novo reperta, aut si sententia lata fuerit ex testibus seu instrumentis falsis, quae infringunt, et enervant rem iudicatam... quia sicut ius veritatem ex re iudicata praesumit, nisi contrarium ex aliqua praedictarum causarum probetur.*»

55 ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii...*, Lugduni 1627, col. 462, comentando D. 4, 2, 23: *Praesumptioni statur, donec contrarium probetur. Praesumptionem iuris habenti contra se, non defertur iuramentum defectu probationis. Idem voluit Bartolus et Baldus.*

56 Para clarificar mejor el régimen jurídico aplicable en esta materia, Escobar inserta dos principios: «*Praesumptiones in dubiis tantum sedem habent, non vero in certis, et in quibus veritas apparet. Secundo, quod in hac praesumptionum materia potentior minori praefertur, et negativa potentior est affirmative.*»

Todas las presunciones *iuris* «*pro se habens probatam habet suam intentionem, nec plus tenetur probare*»⁵⁷, porque la «*praesumptio est veritas verisimilis*», lo que no obsta para que «*cedat veritati*»⁵⁸, y que se aduzcan especialmente de modo permanente «*dum plenae deficiunt probationes*»⁵⁹.

Gasparro, en la prueba por presunciones, define la figura, siguiendo la doctrina de Farinacci y Mascardo, como «*Rationabilis conjectura rei dubiae, collecta ex argumentis, seu indiciiis, quae per rerum circumstantias plerumque, vel frequenter eveniunt*»⁶⁰, entendiendo por «*praesumptio iuris: illa est, quae ab ipso Jure, seu lege est scripta, et approbata*», añadiendo «*et subdividitur in praesumptionem juris tantum et juris et de jure. Juris tantum est, quando lex in re dubia aliquid praesumit, sed ulterius non procedit, aliquid statuendo quod pro Jure habeatur. Ita praesumitur de Jure filius ex uxore natus, cum qua vir cohabitavit*»⁶¹. *Contra hanc praesumptionem Juris admittitur probatio in contrarium, dummodo sit plena probatio, quia fides, quae a probatione*

57 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., pp. 147 y 282.

58 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., p. 297.

59 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., p. 304.

60 GASPARRO ROMANO, F. M., *Institutiones iuris civilis*, quatuor partibus distributae, Venetiis, apud N. Pezzana, 1741, pp. 239-241. Al igual que el resto de juristas, se siente con la necesidad de señalar las diferencias con las figuras afines: «*Ex quo vides, praesumptionem differre ab indicio tamquam effectum a causa, cum ex indiciiis oriatur; indicium siquidem nil aliud est, quam notabile signum alicujus rei, de qua dubitatur, ad veritatem cognoscendam inserviens. Distant praesumptio a conjectura secundum magis et minus tantum, cum praesumptio importet magis determinatum assensum seu iudicium; conjectura autem potius suspicionem definitur a Menochio quod sit opinio levis, seu tenuis assensus cum magna titubatione, de re dubia, ex levibus indiciiis procedens. Differt quidem praesumptio a fictione juris, quae ex Alciato apud Menochium, definitur, Dispositio legis adversus veritatem in re possibili ex justa causa, como que el religioso se da por todavía vivo para algunos efectos, o que el padre y el hijo son una sola persona, o que el marido y la mujer son una sola carne. Fictio juris numquam convenit cum veritate; facit enim esse vera, quae vera non sunt, praesumptio autem, cum versetur circa rem dubiam, quae scilicet esse, vel non esse potest, saepe convenit cum veritate. Fictio inducitur semper a Jure, praesumptio autem aliquando ab homine. Tertio, fictio continent assensum plerumque verum; praesumptio autem non habet assensum, cum haereat soli apprehensioni. Quarto, fictio no es species probationis, sicuti est praesumptio. Praesumptio dividitur in praesumptionem juris et praesumptionem hominis. Hominis seu iudicis illa dicitur, quae ex verisimilibus argumentis, seu eu indiciiis a viro prudente, vel iudice formatur; etsi Jure expressa non sit, cum enim variae multaeque sint praesumptiones et ex variis caussis oriri possint, non potuit omnes et singulari jus expresse approbare. Cessabit tamen haec praesumptio, si constabit de veritate in oppositum: onus tamen probandi banc veritatem transferuntur in adversarium, juxta Menochium*». GASPARRO ROMANO, F. M., *Institutiones iuris civilis...*, o. c., p. 240.

61 «*Dicitur autem praesumptio juris, quia a lege est introducta et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit jus firmum, eamque habet pro veritate. Haec praesumptio vocatur etiam necessaria, et violenta, seu violentissima, quia ex certis et indubitatis signis eruitur. Dantur aliqui casus, in quibus etiam contra praesumptionem Juris et de Jure admittitur probatio in contrarium*», p. ej. una confesión en sentido contrario, o porque faltan algunas circunstancias exigidas por el derecho, o si el beneficiario renuncia a probarla, o si el hecho es notorio.

provenit, semper est certior. Praesumptio juris et de jure est praesumptio legis aliquid praesumentis et super praesumpto, tamquam sibi comperto statuentis, contra quam praesumptionem probatio in contrarium non admittitur, nisi cum de veritate aperte constat, cui quaelibet cedit praesumptio».

Lambertenghi sienta algunos postulados relevantes respecto del valor de la presunción y su concurrencia con otras alegadas en un juicio⁶², pero tiene gran interés lo que defiende respecto de la presunción *iuris tantum*⁶³: «*contrariam admittit probationem, contrarium probari posse per contrariam quoque praesumptionem, hoc et nos admittimus, modo tamen contraria illa praesumptio fortior sit ista... puta si contraria praesumptio esset magis specialis*»⁶⁴.

El francés Arón reflexiona sobre las presunciones legales en Derecho privado moderno⁶⁵, y comienza por minusvalorar, y quitar cualquier atisbo de validez, al alcance del esfuerzo que realizaron otros juristas precedentemente, para establecer distinciones y clasificaciones, distinguiendo las presunciones de los indicios, de las conjeturas y las sospechas, aunque de otra parte, el número de presunciones simples es infinito, y su apreciación en el valor que tienen es esencialmente variable, pues lo que para un autor es una presunción, para otro no se toma en consideración⁶⁶.

A la luz de esta variedad, alcance arbitrario e incertidumbre, la presunción legal se presenta con unidad, simplicidad, seguridad y la majestad de la misma ley, que es quien crea la presunción, porque precisa los hechos a los cuales se conecta, y fija además el grado de fuerza probatoria que debe asignársele. Nada es aleatorio e incierto, y la misión del juez está prevista, de modo que ese intérprete impersonal de una disposición legal, y su juicio sobre este punto, puede ser sometido a la censura de un tribunal superior⁶⁷.

62 LAMBERTENGHI, G. St., *Tractatus de contractibus eorum quibus vel a iure communi vel a statutis, sine certa solennitate contrahere permissum non est*, Mediolani, apud A. Antonianum, 1578, pp. 122, 457 y 460: «*legum praesumptiones liquidissimas esse probationes*», pero «*duabus praesumptionibus concurrentibus, fortiorem elidere minus fortem, fortiorem praesumptionem tollere minus fortem*», si bien Nicolás de Tudeschi «*declarat procedere si una sit fortior altera, sed si ambae sint pares, tunc se invicem tollere*», no obstante lo cual «*praesumptionem in specie tollere praesumptionem in genere*».

63 LAMBERTENGHI, G. St., *Tractatus de contractibus...*, o. c., pp. 249-250.

64 Aporta la doctrina de Aymón Cravetta, y la remisión a Paulo de Castro, señalando: «*inquit probationem quae fit per facti evidentiam, optimam esse*».

65 ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, París, A Pedone, 1895.

66 ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales...*, o. c., p. 15.

67 La presunción legal presenta una clara diferencia muy característica respecto de la presunción de hecho. Por sí misma, constituye una prueba completa de un hecho desconocido, como se observa en la destrucción o entrega del documento crediticio, prueba la liberación de la deuda, de modo similar a la concepción durante el matrimonio, que es una prueba de la paternidad del marido. Al contrario, la presunción de hecho no es más que uno de los medios de prueba que sir-

Mientras que las presunciones *hominis* comportan todas las consecuencias posibles para servir de prueba a un hecho desconocido, las presunciones legales, al contrario, tienen consecuencias determinadas, fijadas por la ley, respecto de hechos determinados, y constituyen por sí solas pruebas completas de ciertos hechos. Tienen, por tanto, un doble carácter: 1. Son pruebas hechas por la ley, y 2. La ley determina su grado de fuerza probatoria⁶⁸.

Recordaba Aron, que en su tiempo había hechos respecto de los cuales resultaba imposible conocer la verdad, como en el caso de la conmorien-⁶⁹, de forma que ante la incertidumbre, la ley elige una opción, aunque ello implique tomar lo falso por verdadero, acudiendo al criterio de la premorien-⁷⁰, desde el Derecho romano. Otras presunciones *iuris* eran más importantes, y como afirmaba Domat se refieren a un orden de hechos, que son tales, que es imposible conocer la verdad de lo que es, o ni siquiera es preciso determinar, como ocurre con la presunción de paternidad ante la imposibilidad de probarla directamente⁷⁰.

Otras presunciones legales han sido creadas en aras de una utilidad práctica, para reforzar o salvaguardar los principios de orden público, como los plazos previstos para el embarazo, pero todas las presunciones legales tienen la misma naturaleza jurídica y están sometidas a las mismas condiciones de existencia. Son todas ellas pruebas de hechos determinados y deben, para existir, resultar de un texto especial. Solamente en algunas, además de la prueba que comportan, la ley añadió la prohibición, total o parcial, de la prueba contraria, *juris tantum* y *juris et de jure*⁷¹.

ven para probar un hecho desconocido, de modo que no se podrá encontrar fácilmente un ejemplo de presunción de hecho que constituya por sí mismo una prueba completa. La presunción simple se utiliza habitualmente con otros medios de prueba, testigos, prueba escrita u otras presunciones, y se manifiesta incluso en el lenguaje: se dice presunción de paternidad o presunción de interposición, pero se habla en plural cuando se refiere a la prueba de presunciones. ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales...*, o. c., p. 16.

68 ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales...*, o. c., p. 17.

69 ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales...*, o. c., p. 19.

70 ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales...*, o. c., p. 20. Nadie, ha dicho el más antiguo de los poetas, puede conocer a su padre, y esta idea ha sido ilustrada en todos los tiempos por la novela y el teatro. No obstante, desde que la sociedad ha estado organizada con su base en la institución del matrimonio, se ha tratado de fijar de modo seguro el estado de las personas, y por ello la filiación no podía quedar expuesta a incertezas y a la arbitrariedad de una investigación forzosamente incierta. Del antiguo adagio, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, se ha pasado a reproducirlo el legislador francés napoleónico, en el art. 312: el niño concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido.

71 Pothier no conocía más que una sola clase de presunciones legales: «las presunciones de Derecho son establecidas sobre alguna ley o por argumento de algún texto de derecho y son denominadas *praesumptiones juris*: tienen la misma fe que una prueba y dispensan de prueba a la parte que les favorece, para hacer nada, a fin de fundar su demanda o sus excepciones; en esto difieren de las *presunciones juris et de jure*, porque excluyen a la parte, contra la que se alegan, que puedan presentar

Constancio Rogerio⁷², a propósito de las pruebas, incide en un dato muy preciso: *«fictio est super certo, praesumptio vero super dubio. Intelligo super certo, id est, super eo, cuius contrarium est certum. Fingunt leges captum, si revertatur, in civitate semper fuisse, similiter fingunt mortuum apud hostes, decessisse ante captivitatem. Istae fictiones iuris sunt introductae ex magna aequitate, et ideo sunt approbatissimae»*, para explicar a continuación el significado y alcance de la presunción: *«Breviter dic, quod praesumptio legis est duplex: una iuris tantum et contra istam admittitur probatio in contrarium, alia est praesumptio iuris et de iure. Praesumptio iuris est, quando super praesumpto lex nihil statuit; praesumptio vero iuris et de iure, est, quando super praesumpto aliquid statuit, quod probatio in contrarium non admittitur, vel quod is contra quem praesumit, non audiatur, licet dicat rem aliter se habere... Et haec praesumptio definitur sic: est enim applicatio veri animi legislatoris super verisimili, transferens in adversarium onus probandi»*.

Donatuti⁷³, al estudiar las *presunciones iuris*, como instrumentos para el desarrollo del Derecho, comienza por admitir la pluralidad de significados del término *praesumptio*, analizando su contraposición a *probatio*, considerada esta última como el género, y la primera como una especie, a fin de persuadir al juez de la verdad de los hechos alegados por las partes, asumiendo como significado técnico jurídico el de «argomentazione probabile, fondata su ciò ch'è conforme all'*opinio communis*». Permite argumentar la existencia de un hecho incierto a partir de un hecho cierto, por lo cual difiere de la conjetura, basada en indicios y no en opiniones comunes; de la sospecha, que se basa en indicios leves, y del indicio, que es solamente un hecho cierto, que sirve como medio para argumentar la existencia de un hecho incierto.

En algunos casos, el juez está obligado, por la norma jurídica, a argumentar, a partir de ciertos hechos constatables, a favor de la existencia de un hecho incierto, pero probable, en cuanto es verosímil, correspondiendo a los juristas bizantinos la separación de unas *praesumptiones iuris* y otras *homines* o *facti*, en las cuales la ley deja libre apreciación por parte del juez, a diferencia de las primeras, en las que la norma fija de antemano la eficacia probatoria.

una prueba contraria". Por otro lado, las presunciones legales no son otra cosa que medios de prueba de naturaleza especial, y como recuerda Domat: "les présomptions autorisées par la loi ont l'effet de preuves et il est ordonné de les prendre pour preuves". Cf. ARON, G., *Théorie générale des présomptions légales...*, o. c., p. 24.

72 AA. VV., *Tractatus de protestationibus trium clarissimorum jurisconsultorum Constantii Roggerii, Martini de Ve et Ioan. de Agusellis. Item de exceptionibus nepotis A. Montalbano. De recusationibus, Stephani Aufrethii, Coloniae Agrippinae*, apud Ioan. Gymnicum, sub Monocerote, 1589, pp. 77-78.

73 DONATUTI, G., *Le "praesumptiones iuris" come mezzi disvolgimento...*, o. c., pp. 161-167.

En su estudio sobre las *praesumptiones iuris* in Diritto romano, Donatuti⁷⁴ se acoge al significado de «ammissione» y «ammettere senza prova», a la vez que presenta, en primer término, el siguiente carácter de las mismas: «è una norma giuridica»⁷⁵, con remisión a D. 32, 33, 2 y C. Iust. 6, 27, 5, aspecto fundamental para entender la regla de paternidad legal, que refiere el *Corpus Iuris Civilis*, de la que trataremos más adelante.

Mientras Contardo Ferrini⁷⁶, para quien *praesumere* y derivados en las fuentes jurídicas indica «che qualche cosa si ammete senza bisogno di prova», con especial presencia de este significado en el Código de Justiniano, entiende que la presunción, en los juristas clásicos, designaba solamente una opinión, y que las presunciones legales, como tal instituto jurídico, fue obra del Derecho justiniano, preparado por las escuelas bizantinas, a diferencia de Donatuti, quien considera que, en ese período clásico, dicho término tuvo un significado técnico-jurídico, identificando verdaderas presunciones⁷⁷, como argumentación fundada sobre opiniones comunes, aunque la jurisprudencia no llegase a formular tal concepto, que es obra de los bizantinos⁷⁸.

Las presunciones pertenecen a la categoría de las pruebas «artificiales», y consisten en argumentaciones desde un hecho a la existencia de otro, es decir, de aquel que es presupuesto de la razón que se hace valer en juicio⁷⁹. Tal ocurre en la presunciones *iuris tantum*, en las que el juez, probado un hecho A, debe argumentar, «sino a prova del contrario, all'esistenza del fatto B, produttivo degli effetti giuridici», pero se admite la inexistencia del hecho productor de consecuencias jurídicas, por ejemplo el significado de la cancelación de un quirógrafo, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure*, donde la prueba del supuesto A sustituye plenamente la del B, o lo que es lo mismo en el ámbito del derecho material, en tal caso y prácticamente, «il fatto produttivo delle conseguenze giuridiche no è più B ma è A», es decir, hay equivalencia plena entre el hecho que se prueba y el que produce las consecuencias jurídicas.

74 DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in Diritto romano (loro origine)*, en *Annali Perugia* 42 (1931) 1; reimpr., en *Studi Donatuti*, a cura di R. Reggi, vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 421.

75 Otros caracteres que enuncia son: a) ordena admitir en el juicio, porque solamente cabe respecto del juicio; b) se da como probado un hecho, cuya existencia es dudosa; c) mientras no haya surgido la prueba del contrario y d) el hecho presunto puede ser un acontecimiento exterior o un hecho interno, como una voluntad.

76 FERRINI, C., *Le presunzioni in Diritto romano*, en *RISG* 14 (1892) 258-294; reimpr., en *Opere*, vol. 3. *Studi vari di Diritto romano e moderno*, a cura di E. Albertario, Milano, U. Hoepli, 1929, pp. 417-451.

77 DONATUTI, G., *Le «praesumptiones iuris» come mezzi disvolgimento...*, o. c., pp. 168-174.

78 DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in Diritto romano (loro origine)...*, o. c., pp. 425.

79 DONATUTI, G., *Le «praesumptiones iuris» come mezzi disvolgimento...*, o. c., pp. 180-181.

Algunas presunciones legales se instauraron para evitar que extraños pudieran levantar sospechas injuriosas contra la mujer casada, mientras otras tuvieron como objetivo favorecer la voluntad de los difuntos o de los contratantes, o incluso la misma libertad. Del primer grupo, que se inspira en la protección del buen nombre de una esposa en justas nupcias, es la presunción muciana⁸⁰, que procede del Derecho clásico, según la cual todos los bienes que posee la mujer casada se presumen provenir del marido o de su paterfamilias, cuando no hay noticia de otro origen. La segunda presunción legal es la presunción de paternidad de D. 1, 6, 6 y D. 2, 4, 5, de la que afirma Donatuti⁸¹: «nel diritto classico, siccome risulta dalle fonti relative, essa era una regola di diritto materiale; il suo riferimento alla prova si ha solo per la collocazione del contenuto di D. 22, 3, 29 nel titolo del Digesto *'de probationibus et praesumptionibus'* e, per conseguenza, il suo affermarsi come *praesumptio iuris* avviene soltanto nel diritto della Compilazione», insistiendo en su eficacia en el campo del derecho sustantivo, como norma de derecho material, y no como presunción⁸².

Más recientemente, Rodríguez-Piñero⁸³ lleva a cabo una síntesis de la doctrina procesal moderna en materia de presunciones en Derecho español, para insistir en la base de la misma, como medio para introducir hechos probados en el proceso, a pesar de su discutida naturaleza como medio de prueba, cuyos elementos fundamentales definitorios de la figura son: dos hechos distintos, uno de los cuales se introduce en el proceso como consecuencia de la afirmación del otro; la existencia de una conexión entre ambos, y la presencia de un sujeto determinado que establece esa conexión, de tal

80 DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in Diritto romano (loro origine)...*, o. c., pp. 428-430 ; id., *Le «praesumptiones iuris» come mezzi disvolgimento...*, o. c., p. 182.

81 DONATUTI, *Le «praesumptiones iuris» come mezzi disvolgimento...*, en Studi Donatuti, o. c., p. 509 ; id., en RDPPr, o. c., p. 183.

82 En opinión de este romanista italiano, las *praesumptiones iuris* aplicadas en época clásica, adquieren mayor importancia y extensión en época posclásica, si bien solamente cita como integrantes del período clásica la presunción muciana y la de constitución de la dote, mientras que otras, aunque no cita la de paternidad, que entiende fue encuadrada como medio de prueba en época bizantina, que revalorizan la voluntad del difunto o de los contratantes, son de origen posclásico o prejustiniano, si bien algunas son justinianas. En su mayor parte, las presunciones *iuris* posclásicas y justinianas tienen su origen en la práctica ante los tribunales, donde se aducían fuentes antiguas del derecho, y otras fueron creadas legislativamente por los miembros de las comisiones de Justiniano. En cuanto a su eficacia para el desarrollo normativo, Donatuti entiende que algunas presunciones *iuris* operaron cambios radicales y evidentes, sustituyendo en época posclásica la tarea interpretativa y evolutiva de los juristas y de los emperadores de este período, conservando el fundamento originario en las aplicaciones de los responsa jurisprudenciales, convertidos en normas generales, además de aplicar postulados de la nueva *aequitas*. DONATUTI, G., *Le «praesumptiones iuris» come mezzi disvolgimento...*, o. c., pp. 204-206.

83 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 23-59.

manera que consiste en la deducción de un hecho, relevante en cierta controversia, y que resulta desconocido, a partir de otro hecho, bien conocido, y de cuya presencia cabe deducir la existencia del anterior, a través de un razonamiento lógico-deductivo.

A veces, la conexión entre los dos hechos, el ignoto y el conocido, lo establece la ley, y por ello se denominan presunciones legales, pero otras veces no la hace el legislador de modo genérico, sino que la realiza el juez para el caso concreto, y son presunciones judiciales, si bien entre las primeras hay unas de hecho y otras de derecho, que sería nuestra materia, porque de un supuesto de hecho legal, el matrimonio legítimo, se deduce la concurrencia de una situación distinta o complementaria, que el marido de la esposa es el padre del hijo⁸⁴.

3. PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN EL DERECHO ROMANO

La regla jurídica de Derecho positivo en Roma durante la época clásica, analizada sumariamente por el jesuita Robleda⁸⁵, nos lleva al fragmento de Paulo, D. 2, 4, 5: *«pater is est quem nuptiae demonstrant»*, y se corrobora en D. 1, 6, 6 de Ulpiano, jurisconsulto de los Severos: *«filium esse definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur»*, de modo que la atribución de paternidad al marido⁸⁶, casado en justo matrimonio, exigía, en primer lugar, *iustum matrimonium*, pero además que viniera al mundo en el *tempus legitimum*, de forma que el segundo *responsum* de Ulpiano explica algunas de las situaciones en las que, mediante las correspondientes pruebas, se demostraría que el marido no era el padre de la criatura, ya que la presunción, como hemos indicado, era *iuris tantum*.

La regla citada, como norma de derecho material o sustantivo, es admitida en general como clásica por los romanistas que se han ocupado de esta

84 Las presunciones legales que se corresponden en terminología como las *presunciones iuris*, vienen recogidas en el art. 1250 del Cc, mientras que las no establecidas por la ley, se regulan en el art. 1253, difiriendo sustancialmente por el sujeto que realiza la conexión, aunque también derivan importantes consecuencias en el alcance, general o para un supuesto concreto, y efectos de cada una. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *La presunción de existencia...*, o. c., pp. 34-36.

85 ROBLEDA, O., S. I., *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, ROMA, PUL, 1970, pp. 230-232.

86 Vid. TISSET, P., *Contribution a l'histoire de la présomption de paternité, étude de droit hébraïque et de Droit romain*, thèse pour le doctorat, Montpellier. Faculté de Droit, imp. de Lahure, 1921.

materia⁸⁷, como demuestra Lanfranchi⁸⁸, revisando los puntos de vista de Donatuti, Burckardt, Hedemann, Gradenwitz, Ferrini, o Kaser, después de llevar a cabo un somero estudio del significado etimológico y conceptual⁸⁹.

Mientras Kaser⁹⁰ sostuvo que no admitía prueba en contrario, lo que parece pugnar abiertamente con otros fragmentos jurisprudenciales clásicos, Solazzi⁹¹, entiende que «la verità di questa frase, *pater is est...* è un mito», puesto que faltan las nupcias, se desconoce al padre en Derecho y sería un abuso del lenguaje o un eufemismo llamarlo simplemente incierto⁹². No obstante, comete un error interpretativo, cuando argumenta desde la falta de reconocimiento del hijo, pues el fragmento de Paulo no se refiere a tal aspecto normativo. Por su parte, Schulz⁹³ lo juzga espúreo, negando su genuinidad.

87 No han faltado los romanistas que impugnan el principio, como si fuera interpolado, como vemos en SCHULZ, F., *Pater is est quem nuptiae denuntiant*, en IURA 7 (1956) 131 y ss, que califica la máxima como sibilina, pero como señala Robleda, «no comprendo por qué ha de verse en ese enunciado una máxima sibilina, por lo sintética, o porque puede fallar, pues de esto mismo podrían haber sido acusados los posclásicos, sin que puede asignárseles toda imperfección del período precedente».

88 LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in Diritto romano. II. La così detta presunzione di paternità*, Bologna, N. Zanichelli, 1964, pp. 37 y ss.

