

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. 1º 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, aun cuando residan en el país extranjero."

El capítulo 1º, al cual remite el art. 170, no habla de las formalidades relativas á la celebración del matrimonio, que es el objeto del capítulo 2º. 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 debe decidir si el matrimonio se celebrará públicamente. Pero entonces 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, *Repertorio* en la palabra *Matrimonio*, núm. 390.

una disposición del capítulo 1º, prescripta 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 prescripta 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 prescriptas por el art. 63, y que el francés no haya contravenido á las disposiciones contenidas

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

én el 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 prescripta 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 con-

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

2 Marcadé la sostiene vivamente (t. I, pág. 247, art. 179, núm. 2).

3 Sentencia de denegada de 8 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 393, I), y sentencia de casación de 6 de Marzo de 1837. *Id.*, núm. 393, II.

traídos 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 contraídos 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 esté consentimiento se volvería necesario cuando los hijos se casen 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 carácter 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 cambie

de naturaleza, sería necesario 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 estado. (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 á sus ascendientes, es imposible admitirla cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero sin haber sido precedido por las publicaciones prescriptas 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* marque las dos condiciones; si, á pesar de esta fórmula irritante, el matrimonio queda válido cuando no ha habido actos respetuosos, debe decirse también que esta fórmula no importa nulidad por falta de publicaciones. Es imposible que la impresión *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 secundario

1 Ved, en este sentido, la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 18 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 394, 1), y la sentencia de la Corte de Casación de Bruselas de 28 de Junio de 1830 (*Jurisprudencia del siglo XIX*, 1, 830, 3ª parte, pág. 234, y Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 397, II).

rio, porque no concierne á la publicidad de la celebración, que es la única requerida para la validez del matrimonio (arts. 165, 191, y 193). Cuando el matrimonio es contraído en el extranjero, la ley quiere también que sea público en Francia; pero aquí, el solo elemento de la publicidad son las publicaciones. ¿No habrá que inferir de esto, con las primeras sentencias de la Corte de Casación, que la formalidad de las publicaciones es substancial, por lo que el matrimonio contraído en país 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, es necesario, pues, hacello á un lado. El art. 191, invoca por la Corte de Casación; hablan del matrimonio que no ha sido contraído públicamente; él es extraño á las publicaciones; el artículo que sigue, sanciona la falta de éstas por una multa. Luego no hay texto que pronuncie la nulidad de un matrimonio contraído en el extranjero sin publicaciones; previas. Se pretende que este texto existe en el art. 170, y que hay una razón especial para que sea nulo el matrimonio celebrado en el extranjero sin publicaciones. Acabamos de señalar la diferencia que, sin duda, existe entre las publicaciones, cuando el matrimonio ha sido contraído 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 sólo el hecho de no haber sido precedido de publicaciones? Es lo que negamos apoyados tanto en los principios como en los textos.

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

1 Es lo que dice la Corte de Angers (sentencia de 12 de Enero de 1838 en Dalloz, palabra *Matrimonio*, núm. 393, II).

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 éstas no tengan razón de ser? (1) Es imposible porque esto está en oposición en 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 defraudar á la ley. ¿El legislador debe sancionar su matrimonio celebrado en fraude de sus disposiciones? Nó, 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 del Siglo XIX*, 1840, 2, p. 294). Véanse en el mismo sentido, dos sentencias de las cortes de Tolosa y de Bastia 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. Leemos en una sentencia de la Corte de Bruselas de 7 de Mayo de 1844 (1) que la publicidad es requerida por el Código para la validez 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 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.º  
Comparase la sentencia de 28 de Junio de 1830 (*ibid.*, núm. 739, 2.º)  
y la de Bruselas de 28 de Julio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, 2, 273).

para defraudar la ley. (1) Una sentencia de la Corte de Bruselas de 2 de Junio 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 contraído por belgas en país extranjero sino cuando ha habido fraude; es decir, cuando las partes han tenido por objeto, alirse al extranjero, substraerse 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 1844 establece el principio de que el art. 170 no pronuncia expresamente la nulidad del matrimonio contraído 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 prevalecieran." (3) Una sentencia de la Corte Suprema de 20 de Noviembre de 1866 hace constar que es ahora de jurisprudencia que la anulación del 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 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 10) y por sentencia de 10 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 216).

2 *Pasicrisia*, 1863, 2, 214.

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

4 Dalloz, *Recopilación 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 artículo 193. (1) Esta disposición da, en efecto, un poder de apreciación al juez para las contravenciones al art. 165. 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

jurisprudencia de las cortes imperiales. Véanse cuatro sentencias de 1850, 1852 y 1853 en Dalloz, *Recopilación periódica*, 1853, 2, 179 y siguientes, una sentencia de París de 1855 (*ibid.*, 1855, 2, 213) y dos sentencias de 1860 (*ibid.*, 1860, 2, 156 y 157).

1 Sentencia de 28 de Marzo de 1854 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1854, 1, 202) y de 21 de Febrero de 1866 (*ibid.*, 1866, 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 aun 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 mismo-, 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 contratado 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 artículo 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 arts. 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 cómo 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 1844 (Daloz, en la palabra *Matrimonio* núm. 394, 14). Compárese además la sentencia de Montpellier de 25 de Abril de 1844 [Daloz, *Recopilación periódica*, 1845, 2, 36].

2 Sentencia de 17 de Agosto de 1841 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 394, 10<sup>o</sup>).

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 196. El busca otro y encuentra el artículo 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 artículo 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 [Daloz, *Recopilación periódica*, 1845, 2, 36]. Sentencia de París de 22 de Enero de 1842 (Daloz, 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 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1845, 1, 309 y 1854, 1, 421). Sentencia de Tolosa de 7 de Mayo de 1866 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1866, 2, 109). Sentencia de Bruselas de 7 de Junio de 1831 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 395).

2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. III, p. 350, número 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 separarse. 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 á 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 corregirlo. 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 transcripta 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, a no ser que se suponga que la falta de cumplimiento de esta formalidad tiene alguna sanción. Ahora bien, siendo ésta 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 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 351, número 227.