

## CAPITULO VI

### CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAIDO EN PAIS EXTRANJERO

- 85 Diferencia entre el matrimonio nulo y el matrimonio no existente —  
86 Naturaleza y consecuencias jurídicas de la nulidad —87 Capacidad de los contrayentes —88 Opinión de Meur —89 Jurisprudencia inglesa —90 Nuestra opinión —91 Oposiciones al matrimonio —92 Impedimentos de consanguinidad y de afinidad —93 Principios relativos a la nulidad del matrimonio contraído en el extranjero —94 Aplicación del primer principio —95 Aplicación del segundo y tercero —96 Aplicación del cuarto —97 Nulidad procedente de las relaciones de afinidad —98 Forma del matrimonio —99 Consecuencias jurídicas que se derivan de la omisión de las solemnidades *Mala Fide* —100 Prueba de la celebración —101 Publicaciones —102 Consecuencias de la omisión de las publicaciones segun el Código francés —103 Idem segun el Código Civil italiana —104 Inscripción en los registros del Estado civil

85 Antes de ocuparnos de la ley, segun la cual deben determinarse las condiciones extrínsecas o intrínsecas a que esta subordinada la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, creemos oportuno notar que en esta materia no todas las condiciones entrañan nulidad si de jan de llenarse, y que es necesario no confundir la *anulación* del matrimonio con su *nulidad* sustancial

Segun el derecho positivo, constituye un matrimonio la union de dos seres cuando reúne las condiciones que con arreglo a la ley son esenciales para su existencia jurídica. Es logicamente imposible considerar como existente el matrimonio faltando una de estas condiciones (por ejemplo, la diferencia de sexo, el mutuo consentimiento, la celebración solemne)

Cuando el acto tiene existencia jurídica, pero se ha verificado contraviniendo a un mandato o a una prescripción de la ley, puede ser invalidado y declarado ineficaz (1)

86 La nulidad del matrimonio debe ser siempre pronunciada por un juicio, ya tenga lugar en pleno derecho por declaración textual de la ley, ya sea consecuencia de una acción de nulidad. Por más que sea anulable, conserva el matrimonio sus efectos hasta que la anulación ha sido pronunciada por un juez competente. La única diferencia entre la nulidad textual y la que puede derivarse de una acción, consiste en que, en el primer caso, el juez solo debe examinar si ha sido o no violado el precepto de nulidad prescrito, y en el segundo, no solo debe verificar de hecho si tal precepto ha sido o no violado, sino también averiguar en derecho si la violación de este precepto es de las que entrañan la nulidad del matrimonio.

Notemos, por último, que según la naturaleza del motivo sobre que se funden las nulidades, así pertenecerán al orden público o al interés privado, que son *absolutas* o *relativas* según que pueden ser propuestas por cualquier interesado, o solo por ciertas personas determinadas y por un tiempo limitado, que por más que la sentencia de anulación haga desaparecer de una manera retroactiva todos los efectos jurídicos anejos al matrimonio, como tal (*quod nullum est nullum producit effectum*), sin embargo, como la unión ha podido dar lugar a consecuencias de hecho de que sería imposible hacer abstracción, subsistirán a pesar de la anulación los derechos y las obligaciones recíprocas entre las personas entre quienes estas consecuencias de hecho se hubiesen realizado.

87 Después de haber expuesto estas generalidades, examinemos en detalle las condiciones necesarias al ma-

---

[1] Zacharias *Derecho civil* § 428

matrimonio contraído en país extranjero. En cuanto a la capacidad de las partes contratantes, todos admiten que debe regularse por su ley personal (1) Notemos aquí, que si bien la mujer adquiere por el matrimonio la nacionalidad del marido, debe examinarse su capacidad para contraerlo con arreglo a las leyes de su patria, porque aquella no pierde su propia nacionalidad hasta después de contraído el matrimonio (2) Por consiguiente, la mujer extranjera, a quien las leyes de su país se lo permitan, puede casarse en Italia a los trece años por más que nuestro Código exige que tenga quince años cumplidos (Art 55)

88 Este principio no puede ser aplicado como regla general en todos los casos y debe comprenderse con sus justas restricciones, es decir, que la ley que regula la capacidad del extranjero no debe de ser contraria a los principios de orden público del lugar en donde se quiere contraer matrimonio. En efecto, nadie intentaría sostener que el horrible capricho de contraer segundo matrimonio viviendo la primera mujer, pueda invocar su ley personal en Italia o en Francia, donde no estaba admitida la poligamia. Nosotros no aceptamos la opinión de Meier cuando dice de una manera absoluta, que la ley del lugar en que se contrae el matrimonio es la que debe aplicarse exclusivamente para decidir sobre la capacidad de los contrayentes y sobre las solemnidades que deben observarse, y que el matrimonio válido con arreglo a las leyes del lugar en donde ha sido contraído, debe ser considerado igualmente válido en todas partes, hasta en la pa

