

413. Diráse que á fuerza de querer mantener el reposo de las familias contra los aventureros provistos de falsos testimonios se favorece el fraude de los que, por medio de títulos falsificados ó una posesión engañosa, introducen en una familia hijos que le son extraños. El riesgo es real; pero no puede buscarse el remedio al mal en el texto de la ley, cuyos términos absolutos excluyen toda excepción. Sólo un caso hay en el cual se puede atacar el estado del que invoca la doble prueba del título y de la posesión, y es aquel en que no ha habido matrimonio. La doble prueba que el art. 322 declara incontestable no es más que la prueba de la filiación que no prueba la legitimidad. Es de principio invariable que la legitimidad supone el matrimonio; y ni siquiera puede el hijo invocar las pruebas de la filiación que la ley admite sino cuando el matrimonio es constante. Síguese de aquí que se puede atacar la legitimidad de un hijo que tiene á su favor la posesión y una acta de nacimiento, probando que sus pretendidos padres no fueron casados. El hijo no podría oponer la doble prueba del art. 322, porque ninguna de ellas establece el matrimonio, ni el acta de nacimiento ni la posesión de estado. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. (1) De aquí resulta una consecuencia muy impor-

1 Demolombe, t. V, p. 205, núms. 228 y 289. Sentencia de Agén de 19 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 16 y de la Corte de Casación de 19 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 345). Hay sentencias contrarias, pero no tienen ningún valor doctrinal. Así es como la Corte de Grenoble dice, sentencia de 5 de Febrero de 1807 (Dalloz, en la palabra *Paternalidad*, núm. 253), que "el acta de nacimiento constituye la legitimidad del estado de los hijos." El error es evidente. Del mismo modo la Corte de Tolosa confunde la prueba de la filiación y la prueba de la legitimidad (sentencia de 24 de Junio de 1820, *ibid*, núm. 333, 2.º) La Corte de Montpellier ha ido hasta decidir que la legitimidad del hijo que tiene un título y la posesión de estado, no puede ser puesto en duda después de la muerte de sus padres, aun cuando la madre hubiese reconocido que no había habido matrimonio (sentencia de 4 de Febrero de 1824, *ibid*, 384) Dalloz critica esta jurisprudencia (*ibid*, núm. 336).

tante, y es que si se entabla el debate durante la vida de los progenitores ó de uno de ellos la prueba del matrimonio no podrá rendirse sino por la producción del acta de celebración (arts. 194-197). Si el matrimonio no está probado el hijo no puede prevalecerse ni del acta de nacimiento ni de la posesión de estado; es hijo natural y debe probar su filiación por una acta de reconocimiento.

SECCION III.—De la prueba testimonial.

§ I.—REGLAS GENERALES.

414. El art. 323 establece: "A falta de título y de posesión constante, ó cuando el hijo ha sido inscripto, sea con nombres falsos, sea como nacido de padres desconocidos, la prueba de filiación puede hacerse por medio de testigos." Cuando el hijo no tiene en su favor ninguna de las pruebas que sirven para establecer la filiación, ni acta de nacimiento, ni posesión de estado, resulta de esto, dice Bigot-Préameneu, una presunción muy fuerte de que no pertenece al matrimonio. Las presunciones son igualmente fuertes contra él cuando tiene un título, pero éste depone contra sus pretensiones: ¿si fuese legítimo habría sido inscripto con nombres falsos? ¿sus padres habrían renegado de él inscribiéndolo como nacido de padres desconocidos? Puesto que todas las probabilidades están en contra del hijo ¿por qué la ley permite que se pruebe su filiación por medio de testigos; es decir, por medio de la más peligrosa de las pruebas? El legislador ha debido admitir al hijo á que rinda la prueba de su filiación, contesta Duvoyrier, porque el hijo reclama su bien; es decir, su derecho. Si puede probar que es víctima de malas pasiones ¿por qué la ley había de rechazarlo? ¿ha de pedirle los títulos habitua-

les cuando precisamente se está quejando de que un delito, el más reprehensible de todos, lo ha privado de aquellos títulos? (1)

