

de diciembre de 1829), y el tribunal de casacion mismo (V. sobre todo la sent. den. de 6 de junio de 1831), consideraron la nulidad como pudiendo cubrirse entre los asociados por medio de la ejecucion voluntaria de las convenciones sociales. Para admitir esta escepcion de incontestacion, seria preciso atenerse únicamente al interés de los miembros de la sociedad, pero entonces se correria el peligro de probar demasiado; porque, si no se trata sino de este interés respectivo, carece de objeto la misma nulidad, puesto que los asociados no necesitan otra manifestacion exterior para instruirse de la convencion que formaron. Solo ha podido introducirse la nulidad por habérsela considerado como de orden público, para asegurar por medio de una sancion enérgica, la observancia de las formas exigidas. Es pues preciso suscribir, por temible que sea, á la doctrina consagrada en otras sentencias (V. entre otras, la de 30 de enero de 1839 y la de cas. de 31 de diciembre de 1844), segun las cuales, no puede cubrirse la nulidad por una ratificacion expresa ó tácita (1).

Si la jurisprudencia trata de atenuar el rigor del artículo 42 del Código de Comercio en cuanto á las relaciones de los asociados entre sí, considera, al contrario, tan favorable la disposicion que permite á los asociados prevalerse, respecto de los terceros, de la omision de las formalidades legales, que propende á aplicarla tambien á las sociedades civiles. Tal es la doctrina de una sentencia denegatoria de 23 de noviembre de 1812, segun la cual el artículo 1834 del Código Napoleon que exige la estension por escrito cuando el objeto es de valor de mas de ciento cincuenta francos, no podria oponerse á los terceros que hubieran contratado con una sociedad públicamente conocida, cualquiera que fuese su carácter. Aun cuando sea peligroso argüir del derecho especial al derecho comun, debe convenirse en que hay en estas dos hipótesis la misma razon para decidir. Cuando una asociacion cualquiera, aunque tuviese por objeto especular con inmuebles, como la explotacion de una mina, ha funcionado durante cierto tiempo á vista y paciencia

(1) Por sentencia denegatoria de 28 de febrero de 1839, se ha establecido sobre un caso muy delicado, el de una sociedad no legalmente publicada que hizo un arriendo por el acta social con uno de los asociados. El tribunal de casacion decidió que deberia considerarse al asociado arrendador como un tercero, puesto que el arriendo tiene una existencia distinta de la de la sociedad.

de todos, seria sumamente duro subordinar á la representacion de un acto social escrito la validez de empeños que contrajo con terceros. No se trata aquí de un hecho que haya pasado en cierto modo en un instante indivisible, como el préstamo de una cantidad en dinero, sino de una série de operaciones que constituyen, respecto de la sociedad, una especie de posesion que puede sin peligro probarse contra ella con el auxilio de la prueba testimonial.

Además, aun en las relaciones entre los asociados, no se exige escritura sino conforme al derecho comun en materia civil; sin que sea necesario producir una acta social, y bastando un principio de prueba por escrito para autorizar la prueba por medio de testigos (sent. den. de 17 de febrero de 1838).

186. Los principios que acabamos de consignar, en cuanto á las sociedades civiles y mercantiles, cuya existencia no se justifica por escrito en debida forma, tienen aplicacion en las sociedades tácitas (*taisibles*), formadas por un acto de cohabitacion entre personas que viven á mesa comun, confundiendo de esta suerte su haber lo mismo que sus beneficios. Estas sociedades, muy en uso en la Edad Media y que sirvieron poderosamente, ya á la manumision de los siervos, ya á los progresos de la agricultura, recibieron el primer ataque, cuando se promulgó la ordenanza de Moulins, que por el mero hecho de exigir la prueba en toda clase de convenciones de alguna importancia, escluia estas sociedades tácitas. Hânse conservado, no obstante, en ciertas provincias, cuyas costumbres las autorizan espresamente, y aun bajo el imperio de costumbres mudas han sido admitidas, al menos entre los campesinos, por graves autores, especialmente por Lebrun (*Tratado de las sociedades tácitas*, á continuacion de su *Tratado de las sociedades*). Por último, los redactores del Código manifestaron formalmente la intencion de no admitir ya las sociedades tácitas, contra las cuales se dirige especialmente la disposicion del art. 1834 (v. la esposicion de motivos del título de las sociedades y el discurso del orador del Tribunalado). No es, pues, posible que semejantes sociedades puedan producir efecto para el porvenir, en cuanto llega á cesar el acuerdo unánime que las sostiene. Así, la audiencia de Besançon, despues de haber declarado tener efecto una sociedad de esta clase, por sentencia de 28 de diciembre de 1842, volvió á atenerse al derecho comun por otra de 25 de abril de 1843. Mas en cuanto á lo pasado, debe tener lugar lo regulado sobre las convenciones tácitas de las