---

(1) Duranton I I tit V num 2º—Savigny I c §3/9—Rocco prút o cap XVIII Zaccarias § 469—Demolombe num 217 282 24—*Del matrimonio*

(2) El matrimonio no siempre da a la mujer la nacionalidad de su marido pero si le hace perder la suya así es que según el Código civil francés la mujer francesa que se casa con un extranjero cesa de ser francesa y se convierte en extranjera pero si el marido es inglés por ejemplo el Código civil no dice que esta mujer se convertirá en inglesa

tría de los contrayentes (1) Si se admitiera este principio, sería fácil eludir el *jus publicum matrimoniale*, y aquellos a quienes está prohibido contraer matrimonio válido en su patria, por falta de edad o de consentimiento, podrían marcharse a un territorio extranjero en donde no existieran estas prohibiciones y celebrar, contra las leyes de su patria, un matrimonio que sería válido en su país ¿A qué consecuencias se llegaría respecto a la prohibición del matrimonio por causa de parentesco?

89 La doctrina de Meier está sancionada en parte por la jurisprudencia de Inglaterra y América, en donde se considera como válido el matrimonio contraído con arreglo a la ley del lugar en donde se contrae (2), aun cuando las partes se hayan marchado allí expresamente para eludir las leyes de su patria y no tengan su domicilio *bona fide* (3)

Esta teoría ofende los principios de justicia internacional que deben arreglar las buenas relaciones de los Estados, y es tanto menos concluyente cuanto que en la misma Inglaterra se juzga de la validez ó nulidad de los matrimonios contraídos por subditos ingleses en territorio extranjero, aplicando la ley inglesa y no la del lugar del contrato (4) Los inconvenientes de esta teoría se manifiestan asimismo en la Gran Bretaña, en donde sucede que el segundo matrimonio celebrado en Escocia, después de haber roto por el divorcio su primer matrimonio con

---

[1] De *conflictu legum* p. 24

[2] *Story Conflict of Law* § 9

La jurisprudencia inglesa no está sobre este punto sólidamente establecida. Por esto Mr. William Beach cita en su tercer tomo de los *Comentarios a las obras de Wheaton* decisiones que parecen contradictorias

(N de P F)

(3) *Story* l. c. § 13

(4) *Story Conflict of Law* l. c. § 79

Flore tiene razón. En 1867 el vicesanciller Stuart y el juez Creswell decidieron que un matrimonio contraído durante una permanencia temporal en Dinamarca entre un inglés viudo y una hermana de su difunta mujer nulo en virtud de los estatutos 5 y 6 de Guillermo IV no era válido en Inglaterra aunque lo fuese con arreglo a la ley de Dinamarca á saber con arreglo a la *lex loci contractus*

traído en Inglaterra por ciudadanos ingleses, es valido en Escocia y nulo en Inglaterra, porque segun la ley inglesa, ningun ingles puede contraer segundas nupcias mientras viva la primera mujer, a no haber obtenido permiso para el divorcio por un estatuto del Parlamento. Resulta de esto el gran inconveniente de que los hijos del segundo matrimonio son legitimos en Escocia e ilegítimos en Inglaterra (1)

90 Segun la doctrina aceptada por nosotros, siendo el matrimonio el mas importante cambio de estado, deberia juzgarse de la capacidad de las partes con arreglo a la ley de la patria de cada contrayente. Ningun Estado deberia, pues, permitir que los extranjer os contrajesen matrimonio en su territorio, sin haber primeramente presentado una certificacion de la autoridad competente del pais a que pertenecen, en la que constara que, segun las leyes a que estan sujetos, nada se opone al matrimonio proyectado. Hallamos aceptado este principio en la mayor parte de los paises civilizados. El legislador italiano lo ha sancionado en el art 103 del Código Civil (2), en Francia existe la circular del 4 de Marzo de 1831 (3), en Austria, un decreto de la Cancilleria dado en 22 de Septiembre de 1814 (Recopilacion de las leyes judiciales, p 203, num 1,113), en Prusia, una orden del Gabinete (28 de Abril de 1845) impone al extranjero que quiera contraer matrimonio con una prusiana, la presentacion de un certificado del magistrado de su pais, declarando que tiene capacidad para ello, y que al volver a su patria no encontrara

---

(1) Story l c § 117

(2) El artículo 103 del Código Civil italiano está concebido en estos terminos / El extranjero que desee contraer matrimonio en el reino debe presentar en la oficina del registro civil una declaración de la autoridad competente del pais a que pertenece la cual prueba que segun la ley de que el depende nada se opone al matrimonio proyectado. Si el extranjero tiene su residencia en el reino deben verificarse además las correspondientes publicaciones con arreglo a las disposiciones del presente Código