Según el derecho común la prueba testimonial es admisible sin comienzo de prueba por escrito cuando el que pide probar un hecho judicialmente no ha podido procurarse una prueba literal. Pues bien, este es precisamente el caso del hijo que no tiene título. Pero en las cuestiones de estado la ley se manifiesta más rigurosa y exige que el hijo tenga un principio de prueba que haga probable su demanda. Portalis explica muy bien los motivos de esta desviación del derecho común. Pueden corromperse ó seducirse algunos testigos; puede engañarlos su memoria; pueden, sin saberlo, dejarse llevar de inspiraciones extrañas. Así, pues, todo nos advierte que debemos estar en guardia contra simples testimonios. En vano se dice que esta exigencia podrá comprometer el estado de una persona que no tenga un comienzo de prueba. La ley se preocupa más de las familias que de los individuos; la suerte de un ciudadano le interesa menos que el peligro que amenazaría á toda la sociedad si con ciertos testimonios sospechosos se pudieran introducir en una familia seres oscuros que no le pertenecen. (2)

415. Tal es el principio establecido por el art. 323. Para que haya lugar á la prueba testimonial precisa que el hijo no tenga ni título ni posesión. Si existe un título que da á conocer á su madre, aun cuando el acta agregase que el hijo nació de un padre desconocido ó de cualquier otro padre que no sea el marido, el hijo no debe recurrir á la prueba testimonial, porque su estado se halla establecido por título, como antes lo hemos dicho (núm. 398). Fuerza

1 Bigot-Prámenou, Exposición de los Motivos, núm. 24 (Loché, t. III, p. 89). Duveyrier, Discursos, núm. 26 (*ibid.*, p. 131).
2 Portalis, Discursos preliminares, núm. 67 (Loché, t. I, p. 173). Compárese Cochín, Alegato CII (Obras, t. IV, p. 352).

es que se halle inscripto, dice nuestro texto, como proveniente de padres desconocidos ó con falsos nombres. La última hipótesis origina una dificultad. Pregúntase si el hijo debe intentar acción contra la inscripción falsa del acta de nacimiento. Acerca de esta cuestión hay alguna incertidumbre en la doctrina. Zachariæ enseña que el hijo debe intentar la acción. Los autores más modernos siguen, en general, la opinión contraria, que está consagrada por la Corte de Casación. (1) La Corte dice muy bien que no hay lugar á promover sino cuando el oficial público que recibió el acta cometió un fraude; ahora bien, el oficial del estado civil no hace más que asentar las declaraciones que le hacen; no tiene ni misión ni capacidad para asegurarse de la verdad de tales declaraciones, y, por lo mismo, aun cuando fuesen falsas, la mentira no altera la substancia del acta y, por consiguiente, no há lugar á intentar la acción contra su falsedad. Habría lugar á intentarla si el oficial público hubiese asentado cosa diferente de lo que los comparecientes le han declarado; en tal caso habrá fraude. Cuando las declaraciones se asentaron tales como se rindieron el acta hace fe de ellas, en verdad, pero únicamente hasta que obre una prueba en contrario. Así, pues, si el hijo sostiene que son falsas las declaraciones deberá probarlo, puesto que sólo bajo tal condición se le admite á la prueba testimonial, pero podría hacerlo por todas las vías de derecho. Esto no es más que la aplicación de los principios que hemos dejado establecidos en el título *De las Actas del Estado Civil* (2).

416. Todavía suscita otras dificultades la aplicación del

1 Zachariæ, t. III, p. 659, nota 23. En sentido contrario, Valette respecto á Prondhón, t. II, p. 89, nota a; Demolombe, t. V, p. 217, núm. 239. Sentencia de la Corte de Casación de 12 de Junio de 1823 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 621).

2 Véase el tomo II de estos *Principios*, núms. 39-42.

principio. Supónese que el hijo tiene una posesión y que no tiene título. ¿Puede reclamar un estado diferente del que le da su posesión? El art. 323 no prevee este caso, por lo que podría decirse que no existe la condición bajo la cual la ley admite la prueba testimonial y que, por consiguiente, no há lugar á esa prueba. Pero el art. 322 resuelve la cuestión en sentido contrario. Sólo cuando hay un título de nacimiento y una posesión de estado es cuando el hijo no puede reclamar un estado contrario al que establecen esas dos pruebas. Si hay un título sin posesión el art. 323 le abre la prueba testimonial y se le admite á que pruebe que ha sido inscripto con falsos nombres. Si hay una posesión, pero sin título, también es admitido á reclamar, en virtud del art. 322. Esta reclamación no puede basarse sino en la prueba testimonial; y no puede reclamarse la filiación por testigos sino con las condiciones exigidas por el art. 323. Esto está admitido por todo el mundo.

