

201 y 202 Franceses, 119 y 120 de la Luisiana, 115 y 162 Sardos, 103 y 104 de Vaud, 150 y 151 Holandeses con la adición inútil de que el esposo culpable podrá ser condenado en las costas, daños é intereses; 191 y 192 Napolitanos que atribuyen el conocimiento de la buena fé á los tribunales civiles, y la escluyen cuando el matrimonio no ha sido celebrado ante un eclesiástico que en concepto, al menos de una de las partes, era el párroco que debía officiar, ó tenia para este efecto misión de aquel.

Trae su origen de la ley 57, párrafo 1, título 2, libro 23 del Digesto, con la que están conformes las leyes 3, título 3, 1, título 1, 3, 2, título 15, Partida 4, y 50, título 14, Partida 5, así como con el Derecho Canónico que adoptó la ley romana.

"El non saver del uno les escusa que les non puedan decir, que non son fijos de derecho," dicha ley 3. "El non saber de uno solo de ellos face los fijos legítimos," ley 1 citada.

Este es el matrimonio llamado comunemente *putativo*. En rigor solo el matrimonio legítimo y verdadero podía hacer verdaderos esposos y producir hijos legítimos. Mas por un efecto de favor hácia los hijos, y en consideración á la buena fé de los esposos, se ha recibido por equidad que, anulándose el matrimonio á consecuencia de un impedimento oculto que existía al contraerlo, si los dos esposos lo habian ignorado, tanto ellos como los hijos nacidos de esta union conserven el nombre y prerogativas de esposos é hijos legítimos, porque los unos se han unido, y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio.

Cuando la buena fé está de parte de uno solo de los contrayentes, este solo puede reclamar los efectos civiles del matrimonio; pero los hijos se considerarán legítimos respecto de los dos, y gozarán de los derechos de tales, porque, siendo indivisible el estado de las personas, era preciso y equitativo

me: para destruir esta presuncion se requiere prueba plena.—Arts. 302 á 304, tit. 5º, cap. 6, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

decidirse enteramente por la legitimidad: el esposo de mala fé responderá ademas de los daños y perjuicios al inocente (artículo 102 Austriaco y los Holandeses citados).

Así, el contrayente de mala fé no gozará de ninguno de los efectos civiles de padre y esposo legítimo: no será heredero forzoso de los hijos, y estos lo serán de él, á pesar de que la reciprocidad es una regla general en materia de herencias. Pero quedará sujeto á todas las obligaciones legales y contractuales para con el otro esposo é hijos, y á las penas de los artículos 386 y 387 del Código penal: vé el artículo 1351 y los de su referencia.

*La buena fé se presume:* en esta y en todas las materias: vé el artículo 1957; para calificar la buena ó mala fé ha de atenderse al tiempo de la concepcion. Sin embargo, las leyes 3, título 3, y 2, título 15, Partida 4, conformes con el Derecho Canónico, presumen *juris et de jure* la mala fé los matrimonios clandestinos; y yo creo que debería regir la misma presuncion en los casos de sorpresa, ó intimidacion al párroco: la buena razon, que dá la ley para el primer caso, me parece aplicable al segundo; pero esto no pasa de simple opinion mia.

Y no basta la sola buena fé al tiempo de contraer el matrimonio. "Mas si despues que sopiesen ciertamente que avia entre ellos tal embargo, ficiessen fijos, todos cuantos fijos despues oviessen, non serian legítimos." Ley 1, título 13, Partida 4: si uno solo de ellos lo sopiese despues, quedaria sorprendido en el párrafo 2 de este artículo; pero no bastaria, segun la misma ley, la simple duda ó recelo de existir el impedimento, y declara por lo tanto legítimos aun á los hijos habidos durante el pleito de nulidad: la dicha ley fué tomada del Derecho Canónico: vé su glosa: fuera de que se debe presumir siempre por la validez del matrimonio (artículo 99 Austriaco).

Ni basta la buena fé cuando se funda en error ó ignorancia de derecho, porque la ignorancia de las leyes no sirve de excusa; artículos 2, y 989.

## ARTICULO 94

*Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre; y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.*

*Si la buena fé hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y su cuidado los hijos de ambos sexos.*

*Los hijos é hijas menores de tres años, se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre (1).*

*Los hijos varones:* vé lo que sobre la edad de la lactancia he espuesto en el artículo 82. En igualdad de circunstancia obra esta diferencia del sexo, porque el varon es mas á propósito para cuidar y educar al varon y la hembra á la hembra.

*De uno solo, etc.:* Quedarán bajo su poder hijos é hijas, porque él solo gozará de la patria potestad, segun el artículo anterior; pero subsistirá lo dispuesto en el artículo 83: vé lo en él espuesto.

