

derata perpendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium (1). Eran, pues, las circunstancias las que daban el criterio para juzgar si habia habido ó no matrimonio. ¿Era necesaria la existencia del contrato para probarlo? *Neque sine nuptiis*, dice otra ley, *instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diversum veritate continente; neque non interpositis instrumentis jure contractum matrimonium irritum est; cum omissa quoque scriptura, cetera nuptiarum indicia non sint irrita* (2). «Es visible, dice D' Agueseau, que las convenciones matrimoniales son absolutamente otra cosa que el consentimiento de las partes, que, santificado por la bendición nupcial, constituye la esencia del Sacramento. El uso enseña que los contratos se hacen antes de su celebracion, que frecuentemente no se ejecutan: y se puede decir que un contrato de matrimonio es la más lijera de todas las presunciones para probar que él ha sido celebrado, puesto que precede y no sigue al matrimonio (3)» Pero si hemos de creer en una ley del Código que ya hemos citado en otra parte (núm. 96), la circunstancia de que dependia esencialmente la posesion de estado matrimonial, era la cohabitacion pública en la casa del marido.

Pero en la actualidad, como lo enseña Merlin, y en virtud del sentido más elevado y moral que sirve de base al moderno derecho, la cohabitacion pública no constituiría una presuncion legal de matrimonio en favor de los hijos, si los padres difuntos, entre quienes ha tenido lugar, no se habian presentado ante la sociedad con el título de esposos; si el padre no habia tratado á la madre como esposa; si la madre no habia llevado el nombre del padre como su mujer legítima, todo lo cual ex-

(1) *Dig.* lib. 39, tit. 5, l. 31.

(2) *Cod.* lib. 5, tit. 4, l. 13.

(3) D' Agueseau, *Plaidoyer* 6.

presa nuestro art. 309 muy claramente por las palabras: *vivido públicamente como marido y mujer*

Mas supongámos que, aun mostrándose en público los difuntos padres como esposos, en actos que respectivamente hubieran otorgado, no se han dado aquel título; ¿podrá decirse, con todo, que han *vivido públicamente como marido y mujer*? No vacilamos en responder que no, porque si la posesion de estado de hijo legítimo debe ser constante, segun el art. 310 del Código que comentamos y sus concordantes, por analogía, igual principio debe aplicarse cuando se trata de la posesion de estado matrimonial, y en ésta con mayoría de razon, porque como lo hemos dicho, es la propia y personal obra de los pretendidos esposos. Por el mismo motivo, tampoco habría posesion de estado en favor de los difuntos padres, si se descubrían cartas, actas, documentos, en fin, de cualquiera clase, que acusasen contradictoriamente entre sí, la aceptacion ó denegacion del título de esposos, ya en orden á ellos mismos, ya respecto á extraños.

Finalmente, hace observar con mucho juicio el jurisconsulto antes citado, que para que la posesion pública del estado de esposos por los padres muertos, pueda colocar al hijo en la excepcion establecida por el art. 197 francés (309 de nuestro Código) y dispensarle de la prueba directa de que sus padres han estado unidos por el matrimonio, no basta probar que aquellos han vivido públicamente como esposos en el orden de la religion, es decir, por haberse casado solamente delante de un ministro de algun culto; sino que es necesario todavía, á lo menos por lo que hace á época posterior al establecimiento del Registro, probar que aquellos han pasado públicamente como esposos en el orden civil, es decir, por haberse casado delante del funcionario encargado por la ley (1).

(1) Merlin, *Rep.* "Legitimit" sect. 1, § 2, quest. 5.

