

preciso evitar las anulaciones inútiles, y en el caso la anulación sería irrisoria, puesto que podrían contraer los cónyuges segundo matrimonio después de haber hecho anular el primero. Vale más conservar su unión.

### § III.—DEL INCESTO.

474. El incesto no es un delito, pero es una acción vergonzosa; importa que sea anulado el matrimonio incestuoso á fin de asegurar la pureza de las costumbres en el seno de las familias. Sin embargo, hay impedimentos que se derivan del parentesco ó de la alianza que pueden quitarse con dispensas. Bajo este concepto el incesto es un vicio menos grave que la bigamia. ¿Deberá deducirse de esto que la dispensa que fuere concedida con posterioridad al matrimonio impediría la acción de nulidad? En el derecho antiguo se admitía esta excepción, y en teoría podría sostenerse. El proyecto de Código iba más lejos: negaba la acción de nulidad en los casos en que procedía la dispensa. Esta disposición fué rechazada, y con razón. El legislador debe mostrarse severo, porque la severidad es el único freno contra las uniones inmorales y vergonzosas que la relajación de la ley favorecería necesariamente. En consecuencia, sería vano decir que quitando la dispensa de impedimento debe aplicarse la máxima de que cesando la causa debe cesar el efecto. La causa no cesa en el sentido de que el interés de las buenas costumbres exige una sanción severa, y ésta no es otra que la anulación. Objétase que la prohibición que no está establecida sino salvo dispensa es condicional, que siendo concedida la dispensa retrograda la condición. (1) Desconfiemos de las condiciones que se imaginan por la necesidad de la causa. El impedi-

1. Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 368, núm. 267 bis, I. Consúltese á Demolombe, t. III, p. 523, núm. 334.

mento está fundado en un interés moral, el mayor de todos los intereses sociales: ¿quién se atrevería á decir que este interés desaparece cuando hay una dispensa? Demante confiesa que esta sería una doctrina peligrosa; debe agregarse: es tan ilógica como inmoral.

### § IV.—DE LA CLANDESTINIDAD.

#### Núm. 1. *De la falta de publicidad.*

475. El art. 165 dice que el matrimonio se celebrará públicamente. Cuando no han sido llenadas las formalidades prescriptas por la ley para asegurar la publicidad del matrimonio hay vicio de clandestinidad. Es necesario no confundir el matrimonio clandestino con el matrimonio secreto. En el derecho antiguo el matrimonio que se fingía tener secreto hasta la muerte de uno de los cónyuges estaba privado de los efectos civiles. La declaración de 1639 habla de estos matrimonios con soberano desprecio; resienten más bien la vergüenza de un concubinato, dice el legislador, que la dignidad de una unión legítima. (1) Portalis nos explica los motivos del descrédito que acompaña á los matrimonios que se suponían, sin embargo, contraídos legalmente: queríanse prevenir las alianzas desiguales que ofenden el orgullo de los nombres elevados ó que no podían conciliarse con la ambición de una gran fortuna. El orador del Gobierno dice que esas consideraciones no tuvieron ya influencia en las costumbres nuevas. (2) Sucede á veces que los cónyuges tratan de mantener oculto su matrimonio, lo cual es muy incompatible con la publicidad que rodea la celebración del matrimonio; un matrimonio contraído en el extranjero puede ser público y ser ignora-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 426.

2 Exposición de los motivos, núm. 38 (Loché, t. II, p. 389).

do, no obstante, en el lugar en que los cónyuges van á establecerse. Es claro que ese matrimonio producirá todos sus efectos civiles; nuestra legislación no conoce ya matrimonios secretos en el sentido de que no hay pena señalada por el secreto con que los cónyuges hubiesen hallado conveniente cubrir su unión. Una sentencia de la Corte de Agén decide que un matrimonio contraído válidamente, aunque conservado sin cesar en secreto por los cónyuges y quedando ignorado de los terceros produce todos sus efectos entre los cónyuges; pero agrega la sentencia que el matrimonio no puede ser opuesto á los terceros que hayan podido y debido ignorarlo. (1) Esto es verdad con una restricción. Supóngase que se ha celebrado públicamente el matrimonio; desde ese momento puede ser opuesto á los terceros; pero si los cónyuges han destruido los efectos de la publicidad haciendo creer en todas sus maneras de obrar que no están casados entonces procede aplicar el principio general del art. 1382. Los cónyuges han engañado á los terceros; si con esto les han causado un perjuicio deben repararlo. (2)