[3] Ordenanza real del 12 de Julio de 1808 § 16 y 17

ningun obstaculo para que su mujer y sus hijos sean reconocidos legitimos (1) Si todos los Estados civilizados aceptasen este principio, se evitaria el inconveniente practico de permitir ciertas uniones que pueden ser ineficaces en la patria de los contrayentes, tanto mas cuanto que ciertas leyes como las de Baviera (2) y Wurtemberg (3), prohiben al subdito del Estado, bajo pena de nulidad,

[1] Ley de 4 de Septiembre de 1803

[2] He aqui cómo se expresa el Guarda sellos en esta circular En muchos Estados limitrofes ó vecinos de Francia prohibe la ley á los habitantes casarse en pais extranjero sin la autorización del Gobierno so pena de nulidad de su matrimonio Resulta de aqui que los habitantes de estos paises atraidos á Francia por la actividad de la industria ó por la riqueza del suelo han contraido matrimonio con franceses sin haber obtenido esta autorización Si quieren despues volver a su patria sus mujeres y sus hijos son rechazados como ilegítimos Semejante estado de cosas impone al gobierno frances el deber de tomar algunas precauciones para asegurar la validez de estos matrimonios contraidos de buena fe por mujeres que despues del cumplimiento de todas las formalidades exigidas por las leyes francesas deben contar con la protección de estas leyes El medio mas eficaz debe ser el de exigir a todo extranjero *no naturalizado* que quiere casarse en Francia la justificación por un certificado de las autoridades del pueblo de su naturaleza ó de su ultimo domicilio en su patria que es apto segun las leyes que alli rigen para contraer matrimonio con la persona con quien se propone verificarlo En caso de negativa ó duda decidan los tribunales competentes

Esta circular no es mas que un consejo dado a los encargados del registro civil para su propia garantia y la de sus administrados franceses contra toda responsabilidad ó contra toda acción de nulidad de matrimonio Feliz se expresa en estos terminos La intención que ha presidido á la redacción de esta circular no puede ser objeto de critic, pero los resultados están muy lejos de haber sido pondido al fin que se propuso el Guarda sellos y suscitando su circular muchas dificultades ha sido con frecuencia un obstáculo á enlaces matrimoniales que reunian todas las condiciones legales Alegando que las leyes de su pais no las autorizan a ello se han negado muchas veces las autoridades extranjeras á expedir los certificados de que se trata En algunos paises extranjeros ha dado lugar esta circular a represalias el encargado del registro civil ha pedido alli á los franceses que querian contraer matrimonio un certificado analogo al exigido por la circular mencionada y como ninguna autoridad francesa se cree obligada ni con poder bastante para librar semejante certificado el futuro esposo francés podia a duras penas convencer á las autoridades extranjeras de que poseia realmente las cualidades y condiciones necesarias para contraer matrimonio En semejante estado de cosas creemos preferible que se dejase caer en desuso la circular del 4 de Marzo de 1831 y abandonar lo mismo que en los demás casos en que un francés se propone contratar con un extranjero á cada una de las partes el cuidado de averiguar lo que haya acerca de la capacidad de la otra —De los matrimonios contraidos en pais extranjero capitulo II § 11 y 12 ]

[3] Los extranjeros no naturalizados no son admitidos en Prusia á contraer matrimonio sino previa la justificación con documentos autenticos que las leyes de su pais no oponen ningun impedimento á la unión proyectada El extranjero debe además hacer en su patria las publicaciones prescritas por las leyes sin embargo cuando ha fijado su domicilio en Prusia y lleva alli mas de un año de resi

contra el matrimonio en país extranjero sin permiso del gobierno

91 Facilmente se infiere de lo dicho que el derecho de oponerse al matrimonio tal y como esta determinado por la ley nacional de los contrayentes; debe ser reconocido aun en territorio extranjero en favor de aquellas personas a quienes la ley misma lo concede. Cualquiera que sea la ley del lugar debe, por consiguiente, ser admitida la oposición hasta el momento de la celebración del matrimonio y una vez hecha en las formas prescritas, debe bastar para que el funcionario que en él intervenga, y que no puede juzgar del fondo, suspenda la celebración del matrimonio hasta que el magistrado haya decidido si dicha oposición es atendible o si debe ser considerada como ineficaz. Con arreglo a la misma ley nacional de los contrayentes es como debe decidirse también a quién pertenece el derecho de impedir que se desestime la oposición, determinar

---

dencia aun cuando su establecimiento definitivo sea posterior a esta fecha, basta lo mismo que para los naturales del país la publicación hecha en la parroquia á que pertenece

