

canzar á mas que la cuestion propuesta. Añadamos, para circunscribir bien el terreno de la dificultad, que este parecer no se aplica sino á los casos de omision en los registros; porque si se trata de la pérdida de estos, ó de que no existan ó se lleven indebilmente, la ley de 13 de Enero de 1817 (art. 5º) que solo determina, es cierto, sobre las guerras de la Revolucion y del Imperio, pero que sienta evidentemente sobre este punto un principio general, autoriza á ordenar una prueba testimonial del fallecimiento de los militares, conforme al art. 46 del Código Napoleon. Pues bien; en esta ley se menciona á la esposa, así como á los herederos (art. 1º). Limitada al caso de omision en los registros, la decision del Consejo de Estado se justifica respecto de los militares por motivos especiales. El gran número de defunciones que han tenido lugar simultáneamente en la guerra, se presta singularmente á errores sobre la identidad (1). La falta de inscripcion cuando se han llevado registros en forma debida, deja siempre lugar á dudas sobre la exactitud del hecho, y estas dudas deben bastar para impedir las segundas nupcias. El peligro es menor respecto de las defunciones ordinarias, cuando pueden ser tales sus consecuencias que no ocurra sombra de duda acerca de su identidad. No se puede, pues, argüir á *pari* del dictámen del 17 germinal del año XIII. A falta de un testo prohibitivo, tendrán fundamento los tribunales para autorizar un segundo matrimonio, si el hecho de la muerte resulta de testimonios precisos y concordantes. Su decision sobre este punto no podria, en nuestro juicio, constituir á lo mas sino un fallo injusto ó falto de equidad, pero se comprende que debe usarse sóbriamente de un poder tan delicado.

Por derecho español, que en esta materia lo constituye el Concilio de Trento, por estar admitido como ley en España, se dispone, que deben llevarse en cada parroquia

1. Por esto exige el Código [art. 96] tres testigos en las partidas de defuncion extendidas en el ejército.

libros ó registros en que los curas párrocos asienten los nombres de los bautizados y de sus padres y padrinos, con espresion del día, mes y año, firmando de su nombre cada una de las partidas; y autores acreditados añaden, que para formar con exactitud las partidas de bautismo, debe asegurarse el párroco de la identidad y procedencia del bautizado, por el mismo padre, y en su defecto, por las personas que asistieron al parto ó por el dueño de la casa en que parió su madre, si no se hallase domiciliado. Véase tambien la real orden de 1º de Diciembre de 1837, en que se determinan las circunstancias que han de espresarse en las partidas de bautismo.

Mas nuestro derecho admite la prueba de testigo á falta de partidas, y en los casos ordinarios en que hay prueba documental, para probar la falsedad de esta. (V. la A. á los núms. 211 y 223).

En el proyecto del Código civil de 1851, se disponia, art. 334, que los nacimientos se hicieran constar en un registro especialmente destinado á este efecto que debian llevar los párrocos, con los requisitos prescritos en los arts. 335 al 346.

En el art. 346 del proyecto del Código civil de 1851, se admite espresamente la prueba de testigos para acreditar los nacimientos, y asimismo la prueba por papeles emanados del padre y madre que hayan muerto, si se acreditaba no haber existido ó haberse perdido ó mutilado el registro. En los arts. 348 al 357 se especificaban las formalidades con que debian consignarse las partidas de bautismo, y circunstancias que debian comprender. Véase la adición inserta á continuacion del núm. 190, y lo que se espone mas adelante en las adiciones al lib. 2º, seccion 1ª; 2ª division.—(N. de C.)

Nuestro Cód. civ. establece que para probar los actos de estado civil no se admitan otras pruebas que las actas del registro civil, con solo dos escepciones, que son: 1.º Cuando no hayan existido los registros, ó se hayan perdido ó estuvieren rotos ó borrados ó incompletos faltando á los libros algunas fojas; mas si uno solo de los libros es el inutilizado, la prueba se tomará del otro que quede. 2.º Cuando se trate de que el tribunal declare la paternidad del hijo cuya madre haya sufrido raptó ó violacion si coincide la época del delito con la de la concepcion. De manera que en estos dos casos se admite la prueba testimonial y la instrumental, arts. 50, 51 y 385. Respecto á los nacimientos que hayan tenido lugar antes de establecerse el Registro civil, dispone el Cód. de proc. [art. 778] que las certificaciones expedidas por los párrocos no harán prueba plena si no son cotejadas por notario público y acompañadas de la partida de matrimonio y de una informacion de identidad. En el caso de que no pueda presentarse la partida de casamiento, bastará probar que el que pretende la filiacion ha sido reconocido constantemente por hijo legítimo tanto por la familia como por la sociedad, y ha usado del apellido de su padre sin que éste se oponga, haciendo por el contrario los gastos necesarios para su conservacion y edu-

cacion. A falta de los medios indicados de justificacion, ó si en el acta de nacimiento hay algun error ó omision en cuanto á los nombres de los padres, puede acreditarse la filiacion por los medios ordinarios de prueba que establece el derecho, advirtiéndose que la prueba contraria puede hacerse por los medios ya indicados. Cód. de proc. art. 779. Arts. 335, 338 y 339 Cód. civ.—N. de los EE.]

§ II. MATRIMONIO.

SUMARIO.

