

TITULO V.

DEL MATRIMONIO.

(Continuación.)

CAPITULO IV.

NULIDAD DEL MATRIMONIO.

(CONTINUACION.)

SECCION V.—*De la prueba del matrimonio.*

§ 1.º DEL ACTA DE CELEBRACION.

1. El art. 194 dice que: «nadie puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio, si no presenta una acta de celebración inscrita en los registros del estado civil.» Para completar el sentido de esta disposición, es necesario agregar el art. 195, según cuyos términos, «la posesión de estado no puede dispensar á los pretendidos cónyuges que la invocan respectivamente, de presentar el acta de celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil.» El principio asentado por el código de Napoleón es, pues, el de que el matrimonio se aprueba con el acta que el oficial civil debe levantar inmediatamente después de haberlo celebrado (art. 75), y que la posesión de estado

no puede invocarse para suplir esta acta. ¿Qué se entiende por posesión de estado, y por qué la ley uo la admite como prueba de matrimonio? El art. 319 define la posesión de estado de hijo legítimo; y la establece en una reunión suficiente de hechos que indican la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia á la que pretende pertenecer. Esos hechos son que el individuo ha llevado siempre el nombre del padre de quien pretende ser hijo: que el padre lo ha tratado como su hijo, y provisto en calidad de tal á su educación, conservación y establecimiento; que le ha reconocido constantemente como tal en la sociedad y en la familia. Por analogía, debe decidirse, que la posesión de estado de esposo se funda en una reunión suficiente de hechos que indiquen que la cohabitación es el objeto de un matrimonio legal. Esos hechos son, por lo mismo, que la mujer haya llevado siempre el nombre de esposa de aquel que se dice ser su esposo, y que siempre ha sido tratada como su esposa; que el hombre por su parte haya llevado siempre el nombre de esposo de aquella que se dice ser su esposa; y que ambos hayan sido siempre reconocidos por esposos en la sociedad, y reconocidos como tales en sus familias respectivas. La ley admite la posesión de estado como prueba de la filiación de los hijos legítimos. ¿Por qué la rehusa tratándose de probar el matrimonio? Tronchet explicó las causas de esta prohibición. «En las grandes ciudades, dice, no es raro encontrar individuos que, sin ser casados, se forman, relativamente al matrimonio, una suerte de posesión de estado; y algunas veces hasta la confirman con un contrato de matrimonio y con las cualidades que observan en los actos.» Admitir la posesión de estado como prueba de matrimonio, sería por lo mismo facilitar y alentar en cierto modo el concubinato. Cuando son los pretendidos esposos los que piden probar

su unión, hay un motivo más para desechar la posesión de estado; porque no pueden ignorar el lugar donde se casaron, y es justo por lo mismo exigir que presenten el acta que debió levantarse de la celebración de su pretendido matrimonio (1).

2. Estándose á la letra del art. 194 se podría creer que la regla que establece no se aplica más que á los cónyuges. Sin embargo, se admite que este principio es general, y se aplica á los hijos y á todas las personas interesadas, lo mismo que á los esposos. Creemos que debe distinguirse. Si se trata de probar el matrimonio con el objeto de invocar los efectos civiles que de él se derivan, es necesario que la prueba se haga con el acta de celebración, inscrita en los registros del estado civil. Eso resulta de los principios generales sobre la prueba. El código de Napoleón contiene todo un título sobre los actos del estado civil; y quiere por lo mismo que los hechos que constituyen el estado de las personas se prueben con las actas que levantan los oficiales establecidas con este objeto. Esas actas no conciernen únicamente á las personas cuyo estado comprueban; porque están destinadas á probarlo respecto de la sociedad toda entera. Este es el motivo por que son públicos. De ahí se infiere que las actas levantadas por el oficial civil son la prueba normal y regular del estado de los hombres. No hay más excepciones de esta regla que las que la ley tiene á bien sancionar.

De esta manera, quando llega á morir uno de los pretendidos cónyuges, ó cuando se entabla un litigio entre los herederos del difunto y el superviviente sobre la existencia del matrimonio, los herederos pueden exigir que éste purebe, con el acta de celebración, el matrimonio que ale-

1 Sesión del consejo de Estado de 6 brumario, año X (Locré t. II, p. 355, núm. 20.)

ga? La afirmativa no es dudosa, porque en vano diría el superviviente que el art. 195 no concierne más que á los pretendidos cónyuges, como expresa la ley; pues los herederos responderían que la causa de la ley es general y que interesa impedir que el concubinato usurpe los honores y derechos debidos al matrimonio legítimo. ¿Se quiere un argumento de texto para combatir los de los arts. 194 y 195? El 197 corta toda dificultad, porque no concede á la posesión de estado de los pretendidos cónyuges el efecto de suplir el acta de celebración, sino en el caso en que ambos han fallecido, y únicamente en favor de los hijos nacidos de su cohabitación. Esta excepción confirma la regla, que no es otra sino la de que: el matrimonio solamente se prueba con el acta de celebración (1).

3. Pero si solamente se trata de probar el hecho del matrimonio, sin que el estado de las personas esté en causa, entónces ya no hay lugar para que se aplique la regla establecida en el art. 194, y lo prueba el texto mismo de la ley. Cuando el *título de esposos* y los *efectos civiles* del matrimonio son el objeto del pleito, el Código exige la presentación del acta inscrita en el registro del estado civil. Si simplemente se exige que se pruebe el matrimonio como hecho, ya no se está ni en los términos ni en el espíritu de la ley. Dos esposos se divorcian por consentimiento mútuo; y por los convenios prevenidos que se acordaron entre ellos, conforme al art. 280 del código de Napoleón, se estipuló que el marido pagará á la mujer una pensión que ésta dejará de percibir si vuelve á casarse. El marido divorciado sostiene que la mujer se ha vuelto á casar; pero le es imposible presentar el acta de celebración, porque ignora el lugar donde se celebró el matrimonio, y se está

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, sección V, § 2, núm: 9 (t. XIX, p. 460).

al juramento de la demanda. ¿El matrimonio, como un hecho, puede probarse con el juramento decisorio? La corte de Bruselas decidió que el juramento podía diferirse. Merlin aprueba esta decisión, y está fundada en principios verdaderos. En la especie, el estado de las personas no es el objeto del debate, no se trata ni del título de esposos, ni de los efectos civiles del matrimonio; sino de un simple hecho, que indudablemente debe ser comprobado con una acta; y en genera¹, se puede pedir la presentación de ella, pero sólo en los límites de los principios generales sobre la prueba. Ahora bien, conforme á esos principios, el demandante no puede ser obligado á presentar un escrito cuando le ha sido imposible procurarse una prueba literal del hecho que alega. La ley admite entonces la prueba testimonial (art. 1348), y á falta de testigos, hay lugar para aplicar el art. 1358, que permite diferirse al juramento decisorio sobre alguna especie, cualquier pleito. (1).

4. ¿Del principio asentado en el art. 194, debe inferirse que se requiere para la validez del matrimonio el acta de celebración? Pothier dice que éste se perfecciona con el consentimiento que las partes otorgan en presencia de su cura antes de que se extienda el acta, y de aquí se infiere, agrega, que esta no es de la esencia del matrimonio y que no se exige sino para la prueba. De ahí infiere Pothier, que cuando es imposible probar el matrimonio con el acta de celebración, es justo recurrir á pruebas de otra naturaleza (2). Esos principios son también los de nuestra legislación moderna. No hay disposición alguna del códi-

1 Sentencia de la corte de Bruselas de 20 Enero de 1807, en Merlin, *Repertorio* en la palabra *Matrimonio*, sección V, § 2. núm. 3 (t. XIX, p. 433).

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 378.

go que exija como condición para la validez del matrimonio el acta de celebración; y ningún artículo declara la nulidad de él por falta del acta. El silencio de la ley en materia de nulidad de matrimonio basta para decidir la cuestión, y en vano se invocaría el art. 194, colocado en el capítulo de las nulidades. Este artículo no dice que el matrimonio es nulo cuando no hay acta; sino solamente que no se pueden reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio sino presentando el acta de celebración: lo que es una cuestión de prueba y no de la validez del matrimonio. Se dirá que es una disputa de palabras, no pudiendo ser reclamados los efectos del matrimonio, sino cuando haya acta, y que esto en definitiva es como si no hubiera habido matrimonio. Responderemos con Pothier que hay otras pruebas y lo dice el mismo art. 194, remitiéndose al 46. Vamos á ver cuáles son esas pruebas.

5. Hay en este punto dos clases de ideas que debe cuidarse de confundir; pues la confusión debe ser muy natural, supuesto que la jurisprudencia y la doctrina se han engañado con tanta frecuencia. Es necesario distinguir las condiciones requeridas para la validez del matrimonio, y las prescritas para la del acta que comprueba la celebración. ¿Existen formalidades prescritas, bajo pena de nulidad, para la celebración del matrimonio? Con anticipación respondimos á la cuestión. Entre las formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio las hay que la ley sanciona con la pena de nulidad, y son las concernientes á la publicidad y á la competencia del oficial civil (art. 191). Hay otras que deben llenarse para que exista el matrimonio; cuando éste no se ha contraído ante un oficial del estado civil, cuando las partes no han declarado su consentimiento en presencia del oficial público, y cuando éste no ha pronunciado que están unidas en matri-

monio, no lo hay (1). Esta doctrina está sancionada en una sentencia de la corte de casación, la cual falló que: «la declaración de las partes que comprueba su consentimiento libre y voluntario, y la del oficial del estado civil que declara, en nombre de la ley, que está formada la unión conyugal, son formalidades sustanciales, sin cuyo cumplimiento no podrá haber matrimonio.» La suprema corte infirió de ahí que si el acta extendida por el oficial civil hace mención de que se observaron esas formalidades, y que si las partes pretenden que no se llenaron, hay lugar para admitirles la prueba de falsedad; y casó una sentencia de la corte de Riom que desechó la demanda como improcedente (2).

Si se ha cumplido con las formalidades esenciales al tiempo de celebrarse el matrimonio, éste es válido, aun cuando el acta extendida por el oficial público no haga mención de ellas, ó la mención esté incompleta. Nace entonces la cuestión de saber si el acta, como tal, es válida, es decir, si puede servir de prueba. Este equivale a preguntar si la ley prescribe, para la redacción de las actas del estado civil, las formalidades que deben observarse para que el acto exista ó para que sea válido. Hemos examinado esas cuestiones en el título de las Actas del estado civil (3); y bastará por lo mismo aplicar al acta de matrimonio los principios generales que hemos asentado. La ley no declara la nulidad en esta materia, y se ha fallado que las formalidades prescritas bajo pena de nulidad por la ley de 25 ventoso, año XI sobre el notariado, son extrañas al acta de celebración del matrimonio, lo mismo que á toda

1 Véase el tomo II de mis *Principios* nú m. 279.

2 Sentencia de 22 de Abril de 1833 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 567).

3 Véase el tomo II de mis *Principios*, núms. 21 y 17.

acta del estado civil (1). El código de Napoleón es el único que rige las actas destinadas á comprobar el estado de los hombres, y el Código no sanciona con la pena de nulidad las formalidades que establece.

Es distinta la cuestión de saber si hay formalidades de tal manera sustanciales que, sin su cumplimiento, no hay acta. Hemos decidido la cuestión afirmativamente. Sobre este punto reina una grande incertidumbre, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. No está firmada el acta por el oficial público. En opinión nuestra, una acta no firmada por el oficial que tiene la misión de hacerla auténtica con su firma, no es una acta, ni puede por lo mismo servir para probar el matrimonio. Esto no impedirá que el matrimonio exista y sea válido, si se llenaron las condiciones prescriptas por la ley. Pero ¿cómo se probará en defecto del acta de celebración? ¿Es este el caso de aplicar el art. 46, como enseña M. Demolombe? Nos remitimos á la explicación que hemos dado de esta disposición en el título de las Actas del estado civil (2).

¿Puede servir de prueba el acta del matrimonio inscrita en una hoja suelta? Está muy debatida esta cuestión. Hay autores que enseñan que el acta inscrita en una hoja suelta tiene la misma fuerza probatoria que si estuviera inscrita en el registro del estado civil. El texto del art. 194 rechaza esta opinión, pues exige formalmente para que el conyuge pueda reclamar los efectos civiles del matrimonio, que el acta esté inscrita en los registros (3). Demante dice: que el acta de celebración extendida en una hoja suelta ser-

1 Sentencia de Tolosa de 26 de Marzo de 1824 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 447).

2 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 25. Consúltese á Demolombe, t. III, p. 328, núm. 213.

3 Ducaurroy, Bermier y Roustain, *Comentarios del código civil*, t. I, p. 213, núm. 338.

virá de principio de prueba por escrito, y que por consiguiente el matrimonio podría probarse con testigos (1). Eso es inadmisibile, porque el Código asienta principios especiales sobre la prueba del matrimonio; y desde luego las reglas generales establecidas en el título de las obligaciones nó pueden aplicarse en esta materia. Esto es mezclar y confundir principios de una naturaleza del todo diferente. De esta manera, según los términos del art. 1348, siempre que no haya sido posible al acreedor procurarse una prueba literal de la obligación contraída para con él, se le admite probarla con testigos. ¿Se dirá que en virtud de esta disposición, á cualquier tercero se le admitirá probar el matrimonio con testigos? No, es necesario dejar allí el título de las Obligaciones, que arregla los intereses pecuniarios, mientras que el matrimonio es esencialmente de orden público. En materia de matrimonio no hay acreedor ni deudor, hay esposos ó terceros que pretenden que se celebró un matrimonio. Y bien, la ley quiere que presenten el acta de celebración inscrita en los registros. ¿Cuál, es, pues, el efecto del acta extendida en una hoja suelta? No es una acta, es un delito. Veremos al instante la acción que de ahí resulta en beneficio de los cónyuges (art. 198) (2).