partes, y á este efecto se admite la prueba testimonial, puesto que las asociaciones de esta importancia, tales como las que se usan aun en el día, especialmente en el Franco Condado, toleran una especie de posesion, la cual puede probarse, repetimos, sin dar lugar al peligro de que se sobornen los testigos.

Por derecho español, el contrato de arrendamiento queda perfeccionado desde que los contrayentes se convienen en el objeto del arriendo y su precio, siendo obligatorio para ambos; sin embargo, si pactaron que se hubiere de consignar por escrito, será necesario cumplir este pacto para que el contrato quede perfecto (V. la ley 2, tit. 8, Part. 5). Así se ha ratificado tambien por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de noviembre de 1859, haciendo comun esta doctrina á los demás contratos consensuales. En consecuencia de esta doctrina, es admisible por derecho español la prueba de testigos para acreditar, tanto el hecho de haberse contraído el contrato de arriendo como el de haberse ó no pactado que habia de otorgarse escritura pública. Así lo ratifica el hecho de haberse admitido la prueba testifical para justificar dichos extremos en el caso que dió lugar á la sentencia mencionada de 1859.

El proyecto del Código civil de 1851, exigia que estos contratos se extendieran en escritura pública (V. el art. 1003, núm. 4. V. tambien la adición al número 152 de esta obra).

Respecto de las transacciones, considerándose como una enajenación de bienes, rigen respecto de este contrato las mismas reglas y escepciones que en cuanto á los consensuales y que á los de compra venta. Véase la adición inserta á continuación del núm. 152.

El proyecto del Código civil de 1851, requería que se redactase escritura pública para las transacciones sobre cuantía de cien ó mas duros, siempre que recayeran sobre bienes inmuebles (V. el art. 1003, núm. 10).

En cuanto á las particiones de bienes hereditarios, si se practican estra-judicialmente, suelen consignarse por escrito por la complicación de sus operaciones, y hay necesidad de reducir las á escritura cuando los bienes á que afectan son inmuebles, y si se efectúan judicialmente, se sigue un juicio, debiendo someterse las particiones á la aprobación del juez, segun prescribe el art. 491 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La misma ley previene que las reclamaciones y oposiciones que se hicieron contra el inventario de los bienes hereditarios, su avalúo, y contra las mismas particiones se sustancien por la vía del juicio ordinario (V. los arts. 437, 468, 490 y 491. El art. 1004, núm. 2 del proyecto del Código civil de 1851, requería que se redactasen en escritura pública, las particiones de herencias cuyo importe excediese de 500 duros ó en las cuales hubiera bienes inmuebles, aunque fuese por suma inferior á dicha cantidad.

Acerca de las sociedades constituidas por derecho civil, á que hace referencia M. Bonnier en el núm. 185, siendo este contrato consensual, rigen sobre él las reglas y sentencia del Tribunal Supremo arriba espuestos al tratar del contrato de arriendo. En el proyecto del Código civil de 1851, se previene art. 1003, núm. 3.º, que el contrato de sociedad se redacte en escritura pública cuando ésta sea universal, y cuando sea particular, si es de valor de cien ó mas duros, ó algunos de los bienes aportados son in-

muebles. Esto mismo regirá para la prorogación de dicha sociedad, cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado.

Sobre los contratos mercantiles á que se refiere M. Bonnier en el número 182, á saber, el de seguros y el de préstamo á la gruesa, dispone nuestro Código de Comercio de 1829, que «el contrato de seguro ha de constar en escritura pública ó privada para que sea eficaz en juicio.» Mas como dice un acreditado escritor, esto no impide que el que ha estipulado el seguro pueda demandar al que se niega al otorgamiento de la escritura, no por la acción nacida del contrato de seguro, sino por la general que proviene de la estipulación. Las formas diferentes de su celebración y los efectos respectivos de cada una son las mismas que con respecto al contrato á la gruesa se prescriben en el art. 812. (V. el art. 840).