## ARTICULO 95.

*Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar, si los padres, de comun acuerdo, dispusieren otra cosa.*

Este artículo fué suprimido en la última revision del Código, y debe estarlo: el cónyuge de mala fé es justiciable segun el capítulo 2, título 12, libro 2 del Código penal.

## ARTICULO 96.

*La ejecutoria de nulidad producirá respecto de los bienes del matrimonio los efectos que determinan los artículos 1295 y 1339 (2).*

1. Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones, mayores de tres años, quedarán al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fé.—Si solo uno de los cónyuges ha procedido de buena fé, quedarán todos los hijos bajo su cuidado.—Los hijos é hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.—Si al declararse la nulidad, la muger está en cinta, se dictarán las precauciones á que se refiere la fracción 6ª del artículo 266 citada en la nota de fojas 81 si no se han dictado al tiempo de instaurarse la acción de nulidad.—Arts. 306, 307, 308 y 310, tit. 5º, cap. 6, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. El marido dará cuenta de la administracion de los bienes en los términos convenidos en

*Producirá:* pero con sujecion á lo dispuesto en este capítulo y segun la diversidad de casos; cuando hubo buena fé de parte de ambos, el caso no ofrece dificultad: cada uno de los cónyuges recobrará sus bienes, inclusa la mitad de los gananciales: cada uno conservará las donaciones y ventajas pactadas al contraer el matrimonio: todo esto es consecuencia del párrafo 1 del artículo 93.

Si hubo mala fé en los dos, se practicará lo mismo, salvo que las donaciones y ventajas pactadas se reputarán nulas.

Si la mala fé estuvo de parte de uno solo, este recobrará sus bienes propios, mas perderá la mitad de gananciales y todas las donaciones y ventajas matrimoniales: vé los artículos 1249, 1339 y 1351.

La ley 50, título 14, Partida 5, dispone que la muger, "sabidora del impedimento," pierda la dote que dió al marido, y le adquiera este, si lo ignoró: mas ya he notado al artículo 86 que las leyes patrias no estaban en observancia sobre este particular aun en caso de adulterio.

## ARTICULO 97.

*El tribunal civil conocerá de todas las cuestiones á que diere lugar el cumplimiento de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores (1)*

Vé los motivos en el artículo 91.

## CAPITULO VI.

DEL MODO DE PROBAR EL MATRIMONIO.

## ARTICULO 98.

*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 artículo 317. (2)*

las capitulaciones matrimoniales y faltando estas, conforme á las prescripciones establecidas en este código para el caso de disolucion de la sociedad legal.—Art. 109, tit. 5º cap. 6, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1. Véase la nota que está puesta á fojas 74 de este tomo, que trata de quien es el juez competente en estos casos.—N. de los EE.

2. Los jueces del estado civil llevarán por duplicado cuatro libros que se denominarán "Re-

194 Frances, 155 Holandes: el Código Sardo no trae sobre esta materia sino el artículo 114 que copiaré en el siguiente 99: el Napolitano únicamente el 190 que corresponde al nuestro 100.

Este artículo es contrario á las leyes 9 y 13, título 4, libro 5 del Código, que no requieren prueba escrita: "*Neque non interpositis instrumentis, matrimonium irritum est: cum omissa quoque scriptura, caetera nuptiarum indicia non sint irrita.*" nuestra legislación patria no disponia cosa especial sobre las pruebas del matrimonio; y reconocia como privativo de la jurisdicción eclesiástica el conocimiento de las causas matrimoniales; leyes 56, título 6, Partida 1, y 7; título 1, Partida 4,

¿Pero no aparece alguna contradicción entre este artículo y los 48 y 90? ¿La jurisdicción competente para conocer y declarar so-

gistro civil" y contendrán: el primero "Actas de nacimiento y reconocimiento de hijos" el segundo "Actas de tutela y emancipación" el tercero "Actas de matrimonio" el cuarto "Actas de fallecimiento." En uno de estos libros se asentarán las actas originales de cada ramo, y en él duplicado se irán haciendo inmediatamente copias exactas de ellas; cada una de las cuales será autorizada por el juez del estado civil.—Cuando no hayan existido registros, ó se hayan perdido, ó estuvieren rotos ó borrados, ó faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos ó testigos; pero si uno solo de los registros se ha inutilizado y existe el duplicado, de este deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.—Las constancias sobre actos del estado civil serán válidas y harán fe en el estado, solo en el caso de que se hayan extendido conforme á las prescripciones de este código. Ningun otro documento es admisible para comprobar el estado civil de las personas, si no es en los casos previstos en los artículos 50 y 385.—Toda persona puede pedir testimonio de cualquiera de las actas del registro civil, y los jueces están obligados á darlo. Estos testimonios harán plena fe en juicio y fuera de él.—Para establecer el estado civil de los mexicanos nacidos reconocidos, sujetos á tutela, emancipados, casados ó muertos fuera de la República, serán bastantes las constancias que presenten de estos actos los interesados, siempre que estén conformes con las leyes del país en que se hayan verificado y que se hayan hecho constar en el registro civil del estado.—Arts. 49, 50, 51, 66 y 70, tít. 4.º cap. 1. lib. 1.º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

bre la validez ó nulidad del matrimonio, no debe serlo también para establecer sobre sus pruebas.