110. La posesion de estado de los esposos ¿es suficientemente establecida por el acta de nacimiento en que se califique al hijo de legítimo? Si hemos de aceptar las siguientes palabras de Portalis, orador del gobierno francés, en la exposición de motivos del título *sobre matrimonio*, la afirmativa es indudable: «Basta aun para estos hijos que tal posesion de estado de sus padres sea enunciativa en su acta de nacimiento: esta acta es su título. En el momento de tal acta es cuando la patria los ha marcado con el sello de sus promesas; bajo la fe de esta acta han existido siempre en el mundo; con ella pueden manifestarse y hacerse reconocer; esta acta comprueba su nombre, su origen, su familia; ella les da una ciudad y los pone bajo la protección de las leyes de su país. ¿Qué necesidad tienen de remontar á épocas que les son extrañas? ¿Podían atender á su interés, cuando no existían todavía? ¿Su destino no estará irrevocablemente fijado por el acta inscrita en los registros que la ley misma ha establecido para comprobar el estado de los ciudadanos, y para ser, por decir así, en el orden civil, el libro de los destinados?» Pero esta doctrina, que en opinion de los más ilustres comentadores, apenas puede creerse que haya sido profesada por Portalis, tal como queda transcrita, sin rectificaciones ni enmiendas, es evidentemente falsa y contraria á los verdaderos principios, tanto del antiguo como del moderno derecho (1). Las actas del Registro del estado civil no hacen fe sino respecto del acto que debe ser consignado en ellas; ¿cómo, pues, una acta de nacimiento supliría el acta de matrimonio?

(1) *Jurisprudence de la Cour de cassation*, tom. 2, part. 2, pag. 97.—*Partida 3ª*, tit. 18, l. 114 y tit. 19, l. 8.—*Novísima Recop.* lib. 10, tit. 23, l. 1ª

nio (num. 92)? La jurisprudencia y los autores están acordes en este sentido (1).

111. La posesion de legitimidad del hijo, no contradicha, ó si se quiere, confirmada por su acta de nacimiento ¿le dispensa, despues de la muerte de sus padres, de probar, á falta de acta de matrimonio, que estos vivieron públicamente como marido y mujer? La afirmativa pudiera inferirse á primera vista de lo que hemos dicho en otra parte (num. 103), refiriéndonos á las ventajas que la posesion de estado tiene sobre la acta de nacimiento, como pruebas ámbas de la filiacion legítima. Pero allí partiamos del supuesto de que no hubiese cuestion sobre el matrimonio de los padres, porque esta circunstancia, lo repetiremos una vez más, es la condicion *sine qua non* de la legitimidad. En consecuencia, aun en vida de los padres, si su matrimonio es constante, el hijo probará suficientemente su legitimidad, aunque carezca de acta de nacimiento, por medio de la posesion de estado de hijo legítimo. Si los padres han muerto, y por objetarse al hijo el matrimonio de los autores de sus días, no puede producir el acta respectiva, el art. 309 del Código que comentamos otorga á ese hijo un medio de salvacion para su legitimidad, permitiéndole que la pruebe por su propia posesion, y por la de estado matrimonial de sus padres. Esta segunda posesion, pues, es el equivalente, no del acta de nacimiento del hijo, sino del acta de matrimonio de sus padres (2).

(1) Merlin, *Rep.* "Légitimit," sect. 1, § 2, quest. 6.—Laurent, tom. 3, num. 12.—*Arrêts*: Cass. 10 juill. 1810; Aix, 28 mai 1810; Paris 10 juill. 1811 (Fuzier-Herman, *sur l'art 197*, num. 27).—Paris, 9 mars. 1811; Req. 10 juill. 1823; Paris 17 mars 1836 (Dalloz, *Rep.* "Patern. et Filiat," num. 320)—México (Distrito Federal), Sentencia de la 3.ª Sala de 2 de Abril de 1883 (Foro, tom. 13, 2.ª época, num. 90).

(2) Merlin, *Rep.* "Légitimit," sect. 1, § 2, quest. 7.