Con arreglo a una ley del 31 de Marzo de 1864 los extranjeros que quieran contraer matrimonio en Prusia con nacionales ó con extranjeros además de las condiciones prescritas deben obtener un certificado de las autoridades locales declarando que son aptos segun las leyes de su país para contraer matrimonio en el extranjero sin perjudicar su derecho de ciudadanía—ó que han recibido el permiso exigido por las leyes de su patria. Los encargados del registro ya sean eclesiásticos ó no que asistan oficialmente á la celebración de un matrimonio en que no se presente este certificado incurrirán en una multa á menos que los contrayentes estén dispensados de verificarlo

Los Ministros de Justicia del Culto y del Interior pueden dispensar de estos certificados en casos especiales. Por una circular de estos ministros se concede dispensa á los subditos británicos y a los ciudadanos americanos porque no tienen medio de obtenerlos. Su cualidad de ingleses ó de americanos se prueba por un pasaporte de su Gobierno ó de un agente diplomático

Desde el año 1858 no tienen tampoco los franceses necesidad de tales certificados para contraer matrimonio en Prusia porque las leyes francesas no autorizan para expedirlos

En 24 de Diciembre de 1868 se convino entre Francia y el Luxemburgo en lo siguiente. Las actas que deben presentarse para contraer matrimonio en Francia los subditos luxemburgueses ó en el Gran Ducado los subditos franceses sean admitidas por los encargados del registro civil de ambos países respectivamente cuando estuvieren legalizados ya por el presidente de un tribunal por el juez de paz ó por su suplente y no se exigirá otra legalización fuera del caso en que pudiera ponerse en duda la autenticidad de los documentos presentados—[Archivos diplomaticos t II p 629]

las consecuencias jurídicas de la oposición desechada por lo que se refiere a los que se opusieron, y fijar los perjuicios de que pueden ser responsables

92 Respecto a los impedimentos que dependen de las relaciones de consanguinidad o de afinidad que pueden existir entre los esposos, observamos que, cualquiera que sea la ley de la patria de los contrayentes, que prohíba el matrimonio entre parientes de cierto grado o entre afines, y que declare incestuosas ciertas uniones, obliga también a los extranjeros que quieran contraer matrimonio, porque debe ser considerada como fundada en principios de orden público. Con arreglo a esta base es como nuestro Código Civil, en su art 102, dispone que, «el extranjero está sometido también a los impedimentos enumerados en la segunda sección del cap I de este título» Por consiguiente, si dos extranjeros quisieran contraer matrimonio en Italia, y existiese entre ellos uno de los impedimentos legales determinados por nuestro Código, tendría el funcionario público derecho a oponerse, aun cuando la ley de su patria fuese diferente. En el Código francés no hallamos disposición textual relativa a este punto sin embargo, la jurisprudencia establecida, es que, los impedimentos dirimentes fijados por la ley francesa, obligan también a los extranjeros, que son siempre considerados como sometidos a las leyes de policía vigentes en Francia (1)

Por el contrario, cuando la ley del lugar en donde se quiere celebrar el matrimonio no prohíbe ciertas uniones entre personas consanguíneas o que tuvieren parentesco de afinidad, pero que existe, con arreglo a la ley de la patria de los contrayentes, un impedimento prohibitivo o damente, no puede celebrarse el matrimonio con arreglo al principio general de que la capacidad de los contra

---

1) *Recueil* § 460 num 2

yentes debe juzgarse por la ley de su país respectivo. Este principio ha sido también aceptado por la jurisprudencia inglesa, según la cual, son declarados nulos los matrimonios contráidos por los subditos ingleses en el extranjero, cuando con arreglo a las leyes inglesas pueden considerarse incestuosos (1). También en Francia ha sido declarado nulo (2) con arreglo al art 170 del Código de Napoleón, el matrimonio entre un francés y su cuñada, celebrado en un país en donde esta unión no esté prohibida. El artículo 100 del Código Civil italiano establece que, el matrimonio celebrado en país extranjero entre ciudadanos, o entre un ciudadano y un extranjero, es válido con tal que el primero no haya contravenido a las disposiciones contenidas en la sección segunda del capítulo I del matrimonio. Notemos, por último, que cuando ambos contrayentes pertenecen a países diferentes, y según la ley del país de uno de ellos no existe ningún impedimento, y si con arreglo a las leyes del país del otro, no puede efectuarse el matrimonio, porque ambos contrayentes deben ser capaces, y la capacidad de cada cual debe ser juzgada con arreglo a las leyes de su país.

Pero cuando un matrimonio se ha celebrado ya a pesar de existir un impedimento, ¿por qué ley deberá decidirse si esta circunstancia lleva consigo la nulidad del matrimonio?

93 La teoría de la nulidad de los actos es por sí misma seria, grave, y compleja; la de la nulidad del matrimonio y de las acciones que de él se derivan, es la más difícil de todas, ya sea por que estas cuestiones deben resolverse por principios excepcionales, a causa de las graves consecuencias que de la anulación se derivan, ya porque las disposiciones del derecho positivo no son uniformes, no pueden

---

(1) Story l. c. § 114 c.