En dicho art. 812 se dispone, que los contratos á la gruesa pueden celebrarse: por instrumento público con las solemnidades de derecho; por póliza firmada por las partes con intervención del corredor y por documento privado entre los contrayentes. Los contratos á la gruesa que consten por instrumento público traen aparejada ejecución. El mismo efecto producirán cuando habiéndose celebrado con intervención del corredor se compruebe la póliza del demandante por el registro del corredor que intervino en el contrato, siempre que éste se encuentre con todas las formalidades que previene el art. 95. Celebrándose privadamente entre los contratantes, no será ejecutivo el contrato, sin que conste de la autenticidad de las firmas por reconocimiento judicial de los mismos que las pusieron, ó en otra forma suficiente. Los préstamos á la gruesa contraídos de palabra son insuficientes en juicio, y no se admitirá en su razón demanda ni prueba alguna.

Respecto á las sociedades comerciales, segun el art. 284 del Código de Comercio, todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho; y el art. 285 previene, que si los que hubieren proyectado reunirse en sociedad consignaren sus pactos en un documento privado, valdrá éste al efecto de obligarlos á la formalización del contrato en la forma sobredicha, que se habrá de verificar indispensablemente antes que la sociedad dé principio á las operaciones de comercio. La contravención de este artículo será suficiente escepcion contra toda acción que intente la sociedad por sus derechos, ó bien cualquiera de sus socios por los que respectivamente le competan, y será de cargo de la sociedad ó del socio demandante acreditar que la sociedad se constituyó con las solemnidades que van prescritas, siempre que el demandado lo exija. La compañía además incurrirá por dicha omisión en la multa de mil reales vellon. El art. 289 dispone, que cualquiera reforma ó ampliación que se haga sobre el contrato de sociedad, deberá formalizarse con las mismas formalidades prescritas para celebrarlo.

Acerca de la publicación de las sociedades mercantiles que menciona M. Bonnier en el núm. 184, los arts. 25 al 31 de nuestro Código disponen, que los comerciantes estén obligados á presentar en el registro público y general de comercio de su provincia las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominación, estableciendo la forma en que han de tomarse razón en el registro, y sus efectos; y conteniéndose respecto de éstos en el art. 28 una disposición análoga á la del art. 42 del Código de Comercio francés espuesto por M. Bonnier en el núm. 185, puesto que en él se previene que las escrituras de sociedad de que no se tome razón en el registro de comercio, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas

les hubieren sido reconocidos, sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad.

La disposición del art. 284 de nuestro Código de Comercio sobre que se reduzca á escritura pública todo contrato de sociedad, se halla ratificada en la ley de 28 de enero de 1848 respecto de las sociedades mercantiles por acciones, puesto que en su art. 6.º se previene, que á la solicitud en que se pida la real autorizacion necesaria para la formacion de toda compañía que no se halle comprendida en el art. 2.º de dicha ley (que requiere una ley para la formacion de toda sociedad que tenga alguno de los objetos que en el mismo se enumeran), ha de acompañarse, entre otros documentos, la escritura social y todos los estatutos y reglamentos que hayan de regir para la administracion de la compañía. Respecto á las sociedades del derecho civil, véase lo que hemos espuesto mas arriba.

Acerca de las sociedades tácitas á que se refiere M. Bouhier en su artículo 186, no se hallan introducidas por el derecho ni por la costumbre de España.—(A. del T.)

## SEGUNDA DIVISION.

### RESTRICCIONES ESPECIALES RESPECTO DE CUESTIONES DE ESTADO.

#### SUMARIO.

187. Motivos especiales de exclusion en esta materia.  
 188. Exclusion en Roma, aunque solo respecto de los ingénuos.  
 189. Sustitucion progresiva en Francia de la prueba por registros á la prueba por testigos.—Institucion reciente en Inglaterra de un estado civil.  
 190. Division.