89 Para este romanista *praesumptio* tiene el valor de argumentación de la existencia de un hecho incierto, que para él es un hecho no directamente probable, a partir de otro cierto, que él entiende, cierto en cuanto es probable. LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni...*, o. c., p. 43. Aprovecha para exponer las divergencias de las presunciones *iuris* respecto de otras figuras afines, con funciones similares, como son: inversión de la carga de la prueba; reglas de interpretación; ficciones; manifestaciones tácitas, y que las verdaderas presunciones tienen siempre carácter procesal, sin olvidar la distinción entre *praesumptiones iuris* y las llamadas «reglas de derecho material», contenidas para nuestra materia en D. 2, 4, 5; D. 1, 5, 12 y D. 1, 6, 6. *Ibid.*, pp. 44-47.

90 KASER, M., *Das Römische Privatrecht. Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, t. I, München, Beck, 1955, p. 291.

91 SOLAZZI, S., *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, en IURA 7 (1956) 131-136.

92 Solazzi se apoya en situaciones marginales para impugnar la validez de la regla, y con este propósito deja patente que para los romanos «si hay nupcias válidas, el padre de la descendencia no siempre es el marido», lo cual es un aspecto plenamente correcto, pero desde un ángulo diferente, si no hay justas nupcias, el padre no es verificable en derecho, y por ello no es reconocible, aunque sea bien conocido vulgar y propularmente. El que nace de justas nupcias e *intra legitimum tempus* es hijo legítimo del marido, mientras no se demuestre lo contrario, con multiplicidad de pruebas, SOLAZZI, S., *Pater is est...*, o. c., pp. 134-135.

93 El razonamiento de este romanista merece ser reproducido, aunque no lo compartimos: «Con respecto a la prueba de la legitimidad no hubo presunciones en Derecho clásico. La máxima *pater is est...*, solamente una vez aparece en nuestras fuentes y si Paulo realmente escribió esta sentencia, lo hizo comentando el texto del Edicto pretorio... significando con ello que el pretor no ha de indagar si el actor era, en verdad, el hijo legítimo del demandado, sino que debe contentarse con averiguar el hecho de si dicho actor ha nacido o no dentro del matrimonio. Pero esto no implica una presunción general de que el hijo nacido dentro del matrimonio sea hijo legítimo del marido (a reserva de la contrapueba) (*sic*). De todos modos, el texto en su conjunto parece espurio porque los juristas clásicos no son aficionados a enunciar máximas sibilinas». SCHULZ, F., *Derecho romano clásico...*, o. c., p. 136.

Lanfranchi⁹⁴, admite que la mutilación del texto original de Paulo, para coordinarlo con el precedente de Ulpiano, ha sido obra de los compiladores de Justiniano, lo que nos ha privado de conocer *in extenso* la genuina y completa redacción del *responsum*, toda vez que la primera afirmación «*quia mater semper certa est*», ni es un error, ni es una expresión vanal, lo que no impide que sea posible una suposición derivada del parto, bien conocido por la jurisprudencia clásica. Contraponer la certeza y verificación material de la maternidad, a la incertidumbre y falta de seguridad en lo relativo a la paternidad, que solamente puede obviarse con aproximación, si ponemos la atención en el momento del parto, para remontar al de la concepción, era una secuencia lógica, por lo que sentencia el romanista: «il sottolineare che la paternità (legittima) si recollega alle *nuptiae*, sembrano principi lineari e non suscettibili di distorsioni»⁹⁵.

Desde otro punto de vista, es indiscutible que el texto de Paulo no abordaba directamente y de modo explícito el tema de la presunción de paternidad, ya que se refería a la *in ius vocatio iniussu praetoris*, con remisión a las *nuptiae*, de modo que el hijo que demanda, sin autorización previa magistratual, era libre para negar la paternidad del *vocatus*, instaurándose una acción prejudicial. Paulo en dicho fragmento, como indica Lanfranchi⁹⁶, refiere una regla que viene corroborada por otros *responsa* de las fuentes, de modo que es plenamente asumible su vigencia, además de que el principio, en la formulación actual, es plenamente genuino, y excesivamente sintético, aunque ello se explica por el supuesto para el cual fue emitido. Inicialmente es una regla de derecho sustantivo, pero la referencia a la prueba viene de la colocación de su contenido en el título del Digesto *De probationibus et praesumptionibus*, debido a la nueva perspectiva de la *praesumptio iuris* en la Compilación⁹⁷.

94 LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni...*, o. c., pp. 48-49.

95 Es una *communis opinio* entre los romanistas que en caso de hijos ilegítimos, el padre puede ser muy conocido, pero es incierto, simplemente porque a su favor no intervienen los elementos que concuden a la presunción de paternidad, por lo que no se dice en las fuentes que el padre es incierto, lo que indudablemente no cabe en las nupcias incestuosas o nefarias, sino que no tienen padre, porque jurídicamente no es verificable como tal progenitor. Este es el criterio interpretativo del fragmento de Tit. ex corp. Ulp. IV, 2, *qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur*, ya que la materialidad del parto es un dato biológico reconocido sin problema, mientras que el padre es incierto, en cuanto para el derecho no es verificable, pero no porque sea dudoso o desconocido, sino porque no existen las justas nupcias.

96 LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni...*, o. c., pp. 51-52.

97 Una síntesis de los planteamientos defendidos por Lanfranchi y Donatuti, vid. DUPLÁ MARÍN, M. T., *El principio mater semper certa est ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias*, en AA. VV., *Fundamenta Iuris*. Terminología, principios e *Interpretatio*, coord. y ed. P. Resina Sola, Almería, Universidad de Almería, 2010, pp. 309-320, especialmente pp. 312-313:

El francés Coste, a finales del siglo XIX⁹⁸, partía de una situación de hecho, por la cual la paternidad no se puede establecer directamente, y la existencia del matrimonio la debe hacer presumir. Existe en el Digesto el célebre texto, D. 2, 4, 5, que con el tiempo se ha convertido en la expresión más usual de este principio. El pretor prohibía al niño demandar a los generantes ante el tribunal, sin haber obtenido una previa autorización: «*parentem sine permissu meo in jus ne quis vocet*». Ello hace preguntarse, ¿qué se entiende por *parentes* o *parens*, ya que en cuanto a la madre no hay dificultad, pues ella siempre es cierta, aunque el niño nazca fuera del matrimonio: *Semper certa est etiamsi vulgo conceperit*. Al contrario, sería imposible determinar con certeza el padre, y ante esta situación, la ley se ha visto obligada a designarlo, y este será el esposo de la madre: «*pater is est quem nuptiae demonstrant*»⁹⁹.

Sobre la carga de la prueba¹⁰⁰, y los diferentes medios de prueba, entre los cuales hay que citar las presunciones, incluidas las presunciones *iuris*, parece demostrado, como puso de manifiesto Pugliese¹⁰¹, que no existen normas que regulen imperativamente la carga de la prueba en el procedimiento formulario, aunque la jurisprudencia de este período fue estableciendo determinadas directrices, porque si al actor correspondía probar su *intentio*, para que obtuviera una sentencia favorable, no es menos cierto que el demandado, con su *exceptio*, se obligaba a la prueba oportuna, sin olvidar la importante casuística derivada de la práctica. Por su parte, Giannetto Longo¹⁰² afirma que no existen reglas y directrices acerca de la individuación de la carga de la prueba en el proceso civil del *agere per formulas*, y en gran medida en la

Siguiendo a Donatuti y Lanfranchi, la regla de Paulo es de derecho material, y se basa en una triple base presuntiva: cohabitación, fidelidad y tiempo legítimo de la gestación; también se inspiró el mismo motivo que la presunción muciana, para evitar sospechas infundadas contra la mujer que diera origen a situaciones de conflicto en el matrimonio, a causa de la verificación por el juez del período de gestación, para comprobar que el nacimiento tuvo lugar dentro del plazo legal previsto. Es indiscutible, que la regla *pater is* admite prueba en contra. Esta legitimidad, de la regla de Paulo, es un punto de referencia y axioma jurídico, al menos, en el entorno de la sociedad patriarcal a la que sirve el matrimonio para dar continuidad a la familia, sin perjuicio de los muchos casos dudosos que se plantearían a efectos de reconocimiento.

98 COSTE, G., *De la présomption légale de paternité d'après le Droit Romain, l'Ancien Droit et le Code civil*, París, Arthur Rousseau, 1884, p. 2.

99 COSTE, G., *De la présomption légale...*, o. c., p. 3: se trata de una regla general, a propósito de una hipótesis determinada, o al contrario, es una presunción absolutamente especial y no puede generalizarse.

100 Vid. LEVY, J. Ph., *Cicéron et la preuve judiciaire*, en *Droits de l'Antiquité et Sociologie juridique*. Mélanges Henri Lévy-Bruhl, París, Sirey, 1959, pp. 187-197.

101 PUGLIESE, G., *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, en RIDA 3ª serie, t. III (1956) 349-422.

102 LONGO, G., *L'onere della prova nel processo civile romano*, en IURA 11 (1960) 149-182, con síntesis en pp. 181-182.

tramitación de la *cognitio extra ordinem* hasta el período posclásico, viniendo a ser elementos que caracterizan el proceso civil justiniano, mediante la interpolación de los textos clásicos, en muchas ocasiones. Ugo Zilletti¹⁰³, por su parte, partiendo de los estudios de Archi y Levy, llega a la conclusión del carácter unitario, orgánico, incluso intrínseco, del fenómeno probatorio en la comisión de Justiniano, sin que haya un sistema totalmente exhaustivo, si bien el título D. 22, 3, intitulado *De probationibus et praesumptionibus*, presenta, en el fragmento 25, el centro de la doctrina bizantina en esta materia, con especial análisis de la prueba testifical y su relación con la prueba escrita.

Entiende Lanfranchi¹⁰⁴, que Paulo enuncie *incidenter* la regla de derecho material, con el exclusivo objeto de un problema procesal, pero no debe extrañar, porque hay otros ejemplos en los textos clásicos, algunos de ellos relacionados con esta regla. En su criterio, la legitimidad de los nacidos de mujer, a resultas de la concepción producida en el período de matrimonio, debió constituir «un caposaldo sostanziale e un assioma giuridico incontestabili, che si inducono dalla struttura stessa del matrimonio romano; per i Romani fin dal momento in cui abbiamo materiale documentario, e, verosimilmente, anche prima». Con dicha regla, se reconoce y sanciona que el hecho de la paternidad, si va unido con el nacimiento *ex uxore*, aume relevancia y calificación jurídica, determinándose, en primer lugar, el nacimiento de la patria potestad, a través de la individuación del sujeto pasivo de la misma¹⁰⁵.

La interpretación de la regla sustantiva «*pater is est...*», y fragmentos que la corroboran, afirman claramente que el marido «es» el padre del que ha sido concebido, pero el fragmento nada dice que se presume como tal. La concepción en el matrimonio no es tanto una prueba de la paternidad legítima, cuanto el hecho constitutivo de la misma, porque conforme a D. 1, 6, 6, es hijo el que nace de los esposos, pero no porque se cree o se presume, sino

103 ZILETTI, U., *Studi sulle prove nel Diritto giustiniano*, en BIDR 67 (1964) 167-215.

104 LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni...*, o. c., pp. 57-58 y 64.

105 En opinión de Perozzi, dicha regla no tiene más que un valor negativo, porque el no concebido en matrimonio no puede ser hijo del marido. Ciertamente que esta afirmación es veraz, pero es obvia consecuencia negativa, que sale simétricamente el principio positivo: el concebido en el matrimonio es hijo del marido. Desde el punto de vista de Perozzi, la procreación por obra del marido es para los romanos un hecho como cualquier otro, que existe, en tanto en cuanto el magistrado se convenza de su existencia, de tal manera que la concepción en el matrimonio no es sino el presupuesto necesario de su convicción. PEROZZI, S., *Tollere liberum*, en *Scritti giuridici*, a cura di U. Brasiello, vol. III, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 93-128. Pero esta argumentación carece de fundamento, porque sería tanto como afirmar que el *status* del nacido *ex uxore* no estaba prefijado antes del pronunciamiento del juez, porque el nacido *ex uxore intra legitimum tempus* es automáticamente *filius in potestate* del marido o de su *paterfamilias*, aunque el padre podrá liberarse de su *potestas* de diversos modos, desde el *ius necandi* al *tollere liberos* o la *emancipatio* o incluso acudiendo al pronunciamiento judicial de desconocimiento de la paternidad.

que viene considerado como tal, y esto no alude a la prueba, sino a una regla que admite la contradicción, o como afirma la dogmática moderna, encabezada por Carnelutti¹⁰⁶, la aparición de circunstancias impeditivas de la eficacia de dicha regla.

Entiende Lanfranchi¹⁰⁷ que dicha norma sustantiva se apoyaba en una triple base presuntiva: a) la cohabitación de marido y mujer; b) fidelidad de la mujer al marido, que era obligatoria legalmente, y que *plerumque accidit*, juntamente con el principio de la probabilidad, y c) la relativa al tiempo legítimo de la gestación.

La romanística moderna asume que el fundamento de esta presunción de paternidad es el mismo que el de la presunción muciana, también de origen clásico, para evitar que personas extrañas levantaran, contra la esposa, sospechas injuriosas y perturbadoras de las relaciones matrimoniales¹⁰⁸. Si hay alguna impugnación del *status* del hijo, o desconocimiento de paternidad, el hijo podrá alegar ante el juez la posesión de hijo legítimo, para lo cual debe argumentar desde el hecho bien conocido y probable, que es el nacimiento dentro del plazo reconocido por el Derecho, al hecho no conocido y no probable directamente, o en otras palabras, del dato susceptible de prueba directa al que no es tal, como es el momento de la concepción, a fin de determinar que sea el previsto por el derecho.

Como puso de relieve Donatuti¹⁰⁹, las presunciones en sentido técnico, admiten como carácter indiscutible la prueba contraria, a causa de su estructura y su función probatoria, de modo que la regla *pater is est*, también la admite en Derecho romano, con extraordinaria amplitud, a través de determinados hechos que son considerados jurídicamente relevantes.

La primera circunstancia requerida para la válida aplicación de dicha norma jurídica, *pater is est...*, consiste en el nacimiento *intra tempus legitimum*, que otorgaba la madurez del feto entre el séptimo y el décimo mes, siguiendo las doctrinas de Hipócrates y Pitágoras.

106 CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I. Funzione e composizione del processo, Padova, CEDAM, 1936, p. 815: «indico al studioso, che voglia rendersene conto, l'art. 159 Cod. Civile, non si dice che il marito si presume ma, invece, che è padre del figlio concepito durante il matrimonio; pertanto la concezione durante il matrimonio non tanto prova quanto è il fatto costitutivo della paternità legittima; e le circostanze previste negli art. 162 e sg. non sono prove del contrario, ma condizioni impeditive della sua efficacia».

107 LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni...*, o. c., pp. 55-57.

108 Vid. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., *Evolución histórica de las presunciones. Dos ejemplos: la presunción de paternidad y la presunción muciana*, en Revista Jurídica del Notariado 58 (2006) 205-316.

109 DONATUTI, DONATUTI, G., *Le «praesumptiones iuris» come mezzi disvolgimento...*, o. c., p. 14.

Así lo indica el mismo Ulpiano, en D. 38, 16, 3, 12, que exige que haya comenzado el séptimo mes, porque si se hubiera incoado ese mes «*qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*». En D. 1, 5, 12 de Paulo, se cita el «*septimo mense nasci perfectum partum*», aunque un poco más adelante añade: «*et ideo credendum est eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*», porque a partir de ese momento se considera que tiene posibilidades de vivir fuera del claustro materno. Hay que tener presente, que para el Derecho romano se atendía no al momento del alubramiento, sino a la concepción por los esposos legítimos.

El plazo de gestación exige, para que haya madurez de la criatura, que nazca en el mínimo de 182 días completos después de la celebración del matrimonio, y el máximo previsto eran 300 días completos, después de la disolución, por muerte o por divorcio, ya que Ulpiano, en D. 38, 16, 3, 11, afirma: «*Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*». Esos períodos del parto prematuro o el parto tardío fue fruto de una interpretación jurisprudencial¹¹⁰, concordando, para el plazo máximo, el precepto que aporta Aulo Gelio, en Noct. Att. 3, 16, 12, «*in decem mensibus gigni hominem*»¹¹¹.

Dicha regla de presunción de paternidad, en derecho clásico, era válida mientras no se demostrase que el marido no era el padre de la criatura, porque el Derecho romano buscaba la verdad objetiva en materia de filiación, tal como se desprende de la Constitución de Diocleciano y Maximiano, C. Iust. 4, 19, 14, del año 293, y explícitamente en el fragmento de Scaevola D. 22, 3, 29, 1: «*Veritati locum superfore*»¹¹².

Un problema conexo con la duración de la gestación es el de la madurez del feto, aunque no existen, en los fragmentos clásicos, casos prácticos de aplicación de esta investigación, que se relaciona con el parto maduro o

110 PS 4, 9, 5, si bien el séptimo mes debía interpretarse ya cumplido, en paralelo con el décimo, que refiere tiempo completo.

111 Sobre esta materia, vid. por todos, ROUSSIER, J., *La durée normale de la grossesse*, en AA. VV., *Droits de l'Antiquité et Sociologie juridique*. Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris, Sirey, 1959, pp. 245-256.

112 VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, rist., Roma, Ed. Ricerche, 1972, pp. 678-679 y nota 2, comienza con un presupuesto para entender la presunción legal de paternidad: «L'ordinamento giuridico romano ricollega diverse conseguenze alla filiazione a seconda che i genitori siano o meno uniti in *iustae nuptiae* al momento del concepimento del figlio». A continuación se adhiere a la doctrina comúnmente compartida por los romanistas: los hijos *legitimi* o *iusti* son los concebidos por personas unidas entre sí en *iustae nuptiae*: «Si presume (es la presunción de paternidad 'espressa dai Romani con la celebre frase D. 2, 4, 5: *Pater vero is est...*)', si tal hijo es procreado entre los 182 días después de iniciado el matrimonio y antes de los 300 de su cesación, aunque el marido puede en cualquier momento, aportando las pruebas, desconocer la propia paternidad respecto al nacido, dentro de dichos plazos, de la esposa con la que estaba unido en matrimonio, al tiempo de la concepción.

perfectus, citado por Paulo. Según Savigny¹¹³, la regla *septimo mense nasci perfectum* fue establecido exclusivamente como base de la presunción de paternidad, en la cual no entra de ninguna manera la cuestión de la vitalidad o viabilidad del feto, lo cual, según Ambrosino, citado por Lanfranchi, solo es parcialmente correcto, porque parto perfecto significa que el embarazo ha llegado a feliz término.

Esta regla no se aplica ni en el concubinato, ni en el contubernio. A pesar del criterio expuesto por Maynz¹¹⁴, tampoco existió en Roma el matrimonio putativo, a pesar de haber defendido que la legitimidad de los hijos sobreviviría a la nulidad del matrimonio, porque no tiene apoyo alguno en las fuentes.

Por otra parte, recuerda Bonfante, que reuniendo todas esas circunstancias de legitimidad, si la madre confiesa que el hijo nace de un adulterio, con lo cual revela que ha sido procreado de un extraño, y no es hijo de su marido, esa confesión no vale como prueba contraria, que destruya sin más la presunción, porque es preciso atender a la verdad de la generación, a tenor del *responsum* de Cervidio Scaevola, en D. 22, 3, 29, 1¹¹⁵, que vemos aplicado reiteradamente en el Derecho de la Recepción¹¹⁶.

4. PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA

Dos fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, D. 1, 6, 6 y D. 2, 4, 5, así como una constitución imperial de Alejandro Severo, C. Iust. 5, 4, 9, y un capítulo de las Decretales, X 2. 19, 10, aportan la base para la construcción doctrinal de los intérpretes, desde la Recepción en el Medievo hasta la Edad Moderna, en el proceso de codificación europeo.

113 SAVIGNY, F. C. von, *Sistema del Derecho romano actual*, vert. al cast. por J. Mesía y M. Poley, 2ª ed., t. I, Madrid, Góngora, 1839, trad. Scialoja, II, p. 306-310 y apéndice III, pp. 404-420, especialmente pp. 413-418.

114 MAYNZ, Ch., *Cours de Droit romain*, vol. III, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1877, pp. 76-77.

115 «*Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. quaesitum est, an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit, nec obsit professio a matre irata facta, respondit veritati locum superfore*». El romanista italiano observa que, en este fragmento, Cervidio Scaevola utiliza un lenguaje seco, encubierto y levemente irónico, que es un estilo que le caracteriza. BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano, vol. I. Diritto di familia*. Rist. cor. dalla I ed. a cura di G. Bonfante e di G. Crifó, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 367-368.

116 Ferrini, en su *Manual*, al referirse a los efectos del matrimonio «justo», cita un plazo de alumbramiento «sei mesi dopo la sua conclusione», suponiendo que se refiere al séptimo, conforme asientan como posible las leyes naturales, aunque es lícito probar un embarazo de duración extraordinaria, al que se refiere Aulo Gelio en Noct. Att. 3, 16, 12, admitido, al menos, en tiempos de Adriano, respetando el derecho del marido a «mostrare l'impossibilità che sia proprio il figlio pur nato durante el matrimonio». FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4ª ed. cur. e int. da G. Grosso, Milano, SEL, 1953, p. 692.

El primero contiene la regla bien conocida *«pater is est quem iustae nuptiae demonstrant»*, que era válida mientras no se demostrase lo contrario, aunque cabían múltiples pruebas contra dicha presunción, negando al marido la paternidad.

Acurcio, al que citan posteriormente otros juristas, afirma¹¹⁷ que *«filiationem non esse necessaria probatio, sed coniecturalis plane, et ex coniecturis pendens at non impossibilis, nuptiae probant filium. Filium probatur nuptiis legitimis, et praesumitur iustus filius qui ex legitimo matrimonio natus est»*. Al comentar D. 2, 4, 5, sostiene Acurcio: *«verum est praesumptione iuris»*, puesto que *«parentem certo demonstrare impossibile»*, y en palabras del glosador *«scire enim hoc est impossibile, quis cuius filius sit»*¹¹⁸, y sin embargo, se acude a la presunción.

Baldo de Ubaldis¹¹⁹, comentando X 2. 19, 10, destaca, de su contenido, que *«efficacior probatio exigitur ab illo, quod probare vult, quod non est verisimile»*, asumiendo que algunas presunciones no admiten prueba en contrario, mientras que otras sí lo admiten, como sería la presunción de paternidad.

Andrés Alciato¹²⁰, después de referir la máxima, o aforismo, o regla, en términos propios del fragmento jurisprudencial, *«natus ex uxore, praesumitur conceptus de marito, licet mater interim etiam cum aliis consueverit...»*, muestra su disconformidad con dicha interpretación, que venía desde la glosa, para presentar una concatenación de presunciones: *«sed tu adverte, quia textus... non probat istam opinionem: quia licet dicat quod posset illam esse adulteram, et impubes defunctum patrem habuisse, non tamen sequitur, ergo lex hoc praesumit: quia multa sunt possibilis, quae tamen non praesumuntur... facta quamvis possibilis, regulariter non praesumuntur...»*.

Merced al Derecho canónico, dicha regla fue aplicada igualmente a la relación estable, sin *affectio maritalis*, del concubinato, u otra similar convivencia de hecho, y como tal lo refiere el humanista, aunque matiza que la misma no tiene lugar respecto de la criada, que está sirviendo en casa de su amo: *«ampliatur, ut procedat etiam in concubina retenta in domo: quia praesumetur filius eius qui eam concubinam retinet, non autem alterius... et*

117 ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei... cum commentariis Accursii...*, Lugduni 1627, col. 57, comentando D. 1, 6, 6.

118 ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei...*, o. c., col. 157.

119 BALDI UBALDI, perusini, *In Decretalium volumen commentaria, Francisci de Parona, Alias excusis. Vincentiique Godemini novissimis, nunc primum additir, adnotationibus illustrata*, Venetiis, apud Iuntas, 1595, fols. 244v-245r.

120 ALCIATO, A., *Tractatus de praesumptionibus, cum annotationibus Ioannis Nicolai Areletani*, regula 3, praesump. 37, en *Opera omnia*, vol. IV, Basileae, per Michsingrinium, reimpr. Vico Verlag, Frankfurt am Maim, 2004, cols. 797-801.

istud procederet, etiam si talis non retineretur in schemate concubinae... quod tamen intelligitur, quando talis eam pro arbitrio suo haberet... item quando eam retineret intra domum, ex quo verisimile est quod non ita prostituerit aliis, sicut potuisset facere si non habitasset in domo... quod si quis habuit consuetudinem cum aliqua extra domum, et nascatur filius, non tamen praesumitur ex eo natus, nisi probaretur quod ea cum nemine alio consuevisset, et ita dicit se obtinuisse et mihi placet licet moderni dubitent... Item intellige, quando constat quod retinens eam in domo consuesceret cum ipsa: alioquin si ancilla reperiatur praegrans, non tamen simpliciter est praesumptio contra dominum, secundum Baldum».