417. Por los términos del art. 323 no se admite la prueba testimonial sino cuando hay un principio de prueba resultante sea de escritos, sea de hechos constantes. El art. 324 dice cuáles son los escritos que el hijo puede invocar: «Los títulos de familia, los registros y papeles domésticos del padre y de la madre, las actas públicas y hasta las privadas emanadas de la parte interesada en el debate, si viviese aún. Esta última parte del artículo es una derogación del derecho común. «Se llama principio de prueba por escrito, dice el art. 1347, el escrito emanado de aquel contra el cual se formula la demanda, ó de su representante.» El art. 324 es más amplio porque admite los escritos de todos aquellos que tuvieren interés en la contienda si estuviesen vivos; por ejemplo, de un hermano ó de una hermana del hijo. A primera vista se siente uno inclinado á creer que la ley está en contradicción consigo

misma prescindiendo del rigor del derecho común en una materia en que desconfía más de los testimonios que cuando se trata de intereses pecuniarios. Pero la contradicción no es más que aparente. Los debates sobre sus cuestiones de estado son interesantes para toda la familia, supuesto que el hijo quiere entrar en ella; es, pues, natural que los escritos emanados de los miembros de la familia interesados en la contienda puedan ser invocados por el hijo.

Se pregunta si las cartas pueden servir de principio de prueba. Los términos del art. 324 presentan un motivo para dudar: en la palabra *actas* no se comprende, en general, las cartas; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitirlas. (1) Casi sólo en las cartas es en donde se encuentra un principio de prueba cuando se trata del estado de las personas. El derecho común, por otra parte, las admite, por más que el art. 1347 se sirva también de la palabra *acta*. Esto decide la cuestión. No se necesita decir que las cartas no pueden producirse judicialmente sino con consentimiento de aquel á quien van dirigidas. Tal es el principio general, como lo hemos dejado establecido en el núm. 201. La Corte de Casación lo ha aplicado, en materia de filiación, en una sentencia muy motivada: «El secreto de las cartas deriva de la naturaleza de las cosas que no tolera que una confidencia privada sea objeto de una exploración pública. Una carta es propiedad de su consignatario; si es despojado de ella á su pesar, hay violación de propiedad; si se hace de ella un uso no consentido hay abuso de confianza y violación de depósito, pero por ninguno de estos títulos la justicia puede tolerar su producción.» (2)

1 Marcadé, que había enseñado lo contrario, vuelve á la opinión general (t. II, p. 28, art. 324, núm. 2).

2 Sentencia de la Corte de Casación de 12 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 621).

El art. 324 enumera los diversos escritos que pueden servir de principio de prueba. ¿Es restrictiva esta enumeración? Esta es la opinión común. Es cierto que los términos no son restrictivos, pero sí lo es el espíritu de la ley. El principio de prueba es un elemento esencial del debate, que debe provenir los riesgos de la prueba testimonial. Tócale únicamente al legislador determinar cuáles son las actas que merecen esta confianza. (1) Se ha fallado, por aplicación de este principio, que una acta de notoriedad levantada á instancia del hijo no constituye un principio de prueba por escrito. (2)

Es esencial en el principio de prueba por escrito que haga verosímil el hecho alegado (art. 1347). Esta es una cuestión de hecho que se abandona á la apreciación del juez. (3) Hay que leer sobre esto punto el alegato CII de Cochín. Ordinariamente son las actas el objeto del debate. «Es preciso, dice él, que los comienzos de prueba se encuentren en actas que tengan una relación directa con la filiación, por que presentarnos actas absolutamente extrañas al objeto del nacimiento y que no se quiere aplicárselas sino por comentarios puramente arbitrarios, escritos que pueden convenir á toda clase de personas indistintamente, sea hijos, sea extraños, es eludir la ley por medio de sutilezas que la ofenden y que la harían degenerar en una verdadera quimera. . . ¿Son un principio de prueba por escrito los testimonios de las relaciones que el hijo ha tenido y que manifiestan la estimación y la amistad que por él se han tenido? Por este solo título ¿habrá que admitir la prueba testimonial y atentar al estado de todas las familias.» (4)