6. El art. 196 dice: «cuando hay posesión de estado y se ha presentado *el acta de celebración* del matrimonio ante el oficial del estado civil, los cónyuges no son respectivamente inadmisibles para pedir la nulidad de *esta acta.*» Esta disposición dió lugar á numerosas dificultades. Se pregunta si se aplica á la nulidad del matrimonio. Merlin dice muy bien que el texto responde á la cuestión. El

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 382, núm. 277, *tit.*

2 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 24. Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 355

artículo dice formalmente que se trata del *acta de celebración*, que *esta acta* no pueden atacarla los cónyuges cuando hay posesión de estado. La parte final de no admitir, no se dirige por lo mismo á la acción de nulidad del matrimonio, ni aun en razón de fondo (1). Marcadé completó esta demostración y le fué suficiente para ello copiar los arts. del 194 al 197. ¿De qué tratan esas disposiciones? Se encuentran, en verdad, en el capítulo intitulado: *De las demandas de nulidad de matrimonio*; pero la clasificación defectuosa adoptada por los autores del Código Civil, no puede alterar los textos ni cambiar su sentido. Ahora bien, ¿qué dice el art. 149? Que no se puede reclamar el título de cónyuge, si no se presenta una acta de celebración inscrita en el registro del estado civil. Se trata por lo mismo de probar que un matrimonio se ha celebrado; y también el artículo agrega: *salvo en los casos previstos en el art. 16*. ¿Cuáles son esos *casos*? Cuando no existen registros ó se han perdido, *puede probarse* el matrimonio tanto por los documentos emanados del padre y de la madre difuntos, como por testigos. ¿Hay otra prueba? Aquí distingue la ley: los cónyuges no pueden alegar la posesión de estado, dice el artículo 195, para eximirse de presentar *el acta de celebración*; mientras que los hijos pueden invocar la posesión de estado, y si la tienen, no se puede, dice el art. 197, disputar su legitimidad con el único pretexto de falta de presentación del *acta de celebración*. Sin embargo, la posesión de estado produce un efecto entre esposos, y este es el de que no son admisibles á pedir la nulidad del *acta de celebración*. ¡Siempre el *acta*! ¡Siempre una cuestión de *prueba*! Viene por último el art. 198, que pronuncia la palabra decisiva: la *prueba* de una

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, sección IV, § 2, art. 184, cuestión 5ª (t. XIX, p. 515).

celebración legal del matrimonio puede adquirirse por el resultado de un procedimiento criminal. Luego, en todos esos artículos, comprendiéndose en ellos el nuestro 196, no se trata sino de la *prueba de celebración de matrimonio*; ¿y qué es lo que tiene de común la *prueba* con la *validez del matrimonio* (1)?

Merlin asentó que el art. 196 es extraño á la nulidad del matrimonio. ¿Se osaría sostener, dice que á los esposos no se les permitiría atacar un matrimonio nulo por causa de incesto, porque hubiera una acta de celebración y posesión de estado? Y sin embargo, tal sería la consecuencia del art. 196, si quisiera aplicarse á las nulidades de fondo. Con toda la jurisprudencia y la mayor parte de los autores confunden la nulidad del acta de celebración con la nulidad del matrimonio, y Merlin ha caído en la misma confusión (2).

La Corte de Casación ha admitido esta errónea interpretación; pero, cosa notable, su fallo dá testimonio contra la doctrina que consagra, por que altera el texto. “Atendido, dice la Corte que el art. 196 del Código Civil declara no deber aceptarse á demandar la *nulidad de su matrimonio* á los esposos que tienen una acta de celebración y posesión de estado conforme á este título (3).” No, la ley no dice esto; el art. 196 habla de la nulidad del *acta de celebración*; ahora bien, el *acta* puede ser nula, y válido, sin embargo, el *matrimonio*. Puesto que la Corte Suprema consagra la confusión que acabamos de señalar, creemos deber insistir sobre esta materia, á fin de restablecer los verdaderos principios.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 503, art. 193, núm. 1. Consulte-se á Durantón, t. II, p. 107, núm. 252.

2 Véase cuestiones sobre el art. 196 en el *Repertorio* en la palabra *matrimonio*, sección VI, § 2 (t. XIX, t. 529 y siguientes).

(3) Sentencia de 25 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *matrimonio* núm. 527.

Demolombe y Dalloz después dan de lleno la confusión. “Desde que una acta cualquiera de celebración existe, dice Demolombe pedir la nulidad de esta *acta* ¿no equivale á pedir también la nulidad del *matrimonio* (1)? ¡Cómo la nulidad en un escrito importa la nulidad derecho jurídico que está destinado á probar! ¿Pedir la nulidad del escrito que comprueba una venta, es pedir la nulidad de la venta misma? ¿No es un principio elemental en materia de prueba, que el escrito puede ser nulo sin que lo sea también el hecho jurídico? Otra cosa sucede, á no dudarlo, en los contratos llamados solemnes; la nulidad del acta de donación importa la nulidad de la donación misma. Así, en esta clase de contratos, se dice con toda verdad, que pedir la nulidad del acta, es pedir la nulidad de la donación. Pero el Código no sigue estos principios en materia del matrimonio. La celebración de éste es solemne: pero el acta redactada por el Oficial público no es un acto solemne. Nuestro art. 196 mismo lo prueba, puesto que supone que el acta otorgada por el Oficial público es nula. ¿Se deducirá de aquí que el matrimonio es nulo? Lejos de esto, él no permite ni aun pedir la nulidad del escrito, cuando hay posesión de estado; luego la nulidad del acta no importa la nulidad del matrimonio, luego no se puede aplicar á este los principios que rigen las donaciones; luego pedir la nulidad del acta de celebración, no es pedir la nulidad del matrimonio.

Si el art. 196 se aplicara al fondo, sería preciso decir que la nulidad resultante del incesto y de la bigamia se cubre por la posesión apoyada en una acta de celebración doctrina monstruosa que nadie osa sostener. Pero si el art. 196 no se aplica á todos los casos de nulidad, queda por sa-

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón* t. III, p. 516, núm. 318.

ber á qué nulidades se le puede aplicar. Se responde que hay que aplicarlo á la nulidad procedente de falta de publicidad ó de la incompetencia del oficial Civil(1). ¿Sobre qué se funda esta distinción, y que autoriza á los autores ha introducir la en la ley? La distinción es arbitraria desde el punto de vista de los textos, y no tiene razón de ser. En vano se dice que el art. 196 se refiere al art. 193, pero los textos dan un mentís á esta interpretación, solo imaginada por las necesidades de la causa. ¿De qué habla el art. 193? De la nulidad del matrimonio, fundada sobre la clandestinidad. ¿De qué habla el art. 196? De la nulidad del *acta* redactada por el oficial público. ¿Qué relación hay entre estas dos disposiciones? Ninguna. Ni aun se puede invocar el lugar que ellas ocupan en el Código; porque á partir del art. 194, comienza una materia nueva, la de la prueba del matrimonio, y la prueba no tiene nada de común con la validez del acto.

7. El art. 196 debe, pues, ser limitado á la nulidad del acta de celebración, es decir á la nulidad resultante de la inobservancia de las formas prescritas por la ley. Pero aquí se presenta una nueva dificultad? ¿Cuáles son las formas cuya inobservancia importa la nulidad del escrito redactado por el oficial público? Se responde que no existen, y que, por tanto, el art. 196 no puede jamás recibir aplicación; lo que equivaldría á decir que no tiene sentido (2). Esto es grave y de ser verdad lo que se dice, se vería uno tentado de dejar allí el texto, para agruparse á la opinión que acabamos de combatir. Es cierto que la inobservancia de las formas prescritas por el Código de Napoleón para la redacción de las actas del estado civil no es sancionada por la nulidad; pero la doctrina admite, y es nuestra opinión,

1 Dalloz, según Demolombe, en la palabra *Matrimonio*, núm. 526.

2 Mourlon, *Requiemnes* t. 1, p. 356 y nota.

que hay formas requeridas para la existencia misma de estas actas tales son la firma del oficial público y la inscripción sobre un registro. ¿No se podría aplicar el art. 196 á estas hipótesis? La Corte de Casación lo ha hecho. Un matrimonio había sido celebrado en el Brasil, ante el Cura, según la ley del país. El Cura redactó una acta de celebración; pero no la firmó ni la inscribió sobre el registro. Lo mismo sucedió con todas las actas de matrimonio otorgadas en la época por el mismo ministro del culto. Vino después un nuevo Cura; el Obispo le ordenó que firmase todas las actas que habían quedado irregulares, y clasificase por sus fechas en forma de registros. Del acta así regularizada se produjo testimonio delante de la Corte de Paris. El acta fué atacada, porque no llevaba la firma del Cura que, según se decía, había celebrado el matrimonio, pues no se mencionaba en ella ni aun su nombre. La Corte decidió que era de aplicarse el art. 196, porque el matrimonio, realmente celebrado, tenía en su favor una larga posesión de estado. Habiéndose interpuesto casación, se falló que el art. 196 debe ser aplicado en todos los casos en que el acta es nula, cualesquiera que sean los vicios de forma que la infectan, porque la posesión de estado los cubre á todos (1).

Hay una objeción contra esta interpretación. Se podría decir que una acta sin firma, ni inscrita sobre un registro, es más que nula, por que es inexistente, y que los actos de esta especie no pueden producir ningún efecto (art. 1131). La objeción está fundada, en el rigor de los principios; pero no lo está sobre los textos, ni en el espíritu de la ley. En efecto, esta es general, como lo nota la Corte de Casación; el art. 196 habla de la nulidad del acta de celebración, sin distinguir entre la nulidad propiamente dicha y

1 Sentencia de 26 de Julio de 1865 (Dalloz, *Recopilación Periódica* 1865, I 493).

la inexistencia del acto. Esta distinción no se halla consagrada por ningún texto en materia de actas del estado civil, por lo cual debe creerse que es puramente doctrinal. Resulta sobre la discusión sobre el título: *de las Actas del Estado Civil*, que los autores del Código han supuesto que podría haber causas de nulidad. Se puede, pues, decir con la Corte de Casación que la falta de firma es uno de estos casos, y que tal nulidad queda cubierta por la posesión de estado.

§ II. DE LA POSESION DE ESTADO.

8. La regla establecida por el art. 194 tiene muchas excepciones: desde luego los casos previstos por el art. 46, que hemos ya explicado (1). El art. 197 consigna una segunda excepción en provecho de los hijos. Cuando son éstos los que piden probar la celebración del matrimonio de sus padres, la ley se muestra menos severa que respecto de los esposos, que no pueden jamás invocar la posesión de estado, mientras que la ley permite á los hijos prevalerse de ella, cuando sus padres han muerto. ¿Cuál es la razón de este favor? Los cónyuges, dice Portalis, no pueden razonablemente ignorar el lugar en que han celebrado el acto más importante de su vida; pero, después de su muerte, todo cambia. ¡Al contrario, hijos, frecuentemente abandonados desde su primera edad por los autores de sus días, ó trasportados á lejanos países, no conocen, ó al menos no pueden conocer lo que ha pasado antes de su nacimiento. ¿Cuál será su recurso? La jurisprudencia no los condena á la desesperación, puesto que los admite á probar que los autores de sus días vivían como esposos y tenían la pose-

1. Véase el tomo II de mis *Principios*, p. 62 y siguientes, núms. 43 á 53.

sión de su estado.» Hay que añadir que la doble posesión que los hijos invocan, no es obra suya; no se puede, en consecuencia, ni sospechar que se han creado un título ellos mismos. Tales consideraciones justifican la excepción que la ley reconoce en favor de estos seres; sin embargo ellas no son decisivas, porque otros parientes y aun los extraños podrían igualmente invocar la imposibilidad en que están de presentar el acta de celebración, ya que también dirían, con verdad, que ignoran el lugar en que el matrimonio se celebró; y sin embargo la ley no les permite prevalerse de la posesión de estado. Es, pues, una disposición de favor establecida en el interés de los hijos; puede dar lugar á error, es posible que la doble posesión de estado no sea la expresión de la verdad; pero la legitimidad de los hijos es tan digna de favor que el legislador ha preferido reconocer como legítimos hijos que no lo son, á colocarlos á todos en la imposibilidad de probar su estado, porque no tienen actas inscritas sobre los registros.