Dado que se trata de una presunción *iuris tantum*, el citado jurista señala las diferentes situaciones en las que no es posible aplicar la presunción legal, como la ausencia prolongada en la convivencia conyugal, sin posibilidad de tener relaciones sexuales con la mujer durante todo el período de la gestación¹²¹, o que las circunstancias admitan la impugnación por parte del marido¹²², aunque algunos de los supuestos no pasarían al Derecho positivo codificado en los siglos XVIII y XIX, a la vez que presenta las limitaciones contrarias a la presunción, juntamente con otros medios de prueba, que pueden ser alegados en el juicio de reconocimiento de la paternidad, tanto en caso de un matrimonio legítimo, como de un concubinato, y que cifra en los términos ya elaborados por los Comentaristas medievales: *fama*, *nomen*, y *tractatus*, además de las pruebas testifical y documental, que en conjunto pueden hacer caer definitivamente la presunción legal, o, en su caso, favorecer la impugnación del marido, presunto padre que rechaza su aplicación, explicitando que esa presunción de paternidad no cabe respecto de la prostituta, por la *confusio sanguinis* de muchas personas, de donde dimana el instituto, que estuvo vigente en algunos ordenamientos positivos hasta el siglo XX, la *exceptio plurium concubentium*¹²³.

121 Siguiendo a Partidas 3, 14, 9, «*quod procedit utcumque, modo potuerit ille filius concipi ex marito. Id tantum poterit hanc praesumptionem elidere, si probetur, maritum ad uxorem non accessisse illo tempore quo ille filius concipi potuit, atque idem erit in filio nato ex concubina domi retenta, glosa ibi recepta communiter in capite Michael De filiis presbiterorum*».

122 «*Item intellige, dummodo talis mulier non fuerit absens eo tempore quo debuit a communiter accidentibus esse facta gravida, secundum Abbatem... Tertio amplia, ut supradicta praesumptio procedat, etiam si tam mater quam maritus negarent, et dicerent natum ex adulterio... Quarto amplia, etiam si filius natus non assimilaretur marito, sed alicui adultero... quia istud potuit contingere propter cogitationem mulieris tempore conceptionis... Ultimo ampliatur, etiamsi mulier per longum tempus fuisset sterilis cum tali marito...».*

123 «*Limitatur supradicta praesumptio, ut contrariae praesumptioni cedat... Unde licet in casu supradictarum ampliationum illae coniecturae ex seipsis non essent sufficientes, tamen possent ita adiuvari vel simul omnes, vel ex concursu aliarum, quod esset sufficiens probatio ad informandum animum iudicis in contrarium. Et sufficiens praesumptio esset, quando cum confessione matris concurreret*

Uno de sus principales *excursus* sirve al humanista para mostrar la diferencia existente entre la concepción por parte de la esposa, *constante matrimonio*, porque cometió un adulterio con un extraño, y la maternidad de una meretriz, que mantiene contactos habituales con varias personas diferentes, ya que en el primer caso, Alciato entiende que no se rompe la presunción, incluso si el hijo nace con minusvalía física, que algunos autores atribuían a la ilegitimidad del coito con ese progenitor, aspecto este que niega radicalmente el jurista italiano, mientras que no cabe aplicarla en el segundo, además de refutar que estemos en presencia de una presunción *iuris et de iure*:

Reprobanda est sententia... filium ex uxore adultera natum, praesumendum fore ex adulterio potius quam ex coniugio conceptum, si claudus vel caecus natus fuerit... y es un criterio manifiestamente falso. Cesa la presunción, secundum omnes eo casu, quo appareat, filium uxoris eo fuisse natum tempore, ut inde constet, non esse ex marito conceptum: quia concipi eo naturaliter non potuit ob ipsius mariti absentiam. Immo quidam voluerunt, aliter tolli non posse dictam praesumptionem, cum ea sit iuris et de iure... quorum opinio mihi non omnino placet, quippe qui videam omnium fere consensu admitti probationem in contrarium, quam paulo ante tradiderim... opinor alias probationes, urgentioresque praesumptiones tollere praedictam iurisconsulti praesumptionem... admonendi sunt denique iudices, ut potissimum illam admittant probationem in contrarium, ex qua, vel quia maritus absens, vel aliquo morbo, aut frigidity impeditus fuerit, minime potuerit vero simili coniectura conceptionis tempore, ad uxorem accedere, et eam cognoscere. Praeter has autem probationes (dos testigos, ex tractatu tanquam filius a parentibus, per nominationem y fama), et si possint locum obtinere coniecturae et praesumptiones adversus praesumptionem iuris, non temere, sed magna cum ratione arbitrij sunt admittendae.

fama... et est fama secundum Baldum testimonium vulgi, dicti sui rationem non reddentis, sed opinantis: et illa communiter se adaptat rebus veris, vel vero proximis. Item quando ista uxor fuisset concubina alterius, et partus fuisset agnitus per concubinarium; nam tunc non praesumeretur mariti, et praesertim si natus esset vicinis scientibus in domo ipsius concubinarii... Idem si iste filius solebat se appellare filium alterius quam mariti... et licet confessio absente parte facta non praeiudicet, tamen secundum Paulum (de Castro) quando est frequens et pluries repetita, videtur transire in quandam publicam famam et tunc nocet. Idem si in suo libro iste filius ita scripsisset, ut per eum. Et generaliter, cum simus in materia praesumptionum, multum residet in arbitrio iudicis, qui iudicet ex indicis et coniecturis. Et est non levis coniectura etiam, quando talis institueretur haeres ab isto qui fuit adulterus matris: nam nisi esset filius eius, verisimiliter eum non instituisset... istam praesumptionem cessare concurrentibus duobus et quae mulier diu fuerit sterilis et quia aliquando divertet a marito: nam potius praesumetur quod interim cum absentasset se a marito, sit facta praegnans. Sed nunquid ista praesumptio procedat etiam in meretrice et sic in muliere nupta, quae tamen multorum libidini patetur... Sed ego non puto istud verum... non est aliqua ratio verisimilitudinis, cur magis sit natus ex marito quam ex aliquot adultero, ex quo plures cum ea concubuerint: et ideo talis praesumptio non debet procedere in isto casu».

Escobar del Corro¹²⁴ plantea la cuestión de los medios utilizables para probar la filiación legítima, comenzando por los libros de bautismo y nombres de los cónyuges, como primer elemento a tener en cuenta, pero a continuación explana las presunciones y conjeturas verosímiles, diferenciando claramente las que permiten acercarse al hecho biológico de la maternidad, frente a las que plantean muchas dudas respecto del padre biológico, aunque es posible servirse de múltiples presunciones y conjeturas juntas, tal como sostuvieron Beroio y Maschardo, «*et quidem ex multis praesumptionibus simul iunctis, quarum singulae non sufficient, poterit probari filiatio, et ex quo matrimonio a parentibus inito filius processerit, ut probat Covarrubias*»¹²⁵.

Menochio, por su parte, muestra la enorme dificultad de probar la filiación, al consistir en un hecho que no se presume, de modo que el hijo, en general, debe probar su filiación, si afirma tal relación respecto de un progenitor¹²⁶. No obstante, recuerda la presunción romana referente a la filiación legítima, con indicación de reglas aplicables a la institución en la Edad Moderna, muchas ya vigentes en Roma:

*Filius is praesumitur, qui probavit se esse natum ex uxore eius quem asserit patrem. Et idem dicendum, etiam si eo tempore, quo is conceptus est, mater eius consuetudinem habebat cum adultero. Idem si mulier habitaret extra domum mariti, si modo maritus ad eam accedere solebat. Idem dicendum in filiis naturalibus qui ex concubina praesumantur. Idem si mater affirmaret, filium illum ex proprio marito non esse genitum. Matris assertio et confessio non potest nocere filio circa filiationem, et minus assertio patris. Mariti et uxoris confessio et assertio, quod filius natus in eorum domo et ex illa uxore, non sit mariti filius, sed adulteri, ipsi filio nocet*¹²⁷. *Uxor, quae diu stetit sterilis, et divertit a*

124 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., p. 116: «*quibus modis filiatio probetur: per instrumenta antiqua, in quibus obiter refertur. Etiam si per enunciativa loquantur. Similiter libri in quibus adscribuntur baptizatorum et coniugum nomina in parochialibus Ecclesiis, quibus filiatio et descendencia plena probatur*».

125 ESCOBAR DEL CORRO, J., *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda...*, o. c., p. 434: «*in filiatione dubia, iudicanda ex pluribus coniecturis, et praesumptionibus*». Ibid., p. 156: «*expositus et vulgo quaesitus... ex incertis progenitoribus, quorum sanguinis qualitates non possunt probari... et ideo dicitur improbabile, quia incertum et sicut expositus cognomen patris deferre non potest, non quia ius prohibeat, sed quia incertum habet, nec habere constat... ita similiter nec qualitates sustinet paternas quia incertas habet, sicut nec patrem habere intelligitur cum incertum habeat*». Ibid., p. 395: «*pater cogitur filium agnoscere nisi evidentissimis ostendat probationibus alterius filium esse*».

126 MENOCHIO, Jac., *De praesumptionibus...*, o. c., t. II, pp. 753-759: «*Filiatio vere et proprie non potest probari, et cum sit quid facti non praesumitur, et qui se filium asserit, probare debet*».

127 «*Cum filiatio sit quid facti, non praesumitur: sed qui se filium asserit probare debet. Hoc certum et apud nostros vulgatum esse, nemo ignorant. Prima est coniectura, quando probatum est, illum esse natum ex uxore illius viri. Nam praesumitur a viro ille generatus, D. 1, 6, 6. Extenditur haec coniectura, ut locum habeat etiam si eo tempore, quo iste conceptus est, eius mater consuetudinem habebat cum adultero. Nam adhuc ille filius praesumitur a marito generatus. Procedit etiam si mulier habitaret*

viro, et aliquot post dies reversa filium genuit, et domi peperit, ex proprio viro illum genuisse praesumitur. Filius legitimus is non praesumitur, qui natus est patre absente, puta per decennium, et reversus filium invenit anniculum. Idem quando constaret, virum et mulierem non potuisse aliqua de causa generare. Vir potest generare usque ad sexagesimum suae aetatis annum, mulier vero usque ad quinquagesimum. Filius mariti non praesumitur, quando uxor habitavit cum alio, etiam quod marito pateret aditus coeundi cum uxore. Idem quando maritus raro accedebat ad ipsam habitantem in domo adulteri. Et quando in ea peperit mulier, et quando non constat, quod maritus tempore conceptionis illius partus, accederet ad uxorem extra domum suam habitantem, et hunc accessum quis probare debeat. Idem quando filius fuit educatus, tractatus, et nominatus tanquam filius adulteri. Filius quis praesumitur ex nominatione et confessione patris nominantis et confitentis aliquem esse filium suum.

Más explícito y con mayor extensión examina esta cuestión en su obra *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*¹²⁸, dedicando a su estudio el caso 89, bajo el epígrafe: «*Quibus probationibus filiatio probetur, et de partuum tempore*»¹²⁹, señalando que es una materia ardua y difícil «*Cum filiationis probatio non modo difficilis iure nostro, sed et pene impossibilis credatur: factum est, ut opinentur omnes, coniecturas sufficere, easque in iudicis arbitrio positas dixerunt*», conforme al criterio de Baldo degli Ubaldi, al que siguen Alejandro de Ímola, Parisio y Alciato¹³⁰.

Después de señalar que hay un triple grado de prueba: necesaria, probable y presuntiva, la primera de las cuales se aplica solamente a la maternidad, mientras la segunda: «*probabilem, quoad patrem, cum domi natus est filius*»,

extra domum mariti, si modo maritus ad eam accedere solebat, et idem quando mulier concubisset cum multis, siguiendo a Pontano en su tratado De alimentis. Haec coniectura etiam locum habeat in filiis naturalibus, qui ex concubina praesumuntur. Etiam locum habet si mater affirmaret, filium illum ex proprio marito non esse generatum, nam adhuc filius iste natus in domo ex uxore illa praesumitur generatus a marito atque ita eius creditur filius. Non enim matris assertio et confessio nocere potest filio. Etsi matris assertio atque confessio nocere hoc casu non potest filio, multo minus ei potest obire assertio patris, qui non ita certus est, filium a se generatum esse, ut est mater. Si enim matri certae adhibenda non est fides in detrimentum filii: multo minus credendum est patri. Filius is proprie dicitur, quem iustae nuptiae demonstrant. Filius legitimus is non praesumitur, qui natus est patre absente, puta per decennium, et reversus invenit filium anniculum. Idem quando constaret, virum vel mulierem non potuisse aliqua de causa generare. Idem quando uxor habitavit cum alio, etiam quod marito pateret aditus coeundi cum ipsa uxore. Filium esse legitimum non est a natura, sed a iure positivo. Filius praesumitur potius legitime natus quam econtra, quando agitur de ipsius favore, secus quoad favorem patris».

128 MENOCHIO, Iac., papiensis, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis, libri duo*, Lugduni, apud Io. Pillehotte, sub signo nonimis Iesu, 1606,

129 MENOCHIO, Iac., papiensis, *De arbitrariis iudicium quaestionibus...*, o. c., pp. 197-294.

130 A pesar de lo cual, «*Quam rem, cum ego noverim esse in foro et iudiciis quotidianam et admodum utilem, nec omnibus in casibus veram esse Baldi, Alexandri, et Parisii doctrinam, existimavi me rem non ingrati studiosis et benevolis facturum, si rem ipsam Paulo altius et diligentius, quam hactenus factum viderim, explicaverim*».

según D. 1, 6, 6, reconoce la tercera «*praesumptivam, quae ex coniecturis et praesumptionibus colligitur*»¹³¹, de modo que no incluye la presunción legal de la paternidad legítima en este grupo, ya que la interpreta como norma material, y añade:

Probatione necessaria filiatio probari minime potest: quoniam certa scientia illa esse dicitur, quando aliquis de certo et proprio sensu attestari potest. Sed filiorum procreatio cadere non potest in certum hominis sensum, cum testificari nemo possit, talem ab illo genitum, aut conceptum fuisse; vero ergo probari non potest.

En su criterio, es imposible una prueba concluyente de la filiación, como reconocen todos los autores, a partir de Bártolo, Baldo, Decio, Hipólito de Marsella, Parisio, Alciato y Paleotto, pero, «*nec adversatur, quod in multis iuris locis certus pater, verus filius appellentur, quoniam intelliguntur verus filius et certus pater praesumptionibus illis et coniecturis a iure probatis, quas dum lex pro veris et concludentibus probationibus habet, is ita probatus filius, certus filius dicitur, atque ideo pater eum recusare non potest, quamquam fictae haec et impropria probatio dicitur, attamen filius ita probatus, verus filius appellatur*».

Sentado el postulado, Menochio saca las ulteriores consecuencias del mismo, comenzando por la presunción de hijo legítimo, en el nacido de justas nupcias, y estimado como tal por los vecinos:

Filiatio probatur ex eo, quod domi natus sit, scientibus vicinis, ex viro et uxore: Prima itaque coniectura, et praesumptio, qua filiatio probatur, illa est cum est probatum illum esse natum ex uxore illius viri: ita clare probatur ex D. 1, 6, 6; C. Iust. 4, 19, 13, del año 293; C. Iust. 5, 3, 9, del emperador Probo; X 2, 19, 10 y X 4. 17. 3. Quae sane coniectura non solum quasi possessionem filiationis, sed ipsam proprietatem respicit, según Parisio y Paleotto.

A continuación, presenta sus matizaciones, ya que la denominada por Menochio «conjetura», se aplica incluso «*etiamsi probatum fuisset, mulierem illam cum adultero eo tempore consuetudinem habuisse*», y trata de fundamentarlo:

Sunt multa possibilía, quae non praesumuntur, imo facta, quae regulariter possibilía sunt, non praesumuntur... benignior et favorabilior praesumptio

¹³¹ «*Principio sciendum est, triplicem esse filiationis probationem, necessariam, probabilem et praesumptivam. Necessariam quoad solam matrem intelligimus, quae semper est certa; probabilem, quoad patrem, cum domi natus est filius. Praesumptivam, quae ex coniecturis et praesumptionibus colligitur, ita Baldus...*».

sumenda est in dubio, quod honestius est, praesumi debet... docuit Baldus potius praesumi possibile honestum, quam possibile inonestum. Cum ergo hoc casu mulier, et cum viro et cum adultero consuetudinem habuerit, praesumitur filius ille natus ex marito, ut favorabilior sit pro eo interpretatio. Haec praesumptio non est iuris et de iure, nam falsum hoc est, id quod scriptum reliquit Emanuel Costa, lusitanus, in lege Gallus¹³². Est enim tantum praesumptio iuris, quae probationem in contrarium admittit.

Menochio presenta otras tres situaciones, en las que sigue vigente la presunción legal de paternidad, aunque existiera motivo para dudar del progenitor:

Extenditur secundo procedere, etiamsi mulier habitaret extra domum mariti, si modo ad eam maritus accedere solebat: Decio, Barbazza y Paleotto. Est ratio, quia cum causa matrimonii concurrat, et ipsa cohabitatio, qua fieri potest, ut filius ex ipso marito sit procreatus. Idem censuit Iaso.

Extenditur tertio, ut procedat etiam in naturalibus filiis qui ex concubinato nati praesumuntur: Ancharano, Alciato, Parisio, Paleotto y Jasón del Maino.

Extenditur quarto, ut procedat, etiamsi mater affirmet filium illum ex proprio marito, viroque illo non esse generatum nec enim haec matris assertio, filio detrimentum aliquod adferre potest, concordat cum Alciato y Paleotto¹³³.

Sentada la presunción y sus extensiones, Menochio pone mucho énfasis en presentar las circunstancias que impedirían su vigencia, como la ausencia prolongada del marido durante todo el tiempo de la gestación del hijo¹³⁴, o

132 COSTA, E., Iurisconsulti lusitani, *Commentaria in paragraphum Et quis si tantum, L. Gallus ff. De liberis et posthumis*, Conimbricæ, exc. Io. Barrerius et Io. Alvarus typ. regii, 1548.

133 Estos son sus principales enunciados: «20. Filius praesumitur legitimus, quanquam adulterium mater commiserit, D. 48, 5, 12, 8-9. 22. Praesumptio favorabilior in dubio sumenda est. 23. Praesumitur potius possibile honestum, quam inonestum. 25. Filius praesumitur legitimus, etsi mater extra domum commoretur, modo pater ad eam accedat. 26. Filius naturalis ex concubinato, quomodo praesumatur. 27. Filius legitimus praesumitur, etsi mater contradicat. 31. Filius legitimus praesumitur, etsi ex muliere sit natus, quae diu fuit sterilis. Extenditur quinto, ut procedat etsi mulier diu sterilis divertat a vito, et aliquot post dies reversa filium domi pariat».

134 «31. Filius legitimus non praesumitur, cum est natus patre iam diu absente, por ejemplo una década et domum reversus anniculum invenit, nam tunc cessat praesumptio quod sit filius illius viri, id quod probat dicta lex filium, ex sententia Iuliani, etsi glosa ad dictam legem filium, in contrariam sententiam illum adferat, et quandam ineptam satis considerationem facit», conforme al texto crítico presentado por Antonio Agustín, «idem dici potest de nato post decimum vel undecimum mensem, a die quo abesse coepit vir, vel a die, quo mortuus esset. 33. Lex 1 Etidem Iulianus ff. De liberis agnoscendis intellectus et verus sensus. 34. Partum septimestrem iustum et perfectum esse», mientras que el parto en el octavo mes «dicendum est, ex communi sententia, vitalem non esse», y el parto de nueve meses no hay duda que es legítimo. Ibid., p. 201: «Iudex noster, vir prudens et diligens, observabit in primis diem natiuitatis pueri, deinde decem menses ab illa die praeteritos computabit, etsi comperiet in ultimo illo mense ex computo, qui erit in ordine primus a conceptione, virum fuisse ad generandum idoneum, iudicare poterit partum legitimum esse, si vero comperiet eo mense virum ita laborasse aliquo morbo, vel in extre-

cuando a causa de una enfermedad del marido o de la mujer, fueran incapaces para procrear, e incluso por la proveya edad¹³⁵, si bien admite que «*filius illegitimus multis coniecturis simul iunctis probatur, nam etsi singulae per se consideratae, sunt hac una infirmiores, attamen iunctae simul, huic praevallere debent*», adhiriéndose al criterio de Baldo y Ancharano: «*quando concurrat assertio parentum, tractatus et fama vicinia, spurium aliquem praesumi*»¹³⁶.

De aquí se desprende, según Menochio, «*filiationem probandae praxis: In iudiciis tamen observare solemus, ut omnia coniunctim deducamus. Primo, illum esse natum ex viro et uxore simul commorantibus, scientibus vicinis. Secundo, sic a patre habitum fuisse et tractatum. Tertio, sic ab eo saepius nominatum et appellatum. Quarto, sic ab omnibus communi fama et voce habitum et creditum: hanc praxim docuerunt post Bartolum, Abbas, Ruyus, Paleottus... alterum ex eis probare sufficit*».

mis egisse, satis cognoscere poterit, partum illegitimum esse. Hinc coniecimus decretum Hadriani, cuius meminit Gelio in capitulo 16, contra banc opinionem Hippocratis, nam Hadrianus decrevit partum undécimo mense natum, esse legitimum, intellexit Hadrianus de mense undécimo a die mortis testatoris, non autem a die conceptionis».

135 «53. Non habet locum haec coniectura, quando constaret virum vel mulierem aliquot morbo ita laborasse, ut generare non potuerint, sic probat dicta lex filium: D. 1, 6, 6: Filius legitimus non praesumitur, cum pater ad generandum impotens esset. 54. Ley filium, de iis qui sunt sui vel alieni iuris declaratur: filium non praesumi generatum ab eo, qui calculo in vesica et alio morbo ita laborabat, ut medicorum iudicio ad generandum minime idoneus esset. Idem dicendum est de senio iam confecto, ex verbis dictae legis filium, infirmitate interveniente vel alia causa, nam haec verba possunt exemplificari in eo, qui adeo est senio confectus, ut generare minime possit, como sostiene: Cino, Baldo, Paleotto y otros. 58. Sexagenarium secundum ius Civile generare non posse, tanquam ad generandum minime idonei», aunque Plinio lib. 7 cap. 14 habla de 50, y las leyes italianas hablan de 65 años para el varón y 45 para la mujer. 59. *Lex si maior C. de legit. haered.*: Justiniano llama milagroso el parto de una quincuagenaria, pero el hijo es legítimo, citando varios casos de partos de mujeres quincuagenarias, como el emperador Federico, y Plinio de uno de los Scipiones, pero Justiniano nada dice del nacido de un septuagenario.

136 «69. Filiationem probari ex tractatu et educatione, si filius domi educetur, et a patre ita tractetur, ut filii loco eum habere vere videatur, is in quasi possessione filiationis constituitur, huncque parit effectum, ut vere filius credatur, nisi contrarium probetur. 74. Filium probari ex solo actu tractationis», como sostiene Decio, si bien no procede, cuando el hijo fue tratado como tal por el padre durante años y luego lo rechazó y el hijo se marchó a otra casa, de modo que el nuevo padre le trató como su hijo, perdiendo la *quasi possessio* del primero; no procede cuando el trato proviene de piedad, como la entrega de alimentos. 77. Tercera conjetura de prueba de la filiación, *est parentum nominatio, quae aliquando recipitur, aliquando rejicitur*, aunque no procede si es algo incidental. 79. *Filiationem probari ex confessione iudiciali patris*, o extrajudicialmente, pero con solemnidad. 80. «*Filiationem probari ex libro patris, qui diem illius nativitatis scripsit*. 86: Cuarta conjetura, *ad probandam filiationem, quae ex fama provenit: sufficit enim haec, ut is in quasi possessione filiationis constituatur, ita magis receptum est apud nostros*. 97. *Filiationem ex similitudine probari: quinta conjetura, ad probandam filiationem, secundum aliquos, similitudo seu effigies*».

