

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.

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 transcrita; 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 Merlin 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 Zachariae, *Curso de Derecho Civil Francés*, t. III, p. 315, nota 7, pfo. 468.

2 Véase el t. II de estos *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 prescripta 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 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 397, 1°).

2 Es la opinión de Durantón (t. II, p. 187, núm. 240) seguida por Zachariae (t. III, ps. 314 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 transcripta, 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* este 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, 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 (Sesión de IV Vendimiarío, 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 (arts. 59-61). Sucede lo mismo con las actas de defunción (arts. 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 (arts. 95 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-

rimonio 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 transcripta. 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 aun 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 (2). 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 inadmisibile, 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 mujer contrata sin dar á conocer que

1 Véanse los autores y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Privilegios é Hipotecas*, núm. 865.
2 Demolombe *Curso del Código de Napoleón*, t. III, ps. 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 transcripta 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 de los esposos. La ley impone á éstos 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; si, 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 Bundevis de 14 de Marzo de 1850 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1853, 2, 179).