

domicilio señalado en el art. 74 del Código Civil. Hase dicho que este dictamen no decide la dificultad, puesto que el consejo no había sido consultado más que acerca del matrimonio de los militares. En hora buena, pero el Consejo emitió el parecer de que los militares están sometidos al derecho común cuando se encuentran en el territorio del Imperio, lo cual es evidente. ¿Y cuál es ese derecho común? La decisión del Consejo de Estado es tan clara y tan evidente como el texto del Código: la residencia de seis meses es lo único que constituye el domicilio, por lo que respecta al matrimonio. Así lo dicen los considerandos, y, lo que es decisivo, interpretan el art. 165 por el art. 74: "Considerando que el art. 165 del Código Civil expresa que el matrimonio será celebrado por el oficial del estado civil del domicilio de una de las partes; que este domicilio, según el art. 74, se adquiere con seis meses de habitación continua en la misma municipalidad." Esta es precisamente la doctrina que acabamos de enseñar.

417. Pregúntase cuál es el domicilio de los menores por lo que respecta á su matrimonio. En concepto nuestro la respuesta es sencillísima: el domicilio definido en el art. 74. Este artículo establece una regla general; ¿por qué no ha de aplicarse á los menores? ¿Hay alguna excepción en el Código en lo que á éstos concierne? Dícese que los menores no pueden adquirir un domicilio que les sea propio, que necesariamente tienen el domicilio de sus padres ó tutor (art. 108). Así es, efectivamente, en cuanto al domicilio de derecho que define el art. 102, pero no lo es respecto del domicilio especial establecido en el art. 74, y consiste en una habitación continua de seis meses. ¿No puede tener el menor una residencia de hecho? De consiguiente, también puede tener un domicilio por lo que respecta al matrimonio. Y debe tenerlo. Objétanse otra vez los inconvenientes que resultarían de la aplicación del ar-

tículo 74; no podrían casarse las jóvenes que salen del convento ó del colegio para volver á la casa paterna si no era después del plazo de seis meses. ¡Tardanza perjudicial! exclama M. Demolombe. En verdad si el plazo de seis meses no estuviera determinado por la ley sería preciso inventario para las jóvenes que se casan al salir del colegio. ¡Cómo! ¿sería perjudicial darles el plazo de seis meses para conocer al hombre con quien van á unir su destino con un lazo indisoluble?

Varias veces hemos expresado el peligro que hay separándose del texto de la ley; primero, se la viola, después el intérprete se convierte en legislador. M. Demolombe dice que el matrimonio de los menores podrá también celebrarse en el lugar en que sus padres ó tutor tuvieren una residencia de seis meses; cree que esta residencia debería ser *legalmente reputada* la del menor, por lo que respecta al matrimonio. (1) ¡Así es que con esto habría una presunción *legal sin ley!* ¡Y qué presunción! ¡Un domicilio de hecho establecido por la ley con motivo de la habitación continua del futuro cónyuge sería determinado por la residencia de los padres ó del tutor! ¡De consiguiente, habría un domicilio *de hecho sin hecho.* (2)

§ III.—DE LAS PUBLICACIONES.

418. El art. 63 dice: "Antes de la celebración del matrimonio el oficial del estado civil hará dos *publicaciones* con ocho días de intervalo en domingo, al frente de la puerta de la casa municipal." La ley agrega que se levantará acta de las publicaciones y que un extracto de ellas

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 312, número 204.

2 ¡Durantón comienza por decir que respecto de los menores debe tenerse en cuenta su domicilio de derecho y concluye decidiendo que los menores pueden invocar el art. 74! (*Curso de derecho francés*, t. II, p. 172, núm. 225).

permanecerá fijado á la entrada de la casa municipal durante los ocho días de intervalo de una á otra publicación (art. 64). Se ve que la *publicación* es un anuncio oral del matrimonio; substituye, desde el punto de vista civil, las amonestaciones publicadas antes en la plática de la misa mayor. De hecho no hay publicación; los oficiales del estado civil se circunscriben á fijar en el lugar público un *extracto del acta*. Esto es completamente irregular, porque el acta no es más que un escrito que comprueba la publicación. De aquí que no se conciba una *acta* sin que hayan sido hechas las publicaciones. La costumbre ha pasado por encima de la ley. Sin embargo, el legislador daba suma importancia á las publicaciones; el primer elemento de la publicidad es con el que se quiere rodear al matrimonio; son indispensables, sobre todo para poner el proyecto de matrimonio en conocimiento de los que tienen derecho para oponerse á su celebración. Hé ahí por qué exige la ley que las publicaciones se verifiquen en domingo. (1) ¿De qué sirven los anuncios para los que no saben leer? ¡Y desgraciadamente es tan grande el número de éstos!