9. ¿Bajo qué condiciones gozan los hijos de este favor? Es necesario desde luego que *ambos* padres hayan muerto, dice el art. 197. Si uno de ellos vive todavía, los hijos pueden saber por él en qué Municipalidad fué celebrado el matrimonio, por consiguiente no hay ya razón para dispensarlos de presentar el acta de celebración. Hay sin embargo un caso en que surge la duda: el superstite contradice al hijo. Evidentemente, entonces el hijo se halla en la misma imposibilidad que si sus dos padres hubiesen muerto. ¿Se reconocerá esta excepción á la ley, admitiendo al hijo á probar legitimidad por la posesión de estado, aunque uno de los su pretendidos esposos viva todavía? No, porque no pertenece al intérprete el derecho de crear excepciones, la ley acuerda un favor al hijo, pero es bajo las condiciones que ella determina; cuando estas condiciones no se cumplen, el hi-

jo no puede invocar el beneficio de la ley. Hay una sentencia de la Corte de Tolosa en este sentido (1). Se ha objetado que semejante sistema ponía al hijo á merced de un padre desnaturalizado. La Corte responde que la objeción es pura dirigida al legislador, quien de dos males ha escogido el menor. Sin duda, puede suceder que un padre sea bastante desnaturalizado para repudiar á su hijo; pero podría también suceder que un aventurero invocase la posesión de estado para reclamar á aquel á que no tiene ningún derecho; si la prueba de testigos procediese; habria peligro de sorpresa. He aquí por que el legislador quiere que por regla general el hijo presente el acta de matrimonio, y seria tan inconveniente como poco jurídico extender la excepción que por favor admite la ley, cuando no hay imposibilidad legal de procurarse el acta.

10. ¿Qué debe decidirse si los padres ó el superstite se hallan ausentes, ó en estado de demencia? Merlin hace, en este caso, el mismo razonamiento que acabamos de exponer. El art. 197 dice: “*Sin embargo* existen hijos nacidos de dos individuos que han vivido públicamente como marido y esposa, ambos ya difuntos.” ¿Que significa la palabra *sin embargo*? Creemos que ella indica claramente una excepción, destinada á modificar, en favor de los hijos, la regla en virtud de la cual el matrimonio debe probarse por el acta de celebración. Esta excepción depende de muchas condiciones especificadas con cuidado siendo una de ellas que *ambos* padres hayan *muerto*. Luego si el padre ó la madre vive todavía en el momento en que se entabla el litigio sobre la legitimidad de los hijos, la excepción cesa, y estos caen bajo la regla general; por consiguiente no

1. Sentencia de 24 de Julio de 1826. (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 422).

pueden probar el matrimonio sino por el acta de celebración (1). Hay dos sentencias en este sentido (2).

La cuestión es muy dudosa, y preferimos la opinión contraria que sustentan Duranton y Demolombe (3). Se puede decir desde luego que la ley prevé el caso que se presenta de ordinario, la muerte de ambos padres; pero sin extender á excluir los otros casos en que habría también imposibilidad para el hijo de saber por sus padres el lugar donde el matrimonio se celebró. Confesamos que esta razón no responde suficientemente al argumento de Merlin. Estamos en una materia excepcional, luego todo debe ser de rigurosa interpretación. El adagio es verdadero; pero no hay que exajerarlo; se dan casos en que la excepción misma forma una especie de regla en el sentido de que ella se deriva de un principio general (4). ¿Cuál es el principio de que hace aplicación el art. 197 al caso de muerte? Cuando el hijo tiene á sus padres, debe producir el acta de celebración de su matrimonio, porque puede saber por ellos dónde su unión fué celebrada. Esto supone que los padres pueden manifestar su voluntad; pero si están ausentes ó se encuentran en estado de enagenación mental, ¿cómo el hijo sabrá por ellos el lugar donde se casaron? Hay aquí una imposibilidad legal, tan grande como la que resulta de al muerte. Luego el hijo debe tener el derecho de invocar el beneficio de la ley, en caso de ausencia ó de demencia, lo mismo que en el caso de muerte. Esto no es extender la excepción, sino aplicarla.

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *Legitimi tal*, sección 1, § 2, cuestión II, (t. XVII, p. 357.)

2 Sentencia de Tolosa de 24 de Junio de 1820, de Paris de 23 de Febrero de 1822, (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 333, 2º, y 312).

3 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 2, p. 211, núm. 255.—Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. 3, p. 576, núm. 396.

4 Ved el tomo 1º de mis *Principios*, núm. 277, p. 353.

A primera vista se podría creer que hay contradicción entre esta decisión y la que hemos admitido en el caso en que el superstite de los padres es el adversario del hijo. Pero no, ambos casos difieren notablemente. Cuando el padre vive y es capaz de manifestar su voluntad, el hijo no puede ya decir que esta en la imposibilidad legal de distinguirse á él, mientras que si se encuentra en esa imposibilidad, cuando el padre está ausente ó demente lo mismo que cuando ha muerto.

11. La segunda conclusión éxijida por el art. 197, es que «el hijo haya nacido de dos individuos que han vivido publicamente como marido y esposa,» es decir, que aquellos de quienes se pretende el hijo legítimo tengan la posesión de estado matrimonial. En esto precisamente consiste el favor que la ley le acuerda. ¿Cuándo hay posesión de estado matrimonial? Es una cuestión de hecho que los tribunales decidrán según las circunstancias de la causa (1). Es necesario, además, que el hijo pruebe que él también tiene la posesión de estado de hijo legítimo. Sobre este último punto hay una pequeña dificultad de texto: «Siempre, dice el art. 197, que esta legitimidad esté probada por *una posesión de estado* á la cual no contradiga el acta de nacimiento.» La ley no dice formalmente que se trate de la posesión de estado del hijo; los términos *una posesión de estado* podrían en rigor aplicarse á los padres. Sin embargo, no hay duda que la ley exige una doble posesión de estado; desde luego la de los padres, y de ella se habla al principio del art. 197; después la del hijo, de que se trata al fin del mismo texto. Merlin establece este punto con un verdadero lujo de ciencia (2). Nos parece que el texto no

1 Véase las sentencias citadas en Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 252.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, sección 1, § 2, cuestión VIII (t. XVII, p. 375).

da lugar á ninguna duda seria, porque una posesión de estado, que puede ser contradicha por el acta de nacimiento, no puede ser sino la posesión de estado del hijo. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en esta materia, y si Merlin no hubiera agitado la cuestión, apenas merecería que nos ocupásemos de ella. Se explica fácilmente por que la ley se muestra tan rigurosa; hay que fiarse lo menos posible de la posesión de estado matrimonial, porque frecuentemente es la obra del padre; se quiere, pues, que esté confirmada por la posesión de estado del hijo; si esta doble prueba no impide el peligro, hay que confesar que al menos lo disminuye mucho.

12. Se pregunta cómo el hijo probará su posesión de estado? Desde el punto de vista de los principios, la cuestión es compleja. La posesión de estado del hijo legítimo es definida por el art. 321, y se compone de un conjunto de hechos cuya prueba debe ser hecha por el hijo, prueba que por tratarse de hechos puros y simples, puede consistir en testigos. A creer á Portalis, bastará que el hijo presente su acta de nacimiento, si en ella es calificado de legítimo. Es este un error evidente, en el cual importa insistir, siquiera sea para demostrar que los trabajos preparatorios del Código no son un evangelio. «Basta, dice Portalis, que la posesión de estado de los padres esté enunciada en el acta de nacimiento de los hijos; esa acta es su título. Es en el momento de esa acta cuando la patria los ha marcado con el sello de sus promesas; bajo la fe de esa acta ellos han existido siempre en el mundo; con esa acta pueden presentarse y hacerse reconocer; esa acta comprueba su nombre, su origen, su familia; esa acta, en fin, les da una ciudad y los pone bajo la protección de las leyes de su país. . . Su destino ha quedado irrevocablemente fijado por el acta inscrita en los registros que la ley misma ha

establecido para comprobar el estado de los ciudadanos y ser, por explicarlo así, en el orden civil el libro de los destinos» (1).

Merlin dice que cuesta trabajo creer que Portalis haya profesado esta doctrina en la tribuna del Cuerpo legislativo; supone que hay un error que sólo podrá explicarse por la ceguera casi completa del autor. Pero el pensamiento aparece tan diluido, que es difícil atribuirlo á cualquier equivoco. Siempre resulta, pues, que la opinión expresada en la Exposición de Motivos está en oposición con el texto del art. 197 y con los principios más elementales del derecho. El Código exige imperiosamente la prueba de una doble posesión de estado, aun cuando haya una acta de nacimiento. Sin duda ella es la prueba por excelencia de la filiación de los hijos legítimos; pero es necesario que el matrimonio de sus padres esté probado, y cuando no lo está por el acta de celebración, la ley quiere que lo esté por una doble posesión de estado. La jurisprudencia y la doctrina son unánimes en este punto (2).

13. El art. 197 exige además una tercera condición. Es necesario que «la posesión de estado no sea contradicha por el acta de nacimiento.» Se pregunta si el hijo debe presentar una acta de nacimiento. El texto no lo exige y el intérprete no puede establecer condiciones que la ley no prescribe para el ejercicio de un derecho. En el caso, esto no consiente la menor duda. El proyecto decía: «Siempre una acta de nacimiento apoyada en la posesión de estado, prueba la legitimidad.» Por manera que los autores del Código querían que el hijo tuviese una acta de naci-

1 Exposición de Motivos, núm. 55 (Loaré, t. II, p. 394).

2 Merlin, *Requerimiento*, en la palabra *Legitimidad*, sección I, § 2 cuestión VI (t. XVII, p. 369). La jurisprudencia está uniforme. Ved las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 320.

miento, apoyada en la posesión de estado; pero esta redacción no fué admitida y se la reemplazó por otra que quiere solamente que la posesión de estado no sea contradicha por el acta de nacimiento. El cambio es radical. No se necesita, pues, acta de nacimiento, sino que basta que ella si existe, no contradiga la posesión de estado. La interpretación que seguimos está en armonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué se dispensa al hijo de la presentación del acta de matrimonio? Porque puede ignorar el lugar donde sus padres se han casado, como ignora también el lugar en donde ha venido al mundo. El hijo no está, pues, obligado á presentar su acta de nacimiento por sólo el hecho de que sus padres hayan muerto. Si el adversario del hijo sostiene que la posesión de estado aparece en contradicción con el acta de nacimiento, es á él á quien toca presentarla. Habría contradicción si el acta expresase que el hijo es natural; pero no la habría si se limitase á decir que el hijo ha nacido de padres desconocidos (1).

14. ¿Cuál será el efecto de la prueba que el hijo presente de la doble posesión de estado, prescrita por el art. 197? La ley dice que «su legitimidad no podrá ser negada bajo el *solo pretexto* de falta del acta de celebración.» Merlin deduce de aquí que el hijo tiene en su favor una *presunción* de legitimidad. La palabra es repetida por Demolombe y por la jurisprudencia (2). ¿Es exacta? La ley no la pronuncia, y á decir verdad, no puede tratarse en esto de una verdadera presunción. La hay, en términos generales, cuando de un hecho conocido la ley saca una consecuencia

1 Valotte sobre Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 72, nota.—Zacharias, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 187, nota 12, y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 330.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, sección II, § 2, cuestión 9 (t. XVII, p. 380).—Demolombe, t. III, p. 586, núm. 406.

relativa á un hecho desconocido (art. 1,349). En el caso, el legislador no procede por vía de razonamiento, pues admite al hijo á probar su legitimidad por la posesión de estado, siendo naturalmente el resultado de la prueba que la legitimidad del hijo quede establecida. ¿Estará ella al abrigo de toda denegación? El art. 197 dice que la legitimidad puede ser puesta en duda, pero no bajo el solo *pretexto* de falta de presentación del acta de celebración. Esto quiere decir que la prueba por posesión de estado hace las veces para el hijo, de una acta de matrimonio. Ahora bien, ésta puede ser combatida por cualquiera prueba contraria; se puede sostener que el matrimonio es nulo ó inexistente.

Se pregunta: ¿qué clase de prueba es admisible? Puesto que la ley no contiene ninguna disposición especial á este respecto, hay que decidir que la prueba se producirá según los principios generales. La posesión de estado se prueba por testigos. Según el derecho común, las presunciones son admisibles cuando la prueba testimonial lo es. Se sigue de aquí que el adversario del hijo podrá proponer presunciones graves, precisas y concordantes para combatir la posesión de estado (art. 1,353). Los principios generales tienen en esta materia toda su aplicación, puesto que se trata de probar hechos. Demelombe rechaza las presunciones, pero sin dar motivos en apoyo de su opinión, y después añade, que es fácil comprender por qué pertenece á los Magistrados, en realidad, apreciar el carácter y la fuerza de las diferentes pruebas que pueden ser producidas (1). Este sistema defiende el sí y el no en un mismo punto. La ciencia del derecho exige más rigor y precisión. Si es ver-

1 Demelombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 585, núm. 405.

dad que la ley rechaza las presunciones, hay que mantener la regla que establece y decir que los Tribunales no tienen el derecho de admitirlas. Sin duda, les pertenece un cierto poder de apreciación en materia de pruebas; pero este poder no va hasta poder recibir una que la ley rechaza.

