

ma ley lo exige en principio hasta el momento en que el hijo queda establecido. En tanto que el hijo no está establecido, lo que en general implica su minoría, casi no se concibe la interrupción en su estado; debe habitar con su padre. Si está colocado en una pensión ó con un maestro es por voluntad de su padre; necesariamente, pues, hay hechos de posesión; la interrupción no podría acaecer sino en circunstancias excepcionales y, en tal caso, el hijo debería motivarla y justificarla. (1)

406. Según los términos del art. 253 del Código de Procedimientos el tribunal puede ordenar la averiguación si los hechos son admisibles, lo que da al juez un poder discrecional en materia de prueba testimonial; puede admitirla ó rehusarla, dice la Corte de Casación, y el legislador se atiene á la conciencia de aquél. (2) Si los hechos articulados por el hijo son de tal naturaleza que no probasen la filiación, aunque quedasen establecidos, la averiguación judicial sería frustratoria. Por otra parte, el juez puede hallar en los documentos de la causa pruebas suficientes para decidir la contienda, sea en pró, sea en contra del hijo; todavía en tal caso es inútil proceder á la averiguación judicial. La posesión de estado se establece, cierto es, por regla general con testigos, pero puede suceder que ella resulte de los escritos producidos por el actor; ó bien puede suceder que los escritos producidos por el reo prueben que el hijo no tiene la filiación que él reclama. Hé ahí por qué la admisión de la prueba testimonial debe ser facultativa.

407. ¿Cuándo hay lugar para probar la filiación por medio de la posesión de estado? El art. 319 contesta: «A fal-

1 Compárese Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 190, núm. 210.

2 Sentencia de 19 de Mayo de 1830 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 252).

ta de título;» es decir, cuando no existe acta de nacimiento inscripta en los registros del estado civil. No hay que distinguir las causas por las cuales no hay título. El proyecto presentado al Consejo de Estado por la Sección de Legislación decía: «Si se han perdido los registros ó si no se han llevado es suficiente la posesión constante de hijo legítimo.» Esto equivalía á limitar la admisión de la posesión de estado al caso previsto por el art. 46; y en este caso el Código admite la prueba testimonial, aun sin un comienzo de prueba; esto habría, pues, equivalido á otorgar al hijo un derecho del cual en rigor podía pasarse y rehusárselo en todos los demás casos en que no hay acta de nacimiento sin que se pueda nunca imputarle la falta de título. En principio, sea cual fuere la causa por la cual el hijo no tiene título, la ley debe permitirle que se prevalega de la posesión de estado. Tal es lo que indica la nueva redacción. (1) Infiérese de esto que el hijo ni siquiera necesita indicar la causa por la cual no tiene título; es suficiente con que no lo tenga para que sea admisible la prueba por medio de la posesión de estado. (2)

Pero sólo á falta de título se admite la posesión de estado como prueba de la filiación de los hijos legítimos. Si hay acta de nacimiento este título es el que decide, porque es la prueba por excelencia de la filiación. Acabamos de decir que este título hace fe en favor del hijo aun cuando lo contradijese la posesión de estado.

Pero tampoco puede invocar el hijo la posesión de estado contra su título. Se le opondría el art. 320 que formalmente dice que á falta de título basta la posesión de estado. Salvo que el hijo sostenga que fué inscripto con falsos

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Brumario, año VI, núm. 7 (Loché, t. III, p. 38).

2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 656 y nota 13.



la ley, hace completa prueba de la filiación maternal y de la paternal. Y si no es completa nada prueba y no tiene ningún efecto. (1)

Sólo un caso hay en el cual la posesión de estado pueda dividirse, y es cuando el padre muere antes del nacimiento del hijo; es imposible probar hechos asentados por un padre que ya no existe; lo mismo que no pueden establecerse hechos de posesión concernientes á la madre cuando ésta muere de parto. (2)

405. ¿Cómo se rinde la prueba de la posesión de estado? Por medio de testigos; ninguna duda hay acerca de este punto, supuesto que la posesión se compone de hechos materiales que por sí mismos no producen ni derecho ni obligación. Conforme á los principios generales la prueba testimonial es, pues, admisible sin comienzo de prueba por escrito. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. Por mejor decir, ni siquiera hay lugar á cuestión. Resulta, sin embargo, á primera vista una contradicción entre el art. 321 y el 323. La ley no admite la prueba testimonial sino cuando existe un comienzo de prueba, mientras que la posesión de estado se prueba por medio de testigos, sin que haya un comienzo de prueba por escrito, ni indicios ni presunciones. La diferencia se explica. Cuando el hijo recurre á la prueba testimonial no tiene título, no tiene posesión de estado y todas las probabilidades están en su contra; por lo mismo, la ley debería temer los testimonios falsos y, en consecuencia, hacer á un lado tal riesgo exigiendo un comienzo de prueba. La posesión de estado no ofrece este riesgo. Como lo dijo el Orador del Gobierno no hay prueba más cierta de la filiación como la posesión de

1 Demolombe, t. V, p. 192, núm. 211. Marcadé, t. II, p. 24, artículo 321, núm. 11.

2 Valette, *Explicación sumaria del libro 1º del Código Civil*, página 177.

estado. (1) Es una serie de hechos exteriores y notorios que implican la confesión de todos aquellos que estuviere interesados en repeler al hijo si no fuere legítimo. Siendo públicos los hechos que constituyen la posesión de estado difícilmente se concibe el falso testimonio; sería preciso que todos los que están en aptitud de conocer los hechos se concertasen para mentir á la justicia.