Importa no olvidar lo espuesto sobre los mencionados artículos y que solo por el consentimiento, cesión y piedad de los reyes se reservó á la Iglesia el conocimiento de las tales causas: la soberanía y sus regalías no pueden abdicarse, ni enagenarse á *perpétuo*.

Fíjese también la atención en que las pruebas han de recaer necesariamente sobre hechos; y las cuestiones de hecho en los negocios eclesiásticos que tocan á legos son siempre cosa temporal al paso que las de derecho se gradúan por puramente espirituales. Por lo que en este capítulo se dispone, solo se decidirá si el matrimonio se contrajo *de hecho*, sin trascender á su validación ó nulidad; y de todos modos la sentencia no surtirá sino efectos civiles.

Esta cuestión de *puro hecho* suele ser siempre incidental de otra principal y conocida de la competencia del tribunal seglar; por ejemplo, una herencia ó sucesión de mayorazgo.

El artículo 308 del Código civil de 1820, redactado por personas tan sabias y piadosas como los Sres. Garelly, San Miguel, Rey, y otros, decia: "El conocimiento sobre nulidad de matrimonio; por defecto de las solemnidades y requisitos que para su celebración exige la ley, pertenece á los tribunales civiles."

El artículo 189 Napolitano dispone en general. "Las contestaciones, relativas á los efectos civiles del matrimonio, son de la competencia de los tribunales ordinarios;" y el 191, tratando del matrimonio putativo, les atribuye el conocimiento de la buena fe para los mismos efectos.

Las ordenanzas Francesas de 1579 y 1667 arreglaban igualmente las pruebas del matrimonio (como las del nacimiento y defunción), sin embargo de corresponder á la autoridad eclesiástica el conocimiento de su validez ó nulidad.

*Partida instrumental, etc.* No se admitirá, pues, la prueba por testigos, ni otra al-

guna, sino en los casos y con las condiciones que se designan en los artículos 347 y 361.

Todo matrimonio supone de necesidad una partida, y el esposo no puede alegar ignorancia del lugar en que exista la segunda, porque no ignora donde se celebró el primero. El artículo 156 Holandes, dice: "En caso de ausencia ó pérdida de los registros, la suficiencia de la prueba del matrimonio queda abandonada al arbitrio del Juez si hay posesión de estado."

*Legalmente estendida:* con arreglo á lo dispuesto en el capítulo 4 del título 12 de este libro, y en el libro ó registro de matrimonio segun el artículo 334; por manera que no aprovechará la estendida en una hoja suelta ó volante.

## ARTICULO 99.

*La posesión de estado, por sí sola, no basta para probar el matrimonio.*

*Si la posesión se confirma con la partida del casamiento, no podrá este ser impugnado por los esposos (1).*

La primera parte es el artículo 195 Frances; la segunda el 196. El 114 Sardo dice sobre la materia de este artículo y del anterior: "No obstante, cualquiera posesión de estado, ninguno puede reclamar el título de esposo, ni los efectos civiles del matrimonio, si no presenta la partida legal de casamiento, ó si, en defecto, no presenta otra prueba equivalente."

*No basta.* Ni puede bastar siendo sola y sin la partida del matrimonio, porque puede cubrir al concubinato, igualmente que al matrimonio legítimo. La posesión resulta de una reunión de circunstancias, que indican el estado legal, y generalmente están ligadas con él, por ejemplo, si ha llevado el apellido del hombre con quien vivía, si ha sido tratada por él como esposa, y ha pasado por tal en la sociedad.

1. Vease la nota anterior que concuerda con este artículo.—N. de los EE.

*Ser impugnado.* La posesión sola y sin título, ó la partida, no aprovecha; pero la partida sacada del registro y sostenida por la posesión no puede ser impugnada aunque se alegue que se han omitido en su extensión algunos de los requisitos de los capítulos 1 y 4 del título 12, porque la posesión cubre estas faltas ó vacío. Pero bien podrán los esposos alegar la nulidad del mismo matrimonio independientemente de los vicios ó faltas de la partida, como se había sido contraído mediando impedimento.