15. La jurisprudencia ha consagrado una doctrina mucho más favorable al hijo (1). Parte del principio formulado por Merlin, de que el art. 197 establece una presunción de legitimidad en provecho del hijo; de que la presunción puede, ciertamente, ser combatida por una prueba contraria; pero esta prueba debe ser directa y decisiva, sin que pueda consistir en otras presunciones oponibles á las de la ley. Merlin apoya esta doctrina sobre la autoridad de D'Ayuesseau y de Voet (2). Pero para que se pueda recurrir á los antiguos principios, es necesario probar que el Código los ha mantenido. Suponiendo, lo que no admitimos, que el art. 197 cree una verdadera presunción, habría lugar á aplicar la regla que admite la prueba contraria; ahora bien, el art. 1,352, que autoriza la prueba contra las presunciones legales, no limita estas pruebas, y por lo mismo las admite todas, bajo las condiciones determinadas por la ley, y esto excluye la doctrina enseñada por Merlin. Además, la presunción no es sino un simple razonamiento. ¿Por qué no se podría combatir por pruebas legales un razonamiento fundado sobre probabilidades? En el caso, la presunción es, se dice, que hay matrimonio. ¿Qué quiere decir esto? Es probable que haya matrimonio, pero es posible también, y ha sucedido más de una vez que, á pesar de la doble posesión de estado, no lo haya. ¿Por qué no permitir la prueba? La jurisprudencia la ad-

1 Sentencia de París de 18 de Diciembre de 1837, (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 580, 1.ª)

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *legitimidad*, sección I, § 2, número 9.

mite, pero exige que sea directa; por ejemplo, dice la Corte de París, la prueba de la celebración de otro matrimonio de cada uno de los padres, ó de uno de ellos, con otra persona. En verdad que, cuando una tal prueba existe, el hijo no puede ya prevalerse del art. 197; la probabilidad cede á la certidumbre resultante de una acta auténtica (1). Pero ¿es necesaria, de toda necesidad, esta prueba directa y auténtica? Seria ir más allá de la ley, y á fuerza de favorecer la legitimidad, llegaríamos á favorecer el concubinato (2). La Corte de Lyon y la de Casación han aplicado el art. 197 en un caso en que habia un contrato de matrimonio celebrado ante Notario, y además posesión de estado. Todos los parientes declaraban que la promesa de matrimonio no habia sido realizada (3). Estos casos se presentan todos los dias, se dice, en las grandes ciudades, y hé aquí por qué se hace bien al rechazar la posesión de estado como prueba del matrimonio. La ley la admite en favor de los hijos; pero no hay que llevar la indulgencia hasta el exceso; de lo contrario, el concubinato se convertirá en la prueba del matrimonio, con sólo que se tenga cuidado de dar una apariencia de legitimidad á relaciones culpables.

En otro caso, habia habido un matrimonio religioso celebrado por el ministro protestante, en virtud de una circular del Ministro de Justicia, según la cual los extranjeros que se quisieran casar en Francia, podían hacerlo según las leyes de su país. Esta acta de celebración fué presentada; sin embargo, la Corte de París y la de Casación decidieron que era de aplicarse el art. 197. El matrimonio era evidentemente nulo, en otros términos, estaba demostrado

1 El caso se ha presentado. Ved una sentencia de Douai, de 8 de Mayo de 1845, (Dalloz, 1845, 2, 163).

2 Es la opinión de Foullier, (t. II, núm 878).

3 Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Mayo de 1810, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 320, 2^o)

que los pretendidos esposos, á los ojos de la ley, habían vivido en concubinato. ¿No debía esta prueba destruir lo que se llama la presunción de legitimidad, resultante del art. 197? No, dijo la Corte de París, porque el acta irregular de celebración del matrimonio no prueba que los esposos no hayan reparado el vicio original, celebrando su matrimonio por ante el oficial del estado civil (1). Es verdad que la prueba no es absoluta; pero se trata de saber si la probabilidad de que ha habido matrimonio no es destruida por la presentación de una acta que las partes interesadas, extranjeras, debían creer válida, en presencia de una circular emanada del Ministerio de Justicia. Ciertamente la presunción resultante de la celebración del matrimonio en estas circunstancias era más fuerte que la pretendida presunción del art. 197. Esto supuesto, ¿no había que aplicar el texto mismo de este artículo, que implica que la posesión de estado alegada por el hijo puede ser combatida?

Un caso absolutamente singular se ha presentado ante la Corte de Burdeos. Se contrajo el matrimonio, en presencia de dos familias, ante un Notario; después los pretendidos esposos celebraron su matrimonio religioso, y vivieron como marido y mujer, gozando sus hijos de la posesión de estado. Sin embargo, al proceder á un segundo matrimonio, el marido califica de hijo natural al que había tenido de su primer matrimonio, el cual era evidentemente nulo. Esta declaración, emanada del padre ¿no probaba que el vicio del primer matrimonio no había sido reparado; y que, por consiguiente, la posesión de estado aparente ocultaba un verdadero concubinato? La Corte, sin embar-

1 Sentencia de París de 18 de Diciembre de 1837, (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 590. 17), y sentencia de la Corte de Casación de 11 de Agosto de 1841, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, número 323).

go, aplicó el art. 197 al hijo nacido de este concubinato (1). Aun aceptando la doctrina de Merlin y la jurisprudencia, se puede sostener que en el caso había una prueba directa de la inexistencia del matrimonio; esa prueba resultaba del acta otorgada por ante Notario, combinada con la declaración del padre mismo cuando su segundo matrimonio. Así se ha decidido, en un caso análogo, por la Corte de París. Había posesión de estado de los espos y posesión de estado del hijo; pero, por un lado, esa posesión no pareció bastante caracterizada, y por el otro, aparecía destinada por una acta en que la madre calificaba á su hijo de natural. En nuestra opinión, esta sentencia consagra la verdadera doctrina (2), y es conforme á las enseñanzas de Toullier (3).

§ III. DE LA PRUEBA RESULTANTE DE UN PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

16. El art. 198 dice que la prueba de una celebración legal del matrimonio puede hallarse en el resultado de un procedimiento *criminal*. ¿Cómo debe entenderse esta expresión? La palabra *criminal* es sinónima de *penal*; se aplica, pues, á toda especie de contravención punible con una pena. Un procedimiento criminal puede suministrar la prueba de que un matrimonio se celebró. Así, supóngase que el acta de celebración ha sido destruida ó falsificada (4). El autor del crimen es perseguido, el hecho queda establecido; se prueba que un matrimonio fué celebrado, y una acta redactada por el oficial público; pero que esta acta fué destruida ó falsificada por el acusado. En este caso, la

1 Sentencia de Burdeos de 28 de Enero de 1835. (Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 327).

2 Sentencia de París de 18 de Mayo de 1846. (Daloz, en la palabra *paternidad*, núm. 328).

3 Toullier, *Derecho Civil Francés*, t. II, núm. 578, p. 107.

4 Código Penal belga, arts. 537, 191-196.

sentencia que impone la pena, atestigua al mismo tiempo la celebración del matrimonio. El fallo será inscrito sobre los registros del estado civil y hará las veces del acta que ha sido suprimida ó falsificada.

El art. 198 tiene también aplicación, cuando el oficial público inscribió el acta de celebración sobre una hoja volante (Cod. Pen. art. 263). Una hoja volante no es una acta. Las partes interesadas no tienen sino un medio legal de procurarse una prueba del matrimonio: perseguir al oficial del estado Civil é inscribir la sentencia sobre los registros. Se podía objetar que el art. 198 supone un *crimen*, pues habla de un procedimiento *criminal*. Pero la objeción no tendrá ningún valor. La distinción legal entre los crímenes, los delitos y las contravenciones no ha sido introducida sino por el Código Penal de 1810, siendo absolutamente desconocida, cuando la publicación del Código Civil. Si quedara una duda acerca de esto, se desvanecería por la discusión. El proyecto preveía únicamente el caso de la inscripción del acta del matrimonio sobre una hoja volante; el texto fué generalizado hasta comprender todo procedimiento intentado con motivo de cualquiera infracción de una ley penal. Es de toda evidencia, por lo demás, el sentido general del art. 198; las partes interesadas no deben sufrir por la contravención, ni por el delito ó crimen, que se les arrebate la prueba de un matrimonio realmente celebrado (1).

El art. 200 dice: “Si el *oficial público* ha muerto al descubrirse el *fraude*.” ¿Quiere esto decir que las partes interesadas no pueden invocar el beneficio del art. 198, sino cuando la infracción ha sido cometida por el *oficial del estado civil*? La ley así interpretada no tendría sentido. ¿Qué importa á las partes interesadas quien sea el culpable?

1 Demolombo, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 589, núm. 409.

La ley habla del *oficial público*, porque de ordinario es él el autor de la infracción; es, pues, enunciativa y no restrictiva, y es lo primero también, al hablar del *fraude*. Puede no haber fraude alguno, ni aún intención de dañar. El oficial civil que redacta el acta de matrimonio sobre una hoja volante; no es culpable, en general, sino de negligencia. Sin embargo, no es menos verdadero que ha contraído a la ley y que puede ser perseguido; por consiguiente, la sentencia que lo condenare, hará veces de acta.

17. ¿Por quién la acción puede ó debe ser intentada? Toda infracción de una ley penal da lugar á dos acciones: la acción pública, que tiene por objeto la imposición de la pena, es ejercida, en general, por el Ministerio Público; la acción civil, que tiende á la reparación del daño cuando por el delito, es entablada por las partes interesadas. Cuando se trata de un crimen propiamente dicho, la parte ofendida solamente puede querellarse y constituirse parte civil, si el Ministerio Público persigue; mientras que, si se trata de un delito ó de una contravención, la parte ofendida puede deducir su acción ante el tribunal de represión. Tales son los principios del derecho común. ¿Han sido derogados por el Código Civil? La cuestión no carece de dificultades. Todos los autores lamentan la mala redacción de los arts. 198 á 200. Nos parece que una mala redacción no puede prevalecer sobre las reglas esenciales que rigen la acción pública y la acción civil, á menos que el legislador las hubiera derogado formalmente. Veamos sobre que recae la derogación.

El art. 199 parece no dar acción al Ministerio Público, sino cuando los esposos ó uno de ellos han muerto, sin haber descubierto el «fraude.» Este texto dice, en efecto, que en este caso «la acción criminal puede ser intentada por el

procurador imperial.» ¿Debe inferirse de esto que el Ministerio Público no puede obrar en vida de ambos esposos? No podría comprenderse la ley siendo así interpretada. ¿Por qué la acción pública quedaría en suspenso por el silencio de las partes interesadas? ¿Se concibe que un crimen quede impune por que no place á las partes interesadas querellar e? Esto sucede á veces por razones particulares. En el caso ¿hay una sombra de razón para suspender la acción del Ministerio Público en tanto que los dos esposos vivan, para abrirla cuando uno de ellos muera? Es, pues, imposible que la palabra *sí* exprese aquí una condición. La ley prevee el caso ordinario. Cuando los esposos tienen conocimiento del delito que les quita la prueba de la celebración del matrimonio, se apresurarán á querellarse ó á obrar ellos mismos. Después de su muerte ó de la de uno de ellos, surgen nuevos intereses y es al Ministerio Público á quien corresponde tomar la iniciativa. Pero de que las cosas pasen ordinariamente así ¿vamos á deducir que el Ministerio Público no puede perseguir á un falsario ó al mismo oficial civil que ha inscrito todas sus actas sobre hojas volantes, porque las partes interesadas, negligentes é ignorantes nada hacen?

El Ministerio Público obra, pues, cuando quiere. ¿Tiene la acción civil? No; esta acción, dice el Código de instrucción criminal, se ejercita por aquellos que han sufrido el daño causado por el crimen (art. 1). En esto hay, sin embargo, una derogación formal del derecho común. “Si el oficial público, dice el art. 200, ha muerto cuando el descubrimiento del fraude, la acción será dirigida en lo civil contra sus herederos por el procurador imperial, en presencia de las partes interesadas y mediante su denuncia.” Así, en este caso, la parte civil denuncia, y el Ministerio Público

obra en lo civil. Es una disposición absolutamente excepcional. ¿Cuál es su motivo? El legislador ha temido que hubiese colusión entre los derechos del culpable y los demandantes para obtener la prueba de una matrimonio que jamás hubiera existido. La colusión es de temerse de parte de los herederos que no son punibles, sino en los daños y perjuicios; pero no es de suponerse de parte del oficial civil que tiene que defender su honor.

18. ¿Cuándo y por qué vía las partes interesadas pueden obrar? No hay ninguna dificultad en cuanto á los esposos, quienes pueden obrar desde que tienen conocimiento de la infracción. Pueden obrar directamente mientras el culpable vive; después de su muerte, deben limitarse á denunciar el hecho al Ministerio Público, quien obrará, en lo civil, en la presencia suya. Así lo expresan los arts 199 y 200. Pero ¿qué decidir en orden á las otras partes interesadas. Si nos atenemos á los términos del art 199, se debe decir que, en vida de los esposos, ellos solos pueden obrar, que la acción de las otras partes interesadas no se abre sino «cuando los esposos ó uno de ellos han muerto sin haber descubierto el fraude.» Esta opinión es enseñada por excelentes autores, que invocan no sólo el texto, sino también el espíritu de la ley. En tanto que los esposos viven, dicen, ellos solos tienen derecho de obrar, porque su interés domina y absorbe el interés de los terceros. Si los esposos se callan, hay que creer que no existe matrimonio (1). Esta explicación nos parece poco satisfactoria, pues desde luego supone que el Ministerio Público no puede obrar en vida de los esposos, lo que es inadmisibile. Desde entonces el artículo no puede ya ser interpretado en un sentido res-

1 Marcadé, *Curso Elemental* t. I, p. 512, art. 199, núm. 3.—Zacharías, t. III, p. 224, § 452.—Daloz, en la palabra *Matrimonio*, número 435.

trictivo. Además, la razón que se da para justificar el art. 199, no explica por qué las partes interesadas pueden obrar cuando uno de los esposos ha muerto, ¿no se puede decir del esposo superstite lo que se dice de los dos cónyuges, ó sea que su interés absorbe el de las otras partes interesadas? Si el art. 199 permite la acción á todos los interesados, á la muerte de uno de los esposos ¿no será porque la ley supone que, en vida de los dos esposos, no hay otra parte interesada que ellos, mientras que si uno muere sus herederos tienen interés en obrar? El espíritu de la ley será, pues, abrir la acción desde que nace un interés cualquiera. Desde entonces es necesario permitir también la acción en vida de ambos esposos, si, por excepción, existe un interés antes de su muerte. Esta interpretación concilia el texto con los principios generales; allí donde hay un derecho, un interés que vigilar, debe haber también una acción. No se puede admitir que la ley niegue la acción en justicia, sino en el caso en que la rehuse en términos formales.