Pothier dice que las amonestaciones de matrimonio no deben publicarse si no es con el consentimiento de las dos partes que quieran contraer matrimonio. (2) Si el oficial del estado civil hiciese las publicaciones á pedimento de una de las partes y sin asegurarse del consentimiento de la otra podría ésta contradecirle y reclamar indemnización de daños y perjuicios contra el que hubiere dispuesto de su nombre sin su aquiescencia, y aun contra el oficial público que se hubiera hecho culpable de la misma falta. Esta es la opinión común y no admite duda alguna. (3)

1 Thibaudeau, en la sesión del Consejo de Estado de 14 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 42, núm. 6).

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 76.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 334.

El art. 63 indica las constancias que debe contener la publicación. Se ha advertido que la ley no exige la indicación de la edad, conformándose con que se haga mención de que los futuros cónyuges son mayores ó menores. Este hecho es el que más interesa á las personas que tienen derecho de presentar oposición; sin embargo, como para los hijos hay una mayoría especial habría sido mejor exigir que se expresara la edad. Si no lo ha hecho la ley habrá sido quizás para halagar la delicadeza de los que se casan á una edad más ó menos avanzada.

Las actas de publicación se inscriben en un libro especial, á diferencia de los demás libros del estado civil; ese es llevado en simple original y se incorpora, al terminar el año, con los duplicados de los libros que se depositan en el archivo del tribunal (art. 63).

419. Las ordenanzas antiguas exigían tres publicaciones con objeto de prevenir los matrimonios clandestinos; la ley de 1792 se conformó con una sola publicación; el Código Civil prescribe dos. De hecho no hay ninguna. La publicidad que precede al matrimonio se reduce al aviso que se fija á la entrada de la casa municipal; este aviso no se renueva sino que se deja subsistir hasta el día en que, según la ley, puede celebrarse el matrimonio. Eso no responde ciertamente á la exigencia de la ley. En el acto de la discusión objetóse contra la formalidad de un doble anuncio que podría poner trabas á la celebración y aun hacerla imposible. Para remediar éste inconveniente la ley permite al Emperador ó á los oficiales que á este efecto propone dispensar la segunda publicación por causas graves. Según el decreto de 20 Pradial, año XI, el Procurador Imperial es el que está investido de esta misión. Como puede haber causas graves que determinen apresurar la celebración del matrimonio se necesitaba natural-

P. de D. TOMO II—80

mente otorgar el derecho de dispensa á un magistrado de fácil acceso y que pudiese concederla sin dilación. ¿Cuáles son esas causas graves? En la discusión se señalaron dos: el matrimonio *in-extremis*, que no admite plazo alguno, y el matrimonio de un oficial público, civil ó militar, obligado á dirigirse sin pérdida de tiempo á su destino á donde lo llaman circunstancias urgentes. Bajo el antiguo régimen las dispensas eran cuestión de orgullo: desdeñábanse, dice Trochet, de dejar que se pronunciara en público su nombre. (1) Esta vanidad necia sería muy impropia hoy que la ola ascendiente de la democracia iguala todas las condiciones. Por lo demás, no hay publicaciones propiamente dichas; el único objeto de la dispensa es, pues, apresurar el matrimonio. La ley no permite que se dispensen las dos publicaciones ni aun para un matrimonio *in-extremis*: el interés de la publicidad domina á todos los demás.

