

ley en cuanto á la forma de los actos. Dedúcese de aquí, que los ciudadanos de la misma patria que quieran contraer matrimonio en el extranjero, deben observar, respecto de las formalidades, la ley de su patria, si se unen en matrimonio ante su agente diplomático ó consular, ó las prescritas por la ley territorial, si prefieren celebrarlo ante el funcionario del estado civil del país extranjero.

**548.** Esta regla debe aplicarse también respecto de los matrimonios celebrados en Turquía. No puede negarse, en efecto, á los extranjeros allí residentes, poder celebrar matrimonio, observando la ley territorial respecto de las solemnidades. Algunos Tribunales, entre ellos el de Nápoles, han sostenido que como los distritos consulares extranjeros gozan, en virtud de las capitulaciones, del privilegio de la extraterritorialidad, los ciudadanos pertenecientes á uno de estos distritos deben estar obligados á observar necesariamente, respecto de la forma de matrimonio, la ley de su propio país (1).

Mas conforme á los principios de justicia, debe admitirse que ni las capitulaciones entre los Estados europeos y Turquía, ni la pretendida ficción de la extraterritorialidad, pueden modificar la aplicación de la regla *locus regit actum* en el Imperio otomano; por consiguiente, debe considerarse válido, respecto de la forma, el matrimonio celebrado con las solemnidades prescritas por la ley territorial (2).

(1) 7 de Febrero de 1870 (Del Balzo), *Gazetta del procuratore*, 1870, p. 8.

(2) Véase, en el mismo sentido, Casación de Turín, 27 de Julio de 1870; *Monitore dei Tribunali*, 1870, p. 749, y Casación francés, 18 Abril 1865. Dalloz, 1865, p. 348

## CAPITULO II

### Prueba de la celebración del matrimonio.

**549.** Principio general acerca de la prueba del matrimonio celebrado.—**550.** Si la posesión de estado puede equivaler al acto de la celebración.—**551.** Observaciones sobre la opinión de Brocher.—**552.** El acta suscrita por un rabino puede servir para probar la celebración del matrimonio.—**553.** De la prueba del matrimonio dada por los hijos.—**554.** Si la ley que admite la posesión de estado á favor de los hijos que tratan de establecer su legitimidad puede invocarse por los extranjeros.

**549.** Por regla general debe el matrimonio ser comprobado mediante un documento cualquiera en que conste su celebración. Conviene, pues, referirse á la ley del país en donde se haya celebrado para resolver lo relativo á la eficacia de un acto aducido para probar su existencia. También en este caso deberá aplicarse la regla general que establece que la prueba, en cualquier negocio judicial que haya surgido bajo el imperio de una ley, debe regirse por la ley misma bajo la cual se haya verificado el negocio. Por consiguiente, en los países en que los registros de matrimonio se conserven en la parroquia, como sucede en Inglaterra, el certificado del pastor firmado por él y con las correspondientes legalizaciones, necesarias para los actos destinados á hacer fe en el extranjero, debe reputarse como prueba auténtica de la celebración del matrimonio (1).

**550.** No podemos, pues, admitir que pueda aplicarse la misma regla para decidir en general si la posesión de estado alegada por ambos cónyuges puede equivaler al acto de la celebra-

(1) Conf. Bruselas, 26 Noviembre 1875. (Cabert), *Pasieris. Belga*, 1876, 2; 54; Pradier-Fodéré, *Droit intern.*, t. III, § 1.736.

ción de matrimonio y ser suficientes para eximirles de la obligación de presentar el acta misma. Parece, en efecto, que esta cuestión puede resolverse aplicando la regla *locus regit actum*; pero el decidir si el que reclama, el titulado cónyuge, puede eficazmente hacer esto sin presentar el acta de celebración del matrimonio, y si la posesión de estado puede hacer las veces del acta, es cuestión que debe estar sometida al imperio del estatuto personal (1). Es cierto que, si en el país en que se haya efectuado el matrimonio no se llevasen ni registros del estado civil ni los de la parroquia, y fuese allí prueba eficaz de haberse celebrado el matrimonio el acta de notoriedad de vivir dos personas en concepto de matrimonio como marido y mujer, este acta podría considerarse como prueba suficiente de la celebración del matrimonio, y así fué considerado por el Tribunal de casación francés (2). En esta hipótesis no debía el Tribunal rechazar la admisibilidad del acta de notoriedad como medio de prueba, sino limitarse sólo á apreciar en el hecho si la cohabitación comprobada mediante este acta, tiene los caracteres exigidos para establecer la pública voz y fama de que viven dos personas como marido y mujer.