(2) T. de Cas. 8 de Nov. de 1824 — *Journ. du pal.* t. XVIII p. 1081 — *Dumanton* l. I num. 163.

establecerse reglas constantes, cuando el matrimonio se ha verificado en territorio extranjero

Los principios generales que nosotros aceptamos, son

1° Que la nulidad del matrimonio no puede ser admitida por presunción o por inducción, sino solo cuando esta formulada expresamente por la ley a que el matrimonio está sometido en la duda, la presunción debe ser siempre favorable a la validez

2° Que las únicas personas que pueden ejercitar la acción de nulidad son aquellas a quienes la ley la concede

3° Que la ley según la cual deben juzgarse las acciones de nulidad dirigidas contra un matrimonio, su prescripción y las excepciones de inadmisibilidad, es la que rige el matrimonio con arreglo a las distinciones que hemos hecho

4° Que el tribunal ante el cual se ha presentado una demanda de nulidad de matrimonio tiene derecho a examinar si la ley del país del extranjero, en virtud de la cual se quiere obtener la nulación, es contraria a los principios de orden público existentes en el punto donde tiene lugar el juicio, y que, en este caso, puede negarse a prounciar la nulidad

94 Aplicando el primer principio, notamos que no siempre es nulo el matrimonio celebrado, aun cuando haya un impedimento legal. En todas las legislaciones encontramos la importante diferencia entre los impedimentos prohibitivos y los dicientes. Los primeros no tienen, por regla general, mas efecto que imponer el deber al funcionario público encargado del registro civil, de no proceder a la celebración del matrimonio, y conieru a personas determinadas el derecho de oponerse a el. Solamente los segundos llevan consigo la nulidad. Pero ya se haya verificado el matrimonio en el mismo país, ya en territorio

extranjero, no puede razonarse por presunción sobre su validez o sobre su nulidad. No debe admitirse una causa de nulidad para un matrimonio contraído en el extranjero, a no ser en el caso en que existiera si el matrimonio hubiera tenido lugar en el mismo país. Rechazamos, por consiguiente, la opinión de algunos jurisconsultos franceses (1) que comentando el art 170 del Código de Napoleón, según el cual «el matrimonio contraído en país extranjero entre franceses y entre una persona francesa y otra extranjera, sea válido siempre que el francés no haya contravenido a las disposiciones contenidas en el capítulo precedente,» han querido argumentar *a contrario*, que toda contravención a las condiciones exigidas por la ley francesa entraña la nulidad del matrimonio, y por consiguiente, que la falta de actos respetuosos (art 181, Cód Nap) podría ser una causa de nulidad de un matrimonio contraído en el extranjero. En nuestro juicio, los impedimentos simplemente prohibitivos no pueden convertirse en dirimentes cuando el matrimonio se ha contraído en el extranjero (2)

95 Para esclarecer el segundo y tercer principio que hemos establecido, observemos que, pudiendo proceder de diferentes causas las acciones de nulidad, el tribunal ante quien se presenta la demanda debe juzgarla con arreglo a la ley de que aquella se deriva y sobre la cual se

---

(1) Delvincourt tomo 1 p 68 not 4 —Toullier t I p 238 —Marcade título II art 170

(2) No participo en esto de la opinión de Fiore. Seguramente que la falta de publicaciones no constituye nunca para los matrimonios contraídos en Francia una causa de nulidad pero cuando el matrimonio se ha realizado en el extranjero reemplazan en Francia hasta cierto punto las publicaciones la publicidad de la celebración. Hay que dejar cierta latitud a los tribunales en esta materia tal es también la jurisprudencia la cual examina si hay ó no alguna intención fraudulenta en la conducta de las partes si su fin ha sido por ejemplo ocultar su matrimonio para dispensarse de tributar á los ascendientes los respetos exigidos por la ley. Así pues la violación en este punto del art 170 del Código Civil puede ser según las circunstancias una causa de nulidad del matrimonio [V el *Curso de Derecho Civil* de Mr Valette 1873 t I p 20]

funda la acción Si, por ejemplo, la acción se fundase en la falta de edad, debe determinarse la ley que puede contraer matrimonio según la ley del país a que pertenece la parte, y lo mismo respecto de las personas que puedan ejercitar las acciones de nulidad y proponer las excepciones Supongamos, por el contrario, que dos extranjeros que sean hermanos naturales, se han casado en Italia, y que el Ministerio Público ha querido atacar este matrimonio contraído en contravención a los arts 192 y 59 del Código Civil (1), y entendemos que nuestro tribunal debe juzgar esta demanda de nulidad aplicando nuestra ley italiana, porque en el matrimonio contraído en Italia, aunque las partes sean extranjeras, están sometidas a los impedimentos establecidos por nuestro Código, fundados en motivos de orden público