476. La clandestinidad es una causa de nulidad absoluta. Portalis nos ha dado las razones de ello: "La más grave de las nulidades es la que se deriva de que un matrimonio no se haya celebrado públicamente y en presencia del oficial civil competente. Esta nulidad da acción á los padres ó á los cónyuges, al Ministerio Público y á todos los que tienen interés en ello. No puede ser excusada con la posesión ni con ningún acto expreso ó tácito de la voluntad de las partes: es indefinida y absoluta." ¿No exagera Portalis la gravedad que resulta de la clandestinidad? Ciertamente es que la jurisprudencia se ha separado de su doctrina

1 Sentencia de 18 de Noviembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 385, 2.º)

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 478, número 297.

en el punto en que la nulidad que él declara indefinida y absoluta está considerada hoy como relativa y que puede excusarse. Quizá la jurisprudencia se ha separado del espíritu de la ley, pero por su parte Portalis se ha equivocado al representar la clandestinidad como la más grave de todas las nulidades. Posible es que un matrimonio se celebre sin publicidad y que una, sin embargo, todas las condiciones requeridas para su validez. ¿No sería un exceso de severidad el anularlo? Después de todo la publicidad tiene por principal objeto garantizar el cumplimiento de todas las condiciones que la ley prescribe; este es un medio; ahora bien, el medio debe estar subordinado al fin y no el fin al medio.

477. "Todo matrimonio que no haya sido contraído públicamente, dice el art. 191, puede ser impugnado por los mismos cónyuges, por los padres, por los ascendientes y por todos aquellos que tengan un interés de actualidad, así como por el Ministerio Público." Por consiguiente, la nulidad es absoluta, pero tiene un carácter particular que la distingue de las demás nulidades absolutas y aun de las relativas. Cuando la ley declara nulo el matrimonio la nulidad puede ser pedida, y desde que se pide debe ser pronunciada por el juez; nada se deja á su poder de apreciación. No sucede lo mismo con la clandestinidad. Así resulta de la claridad del art. 193. Este determina multas contra el oficial del estado civil, contra las partes contratantes ó contra aquellas personas bajo cuya potestad han procedido éstas, por cualquiera contravención á las reglas prescriptas en el art. 165; después agrega: "aun cuando estas contravenciones no se estimaren suficientes para hacer declarar la nulidad del matrimonio." Y que el art. 165 dice. "El matrimonio se celebrará *públicamente*." No dice en qué consisten la formalidades que constituyen la publicidad; la ley las fija en otros artículos: consisten en las publicacio-

nes, en la celebración del matrimonio por el oficial civil en la casa municipal, en la admisión del público en esta solemnidad y en la presencia de cuatro testigos. Deben llenarse todas estas formalidades; la ley las prescribe en términos imperativos y á veces terminantes. ¿Quiere decir que debe declararse la nulidad cuando no se ha llenado una de esas formalidades? Nó, aquí interviene el poder discrecional que concede al juez en esta materia el art. 193; á él corresponde apreciar, como dice el texto, si es bastante grave la clandestinidad para anular el matrimonio; de consiguiente, puede conservar la unión si encuentra que no obstante la falta de cumplimiento de una ú otra formalidad no es suficiente la contravención para hacer declarar la nulidad. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre el vicio de clandestinidad y los demás vicios que anulan el matrimonio? La publicidad es un hecho complejo que se compone de diversos elementos; puede faltar uno de éstos y, sin embargo, puede haber tenido el matrimonio toda la publicidad posible. Por consiguiente, hay hechos que apreciar. De aquí que el juez tenga necesariamente un poder discrecional en esta materia. Los demás vicios, por el contrario, no dan lugar á ninguna apreciación: el consentimiento existe ó no existe, el error ó la violencia se hallan ó no establecidas, hay ó no incesto y bigamia. En esto no hay de más ó de menos, mientras que puede haber una publicidad ó una clandestinidad más ó menos grandes. El principio no puede ser disputado, puesto que está escrito en la ley. Vamos á aplicarlo á los diversos hechos que constituyen la publicidad.