No obstaría en este caso aducir que, según la ley personal de los cónyuges, la posesión de estado, en cuanto alegada por ambos, no podía dispensarles de presentar el acta de celebración. Por esto, si la ley personal así lo dispusiese, consideraría evidentemente válidos los matrimonios celebrados en un país en el que, existiendo los registros del estado civil conservados por el poder civil ó autoridad eclesiástica, podría producirse el acta de la celebración por la de matrimonio; pero no tendría en cuenta igualmente el caso del matrimonio celebrado en un país en donde la existencia legal de aquél pudiera comprobarse mediante el acto notorio de la cohabitación, precedida de la declaración pública de querer vivir como marido y mujer. En este segundo caso, sin invalidar

(1) Conf. Tribunal de Lyon, 28 Febrero 1880 (Desaye), *Journ. du droit privé*, 1880, p. 479.

(2) Casación de 13 de Enero de 1857 (Valmy), *Journ. du Palais* 1839, p. 398.

la regla general, esto es, que la cuestión de si debía ó no ser eficaz la posesión de estado para establecer el de las personas, debe considerarse sometido al dominio del estatuto personal, el matrimonio deberá considerarse como probado en virtud de otra regla, á saber: la de que la prueba de una relación jurídica cualquiera que haya nacido bajo el imperio de una ley determinada, debe suministrarse de conformidad con la regla *locus regit actum*.

**551.** No podemos, pues, participar de la opinión de Brocher, que sostiene que la simple posesión de estado debe considerarse suficiente cuando se admita por la ley del país en donde se ha efectuado el matrimonio, de donde deduce que lo dispuesto en los arts. 194 y 195 del Código civil francés, con los que están conformes los arts. 117 y 118 del Código civil italiano, sólo son aplicables á los matrimonios celebrados en el Estado. Nosotros opinamos, por el contrario, que estos artículos son aplicables también á los matrimonios celebrados por franceses y por italianos en el extranjero, siempre que lo hayan efectuado en un país en donde pueda verificarse la prueba de la celebración mediante el acta de estado civil; pero la disposición del art. 195 del Código francés y 118 del italiano, no es un obstáculo á que la ley del lugar de la celebración pueda aplicarse á todo lo concerniente á la forma del acta civil y á la prueba del mismo, la cual puede ser también documental ó testifical, si esto fuese suficiente con arreglo á la ley del lugar, y así debería también admitirse el acta de notoriedad en el caso antes indicado.

**552.** Según la ley rusa de 25 de Junio de 1836, que regula la materia del matrimonio en la Polonia rusa, dispone en su art. 179, que los matrimonios celebrados entre personas pertenecientes al culto israelita, están sometidos bajo todas sus relaciones á los preceptos de la religión mosaica. El art. 185 dispone, en su consecuencia, que el matrimonio debe ser celebrado por el ministro de su culto, con arreglo al rito de su religión; pero se impone al rabino (art. 187) el deber de trasladarse, con los esposos y con tres testigos, á las oficinas del funcionario del estado civil, y hacer que se inscriba por éste el acta de casamiento con arreglo al art. 58, relativo al matrimonio de los católicos.

El art. 232 dispone además, que cuando no se haya redactado acta alguna de matrimonio, ni se encuentre huella de éste en los libros del Registro civil, ni en los de la iglesia, podrá probarse la celebración mediante documentos ó testigos.

Es para nosotros indudable que, el matrimonio celebrado en Polonia por dos italianos israelitas, puede probarse mediante un documento suscrito por el rabino ó mediante testigos, y que dicho documento ó prueba testifical, unida á la posesión de estado, debe considerarse como prueba concluyente del matrimonio celebrado. La razón es siempre para nosotros la misma, á saber: la de que la forma de la celebración debe estar siempre sometida á la regla *locus regit actum*, y así como, según la ley vigente en la Polonia rusa, puede probarse el acto mediante documentos ó prueba testifical, así también el documento exhibido ó la prueba testifical suministrada deberá hacer las veces de acta de celebración respecto de nosotros (1). Por consiguiente, si las partes presentasen, por ejemplo, un contrato hecho por ellas ante el rabino, conocido con el nombre de *Krubé* ó de *Ketubah*, este documento deberá reputarse eficaz para probar la celebración del matrimonio, aunque no se hubiese inscrito en los libros del Registro civil ruso; y fundamos nuestro aserto en la aplicación de la regla admitida de que la prueba de los actos jurídicos debe estar sometida á la *lex loci*.

**553.** La existencia del matrimonio puede probarse en ciertos casos por los hijos que reclamen el estado de legitimidad; pero las reglas anteriormente expuestas no pueden utilizarse en este caso. Hallamos, en efecto, que también en el derecho canónico se hizo la distribución entre la prueba del matrimonio *quoad substantiam*, y la *quoad legitimitatem et successionem filiorum*, y mientras en el primer caso se exigió la *probatio plenior*, en el segundo se consideraba suficiente la de simples conjeturas (2). En el derecho moderno han prevalecido los mismos principios, y muchas

(1) Conf. Tribunal del Sena, 14 de Marzo de 1879; Clunet, *Journal*, 1879, pág. 547

(2) Patianus, *De probationibus*, libro II, cap. XVI, § 44.

leyes han tomado en cuenta la presunción de la existencia del matrimonio cuando éste deba probarse en interés de los hijos que reclamen la legitimidad, con mayor extensión y amplitud que respecto de cualquier otro acto jurídico.