96 Respecto al cuarto principio que hemos establecido, observamos que, aunque deba juzgarse siempre de la validez o nulidad del matrimonio en la patria de los contrayentes según la ley vigente en ella, no puede invocarse esta ley en todos los casos para invalidar un matrimonio contraído en país extranjero y válido según la ley del país en que se contrajo Así, por ejemplo, la incapacidad que proviene de una proscripción política y que haría nulo el matrimonio contraído en la patria, no puede impedir que el proscrito lo contraiga con validez en el extranjero El matrimonio de un condenado a muerte civil no podría ser invalidado en un Estado que no admitiera esta pena Lo mismo puede decirse del matrimonio entre dos personas, una blanca y otra de color, el cual, según el Código de la Luisiana (art 95), sería nulo, pero no podría invali

---

(1) Tratase del Código Civil italiano cuyos arts 192 y 59 están concebidos en estos términos Art 192 El juicio que declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento —Art 59 Está prohibido el matrimonio en línea colateral 1 ° Entre las hermanas y hermanos legítimos ó naturales 2 ° Entre los que tienen este mismo grado por afinidad 3 ° Entre el tío y la sobrina y la tía y el sobrino

darse en Italia. Otro tanto puede asegurarse del matrimonio contraído por un hombre libre y una mujer esclava por mas que fuese nulo ante la ley de su patria, no podría anularse en un país que no reconozca la esclavitud.

97 Respecto de la nulidad que puede proceder del parentesco de afinidad o del de consanguinidad existentes entre los conyuges, en el caso que hubiere una prohibición con arreglo a la ley de la patria de los conyuges, pero no con arreglo a la del lugar en donde se ha contraído el matrimonio y en donde las partes se han unido a pesar de la prohibición, creen algunos que deben distinguirse entre los impedimentos fundados en el derecho natural y los que se derivan del derecho positivo, y afirman que los impedimentos por grado de parentesco, fundados en el derecho natural, hacen nulo el matrimonio en la patria y en el extranjero, pero que no sucede lo mismo con los fundados en el derecho positivo y no reconocidos en el lugar en donde se ha contraído el matrimonio (1). No creemos que este fuera de razon esta distinción, si bien, como dice Grotius, no siempre es facil determinar donde concluye el derecho natural y comienza el positivo. De cualquier modo, cuando el matrimonio es valido en el lugar en donde se ha contraído, cuando hay posesion de estado, han nacido hijos de este matrimonio y se le quiere invalidar en virtud de una ley extranjera, corresponde a los magistrados examinar si la ley que se quiere invocar esta ó no en contradicción con la que regula el matrimonio, y en caso afirmativo, no se negaran los efectos civiles a un acto valido.

98 En cuanto a la forma en que debe celebrarse el matrimonio, convienen jurisconsultos y canonistas en sostener que debe ser determinada por las leyes del lugar en donde se ha celebrado. Sanchez dice «*Peregrini teneant*

---

[1] Story I c § 116

*in legibus et consuetudinibus loci per quem transeunt quoad solemnitatem* (1) » Por esto sostiene que un matrimonio clandestino celebrado en un país que haya aceptado el Concilio de Trento, que lo prohíbe, no es válido, a pesar de que sea permitido por la ley del país de los contrayentes. También de acuerdo se han puesto sobre este punto los jurisconsultos que puede considerarse la doctrina como una *communis opinio* (2)

Notemos, sin embargo, que en determinadas circunstancias pueden admitirse algunas excepciones, por ejemplo, cuando las formas prescritas por la ley del lugar fuesen contrarias a las convicciones religiosas de los contrayentes, o cuando el matrimonio se celebrase con arreglo a la ley del país de éstos, ya durante la ocupación militar, ya ante el agente consular o el ministro de su nación (3)

99 Hase discutido mucho la cuestión de si debe considerarse como válido el matrimonio, aun en el caso en que dos individuos se han mudado a país extranjero para eludir su ley nacional y para evitar una formalidad costosa ó inoportuna. Nuestro parecer es que, siempre que se trate de una simple forma exterior, no debe darse importancia para la validez del matrimonio a la intención de las partes, y que basta haberlo celebrado con las solemnidades prescritas por la ley del lugar en donde la unión se ha verificado. Aun en Inglaterra, en donde se exige de una manera tan celosa la observancia de las leyes inglesas, se considera válido el matrimonio contraído en Escocia por subditos ingleses, con arreglo a las formalidades establecidas por la ley escocesa, aun cuan

---

[1] Sánchez —*De matrimonio*—L. III D. 18 p. 23

(2) Voet *De Stat.* § 9 c. II n. 9—Kent *Comm. Law* 2<sup>a</sup> p. 91—Melin I c. Matrimonio