1 Bigot-Préameneu explica la ley en este sentido en la *Exposición de motivos*, núm. 23. *Locré*, t. III, p. 90.

2 Sentencia de París de 29 de Mayo de 1813 (*Dalloz*, en la palabra *Paternidad*, núm. 272).

3 Véanse las sentencias citadas por *Dalloz*, *Paternidad*, núm. 275.

4 Cochín, *Obras*, t. IV, ps. 358 y siguientes, 361 y 362.

418. El art. 323 admite, además, la prueba testimonial «cuando las presunciones ó indicios resultantes de los hechos, desde ese momento notorios, son bastante graves para determinar la admisión.» Aquí se presenta una nueva derogación del derecho común. El Código Napoleón pone las presunciones en la misma línea que los testimonios; es una prueba principal que se admite cuando la testimonial lo ha sido (art. 1353). En materia de estado la ley no admite las presunciones para establecer la filiación; pero las admite como un principio de prueba suficiente para autorizar la admisión de la prueba testimonial. Pueden faltar los escritos porque desgraciadamente, apesar de nuestra vanidosa civilización, hay numerosas familias para quienes es desconocida la escritura. Los hechos hacen las veces de las cartas; tales serían ciertos hechos de posesión, insuficientes para fundar una posesión de estado; es decir, una prueba completa, pero suficiente para proporcionar un principio de prueba.

La ley quiere que las presunciones resulten de *hechos desde luego notorios*; es decir, de hechos probados en el momento de la demanda, sea que las partes los reconozcan, sea que resulten de los documentos de la causa; poco importa, dice Bigot-Préameneu, cómo estén establecidos, con tal que se demuestre su existencia á las partes de otro modo que no sea por la demanda solicitada. Esta es una condición preliminar que se exige para admitir la prueba testimonial, y, por lo mismo, es evidente que deben constar los hechos antes de que se abran las primeras diligencias. Siguiese de aquí que el hijo no puede rendir por medio de testigos la prueba de tales hechos. Esto equivaldría á un verdadero círculo vicioso; en efecto, sería autorizar la prueba testimonial, sospechosa para la ley, por medio de otra prueba testimonial igualmente sospechosa. No obstante,

hay autores que admiten una excepción al rigor de esta regla en el caso en que el hijo alegue hechos de posesión de estado. (1) Esto es inadmisibile. ¿Puede existir una excepción sin texto? Dicese que la posesión se prueba siempre por medio de testigos. Si cuando es completa, porque en tal caso la prueba testimonial ya no presenta riesgo alguno, como lo expresa Bigot-Prémeneu, estribando la prueba en hechos públicos, notorios, continuados durante años enteros (2)

Pero desde el momento en que la posesión no es completa ya no se trata de una posesión de estado y se entra entonces en la hipótesis del art. 323; y ¿no sería absurdo, contrario tanto al texto como al espíritu de la ley, admitir una prueba peligrosa basada en otra prueba también peligrosa?

Los hechos, dice el art. 323, deben producir presunciones bastante graves para determinar la admisión de la prueba testimonial. Esta es una cuestión de hecho. Inútil es citar sentencias cuando las circunstancias varían de uno á otro caso, (3) Pero hay aplicaciones que suscitan cuestiones de derecho. Padre y madre, ó uno de ellos, reconocen la legitimidad del hijo. Es cierto que tal reconocimiento no hace prueba de la filiación, no admitiendo la ley otras pruebas que el acta de nacimiento, la posesión de estado y los testimonios. ¿Pero no es al menos un principio de prueba por escrito? Como tal pueden admitirlo los tribunales si el hijo lo opone contra aquel de quien emana, pero no deben necesariamente admitirlo, porque todo depende de

1 Valette respecto á Proudhón, t. II, p. 91, nota a, seguido por Demolombe, t. V, p. 226, núm. 252.

2 Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos*, núm. 21. Loaré, tomo III, p. 89.