**554.** Con arreglo al Código francés, que no considera la posesión de estado, respecto de los cónyuges, suficiente para subrogar el acta de matrimonio (art. 195), se ha admitido, no obstante, que cuando existan hijos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y hayan muerto ambos, no puede impugnarse la legitimidad de los hijos por el solo motivo de que falte la prueba de la celebración del matrimonio, siempre que esta legitimidad se pruebe por una posesión de estado que no se oponga al acta de nacimiento (art. 197). Lo mismo establecen los Códigos que han tomado por modelo el francés, según el Código italiano (art. 120), y según el derecho inglés (1). Podrá parecer, á primera vista, que, tratándose de establecer el estado de legitimidad, todo debe depender exclusivamente del estatuto personal, por el que deben regirse además las relaciones de filiación, y que, por consiguiente, deberá admitirse que la disposición del art. 197 del Código francés y la de las leyes á él análogas, puede invocarse útilmente sólo por los ciudadanos del Estado y no por los extranjeros.

Debemos, sin embargo, observar que, sosteniendo siempre que en principio la cuestión de la eficacia de la posesión de estado debe regirse por el estatuto personal, la disposición de una ley territorial que admita la presunción resultante de la posesión de estado en el caso de que se trata, debe admitirse aun respecto de los extranjeros, porque tiende en realidad á subrogar la presentación del acta de matrimonio en la hipótesis de que debe exhibirse para probar la celebración del mismo, y bajo este aspecto debe considerarse como una disposición de derecho social.

(1) Stephen, *A Digest of the law of evidence*, art. 53; Hubback, *A Treatise of evidence*, pág. 249, el cual reproduce la doctrina de muchas decisiones de los Tribunales ingleses.

Basta tener en cuenta que los citados artículos 197 y 120, se refieren al modo de probar el matrimonio en el caso de que por falta del acto de celebración se impugne la legitimidad. Trátase, en efecto, de uno que debe reputarse hijo con arreglo al acta de nacimiento, pero de cuya legitimidad se duda por no poder presentar el acta de matrimonio. Queriendo el legislador venir en auxilio de aquel que se encuentra en la imposibilidad de suministrar la prueba exigida de la celebración del matrimonio por sus progenitores, y teniendo presente las grandes dificultades que ha de tener el hijo para producir el acta de casamiento cuando sus padres hayan muerto, dispone que el motivo de la falta de la presentación de la prueba de la celebración del matrimonio de los padres, no debe ser por sí solo razón bastante para impugnar la legitimidad de un individuo que tenga la posesión de estado de hijo legítimo, cuya posesión no se halle en oposición con el acta de nacimiento. Parece evidente que esto debe considerarse como una disposición de derecho social, aplicable como tal lo mismo á los ciudadanos que á los extranjeros. No se trata, en realidad, de posesión de estado para establecer la relación de filiación, como ocurre en la hipótesis de que falte el acta de nacimiento, cuya relación debe depender exclusivamente del estatuto personal, por el que debe decidirse toda cuestión referente á las relaciones de filiación; se trata, por el contrario, de posesión de estado en lo que atañe á la prueba de matrimonio. Puede, ante todo, sostenerse que las presunciones en materia de pruebas, deben regirse por la ley territorial; puede aducirse, además, que como en la hipótesis que examinamos podría ser incierto el lugar en que el matrimonio se hubiese celebrado, no podría excluirse la presunción de que el matrimonio hubiese tenido efecto en el Estado mismo en donde rigiese la ley de que se trata, esto es, que se hubiese celebrado, por ejemplo, en Francia ó en Italia, lo cual haría que fuese aplicable indiscutiblemente la disposición del art. 197 del Código civil francés y la del 120 del Código civil italiano, en virtud del principio *locus regit actum* en materia de los medios de prueba. Podría, pues, sostenerse siempre, que así como las disposiciones mencionadas deben considerarse de orden público, porque tienden á

favorecer la legitimidad de los hijos nacidos de personas que hayan vivido públicamente como marido y mujer y que se hallen en la imposibilidad de presentar el acta de matrimonio de sus padres, y así como puede considerarse generalmente aceptado el principio de derecho común establecido por el canónico, esto es, que conviene dar mucha amplitud á la prueba de la existencia del matrimonio, siempre que ésta sea impugnada *quoad legitimitatem et successionem filiorum*; así también debería admitirse indudablemente la aplicación de la ley territorial á que nos hemos referido, respecto de los extranjeros que se hallen en el mencionado caso.