195. Distincion de la prueba directa y de la prueba por posesion de estado.
 196. Prueba del matrimonio en el antiguo derecho.
 197. Posesion de estado rechazada por el derecho moderno.
 198. Efecto que puede producir en favor de los hijos.
 199. Casos en que no ha habido registros y en que se ha omitido llevarlos.
 200. Casos en que ha sido inscrito el acto en una hoja volante.
 201. Rescision.
 202. Legislacion inglesa sobre este punto.

195. Cuando no se trata de un acontecimiento de tal naturaleza que se verifique en un momento dado, como el nacimiento y la muerte, sino á causa de una relacion que se destina á perpetuarse, como el matrimonio y la filiacion, se concibe (independientemente del acto) que hay dos vías muy distintas para conseguir la prueba. La una consiste en consignar directamente el hecho generador de la relacion; la celebracion del matrimonio, por ejemplo. La otra consiste en consignar indirectamente esta misma relacion, reuniendo los hechos que la hacen verosímil, y agrupándolos en un haz, por decirlo así, para probar el derecho por medio del ejercicio del derecho, la propiedad por medio de la posesion. Esto es lo que se llama probar *la posesion de estado*, mientras que por el primer modo se demuestra directamente la propiedad, en cierta suerte, de este mismo estado. El mérito respectivo de estos dos modos de pruebas varía esencialmente, segun que se trate del matrimonio ó de la filiacion, de que vamos á ocuparnos sucesivamente, haciéndonos cargo de estas diversas soluciones.

196. Respecto del matrimonio, de que tratamos en primer lugar, verificábase en

Roma por medio de la posesion de estado. En efecto: sabemos que no se requería ninguna convencion solemne con tal ó tal forma, y que la *uxor* no se distinguía de la *concubina* sino por la naturaleza mas elevada del afecto que se le manifestaba. Así, pues, cuando no se podían justificar ceremonias especiales (*nuptiae*), se podía investigar con posterioridad al hecho, la voluntad de las partes en el carácter que presentaba su union á los ojos de la sociedad, se podía analizar los efectos para remontarse á la causa.

En la Edad Media, el derecho canónico que arreglaba las condiciones del matrimonio, permitía contraerlo por *palabras de presente* (1) (*verba de presenti*), las cuales no exigían ninguna ceremonia particular. La bendicion nupcial solo se requería para el sacramento, y el matrimonio mismo de los infieles no necesitaba renovarse, cuando entraban en el gremio de la Iglesia. Tal es la doctrina terminante de Santo Tomás de Aquino. Como no era posible referirse únicamente á la memoria de los que habian oído las palabras de presente, se debía tambien con frecuencia en esta época, probar la legitimidad de la union por la naturaleza de las relaciones de las personas, que se habian tratado siempre y á quienes se habia siempre considerado como marido y mujer. Esta doctrina estaba aun en pleno vigor despues de la promulgacion de la ordenanza de Moulins; porque aunque el matrimonio se funda en un contrato ó convencion, siempre ha estado sometido á las reglas especiales. Boiceau (part. 1ª, cap. 4) admite indefinidamente los testigos, bien se trate de la prueba directa, *quum Caius presentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Caiam in uxorem*; bien se trate de la prueba indirecta, *quum publice tenuit eam et abuit in uxorem, vicinis scientibus* (2). El Concilio de Trento fué el que

1. En oposicion á las palabras de futuro, que solo envolvían una promesa de matrimonio.

2. Juzgándose entonces las cuestiones de matrimonio por los prioratos, añade Boiceau [Coc. cit.]: "Quid absurdus esset, si id quod á iudicibus ecclesiasticis sacramentum esse contenditur, seu res sacramentalis et mystica, non nisi scriptis et tabellionibus adhibitis conficere liceat?"

en su sesion vigésimacuarta, pronunció la nulidad de las uniones clandestinas, mandando á las partes contraer matrimonio *presente parochi et duobus vel tribus testibus* (1). Este decreto no se recibió en Francia, porque invadía la competencia del poder secular, pero se reprodujeron sus disposiciones por las ordenanzas de nuestros reyes.

El documento legislativo mas importante en esta materia, es la ordenanza de 1639 (art. 7^o), que renovaba y completaba los reglamentos anteriores mal ejecutados, especialmente el art. 40 de la ordenanza de Blois de 1579. En ella se prohibió á todo juez recibir prueba por testigos de promesas hechas por palabras de presente, delante de los parientes y amigos, y se mandó que se estendiera acta de la celebracion en presencia de cuatro próximos parientes. En cuanto á la prueba deducida de la posesion de estado, se decia con mucha razon en general (V. Danty, sobre Boiceau *loc. cit.*), que desde que el consentimiento libre de las formas requeridas no podia constituir ya una union legal, esta posesion desnuda de todo otro adminículo, era mas bien la prueba del libertinaje y del escándalo que la de un matrimonio contraido. Sin embargo, cuando las circunstancias eran muy favorables, se volvía aun algunas veces á la antigua doctrina (2). Por eso, se reconoció por sentencia del Parlamento de París de 7 de Enero de 1676 á una mujer que no podia producir partida de matrimonio la cualidad de viuda de un procurador, por razon de una posesion de estado de treinta y nueve años. Además, é independientemente de la disposicion de

1. Los matrimonios clandestinos anteriormente contraidos permanecieron válidos. *Tametsi dubitandum non est*, añade el Concilio, *clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse et vera matrimonia, quoad ecclesia ea irrita non fecit*. Aun respecto del porvenir, cincuenta y seis prelados se pronunciaron contra la nulidad.