El art. 199 suscita también otra dificultad, pues parece subordinar la acción de las partes interesadas y del Ministerio Público á la condición de que los esposos ó uno de ellos hayan muerto *sin haber descubierto el fraude*. Respecto de esto, todo el mundo está de acuerdo para decir que no se puede tomar el texto al pie de la letra. En efecto, así la ley no tendría sentido, y basta, para probarlo, recordar que los esposos pueden obrar contra el oficial del estado civil que ha inscrito el acta de matrimonio sobre una hoja volante. En este caso, como no hay *fraude*, de atenernos á la letra del art. 199, sería preciso decir que ni el Ministerio Público ni las partes interesadas pueden obrar. Para dar un sentido á la ley, es necesario comenzar por sustituir la palabra *delito* á la palabra *fraude*. Pero esto

no basta. Supóngase que los esposos hayan muerto, conociendo el delito y sin haber obrado. ¿Se deducirá de aquí que el Ministerio Público y las partes interesadas ya no podrían obrar? Esto es imposible, porque no tiene sentido. Se está, pues, de acuerdo en decir que los términos de la ley son explicativos (1). Si la acción de las partes interesadas es siempre admisible después de la muerte de los esposos, hayan estos conocido ó no el delito ¿por qué no lo sería durante su vida? Y si se deben interpretar en un sentido explicativo las palabras: *sin haber descubierto el fraude*, ¿por qué no entender toda la frase de la misma manera? (2).

Queda una dificultad: ¿ante qué jurisdicción las partes interesadas intentarán su acción? Ellas pueden constituirse parte civil ante los tribunales criminales. Pero ¿pueden deducir su acción ante los tribunales civiles? Tal es el derecho común que aquí debe tener toda su aplicación, como en todos los casos en que la ley no lo deroga expresamente. Podemos prevalernos del texto de los arts. 198 y 199 para sostener que esa derogación no existe. En el art. 198 se trató de un *procedimiento criminal*; el 199 dice que la *acción criminal* puede ser intentada por todos aquellos que tienen interés, y el 200 parece decir que la acción no será entablada en lo civil sino cuando el autor del delito haya muerto. Pero contestamos: Si, regularmente las cosas pasan de este modo. ¿Inferiremos que nunca las partes interesadas pueden obrar en lo civil durante la vida de los esposos ó después de su muerte? No; la palabra *acción criminal*, en el art. 199, se aplica á dos categorías de personas: las partes interesadas y el Ministerio Público. ¿Se trata de éste? Es evidente que su acción es deducible ante

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 592, núm. 412.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 360.

los tribunales criminales; pero si las partes interesadas obran, pueden intentar la acción que nace del crimen, sea como partes civiles ante los tribunales criminales, sea ante los civiles; en un sentido lato, su acción es criminal, porque nace de un crimen. En el sentido estricto de la palabra, la acción que nos ocupa no es criminal, porque dichas partes interesadas no pueden perseguir el crimen como tal. Esto prueba que la expresión no debe ser tomada en este sentido (1).

19. El art. 198 dice que «la inscripción de la sentencia sobre los registros del estado civil asegura el matrimonio, á contar desde el día de su celebración, todos los efectos civiles, tanto respecto de los esposos, como de los hijos nacidos de él.» Hé aquí todavía una mala redacción, según la cual parece que si un procedimiento criminal prueba que un matrimonio fué celebrado, se halla al abrigo de todo ataque. De seguro que no es esto lo que el legislador quiso decir. ¿De qué se trata? De las pruebas del matrimonio. Ahora bien, este acto debe probarse regularmente por una acta de celebración, inscrita sobre los registros del estado civil. Por excepción, puede probarse por un procedimiento criminal, cuyo resultado será, por lo mismo, no asegurar todos los efectos civiles al matrimonio, sino establecer que se celebró y que la prueba ha sido destruida, lo que quiere decir que la sentencia hará veces de acta.

Se presenta aquí una última dificultad. ¿Respecto de quién esta sentencia hará fe? ¿Solamente respecto de aquellos que han sido partes en el litigio, ó también respecto de terceros en general? A primera vista, se estaría tentado de responder, como lo hacen muchos autores, que haciendo la sentencia veces de acta, debe tener la misma fuerza

1. La doctrina está dividida. Vef á Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 437.

probatoria que ésta; ahora bien, las actas del estado civil hacen fe ante la sociedad entera. Pero esto es, en nuestra opinión, razonar mal; la ley no hace esta asimilación y los principios la rechazan. Si la sentencia ha sido pronunciada en lo civil, hay que aplicar los principios que rigen la cosa juzgada, y las sentencias no tienen efecto sino entre las partes; ninguno, respecto de terceros ni en su provecho. No se puede, pues, decir que la sentencia tiene la misma fuerza probatoria que el acta. ¿Qué importa que aquella sea inscrita sobre los registros del estado civil? Esta inscripción no transforma la sentencia en acta. Aquella sentencia queda, y sometida como tal, á las reglas de la cosa juzgada. Hay alguna duda, cuando la sentencia ha sido pronunciada por un tribunal criminal. Se podría decir que ha sido pronunciada en nombre de la sociedad, y que por tanto debe hacer fe respecto de todos. Sin duda, hace fe respecto de todos, en tanto que comprueba la existencia de un delito y que aplica una pena. Pero en cuanto estatuya sobre intereses civiles, debe ser regida por los principios que gobiernan la cosa juzgada. Luego en todas las hipótesis, la sentencia no hará fe sino entre las partes (1).

*SECCION VI.—De los matrimonios contraídos
en el extranjero.*

§ 1.º PRINCIPIOS GENERALES.

20. Los franceses pueden contraer matrimonio en el extranjero. ¿Están sometidos á condiciones especiales? Según el art. 170, hay que distinguir entre las formas requeridas para la celebración y las condiciones intrínsecas. En cuanto á las formas, el Código dice que el matrimonio con-

1 Demolombe, t. III, p. 599, núm. 419.—Valette, *Explicación del libro 1º*, p. 114.

traído en país extranjero entre franceses y entre francés y extranjero, será válido si ha sido celebrado en las formas usadas en el país. Se enseña de ordinario que esta disposición es una aplicación del principio establecido por el art. 47, en los términos del cual «toda acta del estado civil de los franceses y de los extranjeros, otorgada en país extranjero, hará fe si ha sido redactada en las formas usadas en dicho país» (1). A decir verdad, es ésta una extensión más bien que una aplicación del principio. El adagio *locus regit actum* se refiere á las *actas*, es decir, á los escritos otorgados para comprobar un hecho jurídico; no se aplica, pues, sino al acta que el oficial público escribe después de haber celebrado el matrimonio. La celebración misma es un hecho diferente del acta, lo cual es tan verdadero, que hay países donde la celebración del matrimonio no es comprobada por escrito. Pero habrá la misma razón para aplicar al hecho de la celebración el principio que rige la forma de los escritos. Tal es el objeto del art. 170.

Se pregunta si los futuros esposos, cuando ambos son Franceses, pueden contraer matrimonio ante los agentes diplomáticos ó los Cónsules. Hemos enseñado la afirmativa en el título de las Actas del estado civil. Tal es, en efecto, la opinión general. Hay, sin embargo, una razón para dudarlo. El art. 170 no menciona á los agente diplomáticos, y el 48 que se invoca, no concierne sino á las actas del estado civil propiamente dichas, es decir, á los escritos. Hay, pues, una laguna en la ley. ¿El intérprete puede colmarla por analogía? En estos términos debe ser propuesta la cuestión. Persistimos en creer que los agentes diplomáticos pueden celebrar el matrimonio de los franceses. Competentes en cuanto al acta de celebración en virtud del art. 48,

1. Lo hemos dicho nosotros también, en el t. II, núm. 11.

los son por lo mismo también para el hecho de celebración, que el acta tiene por objeto comprobar. En otros términos, tratándose de estos funcionarios el hecho jurídico y el escrito se confunden. Sin embargo hubiera sido más regular decirlo, porque la competencia de los agentes diplomáticos en materia de estado civil es excepcional, y como tal debía haber sido definida por la ley.

21. El art. 170 añade: «Con tal de que ha an precedido las publicaciones prescritas por el art. 63.» Esta disposición es especial y excepcional. Las publicaciones pertenecen á las formalidades requeridas para la celebración del matrimonio. Puesto que ésta es regida por la ley del país donde la unión es contratada, el legislador había debido referirse á la ley extranjera en lo que concierne para las publicaciones. ¿Por qué entonces querer que las publicaciones sean hechas en Francia? La publicidad del matrimonio es uno de los principios esenciales de nuestra legislación; las publicaciones tienen principalmente por objeto llevar el proyecto de matrimonio á conocimiento de todos aquellos á quienes interese oponerse á él y prevenir un matrimonio contrario á la ley. Por esta razón el Código exige que el matrimonio, aunque contraído en el extranjero, tenga publicidad en Francia. En este sentido, la disposición del art. 170 es especial y excepcional. La publicidad de la celebración es regida por la ley del país donde el matrimonio se contrae; es siempre la ley extranjera la que decidirá si las publicaciones deben ser hechas en el extranjero; pero en todo caso debe haberlas en Francia. El matrimonio debe, pues, ser publicado en Francia, antes de poder ser celebrado en el extranjero. El legislador francés se reserva solamente el elemento de la publicidad. Resulta de esto que las publicaciones tienen más grande importancia para los matrimonios contraídos en el extranjero que para los cele-

brados en Francia. Cuando los futuros esposos se casan en Francia, su unión tiene una publicidad de hecho y de derecho independiente de las publicaciones; mientras que si se casan en el extranjero y no hacen publicaciones en Francia, su matrimonio será frecuentemente clandestino. En este sentido se puede decir que las publicaciones son de la esencia de los matrimonios contraídos en el extranjero.

22. El art. 170 quiere que el matrimonio sea precedido de las publicaciones prescritas por el art. 63. Esta última disposición no dice dónde deben hacerse las publicaciones. El Código arregla esta materia en los arts. 166 á 168. ¿Es necesario que las publicaciones se hagan conforme á estos artículos? Tal es la opinión general, que se funda sobre el texto y el espíritu de la ley. El art. 63, al cual remite el Código de 1870, dice solamente lo que se entiende por publicaciones y como deben hacerse; vienen después los arts. 166 á 168 que organizan el principio; remitir al art. 63 es, pues, remitir implícitamente á los arts. 166 á 168. Esto es tan verdadero que, de no aplicarlos á los matrimonios celebrados en el extranjero, no se sabría dónde deben hacerse las publicaciones prescritas por el art. 170. El espíritu de la ley no deja lugar á duda. Ella quiere que el matrimonio contraído en el extranjero tenga publicidad en Francia; ahora bien, el único medio de hacerlo público, es proceder á las publicaciones; luego es necesario multiplicarlas, más bien que restringir su número.

Se pregunta si las publicaciones prescritas por el art. 170 deben ser hechas siempre en Francia. Según el texto de la ley, la cuestión no puede ni aun ser propuesta, porque aquel es general y no consiente la menor excepción.

Es verdad que en el consejo de Estado se dijo que si los futuros esposos estaban establecidos desde largos años en el extranjero, sin haber conservado ninguna habitación en

Francia, no estaban obligados á hacer aquí publicaciones, á menos que fuesen menores, pues entonces debían hacerse en el domicilio de aquellos bajo cuyo poder se encontrasen. Pero no habiendo sido consagradas por el Código estas afirmaciones, creemos que no hay que hacer ninguna cuenta de ellas. Las publicaciones deben hacerse siempre. Hay, sin embargo una excepción que resulta de la fuerza de las cosas. Si los futuros esposos no tienen ya ni residencia de hecho, ni domicilio de derecho en Francia, y si son además mayores de edad en cuanto al matrimonio, las publicaciones se harían imposibles, porque no se sabría en qué lugar deben hacerse (1).