187. Ya hemos dicho, que además de la exclusion de la prueba testimonial en materia convencional, que se remonta hasta la ordenanza de Moulins, hay en el derecho francés respecto de las cuestiones de estado, exclusiones fundadas en motivos algo diferentes, y cuya naturaleza y estension están lejos de ser las mismas. Estas exclusiones no son corolarios de la que pronuncia la ordenanza de Moulins, si no que provienen generalmente de disposiciones posteriores, algunas hasta del Código Napoleon tan solo.

188. Aunque en Roma se prescribió el llevar registros en forma, al menos para los nacimientos, desde el reinado de Marco Aurelio, *ut si quando de statu quæstio esset, inde probationes peteren-*

*tur, quis, à quo editus esset (Julius Capitolinus, vida de Marco Aurelio, §. 9), se admitió siempre la libertad indefinida de la prueba testimonial respecto de las cuestiones de estado: «Si vicinus vel aliis scientibus,» dice el emperador Probo (l. 9, Cod. de nuptiis) uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filia, suam habet potestatem.» Las actas de que habla este testo, *tabulæ*, llamadas algunas veces *professiones parentum* (Celso, l. 15, Terentius Clémens, l. 16, Scevola, l. 29, §. 1, D. de probat.), no eran otra cosa que registros domésticos (1). No se derogó esta gran latitud sino tocante á la ingenuidad, á la cual daban los romanos una gran importancia (V. en el Digesto el título de *collusione detegenda*); lo mismo que hoy, en América, aun en los Estados que no admiten la esclavitud, hay una preocupacion arraigada en las costumbres contra los *hombres de color*. La prueba oral no podia bastar para probar el estado de ingénuo. «Si tibi controversia ingenuitatis fiat» dice Alejandro Severo (l. 2, Cod. de testib.), «defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt (2).*

189. En nuestro derecho moderno, cuando se han establecido reglas fijas para probar el estado de las personas, se ha descartado la prueba testimonial, no bruscamente, como hizo la Ordenanza de Moulins respecto de las convenciones, sino sucesivamente, parcialmente, y con numerosas distinciones, segun la naturaleza de los casos. El uso de probar por escrito los nacimientos, matrimonios y defunciones (3) se ha tomado de las prescripciones de la Iglesia católica, establecidas para consignar la administracion de los sacramentos, y adaptadas despues á las necesidades de la sociedad

(1) Véase M. Berome, *prueba del estado civil entre los romanos (Rev. de Legisl. nuev. ser., tomo III, pág. 261.)*

(2) Los registros instituidos por Marco Aurelio, se referian especialmente á las cuestiones de libertad ó de ingenuidad, *ut si forte aliquis, dice Elio Capitolino (loc. cit.) causam liberalem diceret, testationes inferent*. Los registros del censo han debido tambien emplearse con este objeto, puesto que se manumitia por censo. Pero se sabe que llegó á no haber registros sino en largos intervalos, habiendo caido enteramente en desuso despues de Decio.

(3) Conviene consultar el curioso trabajo de M. Loir *sobre el estado religioso y civil de los católicos en Francia antes de 1792 (Revista de derecho francés y estranjero, tomo VI, pág. 701).*

civil. Hallanse vestigios de este uso en San Gregorio Niceno y en San Agustin. En el siglo XVI, cuando ya se habian esforzado muchos simbolos en regularizar el modo de llevarse los registros por los curas párrocos, la autoridad civil se apropió en cierto modo la institucion canónica, para hacer prevalecer la prueba escrita sobre la prueba testimonial. Las ordenanzas de Villers-Cotterets (art. 50 y sigs.) en 1537, y de Blois (art. 181), en 1579, prescribieron que se mencionara la hora del nacimiento, así como la de la defuncion, y mandaron á los curas que depositaran un registro en los juzgados de las bailías y senescalías. Pero se observó muy mal estas ordenanzas, así es que no se habia mencionado la fecha del nacimiento en los registros conservados en París sino desde 1668, y el depósito de las actas en los juzgados reales, aunque mandado por la Ordenanza de 1667, no se organizó definitivamente sino por la de 19 de abril de 1796. En cuanto á los protestantes, puestos fuera del derecho comun por la revocacion del edicto de Nantes de 1685, solo se permitió por un edicto de noviembre de 1787, consignar en forma su estado civil. Finalmente, la ley de 20 de noviembre de 1792, estableció un modo uniforme de estender las actas por una autoridad puramente civil, para la prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones. El Código Napoleon no ha hecho mas que reproducir esta ley con algunas modificaciones.