2. La jurisprudencia de los Parlamentos en el último siglo admitió tambien, de un modo general, la prueba por posesion de estado de los matrimonios protestantes, para los que no se habia establecido fórmula alguna, y que habian sido, segun el lenguaje del tiempo, *celebrados en el desierto*. Esta jurisprudencia se fundaba en una especie de necesidad social. Porque habia, desde 1740, segun nos refiere Elías de Beaumont, mas de cuatrocientos mil matrimonios de esta naturaleza.

la ordenanza de 1667 (tit. XX, art. 17), que autorizaba la prueba por testigos en caso de pérdida ó de no existir los registros, como la autoriza aun en el día el art. 46 del Código de Napoleon, se miraba la posesion de estado, ó un principio de prueba por escrito, como bases suficientes para autorizar la prueba testimonial. (V. Danty, *Loc. cit.*)

197. En el día, no puede haber ya cuestion sobre las *palabras de presente*, por haber llegado á ser enteramente estrañas á nuestras costumbres (1). La posesion de estado en una época en que la aglomeracion de la poblacion en las grandes ciudades es tan considerable, y en que es tan fácil mudar de domicilio, se prestaria singularmente al fraude.

Además, hacer que no produzca esta posesion los efectos que produjo en otro tiempo, no es, propiamente hablando, introducir una restriccion á la admisibilidad de la prueba testifical. Hoy, como en otro tiempo, se puede muy bien poner en evidencia por medio de una informacion de testigos, las relaciones maritales que existen entre dos personas. Lo que se niega es que estas relaciones mismas deban hacer presumir un matrimonio en forma. Los testigos son siempre aptos para probar los hechos, pero los hechos no son ya concluyentes á los ojos de la ley. *Frustra probatur, quod probatum non relevat*. "La posesion de estado, dice el art. 195 del Código, no podrá dispensar á los pretendidos cónyuges que la invoquen respectivamente en su favor, de presentar la partida de matrimonio ante el oficial del estado civil." Despues de todo, es difícil admitir que el pretendido esposo que obra contra el otro, no pueda recordar el lugar donde se contrajo el matrimonio. Indíquelo, pues, y á

1. El derecho comun en Inglaterra y en América [núm. 199] admite el matrimonio *per verba de presenti* y *per verba de futuro*, cuando ha seguido la cohabitacion [M. Greenleaf, tom. II, pág. 459]. En el territorio británico propiamente dicho, se prescribió por un estatuto de Jorge II en 1754, la celebracion ante un ministro del culto; pero en otras partes, á falta de estatutos locales, es aplicable la antigua regla, especialmente en ciertas colonias inglesas [*ibid.*, nota 2] donde no pueden celebrarse los matrimonios en forma debida.

no ser que ocurra algun accidente, será fácil su comprobacion. Este es el vicio fundamental de la posesion de estado, cuando existen registros en buena forma. Y es de notar que en el asunto de 1676, la pretendida viuda habia determinado el lugar y la fecha de su matrimonio, y que habiéndose verificado la comprobacion en el libro de la parroquia designada, no se encontró indicacion alguna de matrimonio celebrado, en la época designada, entre las partes. Así, es bastante probable que la posesion de estado de treinta y nueve años no era mas que un fraude hábilmente prolongado.

Debe notarse, sin embargo, en apoyo de la decision del Parlamento de París, que no se llevaban bien los registros segun el antiguo derecho (núm. 189). La Audiencia de Bourges se mostró mas severa (17 de Marzo de 1830) respecto de la prueba de un matrimonio, que se decia celebrado en 1801, pero que solo se probaba por medio de una partida de notoriedad dada por el cura ecónomo y por el maestro de escuela; los hechos alegados eran anteriores al Código, pero se regian por la legislacion de 1792, que habia ya organizado la partida doble en forma de los registros ó libros.

198. No puede invocarse igual motivo respecto de los hijos que pueden ignorar muy bien el lugar en que se casaron sus padres. Así, están autorizados para alegar la posesion de estado de sus autores (1) para fundar su legitimidad, cuando en su acta ó partida de nacimiento nada contradice esta pretension (2) (Cód. Nap., art. 197). Mas para esto, es necesario que hayan muerto los dos esposos. Muchas deci-

1. No tenemos que ocuparnos aquí de otro efecto de la posesion de estado [Cód. Nap., art. 196], que consiste en no admitir á los cónyuges la demanda de nulidad de una partida irregular, pero corroborada por esta posesion. Aquí no se trata ya de un medio de prueba, porque no es en manera alguna dudosa la irregularidad, sino de una escepcion contra la demanda de nulidad por vicio de forma, así como la cohabitacion durante seis meses es una escepcion contra la demanda de rescision del consentimiento por error ó por violencia [*ibid.*, art. 181].

2. El hijo no está obligado á presentar de nuevo su partida de nacimiento para probar que no contradice la posesion de estado; porque el lugar del nacimiento puede serle tan desconocido como el del matrimonio de sus padres. Quien debe presentar esta partida son los adversarios, si há lugar á ello [Agen, 18 de Mayo de 1842; Tolosa, 4 de Julio de 1843].

siones de la jurisprudencia (Tolosa, 24 de Junio de 1820; Paris, 21 de Junio de 1835) reusan asimilar el caso de ausencia de los esposos al de defuncion. Esta interpretacion nos parece muy rigurosa. Lo que creemos cierto es, que si vive uno de los esposos, debe preguntársele sobre el lugar de la celebracion. No se debe tampoco distinguir si tiene ó no intereses contrarios á los de su hijo, porque la legislacion no ha podido suponer que por una reticencia fraudulenta, quiera un padre hacer descender á un hijo legítimo á la clase de bastardo (V. en este sentido una sentencia de Tolosa de 24 de Julio de 1826).