478. ¿Puede ser anulado el matrimonio por la falta de las publicaciones prescriptas por la ley? Ateniéndose al texto del art. 64 y al discurso de Portalis se tiene la intención de decidir que hay nulidad. El art. 64 dice que el matrimonio *no podrá celebrarse antes de que hayan pasado*

tres días desde el de la segunda publicación, sin comprender éste. También el art. 65 es tan imperativo y terminante. Escuchemos ahora la Exposición de los Motivos: "Entran también entre los matrimonios clandestinos los que no han sido precedidos de las publicaciones requeridas..... La nulidad de esos matrimonios clandestinos es evidente." Es muy cierto, no obstante, que la falta de publicaciones no entraña la nulidad del matrimonio. Más todavía: apenas si la falta de publicaciones puede ser tomada en consideración por el juez. Legalmente éste no podría declarar nulo el matrimonio decidiendo que es clandestino porque no fué precedido de publicaciones. Semejante decisión sería casada por la Corte de Casación. En efecto, ¿qué dice el art. 191? Permite impugnar el matrimonio que no haya sido *contraído* públicamente. La palabra *contraído* indica que se trata del momento en que se celebra el matrimonio, porque entonces es cuando se forma el *contrato* con el concurso del consentimiento de las partes. En igual sentido está concebido el art. 193. Cita el artículo 165, y esta última disposición prescribe la *celebración pública* del matrimonio. De consiguiente, no hay nulidad en punto á clandestinidad sino cuando el matrimonio no se ha *celebrado* públicamente. Ahora bien, las publicaciones son extrañas á la celebración del matrimonio; legalmente no forman parte de los elementos que constituyen la celebración pública; de donde se sigue que la falta de publicidad no es un vicio de clandestinidad. Lo más que puede decirse es que teniendo el juez un poder discrecional en materia de clandestinidad podrá tomar en cuenta la falta de publicaciones para decidir que el matrimonio es nulo por falta de publicidad. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo. (1) Sólo Proudhon es de opinión contra-

1 Véanse las sentencias y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 553.  
P. de D. TOMO II. 90

ria. Los términos imperativos y aun terminantes de los arts. 64 y 65 no tienen importancia alguna en esta materia, puesto que según los principios sancionados por la Corte de Casación no hay nulidad sin texto que la declare; los términos de la ley, por positivos ó terminantes que sean, no bastan, pues, para entrañar la nulidad.

479. El matrimonio no se ha celebrado en la casa municipal. En esto hay falta de uno de los elementos que constituyen la publicidad legal del matrimonio. ¿Pero bastará el solo hecho de que el matrimonio se haya celebrado en el domicilio de las partes para que entrañe nulidad? Según el principio establecido en el art. 193 es evidente que este es un punto de hecho que decidirá el juez según las circunstancias de la causa; esto no es una cuestión de derecho. Matrimonios celebrados en el domicilio de los futuros cónyuges han sido sostenidos porque había un motivo legítimo: la enfermedad para hacer excepción de la regla; otros celebrados así han sido anulados, sin duda porque había la intención de ocultarlos. No referimos estas decisiones porque se refieren al hecho y en nada atañen al derecho. (1)

El matrimonio no se ha celebrado en presencia de cuatro testigos ó los testigos no reunían las condiciones prescritas por la ley. ¿Es esto una causa de nulidad? La decisión depende de los hechos y de las circunstancias. Ha habido matrimonios confirmados apesar de no haber habido en ellos más que dos ó tres testigos. Por el contrario, ha sido anulado un matrimonio porque fué celebrado en presencia de tres mujeres. (2)

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 556 y 447. Debe agregarse una sentencia de Agén de 28 de Enero de 1857 (Dalloz, *Recopilación*, 1857, 2, 109) que anula el matrimonio celebrado en el domicilio de uno de los cónyuges.