La consignacion ó prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones por medio de registros, independientemente de toda opinion religiosa, propende á prevalecer actualmente entre las naciones mas adelantadas. Así, hasta nuestros dias, no habia en Inglaterra mas que registros parroquiales, instituidos en 1538 por lord Cromwell en tiempo de Enrique VIII. Hoy se ha establecido por varios estatutos (6 y 7 Guill. IV, cap. 84—86, 1. Vict., cap. 22) que lleve registros el escribano del distrito donde todo interesado, cualquiera que sea su creencia religiosa, puede hacer consignar los actos de la vida civil.

190. Para evitar toda confusion, en esta materia, conviene tratar á parte, desde luego, del nacimiento y de la defuncion, que son simples hechos, y despues, del matrimonio y de la filiacion, que constituyen relaciones sociales. Compréndese que la ley ha debido ser mas suave respecto de la primer clase de hechos que de la segunda, que se refiere á las cuestiones de estado propiamente dichas. Ya veremos despues que, aun respecto de estas últimas cuestiones,

se apoya la prueba en principios enteramente distintos, segun que se trata de matrimonio ó de filiacion.

Nuestras antiguas leyes españolas guardan silencio sobre los registros del estado civil, esto es, como lo entiende el derecho francés, sobre los libros ó matriculas que deben llevarse por funcionarios ó autoridades civiles, generalmente del órden administrativo, para hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones que ocurran en cada poblacion.

En España, como en la mayor parte de los países, y en la misma Francia, segun hace notar Mr. Bonnier en el número 188, se confiaron de muy antiguo á los eclesiásticos estos registros; pues como dice un célebre orador, «nada tan natural como que los mismos hombres cuyas oraciones y bendiciones se pedian en las épocas del nacimiento, matrimonio y defuncion atestiguaran sus fechas y estendieran las respectivas partidas; la sociedad prestó su confianza á la que les habia concedido ya la piedad cristiana; y es necesario confesar que los registros se llevaban bien y fielmente por unos hombres cuyo ministerio exige instruccion y una probidad escrupulosa. Su conducta estaba garantizada por la sancion especial de la religion que enseñan.» Además, recibido en España como ley el Concilio de Trento que contiene disposiciones sobre este particular, nuestras leyes acataron dichas disposiciones que son las que rigen aun en el dia.

Por estas razones, la comision del proyecto del Código de 1851 no creyó justo ni conveniente arrancar el registro de manos de los párrocos y confiarlo á un oficial del estado civil; mas sin embargo, dictó reglas especiales sobre el modo como debian llevarse estos registros, dando cierta intervencion en esta materia á los funcionarios civiles del órden judicial. Ya anteriormente se habian dictado varias disposiciones legales, bien estableciendo algunas reglas sobre la forma y solemnidades que debian observarse al practicar la estension de las partidas en los registros ó las circunstancias que debian contenerse en estos; bien encargando á varias autoridades del órden administrativo que llevasen registros civiles de los nacimientos, matrimonios y defunciones; pero estas disposiciones tenian por objeto especialmente formar el censo de la poblacion y la estadística de su movimiento. Véase el decreto de 23 de julio de 1835, la real órden de 19 de enero y 10 de diciembre de 1836, la circular de 10 de diciembre de 1837 y las órdenes de la Regencia de 21 de noviembre de 1840 y de 6 de abril de 1847.

En el proyecto de Código civil de 1851, se disponia en su artículo 334 que los nacimientos, matrimonios y defunciones, así como el reconocimiento de los hijos, deberian constar en un registro especialmente destinado á este efecto.

El art. 335 prescribia que los curas párrocos llevaran por duplicado el registro de que hablaba el artículo anterior en tres libros; á saber, uno de nacimientos, otro de matrimonios y otro de defunciones. En los artículos siguientes, desde el 226 al 346, se prescribian las solemnidades con que debian llevarse dichos libros, y por último en el artículo 347 se prevenia, que acreditándose que no habia existido ó que se habia perdido ó inutilizado el registro, podrian probarse los nacimientos, matrimonios y defunciones, tanto por papeles emanados del padre y madre que hubieran muerto, como por testigos. Pueden verse los arts. 348 al 378, y así mis-

mo las adiciones á los párrafos que comprende la segunda division á la segunda regla espuesta por M. Bonnier, en el núm. 136 de esta obra y las adiciones al lib. 2, seccion 1.ª, division 2.ª (A. del T.)