El jurista hispano Valenzuela Velázquez, trata de la filiación en uno de sus *consilia*¹³⁷, para afirmar: «*filiatio est regulariter incerta respectu patris, et difficilis probationis, ut tradunt Baldus, Hyppolitus Marsiliensis, Parisius, Paulus Castrensis... quod notat Paleottus, Alciatus, Menochius et doctores. Ideo non mirum, si praesumptionibus a iure approbatis probetur*», D. 1, 6, 6... *et ita probatur...* Covarrubias, cap. *Per tuas De probationibus*, X 2.19.10 y cap. *Ex transmissa (Transmissae), qui filii sint legitimi*, X 4. 17. 3¹³⁸, aunque también puede hacerse mediante *tractatus, nominatio et institutio heredis facta prout de filio*¹³⁹.

Entre los medios de prueba de la filiación, aducidos por Valenzuela, también deja constancia de la presunción, a partir de los fragmentos jurisprudenciales romanos ya expuestos, y de la doctrina precedente, representada por el Abad Panormitano, Alejandro de Ímola, Filippo Decio, Rolandino a Valle, Mascardo, Menochio, Juan López de Palacios Rubios, Nevizan y, por supuesto Diego de Covarrubias, pero en los siguientes términos: «*Filius matrimonio constante natus praesumitur mariti, licet uxor adulterium commisisset, quando manifestatissime constaret et concludenter, quae se natam a dicta domina praetendit, vere ex ea ortam fuisse, deberet praesumi ex legitimo suo marito concepta, licet cum aliquo adultero consuetudinem habuisset, et hoc filiationis favore et ita non dicti parentis naturalis contubernio, sed ex matrimonio legitimo natus deberet reputari*»¹⁴⁰.

137 VALENZUELA VELAZQUEZ, Io. Bapt., *Consilia sive responsa iuris*, Lugduni, sumpt. Io. A. Huguetan et G. Barbier, 1671, consilio 368.1.

138 Alejandro III. *Statur verbo viri et mulieris, qui negant aliquem filium, nisi indictis et testibus probetur contrarium*.

139 Entre sus enunciados, estos son algunos significativos: «*Nam filiatio probatur ex institutione haereditis, et si alteri, quam filio conveniat; nam pater instituendo aliquem ut filium, non solum eum ita nominat, sed eum tractat et accipit ut talem, et ideo ex tali institutione filiatio probatur; nam si filius non esset, institutio fieret irrita..., quia non est probabile, quod quis institueretur ut filius, nisi filius esset, qui ita posset institui. Filiatio probatur per librum et memorialia patris asserentis, aliquem esse eius filium, nam si scribat, ut quotidie fit, tali die natus est mihi talis filius, tali nomine nuncupatus ex uxore mea, vel ex concubina, talis scriptura et memoria filiationem probat. Filiatio non probatur per famam, quando parens negat, adhiriéndose al criterio de Diego de Covarrubias, qui resolvit, hoc esse verum, quando alias quam per famam filiationem filius non probat, quia sola negatio praevalet soli famae. Filiatio ex parte matris concludentiores probationes requirit. Ad probandam filiationem ex parte matris non debere praesumptiones admitti, cum possit per obstretices, aut alias asistentes partui probari. Filiationis probatio facta cum legitimo contradicatore super qua est pronunciatum, facit fidem quoad omnes. Filius praesumitur talis, prout a patre fuit nominatus testamento, quia filius talis praesumitur, qualis fuit a patre in testamento nominatus*». VALENZUELA VELAZQUEZ, Io. Bapt., *Consilia sive responsa iuris...*, o.c., pp. 127, 270, 372-373 y 376-377.

140 VALENZUELA VELAZQUEZ, Io. Bapt., *Consilia sive responsa iuris...*, o. c., p. 374.

Agustín Carranza¹⁴¹, analizando la cuestión de la paternidad, desde una óptica interdisciplinaria, sienta un principio a tenor del cual no es posible su determinación más que a través de indicios, conjeturas y presunciones: «*Juris-consulti, qui simul ac philosophi medicique nullum esse signum firmum, fixumque conceptionis rati sumus, constanter admittimus ex propositis indiciis et signis coniecturas, aut praesumptiones conceptionis oriri*»¹⁴², aunque todas dependen de venir aprobadas por el derecho¹⁴³, o con la concurrencia del criterio de la madre embarazada¹⁴⁴, o de esta misma tras la muerte del marido¹⁴⁵, e incluso del esposo, en contra de la negación que haga su mujer¹⁴⁶.

En otro lugar diferente de su monografía¹⁴⁷, Carranza, a partir del fragmento de Paulo, D. 2, 4, 5, afirma paladinamente que la única prueba indis-

141 CARRANZA, A., hispanus, *De partu naturali et legitimo. Ubi controversiae iuridicae, philologicae, Philosophicae, Medicae discutientur, ad Fori usum et Praxim, De partu conceptione, formatione, de foetu in utero...*, cui propter argumenti similitudinem additae sunt duae Exercitationes Caroli Annibalis Fabroti, item eiusdem Apboni a Caranza, Diatriba super prima temporum doctrina, adversus Dionysium Petavium, Coloniae Allobrogum, ex typ. Iac. Stoer, 1630, pp. 17-18.

142 «*Omniium autem praecipue et a iure approbatae, vel ab assertione mulieris constante matrimonio, divortiove facto praegnantem se aientis, pendent: vel ab adseveratione eiusdem mulieris post mortem viri: vel ab affirmatione viri contra mulierem negantem*».

143 «*Prioris assertionis exemplum habemus apud Ulpianum, desumptum ex Senatusconsulto Plantiano de liberis agnoscendis prima parte vel specie, eorum scilicet qui partum agnoscunt; ut si mulier putans se praegnantem, parensve in cuius est potestate intra triginta dies a divortio connumerandos, marito eiusve parenti, sub cuius est potestate, aut domo, si nullius copiam habeat; denuntiet; quo facto, sive maritus mittat custodies future partui, sive non mittat, haec denunciatio facta, ex eo praegnantem praesumitur mulier, et postea natus intra legitima tempora filius eius. Et inde partum agnoscere cogitur maritus, et si non agnoverit, extra ordinem coërcetur; quo casu denuntiationi sibi factae non contradixerit: quae fuit sententia Ulpiani et Imperatoris Diocletiani et socii in l. nec filium, quam diserte emendat Cuiacium libro 19 Observationum cap. 40, Cod. De patria potestate, Pauli Iureconsulti lib. 2 Sententiarum tit. 2*». CARRANZA, A., hispanus, *De partu naturali et legitimo...*, o. c., p. 27.

144 «*Pro muliere praesumitur ex sola eius assertione et denuntiatione intra triginta dies a divortio connumerandos facta, vel quocunque tempore matrimonio constante, dum tamen custodes a marito ultro oblatos admittat. Quae vero Plantianum hoc senatusconsultum statuerat circa partum post divortium editum, id ipsum alio Senatusconsulto, Hadriani Imperatoris temporibus facto dispositam exstabat ad cognoscendos partus constant matrimonio editos, ut testatur idem Ulpianus*». CARRANZA, A., hispanus, *De partu naturali et legitimo...*, o. c., p. 29.

145 «*In secunda assertione mulieris mortuo marito facta, Praetor ut ait Ulpianus ita caute edixit: Si mulier mortuo marito... adseverationis scilicet mulieris viduae cum obstetricum declarationibus, dum tamen sese custodiri patiatur: qua forma dispositum exstat in dicta lege 1 de inspiciendo D. de inspiciendo ventre, Partidas 6, 6, 17, idem dicendum et tenendum*».

146 «*Tertia assertione, versus mulieres alias inculpatas vitae ad partus suppositionem aliquando coegit, ley 17 de Partidas, dicto viri et trium obstetricum, vel maioris partis, etiam muliere negante, standum est. Cum enim istarum, ut aiunt Cyprianus ad Pomponium, relatus in capite nec aliqua 27 q. 1 et Innocentius III in c. causam matrimonii 14 De probat., manus et oculi saepe falluntur, hinc factum, ut tres adhibeantur probatae et fidei, vel quinque, in casibus dictae legis 1 in principio et in dicto de inspiciendo*».

147 CARRANZA, A., hispanus, *De partu naturali et legitimo...*, o. c., p. 276.

cutible es la presunción a causa del nacimiento en justo matrimonio, si tiene lugar con los requisitos exigidos por el derecho, adhiriéndose erróneamente al criterio de Antonio Fabro y Vázquez de Menchaca, seguidos por Menochio, que sostuvieron la naturaleza de dicha presunción como *iuris et de iure*¹⁴⁸: «*quia mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant, aliter vero incognitus est: imo vero Iure Civili nullus. Licet enim per rerum naturam fieri non possit, ut quis sine patre nascatur, cum tamen pater in iure ille solus sit, quem iustae, hoc est, legitimae et Iure Civili admissae nuptiae, demonstrant, dicta lex et D. 1, 6, 6: hinc fit, ut nullum Iure Civili patrem habeat is qui extra matrimonium natus est, Inst. Iust. 1, 10, 12, ubi Iustinianus hac eadem ratione usus ita diserte ait: Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum et his pater incertus sit: unde solent spurii appellari, sine patre filii lege Lucius 83 ff. De conduct. et demonstr. (D. 35, 1, 83) quandoquidem nuptiae ab eo (Ius civile) probatae patrem demonstrent, sed naturae, quae nullas filiationis nobis certas suppeditavit probationes: filiatio impossibilis probatio, et in ea coniecturae attendendae*»¹⁴⁹.

Jerónimo Cevallos, en sus *Communes contra communes*¹⁵⁰, refiere este instituto jurídico a favor de la filiación legítima proveniente del justo matrimonio, o *iustae nuptiae*, aunque aporta una abundante bibliografía sobre la prueba de la paternidad, a través de diferentes medios¹⁵¹, olvidando referirse a la generada por la procreación, *constante matrimonio*, en el tiempo fijado por la ley, porque era una cuestión que no estaba debatida en su tiempo, a

148 CARRANZA, A., hispanus, *De partu naturali et legitimo...*, o. c., pp. 696-698: Comentando la ley Lucius (D. 35, 1, 83) «*quia impossibilis est eius probatio... Certinitas patris a nuptiis cum edente filium contractis desumenda est, non quidem a probatione irrefragabili, nullique subiecta tergiversationi, sed a praesumptione quadam iuris et de iure nullam admittente probationem in contrarium, ut nostri aiunt et probavit Antonius Faber in rationibus super dictam legem filium et exacte antea annotaverat Menchaca et latius prosequutus fuit Menochius*».

149 CARRANZA, A., hispanus, *De partu naturali et legitimo...*, o. c., p. 705.

150 CEVALLOS, Hier. de, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, Antuerpiae, apud Io. Keerbergium, 1623, p. 69.

151 «*Utrum causa filiationis plene probetur per tractatum. Communis contra communem. Filiationis causa plene probari per tractatum tenet Iacobinus et est communis opinio, secundum Decium et secundum Felinum, Alciatum... Menochium. Sed contrariam opinionem, imo quod non probetur plene per tractatum, tenuit Albericus, Baldus, Angelus, Salicetus, et est communis opinio secundum Alciatum, et pro utraque parte plura adduxit Covarrubias in 4 Decretalium 2 parte cap. 8 num. 6 et Gregorius Lopez in lege finali titul. 6 Partitarum 2 verbo fixos, Suarez, Allegat. 5, Dueñas Regul. 344 et est textus in lege Part. 3, 14, 9, ubi Gregorius Lopez verbo siendo cassados et lex Partitarum 4, 2, 7. Et post haec scripta vidi Mascardum, qui latissime declarat istam materiam in volumine 2 de probationibus cons. 786, ubi refert duas communes contrarias in hoc dubio et alios modos probandam filiationem latissime adduxit, cons. 787 y 788. Ex quibus coniecturis probetur filiatio, cons. 789, et quando per similitudinem, 792, et quando ex institutione 793, et quando per sententiam 794, et quando per educationem filiorum 795, qui cum casus occurrit, omnino est videndus, quia in materia probationum omnia necessaria recolligit summo cum labore et ingenio. Et vide Ioannem Garciam, De Hispanorum nobilitate, glosa 20, num. 6.*

pesar de la discrepancia doctrinal acerca del valor de la presunción, si era *iuris tantum*, como sostuvo la glosa y generalidad de comentaristas, o *iuris et de iure*, como defendieron algunos juristas de los siglos XVI-XVIII.

Uno de los juristas centroeuropeos, que mayor atención dedicaron al derecho de personas, fue el suizo Vigel¹⁵², quien, al tratar de la filiación sienta unas reglas, a través de las cuales se demuestra que es hijo del marido, cuando se dan las circunstancias previstas en Derecho romano, así como señala las excepciones a la presunción legal, y sus réplicas:

Prima regula: si quis ex uxore alicuius natus sit, filius eius praesumitur. Quae regula approbatur l. filium 6 in principio ff. de his qui sui vel alieni iuris, (D. 1, 6, 6) hisce verbis: filium eum definimus... concordat l. nam civium 4 in fine ff. eodem titulo.

Huius regulae exceptio prima videtur esse: Nisi septimo mense natus sit. Haec exceptio reprobatur l. septimo 12 ff. de statu hominum, (D. 1, 5, 12) his verbis: Septimo mense nasci... et ideo credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse¹⁵³.

En criterio de Vigel, si el juez dicta sentencia, declarando que el hijo alumbrado por la esposa es fruto de un hombre concreto, aunque realmente no lo sea, hay que estar al fallo judicial; pero si se limita a asignar alimentos al hijo, no es un *praeiudicium* de paternidad, del mismo modo que si la madre, en el momento del parto, jurase al padre de la criatura que trae al mundo, ese juramento no decide sobre esa paternidad, conforme a D. 12, 2, 3, 3. Ulpiano libro 22 ad ed., ya que el jurista afirma taxativamente: «*Marcellus... ait veritatem esse quaerendam... matris igitur iusiurandum partui non proficiet*», aunque la jurisprudencia francesa, anterior al Código de Napoleón, sostuvo el principio, aplicado por los tribunales, *creditur virgini parturienti*¹⁵⁴.

152 VIGEL, N., *Digestorum pars secunda: De Iure quod in personis habemus, cum suis causis et actionibus*, Basileae, ex of. Oporiana, 1584, cols. 1688-1692: «*Causae ex quibus quis filius probatur, vel saltem est agnoscendus pro filio*».

153 «*Secunda exceptio est: nisi maritus diu abfuerit, vel ex alia causa cum uxore non coierit. Huius exceptionis replicatio haec est: Nisi absens praegnante uxore reversus, omiserit ea quae senatusconsulto continentur... Tertia exceptio est: Nisi mulier praegnans, facto divortio, non denunciaverit marito se ex eo praegnantem esse, vel alia quae senatusconsulto continentur, omiserit... Huius exceptionis replicatio prima haec est: Nisi probari possit filium esse... Secunda replicatio est: Nisi ob imperitiam et rusticitatem mulier omiserit. Quarta exceptio est: Nisi iudex pronunciaverit, matrem ex illo viro qui pater dicitur, praegnantem non esse. Quinta exceptio est: Nisi mater professus sit, se ex eo qui pater dicitur, praegnantem non esse. Sexta exceptio est: Nisi delato iureiurando iuratum sit, matrem ex eo qui pater dicitur, praegnantem non esse. Septima exceptio est: nisi in captivitate filius conceptus et natus sit. Haec exceptio ipso quidem iure approbatur. Huius exceptionis replicatio haec est: nisi parentes cum filio postliminio sint reversi*».

154 «*V regula: Si vir confessus sit mulierem ex se praegnantem, vel cum ei denunciaretur, non negaverit: partus filius eius praesumitur... Huius regulae exceptio haec est: nisi contrarium*

Este mismo jurista, comentando el título del Digesto *De probationibus*, D. 22, 3, examina la carga de la prueba, y después de un elenco de supuestos generales, tanto respecto de la *actio*, como de la *exceptio*¹⁵⁵, pasa al examen concreto de diversos medios de prueba para la filiación, y matiza el grado de validez, aunque no entre en el examen de las presunciones, ni tan siquiera de la legal, derivada de las justas nupcias¹⁵⁶.

Según Mascardo¹⁵⁷, si alguien quiere probar que nació en el sexto, octavo o nono mes, lo podrá hacer fácilmente «*per obstetrices, physicos et alios in arte peritos, quorum dictos credatur, licet deponant per verbum credo, vel ex iudicio suo, ita post voluit Parisius y Bursatius*», aparte de los testigos¹⁵⁸. Al tratar

probetur, filium non esse. Huius exceptionis replicatio haec est: nisi in iudicio vir confessus sit, matrem ex se praegnantem, vel filium suum esse. Quae replicatio constat ex verbis iam propositis bisce: Ut quasi iudicio agnoscere se filium dicere. VI regula: Si denunciante uxore maritus custodes non miserit, vel alia quae senatusconsulto continentur, omiserit, agnoscere partum cogetur. Huius regulae exceptio prima haec est: nisi contrarium probetur, filium eius non esse. Secunda exceptio est: nisi marito nihil a muliere sit denunciatum. VII regula: si denunciante muliere vir custodes miserit, ob hoc partum agnoscere non cogitur...».

155 VIGEL, N., *Digestorum iuris civilis libri quinquaginta*, in septem partes distincti, Basileae, ex off. Oporiniana, 1584, cols. 626-632: «*De probationibus. I. Si adversarius id quod propositum est negaverit, affirmanti incumbit probatio. Utri incumbat probatio? Incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Quarta exceptio: nisi iure factum esse negetur, tunc enim neganti incumbit probatio. Quae exceptio approbatur. Propositae exceptionis ratio est, quia iure factum praesumitur. Quinta exceptio: nisi filius in patris potestate se neget esse. Nam et huic neganti incumbit probatio. Sexta exceptio est: nisi affirmans probare non possit. Septima exceptio: nisi affirmans neganti deferat iusiurandum, tunc enim probationis onere sese exonerat. Octava exceptio est: nisi falsum dicatur instrumentum. Tunc enim aequae falsum neganti, ac affirmanti, incumbit probatio. Actor tenetur probare suam actionem. Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. Huius regulae exceptio prima haec est: Nisi de exceptione, non de actione lis sit. tunc enim reo incumbit probatio. III regula: Reus probare tenetur suam exceptionem. Plane propositae regulae exceptio prima haec est: Nisi praesumptio sit pro reo excipiente... Secunda exceptio est: Nisi exceptio sit negativa. Tunc enim eius probatio affirmanti actori incumbit».*

156 VIGEL, N., *Digestorum iuris civilis libri quinquaginta...*, o. c., col. 639: «*De eo, an sit filius, probando. Regula I: non solum affirmatione testium probatur, sed et epistolis ad uxorem missis. Regula II: Si quis aliquem suum filium confessus sit, ex hoc non efficitur filius, sed admittitur probatio in contrarium. Regula III: De affirmatione matris, filium illius non esse».*

157 MASCARDI, G., *Conclusiones omnium probationum: quae in utroque foro versantur... bis accesserunt additiones Io. A. Riccii... necnon Barth. Nigri*, vol. II, Augustae Taurinorum, apud haer. Io. D. Tarini, 1624, fol. 41v: *conclusio* 805.

158 MASCARDI, *Conclusiones...*, o. c., fol. 401, s. v. *praesumptio*: «*illa est, quae ex his, quae naturaliter nobis insunt, resultat et emanat, ut amor filiorum, qui praesumitur erga parentes, et econtra, cum nobis sit insitus a natura. Ibid., fol. 402v: praesumptio hominis quae iure expressa aminime est; sed tota committitur iudici, unde hominis nomen accepit, cum ex seipso, secundum subiectam materiam praesumere possit in casibus specificae non praesumptis a iure, cum dependat ex iudicis arbitrio, tantum probabit, quantum iudici videbitur... haec praesumptio, secundum quod indicia stringunt, facit gradum probationis, et ius dat facultatem iudici praesumendi... Iudex potest ex ista sua praesumptione gravare illum, contra quem praesumit, onere probationis in contrarium, etiam si gravatus a iudice nihil alleget, nisi ille, quem iudex gravare vellet onere probando haberet praesumptionem legis pro se: nam tunc illum non posset gravare, immo gravaretur contra quem adest praesumptio legis: nam iudicis praesumptiones cuiuscunque naturae sint, non tollunt*

de las presunciones, comienza por las *hominis*, para pasar a las *iuris*, definiendo esta institución¹⁵⁹: «*est illa quando lex aliquid de aliquo praesumit ex aliquibus coniecturis, et super praesumptione non sumat bene pedes, nec statuit aliquid super ea*», de modo que en el ámbito de la prueba «*locum obtinet, ut quando huiusmodi praesumptio est pro aliquot ab onere probandi levato, illud in adversarium transferat, quia qui habet hanc praesumptionem pro se, dicitur habere suam intentionem fundatam. No solum pars adversa asserens contrarium huiusmodi praesumptioni probare teneatur, sed etiam duriore probatione gravetur adeo, ut probationes efficaciores requirantur. Huiusmodi enim praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere. Nec duo testes sufficient contra praesumptionem iuris, nisi sint excellentiores atque omni prorsus exceptione maiores. Talis praesumptio dicatur liquidissima probatio et aperte veritas et facit quid expressum*», aunque difiere sustancialmente en su eficacia, de la presunción *iuris et de iure*, porque esta no admite prueba en contrario, de modo que si una parte del juicio presenta una presunción con esa calificación, tendrá plenamente probado su aserto, y dejará sin impugnación al adversario¹⁶⁰.

El milanés Filipo Decio¹⁶¹, entiende que la presunción legal no tiene por objeto genérico destruir la validez de algo, sino confirmarlo, para dar mayor

legis praesumptionem, sed illi cedunt: cum legis praesumptio dicatur vehementior praesumptione hominis, ita respondit Decianus... hominis praesumptiones possunt esse fallaces, cum ex variis hominum opinionibus, et moribus oriuntur, et ideo dicuntur praesumptiones tantummodo probabiles, seu verisimiles: legis autem praesumptiones dicuntur violentae, ut inquit Baldus et Felinus».

159 MASCARDI, *Conclusiones...*, o. c., fols. 403r-405r.

160 MASCARDI, *Conclusiones...*, o. c., fols. 405v-406v: «*Praesumptio iuris et de iure, quae dicitur. Facit plenam et indubitam probationem. Estque illa, quae a lege introducta super eadem lex firmum sancit, et eam pro veritate habet, c. is qui fidem De sponsa. In materia probationis obtinet, plenam et indubitam probationem, absque eo quod ille, qui habet pro se talem praesumptionem aliter probet... contra talem praesumptionem non admitti probationem in contrarium*». Por otra parte, *ibid.*, fols. 408r-409r: «*Praesumptio una tollit aliam. Praesumptiones in specie, tollunt praesumptiones in genere. Praesumptio fortiori, minus fortem tollit. Praesumptiones inter se gradum diversum obtinent, nec omnes pares sunt. Praesumptio verisimilior, vincit minus virisimilem. Praesumptio quae sit fortiori, iudicis arbitrio statuit. Praesumptio honestior, tanquam fortiori recipienda et, habita praecipue ratione personae et dignitatis. Praesumptio dicitur fortior, quae est secundum ordinem naturae. Praesumptio cedit veritati. Praesumptio legis tollit praesumptionem hominis. Praesumptio legis facit plenam probationem, praesumptio hominis tantummodo semiplenam. Praesumptio hominis dicitur probabilis, praesumptio autem legis violenta*», sin olvidar que «*praesumptiones quae prosunt filiis, caeterae omnes cedunt: in praesumptionibus, quae prosunt filiis, quae omnino excipiendae sunt, et illis cedunt aliae praesumptiones*».

161 DECIO, F., *mediolanensis, Enarratio in titulum ff. De regulis iuris, cum additionibus D. Hier. Cuchalon, hispano et D. Gab. Sarayna, veronensis*, Lugduni, sumpt. H. Cardon, 1610, p. 270: *regula 83: -2. Illegitimitas praecedens probatur per instrumentum legitimationis... confirmatur quod notat Baldus... dicens, quod per instrumentum legitimationis probatur quem non fuisse legitimum. Et per instrumentum emancipationis probatur filiationem et patriam potestatem praecessisse*».

fortaleza al acto que regula y protege¹⁶², mientras el canonista Dino Muxellani¹⁶³ trata por extenso de las excepciones, como medios de impugnación al ejercicio de las acciones, entre ellas la de reconocimiento de filiación, sin abordar expresamente el alcance de la presunción de paternidad, a pesar de ser *iuris tantum*. El también canonista, Gabriel Paleotto, aborda explícitamente la cuestión de la paternidad a través de las fuentes jurídicas, y la posibilidad de presentar pruebas suficientes para la declaración de la misma. Comienza su discurso preguntándose, «*Nunc quaeri potest, an quis se ex certo patre genitum vere queat probare? Quanvis enim communis ea sit omnium opinio, ut verae probationi hoc casu locus non sit, non negarim tamen et contrarias partes nonnullis sat probabilibus defendi argumentis posse*»¹⁶⁴.

