

cultativa, pero no obligatoria. Tenemos, además, un texto; segun el art. 131, las costas *podrán* compensarse en todo ó en parte, entre ascendientes y descendientes. Corresponde al tribunal ver si procede ó no hacer uso de esta facultad (1).

408. ¿Para la valorizacion de los daños y perjuicios, deben aplicarse los principios establecidos en el título de las Obligaciones? Una sentencia de la corte de Bruselas decide que no há lugar á la aplicacion de los principios generales (2). Para convencerse de ello, basta leer el artículo 1149. En él se lee que «los daños y perjuicios debidos al *acreedor* son, en general, por la pérdida que ha sufrido, y la *ganancia* de que ha sido privado.» ¿Puede decirse que el futuro cónyuge es un *acreedor*? ¿puede decirse que ha sido privado de una *ganancia*? Supongamos que la oposicion ha hecho que no se verifique el matrimonio; ¿es este el caso de calcular el beneficio que habria procurado esta union? No son una cuestion de deuda ni de crédito el matrimonio y la oposicion que de él se ha hecho; se trata de intereses morales. Si la ley permite que se condene á los oponentes á daños y perjuicios, es en razon de que declara una especie de pena contra los que por malicia ó ligereza estorban un matrimonio. Los tribunales fallarán segun su prudencia.

SECCION IV.—De las formalidades prescritas para la celebracion del matrimonio.

§ 1º Principios generales.

409. El matrimonio es un contrato, en el sentido de que exige el concurso del consentimiento de los futuros

1 Demolombe, t. III, p. 273, núm. 175. Sentencia de Bruselas de 26 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 176).

2 Sentencia de 29 de Julio de 1835 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 331).

cónyuges. No basta, empero, sólo el consentimiento; este debe ser expresado en las formas prescritas por la ley. De consiguiente, el matrimonio es un acto solemne. En presencia del oficial público es como deben consentir los futuros cónyuges; el oficial público es el que declara que estos quedan unidos. Así, pues, no basta el consentimiento; se necesita la solemnidad. Inútil es insistir por qué razones ha hecho el legislador un acto solemne del matrimonio. Tambien hay contratos y actos de interés privado que la ley prescribe se admitan en las formas que ella establece; tales son los contratos de donacion y de hipotecas; lo son igualmente los contratos matrimoniales y los testamentos. Si para los contratos que conciernen á los bienes de los futuros cónyuges, exige la ley solemnidades, con mayor razon debe prescribir formas solemnes para el matrimonio, que es el fundamento de la sociedad, la base de la moralidad privada y pública.

¿Deben aplicarse al matrimonio los principios que rigen los contratos y actos solemnes? El código, al hablar de las donaciones nulas en la forma, dice que deben rehacerse en la forma legal, que el donante no puede por ningun acto confirmativo reparar los vicios que la infectan. Lo cual quiere decir que se requieren las solemnidades para la existencia de la donacion. ¿Recibe su aplicacion este principio para el matrimonio? De antemano hemos contestado la pregunta al tratar de las condiciones que se requieren para la existencia del matrimonio (núms. 274 y siguientes). Es de la esencia del matrimonio que el consentimiento de los futuros cónyuges sea recibido por un oficial del estado civil y que la union sea declarada por éste. Las demás formas no son sustanciales en el sentido de que no están prescritas para que exista el matrimonio. ¿Pero lo son para la validez de éste? ¿deben observarse, so pena de nulidad?

410. No; el matrimonio interesa en grado elevadísimo la felicidad de las familias y la conservación de la sociedad, para que el legislador haya permitido que se anule en razón de la falta de cumplimiento de la menor formalidad. La anulación del matrimonio produciría más mal que el que resultaría de su conservación, aunque se hiciese violando la ley. Al legislador corresponde ver cuáles son las formalidades cuya observancia es bastante importante para señalar por su omisión la pena de nulidad. No existen más que dos: la publicidad y la competencia del oficial del estado civil. ¿Por qué permite la ley anular el matrimonio cuando no ha sido celebrado públicamente ni ante el oficial competente? El matrimonio debe ser público, en primer lugar, porque la publicidad impide los matrimonios para los que habría un impedimento dirimente; y la sociedad está interesada en prevenir uniones que la ley reprueba y anula. En segundo lugar, la publicidad asegura la estabilidad de los matrimonios: contraídos con un espíritu de perpetuidad, importa que se celebren delante de la sociedad, á fin de que estén al abrigo de las pasiones móviles del hombre. Esta es la razón de que las diversas religiones los coloquen bajo la invocación de Dios. Ahora bien, la sociedad es el órgano de Dios; da su sanción solemne á la unión indisoluble contraída por los cónyuges. Finalmente, el matrimonio interesa á los terceros, y por ende, á la sociedad, porque modifica el estado ó los derechos de los futuros cónyuges. La mujer, capaz antes de casarse, es señalada de incapacidad jurídica después del matrimonio; todos los que tratan con ella están interesados en conocer ese cambio de estado. Por su parte, el marido adquiere derechos sobre los bienes de la mujer, y sus inmuebles quedan afectos á una hipoteca legal en beneficio de la esposa. Los terceros tienen interés en conocer esos derechos y esas cargas. De ahí la alta importancia de la publicidad. La