420. ¿Dónde deben hacerse las publicaciones? Tres artículos tenemos acerca de esta cuestión y todos ellos dan margen á controversias que tienden á la incertidumbre de la doctrina sobre el lugar en que puede ó debe celebrarse el matrimonio. Nuestra opinión es que el matrimonio debe celebrarse siempre en la municipalidad en que los futuros cónyuges tengan una residencia continua de seis meses. En este punto de partida vamos á colocarnos para interpretar los arts. 166 y 167. Después de haber dicho en el art. 165 que el matrimonio se celebrará ante el oficial civil del domicilio de una de las partes dice la ley en el artículo 166: "Las dos publicaciones señaladas en el art. 63 se harán en la municipalidad del lugar en que tenga su domicilio cada una de las partes contratantes." ¿Qué debe entenderse por la palabra *domicilio* en el art. 166? ¿El

1 Sesión del Consejo de Estado de 4 Vendimiario, año X (Loché, t III, p. 324, núm. 11).

domicilio de derecho del art. 102 ó el domicilio de hecho del art. 74? Nos parece que la cuestión debe decidirse en el último sentido. Efectivamente, el artículo 166 es la continuación del artículo 165; se relacionan ambas disposiciones no sólo por el lugar que ocupan sino principalmente por el motivo que las ha dictado. ¿Por qué exige el art. 165 que se celebre el matrimonio en el lugar en que los futuros cónyuges tengan una residencia de seis meses? ¿Por qué en este domicilio de hecho más bien que en el de derecho? Ya lo hemos dicho: con el objeto de que se rodee al matrimonio de la mayor publicidad posible. ¿Y cuál es el objeto de las dos publicaciones que, según el artículo 166, también deben hacerse en el domicilio de cada una de las partes contratantes? El objeto es idéntico: la publicidad. De aquí que el medio de llegar al fin deba ser también el mismo. Lo cual quiere decir que en interés de la publicidad deben hacerse las publicaciones en el domicilio de hecho, de preferencia al de derecho, si difieren ambos domicilios.

Tal es la regla. El artículo 167 viene á complementarla; dice así: "Sin embargo, si el domicilio actual no está determinado sino por seis meses de residencia las publicaciones se harán además en la municipalidad del último domicilio." Esta disposición ha dado margen á muy diversas interpretaciones. ¿Qué debe entenderse por el domicilio actual que no está determinado sino por seis meses de residencia? Evidentemente el domicilio de hecho definido en el artículo 74. De consiguiente, la ley supone que va á celebrarse el matrimonio en ese domicilio de hecho. También supone la ley que las partes tienen un domicilio de derecho diferente de ese domicilio de hecho. Pues bien, en esta hipótesis la ley exige que se hagan las publicaciones en ambos domicilios, en el de hecho y en el de derecho. Este es el que el artículo 167 denomina el último domicilio; lo han dejado

las partes para tomar un domicilio de hecho, y en ese sentido su domicilio de derecho es su último domicilio. ¿Por qué exige la ley esta doble publicación? La prescribe porque el domicilio de derecho es el lugar en que tienen las partes su principal establecimiento, en él es donde por lo regular se halla el asiento de sus negocios; de consiguiente, allí hay personas interesadas en conocer su matrimonio; de aquí que deba ser anunciado en él por vía de publicación. Esta, lo mismo que la celebración del matrimonio en el domicilio de hecho, no bastaría para hacerlo público en el domicilio de derecho. Hé ahí por qué prescribe la ley doble publicación.

Pregúntase cuándo no deben hacerse las publicaciones en el último domicilio. Se ha pretendido que nuestra opinión es que siempre deben hacerse en él. No es así. Por las palabras *si el domicilio actual no está determinado sino por seis meses de residencia* la ley entiende el domicilio de hecho. En consecuencia, si las partes contratantes han conservado su domicilio de derecho al adquirir un domicilio de hecho siempre deberán hacer sus publicaciones en el de derecho, por larga que haya sido su residencia en el lugar en que viven. Esto está fundado en razón. La ley exige que se publique el matrimonio en el lugar en que estén relacionados los futuros cónyuges; por fuerza de consecuencia deben estarlo regularmente en el lugar en que tienen su domicilio de derecho, puesto que en él está su principal establecimiento. De ahí la necesidad de dobles publicaciones. ¿Cuándo terminará esta necesidad? Cuando queden confundidos el domicilio de derecho y el domicilio de hecho. Es decir, si los futuros cónyuges tienen una residencia de seis meses en la misma municipalidad en que estén domiciliados. En ese caso no es aplicable el art. 167; ya no puede decirse "que el domicilio actual no está determinado sino por seis meses de

residencia," porque además de la habitación de hecho los cónyuges tienen también allí su domicilio de derecho. Y, en justicia, ya no es procedente hacer publicaciones en el antiguo domicilio, porque ya no tienen allí las partes el asiento de sus negocios. (1)