El primer planteamiento, según el cual, en esta materia no cabe prueba cierta, asume que la presunción de paternidad en el matrimonio legítimo admite una conclusión favorable a la concepción del hijo por parte del marido, por el respeto a la fidelidad conyugal, que reconocemos en la esposa: «*ea potissimum moventur ratione, quod nemo de his rebus oculata, ut aiunt, fide unquam potest attestari, cum nec is qui se patrem dicit, vere eum a se filium genitum possit affirmare. Quis enim de uxore sua tantum sibi audeat polliceri, ut eam nullos alios interim expertam viros re ipsa valeat asseverare? Possumus quidem multa coniectere, et sat verisimiliter nobis persuadere, eam coniugii*

162 DECIO, F., *mediolanensis, Enarratio in titulum ff. De regulis iuris...*, o. c., p. 331: «*Praesumptio legis non adaptatur, ad infirmandum, sed potius ad confirmandum quod agitur, ut noiat Baldus in l. si quis filio in pri. De legatis 1 et ideo ut actus valeat... Ista praesumptio validitatis actus potentior est, et praevalet aliis praesumptionibus*. Por otra parte, *ibid.*, p. 7: *praesumptio insurgit a communiter accidentibus, similiter regula constituitur ex oratione universali, vel indefinita*.

163 MUXELLANI, D., *Commentarii in regulas Iuris Pontificii*, Lugduni, sumpt. H. Cardon, 1612, pp. 279-280, *regula 63*: «*Exceptionem obitiens non videtur de intentione adversarii confiteri. Si opponat conventus exceptionem facti, sive intentionis, ut quia negat se debere, certume st, quod non videtur confiteri de intentione actoris: quia confessio, et negatio directe contraria sunt, et ideo ad positionem unius non sequitur positio alterius, sed remotio. Sed si opponat exceptionem iuris, ut pacti de non petendo, rei iudicatae, iurisiurandi, praescriptionis, et similibus, an videatur tacite confiteri de intentione actoris, ita quod actor relevetur ab onere probando intentionem: et reus afficitur onere probando exceptionem? Dubitatur, et primo videtur, quod non: quia verba simpliciter prolata referri debent ad propriam sibi nificationem et non abusivam... sed exceptiones iuris sunt proprie exceptiones, quia excludunt actionem competentem, facti vero abusive, quia non excludunt actionem cum nulla sit... Mibi autem videtur quod aut excipiendo aliquid simpliciter negat: aut excipiendo aliquid ponit, si negat, non videtur confiteri intentione actoris... sed si excipiendo ponit, aut simpliciter, aut sub conditione: si simpliciter, ut quia dicit ipsi factum de non petendo, solvisse, vel absolutum esse, tunc de sola exceptione tractandum est, absque eo, quod actor intentionem probaverit. Sed si negat, et sub conditione ponit, quia dicit se non teneri, et si apparebit eum teneri, dicit sibi factum pactum de non petendo: tunc non videtur confiteri de intentione actoris: et ideo non afficitur onere probandi exceptionem, nisi actor probaverit intentionem suam*.

164 PALEOTTI, Gabr., *bononiensis, De nothis spurisque filiis liber*, Venetiis, apud Iac. Leoncinum, 1572, fols. 51v-56r.

*fidem nunquam violasse, sed haec praesumptio est magis quam certa ulla et liquida probatio*¹⁶⁵.

A pesar de las sutilezas interpretativas de la doctrina, poniendo en duda la validez universal de esa presunción, Paleotti sienta su propio criterio:

*Ego tamen veritatem ipsam reiectis subtilitatibus amplector, in eamque transeo sententiam, quae et receptior est, et proculdubio verior, ut coniecturis tantum filiorum natales quoad patrem dignoscantur... Filiorum procreatio in certum hominis sensum cadere non potest, cum nemo testificari queat talem ab eo genitum aut conceptum fuisse, ut vulgo patet, ergo nec proprie haec unquam dicitur probatio. Fateor et quidem multa esse legum argumenta in demonstrando aliquot filio, quibus necessario stare cogimur: D. 1, 6, 6 cum similibus. Sed haec multum distant a iusta probatione, lex etenim animadvertens secretissimum esse hoc mulieris cum viro negotium, quod nemine certo sensu percipi posset nonnullos constituit modos, quibus haerendum esset ubi de alicuius natalibus esset disceptatio, alioquin incertus semper fuisset filiorum status ambiguaque quoad patrem quovis tempore soboles. Haec igitur sunt quaedam legum adminicula, ad quae necessario confugimus, eo quod res aliter a nobis vere deprehendi nequit...*¹⁶⁶.

Según el citado canonista, hay cuatro conjeturas principales, para demostrar que uno es hijo de cierta persona, pero sin acudir a testigos, «*sed praesumptionibus tantum probari soleant*», de modo que se trata de las pre-

165 “*Hinc videmus, in iure quoties de huiusmodi negotiis oritur controversia, ad praesumptiones quasdam tantum recurri, et ex quibusdam indicis ac coniecturis omnem semper causam diffiniti, nec usquam reperies filiorum natales ratione patris adeo liquid et aperte probari, ut caeterae res solent. Dixit quidem Decius, coniecturas has si legitime sint, verae probationis instar esse, nec minus quicquam ac iustas probationes in his negotiis prodesse, cum ius eas, ut liquidissima admittat documenta, sed tamen fatetur et ipse, non esse has veras probationes, cum illarum vice fungi dicat. Contra autem multa mihi occurrunt, quae caeteri non attingunt: Primo, quod libro 4 ad edictum Paulus retulit, l. quia semper De in ius vocan. Matrem semper licet vulgo conceperit, certam esse, patrem vero, tunc tantum quia nuptiae intercesserint. Sed si certus est hoc casu pater; cur nos eum probari posse negamus, cum immo ea quae certa sunt, nulla fere indigeant probatione?*”.

166 “*Filiorum probationem triplicem esse, aliam necessariam, ut quoad matrem, aliam probabilem, ut quoad patrem, cum quis domi vicinis scientibus natus est, aliam coniecturalem, quae ex aliis atque aliis elicitur praesumptionibus. Sed ante libet, referre exemplum quoddam non illepidum, callidae mulieris, quae cum ex adultero filium concepisset, sic tamen maritum verbis elusit, ut ipsemet confessus fuerit filium suum esse. Huic cum uxoris pudicitia valde esset suspecta, natusque ex ea domi esset infans, eleganti satisfacie, anxius ob hanc rem multumque animo quotidie sollicitus, libenter inquit uxori, dimidia omnium bonorum meorum parte cederem, si mihi ita certo constare posset filium hunc meum esse, ut tibi constat esse tuum. At haec nihil perterrita mulier, facile, ait, ego te huius voti tui compotem reddam, si mihi vel munusculum aliquod offeras, nedum rerum tuarum partem dimidiam. Cumque maritus, quomodo hoc unquam efficies? Respondisset, Tum uxor, convocatis amicis, et certa sponione interposita, natum ulnis extulit, et est ne inquit, hic vere meus? Cumque vir amuisset, illa brachiis portentis ei puerum porrexit, et accipe, ait, dono eum tibi. Iam absque dubio, tuus est, non alienus. Risu astantium oborto, uxoris astu, vir omnium sententiis condemnatus est.*”.

sunciones legales, «*quarum aliis utimur ad ius ipsum proprietatis filiorum demonstrandum, aliis ad id tantum, ut eos in quasi possessio filiorum esse probemus. Prima est, ut quis ex viro et uxore simul habitantibus domi natus dicatur, quae quidem directo proprietatem respicit. Aliae tres magis ad quasi possessionem videntur pertinere. Suntque haec, videlicet, ut filium ab iis quod parentes asserimus, filiorum more educatum tractatumque ostendamus. Inde ita etiam ab iis saepius filium nominatum. Ultimo ut talem in vicinia ab aliis quoque habitum fuisse probemus.*

Por lo que interesa a nuestra materia, la opinión del italiano queda patente, y no admite discusión en el resultado: «*Principio constat, si nullum aliud omnino de alicuius conditione existat indicium, ex eo tantum, quod quis ex viro et uxore domi natus sit, recte etiam filium illum probari, eoque tantum argumento illum tutum esse. Est enim haec coniectura adeo potens, ut licet interim mulier cum aliis consuetudinem habuerit, praesumatur tamen potius mariti filius quam adulteri, quod nedum in iustis filiis, sed et in naturalibus tantum liberis quos quis ex concubina suscepit, traditum est, atque ob hanc rationem, si quis cum alia quoque muliere versaretur, quanvis non in schemate concubinae, eam tamen domi propriis sumptibus aleret et custodiret, is qui ab ea genitus esset, huius potius viri quam alterius filium censendum doctores voluerunt*¹⁶⁷, apoyándose en la presunción a favor del matrimonio,

167 Un argumento que confirma esta presunción de paternidad legal a favor del marido viene de un dato complementario: «*Mariti filium potius existimandum, seu favore matrimonii, seu quod in dubio, quod honestius est, conici debet, et ut dicebat Baldus, semper praesumendum potius possibile honestum, qui possibile inhonestum. Quod adeo verum est, ut et licet mulier, non in mariti aedibus, sed apud alium, cum quo immisceri solebat, puerum peperisset, si tamen eo in loco, non invito viro habitasset, maritoque ad eam liber quocunque tempore aditur pateret, tunc etiam iustus ille filius intelligatur. Affirmandumque idem fuerit quamvis mater eum ex se deinde genitum negaret... Quin et si parentes ambo, eum ut alienum repellerent, adhuc non debet filius, qui domi natus est, ob contrariam eorum assertionem, ullam status sui controversam pati. Cum enim tradita nobis sit regula, quomodo filius quis diiudicetur, quae quidem eo solo nititur, quod ex uxore quis natus sit, merito a regula hac nunquam erit recedendum, nisi exceptione vere, et necessario probetur, cum satis non sit, eam aliquibus coniecturis elidi tantum, aut obumbrari. Ideoque cum ex marito filius suscipi recte potuerit, tam etsi aliis quoque uxor se viris iunxerit, et omnia etiam concurrant ea, quae in contrarium supra adducta sunt, iam constat nec vere, nec necessario exceptionem probatam esse, idcircoque regulae praedictae standum, quae cum clarum rem reddat, in apertis non erit coniecturis locus, praesertim cum haec filiorum probatio, quae ex natalibus elicitur, legis sit testimonium, a quo iudex recedere non debet. Hinc sequitur, quod si quid contra natalium causam afferatur, quod necessario aliter rem se habere demonstret, tunc cum legis praesumptio ad impossibilia non deducatur, et exceptio a regula supra dicta vere probetur, iam relicta priori coniectura, ad hanc contrariam erit divertendum. Quid enim si maritus per biennium absens, domum reversus, anniculum repererit? Quid si septuagenarius extiterit, aut alias coeunti vires defecerint? Quid si infirmitate impeditus uxorem cognoscere non potuerit? Num merito filium interea domi natum ex uxore, uti alienum et translaticium debet expellere? Indubitatum hoc quidem est, cum huiusmodi rationibus urgentibus facile adulterinus partus deprehendatur». PALEOTTI, Gabr., bononiensis, *De notis spurisue filiis liber...*, o. c., fols. 58v-59v.*

y siguiendo el criterio defendido por Ulpiano, en D. 1, 6, 6, que prevalece frente al resto de conjeturas, de tal manera que, «*In dubio pro matrimonio iudicandum*»¹⁶⁸.

Uno de los juristas españoles que mayor resonancia alcanzaron en España durante el siglo XVI, fue el alumno de Salamanca, pero originario de Valladolid, Vázquez de Menchaca¹⁶⁹, quien aplica el *tempus legitimum* de la paternidad para el hijo de la viuda, cuyo concubino era estudiante universitario, si nacía la criatura dentro de los diez meses, o 300 días, del óbito del primer marido:

*Vidua decimo mense post mortem mariti pariens ab eo concepisse videtur. Si post mortem mariti statim vidua facta est scholaris concubine, et nono mense post mortem mariti peperit, is filius favore legitimitatis potius praesumitur mariti, quam illius scholaris. Nec distinguimus, an diu ante mortem vehementer aut graviter maritus ille egrotasset, nec consideramus quod non solum nono, sed etiam septimo mense potuit ab illo scholar quod mulier concepisset parere, D. 1, 5, 12, quarum rerum ratio ea est, quod successionem uni per legem adimi, et in alterum transferri facillime fit ob levissimas etiam causas, quia quod gratis leges concedunt, facillime et possunt et solent adimere et transferre. Si ergo id fit solum legitimitatis favore, quanto magis favore pudoris, honestatis, famae et honoris favore, qui omnibus rebus praeciosior est*¹⁷⁰.

El portugués Agostinho Barbosa¹⁷¹, durante la siguiente centuria, reitera que «*filiatio est difficilis probationis et probari non potest nisi per indicia et*

168 Una última cuestión, que no deja de examinar este jurista: «*Natus ex muliere, quam quis sumptibus suis sustinet, an praesumatur eius filius: Responderem, illum filii parentem declarandum, in cuius manu mulier erat, cuiusque dominatu regebatur, quanvis et aliis sui copiam quandoque fecerit. Introducta est enim haec praesumptio ad matrimonii similitudinem, in qua satis habet quid docere se domi ex viro et uxore simul habitantibus natum, licet aliae adversentur coniecturae*», pero si hay una relación carnal casual y la mujer tiene trato con otros, «*tunc ex eo quis aliquem ut filium agnoscere cogendus non est, quod cum ea quandoque rem habere consueverit. Nec enim verisimile est, quae alicuius libidini patere cepit, eandem etiam non plurium virorum periculum facere voluisse, licet ipsa ex certo tantum parente genitum assereret, sicuti nec is uti pater, eo solo iudicatur, quod eius ancilla domi apud se filium pepererit*», salvo que no haya tenido trato carnal más que con un varón. PALEOTTI, Gabr., bononiensis, *De notis spurisque filiis liber...*, o. c., fols. 62v-63r.

169 VAZQUEZ DE MENCHACA, F., *Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium*, Genevae, in of. Iac. Stoer et F. Fabri, lugdunensis, 1599, fol. 134r.

170 «*Facit nam si probetur uxorem cum decem vel pluribus scholaribus habere quotidianum commertium, non aliter atque cum marito suo, ad huc tamen favore legitimitatis liberi, quos pepererit, praesumuntur esse mariti, sicque et aliorum filii: sicque et legitimi intelliguntur, et patris erunt constante matrimonio domi ab uxore editi sunt, ipsis a lege patris (hoc est mariti) defertur haereditas ad eamque invitantur: sicque non est verum eos alienum possidere, ut sic ad ullam restitutionem illius haereditatis vel ipsi vel eorum mater teneantur*».

171 BARBOSA, A., *Repertorium iuris civilis et canonici*, Lugduni, sumpt. P. Borde, Jo. et P. Arnaud, 1689, pp. 92-96: *filiatio et filius*.

conjecturas. Et inter alias conjecturas est fama», y otros medios, aunque en otro lugar, de la misma obra¹⁷², recuerda la presunción de paternidad derivada del matrimonio legítimo: *«filius mariti praesumitur natus ex uxore cum illo cobabitante, quamvis probetur uxorem esse adulteram, et filius assimiletur in facie adultero»*, matizando más tarde que *«nec tantum illa proles censetur legitima quae ex matrimonio concepta fuit. D. 1, 5, 11, ubi tempus conceptionis est considerandum, quo ad filiorum statum, etiam si eis non sit utile... attendi debere tempus conceptionis... Contrariam sententiam, quod sit satis vel tempore conceptionis, vel nativitatis matrimonium inter parentes contrahi potuisse, suadet lex D. 1, 5, 7»*, y resuelve, sin mostrar duda alguna: *«hanc opinionem communem existimo»*, concordando con la ley 8 de Toro, en la que se alude alternativamente a la concepción o al nacimiento¹⁷³.

Roque de Vergas, doctor en Derecho civil y canónico por la Universidad de Salamanca, que reunía los máximos grados académicos como legista y canonista, además de desempeñar ambas cátedras de Prima en las dos Facultades, ganando los concursos correspondientes, también lleva a cabo una interpretación del capítulo de las Decretales que se refiere a esta materia: X 2. 19, 10¹⁷⁴, y no duda en afirmar: *«filii legitimi sunt, qui ex viro et uxore sua nascuntur»*, D. 1, 6,6, para añadir¹⁷⁵: *«Matrimonium est omni favore, et praerogativa dignum, D. 45, 1, 134 et plura privilegia a iure nostro matrimonio concessa refert glossa recepta communiter... Tempus contracti matrimonii retrotrahitur ad tempus conceptionis filiorum»*, porque trata de la legitimación de los hijos naturales: *«legitimatio procedit, ex fictione a iure inducta, quia fingitur natus ex legitimo matrimonio, quia non fuit natus ex eo, et tempus contracti matrimonii retrotrahitur ad tempus conceptionis filiorum, quasi eo tempore fuerit a parentibus contractum matrimonium (los hijos naturales), quod significat legitimi habeantur, quae denotant fictionem»*.

El canonista Murillo Velarde¹⁷⁶ califica los hijos legítimos: *«qui nascuntur ex legitimo et valido matrimonio, etiam, si ex copula fornicaria ante matri-*

172 BARBOSA, A., *Repertorium iuris civilis et canonici...*, o. c., p. 93.

173 BARBOSA, A., *Repertorium iuris civilis et canonici...*, o. c., p. 237: *«probatur filiatio ex eo, quod quis ex uxore legitima, etiam adultera, natus sit: ex hoc enim filius censetur mariti, etiam si uterque coniux id negaverit»*: D. 48, 5, 12, 8.

174 VERGAS, R. de, *Interpretatio textus cap. tanta qui filij sint legitimi*, Salmanticae, exc. P. Lassus, 1602, pp. 6-7.

175 VERGAS, R. de, *Interpretatio textus cap. tanta qui filij sint legitimi...*, o. c., p. 9.

176 MURILLO VELARDE, P., *Cursus iuris Canonici hispani, et indici, in quo iuxta ordinem titulum Decretalium...*, t. II, Matriti, ex typ. E. Fernandez, 1743, pp. 103-107. En el mismo sentido, con estas consideraciones, vid. BERARDI, C. S., *Commentaria in Jus Ecclesiasticum univrsium*, t. III, Venetiis, typ. P. Valvasensis, 1789, pp. 170-176, comentando X 4. 17, sobre los tres tipos de hijos, comenzando por los legítimos, procreados en justas nupcias.

monium habita concepti sint, quippe non conceptionis, sed partus tempus inspicitur: C. Iust. 5, 27, 11. Etiam si nati sunt ex matre adultera, dummodo ex marito potuissent nasci; nam in dubio legitimi censentur, quamvis similiores sint adultero, quam marito. Nec filii tenentur credere parentibus, etiam cum juramento, et in articulo mortis asserentibus, eos ex adulterio esse natos: C. Iust. 4, 19, 10. Similiter legitimi sunt nati septimo mense, D. 1, 5, 12, vel decimo, D. 28, 2, 29 pr., vel undecimo post mortem marito: imo, et ulterioribus arbitrio iudicis»¹⁷⁷.

El francés Coste hace una síntesis de los planteamientos formulados por los canonistas europeos a lo largo de la Edad Moderna, acerca de la presunción legal de paternidad y causas que impiden su aplicación¹⁷⁸. Se pregunta, qué fuerza tiene la presunción *pater is est* en Derecho canónico, a la luz del contenido de D. 2, 4, 5, para responder que mientras en Derecho romano las causas de impugnación no venían limitadas, con el inciso «*vel alia causa*», por lo que el juez solo debía admitir motivos absolutamente concluyentes, los canonistas hacen una enumeración limitativa.

Las principales causas de impugnación de la paternidad vienen tomadas del Derecho romano, pues, según el Abad Panormitano, después de exponer la regla contenida en D. 1, 6, 6, añade: «*hoc procedit si maritus erat praesens, secus si fuisset absens tanto tempore quod non potuisset generare*». Otra causa es la impotencia del marido durante el período de la concepción, y muchos se remiten a la ley *filium* romana. Hay en este caso un cambio respecto a las ideas romanas, porque la causa o naturaleza de la impotencia no importa, o importa poco, bien provenga de la constitución fisiológica del individuo, que podía ser *frigidus* o *maleficiatus*, o resultar de una enfermedad, o de un accidente, anterior o posterior al matrimonio, aunque la solución es la misma. La edad avanzada del marido autoriza la inversión de la presunción *pater is*, mientras Menochio, siguiendo la normativa romana, defendió la presunción según la cual el marido es incapaz de engendrar, una vez supera la edad de 60 años.

Algunos canonistas, como Boerio, Marsilio, Castro y Petra, no admiten ninguna otra causa, pero la mayoría de autores, y es opinión general, presentan un elenco de causas mucho más amplio¹⁷⁹. En la cuestión relativa a la declaración de la madre, hecha en el momento del nacimiento del hijo,

177 Su doctrina sobre las presunciones, vid. MURILLO VELARDE, P., *Cursus iuris Canonici hispani, et indici*, t. I, id., pp. 317-323, *De praesumptionibus*, especialmente 319-320.

178 COSTE, G., *De la présomption légale de paternité d'après le Droit Romain, l'Ancien Droit et le Code civil*, París, Arthur Rousseau, 1884, p. 91.

179 COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., p. 92.

afirmando que proviene de adulterio, la mayoría de los canonistas responden negativamente a esta cuestión. Menochio parece calificar de insensato al que sostenga lo contrario: «*stultum fuisse... qui nimis credulus matri asserenti eum ex rege procreatum non fuisse, fidem adhibuit...*». Sin embargo, Mascardo, en su tratado de las pruebas, admite que la declaración del hijo, remitiendo a la de la madre, tendría fuerza suficiente para destruir la presunción. La declaración hecha por el padre, a tenor de la cual el hijo no es fruto de sus obras, no tenía fuerza alguna, según todos los autores.

Coste se pregunta, qué ocurriría si los dos esposos declaran conjuntamente que el hijo no era generado por el marido, y observa que en esta cuestión hay discrepancia entre los juristas de la Recepción, porque Baldo y Menochio no admiten esta doble declaración, para atacar la presunción o invertirla, mientras Antonio Gabriel y Deciano adoptan una solución contraria¹⁸⁰. No es el mismo supuesto, según opinión unánime de la doctrina, si a esa doble afirmación se añaden algunas circunstancias que sirven para establecer la verdad del caso. En esta hipótesis, la declaración corroborada por estas probabilidades tenía la fuerza suficiente para motivar una inaplicación de la presunción.

Todos los canonistas, sin excepción, estiman que el adulterio de la mujer, que está probado, no es suficiente por sí solo para impedir la aplicación de la regla de presunción de paternidad del marido, apoyándose en el fragmento jurisprudencial romano de D. 48, 5, 12 (11), 9, de Papiniano. Covarrubias, después de haber dicho que la presunción se aplica plenamente en este caso, añade, para dar más fuerza a su pensamiento: «*unde non refert fuerit uxor publica meretrix vel recesserit a viro*». El adulterio podría fácilmente destruir la aplicación de la regla sobre la paternidad, si va acompañado de unas circunstancias, de algunos indicios, que hacen improbable la cooperación del marido. En cuanto a estos indicios, el juez los apreciaría libremente,

180 El motivo de la duda venía de la decretal X 4. 17. 3: un individuo reclamaba la cualidad de hijo legítimo de dos esposos, pero ambos niegan conjuntamente e Inocencio III declara en este texto que: «*In tali casu standum est verbo viri et mulieris nisi certis iudiciis et testibus juvenem praedictum illorum constiterit esse filium*». De este principio tan general, es fácil deducir que la afirmación de ambos esposos concordante destruiría la presunción, aunque la mayor parte de los canonistas no han interpretado de ese modo la decretal, pues esta doble negación no tiene fuerza, según la glosa de Nicolás de Tudeschi, más que si se dan dos condiciones concurrentes: es preciso que el hijo no esté en posesión del estado de legítimo, y además es preciso que la negación de los esposos recaiga sobre este hecho, a saber, que el hijo no ha nacido de la mujer durante el matrimonio. Porque si el hijo demuestra que ha nacido durante el matrimonio, «*de legitimo matrimonio, concludo quod si probatur natus ex muliere retenta in domo satis probatur filius mariti seu concubinarum ut supra dixi, nec crederetur verbo patris asserentis contrarium*». Consecuentemente, la declaración de ambos esposos no destruiría la presunción de paternidad. COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., pp. 93-94.

y los juristas señalan algunos ejemplos¹⁸¹. El catedrático salmantino, antes citado, se muestra más exigente, porque según él la presunción de paternidad subsiste: «*etiamsi uxor recesserit a viro*», y añade: «*id enim tantum poterit han praesumptionem elidere si probatur maritum ad uxorem non accessisse*».