(3) Storr I c. § 11

do los contrayentes no tuviesen *bona fide* su domicilio en Escocia (1)

Esto solo es aplicable a las formalidades esenciales para el valor jurídico del acto. Según las leyes de algunos países, no existe el matrimonio, como no estado civil, sino cuando los contrayentes manifiestan su consentimiento en presencia del cura y de dos testigos. En tal caso, los que para evitar la formalidad del rito religioso se marchan a un país extranjero en donde se permitiera el matrimonio civil, no podrían contraer un matrimonio que fuese válido en su patria. La razón de ello es porque, en el caso supuesto, se invocaría sin razón el principio *locus regit actum*, puesto que no se trataría de una simple formalidad exterior, sino de una condición necesaria para la existencia jurídica del acto, y los contrayentes no podían sustraerse a ella trasladándose a un país extranjero para burlar la ley del suyo (2)

100 De lo dicho se infiere fácilmente que todas las cuestiones relativas a la celebración del matrimonio y a la prueba deben resolverse aplicando la ley del lugar en donde aquel se ha celebrado. Tales son las cuestiones concernientes a las solemnidades que deben acompañar o preceder a la celebración, el funcionario público competente, al acta por donde pudiera probarse la observancia de las solemnidades exigidas para la existencia del matrimonio y a otras cuestiones semejantes. No puede decirse lo mismo respecto de la forma del consentimiento y los medios de probarlo cuando, por razones de enfermedad física, estuviese imposibilitado de declarar su voluntad. Esta cuestión debe resolverse con arreglo a la ley sobre la capacidad de los contrayentes.

101 Una de las formalidades que deben preceder a la celebración del matrimonio, formalidad exigida por casi

---

(1) Burge Comment on colonial law 1 187

(2) Pothier *Del matrimonio* n 369—Merlin matrimonio § 1

todas las legislaciones, es la de la publicación oficial (la de los edictos) destinada a que se sepa que dos individuos quieren contraer matrimonio. Es cierto que, en cuanto a la obligación impuesta a los esposos de mandar hacer dicha publicación, en cuanto al deber del encargado del registro civil, al modo de hacerla y al lugar en donde debe hacerse público el matrimonio, es necesario aplicar la ley de aquel en que éste se celebra. Algunas legislaciones imponen a los ciudadanos que se casan en país extranjero que se publiquen también edictos en su patria. De este modo lo dispone, por ejemplo, el Código de Napoleón, en su art 170, el Código italiano en el art 100, el austriaco, en su art 4º, el de los Países Bajos, en el art 158, y otros muchos Códigos. La ley italiana y la francesa prescriben, además, la obligación de inscribir en el registro civil del país de los esposos el matrimonio contraído en país extranjero. Las consecuencias jurídicas que se derivan de la omisión de estas prescripciones, deben apreciarse con arreglo a las leyes del país de los contrayentes.

102 Propomendonos resolver la cuestión, colocándonos en el punto de vista del Código francés y del italiano, comenzaremos por notar lo mucho que, a propósito de la aplicación del referido art 170, se ha discutido en Francia sobre las consecuencias jurídicas de un matrimonio contraído en el extranjero, sin haber precedido en Francia previamente su publicación. Las opiniones sostenidas por los jurisconsultos han sido diferentes é incierta la jurisprudencia. Han dicho unos que el matrimonio contraído en país extranjero, sin que precediera su publicación en Francia, podía anularse [1]. Estos se apoyan en el texto mismo del art 170 que establece que «El matrimonio contraído en país extranjero entre franceses o entre extranje

---

(1) Delvincourt t I p 68—Toullier t I p 288—Marcade art 170 num 2

ios y franceses, por ser válido con tal que hayan precedido las publicaciones prescritas por el art 63 » Luego, dicen estos, si no han precedido las publicaciones, debe carecer de valor legal Han considerado además, que el matrimonio puede ser anulado por falta de publicidad, que el matrimonio celebrado en país extranjero, sin publicarse en Francia, carece absolutamente de aquella, y han concluido de aquí que puede anularse este matrimonio Dicha opinion ha sido sancionada por el Tribunal de Casacion en 9 de Mayo de 1831 y en 6 de Marzo de 1837 [1] Dicho tribunal, considerando que según el Código de Napoleon, no hay otra sancion para obligar a los contrayentes a las publicaciones, que la multa impuesta al encargado del registro civil que asiste al matrimonio, que no puede castigarse a un funcionario extranjero, y que no puede hallarse otra sancion para impedir a los franceses que eludan su ley en país extranjero, ha declarado nulos tales matrimonios