421. El art. 168 dice: "Si las partes contratantes ó una de ellas están, por lo que al matrimonio se refiere, bajo la potestad de otro se harán también las publicaciones en la municipalidad del domicilio de aquellos bajo cuya potestad se hallen." ¿Qué debe entenderse por estas palabras: *estar bajo la potestad de otro?* El sentido literal no deja duda alguna: los hijos están bajo la potestad de sus ascendientes hasta la edad de veintiuno ó de veinticinco años, puesto que para contraer matrimonio necesitan su consentimiento. Después de esa edad termina la *potestad* de los ascendientes. Es cierto que los hijos quedan obligados todavía á solicitar el *consejo* de sus ascendientes, pero no resulta de ello que estén bajo su *potestad*, porque pueden casarse apesar de su negativa; esto no se llama ciertamente hallarse bajo potestad. También es la opinión común que las hijas mayores de veintiún años y los hijos mayores de veinticinco no deben hacer publicaciones en el domicilio de sus ascendientes. Sólo Marcadé es de parecer contrario; (2) pero su opinión no ha encontrado eco. Es verdad que habría utilidad y conveniencia en hacer publicaciones, aun cuando los futuros cónyuges sean mayores, por lo que respecta al matrimonio, en el domicilio de los ascendientes; pero no se trata de lo que es útil y conveniente, trátase de saber si los hijos se hallan bajo la potestad de sus ascendientes cuando pueden menospreciar esta pretendida potestad: establecer la cuestión es re-

1 Véanse las diversas opiniones de los autores sobre esta cuestión en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 343.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 425, art. 168, núm. 2.

solverla. De consiguiente, el texto es decisivo; desde ese momento todas las consideraciones que puedan invocarse competen al legislador; el intérprete no conoce más que la ley.

422. ¿Qué debe entenderse por domicilio en el artículo 168? Evidentemente el domicilio de derecho que define el art. 102. Aquí no se trata ya del domicilio de los futuros cónyuges por lo que respecta á su matrimonio, trátase del domicilio de los ascendientes. Ahora bien, el domicilio, en el lenguaje del Código, es el domicilio de derecho, y en él es donde en principio deben verificarse todos los actos jurídicos concernientes al francés. La ley hace de esto una excepción respecto de los futuros cónyuges, pero no la hace en cuanto á los ascendientes de éstos. Se permanece, pues, bajo el imperio de la regla general.

Empero la cuestión es dudosa cuando los hijos menores de veinte años y que carezcan de ascendientes pretenden contraer matrimonio. Hállanse ciertamente, por cuanto á su matrimonio, bajo la potestad del consejo de familia; de consiguiente, conforme al artículo 168 deberían hacerse las publicaciones en el domicilio del consejo. (1) Tal es, en efecto, la opinión común. ¿Pero cuál es ese domicilio? Los autores contestan: el lugar en que el consejo se reúne y donde tiene su asiento. Ese sería un domicilio especial, diferente del domicilio general definido en el artículo 102; ahora bien, ¿no se necesita una ley para admitir un domicilio especial? La afirmativa es manifiesta. Proudhón tiene razón, pues, al decir que el consejo de familia no tiene domicilio. No sólo no hay texto en este particular sino que el espíritu de la ley está en pugna con la opinión común. Las publicaciones se hacen en virtud del art. 168 para advertir á los que están llamados á con-

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 294, número 190.

sentir en el matrimonio. En consecuencia, á los parientes colaterales es á los que se debe prevenir individualmente; ¿quedarán prevenidos éstos si el hijo hace las publicaciones en el lugar en que se reunió el consejo de familia; es decir, en su propio domicilio? Podría suceder que ninguno de los miembros del consejo tuviese su domicilio en este lugar: ¿de que servirían entonces las publicaciones? Finalmente, las publicaciones que, según los autores, deberían hacerse en el domicilio del consejo de familia se confundirían casi siempre con las que deben hacerse en cumplimiento de los arts. 166 y 167. En efecto, si el menor reside en el lugar en que está su domicilio en ese caso se harán las publicaciones en el domicilio del menor, que es el mismo en que se reúne el consejo de familia. Si el menor tuviere un domicilio distinto de su residencia las publicaciones deberán hacerse también en el domicilio; es decir, en el lugar en que se reúne el consejo de familia. De consiguiente, con arreglo al art. 168, en lo concerniente al consejo de familia, se harán las publicaciones que determinan los arts. 166 y 167.