Una circunstancia singular, que según algunos se añade al adulterio, para destruir la regla *pater is est*, tiene lugar en el supuesto «*filius quando est natus caecus vel claudus, tunc propter peccatum praesumitur potius ex adultero quam ex marito*». Mascardo aporta esta regla, y cita muchos autores que la adoptaron antes que él, aunque Covarrubias la rechaza. La decretal X 4. 17. 3 testimonia que un hijo nacido de mujer casada, y de un hombre diferente al marido, ha sido judicialmente reconocido, para lo cual es preciso que el hijo haya podido investigar y establecer esta paternidad¹⁸².

Lucio Ferraris, en el siglo XVIII, analizando el término *praesumptio* y sus clases¹⁸³, después de diferenciar la *hominis*¹⁸⁴ y la *iuris*, «*quae ex iuris auc-*

181 Una mujer ha sido estéril durante largo tiempo, pero comete adulterio, y algunos meses después da a luz. ¿El hijo se presumirá que es del marido? Un pequeño número juristas duda. La opinión general, sin embargo, es que el principio de paternidad del marido no se ha perturbado, como indica Menochio y otros que cita. No obstante, según dicho autor, si a la esterilidad anterior de la mujer, se le añade la circunstancia de la cohabitación con un tercero, aunque el marido tenga acceso con ella, la presunción de paternidad se encuentra destruida. Mascardo afirma: «*filius potius ex adultero quam ex marito praesumitur quando uxor dum habitaret cum marito diu fuerit sterilis*». Algunos autores van más lejos: si la mujer casada mantiene relaciones con un tercero, aunque las relaciones entre ella y su marido no se hayan totalmente interrumpido, su adulterio habitual bastará para destruir la aplicación de la regla de la presunción. Algunos canonistas solamente exigen una sola cosa para ese resultado: que las relaciones de la mujer hayan sido más frecuentes con su amante que con su marido, tal como indica Mascardo. Menochio, aunque más estricto, admite el mismo resultado y cita varios autores que lo defienden. COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., p. 95.

182 Uno de los canonistas que mayor repercusión tuvo en la Edad Moderna fue REIFFENSTUEL, A., *Jus canonicum universum*, O. F. M. C., t. IV, Venetiis, apud A. Bortoli, 1726, pp. 116-118. Comenta X 4, 17, y no deja de señalar: «*Liberi legitimi sunt et dicuntur omnes illi, qui vel ex vere legitimo matrimonio, aut saltem putative tali, publice seu in facie Ecclesiae absque contradictione, ac bona fide initio, nati existunt. Liberi stante matrimonio nati censentur esse legitimi, etsi constet, uxorem saepius fuisse adulteram, et prolem in facie non matris marito, sed adultero assimiletur; nisi ex mariti absentia, infirmitate, aut alio impedimento aut impotentia temporalis probetur, tempore conceptionis maritum copulam non habuisse cum uxore. Procedit conclusio, etiamsi mater fateatur, partum adulterinum esse... Quamvis ordinarium pariendi tempus censetur esse novem menses, tamen etiam illi censentur legitimi, quii septimo post matrimonium initum procreantur mense. Non tantum si septimo mense jam completo, sed etiam si ad initium istius mensis partus fit. Pariter legitima proles censetur, quae decimo mense nascitur. Econtra, proles, quae undecimo mense jam completo nascitur, ordinarie pro illegitima habetur... si circa medium undecimi mensis proles nascitur, legitima censenda erit, saltem si mater bonae existit famae et maritus, dum e vivis discessit, nulla ratione ad copulam fuit impotens*». Vid. id., *Jus canonicum universum*, o. c., t. I, Venetiis, 1726, pp. 208-212: sobre la prevalencia de las pruebas y su eficacia.

183 FFERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, iuridica, moralis, theologica...*, Bononiae sed prostant Venetiis, G. Storti, 1763, t. VI, pp. 182-183, s. v. *praesumptio*.

184 «*Praesumptio alia est iuris et alia est hominis... Hominis est, quae nullo jure scripta reperitur, sed juxta rerum, circumstantiarumque exigentiam, et varietatem ex variis verisimilibus conjecturis,*

toritate ac praecepto procedit, quando scilicet lex ipsa ex aliquo indicio rem dubiam colligit, sive quae in ipso Jure est scripta, vel a lege approbata», añade la distinción entre la *«juris tantum, est illa, cui Jus tandiu innittitur, donec contrarium probatur; contra hanc enim praesumptionem probatio in contrarium admittitur. Hinc de Jure quilibet praesumitur bonus, nisi probetur malus... Item hac praesumptione Juris vicinus praesumitur scire ea, quae facta sunt in vicinia... Item praesumitur filius ex uxore natus, cum qua vir cohabitavit»¹⁸⁵, D. 1, 6, 6, mientras que la *«Juris et de jure est illa, cui Jus adeo fortiter innittitur; ut eam plene pro veritate habendam decernat; unde haec praesumptio in foro judiciali tantum operatur, quantum veritas; et contra hanc praesumptionem regulariter non admittitur probatio in contrarium... nisi de contraria veritate aperte constet, quia tunc omnis praesumptio cessat et cedit veritati».**

Domingo de Morató¹⁸⁶, a partir de las exposiciones de Juan Sala, al tratar del matrimonio legítimo y sus efectos civiles respecto de los hijos, inicia su discurso por la «legitimidad», a tenor de la cual, según Partidas 4, 2, 7, «los hijos nacidos en constante y legítimo matrimonio se reputan por la ley procreados por el matrimonio y por lo tanto legítimos», produciéndose la recepción de las normas expuestas por la Jurisprudencia romana, especialmente D. 1, 6, 6 y D. 2, 4, 5. No obstante, esta presunción de derecho, aunque es una regla que tiene ese efecto tan importante, admite prueba en contrario, siguiendo lo

su indicis prudentis hominis, scilicet Judicis arbitrio, concipitur seu formatur... Praesumptio hominis subdividitur in vehementem, seu violentam, in probabilem et in levem seu temerariam». Esta última «nihil penitus probat, sed est omnino reppellenda; probabilis se sola probat tantum semiplene; vehementem facit plenam probationem, adeo ut ad condemnationem sufficiat saltem in causis civilibus non nimium arduis», como Salomón en la disputa, sobre la maternidad de una criatura, entre las presuntas madres.

185 Enseña FERRARIS, L., *Prompta biblioteca...*, o. c., t. II, s. v. *filius, filii*, p. 229: *«filii legitimi qui ex vere legitimo matrimonio, aut saltem putative tali, publice seu in facie Ecclesiae absque contradictione ac bona fide inito, nati existunt. Filii nati septimo mense post initum matrimonium habendi sunt pro legitimis, etiamsi nascentur ad initium dicti septimi mensis... septem menses solum inchoatos constituit. Sic etiam legitimi sunt habendi filii illi, qui nascuntur mense decimo. Filii qui undecimo mense jam completo nascuntur, ordinarie pro illegitimis habentur: censendi sunt legitimi»*, si nacen dos días después de los diez meses. *«Filii stante matrimonio nati censendi sunt legitimi, quamvis constet uxorem pluries adulterasse, et ipsi filii magis assimulentur adultero, quam matri marito. Limita tamen in casu, quo ex mariti absentia, infirmitate, seu impotentia, vel alio impedimento probetur tempore conceptionis non potuisse maritum copulam habere cum uxore, tunc enim filius sic natus, esset censendus illegitimus»*, D. 1, 6, 6. Siguiendo la doctrina de los comentaristas de las Decretales, Engel y Reiffenstuel, *«filii censendi sunt legitimi, quamvis mater fateatur eos esse adulterosubi asserit, quod legistae communiter reputant fatuum filium, qui credit matri asserenti eum ex adulterio esse natum, alleganti enim suam turpitudinem nulla cum alterius praejudicio debetur fides»*, como hemos visto en otros juristas que les precedieron.

186 DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano, y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del digesto romano hispano de Juan Sala*, t. I, Valladolid, Imp. de H. Rodríguez, 1877, pp. 115-116.

referido en D. 1, 5, 12¹⁸⁷. La presunción se aplica a los nacidos seis meses y un día, por lo menos, desde las nupcias de los esposos-padres, o dentro de los diez meses, transcurridos desde la ausencia o fallecimiento del marido.

Poco antes de la redacción del CIC del 17, Wernz¹⁸⁸ examina la filiación legítima en Derecho canónico, afirmando la canonización de las normas romanas, que rigieron esta materia en Justiniano: *«filii legitimi sunt in foro ecclesiastico omnes illi, qui concipiuntur aut saltem nascuntur, licet tempore conceptionis vel intermedio adhuc fuissent irretiti impedimento dirimente, ex valido matrimonio. Quae doctrina evidenter continetur in iure romano, C. Iust. 5, 27, 11, del emperador Justiniano, año 530, et Novella 89 cap. 8, quod hac in re ab Ecclesia merito dicitur esse canonizatum»*.

Además de mantener el principio de la presunción legal de paternidad, derivada del matrimonio legítimo, conforme al *Ius Romanum*, *«Quod si certo constet de matrimonio parentum et de nativitate filii ex uxore mariti, etiam in foro ecclesiastico receptum est principium iuris Romani: Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant, nisi certis et plane concludentibus argumentis haec iuris praesumptio elidatur: D. 2, 4, 5»*¹⁸⁹. Sin embargo, no deja de señalar, un principio relativo al juez competente desde el Medievo, según el cual las controversias sobre esta materia pertenecen al fuero eclesiástico¹⁹⁰, a causa de su vinculación con el sacramento del matrimonio, si bien no deja el *tempus legitimum* al más libre arbitrio judicial, ya que reitera los plazos de gestación que defendió la jurisprudencia clásica romana, conforme a sus propios

187 Entre los supuestos que permiten la impugnación de la paternidad legal, este jurista cita los siguientes: 1. La impotencia del marido, declarada por el tribunal competente. 2. Si atendido el tiempo transcurrido desde el día del casamiento, o del fallecimiento, o de la ausencia del marido, o del divorcio, no se pudiese reputar a éste como padre del nacido. Por tanto, 1º. No se tendrá por criatura legítima, si no han pasado los seis meses desde la concepción, aunque podrá legitimarse por el subsiguiente matrimonio. 2º. Si nace en el undécimo mes después de la muerte o ausencia del marido: Partidas 3, 14, 9 y 4, 23, 3. Este autor añade: «el adulterio de la mujer, si no va acompañado de la impotencia o ausencia del marido, no bastará para que los hijos dejen de considerarse como legítimos, ya que es posible que la esposa los haya concebido de su marido a pesar de la relación adulterina», tal como dispone, siguiendo al Derecho romano, Partidas 4, 14, 9.

188 WERNZ, X., S. I., *Ius Decretalium*, IV. *Ius matrimoniale Ecclesiae Catholicae*, pars secunda. Alt. ed. em. et aucta, Prati, ex of. lib. Giacchetti, 1912, pp. 590-591.

189 WERNZ, X., S. I., *Ius Decretalium*, IV..., o. c., p. 593.

190 WERNZ, X., S. I., *Ius Decretalium*, IV..., o. c., p. 592: *«Controversia de legitimitate prolis natae ex matrimonio christiano coram solo iudice ecclesiastico est disceptanda et definienda. Nam iudicium de legitimis natalibus est inseparabiliter adnexum iudicio de valore matrimonii; at de valore matrimonii christiani solus iudex ecclesiasticus ad inquisitionem et sententiam iudicalem est competens. Hinc sive quaestio de legitimitate natalium sit causa principalis sive causa incidens in controversia deducta ad forum saeculare, semper iudicium de illa spectat ad solum iudicem ecclesiasticum, praesertim si decisio pendeat a quaestione iuris»*.

términos¹⁹¹: «*In computando tempore gestationis, ut constaret de legitimitate prolis ex matrimonio iusto natae, Ecclesia in suo foro sine dubio adoptavit Ius Romanum longa experientia et quoad substantiam etiam a modernis medicis et legibus civilibus comprobatum: D. 1, 5, 12 y D. 28, 2, 29 pr. Cui regulae a iure Romano statuta eae possunt accedere circumstantiae, ut praesumptio legalis debeat cedere veritati certo demonstratae*»¹⁹².

5. PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS MÁS RELEVANTES, DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

El primero de los Códigos civiles de la Edad Moderna fue el de Federico II de Prusia, ALR, publicado en 1751¹⁹³, que dedica algunos párrafos a la presunción legal de paternidad. Su redacción, por ajustarse al *Ius Naturale*, y al mismo tiempo a la tradición romano-germánica, está bien sistematizada y por su claridad no precisa ninguna explicación:

&1. Es preciso establecer una regla general, con la que se obtenga una certeza moral, en todo caso, donde la naturaleza misma de las cosas no permite

191 WERNZ, X., S. I., *Ius Decretalium*, IV, o. c., p. 594.

192 LE MERCIER MOUSSAUX, G. M., *De la preuve de la filiation légitime en Droit romain, droit ancien et droit français*, Douai, imp. Duthilloeuil et laigle, 1872, p. 7: lo primero es saber si dos personas de sexo diferente están legítimamente casadas. El matrimonio se prueba por medio de una presunción legal, que admite la prueba contraria: dos personas de sexo distinto, honnêtes, de igual rango y entre las que no existe impedimento para el matrimonio y viven juntos, se presume que están legítimamente casadas. *Ibid.*, p. 32-35: la presunción legal, según la cual el alumbramiento tiene lugar entre el séptimo y el décimo mes, puede ser combatida por todos los medios posibles, como eran: 1. La ausencia. 2. La impotencia, que puede ser perpetua o temporal, *vicinis scientibus*. 3. El adulterio, Papiniano en D. 48, 5, 2, 9 habla de mujer acusada de adulterio que reclamaba un plazo a causa de su hijo todavía impúber, pero la mujer no fue escuchada: el adulterio solo no es suficiente nunca para hacer caer la presunción *pater is est*. Será absolutamente indispensable que haya un concurso de circunstancias de las que resulte la prueba de que el niño no ha sido concebido por actos del marido de la madre. Podrán alegarse toda clase de hechos, y los jueces disponen de la mayor libertad de apreciación, al contrario del texto codificado por Napoleón, en su art. 313. La imposibilidad de cohabitación, fundada en cualquier causa, vel alia causa, que algunos autores interpretan como imposibilidad moral de la cohabitación, formula una presunción legal a favor del que nace durante el *legitimum tempus*. Pero en el &7 enseña que puede ser combatida por todos los medios posibles: *-sicut, cum mater naturaliter certa sit, pater ex praesumptione censeatur, quem nuptiae demonstrant, nisi contrarium evidentem constiterit*.

193 *Code Frédéric ou corps de Droit, pour les états de sa Majesté le Roi de Prusse: fondé sur la raison, et sur les constitutions du Pays: dans le quel le Roi a disposé le Droit Romain dans un ordre naturel retranché les Loix étrangères, aboli les subtilités du Droit Romain et pleinement éclairci les doutes et les difficultés, que le même Droit et ses Commentateurs avoient introduit dans la Procédure, établissant de cette manière un Droit certain et universel. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Code Frédéric ou Corps de Droit pour les États de sa Majesté Le Roi de Prusse, fondé sur la raison, et sur les constitutions du Pays... établissant de cette manière un droit certain et universel*. Trad. de l'allemand par A. A. de C., conseiller privé du Roi, s. l. 1751, pp. 245-252, libro II, tit. V: *De agnoscendis liberis*.

ir más lejos, ni adquirir una certeza absoluta y perfecta. «De ce principe il fuit nécessairement que lorsqu'un enfant est né d'un légitime mariage et qu'il vient à terme, c'est-à-dire dans le neuvième ou dixième mois depuis la bénédiction nuptiale, le père doit être tenu de le reconnoître pour sien, et de le recevoir comme tel».

&2 A) Esto tendrá lugar igualmente cuando la mujer ha tenido relaciones antes del matrimonio y ha dado a luz de sus coitos, sin que el marido tenga conocimiento, porque el matrimonio le lleva al marido a reconocer por suyo al hijo nacido durante el matrimonio y en los términos requeridos. B) El padre estará obligado a reconocer al niño por suyo, cuando la madre, antes o después del alumbramiento, o estando en agonía, le declarase que lo ha concebido en adulterio; bien entendido, que el marido le ha dado permanentemente el débito conyugal. Tendrá otro resultado, si la declaración va acompañada de circunstancias que aseguren la verdad de esta declaración, «comme s'il étoit avéré qu'elle a eu des intrigues avec celui qu'elle déclare père de l'enfant; si l'on trouvoit qu'ils se fussent écrit de billets doux etc.».

&3: Para obligar a un padre a reconocer a un hijo por suyo se necesita: 1. Que sea de un matrimonio legítimo: «Car alors la présomption est qu'il en est le père». 2. Es preciso que los hijos nazcan en el tiempo prescrito por la naturaleza para el alumbramiento, o según el curso ordinario de la naturaleza, los niños nacen en el noveno o décimo mes, después de las nupcias, o después de la muerte del padre. Cuando un hijo viene dentro del plazo «le père ne scauroit se dispenset de le reconnoître pour sien».

&4. Como esta certeza moral se funda en presunciones, se sigue necesariamente que si el marido tiene fuertes presunciones de lo contrario y sospechas fundadas de que no es el padre, «l'affaire doit être examinée plus particulièrement».

&5. Si pues el hijo nace en el sexto, séptimo u octavo mes después de las nupcias, se examinará si falta algo para su perfección, y el examen se realizará llamando a mujeres sabias, médicos y cirujgos experimentados. Se informará igualmente de otras circunstancias, como si la mujer tuvo relaciones sospechosas con otros hombres etc.

&6. Si se trata de un niño prematuro que tiene la perfección de un niño nacido en el noveno o décimo mes, o que el marido no ha dado a su mujer el deber conyugal durante los inicios de su matrimonio, a pesar de ello, estará obligado a reconocer al niño por suyo.

&7. El niño nacido de la esposa en el 9 o 10 mes después de la disolución del matrimonio o muerte del marido, si no ha podido tener relaciones durante los últimos meses para ser el padre o ha estado ausente o es incapaz de procrear, hay que examinar estas circunstancias....

&8. Puede ocurrir que existiendo el matrimonio, el padre tenga razón de dudar, para reconocer por suyo un hijo que su mujer trajo al mundo. Pues si después de la bendición nupcial el marido no consuma el matrimonio, bien porque le sobrevino una enfermedad o hizo un viaje o a causa de algunas sos-

pechas se abstuvo duante algunos meses de relaciones con su mujer y la mujer alumbró en el 9º o 10º mes, será necesario, si el no quiere reconocer al hijo, examinar estas circunstancias, conforme a lo prescrito en el artículo precedente, lo que se hace si el marido estuvo ausente o enfermo durante diez meses enteros y la mujer alumbró después de diez meses.

&9. Si la mujer está convencida del crimen de adulterio, el marido no estará obligado a reconocer al hijo que trajo al mundo, aunque le haya dado el deber conyugal durante este período.

&10. Si la viuda, que está encinta se casa por segunda vez dentro del año de luto, o mantiene relaciones ilícitas, el hijo que nazca dentro del 9º o 10º mes después de la muerte del marido, será considerado que le pertenece, a menos que las circunstancias lo hagan extremadamente sospechoso. La viuda perderá la dote y todas las ganancias nupciales que pasarán a los hijos del primer matrimonio y la mujer quedará además recluida, durante algunos años, en una casa de corrección.

El segundo código civil, de mayor repercusión en Europa e Iberoamérica, fue el Code napoleónico, en el cual hay un artículo expreso sobre esta materia¹⁹⁴. Desde el punto de vista legislativo, se sacan unas enseñanzas muy interesantes, porque la legislación romana no limitaba las causas de impugnación de la presunción, y ponen de manifiesto el juego de intereses concretos que intervenían en los supuestos, para llegar a una solución equitativa, aunque el interés público no estaba suficientemente salvaguardado, ante las numerosas presunciones de los jurisconsultos, que permitían atacar ampliamente la presunción de paternidad, acudiendo a motivos de excesiva ligereza, del mismo modo que las soluciones podían apoyarse solamente en motivos de escasa entidad.

Para el Derecho consuetudinario francés¹⁹⁵, anterior al Code civil, los hijos concebidos durante el matrimonio venían legalmente atribuidos al marido por obra de la jurisprudencia de costumbres. Dice Beaumanoir, «según la costumbre de Beauvoisis, el niño nacido menos de siete meses desde la celebración del matrimonio no es legítimo, a menos que se pueda probar que la concepción anterior a la unión conyugal proviene del marido», y si nace después de 39 semanas y un día de la muerte del marido, es bastardo¹⁹⁶.

194 Vid. LOCRIÉ, J. G., *Esprit du Code Napoléon*, t. 4, París, imp. Imperiale, 1806, pp. 265-269: encontramos la presunción de hijo legítimo, pero también causas de impugnación, al ser una presunción *iuris tantum*, como son la imposibilidad física, por alejamiento, y el adulterio; es decir, hay una presunción legal de paternidad que choca con otras presunciones relevantes.

195 COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., pp102-106.

196 Esta presunción no es absoluta y el juez podía rehusar su admisión. Lo mismo ocurre en caso de imposibilidad física de cohabitación, si nace 39 semanas y un día desde que se marchó el marido al extranjero o a prisión, no será legítimo, o si el marido es impotente. El adulterio no puede probar la

Las dos presunciones del art. 314 vienen del antiguo Derecho francés, porque en el siglo XVIII, ante la nueva formulación médica de la duración del embarazo, que podía ser mucho más larga que en Roma, los jueces dejaron de aplicar la regla romana o raramente la aplicaron, y se guiaron por simples presunciones, extraídas de la buena reputación de la madre, declarando hijo legítimo al nacido mucho tiempo después de los diez meses. Cuando todas las circunstancias eran enteramente desfavorables a la madre y contrarias a la legitimidad, se acudía a la regla romana¹⁹⁷.

La primera redacción de las presunciones de paternidad, en orden a la codificación civil en Francia, son obra de Cambacères, en su segundo proyecto, que posteriormente sería asumido por el tribuno Duveyrier, diez años después, al presentar el título de la paternidad y de la filiación al cuerpo legislativo, con estas palabras: «Dans l'impossibilité d'emprunter à la nature

adulterinidad de los hijos, y poco importa que a la certeza del adulterio se añada la declaración de la mujer, que nunca será creída contra sus hijos para que sean bastardos. Estos principios dominaron la jurisprudencia francesa hasta la promulgación del Code civil. No aparecen reglas en el Derecho escrito porque se remiten al Derecho romano. Según DOMAT, J., *Les loix civiles*, parte 2, libre 2, título 1, sobre la duración del embarazo, su conocimiento se dejaba a la libre apreciación del juez, sabiendo la fecha de nacimiento, si la concepción coincidía o no durante la duración de la unión conyugal. La investigación de la paternidad, p. 107, estaba permitida en el antiguo derecho francés, anterior al Código napoleónico, y ante la discusión de la legitimidad, intentada por el padre, podía demostrar que había sido concebido sin su intervención, como señala d'Aguesseau en 1695: si los afectados se casan antes de dar a luz, le ley atribuye la presunción de hijo legítimo al hijo; si no celebran el matrimonio, se buscarán «les preuves de la fréquentation; et si ces preuves étoient concluantes, elles décideraient la question par une simple conjecture probable».

197 COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., pp. 109-111. Mientras, en criterio del francés Coste, el Derecho canónico había buscado facilitar la inversión de la presunción *pater is est*, los parlamentos franceses siguieron una línea totalmente diferente, y el ataque a la regla no fue admitida más fácilmente que en nuestros días, porque los autores insisten que las dos causas de inversión eran las hipótesis de impotencia y ausencia del marido, en palabras de D'Aguesseau: «*Nec probatio in contrarium admitteretur si uxor cohabitabat cum marito non impotenti*». Hay que probarlas plenamente y en caso de duda de la enfermedad aprovecha al niño, que será declarado legítimo, aunque es indiferente que la enfermedad sea natural o accidental, anterior o posterior a la celebración del matrimonio, con tal que haya imposibilidad, bien física bien moral. El adulterio no podía ser invocado en apoyo de una demanda de esta naturaleza, y para mostrar la severidad de los parlamentos se publicó una sátira en 1637, con un decreto del parlamento de Grenoble, en el que se admitía la legitimidad de un niño concebido durante la ausencia del marido, «par la forcé d'imagination de la mère». Era un caso supuesto, y el parlamento de París prohibió su publicación, por estimarlo injurioso, mientras el parlamento de Grenoble ordena, el 13 de julio de 1637, que el impreso fuera destruido, arrojado al fuego y quemado ante la puerta principal del palacio del parlamento. Fue famoso el caso de Vinantes, donde la mujer parió, estando ausente el marido durante el embarazo y alumbramiento, y solamente aparecía un sujeto, que estuvo en el bautismo y al que se le designaba como padre, de modo que el Sr. Vinantes entabló acción por adulterio contra su mujer, que fue condenada con las penas de la Auténtica: C. Iust. 9, 65, Authentica *Sed hodie de adulteriis: Sed hodie adultera verberata in monasterium mittatur...*, y aunque el Sr. Vinantes entabló acción para negar la legitimidad del hijo, d'Aguesseau la hizo rechazar, porque era hijo del crimen de la madre, pero los argumentos aducidos sirvieron para sacar adelante su punto de vista. COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., pp. 114-116.

un signe évident et infaillible de la paternité, et néanmoins dans la nécessité de l'obtenir pour fonder les sociétés sur l'exacte division des familles et la succession certaine des individus et des biens, l'homme a saisi la présomption la plus voisine de la preuve... cette conjecture d'une forcé presque égale à l'évidence, a été le guide sûr des fondateurs de toute société... cette règle fondamentale est aussi la base de la loi proposée». Inmediatamente después de la lectura de la exposición de motivos el proyecto fue aprobado y se hizo parte integrante del Code civil¹⁹⁸.