23. El proyecto del Código sometido á las deliberaciones del consejo de Estado contenía la siguiente disposición: «Sin embargo, el matrimonio contraído en país extranjero, entre franceses, no será válido sino en tanto que, antes de la celebración, una de las partes contratantes residiera allá desde seis meses.” Esta disposición habia sido propuesta por muchas cortes, principalmente por la de Bruselas, con el objeto de impedir la celebración del matrimonio en el extranjero, cuando las partes no tuvieran allí ni una residencia de algunos dias. La disposición fué suprimida, como inútil, á propuesta del Primer Cónsul. Las publicaciones deben hacerse siempre en Francia, si los futuros esposos han conservado aquí su residencia y su domicilio. Ahora bien, el objeto del legislador es dar publicidad al matrimonio en Francia, lo cual se consigue por las publicaciones. En cuanto al lugar donde el matrimonio puede ó debe celebrarse, cuando es contraído en el extranjero, pertenece evidentemente á la ley extranjera decidirlo, pues esto no interesa á la publicidad del matrimonio en Francia, siendo

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 336, núm. 221.

para ello incompetente el legislador francés. Tal es también la opinión general (1).

24. El art. 170 prescribe además otra condición para los matrimonios contraídos en el extranjero: dice que el matrimonio será válido con tal de que los futuros esposos, si son franceses no hayan contravenido á las disposiciones del art. 1^o que prescribe las cualidades y condiciones necesarias para poder contraer matrimonio. Entre estas condiciones, hay una que no constituye sino un impedimento prohibitivo: los actos respetuosos. Siendo generales los términos del art. 170, hay que decidir que los franceses que contraen matrimonio en el extranjero, deben pedir el consejo de sus ascendientes, aun cuando las leyes del país donde se casan, no exijan esta formalidad. Así nos parece indudable y tal proceder sería de derecho, aun cuando el art. 170 no lo exigiera. En efecto, este texto legal no hace sino aplicar al matrimonio el principio establecido por el art. 3: "las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen á los franceses, aún cuando residan en país extranjero."

El capítulo 1^o, al cual remite el art. 170, no habla de las formalidades relativas á la celebración del matrimonio, que es el objeto del capítulo 2^o. Cuando el matrimonio entre franceses se celebra en el extranjero, es naturalmente la ley extranjera la que determina las formalidades que se deben observar para la celebración.

Es, pues, esta ley también la que debo decidir si el matrimonio se celebrara públicamente. Pero entouces aunque la ley extranjera no prescribiese la publicidad, los futuros esposos están obligados á hacer público su matrimonio en Francia por medio de las amonestaciones.

25 Surge ahora la cuestión sobre cuál es la sanción del art. 170. Cuando los futuros esposos han contravenido á

1 Dalloz, *Recapitório en la palabra Matrimonio*, núm. 390.

una disposición del capítulo 1^o, prescrita bajo pena de nulidad, entonces no hay ninguna duda; el matrimonio será nulo. Es una consecuencia evidente del principio establecido por el art. 3 del Código Civil respecto del estatuto personal. Pero entre estas disposiciones hay una que no está prescrita bajo pena de nulidad. Si los futuros esposos se casan en Francia, sin pedir el consejo de sus ascendientes por actos respetuosos, el matrimonio es, sin embargo, válido; ¿será nulo, si se casan en el extranjero con menosprecio del art. 151?

Una cuestión análoga se presenta para las publicaciones. En cuanto á las formalidades que deben ser observadas en el extranjero para la celebración del matrimonio, no hay dificultad. El matrimonio es contraído ante un agente diplomático; la ley francesa deberá ser observada, y por consiguiente la cuestión de validez del matrimonio se decidirá por el Código Civil. Si es el oficial extranjero quien ha celebrado el matrimonio, se seguirá la ley extranjera. Pero ¿qué decir de las publicaciones que, según el art. 170, deben hacerse en Francia? Si el matrimonio es celebrado en Francia, no será nulo por falta de publicaciones (1). ¿Será nulo, si ha sido contraído en el extranjero, con menosprecio de los arts. 170 y 63? La cuestión es controvertida y dudosa.

§ II SANCION DEL ART. 170.

26. A primera vista, se está tentado de creer que el texto del art. 170 decide las cuestiones que acabamos de proponer. El texto dice en efecto: «El matrimonio contraído en país extranjero será válido, con tal de que haya sido precedido de las publicaciones prescritas por el art. 63, y que el francés no haya contravenido á las disposiciones contenidas en el

1. Ved el tomo II de mis Principios, p. 606, núm. 478.

capítulo precedente.» Dice que el matrimonio *no es válido con tal de que* tales condiciones sean llenadas, ¿no es decir claramente que estas condiciones son exigidas para la validez del matrimonio y que si no son observadas el matrimonio será nulo? La expresión *con tal de que*, dice Merlin, ha sido siempre entendida como si implicara una *condición*; y cuando se trata de una condición prescrita para la validez de un acto, ¿no habrá que deducir que el acto es nulo, faltando la condición (1)? Esta opinión tiene efectivamente partidarios (2), y ha sido consagrada por muchas sentencias de la Corte de Casación. (3).

En cualquiera otra materia que la del matrimonio, no vacilaríamos en admitir la nulidad, en presencia de los términos irritantes de que se sirve el art. 170. Pero recordemos que los términos, por irritantes que sean, no bastan para importar la nulidad del matrimonio, sino que es necesario que un texto formal la pronuncie, en el capítulo IV consagrado á las demandas de nulidad de matrimonio. Este principio admitido por la jurisprudencia y la doctrina para los matrimonios contraídos en Francia, ¿se aplicará también á los matrimonios celebrados en el extranjero? En estos términos debe ser puesta la cuestión. Si el principio es aplicable, no es el art. 170 el que debe decidir la dificultad, sino las disposiciones del capítulo IV. La cuestión presenta dos fases: desde luego hay que ver si el principio formulado por la Corte de Casación es general, si concierne á todo matrimonio, sin distinguir el lugar donde ha sido celebrado, ó si sólo es relativo á los matrimonios contraí-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Publicaciones del Matrimonio*, núm. 2, (tit. II, p. 439).

2. Marcadé la sostiene vivamente (t. I, p. 427, art. 179, núm. 2).

3. Sentencia de denegación de 8 de Marzo de 1831. (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 393, 1°), y sentencia de casación de 6 de Marzo de 1837. *Id.*, núm. 393, 2°.

dos en Francia. En seguida, suponiendo que el principio sea general, debe verse si el art. 170 no está derogado por el sistema especial de nulidades, en cuanto á los matrimonios celebrados en el extranjero.

27. La primera cuestión real no existe. Si la jurisprudencia y la doctrina no admiten otras nulidades que las expresamente establecidas por la ley, es porque, en razón de la importancia del matrimonio, el legislador ha tenido cuidado de determinar, en un capítulo especial, las causas de nulidad y las personas que pueden prevalerse de ellas. El principio es, pues, general por su naturaleza, sin que haya ni una sombra de razón para limitarlo á los matrimonios celebrados en Francia. ¿Acaso el matrimonio pierde algo de su importancia cuando los futuros esposos van á casarse al extranjero? ¿Es menos necesario en algún caso definir con precisión las nulidades, los caracteres que las distinguen, las personas que pueden invocarlas? ¿Por qué abandonar estos matrimonios á las incertidumbres de la doctrina y de la jurisprudencia? Son siempre franceses las personas que suponemos se casan. ¿El legislador debe velar con menos solicitud por el mantenimiento de su unión, cuando, en lugar de casarse en Francia lo hacen en el extranjero? Es inútil insistir; el lugar donde el matrimonio se celebra no tiene nada de común con nuestro principio; él no puede, pues, modificarlo.

28. Aquí no está la verdadera dificultad. Se trata de saber si el legislador ha derogado el principio en el sentido de que hubiera establecido un sistema especial de nulidades para los matrimonios contraídos en el extranjero. Precizando los casos será más fácil la solución. El matrimonio contraído en Francia por mayores de edad, sin que hayan pedido el consejo de sus ascendientes, es válido, pues el impedimento no es sino prohibitivo. ¿Se hará dirimente el

impedimento cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero? Si los términos del art. 170 importan nulidad, debe responderse afirmativamente. Pero ¿por qué un sólo y mismo impedimento será prohibitivo en Francia y dirimente en el extranjero? El impedimento está fundado sobre el respeto que los hijos deben tener á sus ascendientes. Los hijos menores de edad ¿deben más respeto á sus ascendientes, cuando se casan en el extranjero que cuando lo hacen en Francia? ¿El hijo que no respeta á sus ascendientes en Francia, es menos culpable que el que va á casarse al extranjero? Se dirá que no es esta la cuestión. El hijo encontrará difícilmente en Francia un oficial del estado civil que proceda á la celebración de su matrimonio, porque el culpable es castigado con una prisión y una multa, mientras el oficial extranjero nada de esto tiene que temer. Es verdad; pero lo que decimos no impide que el matrimonio quede válido á pesar de la violación de la ley; y la razón por la que ésta mantiene el matrimonio, se aplica á los contraidos en el extranjero, lo mismo que á los celebrados en Francia. Siendo mayores de edad los hijos, el consentimiento de sus ascendientes no es ya necesario para la validez de su matrimonio. ¿Por qué este consentimiento se volvería necesario cuando los hijos se casan en país extranjero? Vanamente se buscaría la razón. El texto del art. 170 y los principios resisten esta interpretación. ¿Qué quiere el art. 170? Que el francés no contravenga á las disposiciones del capítulo I; en otros términos, que tales disposiciones le sigan al extranjero; pero le sigan con el caracter que tienen en Francia: dirimente, quedan dirimentes: prohibitivas quedan prohibitivas. El estatuto personal es idéntico en el extranjero y en Francia; tal es el principio establecido por el art. 3, del cual el 170 contiene una aplicación al matrimonio. Para admitir que el estatuto cam-

bre de naturaleza, sería necesaria una disposición precisa; sería indispensable una razón que justificase esta derogación; ahora bien, esa razón no existe y el texto implica el mantenimiento puro y simple del estatuto (1).

29. Si no hay nulidad, en virtud del art. 170, en el caso en que el matrimonio tenga lugar sin que los hijos hayan pedido el consejo de sus ascendientes, es imposible admitirla cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero sin haber sido precedido por las publicaciones prescritas por la ley. En efecto, es una sola y misma disposición la que somete el matrimonio contraído en el extranjero desde luego á la formalidad de las publicaciones; en seguida á la observancia de las disposiciones del capítulo I; la misma expresión *con tal de que* marca las dos condiciones; sí, á pesar de esta fórmula irritante, el matrimonio queda válido cuando no ha habido actos respetuosos, debe decirse también que ésta fórmula no importa nulidad por falta de publicaciones. Es imposible que la expresión *con tal de que* implique nulidad en un caso y no en otro. Esto decide nuestra cuestión desde el punto de vista de los términos del art. 170. Queda la razón de la ley.

Hay aquí una diferencia incontestable, entre la falta de publicaciones y la falta de actos respetuosos. La formalidad de éstos no cambia de naturaleza ni de importancia; cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero. No sucede lo mismo con las publicaciones. Cuando el matrimonio es contraído en Francia, las publicaciones no son sino uno de los elementos de la publicidad que debe rodear el matrimonio; hay que decir más, ese elemento es secun-

1 Ved, en este sentido, la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 18 de Agosto de 1841 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 394, 1^o), y la sentencia de la Corte de Casación de Bruselas de 28 de Junio de 1830 (*Jurisprudencia del siglo XIX*, 1830, 3^a parte, p. 234, y Daloz en la palabra *matrimonio*, núm. 397, 2^o).

dario, porque no concierne á la publicidad de la celebraci3n, que es la 3nica requerida para la validez del matrimonio (arts. 165, 191 y 193). Cuando el matrimonio es contratado en el extranjero, la ley quiere tambi3n que sea p3blico en Francia; pero aqu3, el solo elemento de la publicidad son las publicaciones. ¿No habr3 que inferir de esto, con las primeras sentencias de la Corte de Casaci3n, que la formalidad de las publicaciones es sustancial, por lo que el matrimonio contratado en pa3s extranjero, sin ellas resulta clandestino, y por esto mismo herido de nulidad (1)?

Desde luego, para que haya nulidad, se necesita un texto. El art. 170 no pronuncia formalmente la nulidad, 3s necesario, pues, hacerlo á un lado. El art. 191, invocado por la corte de Casaci3n, hablan del matrimonio que no ha sido contratado p3blicamente; 3l es extraño á las publicaciones; el articulo que sigue sanciona la falta de 3stas por una multa. Luego no hay texto que pronuncie la nulidad de un matrimonio contratado en el extranjero sin publicaciones previas. Se pretende que este texto existe en el art. 170, y que hay una raz3n especial para que sea nulo el matrimonio celebrado en el extranjero sin publicaciones. Acabamos de se3alar la diferencia que sin duda existe entre las publicaciones, cuando el matrimonio ha sido contratado en el extranjero, y cuando lo ha sido en Francia. Pero ¿la diferencia es tan considerable que deba importar la nulidad absoluta del matrimonio, en el sentido de que el celebrado en el extranjero sea nulo por s3lo el hecho de no haber sido precedido de publicaciones? Es lo que negamos apoyados tanto en los principios como en los textos.