Esta presuncion de legitimidad que resulta de la posesion de estado en favor de los hijos, ¿admite la prueba en contrario? Hay un primer punto en que no podria haber duda: la posesion de estado no podria tener mas fuerza que la partida misma de celebracion; pues si bien prueba la existencia del matrimonio, no prueba su validez, y por eso se admite á probar que está paralizado por un impedimento dirimente, tal como un primer matrimonio que no se ha disuelto (Douai, 8 de Marzo de 1845). El punto controvertido es la cuestion de si es permitido destruir la presuncion del art. 197 en lo tocante al hecho mismo de la celebracion, por ejemplo, oponiendo á los hijos una partida de matrimonio irregular, anterior á su nacimiento. Por la afirmativa, se ha dicho que el art. 197 prohíbe solamente disputar el estado de los hijos *bajo pretesto de falta de presentacion de la partida de matrimonio*; pero que en el caso de que tratamos hay mas que falta de presentacion, puesto que hay produccion de una acta ó partida irregular. Por la negativa, autorizada por una sentencia de 11 de Agosto de 1841, se responde, que aquí se trata de una presuncion absoluta, destinada á proteger el estado de los hijos, y que por otra parte se suministra la prueba contraria de un modo imperfecto, presentando una partida irregular, cuando los primeros esposos pudieron anteriormente regularizar su posesion.

199. En lo concerniente á la prueba directa por testigos de la celebracion pública del matrimonio, no tenemos nada que añadir á lo que hemos dicho del caso de pérdida de los registros, al hablar de los nacimientos y defunciones. Tal vez se podrá dudar de la admisibilidad de esta prueba, cuando no se han llevado registros. No siendo el matrimonio, se dirá, un hecho del orden de la naturaleza, sino un acto sujeto á ciertas formas, no hay nada absolutamente, faltando estas formas; así como sería imposible verificar un contrato de matrimonio en una poblacion donde no hubiera notario. Pero esta opinion rigurosa sería contraria al art. 46 del Código, así como al artículo correspondiente de la ordenanza de 1867. No se puede imputar á las partes el haberse conformado con la práctica de los oficiales civiles, salvo la responsabilidad de estos oficiales. Por otra parte, el matrimonio no es un contrato literal; su esencia no estriba en el acta ó partida escrita, sino en el consentimiento dado públicamente ante un oficial civil competente (*ibid.*, art. 165). Esto es lo que resulta del texto del art. 75 del Código, en que vemos á un oficial civil pronunciar que las partes están unidas por medio del matrimonio, despues de *estender acta ó partida*, lo que indica sin duda que el acta solo sirve para la prueba; y tal era también la doctrina de Pothier (V. su *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 738). Habría también menos duda en el caso de que el matrimonio se hubiera contraído en el extranjero, en un país donde no se llevasen registros en debida forma. Así es como se ha validado, apoyándose sobre todo en la posesion de estado, los matrimonios contraídos durante la expedicion de Egipto por generales franceses con mujeres del país, bien que no se presentara prueba alguna por escrito (V. sent. den. de 8 de Junio y de 7 de Setiembre de 1809; París 9 de Agosto de 1813). Si nuestros tribunales han rehusado admitir un pretendido matrimonio que se hubiera verificado en Pensilvania, país donde se admite la posesion de estado, es porque

no reconocieron, en el caso en cuestion, una posesion de estado suficiente (sent. den. de 20 de Diciembre de 1841); por el contrario, han dado efecto á un matrimonio contraído *nulo consensu* en Nueva York, en virtud de un certificado de un notario de esta villa, que probaba no exigir allí la ley para la celebracion del matrimonio, ninguna solemnidad particular (Burdeos 14 de Marzo de 1849).

Pero si nos colocamos fuera de los términos del art. 46, es decir, si hay registros bien llevados, sin alteracion aparente, no es posible admitir aquí la informacion, como hemos hecho respecto de los nacimientos y defunciones. "Ninguno puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio, dice el art. 194 del Código, si no presenta una acta ó partida de la celebracion del matrimonio, inscrita en el registro del estado civil, salvo los casos previstos por el art. 46." Este art. 194 tiene evidentemente por objeto escluir la prueba testifical, siempre que no se pueda probar la pérdida ó no existencia de los registros. Esta decision se halla en armonía con lo que decide la ley respecto de las convenciones ordinarias. Existía un registro en forma, las partes debían cuidar de que se consignara en él su union, mientras que para los nacimientos y las defunciones, las personas que tienen interés en probarlas no son, la mayor parte de las veces, las mismas encargadas de hacer la declaracion (1). Y no se crea que estamos aquí en contradicción con lo que hemos dicho ahora mismo, que la escritura no es de esencia del matrimonio. Es verdad que ha podido verificarse la pronunciacion solemne y contraerse el matrimonio; así como si se ha celebrado un contrato sin valerse de escrito por un valor que excede de ciento cincuenta francos, ha habido contrato. Pero

1. Así, no vemos nada contrario á nuestra doctrina en una sentencia denegatoria de 22 de Agosto de 1831 que admite á los descendientes á probar, por una serie de piezas concordantes, el matrimonio de las personas de que se dicen descender, si no puede presentarse la partida de matrimonio. Estos descendientes pueden muy bien ignorar el lugar de la celebracion, y entonces las piezas producidas equivalen, en favor suyo, á la posesion de estado de que habla el art. 197 del Código Napoleon.