El art. 312 dispone: «l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari», que es traducción literal del fragmento D. 2, 4, 5, es decir, la condición para invocar la presunción será la concepción durante el matrimonio, que solamente aparecía implícita en las normas romanas. La regla se limita al matrimonio, pero es absoluta y general: «La loi prohibant la recherche de la paternité naturelle ne saurait la présumer en aucune circonstance», salvo el raptó en el momento de la concepción, pues el juez puede entonces, a petición de las partes interesadas, declarar al raptor como padre del niño. Se trata de una simple facultad, no de una obligación que le confie la ley, haciendo posible investigar y probar la paternidad, mediante pruebas, como son las presunciones *hominis*. Por otra parte, la regla *pater is* no se extiende fuera de la unión conyugal¹⁹⁹.

198 D'Aguesseau quería que las relaciones de filiación y paternidad se fijaran mediante reglas precisas e inmutables, eliminando la vaguedad de las mismas y la arbitrariedad de los tribunales, haciendo desaparecer los abusos y las incertidumbres, colocando en su lugar un texto preciso y lógico que no dejase lugar a la discusión, clarificando una materia que era oscura, eliminando para el futuro toda controversia sobre su texto. Cf. COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., pp. 121-122.

199 Según los arts. 314 y 315, a resultas del informe del célebre Fourcroy, se fijaron inicialmente 186 días para los nacimientos prematuros, y 286 para los más retrasados. Dichas cifras fueron insertados primitivamente en el proyecto pero no se mantuvieron, porque el primer cónsul propuso considerar «conçu pendant le mariage, l'enfant qui naîtrait soit après 180 jours depuis la célébration soit dans les 300 jours après la dissolution de l'union conjugale», y esta mención fue adoptada y la proposición de Fourcroy modificada. Los 180 días equivalen a seis meses y los 300 días a 10 meses según el calendario republicano entonces en vigor. Estas cifras están en los art. 314 y 315 del Code civil, y como puntos de partida son: el día del matrimonio, que viene incluido en el plazo, y punto de llegada, el comienzo de 180 días desde el matrimonio, o lo que es lo mismo, 178 días completos, más dos fracciones de día, el del matrimonio y el del nacimiento. Y tampoco será legítimo el nacido 302 días después de la disolución del matrimonio, porque será reputado como concebido después de la cesación de la unión conyugal. La presunción de paternidad es *juris tantum*, pero no será posible atacarla por cualquier motivo. Entre los alegables está la imposibilidad física y moral de cohabitación entre los esposos, que debe existir durante todo el período de concepción. Los supuestos de impugnación de la presunción paternidad son la imposibilidad física de cohabitación; impotencia del marido; o imposibilidad moral, pero también, según el art. 313, primer párrafo: 1º. El adulterio unido a otras circunstancias determinadas por la ley es una causa de inaplicación de la regla. El adulterio de la mujer debe referirse al período de la concepción, el hijo tiene derecho a invocar la presunción *pater is est*, pero no podrá ser invocada contra él. Por otra parte, en este art. 313.1º: El marido no podrá desconocer al hijo por causa de adulterio, a no ser que el nacimiento le haya sido ocultado, para que proponga todos los hechos que sirva para justificar que el no es el padre.

En 1912, después de varios intentos de reforma legislativa, se aprobó la ley de 16 de noviembre²⁰⁰ relativa a la investigación de la paternidad, sustituyendo el art. 340 del Code civil por una nueva redacción, asignando a los jueces la capacidad de declarar la paternidad fuera del matrimonio. En esta nueva normativa sobresalen dos supuestos, en la primera de las causas, para no admitir la demanda de reconocimiento²⁰¹: «1° S'il est établi que pendant la période légale de la conception la mère était d'une conduite notoire²⁰² ou a eu commerce avec un autre individu»²⁰³. Este segundo supuesto, relativo a si

La idea fundamental es esta: el adulterio de la mujer no permite inaplicar la presunción, porque no excluye la posibilidad de la paternidad del marido y en la duda el legislador se pronuncia a favor de la legitimidad. El fragmento jurisprudencial romano, D. 48, 5, 11, 9, vino citado por Bigot-Préameneu quien lo expresaba en estos términos: «la femme peut avoir été coupable sans que le flambeau de l'hyménée fût encore éteint», y no importa que la madre atribuya la paternidad a otro hombre diferente al marido, de lo cual el juez no tendrá nada en cuenta. Otras circunstancias que hacen improbable la paternidad del marido, vienen expuestas en el mismo precepto, de tal manera que, si se producen, permiten al marido desconocer al hijo. El adulterio de la mujer viene castigado en el Código civil, arts. 298 y 308. Cf. COSTE, G., *De la présomption légale de paternité...*, o. c., pp. 123-171.

200 LAVOLLÉE, H., *Code manuel de la recherche de la paternité (Commentaire de la Loi du 16 Novembre 1912)*, París, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1913, p. 3 : este jurista recuerda las palabras muy reconocidas de Bigot-Préameneu, en el momento de redactar el Code civil, afirmando: «la nature à couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence». Ibid., p. 59, ley de 1912, art. 1.

201 LAVOLLÉE, H., *Code manuel de la recherche...*, o. c., pp. 106-117.

202 Inmoralidad notoria: La hipótesis relativa al trato carnal que la madre ha podido tener, en la época legal de la concepción, con otro individuo diferente al padre presunto, fue admitida sin discusión, pero en lo relativo a la inmoralidad notoria no ocurrió lo mismo, porque hubo vivos debates en el senado, respecto de la determinación de su duración y límites, aunque debe coincidir con la época legal de la concepción: esto es, durante los 120 días, o cuatro meses que comprende entre el 180 día mínimo y el 300 día máximo de la duración del embarazo, tal como viene fijado en la ley, de modo que no podrá oponerse si la mujer ha llevado excepcionalmente una vida regular real o aparente quedando fiel al padre presunto. Y no interesa la conducta anterior y posterior que haya llevado. LAVOLLÉE, H., *Code manuel de la recherche...*, o. c., p. 126: para oponer la primera causa de desestimación de la demanda establecida por el legislador, será preciso en consecuencia que el padre presunto pruebe que durante los cuatro meses que constituyen la época legal de la concepción, la mujer llevaba una mala conducta habitual, conocida por todos y de una inmoralidad tal que la frecuencia misma en sus infidelidades con amantes de paso no permite ulterior precisión. La mujer, por su parte, podrá aportar la prueba contraria, de modo que solo la sabiduría y prudencia de los tribunales pondrían remedio a la disputa.

203 Se trata de un precepto que no tiene precedente en ninguna legislación anterior, ni en Derecho romano ni en el derecho consuetudinario. Los hijos nacidos del concubinato tenían padre cierto y no precisaban investigarlo; los *spurii* o *vulgo concepti*, hijos nacidos de la prostituta notoria, para la cual no había concubinato, legalmente carecían de padre. La ley, vista la imposibilidad de determinarlo, les rehusaba ningún reconocimiento, y ninguna investigación podía llenar esta laguna de su estado civil: eran hijos sin padre. En el derecho histórico francés, que permitía investigar la paternidad del hijo natural, remitiéndose a la regla del juramento de la madre en ciertas condiciones, nunca pudo reconocer esta posibilidad a la prostituta: *Nunquam de meretrice*. Todos los miembros del legislativo estaban de acuerdo en defender el interés del niño que no podría salir comprometido por la sola indignidad de la madre. La ley nueva viene a proclamar la paternidad, cada vez que fuera posible establecerla. Por ello, si en la época de la concepción del hijo, que es la única de interés, la madre tiene relaciones carnales con otro individuo diferente al padre, y el padre presunto está afectado de esa inseguridad

la madre, en la época de la concepción, ha tenido relaciones con un individuo determinado, diferente al que es padre presunto²⁰⁴, por el se cae la presunción de la paternidad, consagrada por la ley, que deben apreciar los tribunales; es una causa de non admitir, aprobada por toda la asamblea legislativa francesa, que se refiere a una infidelidad pasajera con un individuo determinado, durante la época legal de la concepción. No es mala conducta notoria de la mujer, pues la mujer a la que se refiere no es una prostituta, como en el supuesto precedente, y su infidelidad puede constituir un hecho accidental, aislado, poco conocido, pero suficiente para dar lugar a dudas serias sobre la atribución de la paternidad a uno de los dos hombres que han compartido los favores sexuales, y la presunción inicial podría hacerse inaplicable²⁰⁵.

En la normativa legal se habla de excepciones, aunque este instituto jurídico, ya utilizado en Roma durante el procedimiento formulario, admite diversas matizaciones, para determinar su alcance y eficacia, según que contenga cualquier recurso contra la acción intentada por el demandante, o si implica la alegación de una circunstancia, que de ser cierta, impide que aquel obtenga la sentencia condenatoria que busca en el proceso, y en este caso el reconocimiento de paternidad²⁰⁶.

que pide constatar en interés del hijo. Cabe el chantaje, porque durante ese período de concepción, si tiene relaciones con otro individuo, puede prevalecer de la presunción de paternidad para la filiación. «La inconnuote notoire» de la ley, consiste en la inmoralidad de la mujer reconocida y constatada por la comunidad acreditada.

204 LAVOLLÉE, H., *Code manuel de la recherche...*, o. c., pp. 126-127.

205 Debe coincidir con la época legal de la concepción y debe ser probada por el padre presunto que la opone. Es una prueba delicada, bastante difícil de gestionar y la madre podrá oponerse con una prueba contraria. Es evidente que la consagración del derecho común que pone a cargo del que alega un hecho la obligación de probarlo, conforme al adagio, *reus in excipiendo fit actor*, también es cierto que podía imponer a la madre la prueba de un hecho negativo indefinido, como el de no haber mantenido esa relación carnal con otro individuo, o que no incurrió en vida inmoral, aunque no se le exigió legalmente, por la difícil prueba y los riesgos de la testifical. La segunda causa para no admitir la demanda de reconocimiento, ya estaba prevista en Derecho romano, y consiste en si el presunto padre estaba durante el mismo período de manera continuada lejos de la madre, sea por efecto de algún accidente, en imposibilidad física de ser el padre del hijo. El legislador ha pensado en el art. 312 del Code, circunstancias materiales que hacen imposible la paternidad y que deben pesar todavía más en la paternidad natural, objeto de investigación por parte de la justicia. LAVOLLÉE, H., *Code manuel de la recherche...*, o. c., pp. 128-133

206 En criterio de este jurista francés, la *exceptio iudicatum solvi*, tiende a que no haya audiencia hasta que el demandado no de garantías de solvencia, asegurando el resultado del juicio; tal sucede con la *exceptio* de incompetencia *ratione personae* o *loci*, que imposibilita al tribunal para examinar la demanda, y el demandante debe plantearla en otro tribunal, con el resultado de hacer valer sus derechos en otra sede judicial diferente; la *exceptio litispendencia*, sirve igualmente para paralizar provisionalmente el ejercicio de la acción y suspender temporalmente los debates del proceso. Además, bajo pena de caducidad, ha de ser propuesta *in limine Litis*, es decir, antes de toda conclusión sobre el fondo del litigio, porque en otro caso sería imposible que tuviera eficacia. A veces se confunde la excepción con la oposición al fondo del asunto, asumiendo un significado genérico e inexacto, como recurso del que

Las dos causas de no estimar la demanda de reconocimiento tienen por objeto, salvando el interés de la madre y del hijo, garantizar al padre presunto contra las tentativas de chantaje, y evitar ante los tribunales que surjan debates susceptibles de provocar un escándalo inútil²⁰⁷. El padre presunto hará la prueba de hechos constitutivos de que no se reciba la demanda, instada conforme a la regla: *reus in excipiendo fit actor*. En el BGB, y otros códigos de su influencia, se insiste en la capacidad para impugnar la presunción de paternidad, si la mujer ha tenido relaciones carnales con otros durante el período de la concepción, que es la *exceptio plurium concubentium*, mientras que en la reforma francesa de 1912, siguiendo un criterio que ya existía en uno de los cantones suizos, se optó por incorporar una excepción, que otorga mayor libertad al juez en esa valoración, por mala conducta, de la esposa²⁰⁸.

se sirve el demandado contra el que le presenta la acción. Esta diferencia tiene más valor, porque incorpora en su significado las causas de no admisión presentadas al tribunal, bajo la expresión corriente «a titre d'exception», porque es un medio de oposición del demandado, pero tiene otro carácter y da lugar a otros efectos. A diferencia de la excepción propiamente dicha, la causa de desestimar la demanda produce un efecto definitivo, lo que no permitirá plantear el asunto ni en otro momento ni ante otro tribunal, y no es que a título temporal se paralice el examen del fondo del litigio. Entonces será cosa juzgada definitivamente, y es irrepetible. También, a diferencia de la *exceptio* propiamente dicha, podrá ser presentada en cualquier momento de la causa, o en apelación, e incluso puede ser tomada en cuenta por el propio tribunal, en el curso de los debates, aunque el demandado no lo haya alegado, o no se haya presentado al juicio.

207 CHAMPCOMMUNAL, J., *Sur la situation juridique des enfants naturels dans les nouvelles législations de la Suisse, Code civil fédéral Suisse, promulgué le 10 décembre 1907, para entrar en vigor el 1 de enero de 1912, de la Principauté de Monaco, Ordinance souveraine du 3 juillet 1907 sur les droits des enfant naturels et la recherche de la paternité et de la Belgique, loi du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel*, en Bulletin mensuel de la Société de Législation Comparé 1 (1910) 79 y ss. *Etude*, p. 109: el proyecto de la comisión legislativa belga autoriza al demandado a invocar la poliandria de la madre, a utilizar este medio como defensa, que se conoce con el nombre de *exceptio plurium concubentium*. Se pueden presentar dos hipótesis: o la infidelidad no está demostrada, y el demandado aparece como padre auténtico del hijo; o se ha constatado que otros hombres tuvieron relaciones con la madre, en cuyo caso, es posible que el demandado sea el padre o que no lo sea, y entonces la teoría del riesgo encuentra su mejor utilización. La enmienda aportada afirma: Si se ha comprobado que la madre ha tenido simultáneamente relaciones idénticas con varios hombres, las cargas de cuidado y educación serán equitativamente repartidas entre ellos, n° 202, imitando dos modestos cantones rurales suizos de Uri y Bâle-Campagne. Una segunda enmienda que no prosperó se refería a la madre que era prostituta. Excepciones: El demandado tiene que presentar los medios de justificación de los que pretende valerse, y son de dos tipos: ante todo, invocar todas las circunstancias que encuentra útiles a su causa, y los jueces apreciarán el valor con plena discreción. El Código civil suizo, estableciendo la presunción de paternidad, se ocupa de especificar, art. 314, que esta presunción cesa si hechos probados permiten albergar serias dudas sobre la paternidad del demandado. La ley belga no prevé hipótesis particulares sino otros medios de defensa, al igual que la ordenanza monegasca.

208 CHAMPCOMMUNAL, J., *Sur la situation juridique des enfants...*, o. c., p. 120: Suiza fue el país por excelencia de las excepciones de paternidad. Cada cantón tenía a veces una larga lista, que permitía la impugnación. Las diversas prescripciones derivanan directamente de enojosas experiencias; unas se deducen de hechos que ponen duda sobre la filiación (las relaciones sexuales con varios hombres, el estado físico del hijo, etc.), mientras otras se desprenden de la indignidad de la madre. (*Nota 1: el art. 701 del Código civil de Zurich tiene una de las listas más completas y es un curioso documento

El cambio en la orientación legislativa fue entonces muy trascendente, porque se pasó de confiar la presunción de paternidad a la declaración de la parturienta en el momento del alumbramiento²⁰⁹, que era la doctrina de la jurisprudencia francesa anterior al Código, para pasar, en éste, a la negativa a investigar la paternidad, salvo el caso de raptó, y con esta reforma de 1912 se introdujo la libre investigación, tal como se venía ejecutando en otros ordenamientos próximos, como el suizo, tratando de eludir algunas consecuencias, poco loables, derivadas del ejercicio de las excepciones alegables contra la presunción, especialmente la *plurium concubentium*, proclamada por el BGB²¹⁰.

de psicología social: la demanda de investigación de la paternidad será rechazada: 1. Si el demandado no tenía 16 años cuando la mujer afirma que concibió del mismo. 2. Si en ese momento él estaba casado y lo sabía la mujer. 3. Si la demandante estaba casada. 4. Si ella había indicado en otro juicio anterior a otra persona como autor de su embarazo, salvo que lo hiciera bajo amenazas o dolo. 5. Si en los dos últimos años, ella ha sido prostituta o ha tenido acceso carnal con hombres por dinero. 6. Si durante el mismo período ha residido en una casa de prostitución o la ha frecuentado. 7. Si por su vida licenciosa, ha dado a luz ya a varios hijos naturales, o ha sufrido una condena por adulterio, o ha llevado ella misma al demandado a la casa de prostitución, se hace la demandante indigna del derecho a acudir a la justicia»). De estas excepciones, hay una que ha tenido una brillante carrera, y a la que consagra un título exclusivo el BGB, alcanzando una notoriedad particular: es la excusa proveniente del número de amantes de la madre, la célebre *exceptio plurium concubentium*. La experiencia ha puesto de relieve algunos inconvenientes, porque esta excepción ha parecido a veces demasiado amplia, obligando a muchas personas a comparecer en juicio y sin motivo, y a veces demasiado rígida, por ejemplo, en el caso de una mujer víctima de atentado de varios hombres, ¿cómo pueden oponer frente a la víctima la pluralidad de relaciones sexuales? Dejando a los cantones un margen para la práctica de usos inveterados, Huber, autor del proyecto, buscó una fórmula general, que permite tener cuenta las circunstancias particulares del supuesto concreto, y por lo mismo, en el art. 315 propuso la sustitución de la *exceptio plurium concubentium* por la *exceptio* de mala conducta en el momento de la concepción (planteamiento francés), que es la que ha recogido ese art. del Código. Esto implica, que el juez tiene mucha amplitud para apreciar libremente la moralidad de la madre, así como la materialidad de los hechos, buscando la equidad. La ordenanza monegasca y el legislador belga, preocupados igualmente por los defectos de la *exceptio plurium concubentium*, han tomado otro procedimiento: además de esta excepción, que admiten formalmente, añaden la *exceptio* de mala conducta notoria. Pudiera parecer un pleonismo, pero sería un error, porque la infidelidad al amante puede existir, sin que haya prostitución, y la mala conducta puede ser cierta, si no imposible, con la presencia de los nombres de los cómplices. Si hay infidelidad evidente, esta designación resulta superflua y solamente tiene inconvenientes, porque sería una segunda incriminación. Al parecer, este último sistema es mejor, porque limita la aplicación hábilmente del más notorio, consistente en la *exceptio plurium concubentium*, pero le reserva toda su eficacia.

209 SAVATIER, R., *L'enfant, la fille-mère et l'amant*, en *Revue critique de législation et jurisprudence* 56 (1936) 229-253: no había más que preguntar a la madre: el hombre, que ella designaría, ese es el padre: *creditor virgini parturienti*. Vid. FOURNEL, *Traité de la séduction*, París 1781; BARRET, *Histoire et critiques des règles sur les preuves de la filiation des enfants naturels*, París 1873.

210 CHÉRON, A., en *Etudes et documents*, 2ª parte, question 3, en *Bulletin de la Société d'études législatives: rapports et comptes-rendus des séances, travaux relatifs aux question étudiées par la Société*, 2º año, París, Arthur Rousseau, 1903, En el anteproyecto de Código civil suizo, p. 63: a veces, jóvenes, en grupo, se prestan a reunir confesiones falaces para basar la *exceptio plurium concubentium*. Para remediar este abuso, se ha propuesto suprimir la excepción, creando una obligación solidaria entre los concubentes. Sin ir tan lejos, el anteproyecto considera la cohabitación con varios individuos, aunque

El tercer Código Civil, cronológicamente hablando, que reguló de modo especial esta materia, influyendo decisivamente en otros códigos posteriores, fue el BGB. Windscheid²¹¹ señala que el hijo tiene por padre al marido de la madre, en el momento de la concepción, por lo cual, los hijos ilegítimos no tienen padre, aunque en el Derecho canónico hay una excepción a favor de los hijos nacidos de un matrimonio putativo.

Por otra parte, admite que, entre los hechos sobre los cuales se funda el parentesco, hay uno que tiene no solamente una prueba difícil, sino imposible, y es la generación. No obstante, para los hijos concebidos en matrimonio, el derecho suple esta prueba con una presunción: el hijo ha sido engendrado por el marido de la madre, sin que se excluya la prueba contraria. De otro lado, el momento de la concepción se desprende de la data del nacimiento,

esté probada, como causa de desestimación absoluta de la demanda, si la madre es de mala vida, cuestión que debe apreciar el juez; fuera de este caso, la paternidad del demandado será pronunciada, al menos en lo que se refiere a los alimentos. La duda que se plantea sobre la auténtica paternidad tendrá solamente como efecto dar al demandado condenado un recurso contra los otros. Tal era la idea primera del autor y uno de los motivos actualmente, pero se desearía que el texto de la ley fuera más explícito. Ibid., p. 245 Hay que comentaristas que han exagerado los efectos de esta máxima. En realidad, dicha declaración de la madre no es más que un medio probatorio provisional. El individuo designado por ella podía evitar la carga definitiva del niño en caso de inverosimilitud de las relaciones que la madre afirmaba haber tenido con el, o incluso si esta había compartido sus favores con otros galantes en la época de la concepción del recién nacido. Era la *exceptio plurium concubentium*. Además, se trataría del primer hijo *«virgini»*, y esta práctica hacía correr el riesgo de venir designado como padre, más en atención a la importancia de su fortuna que a la probabilidad de su paternidad. Los chantajes a este método habían asustado a los legisladores de la Revolución francesa y del Code civil napoleónico. Recuerda Jossierand, que el Código civil alemán autoriza la investigación de la paternidad y establece una presunción de paternidad contra el que ha cohabitado con la madre durante el tiempo de la concepción, reserva hecha de algunas circunstancias desfavorables a la presunción, especialmente la mala conducta de la madre: *exceptio plurium concubentium*: parágrafo 1717. Disposiciones similares figuran en el Código civil suizo que distingue la acción que busca prestaciones pecuniarias por parte del seductor, y la acción de declaración de paternidad, mientras que el art. 340 refiere las causas de desestimación de la demanda, para cortar debates escandalosos y más o menos inútiles. Son tres los recursos a disposición del demandado: 1. «Inconduite notoire de la mere attestée par la commune renommée», que se debe referir al período de la concepción, conforme al art. 312. Esta primera causa previene toda tentativa de chantaje de prostitutas. 2. Comercio con otro individuo, que figura en el mismo párrafo, pero se distingue del precedente: basta que la madre haya tenido relaciones con un solo individuo, diferente del demandado, para que este último puede impugnar la paternidad que se le quiere atribuir, oponiendo la excepción conocida como *plurium concubentium*. Para que prospere, debe probar: a) el hecho material de las relaciones concurrentes; b) la identidad de aquel o aquellos que las han llevado a cabo y c) la coincidencia de las relaciones con el tiempo de la concepción. 3. Imposibilidad física de procreación. JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français, conforme aux programmes officiels des facultés de droit, mis au courant des lois, des décrets-lois, de la jurisprudence et de la doctrine...* I. *Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels principaux*, 3ª ed., Paris, Sirey, 1937, pp. 680-688.