¿Por qu3 el legislador quiere que el matrimonio sea precedido de publicaciones? Para advertir á aquellos que tienen

1 Es lo que dice la Corte de Angeres (sentencia de 12 de Enero de 1838 en Dalloz, palabra *matrimonio*, núm. 393, 2°)

el derecho de oponerse á él: vale más, dice Portalis, prevenir el mal, impidiendo la celebración de un matrimonio nulo, que tener en seguida que repararlo anulándolo. Las publicaciones que deben ser hechas en Francia, cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero no tienen otro objeto. ¿Cuál debe ser, pues, en principio la consecuencia de la falta de publicaciones? ¿Habrá siempre, en toda hipótesis, que anular el matrimonio por sólo que las publicaciones no han sido hechas? Sería un rigor excesivo, y contrario al objeto que el legislador se ha propuesto. Hé aquí dos franceses que habitan en Bélgica desde largos años; son mayores de edad; no hay ningún impedimento legal para su matrimonio. Se casan y menosprecian hacer publicaciones en Francia. ¿Se dirá que su matrimonio es nulo? ¿Cómo se anularía un matrimonio, por sólo el motivo de que no ha sido precedido de publicaciones, aun cuando estas no tengan razón de ser? (1) Es imposible, porque esto está en oposición con todo el sistema del Código sobre las nulidades de matrimonio. Pero si la falta de publicaciones no es una causa de nulidad absoluta, en el sentido de que debe ser pronunciada, ¿no sería una causa de nulidad facultativa, en el sentido de que los tribunales decidirán según las circunstancias, si el matrimonio debe ser anulado? Dos franceses menores de edad van á celebrar su matrimonio en el extranjero; no hacen publicaciones, para impedir la oposición de sus padres y de trauar á la ley. ¿El legislador debe sancionar su matrimonio celebrado en fraude, de sus disposiciones? No, ciertamente, en su princi-

1 Es la razón que hace valer la Corte de Bruselas (sentencia de 15 de Enero de 1840, en la *Jurisprudencia de siglo* XLX, 1840, 2, p. 294). Ver en el mismo sentido, dos sentencias de las Cortes de Tolosa y de Burúa de 1859 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1860, 2, 157):
—159.

pio que los actos ejecutados en fraude de la ley son nulos, y este principio tiene toda su aplicación al matrimonio. Nada más racional pero queda por saber si esto se halla fundado sobre el texto de la ley.

30. Es la doctrina que prevalece hoy en la jurisprudencia y ha sido siempre admitida por las Cortes de Bélgica, Leemor en una sentencia de la Corte de Bruselas de 7 de Mayo de 1811 (1), que la publicidad es requerida por el Código para la validéz de los matrimonios celebrados en Francia; pero que es facultativa la nulidad que resulta de la falta de publicidad, que los tribunales aprecian según el conjunto de los hechos si ha habido clandestinidad; que la falta de publicaciones es una de las circunstancias que el juez toma en consideración; pero que su sola falta no basta para anular el matrimonio. La Corte se pregunta si el legislador ha seguido un sistema diferente para los matrimonios celebrados en el extranjero y confiesa que las publicaciones tienen más importancia para estos matrimonios, pero, dice que esta importancia no es tal, que el legislador haya debido herir de nulidad el matrimonio por sólo que las publicaciones no hubieran sido hechas. Después de todo, las publicaciones tienen el mismo objeto, ya se celebre el matrimonio en Francia, ya en el extranjero. ¿Por qué, pues, en un caso la nulidad será facultativa y en el otro obligatoria? Siendo uno mismo el objeto, unos mismos deben ser los efectos, es decir que, en uno y otro caso, la anulación del matrimonio debe ser abandonada al poder discrecional del juez. El tribunal mantendrá el matrimonio, si ha sido contraído sin ninguna intención de defraudar la ley; lo anulará si los futuros esposos han ido á casarse al extranjero

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 395, 2°.—Comparad la sentencia de 28 de Junio de 1830 *Ibidem*, núm. 739, 2°) y la de Bruselas de 28 de Julio de 1828 *Pasicrisie*, 1828, 2, 273)

para defraudar la ley (1). Una sentencia de la Corte de Bruselas de 2 de Juuio de 1862 (2) comprueba “que es hoy de jurisprudencia constante que la ausencia sea de publicaciones en Bélgica, sea de actos respetuosos, no es una causa de nulidad para el matrimonio contraido por belgas en país extranjero sino cuando ha habido fraude, es decir, cuando las partes han tenido por objeto, al irse al extranjero, sustraerse á las prescripciones de la ley belga, y sobre todo impedir que se produzcan los obstáculos legítimos que habrían podido existir para su unión”.

La Corte de Casación de Francia ha vuelto de su primera jurisprudencia. Una sentencia de 18 de Agosto de 1841 estableció el principio de que el art. 170 no pronuncia expresamente la nulidad del matrimonio contraido en el extranjero, que no hubiera sido precedido de publicaciones en Francia; de que la ley no ha querido mostrarse más rigurosa por la falta de publicaciones en Francia que por la de actos respetuosos prescritos por ese mismo art. 170: “De que ella, al contrario, ha entendido dejar á los tribunales la apreciación de las consecuencias más ó menos graves de la falta de publicaciones, según la intención presunta de las partes que hubieran cometido la infracción y la cualidad de las personas que de ella se prevalecieron (3)” Una sentencia de la Corte Suprema de 20 de Noviembre de 1866 hace constar que es ahora de Jurisprudencia que la anulación de matrimonio queda abandonada á la apreciación de los tribunales, y que el Juez anula ó no, según que ha habido ó no intención de eludir las disposiciones de la ley francesa (4).

1 Es lo que ha hecho la Corte de Bruselas por sentencia de 2 de Agosto de 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 10) y por sentencia de 10 de Agosto de 1861. (*Pasicrisie*, 1863, 2, 216).

2 *Pasicrisie*, 1863, 2, 214.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 394, 14.º

4 Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1866, 1, 13.—Tal es también la ju-

31. Hay, sin embargo, una dificultad á causa del texto. Es necesaria una ley para pronunciar la nulidad. ¿Cuál es esta ley, cuando las publicaciones no han sido hechas? No es el art. 107, que no pronuncia la nulidad, ni tiene por objeto establecer un sistema especial de nulidades para los matrimonios contraídos en el extranjero; se necesita, pues, recurrir al capítulo IV. La Corte de Casación invoca el art. 193 (1). Esta disposición da, en efecto, un poder de apreciación al juez para las contravenciones al art. 163. Mas ¿qué dice este artículo? Que “el matrimonio será celebrado públicamente ante el oficial civil del domicilio de una de las partes.” No se trata aquí de publicaciones. Su falta es sancionada por una multa (art. 192). En definitiva, no hay artículo que pronuncie la nulidad por falta de publicaciones, y para admitirla, hay que apoyarse sobre el espíritu de la ley más bien que sobre su texto, lo que es muy peligroso en materia de nulidades del matrimonio. Los arts. 191 y 193, que pronuncian la nulidad por falta de publicidad, se refieren ambos á la celebración pública del matrimonio, y hay que extenderlos á la falta de publicaciones comprendiendo éstas entre las formalidades que constituyen la publicidad. Así se extiende el texto, y extendiéndolo, se llega á una diferencia entre la falta de publicaciones para los matrimonios celebrados en Francia, y la misma falta para los contraídos en el extranjero. ¿Se trata de un matrimonio celebrado en Francia? no es nulo por la sola falta de publicaciones. ¿Se trata de un matrimonio contraído en el extranjero? el juez puede anularlo por sólo que las publicaciones no

risprudencia de las Cortes imperiales. Ved cuatro sentencias de 1850, 1852, y de 1853, en Dalloz *Recopilación periódica*, 1: 53, 2, 179 y siguientes), una sentencia de París de 1855—(Ibidem, 18: 5, 2, 213), y dos sentencias de 1859 (Ibidem, 1860, 2, 156, 157).

1 Sentencias de 28 de Marzo de 1854 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1854, 1, 202) y de 21 de Febrero de 1866, (Ibidem, 18: 6, 1, 278).

tuvieron lugar. Otra diferencia. Cuando un matrimonio contraído en Francia es clandestino, queda anulado por sólo que no ha sido celebrado públicamente. Cuando un matrimonio ha sido contraído en el extranjero, no basta la sola falta de publicaciones y por consiguiente de publicidad, puesto que la jurisprudencia exige el fraude. Estas diferencias se justifican desde el punto de vista de los principios; pero ¿dónde están los textos que las consagran? En definitiva, debe decirse que no hay texto formal que pronuncie la nulidad por falta de publicaciones de los matrimonios contraídos en el extranjero. Según el rigor de los principios, habría, pues, que decidir que no hay nulidad, ni aún facultativa. Acerca de esto hay una evidente laguna en el Código; la jurisprudencia la ha colmado fundándose sobre el espíritu de la ley. Esto es tan verdad que, de admitir la nulidad facultativa, sería preciso construir, como se ha hecho, todo un sistema fuera de la ley, para la aplicación del principio.

32. ¿Por quién la nulidad puede ser pedida? Si se admite que la hay, no puede fundarse sino sobre los arts. 191 y 193. Ahora bien, la nulidad establecida por estas disposiciones es absoluta: la acción puede ser intentada, dice el art. 191, por los esposos mismos, por los padres por los ascendientes y por todos aquellos que tengan interés, así como por el Ministerio público. ¿Debe, pues, decirse que toda parte interesada puede atacar el matrimonio contraído en el extranjero, sin haber sido precedido de publicaciones en Francia? La lógica lo exigirá; pero hay de nuevo aquí una dificultad á causa del texto, dificultad ante la cual la Corte de Casación ha retrocedido. Es un principio que las nulidades del matrimonio no pueden ser invocadas sino por aquellos á quienes la ley da tal derecho; ahora bien, dice la Corte Suprema, no hay texto que dé á los colatera-

les el derecho de pedir la nulidad del matrimonio contraído en el extranjero sin publicaciones (1). Es verdad; pero también lo es que no hay artículo que pronuncie la nulidad por falta de publicaciones. Si se la admite en virtud del art. 193, hay que admitirla con el carácter que la ley reconoce á la clandestinidad, es decir, como nulidad absoluta. La Corte de Casación dice que la nulidad no es de orden público ni absoluta. Hé aquí una nueva contradicción. Es verdad que la nulidad es facultativa; pero esto no la impide ser absoluta en virtud del art. 191. En definitiva, ¿qué debe decidirse? Si la nulidad no es absoluta, tiene que ser relativa; y si lo es, no puede ser reclamada sino por ciertas personas, ¿cuáles son estas personas? No se sabe, porque no hay texto. Creemos que la nulidad, caso de admitírsela, es regida en todo por los art. 191 y 193; que por consiguiente es absoluta, sin dejar también de ser facultativa.

33. En fin, se pregunta si esta nulidad puede ser cubierta. Las Cortes están unánimes en admitir la afirmativa. Partiendo del principio de que la nulidad es relativa, la Corte de Casación concluyó que puede ser cubierta, con tal de que no haya impedimento dirimente para el matrimonio (2). ¿Cómo cubierta? Cuando la ley admite que una nulidad se cubre, lo dice, y dice también como puede cubrirse. ¿Dónde está el texto que decida que la falta de publicaciones se cubre? La jurisprudencia admite que así sucede por la posesión de estado. No hay sino un solo artículo en el capítulo IV que hable de la posesión de estado: es el 196; la jurisprudencia lo invoca; pero se encuentra

1 Sentencia de 18 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio* núm. 394, 14°). Comparad además la sentencia de Montpellier, de 25 de Abril de 1844, Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 2, 36).

2 Sentencia de 17 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 394, 10°).

con que esta disposición es absolutamente extraña á la *nulidad de matrimonio*; ella no concierne sino á la *nulidad del acta de celebración*, y esta nulidad no se cubre sino respecto de los esposos, cuando la posesión de estado está apoyada en una acta de celebración. Hay, pues, que hacer á un lado el art. 196. La jurisprudencia invoca también el art. 183 (1). ¿Es este un fundamento menos firme todavía? El art. 183 habla de la falta de consentimiento de los ascendientes, que importa una nulidad esencialmente relativa, que se cubre por la confirmación del matrimonio. ¿Qué hay de común entre esta disposición y la clandestinidad, ó sea la nulidad que el art. 191 declara absoluta? Demolombe, que gusta, sin embargo, afiliarse en la opinión de las Cortes, confiesa que es imposible apoyarse sobre los arts. 183 y 193. El busca otro y encuentra el art. 193. ¿Qué dice este artículo? Que la nulidad resultante de la clandestinidad es facultativa. De que lo sea resulta que pueda cubrirse? Demolombe mismo comprende que su razonamiento claudica, y sale del embarazo diciendo que los tribunales tienen un poder discrecional, en virtud del art. 193, y que pueden, por consiguiente, decidir, no que el vicio de clandestinidad ha sido purgado, sino que no existía (2). ¡Cómo! se supone que el matrimonio ha sido clandestino, que se celebró en el extranjero para defraudar la ley, y hay que suponerlo, porque de otro modo la cuestión no existe; y ¿se quiere que los tribunales decidan que este

1. Sentencia de Montpellier de 25 de Abril de 1844 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 2, 36).—Sentencia de París de 22 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 394, 16).—Sentencia de 4 de Junio de 1845 y de 23 de Noviembre de 1853 de la Corte de Casación (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 1, 309 y 1854, 1, 421).—Sentencia de Tolosa de 7 de Mayo de 1866 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1866, 2, 109).—Sentencia de Bruselas de 7 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 395.)