en uno y otro caso no puede oirse á los testigos: *non jus deficit, sed probatio*. Es también difícil admitir, con la Audiencia de Bruselas (sent. del 20 de Enero de 1807), que pueda deferirse el juramento sobre la existencia del matrimonio, como puede serlo sobre la del contrato que no excede de la tasa legal. Seremos igualmente más rigurosos con la antigua jurisprudencia (número 196) no atribuyendo ningún efecto al principio de prueba por escrito, á fin de autorizar la prueba testifical de la celebracion; lo cual parece admitir el tribunal de casacion, aun rigiendo el Código (sent. den. de 22 de Diciembre de 1819). Nada hay en esto semejante á lo que se halla establecido respecto de las convenciones por el artículo 1347 del Código, y de la filiacion por el art. 324; artículos que tienen cuidado de definir los caracteres del principio de prueba por escrito, los cuales varían según el objeto de la prueba. El espíritu de la ley es escluir totalmente los testigos, si no ha sido imposible, al menos moralmente, escluir una acta ó partida.

200. Otra cuestion postrera, que trataremos ahora, aunque se refiere más bien á la forma del acta, para no dividir lo concerniente al matrimonio, es la de si una hoja volante firmada por las partes y por el oficial público, puede hacer nunca fé ó tener fuerza ante los tribunales. La negativa que se adopta generalmente, se funda en los términos mismos del art. 154; si no presenta la partida ó acta de su celebracion, *sentada en los registros del estado civil*. Comparando, se dice, este artículo con la declaracion de 1736, art. 9 (1) que pronunciaba en semejante caso la pérdida de todos los beneficios aportados al contrato de matrimonio, se debe reconocer que el le-

1. Se cita algunas veces en el sentido de la nulidad, una sentencia del Parlamento de París de 8 de Junio de 1734. Es verdad que en el caso sobre que versó, el acta no se hallaba inserta sino en una hoja volante. Pero si se lee el informe cuarenta y nueve de Cochín, cuyo cliente ganó el pleito de que se trataba, es fácil reconocer, que la cuestion de forma no era más que un incidente del proceso, donde había dos puntos de fondo muy importantes; la ausencia del propio cura y la circunstancia de que el matrimonio había estado secreto, en contra de las ordenanzas. Por otra parte, el acta presentaba graves irregularidades que la hacían sospechosa.

gisador ha hecho solo más severa una sancion ya existente contra una infraccion tan peligrosa para la seguridad de las familias. Pero ¿es seguro, que toda la fuerza del art. 194, se apoya en estas palabras: *sentada en el registro del estado civil*? ¿No habría sido la intencion de la ley solamente proscribir la prueba testifical, exigiendo una partida que tuviera que inscribirse debidamente en el registro? Ni una palabra en la discusion en el Consejo de Estado sobre este artículo, se refiere á la cuestion de las hojas volantes, ni á la declaracion de 1736. Y si leemos la esposicion de los motivos de Portalis, hé aquí lo que encontramos sobre este punto: "Admitiase los matrimonios presuntos antes de la ordenanza de Blois." Este abuso ha desaparecido; es necesario un título escrito, atestiguado por los testigos y por el oficial público que la ley designe. La prueba testifical y las demás especies de pruebas, solo se reciben en el caso previsto por la ley sobre las actas del estado civil, y con las condiciones prescritas por esta ley. No puede dispensar de presentar el título posesion alguna. "Evidentemente la idea del legislador se refiere á las clases de pruebas distintas de la escrita, y no á tal ó tal forma de escrito." Hoy que se está de acuerdo en considerar como desfavorables las demandas de nulidad de matrimonio por falta de formas, y que se contenta la ley para validar la celebracion con una publicidad moralmente suficiente, ¿no habría cierta inconsecuencia en rechazar absolutamente la prueba del matrimonio, porque el acta invocada no estaba registrada? ¿No convendría en este caso, así como para las formas del matrimonio, y aquí la prueba se refiere íntimamente á la forma, dejar un poder discrecional al tribunal? Esta es, en conclusion, la consecuencia del principio que no admite formas rigurosamente exigidas en las actas del estado civil, principio de que el tribunal de Douai (en una sentencia contra la cual denegó la apelacion el 10 de Febrero de 1851) ha hecho una aplicacion notable, dando autoridad á una

acta ó partida de matrimonio que no habia firmado el oficial público. Tal parece haber sido el pensamiento de los redactores del Código penal, que solo castigan con prision de uno á tres meses y multa de 17 á doscientos francos la inscripcion en simples hojas volantes; mientras el solo hecho de no haberse asegurado del consentimiento de los padres, aun cuando éstos hubieran efectivamente consentido, se castiga con prision de seis meses á un año, y con multa de 17 á trescientos francos (Cód. pen., arts. 192 y 193). ¿Cómo concebir esta disparidad de penas, si en el primer caso debiera pronunciarse cíegamente la nulidad? Hay, por lo demás, un precedente, en nuestro sentido, en una sentencia de la Audiencia de Metz, del 19 de Agosto de 1824, que admite el reconocimiento de un hijo natural inscrito en una hoja volante.

Lo que se halla generalmente reconocido es, que el acta inscrita en una hoja volante no está destituida de todo efecto. Puede, en todos los casos, servir de prueba del matrimonio, si está corroborada por la posesion de estado (Cód. Nap., art. 196).