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 558.

480. ¿Puede ser quitado el vicio de clandestinidad? En principio debe decidirse, con Portalis, que siendo absoluta la nulidad es imposible destruirla con una confirmación cualquiera. Esta es la aplicación de los principios generales que rigen las nulidades de interés público. ¿No podrían, empero, los tribunales tener en cuenta la posesión de estado de los cónyuges cuyo matrimonio no se ha celebrado públicamente? Marcadé decide la cuestión por la afirmativa, y en ese sentido existe una sentencia. (1) Desde el punto de vista legal eso es más que dudoso. En el momento en que se forma el contrato es cuando debe existir la publicidad; si no se ha celebrado públicamente es, por eso mismo, clandestino, y si es clandestino puede ser anulado. Nosotros decimos que puede serlo; en derecho debería decirse que debe ser anulado desde que es constante en hecho que es clandestino. Mas como los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar la clandestinidad podrán tomar en consideración la publicidad que ha seguido al matrimonio y confirmarlo apesar de que se haya contraído clandestinamente. La decisión, convertida en hecho, sería incombustible. Si el tribunal decidiera en derecho que el matrimonio, aunque clandestino, es válido en razón de la posesión pública que le ha seguido esta decisión sería contraria á la ley. Sería necesario un texto para permitir al juez declarar que una nulidad se destruye con la posesión de estado. Ahora bien, no sólo no existe texto sino que hay una declaración del todo contraria, de Portalis, y esta declaración tiene en sí el rigor de los principios.

1 Marcadé, t. I, p. 499, art. 191, núm. 3. Sentencia de Aix de 14 de Mayo de 1857 (Dalloz, *Recopilación*, 1857, 2, 148).

Núm. 2. De la incompetencia del oficial civil.

481. ¿Se confunde con la clandestinidad la incompetencia del oficial civil ó es un vicio distinto y separado? Se ha dicho que los dos vicios no forman más que uno solo en el sentido de que la competencia del oficial público no es más que un elemento de la publicidad. ¿Cuál es su papel en el matrimonio? pregunta Marcadé. El de *testigo*; no es él quien realiza el matrimonio, es espectador pasivo de esa ceremonia; el consentimiento de las partes es lo que constituye la esencia del matrimonio; el oficial público no hace más que declarar, en nombre de la sociedad, que existe éste. Tal doctrina contiene verdad, pero es demasiado absoluta. Nó, el oficial del estado civil no es un simple testigo, un espectador, porque su presencia es necesaria para la existencia del matrimonio: no existe matrimonio cuando no hay en él oficial del estado civil, como tampoco hay matrimonio sin consentimiento. En vano consentirían las partes, en vano sería comprobado auténticamente su consentimiento; si no hay oficial del estado civil ó si éste no declara que los cónyuges quedan unidos en matrimonio no habrá matrimonio.

De que el oficial civil es simple testigo del matrimonio Marcadé concluye que la incompetencia del oficial público no es otra cosa que la falta de publicidad requerida por la ley. (1) También esto es demasiado absoluto. De ello resultaría, en efecto, que el matrimonio no podría ser anulado, aun cuando el oficial público fuera incompetente; en otros términos, que en caso de incompetencia el juez no debería anular el matrimonio sino comprobando en hecho que ha habido en él falta de publicidad. Esta teoría está

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 494 y siguientes, art. 191, número 1.

contradicha en el texto del Código; el art. 165 no se conforma con decir que el matrimonio se celebrará públicamente; agrega: «ante el oficial civil del domicilio de una de las partes.» Por consiguiente, hay dos condiciones distintas: la publicidad y la presencia del oficial público. También el art. 191 dice que puede impugnarse todo matrimonio que no haya sido contraído públicamente y que no se haya celebrado ante el oficial público competente. Hay, pues, dos causas de nulidad: la falta de publicidad y la incompetencia. ¿Si no fuera más que una sola las dos nulidades por qué había de mencionar la ley separadamente la incompetencia? ¿Si la competencia no fuera más que uno de los elementos de la publicidad por qué había de mencionar la ley este elemento mejor que los otros?