competencia del oficial público, como más adelante diremos, representa también un papel en la publicidad; esta es la razón de que la ley permita anular el matrimonio celebrado por un oficial incompetente.

411. ¿Cuál es la sanción de las formalidades cuya inobservancia no trae consigo la nulidad del matrimonio? Hay unas que el legislador sanciona con una multa (arts. 192, 193); y otras que no tienen sanción penal (arts. 75, 66). ¿Tienen sanción civil? Si una irregularidad causare algún perjuicio á los cónyuges ó á los terceros, será responsable el oficial público que la hubiere cometido. El acta de matrimonio, por ejemplo, debe rectificarse; si el oficial del estado civil ha cometido la irregularidad, es responsable en virtud del principio general establecido en los artículos 1382 y 1383. La responsabilidad civil puede concurrir con la sanción penal (art. 52).

§ 2º Dónde debe celebrarse el matrimonio.

412. Quéjase un autor francés de que no obstante haber trascurrido tantos años desde la publicación del código, aún no se esté de acuerdo acerca de esta cuestión de interés común: ¿Dónde debe celebrarse el matrimonio (1)? La queja es fundada, pero ¿de quién es la culpa? ¿El legislador es el culpable? ¿lo son los intérpretes? Nosotros creemos que la ley no puede ser más clara; si con eso y todo es tan debatida la cuestión que desespera la doctrina de llegar á una solución definitiva, será preciso echar la culpa á los que interpretan la ley. Sucede con esta controversia lo mismo que con otras; si los intérpretes tuvieran más respeto al texto de la ley, si no hicieran fuerza de remos para encontrar en ella lo que desean encontrar, habría

1 Valette, *Explicación sumaria del libro 1º del código de Napoleon*, p. 91.

ménos cuestiones debatidas; ganaria nuestra ciencia en certidumbre y en autoridad, porque precisamente lo que se tacha á los legistas, son sus eternas discusiones; discuten tanto, se dice, que acaban por dudar de todo, aun de las verdades más evidentes. Nosotros ofrecemos un remedio contra este mal á los jóvenes doctores, abogados ó magistrados, y es el respeto al texto y á los principios; siempre encontrarán dificultades, pero pocas serán aquellas cuya decision sea dudosa.

Nosotros preguntamos dónde *debe* celebrarse el matrimonio, no preguntamos dónde *puede* efectuarse la celebracion. Si es verdad, y en eso no cabe duda, que el matrimonio debe ser rodeado de la mayor publicidad, se necesita que la ley determine el lugar en que debe celebrarse, á fin de que tenga toda la publicidad posible. No puede tratarse en este punto de una facultad dejada á las partes; no es esta una cuestion de libertad, es cuestion de interés social. Hé ahí lo que nos dice la naturaleza de las cosas, y ese principio está confirmado en nuestros textos. El art. 74 dice: «El matrimonio *será* celebrado en la municipalidad en que tenga su *domicilio* uno de los cónyuges.» *Será*, dice la ley; este es el estilo imperativo, una orden que no deja nada á la arbitrariedad de las partes. ¿Cuál es ese domicilio? ¿Es el domicilio de derecho, definido en el art. 102, el lugar en que todo francés tiene su principal establecimiento, el punto en que ejerce sus derechos civiles? El art. 74 contesta á nuestra pregunta: «Ese domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*, se establecerá con seis meses de habitacion continua en la misma municipalidad.» De consiguiente hay un domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*, lo que indica un domicilio especial, y por tanto, una excepcion al art. 102. Efectivamente, la ley dice que ese domicilio especial se establece *con seis meses de habitacion continua*; así, pues, por la residen-

cia, á diferencia del domicilio de derecho que, en rigor, puede existir sin residencia alguna; que, en todo caso, existe, aun cuando no hubiere más que la residencia de un dia (1). Combinemos ahora la definicion que el art. 74 da del domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*, con el principio que establece el mismo artículo sobre el lugar en que el matrimonio *será* celebrado, y llegaremos á esta consecuencia clara como la luz del meridiano: el matrimonio *debe* celebrarse en la municipalidad en que uno de los cónyuges tenga una habitacion continua de seis meses.