Otros, por el contrario, han dicho que no puede absolutamente pronunciarse la nulidad por falta de publicaciones, porque la disposicion contenida en el art 170 es una excepcion de la regla general *locus regit actum* Por otra parte, el artículo no amenaza de nulidad sino que establece reglas para los que quieren contraer matrimonio en el extranjero, y por consiguiente, las disposiciones en él contenidas deben ser consideradas como reglamentarias y no como dividentes Han considerado tambien, como una sancion suficiente de la disposicion, la multa a que puede sujetarse a los mismos contrayentes, con arreglo al art 192, por ultimo, que la falta de las publicaciones, que no es una causa de nulidad cuando el matrimonio se ha contraido en Francia, no puede serlo tampoco cuando

---

(1) Dev 1831 t II<sup>o</sup> —Id 1837 t 177 [p c p]

se ha contraído en el extranjero [1] Esta opinión ha recibido asimismo la sanción de diferentes tribunales imperiales y del Tribunal de Casación [2]

La tercera opinión que en estos últimos tiempos ha triunfado en la jurisprudencia francesa, sostiene que pertenece a los magistrados apreciar las circunstancias de hecho que han precedido y acompañado a la celebración del matrimonio y declararle válido o nulo por contravención al art 170 Los autores que sostienen esta opinión se apoyan también en el texto del mismo artículo, y dicen que, no habiendo amenazado expresamente de nulidad el legislador, fue su intención sin duda dejar a los jueces bastante latitud de apreciación (3) Esta opinión ha recibido igualmente la sanción de diferentes tribunales imperiales y del Tribunal de casación (4)

103 Menos dudosa nos parece la solución de la cuestión respecto al Código Civil italiano Nuestro legislador, después de haber enumerado las condiciones exigidas para que sea válido un matrimonio contraído en país extranjero, añade «Las publicaciones deben hacerse también en el reino, etc» De los mismos términos del artículo resulta claramente que la disposición contenida en el último párrafo es reglamentaria, y que, en caso de contravención, no puede surgir la cuestión de nulidad Creemos, además, que aun cuando pudiera probarse que dos italianos se han marchado a país extranjero, con *animo deliberado* de eludir las publicaciones, no podría sostenerse la nulidad del matrimonio por este solo motivo La multa de 200 a 1 000 francos en que, con arreglo al art 123, incurren los espo

---

(1) Merlin *Rep Edictos matrimoniales* n 2 Zacarias § 168—Aubry y Rau nota 12—Duranton 237—Toullier I 578—Dalloz *Jurispr gen Matrimonio* t 10 p 22.

(2) Dev 1833 I 193 (D Herison)

(3) Demolombe *Matrimonio* n 923—Felix De los matrimonios contraídos en país extranjero n 3 y sig

(4) 8 Nov 1833—Dev 1836 I 11—23 Marzo 1834—D v 1834 I 293

sos que omiten las publicaciones, nos parece suficiente para la sancion de esta disposicion (1)

104 Debe tambien considerarse como una simple disposicion reglamentaria, la contenida en el art 101 del Código italiano, que corresponde al 170 del Código de Napoleon, y que impone a los italianos que se casan en territorio extranjero, la obligacion de inscribir su matrimonio en los registros civiles de su pais, antes de los tres meses después de su vuelta. La opinion de algunos autores franceses, que quieren hacer depender los efectos civiles del matrimonio, en el pais de los esposos, del acto de transcripcion, no nos parece sostenible ni en Francia ni en Italia. Solo aceptamos como razonable la opinion de Demolombe, segun la cual, si se celebrase un matrimonio en pais extranjero, y no se hubiese transcrito a los registros civiles del pais de los esposos, y si los conyuges lo hubieran tenido oculto, de tal modo que nadie pudiese creer con fundamento que existia este matrimonio, los tribunales, pesando las circunstancias de hecho, y tomada en cuenta la conducta mas o menos fraudulenta o la buena fe de los terceros, podria declarar, sin efecto, semejante matrimonio en lo tocante a los terceros que hubiesen contratado de buena fe (2)

---

(1) He aqui los arts del Código Civil italiano

Art 100 El matrimonio contraido en pais extranjero entre ciudadanos del mismo ó entre un ciudadano y un extranjero es válido con tal que se haya celebrado con arreglo a las leyes establecidas en el pais y que el ciudadano, no haya contraido á las disposiciones contenidas en la segunda seccion del capitulo 1º de este titulo. Las publicaciones deben hacerse en este caso en el reino con arreglo a las prescripciones de los artículos 70 y 71. Si el futuro cónyuge ciudadano no tiene su residencia en el reino se hacen las publicaciones en el pueblo de su último domicilio

Art 123 Incurren en una multa de 200 á 1000 francos los esposos y el encargado del registro civil que hubieren celebrado un matrimonio sin hacer que precedieran las publicaciones necesarias

Estos artículos corresponden al 170 y al 192 del Código Civil francés

[N de P F]

(2) Demolombe I e n 229 —Félix 1 e Tribunal de Casación frances 30 de Agosto de 1808 *Journal du Palais* T VII p 121