201. En resúmen, el matrimonio no puede jamás probarse indirectamente por la posesion de estado, salvo una escepcion en favor de los hijos. Se puede probar directamente por testigos, en el caso de perderse ó no existir los registros, pero no en el caso en que existiesen registros llevados en forma. Entonces debe recurrirse á los registros; pero no se prohibiria al juez dar fé á una hoja suelta ó desprendida que se hallara revestida con todas las formalidades que se requieren.

202. Las diversas legislaciones modernas han adoptado generalmente principios análogos á los de la ley francesa, sobre la prueba del matrimonio. La Inglaterra es el país en que las antiguas costumbres sobre esta materia han dejado señales mas marcadas. Admítase allí aun la prueba del matrimonio por comun fama, bien que en virtud de estatutos recientes (V. núm. 189) se lleven registros en forma por las sectas disidentes, independientemente de los re-

gistros parroquiales (1). Sin embargo, se hace una estraña distincion. Cuando los derechos personales se refieren al matrimonio, basta la posesion de estado para poder reclamarlos, salvo la persecucion de adulterio ó de poligamia que exige la prueba directa de la cualidad de los esposos. Si por el contrario, se trata de derechos reales, deben darse pruebas directas del matrimonio, suficientes para convencer al jurado (V. Blaxland, *Code rerum Anglicanarum*, pág. 274).

Hallándose recibido en España como ley patria el Concilio de Trento, que dispone las formalidades necesarias para hacer constar y probar los matrimonios, requiriendo como requisito esencial que se contraiga ante el propio párroco y dos testigos, segun advierte M. Bonnier en el número 196, nuestras leyes patrias vigentes no contienen disposiciones especiales sobre las pruebas del matrimonio, ateniéndose á las prescritas por la Iglesia, que son las que rigen en España en esta materia. (V. la A. al núm. 211).

El proyecto de Código civil de 1861 dispone en su art. 98 que nadie puede ser tenido por casado ni reclamar los efectos civiles del matrimonio, si no presenta la partida matrimonial legalmente estendida, salvo los casos prescritos en el art. 317 (que se refiere á los ausentes). En consecuencia de esta disposicion no se admite prueba de testigos ni otra alguna, sino en los casos y con las condiciones que designan los arts. 347 y 361, esto es, 1.º, de acreditarse no haber existido ó haberse perdido ó inutilizado el registro, pues entonces puede probarse el matrimonio, tanto por papeles emanados del padre y madre, como por testigos; y 2.º, cuando en un juicio civil ó criminal resultase la celebracion legal de un matrimonio que no se hallase regis-

1. El proyecto de matrimonio es inscrito en el registro llevado por el escribano del distrito [núm. 189]. Este registro está abierto al público, y el matrimonio no puede celebrarse ni por el escribano, ni por un ministro del culto, sino en cuanto han trascurrido veintun dias sin oposicion. El mismo término de veintun dias, eludido, se dice en la práctica [M. Carlier, *Matrimonio en los Estados Unidos*, pág. 43], se ha prescrito por un bill de 23 de Diciembre de 1856, para los matrimonios contraidos en Greta Green. Mayor facilidad para contraer matrimonio existe en los Estados Unidos de América, puesto que se asegura que en el Estado de Maine, un conductor de camino de hierro contrajo matrimonio durante la marcha de un convoy, entre dos estaciones, sin ninguna formalidad previa.—M. Carlier, *ibid.*, pág. 72.—

trado, ó lo hubiese sido con inexactitud en el libro parroquial, poniéndose en él copia de la ejecutoria, pues entonces servia esta de prueba del casamiento.

La partida debe estenderse con arreglo á lo dispuesto en el capítulo 4.º del tít. 12 del lib. 1.º de dicho proyecto (ó sea en el art. 360), y en el libro ó registro de matrimonio, segun el art. 334, por lo que no tendrá fuerza ni validez la partida estendida en una hoja volante ó suelta.

Segun el art. 99 de dicho proyecto, la posesion de estado por sí sola no basta para probar el matrimonio, disposicion que se funda en que si bastára dicha partida podría encubrirse con ella el concubinato lo mismo que el matrimonio. "Si la posesion de estado, continúa dicho artículo, se confirma con la partida de casamiento, no podrá éste ser impugnado por los esposos." Esto debe entenderse aun cuando se alegase haberse omitido alguna solemnidad.

Finalmente, por el art. 947 se autoriza la prueba por medio de testigos ó de papeles emanados del padre ó de la madre, para probar el matrimonio de éstos, cuando se acredite que no ha existido ó se ha perdido ó inutilizado el registro. Véanse las adiciones al núm. 190 y lo que se espone mas adelante en las adiciones al segundo libro que trata de la prueba documental, seccion primera, segunda division.—(N. de C.)

En una de las notas anteriores hemos espuesto las disposiciones generales del Código civil sobre las actas y manera de suplir la prueba cuando ellas faltan, debiéndose advertir, que no se admitirá á los cónyuges demanda de nulidad por falta de solemnidades contra el acta de matrimonio celebrada ante el juez de Registro civil, cuando á la existencia del acta se una la posesion de estado matrimonial, art. 294.—[N. de los EE.]

§. III.—FILIACION.

SUMARIO.