## ARTICULO 100.

*Cuando el hombre y la muger, que han vivido públicamente como esposos, falleciesen con este concepto, sus hijos se presumen legítimos, si esta calidad consta de su partida de bautismo.*

*Nadie podrá contradecir esta presunción por la sola circunstancia de no presentarse la partida de casamiento de los esposos.*

*Lo mismo se observará cuando la ausencia ó enfermedad de los padres les impidieren manifestar el lugar en que se casaron (1).*

Es el 197 Frances, 102 de Vaud, 157 Holandes.

En los dos artículos anteriores se exige de los esposos la presentación de la partida de matrimonio por la razón que he dado en el 98 sobre las palabras *partida instrumental*.

Pero cuando aquellos murieron y se trata solamente del interés de sus hijos, habría exageración é injusticia en exigir de estos la misma prueba. Los esposos no pudieron ignorar el lugar en que celebraron el acto mas importante de su vida. Los hijos, huérfanos muchas veces en edad muy tierna, ó trasportados á países lejanos, pueden razonablemente ignorarlo, pues que se trata

1. Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y muger, y ambos hubieren fallecido, ó por ausencia ó enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no puede disputarse á los hijos su legitimidad por solo la falta de presentación del acta del matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos, á la cual no contradiga el acta de matrimonio.—Art. 334, tít. 6.º cap. 2, lib. 1.º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

de hecho ageno y pasado antes de su nacimiento.

Bastará, pues, que prueben lo espresado en el artículo, ó lo que es lo mismo, la posesion de estado de sus difuntos padres, y que su calidad de hijos legítimos conste de sus partidas de nacimiento.

Y ni le será necesario probar la posesion de estado de sus padres, si esta se halla *enunciada en las mismas* partidas bajo cuya fé y garantía comenzaron á existir y han existido siempre en la sociedad. El libro de nacimientos es, por decirlo así, en el orden civil, el libro de los *destinos*: la ley lo instituye para este efecto, y debe amparar al que tiene su título en el mismo.

*Por la sola circunstancia de no presentarse, etc.*: pero podrá contradecirse por otra

causa ó título, por ejemplo probando que en la época del nacimiento del hijo, su padre ó madre estaban realmente casados con otra persona que la designada en la partida de nacimiento: la ilegitimidad seria entonces evidente; y la presuncion, como simplemente *juris*, cederia á la verdad

*Cuando la ausencia ó enfermedad, etc.*: porque en tales circunstancias el caso viene á ser el mismo que si hubieran muerto los padres, pues tienen igual imposibilidad de manifestar el lugar en que se casaron, y *ubi eadem est ratio, idem jus esse debet.*

La disposicion de este párrafo, aunque omitida en el artículo 197 Frances, estaba unánimemente admitida; y ha parecido oportuno consignarla espresamente.

## TITULO IV.

### DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

#### CAPITULO PRIMERO.

#### De los hijos legítimos.

##### ARTICULO 101.

*Se presumen legítimos los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolucion.*

*Contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento (1).*

1. Se presumen por derecho legítimos:—I. Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio.—II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.—Contra esta presuncion no se admite otra prueba, que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento.—Arts. 314 y 315. tit. 6.º cap. 1. lib. 1.º cód. civ. vigentes.

La comision dice que el capítulo 1.º del título 6.º trata de los hijos legítimos, y contiene cuantas disposiciones parecieron conducentes á fijar las reglas de la legitimidad y los casos en que esta puede ser desconocida: que las bases principales, fundadas en las leyes físicas y reconocidas por todos los códigos son que es legítimo el hijo que nace despues de los ciento ochenta dias contados, ó dentro de los trescientos siguientes á su disolucion, sin que en contra se admita mas prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros 120 dias de los 300 que precedieron al nacimiento.—N. de los EE.

312 Frances, 234 Napolitanos 203 de la Luisiana, 162 de Vaud, 305 Holandes, 2, capítulo 3, parte 1, Bávaro, 138 Austriaco: los 4 y 19 Prusianos, título 2, parte 2, ponen 210 dias ó siete meses cumplidos despues de la celebracion del matrimonio, y 302 en lugar de los trescientos despues de su disolucion.

*"Pater est quem nuptiæ demonstrant"* ley 5 título 4, libro 2 del Digesto, *"filium cum difinimus qui ex viro et uxore ejus nascitur."* *Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium: Mihi videtur, si constet maritum aliquandis cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia justa causa: vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse."* ley 6, título 6, libro 1 del Digesto. *"Septimo mense, nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis."* ley 12, título 5, libro 1 del Digesto. Esta ley, tomada del Jurisconsulto Paulo, debe, segun unos, entenderse del séptimo mes cumplido, *pleno*, que es la espresion usada por Paulo, al número 5, título 9. libro 4. *Recep sentent*: pero la ley no contiene la tal