El texto nos revela la verdadera teoría del Código. La presencia del oficial público se requiere, en primer lugar, como condición de la existencia del matrimonio, independientemente de toda publicidad. Después se necesita que el oficial público declare, en nombre de la ley, que las partes quedan unidas en matrimonio. También esto es independiente de la publicidad. El consentimiento de las partes sería dado con toda la publicidad posible, sin que hubiera por ello matrimonio, si el oficial público no lo declarara. Algo hay de cierto, sin embargo, en la doctrina que combatimos. Ya Demante ha hecho la observación sobre el particular: «La presencia del oficial público competente, dice, sin hablar de las garantías que en sí misma ofrece para la perfecta observancia de las condiciones del matrimonio, es también uno de los principales elementos de publicidad.» (1) Por esta razón exige el Código que el matrimonio se celebre ante el oficial del estado civil de una de las partes. En ese sentido la competencia se liga con la

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 376, núm. 273, bis I.

publicidad; el matrimonio tendrá, en efecto, más publicidad si se celebra por el oficial público del domicilio de una de las partes que si lo fuera por cualquier otro oficial público. En razón del lazo que existe entre la publicidad y la competencia es por lo que la ley une las dos causas de nulidad en una misma disposición en el art. 165 y en el art. 191, lo que no impide que las dos causas sean distintas y que la nulidad pueda ser declarada, bien por falta de publicidad, bien por incompetencia.

482. Hay, en general, dos clases de incompetencia: la incompetencia en razón de la persona de las partes contratantes y la incompetencia en razón del lugar en que se verifica el acto. Es cierto que el oficial del estado civil es incompetente cuando procede á la unión de dos personas de las cuales ninguna tiene su domicilio, relativamente al matrimonio, en la municipalidad en que ejerce sus funciones. ¡Pero es también incompetente cuando celebra un matrimonio fuera de esta municipalidad, aunque sea el oficial de una de las partes? Merlin niega la incompetencia territorial. El oficial civil, dice, no ejerce ni jurisdicción contenciosa ni jurisdicción voluntaria; sentado esto no puede aplicársele el principio de que la jurisdicción está circunscripta á cierto territorio. Ese principio, por lo demás, no sería aplicable á la jurisdicción voluntaria, y ésta es la única que se podría reclamar para el oficial civil. Verdad es que los notarios y los ujieres no pueden ejecutar actos de su ministerio sino dentro de los límites de cierto resorte, pero esto es en razón de que así lo deciden leyes especiales. Por lo que respecta al oficial del estado civil carecemos de ley; permanecemos, por lo mismo, bajo el imperio del principio seguido ya por los jurisconsultos romanos, de que la jurisdicción voluntaria no está circunscripta á un territorio limitado. Síguese de esto que el oficial del estado civil, competente en cuanto á la persona de los futuros

cónyuges, puede válidamente celebrar su matrimonio fuera de la municipalidad en donde ejerce sus funciones. (1)

Esta es una cuestión de texto. ¿Es cierto que el artículo 191 al hablar del oficial público *incompetente* no tiene la intención de hablar más que de la incompetencia personal? Puede decirse que el art. 191 se refiere al artículo 165, como lo dice expresamente el art. 193. Ahora bien, ¿qué dice el art. 165? Que el matrimonio se celebrará ante el *oficial del estado civil de una de las partes*. Esta disposición no prevee, pues, más que la competencia personal, y no hay otro artículo que declare nulo el matrimonio por incompetencia territorial, lo que parece decidir la cuestión. Nosotros creemos que el art. 165 prevee los dos casos de competencia; efectivamente, no hace más que reproducir en otros términos la disposición del art. 74. Y el art. 74 dice que el matrimonio se celebrará *en la municipalidad* en que tenga su domicilio uno de los cónyuges. Esta expresión equivale á la del art. 165: "ante el oficial civil del domicilio de una de las dos partes" Por consiguiente, de la combinación de las dos disposiciones resulta que el art. 165 exige la competencia personal y la competencia territorial, y, en consecuencia, el matrimonio puede ser impugnado, en virtud del artículo 191, cuando el oficial público, aunque competente respecto de las personas, es incompetente relativamente al territorio.