112. El art. 309 del Código que comentamos y sus concordantes, tanto en el francés como en los otros Códigos de la República, exigen que á la posesion de estado del hijo, cuyos padres han muerto, se una precisamente la *existencia* del acta de nacimiento, que no contradiga á aquella posesión? Toullier, á quien hemos seguido en otra parte (1), enseña la afirmativa. "El artículo, dice, expresa que la posesion de estado del hijo no ha de ser *contradicha por la acta de nacimiento*: se podria decir que una posesion *conforme* á la acta de nacimiento, y una posesion *no contradicha* por esta acta, son cosas diferentes; que la una supone una acta de nacimiento existente, y la otra solo que, si hay alguna, no contradiga á la posesion..... Sin embargo es posible que, al expresarse así, la ley haya querido dejar á los jueces la facultad de dispensar, con la sola posesion, de probar el matrimonio en ocasiones muy favorables; pero lo dudo. El art. 197 exige, para dispensar al hijo de probar el matrimonio de sus padres, que su posesion no sea contradicha por su acta de nacimiento; es necesario pues probar que ella no es contradicha. ¿A quién toca probarlo? Si es el hijo, como lo creo, las palabras "una posesion *no contradicha*" son sinónimas de "una posesion *conforme* al acta de nacimiento (2)." Pero debemos confesar que Toullier, en el moderno derecho á lo menos, es el único autor que profesa tal interpretación, que se halla, á no dudarlo, en contradiccion, con la que impone la relacion del estudio del art. 197 frances. En efecto, la seccion de legislacion proponia terminar así el art. 197: *siempre que una acta de nacimiento, apoyada en la posesion de estado, pruebe esta legitimidad*. Ahora bien, el legislador sustituyó á tal re-

(1) Véanse tom. 1.º, num. 353 y tom. 3.º, num. 334 de esta obra.

(2) Toullier, tom. 2, num. 877, note 2.—Denizart, tom. 8, "Quest d' état," § 2, num. 3.

dacion la siguiente: "Siempre que esta legitimidad esté probada *por una posesion de estado no contradicha por el acta de nacimiento*. Esta sustitucion sin duda no ha sido hecha al azar y sin motivo. ¿Cuál puede ser éste? Ningun otro, como no sea dar á entender que no es necesario que el hijo una á la posesion de estado una acta de nacimiento que sea conforme á aquella; sino que basta que el acta de nacimiento, cuando existe, no la contradiga (1). Por lo demás esta interpretacion es la única conforme con el espíritu de la ley. ¿Por qué ésta dispensa al hijo de la presentacion del acta de matrimonio, cuando sus padres han muerto? Lo hemos dicho: porque él, muchas veces abandonado desde la niñez y siempre completamente extraño á los actos de sus padres, puede, sin culpa alguna, ignorar dónde ellos se han casado. Y ¿cómo conocerá mejor el lugar dónde ha nacido (2)?

113. Pero de aquí surgen las dos siguientes importantísimas cuestiones: 1.ª ¿Cuándo podrá decirse que el acta de nacimiento que exista, *no contradice* la posesion de estado, establecida en favor del hijo? 2.ª ¿A quién corresponde la prueba de esta contradiccion? Se conviene generalmente en que no es necesario que el acta de nacimiento que fuere producida, califique al hijo de legítimo, para que no sea contraria á su posesion de estado (3). Del mismo modo, si el acta de nacimiento enuncia que el hijo ha nacido de padres desconocidos, tampoco será contradictoria con la posesion de estado de hijo legíti-

(1) Loaré, tom. 4, pag. 432.

(2) Merlin, *Rep.* "Légitimité" sect. 1, § 2, quest. 6.—Delvincourt, tom. 1, pag. 318.—Duranton, tom. 1, num. 110.—Demolombe, tom. 3, num. 401.—Dalloz, *Jurisp. générale*, 1887, 1, 267.

(3) Aubry et Rau, *sobre Zacarias*, tom. 5, § 452 bis.—Loaré, *sobre el art. 197*.—Valette, *sur Proudhon*, tom. 2 pag. 72, note a.—Taulier, tom. 1, pag. 325.

mo (1). Pero es también opinión común de los autores que, si el acta de nacimiento enuncia que el hijo es natural, entonces sí hay contradicción con la posesión de estado de legítimo, y por tanto no podría el hijo invocar ésta con éxito (2). Es la consecuencia del principio que en otra parte hemos asentado, á saber, que el hijo no puede invocar la posesión de estado contra su título (núm. 101). Finalmente, si el hijo carece de acta de nacimiento, sea porque ella no fué inscrita, sea por cualquiera causa, la no-existencia del acta no significará contradicción con la posesión de estado de hijo legítimo, que aquel pudiera invocar (3).