3 Véase un ejemplo en una sentencia de Metz de 16 de Agosto de 1816 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 280].

las circunstancias en las cuales se hace el reconocimiento y de la sinceridad de las declaraciones que éste contiene. (1)

419. ¿El acta de nacimiento irregular es un principio de prueba? A nosotros nos parece que las actas de nacimiento no están comprendidas en el texto del art. 324; el acta de nacimiento no es un título de familia, porque, como título, sería prueba completa; no es una acta pública emanada de la parte interesada en la contienda, porque el acta de nacimiento no emana de un particular sino que es obra de un oficial público. Debe, pues, decirse que el acta de nacimiento hace prueba completa cuando es regular, y lo es cuando señala suficientemente á la madre. Y si hay una irregularidad que haga incierta á la madre el acta ya no hace fe ninguna, salvo que el hijo pida la rectificación al tribunal, y si rectificada el acta da á conocer el nombre de la madre probará la maternidad y, por consiguiente, la paternidad, salvo desconocimiento. En ningún caso, pues, puede ser cuestión de un principio de prueba resultante del acta de nacimiento. La jurisprudencia se halla incierta respecto á estas cuestiones; (2) nosotros la discutimos al tratar de la prueba literal (núm. 398). Si el acta de nacimiento no es un principio de prueba por escrito ¿puede al menos el juez buscar en ella presunciones resultantes de hechos notorios? Nosotros no lo creemos, y por las mismas razones. Mientras que el acta es irregular nada prueba; desde el momento en que se rectifique hara prueba completa.

420. ¿Cuál es el objeto de la prueba testimonial? El hijo debe probar con testigos: primero, el parto de la mujer que él pretende ser su madre, y después, su identidad. Esto es, la prueba directa de la filiación maternal. El art. 341

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 275 y 307, 2.º

2 Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 220, 281 y 282.

lo dice así respecto á la investigación que el hijo natural hace de su madre, y la prueba es idéntica, sea que se trate de la filiación legítima ó de la filiación natural. No es necesario decir que los adversarios del hijo son admitidos á que combatan los testimonios que él produce. Esto es de derecho común. El art. 325 lo dice. «La prueba contraria podrá rendirse *por todos los medios* apropiados para establecer que el reclamante no es el hijo de la madre que él pretende tener.» Si la ley se ha explicado acerca de este punto es tal vez para marcar que los demandados son admitidos á la prueba testimonial sin principio de prueba. Esto tampoco era necesario decirlo. Lo que la ley repulsa es el debate en tanto que no hay un principio de prueba para la demanda; pero una vez que el litigio se ha entablado y que el actor ha admitido la prueba por testigos era preciso admitir al demandado á que combatiese por medio de otros testimonios los que aquél alega. (1) La apreciación de todos estos testimonios corresponde al juez, que admite ó desecha la filiación, según su conciencia.

421. La maternidad está probada. ¿Puede el hijo invocar la presunción del art. 312? ¿Tendrá por padre al marido de la madre, salvo desconocimiento? El art. 325 contesta á la pregunta: «Aun probada la maternidad se es admitido á rendir la prueba, *por todos los medios*, de que el reclamante no es hijo del marido de la madre.» Resulta de esta proposición, en primer lugar, que la prueba de la maternidad acarrea indirectamente la de la paternidad, en virtud de la presunción establecida por el art. 312. Esto está fundado en la razón. Desde el momento en que está probado que el hijo fué concebido de una mujer casada necesariamente tiene por padre al marido. ¿Pero el marido sólo

1 Todos están acordes en este punto (Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 310 y nota 26.

por la acción de desconocimiento puede combatir esa presunción? Acerca de este punto el art. 325 es una derogación del 312, supuesto que admite que los adversarios del hijo prueben *por todos los medios* que el reclamante no es el hijo del marido de la madre. Los términos de la ley prueban que no se trata de la acción de desconocimiento. Porque el desconocimiento no puede ser formulado por todo adversario del hijo sino que la acción, en principio, sólo puede intentarla el marido; mientras que el art. 325 permite á quienquiera que sea combatir la presunción del hijo. Además, el desconocimiento, en el caso del art. 312, no se admite sino por causa de imposibilidad física de cohabitar; mientras que el art. 325 permite que se rinda la prueba de la no paternidad por toda clase de medios. Luego no hay lugar á la acción de desconocimiento sino que se vuelve al dominio de los principios generales. ¿Por qué la ley no atribuye la misma fuerza probatoria á la prueba testimonial que al acta de nacimiento? Porque el hijo que produce un título tiene en su favor todas las probabilidades, mientras que el que recurre á la prueba testimonial tiene en su contra todas las probabilidades y no comprueba su filiación sino por un medio sospechoso para la ley, apesar del principio de prueba por escrito ó de las presunciones, mientras que el título es la prueba por excelencia de la filiación. Esta es la opinión de todos los autores y está también consagrada por la jurisprudencia. (1)

422. Hay alguna vacilación en la doctrina y en la jurisprudencia acerca del efecto de los fallos á favor del hijo. Si su acción la ha intentado únicamente contra la madre sin que el marido figure en la causa el fallo que admite su de-

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 289, y la sentencia de la Corte de Casación de 1.º de Mayo de 1840 (Dalloz, 1849; I, 198).

manda no probará la filiación maternal respecto al padre ni respecto á los herederos de éste. Esto no es más que una aplicación del principio elemental sobre los efectos de la cosa juzgada. Así, pues, si el hijo quiere establecer su filiación respecto al padre deberá hacerlo figurar en la causa, no para establecer su filiación paternal sino para hacer constar su filiación maternal contra su padre ó contra los herederos de éste. Si gana la causa el marido podrá todavía probar por toda clase de medios que él no es el padre. Puede suceder que en esta nueva instancia el hijo pierda: tendrá entonces por madre á una mujer casada, pero su filiación maternal no tiene ningún efecto respecto al padre. Esto es contrario á la presunción del art. 312, pero tal es el resultado de la cosa juzgada. El hijo será adulterino.

El hijo tiene, pues, interés en intentar su acción contra sus progenitores ó contra los herederos de éstos. El debate girará desde luego sobre la filiación maternal. Si ésta queda probada lo estará respecto al padre ó á sus herederos, puesto que son partes en el litigio. Pero la prueba de la maternidad no impedirá que el marido dispute acerca de su paternidad. En vano se dirá que el fallo declara que el reclamante es hijo de tal mujer casada con tal hombre y que tal juicio tiene efecto respecto al marido, supuesto que contra él se ha pronunciado. El fallo no se refiere más que á la filiación maternal; en cuanto á la paternal no forma objeto del debate: resultará de la filiación maternal por vía de presunción, pero el art. 325 reserva expresamente al demandado el derecho de probar por todos los medios que el hijo pertenece al marido de la madre. Hay una sentencia contraria que admite la cosa juzgada. (1) ¿Cómo había

1 Sentencia de Caen de 12 de Junio de 1846, citada por Demolombe, t. V, núm. 261, p. 335 y aprobada por él.

de haber cosa juzgada respecto á la paternidad cuando el hijo ni siquiera puede reclamar su filiación paternal? La paternidad legítima nunca se establece sino por vía de presunción y no por vía de acción judicial. El debate no puede, pues, estribar sino sobre la maternidad, y el fallo pronunciado sobre la demanda sólo puede comprobar la maternidad. El debate acerca de la paternidad se suscitará únicamente cuando el marido litigue su paternidad. (1)

Esto no quiere decir que se necesitan indeclinablemente dos instancias, dos litigios. Si el marido es objeto de la causa puede inmediatamente negar su paternidad. Los mismos testimonios por el hijo alegados pueden probar la maternidad á la vez que la no paternidad. Si se adquiere esta prueba el tribunal ni siquiera podrá admitir la filiación maternal, porque ésta sería una filiación adulterina. Es cierto que la acción del hijo no tendía á un reconocimiento adulterino, puesto que él trataba de probar su filiación legítima. Pero habiendo probado los debates que el hijo es el fruto del adulterio nos parece que el tribunal no puede ponerla en duda, porque esto sería, en realidad, una investigación de la maternidad adulterina, lo que la ley prohíbe (art. 342). (2)

423. Cuando el tribunal comienza por declarar que el hijo tiene por madre á tal mujer casada y en seguida admite, á denegación del marido, que este hijo no le pertenece las dos decisiones probarán que el hijo es el fruto del adulterio. ¿No es esto contravenir al art. 342? Evidentemente que nó, porque, por una parte, no ha habido in-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, ps. 453 y siguientes, expone muy bien los principios. Hay mucha confusión en lo que Dalloz dice en la palabra *Paternidad*, núms. 295-298.

2 La Corte de Casación así lo juzgó por la sentencia precitada de 1.º de Mayo de 1849, p. 529, nota. Valette, *Explicación sumaria del libro 1.º del Código Civil*, p. 180. Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 93, núm. 53 bis, III.

vestigación de filiación adulterina y, por otra parte, el tribunal, al pronunciar sobre la filiación maternal del hijo, no quería decir que decidiese que este hijo fuese adulterino, supuesto que la paternidad no era el objeto del debate. Unicamente cuando el marido use del derecho que le da el art. 325 es cuando el tribunal juzgará si el reclamante no es el hijo del marido. La adulterinidad resultará, pues, en este caso de la aplicación del art. 325; y aplicando este artículo el juez no viola el 342. (1) La misma ley supone que la filiación adulterina puede ser contenciosa por medio de ciertos juicios, sin que haya reconocimiento voluntario ó forzado, supuesto que concede alimentos á los hijos adulterinos (art. 762); el art. 325 es uno de esos casos.

§ II.—DE LAS EXCEPCIONES.

424. Ordinariamente el hijo es el actor en materia de estado; el art. 325 lo supone. Puede suceder, no obstante, que dos cónyuges ó uno de ellos intenten una acción que tienda á que se declare que ese hijo les pertenece ó, por lo menos, á la mujer. Así es como ha sucedido que el marido ha establecido que un hijo ha nacido de su mujer para desconocerlo. (2) En otro caso dos cónyuges formularon conjuntamente la acción á efecto de reclamar como proveniente de su matrimonio á un hijo inscripto fraudulentamente con nombres supuestos y reconocido más tarde por un tercero. (3) ¿La acción en los dos casos

1 Sentencia de la Corte de Casación de 11 de Abril de 1854 (Daloz, 1854, 1, 95).

2 Sentencia de París de 6 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 206), y sentencia de la Corte de Casación de 4 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, 1, 117).

3 Sentencia de París de 12 de Julio de 1856 (Daloz, 1857, 2, 4), y sentencia de la Corte de Casación de 27 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 190).

está regida por los principios que rigen la acción intentada por el hijo? ¿Notablemente la prueba testimonial no es admisible sino cuando hay un principio de prueba conforme al art. 323? La Corte de París, ante la cual se presentaron las dos causas, decidió la cuestión, en los considerandos de las sentencias, en sentidos diversos. En los considerandos de la primera sentencia se lee "que la disposición del art. 323 es general y se aplica al padre que quiere probar la filiación del hijo concebido durante el matrimonio como al hijo que reclama el estado de hijo legítimo." La segunda sentencia dice, por el contrario, "que la ley no subordina á condiciones particulares la prosecución y el resultado de tal litigio; que en materia de fraude todo género de pruebas es inadmisibles, y que si presunciones graves, precisas y concordantes establecen el hecho alegado debe acogerse la reclamación de los cónyuges."

En la doctrina de esta última sentencia había, pues, excepción al art. 323 cuando la acción la intentasen los cónyuges ó uno de ellos. La Corte de Casación se pronunció por la primera interpretación y, á nuestro juicio, con razón. (1) En primer lugar el texto del art. 323 está concebido en términos generales y no distingue quién intenta la acción; decide de una manera absoluta que la prueba de la filiación no puede hacerse por medio de testigos sino cuando hay un principio de prueba. Es cierto que el art. 325, que es continuación del 323, supone que la reclamación la formula el hijo; pero ésta no es condición que la ley establezca, ella no hace más que preveer el caso ordinario. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. ¿Por qué no admite la prueba testimonial sino cuando hay un principio de prueba? A causa del riesgo que ofrecen los testimonios, sobre todo en materia de estado. ¿Acaso el

1 Sentencia de 22 de Agosto de 1861 (Daloz, 1862, 1, 115).