203. En qué sentido no es admisible la prueba testifical para la filiacion.

204. Distincion de la filiacion legítima y de la filiacion natural.

203. Si no se consultara aquí mas que el derecho comun, se deberia conceder la mayor latitud al hijo que quiere probar su origen, puesto que no se trata de una convencion, de que debiera haber formalizado acta ó escrito, sino de un hecho que le era evidentemente imposible consignar. Pero el temor de que se usurpe con sobrada fa-

cilidad un estado por medio de testimonios que la naturaleza oculta de los hechos permitiria difícilmente probar, ha hecho que se sacrifique el interés de algunos hijos que se hallasen desprovistos de las condiciones requeridas para la prueba al de la sociedad, cuya base descansa en la integridad de la familia. Por otra parte, no podia alegarse el peligro de la prueba testifical respecto de la posesion de estado, puesto que esta posesion, como la propiamente dicha, se compone de elementos públicos, cuya prueba no es casi susceptible de fraude. Así hemos visto, que si se rechaza respecto del matrimonio, es solamente á causa del carácter equívoco que presenta la cohabitacion marital entre dos personas, si ha de ser permanente. Aquí no hay nada parecido á esto. Es sumamente improbable que se mantenga y eduque como hijo propio á un hijo estraño. En su consecuencia, se ha reconocido en todos tiempos que la posesion de estado basta para probar la filiacion, sin que se necesite ningun adnículo (Tolosa, 4 de Junio de 1842). No hay restriccion á la prueba testifical, sino en cuanto se dirigiera directamente sobre el hecho de la maternidad ó de la paternidad, prueba demasiado delicada para que se pueda, en una legislacion en que se desconfia de los testigos, proceder á ella únicamente por medio de deposiciones orales. Así es de notar, que en el lenguaje del Código Napoleon (art. 323) (y sacaremos partido de esta observacion), no se llama *prueba por testigos* sino la consignacion directa de la filiacion por medio de la prueba testimonial.

204. La filiacion invocada puede ser legítima ó natural. No teniendo el parentesco legítimo nada que no sea honroso para las personas á que se atribuye, su investigacion se admite mas fácilmente que la del parentesco natural. Esta distincion que domina la materia, no se apoya por lo demás únicamente en consideraciones de moralidad y de decencia: el cuidado mismo que se tiene por lo regular en disimular la existencia de un hijo natural, deja que se sus-

citen sobre el origen de quien reclama una filiacion de esta naturaleza, dudas que parece no poder disiparse sino por medio de averiguaciones que no sean sospechosas (1).

§. 1.º — FILIACION LEGITIMA.

SUMARIO.

205. Prueba por la posesion de estado.
 206. Concurso del título y de la posesion.
 207. Necesidad de la prueba previa del matrimonio.
 208. Qué debe decidirse si solo hay posesion respecto de uno de los esposos.
 209. A qué condiciones se halla sometida la prueba directa por medio de testigos.
 210. Caso de pérdida de los registros.
 211. Desconocimiento del marido en el caso de que no se prueba la maternidad sino por medio de testigos.

205. La posesion de estado basta por las razones que acabamos de esponer para probar esta filiacion (Cód. Nap., art. 220). La ley indica (*ibid.*, art. 321) los principales elementos que constituyen esta posesion, y que pueden colocarse bajo los tres puntos principales señalados por los autores antiguos: *Nomen, tractatus, fama*. Pero no se requiere la reunion de estas diferentes circunstancias y todo se reduce, respecto de los tribunales, á una cuestion de apreciacion: ¿es ó no constante que el reclamante era considerado como hijo de los padres que él se atribuye? Y la solucion de esta cuestion, cualquiera que sea, no puede dar motivo á la censura del tribunal de casacion (sent. den. de 19 de Mayo de 1830). La posesion de estado basta, á falta de título (art. 320 cit.), en el sentido de que el acta ó partida de nacimiento es el modo ordinario de probarse la filiacion. Pero no es preciso suponer aquí la pérdida ó no existencia de los registros para que se admita la prueba testimonial, segun el artículo 46 (2). Aun cuando existan registros sin

1. Véanse las adiciones insertas á continuacion de los números 211 y 223.—[N. de C.]
 2. El art. 320 en su redaccion decia: "Si los registros se han perdido, ó si no se han llevado, basta la posesion constante del estado del hijo legítimo. El Consejo de Estado generalizó la disposicion de la ley con conocimiento de causa, admitiendo la prueba de esta posesion á falta de título."

alteracion, la posesion de estado tiene bastante fuerza para que no haya lugar á preocuparse de la omision, que se reputa entonces provenir de una simple negligencia. Sin embargo, cuando no hay título conforme á la posesion de estado, admite la ley á demostrar, si há lugar, que esta posesion no es mas que consecuencia de error ó de fraude (1).

206. De otra suerte ocurre si hay al mismo tiempo partida de nacimiento y posesion, conforme á este título (*ibid.*, artículo 322). Cuando estos dos modos de prueba se prestan á sí un mútuo apoyo, no puede disputarse el estado del hijo ni por terceros ni por el hijo mismo. Esta solucion, reclamada por el interés de la estabilidad de las familias, fué admitida por la antigua jurisprudencia al principio del siglo XVIII (V. el informe 102 de Cochin, cuyas conclusiones fueron admitidas por sentencia de 9 de Abril de 1757). Desgraciadamente, como esto no era mas que un mero punto de doctrina, que no autorizaba texto alguno, el favor que se prestaba á las personas hacia algunas veces que se derogase de un modo escandaloso. Se ha citado con frecuencia la rectificacion obtenida por María Aurora de la partida de nacimiento, sostenida por la posesion, que la constituia hija legítima de padres oscuros, para hacerse declarar hija adulterina del mariscal de