483. La cuestión tiene poca importancia práctica. Aun cuando se admitiera que hay nulidad en razón de la incompetencia territorial, en virtud del art. 191, debería aplicarse á la incompetencia territorial, lo mismo que á la incompetencia personal, el principio establecido en el artículo 193. Hemos dicho que el art. 193 hace de la clandes-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección IV, pfo. I, art. 1, 3.ª cuestión.

tinidad una nulidad facultativa en el sentido de que la abandona á la apreciación del juez. ¿Debe admitirse el mismo principio para la incompetencia? A primera vista la cuestión parece absurda. Hay grados en la publicidad y en la clandestinidad; un matrimonio puede ser más ó menos público, más ó menos clandestino. ¿Puede, empero, decirse de un oficial público que sea más ó menos incompetente? En esto no hay mezcla ni cuestión de hecho, hay una cuestión de derecho: el oficial civil es competente ó no lo es. Si no lo es hay vicio, causa de nulidad, y nada, en ese caso, puede abandonarse al poder discrecional del magistrado. Es cierto, sin embargo, que el artículo 193 da al juez el mismo poder para la incompetencia que para la falta de publicidad. Efectivamente, habla de contravenciones á las reglas prescriptas en el art. 165; ahora bien, este artículo establece dos reglas: la celebración pública y la presencia del oficial civil del domicilio de una de las partes. ¿Mas cómo explicar el poder discrecional de los tribunales en una materia que parece excluir toda apreciación de los hechos? ¿Puede decidir el juez que es competente el oficial civil cuando en realidad es incompetente? Este es el caso de recordar la observación de Demante y la teoría de Marcadé. En tanto que la competencia se ligue con la publicidad se concibe que el juez tenga un poder de apreciación. Si el oficial civil celebra fuera de su municipalidad el matrimonio de dos personas que están domiciliadas en el lugar en que se celebra el matrimonio hay incompetencia territorial y, por ende, una causa de nulidad. Pero supongamos que la celebración haya tenido lugar en la casa de campo de una de las partes, en un lugar en que es perfectamente conocida y donde la publicidad ha sido completa: el juez confirmará el matrimonio. Si, por el contrario, había en el acto de la celebración fuera de la municipalidad una intención de clandestinidad

podría anularlo. En el caso de incompetencia personal hay una razón más para dar al juez un poder de apreciación. La doctrina está de continuo dividida en la cuestión de saber si puede celebrarse el matrimonio en el domicilio de derecho ó si debe serlo en el domicilio de hecho. ¿Se anulará un matrimonio que se haya celebrado en el domicilio de derecho? Nó, en verdad. Empero si las partes no tenían ningún domicilio en el lugar en que se celebró el matrimonio el juez podrá declarar la nulidad. (1)

¿Qué deberá decidirse si hubiese á la vez incompetencia personal é incompetencia territorial? Merlin dice que en ese caso habría nulidad absoluta; el oficial civil no sería más que un simple particular y, por tanto, no tendría calidad alguna para celebrar el matrimonio. (2) Nos sorprende esta decisión. Merlin enseña que la incompetencia territorial no es una causa de nulidad; de consiguiente, en realidad no hay más que una sola incompetencia en razón de las personas; ahora bien, esta causa de nulidad está abandonada á la apreciación del juez por el art. 193. Aun cuando hubiera un doble vicio en razón de la incompetencia personal y territorial del oficial público se necesitaría admitir también, en derecho, el poder discrecional del juez, porque el art. 193 no distingue.

#### § V.—¿HAY OTRAS CAUSAS DE NULIDAD?

484. Si se admite el principio establecido por la Corte de Casación la cuestión no puede ni siquiera ser planteada. No hay más nulidades que las establecidas en el capítulo IV de nuestro título; de consiguiente, no podría haber

1 Esta es la opinión común y está sancionada por la jurisprudencia (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 561 y 562).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, pfo. II, art. 193, 2.ª cuestión.