Hay además otra garantía contra los falsos testimonios en el carácter de los hechos que el hijo debe probar. El artículo 319 quiere que la posesión sea *constante*; el art. 321 exige que el hijo haya llevado *siempre* el nombre del padre al cual pretende pertenecer; que el padre lo haya tratado como á su hijo; la ley no agrega *siempre* ni *constantemente*, pero implícitamente lo prescribe al decir que el padre debe haber provisto al *subtento* del hijo, á su *educación*, á su *establecimiento*, lo que abraza toda la vida del hijo, desde que nace hasta el momento en que deja á su familia para fundar otra nueva. Por último, se necesita que el hijo haya sido reconocido *constantemente* en la sociedad como perteneciente á la familia que él reclama como suya. El texto, pues, exige una posesión continua no interrumpida, á contar desde el nacimiento hasta el establecimiento del hijo. Si la posesión de estado no subiese hasta el nacimiento del hijo no sería prueba de filiación. Los primeros años son, sobre todo, decisivos, porque entonces los hechos son la expresión de la realidad, y hasta cierto punto el grito de la Naturaleza. Si la posesión de estado comienza más tarde hay peligro de fraude: puede temerse que los padres traten como propio al hijo que les es extraño. Preciso es también que la posesión de estado haya continuado; la mis-

1 Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 19 (Loché, t. III p. 89). Acerca de la jurisprudencia y de la doctrina véase Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 251.



nombres, que es el caso previsto por el art. 323. En este caso será admitido á rendir la prueba de filiación por medio de testigos, pero con la condición de que haya un principio de prueba resultante de indicios ó de presunciones. Lo mismo pasaría si el hijo hubiese sido inscripto como nacido de padre y madre desconocidos; si tuviese la posesión de hijo legítimo no podría prevalerse de ella, siempre por aplicación del principio establecido por el art. 320, pero sería admitido á probar su filiación por medio de testigos con la condición de un comienzo de prueba (art. 323). El sistema del Código está fundado en razón. Cuando el hijo tiene una posesión de estado contraria á la filiación que le presta su acta de nacimiento la posesión pierde toda autoridad; si el hijo perteneciese realmente á aquellos cuyo nombre lleva y que como tal lo tratan ¿lo habrían inscripto con falsos nombres ó como nacido de padre y madre desconocidos? Ciertamente que no. Hay, pues, que creer que este niño tiene otra filiación que la que le da su posesión de estado. La ley debía admitirlo á rendir la prueba de su verdadera filiación, pero con garantías que prevengan el riesgo de testimonios falsos.

408. Cuando la posesión de estado queda establecida prueba la filiación, pero no prueba la legitimidad. Decimos que prueba la filiación de una manera absoluta; es decir, la filiación materna y paterna. No podría combatirse esta prueba por el desconocimiento, porque implica la confesión del marido de la madre, siendo uno de los elementos de la posesión de estado que el padre haya tratado al hijo como suyo. Esta es una diferencia marcada entre la posesión de estado y el acta de nacimiento, así como la prueba testimonial. Cuando el hijo prueba su filiación por el acta de nacimiento el padre puede desconocerlo, y si es por medio de testigos él puede probar por todo medio le-

gal que no es el padre de tal hijo. Sin duda alguna que cuando el hijo alega la posesión de estado el marido puede combatir sus pretensiones en el curso de la contienda; puede negar que tenga posesión, puede oponer al hijo un fin de no recibir produciendo una acta de nacimiento, supuesto que no há lugar á la posesión de estado sino á falta de título. Del mismo modo padre y madre podrían probar que nunca han tenido hijo alguno ó que el hijo que tuvieron ha muerto. En todos estos casos no hay posesión de estado y, por lo tanto, no hay filiación. Pero una vez admitida la posesión ya no puede ser combatida ni aun por el desconocimiento, supuesto que aquella implica que el padre ha reconocido al hijo como suyo. (1)

Hay aún esta otra diferencia entre la posesión de estado y el acta de nacimiento: que la posesión prueba la identidad mientras que el acta sólo prueba la filiación. El hecho de la identidad no puede ser separado, en ese caso, del parto, porque la prueba no estriba directamente en la preñez y el nacimiento sino que abraza un conjunto de hechos, como lo expresa el art. 321, y tales hechos implican la identidad de la cual la posesión de estado es la prueba por excelencia.

La posesión de estado hace, pues, prueba completa de la filiación. Pero ella supone, como todas las pruebas de la filiación legítima, que hay matrimonio. Así, pues, si los adversarios del hijo niegan que sus pretendidos padre y madre hayan sido casados no habrá posesión de estado; por mejor decir, el hijo deberá producir el acta de celebración del matrimonio de su padre y madre, si no se le admitirá rendir la prueba de su filiación por posesión de estado.

1 Los autores están unánimes acerca de estos puntos. Nos limitamos á citar al más reciente, M. Demolombe, t. V, p. 197, número 216.