1. La filiacion de hijo legítimo se prueba por la partida de nacimiento, y á falta de ésta, por la posesion constante de estado de hijo legítimo, ménos cuando lo que se cuestiona es la validez del matrimonio, en cuyo caso debe presentarse la acta de matrimonio. Mas no pudiendo presentar esta porque los padres hayan muerto sin que se sepa donde contrajeron matrimonio ó por otra causa, pueden los hijos probar su legitimidad por la posesion de estado. La posesion de estado queda probada haciendo constar que un individuo ha sido constantemente reconocido como hijo legítimo de otro por su familia y por la sociedad, si además concurren alguna de estas dos circunstancias: 1.º Que el hijo haya usado constantemente del apellido del padre con anuencia de este, y 2.º que el padre le haya tratado como á su hijo legítimo proveyendo á su subsistencia y educacion. No estando el hijo en posesion de la filiacion legítima y la pretende, debe probar: 1.º, el matrimonio de la madre con la persona de quien pretende ser hijo; 2.º, su nacimiento durante el tiempo del matrimonio ó en los trescientos dias despues de su disolucion; y 3.º, la identidad personal del hijo nacido del matrimonio que trata. A falta de los medios de justificacion que quedan referidos, ó si en el acta de nacimiento hay alguna omision en cuanto á los nombres de los padres, puede acreditarse la filiacion por los medios ordinarios de prueba que el derecho establece; arts. del 332 al 338.—[N. de los EE.]

Sajonia, condicion impuesta á un brillante matrimonio, que se realizó efectivamente. El art. 322 ha cegado el manantial de semejantes abusos. No es esto decir, por otra parte, que sea necesaria esta disposicion en el dia para casos semejantes al de María Aurora; el principio que prohíbe investigar ó reconocer una filiacion adulterina, atajaría semejantes pretensiones. Si es útil el artículo, es para impedir que se reelame un estado cuya prueba fuera lícita, tal como la de un hijo natural ó de un hijo legítimo de otros padres, cuando el título y la posesion de estado del reclamante son igualmente contrarios á su pretension.

Mas para que el concurso del título y de la posesion produzca este importante efecto, es necesario que se pruebe bien la identidad de la persona respecto de la cual se reunen estas dos circunstancias. Si hubo sustitucion de hijo despues de la inscripcion en los registros del estado civil, por ejemplo, mientras estuvo en casa de la nodriza, es aparente el concurso de la posesion y del título, porque la posesion de estado que se invocara en favor del niño sustituido, no seria mas que un error, puesto que no se referiria al niño inscrito en el registro. De otra suerte seria, si no fuera posible aislar la posesion del título, si no se alegase mas que una sustitucion anterior á la confeccion de la partida de nacimiento. Separarse en este caso de la regla tutelar sentada por el art. 322, seria abrir la puerta á reclamaciones peligrosas para venir en auxilio de algunas posiciones escepcionales (1) (Burdeos, 4 de Agosto de 1857).

207. Finalmente, bien haya posesion de estado solamente, ó bien concurso de la posesion y del título, no debe perderse de vista que la prueba de la filiacion no conduce á la de la legitimidad sino en cuanto existe matrimonio entre los padres desig-

1. Estando conforme el acta de nacimiento con la posesion de estado de hijo legítimo, no se admite accion en contra á no ser que el matrimonio sea declarado nulo por mala fé de ambos cónyuges, art. 336 del Código civil.—[N. de los EE.]

nados (1). Constando una vez la filiacion, quedarán dos puntos que acreditar: 1.º La celebracion de un matrimonio entre el padre y la madre: 2.º La validez de este matrimonio. Los hijos son quienes tienen que probar el hecho de la celebracion. Si suponemos viviendo y capaces de espresarse á los dos padres, ó al menos á uno de ellos, los hijos estarán obligados, como toda otra parte interesada, á hacer la prueba directa por escrito, y en todos los casos en que la ley lo permite, por testigos. Si no existen padres en disposicion de poder indicar el lugar de la celebracion del matrimonio, ya hemos visto (núm. 198) que se permite á los hijos fundar la legitimidad en la posesion de estado de su padre y madre, como marido y mujer, combinada con su propia posesion (Cód. Nap., art. 197). En cuanto al segundo punto, á saber, la validez del matrimonio, no corresponde á ellos demostrarla, porque todo matrimonio contraído debidamente se reputa válido; pero es claro, como ya hemos reconocido (núm. 198), que sus adversarios tienen siempre la facultad de atacarlo como nulo en el fondo, sin que en esto se pueda ver, en manera alguna, un ataque á la buena fé que supone la posesion de estado. Todo lo que debe hacer presumir esta posesion es que se ha contraído una union. ¿Pero podia contraerse? Esta es una cuestion de otro orden, sobre la cual no podria darnos luz alguna el hecho posterior de la posesion. Injustamente cita M. Denisart, como habiendo desconocido el justo favor de la posesion de estado, una providencia del Parlamento de París del 12 de Julio de 1713, que rehusó reconocer como legítimo, no obstante haber título y posesion conforme, al hijo nacido del segundo matrimonio de una mujer que no habia justificado el fallecimiento de su primer marido. El Parlamento pudo ser muy riguroso presumiendo la bigamia; pero tuvo razon en no preocuparse ni de la posesion ni del título, que probaban la

1. La prueba de la filiacion no basta por sí sola para justificar la legitimidad; esta se rige además por las reglas sobre validez de los matrimonios y las que sobre legitimidad contiene el cap. 1.º, tit. 6.º, Lib. 1.º del Cód. civ. art. 351 del mismo código.—[N. de los EE.]