211 WINDSCHEID, B., *Diritto della Pandette*. Trad. De C. Fadda e P. E. Bensa, con note e riferimenti al Diritto Civile italiano, vol. III, rist. st., Torino, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1930, p. 84.

acogiéndose a la regla jurídica, a tenor de la cual se exigen al menos 182 días y como máximo diez meses.

Si los hijos fueran concebidos fuera del matrimonio²¹², no se les permite probar la generación por la actividad sexual de un hombre determinado, por lo que ni tienen padre, ni parentesco paterno. No obstante, existe el precepto del Derecho canónico, por el que se declara que la nulidad del matrimonio no perjudica a los hijos, si era ignorada por los cónyuges, o al menos por uno de ellos, pudiendo adquirir, con la legitimación, un padre y un parentesco paterno, ya que en otro caso tienen, como los ilegítimos, una madre y un parentesco por línea materna.

El párrafo 1591, del título segundo, sección segunda, libro cuarto del BGB, establece:

Un hijo que ha nacido después de la conclusión del matrimonio, es legítimo, si la mujer le ha concebido antes o durante el matrimonio y el marido ha cohabitado con la mujer dentro del tiempo de la concepción. El hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la mujer haya concebido al hijo del marido.

Se presume que el marido ha cohabitado con la mujer dentro del tiempo de la concepción. Siempre que el tiempo de la concepción caiga en el tiempo anterior al matrimonio, vale la presunción solamente si el marido ha muerto sin haber impugnado la legitimidad del hijo²¹³.

Por su parte, el párrafo 1717, que está en el título sexto, de la misma sección y libro IV, dispone:

Se reputa válidamente como hijo ilegítimo del padre aquel que haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de este tiempo. No se toma, sin embargo, en consideración una cohabitación si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo a consecuencia de esta cohabitación.

212 WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette...*, o. c. vol. I, pp. 168-169 y notas.

213 El párrafo 1592 determina como tiempo de la concepción el comprendido desde el 181 día y el 302, antes del día del nacimiento, con inclusión de ambas fechas, 181 y 302. Y en su párrafo 2, dispone que si consta firmemente que el hijo ha sido concebido dentro de un período de tiempo que llega más atrás que el día 302 antes del día del nacimiento del hijo, en beneficio de la legitimidad del hijo vale este período de tiempo como tiempo de la concepción.

Como tiempo de la concepción sirve el plazo comprendido desde el día 181 al día 302 antes de la fecha de nacimiento del hijo, incluyendo tanto el día 181 como el 302²¹⁴.

El Código civil federal germano admite la investigación de la paternidad sin condiciones, pero otorga al niño el derecho de alimentos. No siendo susceptible la paternidad de demostración directa, exige que se establezca la relación sexual, de donde proviene la regla de la presunción, cuando se ha probado que entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento, el demandado ha cohabitado con la madre del niño²¹⁵.

El legislador federal es consciente de la irracionalidad que tiene una presunción de paternidad fuera del matrimonio, pero lo justifica por la necesidad, con el único objetivo de facilitar a los jueces la prueba de la misma, aunque limitándola. Las relaciones carnales, especialmente cualificadas, pueden autorizar la libertad de las pruebas, en la que hay tres categorías de hechos, si bien las relaciones continuas y notorias son la primera excepción, es decir, se precisa que haya notoriedad y continuidad para que pueda hablarse de un comienzo de prueba²¹⁶.

214 *La réforme de l'article 340*, en *Revue catholique des institutions et du Droit* 42, febrero (1914) 158-160: el BGB, que entró en vigor el 1 de enero de 1900, se presenta como el producto perfeccionado con los progresos modernos, ejerciendo gran influencia sobre las ideas jurídicas. La investigación de la paternidad está facilitada singularmente: párrafo 1717: Se reputa padre del hijo aquel que ha cohabitado con la madre en el tiempo de la concepción. La prueba de la cohabitación se hace por todos los medios, y es suficiente que un hombre haya sido visto entrar en la habitación de una mujer para venir declarado padre del hijo que ella ha concebido en este período. Esta es la aplicación de la idea que se identifica como «riesgo de paternidad», según la cual no es necesario probar la filiación misma. Sin embargo, el BGB estima que esta filiación es así cierta, porque la rechaza si el presunto padre demuestra que otro hombre ha cohabitado igualmente con la madre en el mismo tiempo, es la *exceptio plurium concubentium*, o si él prueba que es manifiestamente imposible que el hijo haya sido concebido con sus obras.

215 *Journal du Notariat. Recueil pratique de doctrine et de jurisprudence en matière de Droit, de Notariat et d'Enregistrement, par une Société de Notaires et de Jurisconsultes*, año 99, París 1936, p. 949: Las leyes alemanas establecen la presunción de paternidad sobre la cohabitación de la madre y del presunto padre en el tiempo de la concepción, salvo la *exceptio plurium concubentium*.

216 *Code civil allemand*. Promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, t. III, livre IV (parágrafos 1297 à 2385), París, Impr. Nationale, 1908, trad. et ann. par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullman, R. Saleilles, p. 495: Se reputará padre del hijo natural, en el sentido de los párrafos 1708 a 1716, el que ha cohabitado con la madre en el tiempo de la concepción, a menos que otro no haya cohabitado con ella en el mismo tiempo. La cohabitación, siempre, no se toma en consideración, cuando, según las circunstancias, es manifiestamente imposible que la madre haya concebido el hijo de actos del que ha cohabitado con ella. De otra parte, el párrafo segundo dispone que se considera tiempo de la concepción el que transcurre de los 181 a los 300 dos días antes del día del nacimiento del hijo. La prueba más larga se admite a favor de la legitimidad, por el par. 1592, párrafo 2. Según el par. 1718, el reconocimiento hecho sin observar las formas prescritas no tiene más importancia que una confesión extrajudicial. Regularmente hecha, tiene como finalidad impedir al demandado la *exceptio plurium concubentium*, pero no le prohíbe probar que ha cohabitado con la madre o que su

Según el párrafo 1720, el marido de la madre es reputado padre del hijo, cuando ha cohabitado con ella durante el tiempo de la concepción, previsto en el 1717, a menos que conforme a las circunstancias sea manifiestamente imposible que la madre haya concebido el hijo de las obras del que ha cohabitado con ella²¹⁷. La presunción está destinada a facilitar la investigación de la paternidad, pero solamente se puede invocar en apoyo de las disposiciones que se refieren al derecho de alimentos del hijo natural o indemnización de la madre, porque el resto de relaciones, como son la materia penal, o un impedimento para el matrimonio, se rige por las reglas generales de la prueba²¹⁸.

El cuarto es nuestro Cc, con el régimen legal precedente, contenido en la Ley de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870, cuyo art. 56 disponía,

Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los 300 siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

cohabitación no ha tenido lugar en el tiempo de la concepción o que el hijo no puede ser suyo. Mientras el reconocimiento de la paternidad legítima es declarativa la de la paternidad natural no lo es y tampoco constitutiva de la filiación: es un acto jurídico unilateral.

217 Según CHAMPCOMMUNAL, J., *La condition juridique des enfants naturels dans les nouvelles législations de la Suisse, de la principauté de Monaco et de la Belgique*, Paris, Pichon, 1910: Suiza mejoró el sistema alemán, sustituyendo la *exceptio plurium concubentium* por la *exceptio* de mala conducta en la época de la concepción, que ha pasado al texto definitivo. Mónaco y Bélgica añaden la *exceptio* de mala conducta a la *exceptio plurium concubentium*. WINKEL, M. H., *Le code civil néerlandais et le Droit civil français*, en *Le Droit civil français. Journées du Droit civil Français*, Montreal 31 aout-2 septembre, 1934, París, Sirey, 1936, p. 734, informa que, según la ley holandesa de 16 de noviembre de 1909, el que ha vivido con la madre entre el 301 y el 179 día antes del nacimiento se presume que es el padre, a menos que el demandado pruebe la *exceptio plurium concubentium* o que el juez esté convencido en conciencia que el demandado no es el padre.

218 La prueba de la infidelidad de la mujer basta para liberar al presunto padre del mantenimiento del hijo natural, mientras que no es suficiente para fundar la desautorización del marido, es que resulta imposible asimilar la unión libre al matrimonio, porque de otro modo se fomentaría el nacimiento de hijos ilegítimos y el representante del menor estaría buscando, entre los amantes de la madre, el más rico o más solvente. En apoyo de su *exceptio*, el demandado puede usar todos los medios de prueba que autoriza el Código de procedimiento civil, y en particular deferir el juramento, del art. 292 pr. 2 C. Pr. civ., sin que haya necesidad de revelar el nombre del que ha cohabitado con la madre. Para refutar la excepción, la madre ha de demostrar, según la regla general, que es imposible que otro sea el padre del hijo. *Limoges Universitaire: Revue mensuelle*, dic. 1910, p. 2: El BGB formula una presunción de paternidad a cargo del hombre que ha conhabitado con la madre entre el 300 y el 180 día antes del nacimiento: art. 314. Si se quiere establecer una comparación entre los dos códigos, francés y germano, respecto a las principales diferencias, hay una que sobresale: la sustitución de la excepción *d'inconduite* (art. 315) a *exceptio plurium concubentium*.

Por su parte, el art. 57 niega validez a la declaración de la madre contra su legitimidad, aunque la misma fuera condenada como adúltera, mientras el art. 158 declara, con «presunción», que son ilegítimos los nacidos antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, salvo que concurrieran determinadas circunstancias, como el reconocimiento por el marido.

Con este texto en vigor, el art. 108 del Código de 1889²¹⁹, dispone:

Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges²²⁰.

El quinto texto codificado, que regula la presunción, es el CIC de 1917, en sus cánones 1114 y 1115, en los que se trata de la legitimidad de los hijos nacidos de justas nupcias, y la presunción de paternidad,

Morant²²¹, señala cómo en el cn. 1115²²², del Código pío-benedictino, hay una trasposición del viejo aforismo Ulpiano, contenido en D. 2, 4, 5, pero dicho precepto también se fundamenta en el *responsum* de Paulo, en D. 2, 5, 11, por lo cual, en sus puntos 1 y 2, se establecen dos presunciones *iuris tantum*, para la paternidad legal del marido, respecto del hijo nacido en matrimonio, dentro del que hemos denominado en Roma *tempus legitimum*, y que se ha conservado en la tradición jurídica romano-canónica, por lo que se habla de matrimonio válido o putativo, a partir de la normativa justiniana. Por este motivo, no se habla de la concepción como única referencia, sino también del nacimiento, siguiendo al Código del emperador bizantino, y lo dispuesto en una de sus Novelas, que hemos citado más arriba.

219 Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La presunción de paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 468-495; ALEMANY VERDAGUER, S., *Estudios sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 57 y ss.

220 El art. 109 reiterada la presunción, aunque la madre declarase contra la legitimidad o fuera condenada como adúltera, y el 110 confirma esta presunción si el hijo nace pasados los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, concurriendo las circunstancias del art.58 de la Ley de 1870.

221 MORANT, V. B., *La prueba de la filiación en el Derecho canónico*, en REDC 67 (2010) 182-186.

222 Este canonista señala que el Código considera la legitimidad como una cualidad jurídica, distinguiendo los hijos que «son» legítimos y los que «se presumen legítimos». Los primeros están referidos en el cn. 1114, enumerando la norma canónica, «a los concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo»: cn. 1115, &4, por lo que «son legítimos» los nacidos póstumos, pero engendrados durante el matrimonio, y los nacidos después de la muerte del padre, pero engendrados antes de la celebración del matrimonio, «pero nacidos durante él». Por este motivo, este jurista afirma que la legitimidad es un concepto jurídico en el Código, que no está subordinado a la validez real y objetiva del matrimonio, pero se aplica mientras no se demuestre la nulidad, si bien esta construcción doctrinal es la que hemos recibido del Derecho romano.

Cn. 1114: Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo, siempre que, a los padres, en el momento en que fue concebido el hijo, no les estuviera prohibido el uso del matrimonio celebrado antes, por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido órdenes sagradas.

Cn. 1115.1: El matrimonio muestra quién es el padre, a no ser que se compruebe lo contrario con razones evidentes.

&2. Se presume que son legítimos los hijos nacidos seis meses por lo menos después del día de la celebración del matrimonio o dentro de los diez después de la disolución de la vida conyugal.

Al ser presunción *iuris tantum*, por lo mismo, admite la prueba en contrario, tal como puso de manifiesto Miguélez Domínguez²²³. Este canonista, tratando de los efectos del matrimonio en los hijos, aunque la filiación es un hecho puramente biológico, con grave repercusión jurídica, pone de manifiesto que la filiación materna es un hecho público por su naturaleza, y generalmente comprobable, lo que no sucede en la paterna, que no es susceptible de prueba directa incontrovertible, de tal forma que negativamente se podía entonces saber quién no podía ser el padre, pero no asignarse la paternidad concreta. Este es el motivo de la presunción legal de paternidad, si se refiere a la mujer casada, porque en este caso se presume que padre es el marido de la madre, conforme al fragmento de Ulpiano, D. 1, 6, 6, mientras no se demuestre lo contrario con razones evidentes, tal como sería la imposibilidad física de tener relaciones con la esposa durante los diez meses de la gestación. Ello no impide que pueda impugnarse por múltiples causas, tratando de averiguar la verdad de esa paternidad, que es objetivo prioritario del Derecho.

En el párrafo 2 del 1115 se determina el tiempo dentro del cual puede, el recién nacido, venir considerado legítimo, al igual que en Roma, y en este caso se trata de una presunción diferente, ya que al menos tiene que haber durado la gestación seis meses completos, o producirse el alumbramiento antes del décimo mes completo, que eran las reglas del Derecho romano, expuestas más arriba²²⁴.

223 AA. VV., *Comentarios al Código de Derecho Canónico. Con el texto legal latino y castellano. II. Cánones 682-1321*, Madrid, BAC, 1963, p. 679.

224 MIGUÉLEZ, L., *Comentarios al CIC...* vol. II, o. c., pp. 679-682.

6. NORMATIVAS POSITIVAS EN LOS PAÍSES EUROPEOS DEL SIGLO XXI EN ESTA MATERIA

En el actual texto codificado del Derecho canónico²²⁵ para la Iglesia Latina, de 1983, su cn. 1584, aporta una definición de presunción como conjetura probable de una cosa incierta²²⁶, y respecto de la paternidad legal del marido, a la que se refiere el cn. 1138.2 vigente, reitera la presunción conforme al texto de Ulpiano, que reproduce incluso literalmente, salvo que solamente admite la impugnación «con argumentos evidentes». De otro lado, en el párrafo 2 se establecen los plazos del antiguo cn. 1115.2, con la única diferencia que entonces se identificaban por meses, pero ahora, siguiendo a los Códigos civiles europeos, se especifican por días, los 180 después de la celebración del matrimonio, y los 300 después de su disolución, además de disponer, en el cn. 1137, sobre los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo, reproduciendo el Derecho romano en el primer aspecto.

Federico Aznar, comentando el cn. 1138, en sus dos párrafos, recuerda que nuestro texto codificado, al igual que la mayor parte de legislaciones civiles, fija una serie de presunciones, comenzando por una «*iuris*» en el párrafo 1, porque son hijos legítimos si han nacido de la esposa dentro del matrimonio, en caso de que reúnan los requisitos exigidos para ello, y el marido de la *uxor* se presume que es el padre de los hijos alumbrados por su mujer, salvo prueba en contrario con razones evidentes, tales como la ausencia de relaciones sexuales en el tiempo de la concepción, o la esterilidad demostrada. Complementa esta presunción, la del párrafo 2, que favorece a los hijos nacidos dentro de los plazos legalmente prescritos²²⁷.

225 *Codex Iuris Canonici. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*. Fontium, annotatione et índice analítico-alphabetico auctus, Roma, Libreria Editrice Vaticana, 1989, p.310.

226 El actual texto codificado diferencia la *praesumptio iuris* de la *praesumptio hominis*: «*alia est iuris, quae ab ipsa lege; alia hominis, quae a iudice conicitur*», precisando en el cn. 1585: «*qui habet pro se iuris praesumptionem, liberatur ab onere probando, quod recidit in partem adversam*». Se recoge de este modo la doctrina canonística, como vemos en BARGILLIAT, M., *Praelectiones Iuris Canonici*, 30ª ed., t. II, Parisiis, apud Berche et Tralin ed., 1915, pp. 399-400. Siguiendo a Schmalzgrueber, la define «*conjectura seu iudicium, ex aliquo signo vel indicio orta, et probationis loco allegata, aut a iudice assumpta, ad astruendam rei dubiae fidem*». A continuación, establece sus clases, *iuris et hominis: prior «a lege procedit*», y es «*iuris tantum, quando jus tamdiu aliquid habet ut verum quamdiu contrarium non probetur*», o *iuris et de jure, «quae excludit probationem directe contrariam*». Es *hominis, «quae in lege non designatur, sed iudicis prudenti arbitrio remittitur*».

227 *Código de Derecho Canónico*. Ed. bilingüe comentada por profesores de la Facultad de Derecho canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, BAC, 1988, p. 552. No se puede olvidar que el cn. 877, &2, a propósito de la prueba del bautismo, reclama que «se ha inscribir el nombre del padre, si su paternidad se prueba por documento público o por propia declaración ante el párroco y dos testigos», porque en el resto de supuestos solamente se hará constar el nombre del bautizado.

Nuestro Cc, reformado por la ley 11, de 13 de mayo de 1981, para adaptarse a la CE de 1978, cuyo art. 39.2 proclamaba la protección de todos los hijos, sin distinción, iguales ante la ley, además de posibilitar la investigación de la paternidad, mantiene, en materia de presunción de paternidad, la anterior presunción a favor del marido, en la filiación matrimonial, según el art. 116, ya que considera como hijos suyos «los nacidos después de la celebración del matrimonio», suprimiendo plazos, pero manteniendo «antes de los trescientos días siguientes a su disolución, o separación legal o de hecho de los cónyuges». Por otra parte, ampara al marido, en el artículo 117, para impugnar esa presunción, respecto del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio²²⁸.

El *Code civil* francés fue modificado por la Ley n° 72-3, de 3 de enero de 1972, art. 1. En esta reforma se cambió el texto de varios artículos del Código napoleónico, como los arts. 313, 314 y 315, además de adicionar otros, como el 313-1 y 2. Posteriormente, ha sido objeto de nueva redacción por la *Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 JORF 6 juillet 2005, en vigor desde el 1 de julio de 2006*, en la que el artículo 311 de dicho libro I, título VII y capítulo II, ha quedado redactado del tenor siguiente:

La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance.

La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant.

La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions.

Por su parte, la anterior redacción del artículo 312, en la ley de 3 de enero de 1972, ya reformado el precepto napoleónico codificado, al tratar de la presunción de paternidad en la filiación legítima, dispuso:

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père.

228 Vid. LLEDÓ YAGÜE, F., *Acciones de filiación*, Madrid, La Ley, 1987, pp. 139-183; VEIGA NICOLE, E., *Régimen jurídico de la filiación*, en AA. VV., *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, dir. por F. Lledó Yagüe, Madrid, Consejo General del Poder judicial, 1994, pp. 15-28; QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad. La exceptio plurium concubentium*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 25-65; MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., *Régimen jurídico de las presunciones*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 125-159; POLO ARÉVALO, E., *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 220-222.

La reforma introducida por la Ordenanza de 2005, ha suprimido el segundo párrafo, y adicionado, en el primer párrafo, un término que resulta de la mayor importancia para la regulación positiva, y le acerca más al Derecho de Justiniano:

L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari.

El Código civil alemán, regula la materia en el libro IV, sección 2, título 2, y después de la última reforma, introducida por la ley de 16 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de julio del año siguiente, aunque cambia la fórmula tradicional de presunción de paternidad, y se regulan conjuntamente la paternidad legítima y la natural, sigue vigente en el primer inciso del nuevo párrafo 1592 la presunción legal a cargo del marido, respecto del hijo, si en el momento de su nacimiento está desposado con la madre. Por ello, después de afirmar en el &1591 que “madre de un hijo es la mujer que lo dio a luz”, sienta en el párrafo 1592 esa presunción de paternidad derivada del nacimiento²²⁹:

Paternidad

1. El que en el momento del nacimiento está casado con la madre.
2. El que ha reconocido la paternidad
3. La paternidad establecida judicialmente según el &1600d.

El párrafo 1593 trata del reconocimiento de paternidad del marido en caso de disolución del matrimonio por muerte, y se remite al precepto anterior en vía analógica, pero añade el plazo del *tempus legitimum*, a efectos de la concepción, que ya rigió en Roma:

Si el hijo hubiera nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución (se imputa la paternidad al difunto). Si consta que el hijo hubiera sido concebido en un tiempo superior a los trescientos días anteriores a su nacimiento, ese tiempo será determinante. Si nace un hijo de una mujer que ha celebrado un segundo matrimonio y, tanto a tenor de los incisos 1 y 2, sería hijo de su marido anterior como, según el &1592 número 1, hijo de su nuevo marido, se considera sólo como hijo de su nuevo marido. Si se impugna la paternidad y se determina judicialmente que el nuevo marido no es el padre del hijo, éste será considerado hijo del marido anterior.

229 & 1593: Vaterschaft. 1. Vater eines Kindes ist der Mann. 1. Der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, 2. Der die Vaterschaft anerkannt hat oder 3. Dessen Vaterschaft nach &1600d gerichtlich festgestellt ist.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La presunción legal de paternidad en el matrimonio legítimo, proveniente del Derecho romano clásico, fue aplicada por la Real chancillería vallisoletana en un pleito del último tercio del siglo XVII, a pesar de la contradicción existente en las diversas pruebas presentadas para corroborarla, como algunas deposiciones testificales, y la falta de concordancia de la partida de bautismo con el *nomen* inscrito en el libro parroquial, que contenía el asiento sacramental de la reclamante, porque de ciertas pruebas practicadas resultaba una convicción más fuerte a favor de la presunción de paternidad matrimonial del ciudadano de Zamora, Pedro Mayo, respecto de la hija de su legítima mujer, sin que los jueces aludan al *favor sacramenti*, ni a otros fundamentos diferentes al embarazo de la esposa, dentro del *tempus legitimum*.

Esto demuestra la fuerza de esta presunción legal²³⁰, y la naturaleza de la misma como presunción *iuris tantum*, cuyas impugnaciones fueron plenamente abiertas en Derecho romano, procediéndose a un planteamiento totalmente contrario en las primeras codificaciones europeas, tanto francesa como alemana, y sus códigos de influencia, como el español, italiano o portugués, hasta que las modernas técnicas de identificación de paternidad, y la nueva cultura de equiparación de los hijos, ha llevado a una reforma sustancial de los preceptos que regulaban esta materia, admitiendo la *praesumptio iuris* en la filiación matrimonial, pero con plena libertad para impugnarla, por parte del marido de la madre, si bien en el Derecho canónico se exigen evidéntísimas razones o argumentos para ello, por el principio del *favor matrimonii*.

Podemos concluir con las palabras del francés Delamalle²³¹, quien recuerda haber escuchado decir a un juez: «Oui, comme homme, je crois bien que M. n'est pas le père du réclamant; mais, comme juge, la loi m'oblige à le déclarer tel». Este razonamiento hiere a la razón, por consecuencias tan deplorables, porque es difícil entender que la ley contenga un principio de justicia, si se declara un hijo legítimo, cuando su ilegitimidad resulta evidente, y, a pesar de ello, asignarlo a una familia, convencidos de que no le pertenece.

230 Recordaba LHOSTIS, P., *La recherche de la paternité naturelle*, Rennes, Dubois, 1898, pp. 1: «La recherche de la paternité est interdite», en el antiguo ordenamiento francés, y con esta simplicidad está referida la regla en el art. 340, argumentando que el legislador ha protegido la filiación legítima, porque la procreación de hijos es uno de los fines del matrimonio y los padres legítimos surgidos del matrimonio tienen la confianza plena del legislador, confiando en el amor profundo de sus padres hacia la descendencia procreada, aunque la evolución de la sociedad moderna ponga muchas cosas en entredicho.

231 DELAMALLE, G. G., *De la filiation et de la paternité légitimes, et particulièrement de la règle: Pater est quem nuptiae demonstrant, d'après les articles 312, 313, 314, 315, 316, 317 et 318 du Code Civil*, París, Chez Delanauy. 1817, p. V.

Esta perplejidad muestra la convicción y duda del hombre que juzga, frente al deber que tiene como juez, teniendo presente que la ley, por justos motivos de orden e interés público, vincula al juez y no puede examinarla y dejarla de aplicar. La regla *pater is*, es necesaria, pero limitada; presunción justa y saludable, admitida para suplir la evidencia, pero no puede servir nunca para llevar a un resultado tan absurdo.

Beatriz García Fueyo

Universidad de Málaga