423. ¿Cuándo podrá celebrarse el matrimonio? El artículo 64 contesta que no podrá ser antes del tercer día, pasado y no comprendido el de la segunda publicación. Como ésta se hace ó se considera que se hará el domingo el matrimonio podrá celebrarse el miércoles siguiente. Si ha habido dispensa de la segunda publicación podrá celebrarse el matrimonio el tercer día después de la primera. Esta es la opinión común. Pero no podrá celebrarse antes, diga lo que quiera Marcadé, quien también acerca de este punto ha ideado una opinión nueva. En caso de absoluta necesidad, dice este autor, podría celebrarse el matrimonio después de un plazo de veinticuatro horas. Esto, claramente, es redactar la ley, porque la ley no es muda como se pretende: el art. 64, combinado con el art. 168, decide

la cuestión. De cualquiera manera que la decida es imposible admitir un plazo de veinticuatro horas, que es puramente imaginario. (1)

Según el art. 65 si no se ha celebrado el matrimonio dentro de un año contado desde la expiración del *plazo de las publicaciones* no podrá celebrarse ya sino después de que se hagan nuevas publicaciones. Se comprende la necesidad de proceder así. Por lo regular el matrimonio se celebra luego que ha transcurrido el plazo de las publicaciones; si no se celebra, si las partes permanecen un año en la inacción, debe creerse que han abandonado el proyecto de matrimonio; de aquí el que, si insisten, sea necesario dar nueva publicidad, porque ya quedaron olvidadas las publicaciones antiguas. ¿Qué debe entenderse por el *plazo de las publicaciones*? El plazo expira el tercer día que sigue á la segunda publicación. Estos tres días están comprendidos en el plazo, puesto que antes del tercer día no puede celebrarse el matrimonio. Estando comprendido ese tercer día en el plazo de las publicaciones resulta que el matrimonio no podría celebrarse el miércoles respectivo del año siguiente. (2)

§ IV.—ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS.

424. Las partes contratantes deben entregar al oficial del estado civil diversos documentos. Estos serán la justificación de que los futuros cónyuges llenan todas las condiciones prescriptas para poder contraer matrimonio. Los documentos de que se trata son los siguientes:

1.º El acta de nacimiento de cada uno de los futuros cónyuges (art. 70). Esta acta comprueba su edad y su fi-

1 Véanse las diversas interpretaciones en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 341.

2 Acerca de este punto existen diferentes opiniones. Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 342.

liación, dos hechos que está interesado en conocer el oficial público, puesto que de ellos puede resultar un impedimento dirimente ó prohibitivo. La ley prevee el caso en que las partes se hallen en la imposibilidad de procurarse el acta de su nacimiento; permite suplirla con una acta de notoriedad expedida por el juez de paz del lugar del nacimiento ó del domicilio. El art. 71 determina las declaraciones que debe contener el acta de notoriedad y el art. 72 exige que ésta sea autorizada por el tribunal, el que puede negar su autorización si encuentra insuficientes los testimonios.

2.º El acta en que conste el consentimiento de los ascendientes ó el del consejo de familia. Ya dijimos que esta acta debe ser auténtica (art. 73), y no hay para qué decir que no es necesaria más que cuando no asisten á la celebración del matrimonio los padres llamados á dar el consentimiento,

3.º El expediente de las peticiones respetuosas que hayan debido hacerse en el caso en que los ascendientes nieguen su consentimiento al futuro cónyuge, mayor por lo que respecta al matrimonio (art. 157).

En el caso de que hubieren fallecido ó se encontraren imposibilitados de manifestar su voluntad los padres que deben consentir ó dar su consejo deben los futuros cónyuges presentar las actas que justifiquen la defunción, la ausencia ó la enajenación mental. Ya mencionamos el dictamen del Consejo de Estado de 24 Mesidor, año XIII, que tiene por objeto facilitar esta prueba. Existe otro, fecha 19 de Marzo de 1808, que permite corregir ligeras irregularidades en las actas del estado civil sin recurrir al procedimiento de rectificación. (1)

1 Véanse estos dictámenes en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 356 y 357.