Tal es la regla establecida en el art. 74; ciertamente no hay texto más claro en todo el código civil. Forzoso es decir tambien las razones de que la ley establezca un domicilio especial *por lo que respecta al matrimonio*. La misma definicion de este domicilio nos hace conocer el motivo por el que la ley ha hecho una excepcion del domicilio general; *la habitacion continua durante seis meses* es la que lo determina, miéntras que el domicilio de derecho es independiente de la habitacion, en el sentido de que puede tenerse el domicilio de derecho donde no se tenga habitacion. ¿Por qué en vez de conservar el domicilio de derecho para la celebracion del matrimonio, el legislador ha prescrito un domicilio especial, que se establece con la residencia? Ha elegido el lugar en que son conocidos los futuros cónyuges, porque el matrimonio no seria realmente público si no se celebrara en el punto en que todos los interesados conocen á los consortes. ¿Deberá preguntarse si ese lugar es el de la *residencia* ó el del *domicilio de derecho*? Son menores los que se casan; habitan en Gante, miéntras que su tutor está domiciliado en Bruges, donde nunca han estado los futuros cónyuges. ¿Dónde serán co-

1 Véanse las páginas anteriores, núm. 79.

nocidos éstos? ¿en Gante ó en Bruges? El domicilio de derecho puede ser desconocido, á veces es ficticio; se necesita ser jurisconsulto para decir dónde está. ¡Y en un domicilio desconocido, ficticio, disputado y disputable, es en el que ordenaria la ley que se celebrara el matrimonio, cuando exige que la celebracion sea conocida de todos los que tienen interés en conocerla! El legislador ha sido más lógico; no ha querido que el matrimonio fuese celebrado en el domicilio de derecho, porque con mucha frecuencia no habria tenido publicidad. Ha querido que el matrimonio se celebre en el lugar que habitan los futuros desde seis meses ántes; en él es donde debe conocerseles, puesto que se les ve todos los dias. Empero, para tener la seguridad de que se les conoce allí, la ley prescribe que la habitacion sea *continua*; nueva regla especial para el domicilio, *respecto del matrimonio*, excepcion que prueba otra vez más que estamos, acerca de este punto, fuera del derecho comun (1).

413. Podríamos invocar tambien el derecho antiguo y la ley de 1792, que no ha hecho más que reproducir el código. Pero tambien hay controversia sobre el derecho antiguo; para no embarazar el debate, mezclando en él otro, preferimos atenernos al código civil. ¿Qué se opone al texto tan claro del art. 74 y al espíritu de la ley igualmente claro? Preténdese que tambien puede celebrarse el matrimonio en el domicilio de derecho; citase el art. 165, que dice: «El matrimonio será celebrado públicamente, ante el oficial civil del *domicilio* de una de las dos partes.» Esta disposicion, se dice, es tambien tan clara y tan expresa como el art. 74. No habla ni de la residencia ni de la habitacion durante seis meses; habla del *domicilio*, y en el lenguaje del código, el *domicilio* siempre es el domicilio de

1 Durantón, t. II, p. 163, núms. 220-224. Marcadé, t. I, p. 433, número 1 del art. 74.

derecho, tal como está definido en el art. 102. Si por la palabra *domicilio*, en el art. 165, el legislador hubiera entendido el domicilio especial que estableció en el art. 74, *por lo que respecta al matrimonio*, lo habria dicho. No puede admitirse que se haya referido á él tácitamente. «Semejante combinacion de textos, dice M. Valette, tan *embozada* como *supuesta*, seria una verdadera asechanza para los intérpretes y para las personas sometidas á la autoridad de un juez (1).» A nuestra vez diremos que con semejante sistema de interpretacion, las cuestiones más claras deben volverse oscuras. Dirijamos la mirada á los dos artículos entre los que se pretende que hay antinomia. El art. 74 empieza diciendo: «El matrimonio será celebrado en la municipalidad en que uno de los dos cónyuges tenga su *domicilio*.» Casi son los mismos los términos del artículo 165: «El matrimonio será celebrado ante el oficial del estado civil del *domicilio* de una de las dos partes.» Hé ahí dos disposiciones idénticas: una y otra exigen que el matrimonio sea celebrado en el *domicilio* de las partes. ