

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).

riesgo existe únicamente en el caso en que el hijo intenta la acción? ¿No podría suceder que los cónyuges quisiesen introducir en la familia á un hijo que les es extraño? Esto decide la cuestión. Luego no existe esta primera excepción al art. 223.

425 ¿Hay excepción en el caso previsto por el art. 46? Esta disposición prevee el caso de la no existencia ó de la pérdida de los registros; permite que los matrimonios, nacimientos y defunciones se prueben tanto por los registros y papeles emanados de los progenitores difuntos como por testigos, pero exige una prueba previa: es preciso que el actor pruebe que no han existido registros ó que se han extraviado. Se ve que es grande la diferencia en cuanto al modo de prueba entre el art. 46 y el 323. Este no admite la prueba testimonial de la filiación sino cuando hay un principio de prueba resultante de escritos ó de presunciones, mientras que el art. 46 admite la prueba de testigos para establecer los nacimientos sin ese principio de prueba. Se pregunta si el art. 46 es derogatorio del 323. Es cierto que si no han existido registros ó si se han perdido los nacimientos pueden probarse por medio de testigos; ¿pero la prueba del nacimiento implicará la prueba de la filiación? Tal es la diferencia á cuyo respecto hay una viva controversia entre los autores. No dudamos en decir que la prueba testimonial admitida por el art. 46 para probar el nacimiento establece también la filiación. El texto es claro y el espíritu de la ley no deja duda alguna.

¿Cuál es el objeto del art. 46? Determinar los casos en los cuales pueden reemplazarse los registros del estado civil por otra prueba cualquiera que hace veces de registro y que, por lo mismo, debe probar lo que éste prueba. ¿Y qué es lo que los registros prueban? Se les destina á que comprueben los matrimonios, los nacimientos y las defunciones; lue-

go la prueba testimonial establecerá también lo que establece el art. 46: los matrimonios, nacimientos y defunciones. No hay dificultad ninguna respecto á los matrimonios y á las defunciones; pero no pasa lo mismo con los nacimientos. El acta de nacimiento no prueba únicamente el hecho de que un niño ha nacido sino también su filiación cuando se trata de niños nacidos del matrimonio. Y como el acta de nacimiento está reemplazada por la prueba testimonial cuando no hay registros ó cuando se perdieron dicha prueba establece igualmente, la filiación de los hijos legítimos. Objétase en vano que el art. 46 dice únicamente que se comprobarán los nacimientos por medio de testigos y que no dice que la filiación quedará establecida por la prueba testimonial. La respuesta es sencilla y perentoria: el objeto del art. 46 no es determinar lo que prueban las actas de nacimiento y la prueba testimonial; no tiene más objeto que decidir en qué casos y con qué condiciones el acta que no se ha inscripto en los registros puede ser reemplazada por medio de testimonios. Respecto á la prueba que resulta de las actas de nacimiento de ella se trata en el título *De la Paternidad*: ahí leemos que el acta de nacimiento hace prueba de la filiación cuando se trata de hijos legítimos; luego la prueba testimonial que la reemplaza en el caso del art. 46 debe también establecer la filiación.

Decimos que tal es también el espíritu de la ley. Se lee en las observaciones de la Sección de Legislación del Tribunalado respecto al art. 46 que el objeto de esta disposición es comprobar el estado de los ciudadanos. (1) Así, pues, cuando se trata del nacimiento de un hijo legítimo la ley puede asegurar su estado; es decir, su filiación. Este es el sumo interés del hijo: Qué le importa probar el hecho ma-

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 2 (Loaré, t. II p. 85).

terial de su nacimiento si tal prueba no implica la de la filiación? Se dirá que hay otro interés que domina al del hijo: el interés de las familias, que es también el de la sociedad, exige que se prescindiera de la prueba testimonial cuando se trata de probar el estado de las personas. Tal es el sistema que el Código Napoleón establece en el título *De la Paternidad*; sea que se trate de la filiación legítima ó de la natural el Código exige un principio de prueba para que sea admisible la testimonial (arts. 323, 340 y 341). Admitir los testimonios sin ningún principio de prueba equivale, pues, á violar el espíritu de la ley. La respuesta, á nuestro juicio, es sencilla y perentoria. No es exacto que la ley asiente el principio absoluto de que jamás, en materia de filiación, sea admitida la prueba de testigos si no está apoyada en un principio de prueba. La filiación legítima se establece por la posesión de estado y ésta con testigos. ¿Por qué en este caso el legislador acepta los testimonios? Porque no presentan riesgo alguno. ¿No sería lo mismo cuando no existen registros?

No es verdad decir que en este caso acepte de una manera absoluta la prueba por testigos; el actor, antes que todo, debe probar que los registros no existieron ó que se perdieron. Esta prueba previa presta cierta probabilidad á la demanda en el sentido de que prueba la imposibilidad de que el actor se halla para producir un título que jamás ha existido, ó bien que se destruyó. Mientras que si existen registros y el acta de nacimiento no está inscrita en ellos, todas las probabilidades están en contra del hijo, y por esta razón el legislador debió rechazar la prueba testimonial, á menos que el riesgo se amenguase por un principio de prueba resultante de escritos ó de presunciones. Esto explica la diferencia que existe entre el art. 46 y el 323; las dos disposiciones prevén casos diferentes y cuan-

do no hay una misma razón para decidir no debe darse la misma decisión. (1)

La prueba es diferente en los dos casos é igualmente lo es el efecto de la prueba. Cuando no han existido registros ó se han perdido la ley admite, en la misma línea, los papeles y registros emanados de los progenitores y la prueba por medio de testigos. Mientras que si el hijo no tiene título ni posesión y no alega la no existencia ó la pérdida de los registros la ley no admite los papeles domésticos sino como un principio de prueba. El art. 323 acepta también, á título de principio de prueba, las presunciones que resultan de hechos notorios, mientras que en el caso previsto por el art. 46 las presunciones se admiten como prueba principal por el hecho de que la prueba testimonial lo es (art. 1353). Cuando el hijo ha probado su filiación por testigos en el caso del art. 323 el marido puede probar por todos los medios que no le pertenece. Cuando, por el contrario, el hijo recurre á la prueba testimonial para reemplazar registros que no existen la prueba de la filiación maternal no puede combatirse sino por la acción de desconocimiento; en efecto, ésta hace veces del acta de nacimiento, y esta no puede combatirse sino por el desconocimiento. (2)

1 Esta opinión la enseñan Zachariae, Valette, Duvergier y Demolombe. Profesan la opinión contraria Delvincourt, Durantón y Marcadé. Véanse las fuentes en Demolombe [t. V, p. 536, números 233 y 234, y Dalloz en la palabra *Paternidad*, núm. 266.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, ps. 155 y siguientes.