En cuanto á la segunda cuestión antes indicada, y dado que la condición de que la posesión de estado del hijo no sea contradicha por su acta de nacimiento, es más bien negativa que afirmativa, debemos decir que á los adversarios del hijo incumbe el deber de probar dicha contradicción, produciendo el acta respectiva, en cuyas enunciaciones se encuentren los elementos que se juzguen incompatibles con la posesión. Tal es el común sentir de los comentadores y de la jurisprudencia (4).

114. La excepción establecida en favor del hijo sobre la manera de probar la legitimidad, sin necesidad del acta de matrimonio de sus padres, tiene lugar, no solo cuando estos hayan

(1) Dalloz, *Rep. "Patern. et Filiat."* num. 330.—Fuzier-Herman, *sur l'art. 197*, núm. 32.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 567.—Laurent, tom. 3, núm. 13.

(2) Massé et Vergé, *sobre Zacarias*, tom. 1, § 116, y los demás autores antes citados.

(3) Arrêt: Rennes 15 mars 1812 (Merlin, *Rep. "Légitimité."* sect. 1, § 2, quest. 6).

(4) Arrêts: Agen, 18 mai 1842 (Sirey, 1842, part. 2, pag. 541); Toulouse, 4 juill. 1843 (Id. 1844, part. 2, pag. 398; *Journal du Palais*, 1843, tom. 2, pag. 693).—Demolombe, tom. 3, núm. 401.—Arrêts du Belgique: Liege, 18 fev. 1839. (*Pancrisie*, pag. 29). Cass. 11 nov. 1841. (*Id.* 1842, tom. 1, pag. 70).

muerto, sino también cuando por cualquiera causa, como ausencia ó una enfermedad, les fuera imposible manifestar el lugar en que se casaron? El art. 197 francés habla solo del caso de muerte y de muerte natural de ambos padres. Esto ha hecho que algunos autores y tribunales, demasiado fieles á la interpretación literal de las leyes, consideren como fuera de los beneficios de dicho artículo, los casos de ausencia, demencia y otros semejantes, aunque confesando á la postre, que ellos importan para los hijos imposibilidad, tanto como el de muerte de los padres, de producir su acta de matrimonio. Esta manera, dicen, de probar el matrimonio por medio de la posesión de estado y sin necesidad de la forma literal y auténtica del Registro, constituye, á no dudarlo, un favor muy especial y una excepción marcadísima de la regla general; pero si es un favor, no debe ser estendido fuera de los límites señalados, y como excepción, debe ser interpretada restrictivamente, según las máximas: *exceptio est strictissime interpretationis* y *exceptio firmat regulam in casu non excepto* (1). Tal decisión nos parece incontrovertible en el orden de los principios y prescindiendo de las poderosas consideraciones que en contrario pudieran presentarse, más propias para dirigidas al legislador en solicitud de una reforma que hechas como interpretación de la ley. Pero lo que demuestra cuán dura y cruel ha parecido tan estrecha decisión, es que un grupo imponente de jurisconsultos, humanizando el art. 197 citado, se han afanado en hacer caer en sus limitadísimas condiciones los casos de ausencia y

(1) Merlin, *Rep. "Légitimité."* sect. 1, § 2, quest. 2.—Delvincourt, tom. 1, pag. 69, note 2.—Toullier, tom. 1, pags. 325 y 326.—Richefort, tom. 1, pag. 80.—Aubry et Rau *sobre Zacarias*, tom. 4, pag. 18.—Arrêts: Paris, 20 mai 1808; Paris, 21 juin 1853; Toulouse, 24 juin 1820 (Fuzier-Herman, *sur l'art. 197*, núms. 10, 12 y 13).—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 567.

demencia, como causas, al igual de la muerte, capaces de poner á los hijos en invencible ignorancia de la fecha y lugar del matrimonio de sus padres, y todos ellos á una enseñan que, al mencionar el caso de muerte de ámbos padres, el art. 197 se refiere á la especie más comun (1).