§. I.—Nacimiento y defuncion.

SUMARIO.

191. Admisibilidad de la prueba por testigos de estos hechos.  
 192. Casos de perderse los registros.  
 193. Casos en que no ha habido obligacion de llevarlos.  
 194. Casos en que ha habido omision.

191. Si las actas del estado civil son los medios regulares de probar el nacimiento y la defuncion, no era casi posible exigir de un modo absoluto la existencia de un escrito para consignar hechos tan poco complejos (dejando aparte todo lo concerniente á la filiacion). Vamos ahora á ver, que puede oirse á testigos generalmente en las diversas hipótesis en que llegan á faltar las actas de nacimiento ó de defuncion, bien porque se hayan perdido los registros, bien porque no se hayan llevado, ó que se haya omitido mencionar en ellos los hechos en cuestion. El Código Napoleon reproduce sobre este punto las disposiciones de la ordenanza de 1667 (tít. XX, artículo 17.).

192. El caso de pérdida de los registros, entra en la hipótesis mas general de la pérdida del título. Admitiendo entonces la prueba por testigos, como tambien por papeles domésticos, el art. 46 del Código Napoleon no hace mas que aplicar el principio que autoriza, atendiendo á la necesidad, el restablecimiento, por medio de una informacion testifical, del contenido de una acta que ha sido destruida por fuerza mayor, aunque fuera solemne (núm. 175.). La pérdida de los registros, bastante rara en los tiempos modernos, ha ocurrido en Soisson, á consecuencia de los acontecimientos de la guerra, habiéndose formado de nuevo en virtud de una ordenanza de 6 de enero de 1815 (1). Por otra parte se hallan de

(1) En Nápoles ha introducido útiles prevenciones un decreto de 16 de agosto de 1815 para volver á formar los registros, en semejante caso, creando para este trabajo una comision, la cual publica listas que se fijan por espacio de dos meses en los sitios públicos, quedando así sometidas á la comprobacion de todos los interesados.

acuerdo la jurisprudencia y la doctrina para asimilar á la pérdida total de los registros la de la parte en que debia hallarse el acta que debia servir de prueba, segun se ha decidido respecto de los militares por el art. 5 de la ley de 13 de enero de 1817.

193. Si no se han llevado registros, se llega á la misma solucion (art. 46 cit.) por otro motivo, á saber, que fué imposible redactar acta del suceso cuando tuvo lugar. Habria imposibilidad fisica, cuando se hubieran interrumpido las comunicaciones, por ejemplo, en caso de inundacion. Habria imposibilidad solamente moral, en caso de negligencia por parte de los notarios ú oficiales que no hubieran llevado los registros. Pero no se puede exigir que promuevan las partes un proceso á estos oficiales ó notarios, para acusarles de demora en ejecutar la ley.

194. Finalmente, el caso más delicado es el en que se haya omitido mencionar el nacimiento ó defuncion en registros que no presentan, por lo demás, ninguna señal de destruccion ó de alteracion parcial. Aquí, sin duda, si estuviéramos bajo el imperio de la regla del art. 1341, deberia decidirse que pudo estenderse acta, y que en su consecuencia, no debe admitirse la prueba de testigos. Se invoca además en este sentido el argumento *á contrario*, sacado del art. 46, que no prevee sino los casos de pérdida y de no existir registros. Se saca un argumento de la misma naturaleza del artículo 19 del decreto de 3 de enero de 1813, que para los accidentes que ocurren en la explotacion de una mina, autoriza escepcionalmente para redactar una acta de defuncion, sin haberse hecho presentar el cadáver. Pero estos racionios no tienen fuerza alguna si se penetra bien la idea de que la prueba testifical es de derecho comun, cuando no se trata de convenciones, sino de acontecimientos del orden de la naturaleza (2). En su consecuencia, debe eliminarse el art. 1341: el art. 46 no es limitativo, porque no constituye un favor de la ley, sino una deduccion violenta de los principios generales, y lo mismo debe decirse del decreto de 1813, que suministra simplemente un medio de regularizar la prueba de la defuncion. Admitirémos, pues, con la jurisprudencia

(2) La ordenanza, decia el abogado general Gilbert de Voisins, no se explica sobre las materias de estado, como sobre las convenciones; respecto á éstos, se vale de términos prohibitivos, imperativos; nada de lo cual se vé en la cuestion de estado.