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 350, núm. 225.

matrimonio no ha sido clandestino? ¿Y por qué? Porque posteriormente al matrimonio ha habido posesión de estado, es decir, publicidad completa del matrimonio. El legislador, sin duda, habría podido declarar que la publicidad posterior cubre el vicio de clandestinidad; pero el caso es que no lo hizo. ¿Lo podrá hacer el juez en silencio de la ley? No. Ahora bien, lo que él no puede hacer directamente, tampoco puede hacerlo indirectamente; lo que él no puede hacer abiertamente, tampoco puede hacerlo subrepticamente, diciendo que el vicio no existía cuando realmente existía.

La Corte de Bruselas, en su sentencia de 28 de Junio de 1830, invoca el espíritu de la ley. Creemos como ella que la nulidad resultante de la falta de publicaciones debería ser reparable. Hay un abismo entre la clandestinidad y la bigamia ó el incesto. El sentido moral dicta que estas últimas nulidades no pueden repararse. Pero ¿dónde está la razón para declarar irreparable el vicio de la clandestinidad? La publicidad es una garantía que tiende á prevenir los matrimonios ilegales; las publicaciones, sobre todo, no tienen otra razón de ser. Si, pues, un matrimonio que las partes han querido contraer clandestinamente, no está manchado por ningún vicio dirimente, ¿por qué debería pronunciarse necesariamente la nulidad, si después de la celebración del matrimonio, él se ha hecho público por una brillante posesión de estado? Esta consideración ha arrastrado á las Cortes ha crear medios que cubran la nulidad. Pero procediendo así, ellas han hecho la ley, cuando su misión se limita á interpretarla. Cuando el vicio está en la ley, sólo el legislador puede corregirla. En nuestra opinión hay laguna en toda esta materia, y no creemos que el intérprete tenga derecho á colmarla.

§ III.—DE LA TRANSCRIPCION DEL ACTA DE CELEBRACION.

34. El art. 171 dice: «Dentro de los tres meses siguientes á la vuelta del francés al territorio del imperio, el acta de celebración del matrimonio contraído en país extranjero será transcrita sobre el registro público de los matrimonios del lugar de su domicilio.» Esta disposición ha dado lugar á largas controversias. Se pregunta desde luego en qué casos tiene aplicación. El art. 171 es una consecuencia del 170, y éste prevee el caso en que el matrimonio ha sido celebrado por el oficial público del país en que fué contraído. Si el matrimonio hubiera sido celebrado por un agente diplomático ¿el francés estaría también obligado á hacer transcribir el acta de celebración? Esto equivale á preguntar si el intérprete puede crear una obligación que la ley no establece, y si no es el caso de decir, que proponer la cuestión es resolverla. El punto, por lo demás, no tiene interés, á no ser que se suponga que la falta de cumplimiento de esta formalidad tiene alguna sanción. Ahora bien, siendo esta una pena civil, ¿se puede admitir una pena sin texto? En nuestra opinión, el art. 171 no tiene sanción, es una simple medida de orden, sin otro objeto que completar los registros del estado civil. Si es así, la medida debe ser general; pero como la ley no la prescribe en términos generales, es al Gobierno á quien toca suplir esta laguna, dando orden á los agentes diplomáticos de que envíen un extracto de las actas de matrimonio que ante ellos se otorgaren á los oficiales civiles para que éstos hagan la transcripción (1).

35. El Código quiere que esta transcripción se haga en

1 De nolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 351, núm. 227.

el plazo de tres meses. ¿Es fatal este plazo? La cuestión, lo decimos una vez más, no tiene sentido, á no ser que haya una sanción para el art. 171. Si esa sanción no existe ¿qué importa que se llene una formalidad que puede no ser llenada? Los autores según los cuales el artículo tiene una sanción, dicen que la formalidad de la transcripción puede tener lugar todavía después de los tres meses; pero que es necesario un fallo que lo ordene, porque una transcripción hecha fuera de los plazos de la ley es una rectificación de los registros, y no puede por lo mismo tener lugar sino con autorización judicial (1). Es difícil comprender que un acto sea rectificado por la transcripción, que no es sino una simple copia. Verdad es que cuando la ley prescribe que una acta del estado civil sea otorgada en un plazo fijo, la misma no puede serlo después de ese plazo, sino en virtud de una sentencia (2). Pero, en el caso, no se trata de otorgar una acta; ella lo está ya, y sólo se necesita copiarla; ¿por qué esta copia no podría hacerse después de los tres meses?

36. Abordemos la gran dificultad. ¿El art. 171 tiene una sanción, y cuál es ella? Se ha pretendido que el matrimonio no tendría efectos civiles en Francia mientras tanto el acta no fuera transcripta; que, por consiguiente, los hijos no heredarían bienes situados en Francia, con perjuicio de parientes franceses; que no se podría ni aun invocar este matrimonio para hacer anular un segundo contrato en Francia antes de la disolución del primero. Muy fácil ha sido á Merlín refutar esta extraviada interpretación, que no tiene ningún fundamento, ni en el texto ni en el espíritu de la ley. No hay una sola palabra en el art. 171 de que

1 Zachariacc, *Curso de Derecho Civil francés*, t. III, p. 315, nota 7, pfo. 468.

2 Ved el tom. II de mis *Principios*, p. 31, núm. 19.

se pueda deducir que la falta de transcripción produzca efectos tan considerables; él no establece ninguna nulidad, ninguna privación, ¿y cómo el legislador habría podido pensar en una sanción tan severa, cuando el matrimonio, según se supone, ha sido regularmente celebrado en el extranjero? ¿Cómo, si los esposos no vuelven á Francia, su matrimonio producirá aquí todos los efectos que es capaz de producir; y si vuelven, el matrimonio, válido hasta entonces, será subitamente herido de nulidad, porque en el plazo de tres meses el acta no fuera transcripta? Creemos inútil insistir; los tribunales, más sabios que los autores, han rechazado siempre esta opinión (1).

Otros autores han creído que el objeto del art. 171 era dar publicidad al matrimonio en Francia; y de aquí han deducido que si falta la formalidad de la transcripción, el matrimonio no puede producir ninguno de los efectos que la ley le da en razón de la publicidad de que debe ser rodeado. Así la mujer no tendría hipoteca legal, sino desde el día de la transcripción del acta de celebración, si la transcripción no era hecha sino después del plazo de tres meses. Del mismo modo los esposos no podrían oponer á los terceros la falta de autorización marital. Pero el matrimonio produciría los efectos que son independientes de la publicidad (2).

Esta interpretación debe igualmente ser rechazada. Se supone que la transcripción es ordenada para hacer público el matrimonio; luego en el interés de los terceros, y se aplica entonces el principio de que un acto cuya publicidad es prescrita en ese interés, no existe respecto de los terce-

1 Delvincourt, t. I, p. 68, nota 6.—Merlin, *Cuestión de Derecho*, en la palabra *matrimonio*, pfo. 14.—(Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm 397, 1º

2 Es la opinión de Duranton (t. II, p. 187, núm. 240) seguida por Zacharise (t. III, p. 311, y siguientes, pfo. 468).

ros mientras las formalidades establecidas por la ley no hayan sido llenadas. Esta suposición no tiene fundamento alguno, no se apoya en el texto. Si recurrimos á los trabajos preparatorios, no encontramos el menor indicio de tal sistema. Preguntemos á Portalis ¿por qué el legislador quiere que el acta de matrimonio sea transcrita, y nos responderá en su estilo pomposo: “Es necesario que el francés que se ha casado en otra parte que en Francia, venga á tributar *homenaje* á su patria del título que lo ha hecho esposo ó padre, y que *naturalice* éste título, haciéndole inscribir en un registro nacional.” Es esta una de esas frases huecas como tantas que se encuentran en los discursos de los oradores del gobierno; la hinchazón de las palabras oculta el vacío del pensamiento. En el Consejo de Estado no se dijo una sola palabra de la publicidad. El primer proyecto de Código ordenaba el registro de la acta de celebración otorgada en el extranjero, bajo pena de dobles derechos; además, se prescribía la transcripción bajo pena de una multa. No quedó en el Código la menor huella del registro; fué mantenida la transcripción; pero sin la sanción de la multa. Defermón preguntó por qué la disposición del art. 171 no era sancionada por una pena. Réal respondió que la pena se encontraba en las leyes sobre el registro. Esto es un error, que, sin embargo, nos indica, que en el espíritu del legislador la formalidad de la transcripción no debía tener otra sanción que una multa (1). Habiendo sido quitada la multa, no queda ninguna sanción.

37. ¿Cuál es, en definitiva, el objeto de la transcripción ordenada por el art. 171? A primera vista, se está tentado de creer que ella ha sido establecida en un interés de publicidad. Pero por poco que se reflexione, se ve que la

(1) Loaré, *Legislación Civil* t II, p. 327 (Cestón de Cuatro Vientos año X, núm. 23.)

transcripción sobre los registros del estado civil no da realmente ninguna publicidad al matrimonio celebrado en el extranjero: Es verdad que los registros del estado civil son públicos; pero ¿quién va á consultar estos registros para asegurarse de que un matrimonio ha sido contraído en el extranjero? Si la transcripción fuere presentada para dar publicidad al matrimonio, habría que convenir en que el legislador había estado poco acertado para lograr tal objeto. ¿Cuál es el grande objeto de las actas del estado civil? Es suministrar una prueba auténtica de los hechos que conciernen al estado de las personas. Cuando un matrimonio es celebrado en el extranjero, los esposos, los hijos y todas las personas interesadas debían dirigirse al oficial extranjero para obtener una copia del acta; esto originaría cortos embarazos y lentitudes. El legislador ha dado á los esposos, que son los principales interesados un medio fácil de procurarse la prueba en la transcripción del acta de celebración sobre los registros del estado civil. Lo que esto prueba que tal es el espíritu de la ley, es que el Código ordena la misma medida en todos los casos en que un acto del estado civil concerniente á franceses se otorga en el extranjero por oficiales franceses. Así las actas de nacimiento otorgadas durante un viaje de mar por el capitán deben ser inscritas sobre los registros del estado civil del lugar donde el padre está domiciliado (art. 59-61). Sucede lo mismo con las actas de defunción (art. 86 y siguientes). En fin, el acta de celebración del matrimonio, otorgada en el ejército en país extranjero, debe igualmente ser inscrita sobre los registros en Francia, así como las actas de defunción (art. 93 y siguientes).

La transcripción es, pues, una medida de orden establecida en interés de todos aquellos que tenían necesidad de una acta del estado civil. Si no es hecha ¿qué resultará? El ma-

trimonio no dejará de producir todos sus efectos; porque él existe, independientemente del acta que lo comprueba; con mayor razón existe, si el acta no ha sido transcrito. Es necesario aplicar este principio á los efectos que se refieren á la publicidad. Tal es en la hipoteca legal de la mujer. La Corte de Casación habría comenzado por admitir la nulidad de la hipoteca mientras la transcripción del acta de matrimonio no estuviere hecha; pero ha vuelto de ésta por prudencia, y la doctrina se muestra unánime en enseñar que la hipoteca de la mujer es independiente de la transcripción (1). No insistimos, porque la cuestión no puede ni aún presentarse en Bélgica. Según nuestra ley hipotecaria, las hipotecas legales deben ser inscritas para tener efecto respecto de terceros. Esta publicidad garantiza los intereses de éstos mejor de lo que lo hace la transcripción del acta de matrimonio.

¿Hay que inferir de aquí que la falta de transcripción no produzca jamás efecto? Demolombe dice que de tal falta resulta una acción de daños y perjuicios en provecho de los terceros que han ignorado el matrimonio (1). Esto es demasiado absoluto, porque supone que la transcripción ha sido establecida para hacer que el matrimonio sea conocido de los terceros; y extremada esta doctrina iría á dar indirectamente al resultado de privar el matrimonio de los efectos que la ley le atribuye en razón de su publicidad. Ahora bien, semejante doctrina es inadmisibles, según el texto y el espíritu de la ley. Pueden, sin embargo, presentarse casos en que los terceros fueran inducidos á error por la falta de transcripción. La muger contrata sin dar á conocer que

1. Ved la autora y las sentencias citadas por Dallos, en la palabra *Privilegios é hipotecas*, núm. 865

2 Demolombe, *Curso de Código de Napoleón* t. III, p. 354 y siguientes, núm. 229.

es casada; y el tercero antes de dar su consentimiento, se dirige al oficial mayor del estado civil para asegurarse de ello. Si el acta de matrimonio no está trascrita, debe creerse que no existe. El contrata, pues, en la ignorancia del matrimonio y de las convenciones matrimoniales. ¿Puede la mujer oponerle su cualidad de casada y su contrato de matrimonio? Ha sido juzgado que los terceros podían prevalerse de la falta de transcripción (1). En efecto, ellos han experimentado un daño por el hecho y la falta de los esposos. La ley impone á estos la obligación de hacer transcribir su acta de matrimonio, para que queden completos los registros del estado civil; ahora bien, estos registros interesan á los terceros lo mismo que á los esposos, sí, pues, por ser falta, quedan ellos incompletos, y si esta omisión ha causado un perjuicio á los terceros, hay lugar de aplicar el principio general del art. 1382, en los términos del cual todo hecho del hombre que causa un daño á otro, obliga á aquel por cuya falta ha sucedido, á repararlo.

1 Sentencia de Baudouin de 14 de Marzo de 1850 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1853, 2,179).