Nuestra legislación ha cortado esta controversia, declarando expresamente que la prueba del matrimonio de los padres por la posesion de estado tiene lugar cuando ámbos hubieren fallecido ó por ausencia ó enfermedad fuere imposible á los hijos manifestar el lugar donde aquellos se casaron. En este sentido estan conformes todos los Códigos de la República en los artículos antes citados (num. 106). Como el espíritu de estas disposiciones, segun claramente se deja conocer, es permitir excepcionalmente al hijo probar el matrimonio de sus padres por medio de la posesion de estado, siempre que les fuere imposible conocer el lugar de su celebracion por cualquiera causa, debemos entender que no se trata solo de la ausencia de derecho, sino aun de la ausencia de hecho, como no solo de la demencia sino tambien de cualquiera enfermedad que produjera para el hijo imposibilidad de conocer el lugar y fecha del matrimonio de sus padres. Por la misma razon creemos que tendrían oportuna aplicacion nuestros art. 309 y sus concordantes antes citados en el caso de muerte de uno de los padres y ausencia ó enfermedad del otro, siempre bajo la condicion

(1) Toullier, tom. 2, num. 877.—Vazeille, tom. 1, num. 214.—Maleville, tom. 1, pag. 317.—Duranton, tom. 1, num. 255.—Marcadé, sur l'art 197.—Valette, sur Proudhon, tom. 2, pag. 73.—Bonnier, Des preuves, num. 123.—Allemand, tom. 1, num. 440.—Demante, tom. 1, num. 279 bis.—Demolombe, tom. 3, num. 396.—Masse et Vergé, sobre Zacharia, tom. 1, pag. 186, note 9.—Laurent, tom. 3, num. 10.—Mourlon, tom. 1, num. 729.—Arntz, tom. 1, num. 332.

de ser imposible para el hijo en virtud de tales causas, producir el acta de matrimonio.

115. Pero ¿qué sucedería, si muerto uno de los padres, el sobreviviente se convirtiese en adversario del hijo, rehusándose á decirle el lugar y fecha de su matrimonio, ó aun afirmando que no lo habia habido? ¿se admitiría entonces al hijo á probar su legitimidad por la posesion de estado, como si ámbos padres hubieran muerto? Al suponer esta controversia, damos por sentado que el hijo llena las demás condiciones del art. 309 del Código que comentamos. M. Allamand enseña la afirmativa porque, el hijo, dice, se encuentra tambien en este caso en la imposibilidad de saber donde se ha verificado el matrimonio de sus padres (1). No participamos, sin embargo, de tan autorizada opinion porque ella pugna, á no dudarlo, con el sentido y términos así del art. 197 francés, como del nuestro 309. ¿Cómo afirmar que es un caso de imposibilidad para el hijo de producir el acta de matrimonio de sus padres, de los cuales uno aun vive, que éste se resista á declararlo, cuando el matrimonio es un hecho público y en él intervienen, ya como testigos, ya como funcionarios públicos, otras muchas personas, aparte de los contrayentes? Por lo demás, al referirse la ley en los artículos citados á ámbos padres y no á uno sólo, claramente se ve que el legislador ni ha querido siquiera suponer que haya un padre capaz de olvidar la ternura por sus hijos y el pudor hacia sí mismo (2).

116. El art. 309 del Código que comentamos y sus concor-

(1) Allemand, tom. 1, num. 439.—Duranton, tom. 2, num. 254.—Dalloz, Repert. "Mariage" num. 422.

(2) Vallette sur Proudhon, tom. 2, pag. 73.—Marcadé, tom. 1, num. 677, II.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, num. 567.—Laurent, tom. 3, num. 9.—Demolombe, tom. 3, num. 397.—Arrêts: Toulouse, 24 juill. 1826 (Dalloz, Rep. "Mariage", num. 422)—Metz, 2 mars 1870 (Dev. 1870, part. 2, pag. 269).