(V. las sent. de 10 de junio de 1830 y de 22 de abril de 1831), que se puede suplir hasta las omisiones de las actas del estado civil. Pero entonces será necesario para probar los hechos una informacion especial, mandada practicar por el tribunal y dirigida por uno de sus miembros. Debe considerarse como concesiones enteramente escepcionales introducidas en favor del matrimonio, bien sea la fé que se concede á una acta de notoriedad estendida por un juez de paz, mediante declaracion de siete testigos, para que sirva de acta de nacimiento al futuro cónyuge (Cod. Nap. artículo 70 y siguientes), bien sea la facultad de suplir, por medio de una declaracion juramentada de las partes y de los testigos, el acta de defuncion de un ascendiente, cuyo último domicilio se ignora (Dictámen del Consejo de Estado del 4 termidor, año XIII.).

En sentido inverso, existe un dictámen del 17 germinal del año XIII, que no autoriza á las mujeres de los militares para contraer segundas nupcias sino con la condicion de presentar la partida de defuncion de su marido. ¿Deberá verse en esto, como se cree generalmente, una restriccion particular destinada á prevenir el peligro de bigamia, y en su consecuencia aplicable aun á las mujeres de los no militares? Observemos desde luego que no se trata de un artículo de ley, sino de una interpretacion cuya autoridad no puede alcanzar á mas que á 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 éstos, ó de que no existan ó se lleven indebidamente, la ley de 13 de enero de 1817 (art. 5.º) 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. 1.º). 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 regis-

(1) Por esto exige el Código (art. 96) tres testigos en las partidas de defuncion estendidas en el ejército.

tros 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 concordes. Su decision sobre este punto no podría, en nuestro juicio, constituir á lo mas sino un fallo injusto ó falta 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 libros ó registros en que los curas párrocos asienten los nombres de los bautizados y de sus padres y padrinos, con expresion 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 1.º 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 ésta. (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 artículos 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 adicion inserta á continuacion del núm. 190, y lo que se espone mas adelante en las adiciones al lib. 2.º seccion 1.ª; 2.ª division.—(A. del T.)

## §. 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 (*nuptiæ*), se podia investigar con posterioridad al hecho, la voluntad de las partes en el carácter que presentaba su union á los ojos

de la sociedad, se podia 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 præsentibus*), 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 debia 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 reglas especiales. Boiceau (part. 1.<sup>a</sup>, cap. 4) admite aun indefinidamente los testigos, bien se trate de la prueba directa, *quum Caius præsentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Caiam in uxorem*; bien se trate de la prueba indirecta, *quum publice tenuit eam et aluit in uxorem, vicinis scientibus* (2). El Concilio de Trento fué el que en su sesion vigésimacuarta, pronunció la nulidad de las uniones clandestinas, mandando á las partes contraer matrimonio *præsentem parochum et duobus vel tribus testibus* (3). 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

(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 absurdius esset, si id quod à iudicibus ecclesiasticis sacramentum esse contenditur, seu res sacramentalis et mystica, non nisi scriptis et tabellionibus adhibitis conficere liceret?»

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

ordenanza de 1639 (art. 7.<sup>o</sup>), 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 (4). 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 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 (2). La posesion de estado en una época en que la

(1) 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.

(2) 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.

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 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., artículo 197). Mas para esto, es necesario que hayan muerto los dos esposos. Muchas decisiones de la jurisprudencia (Tolosa, 24 de junio de 1820; París, 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 existeneia 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 artículo 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

(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).

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 denegatoria del 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 ulteriormente regularizar su posicion.

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 seria imposible verificar un contrato de matrimonio en una poblacion donde no hubiera notario. Pero esta opinion rigurosa seria 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 tambien la doctrina de Pothier (V. su *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 738). Habria tambien menos duda en el caso de que el matrimonio se hubiera contraido 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 contraidos durante la espedicion de Egipto por generales franceses con mujeres del país, bien que no se presentara prueba alguna por escrito (V. sen. 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,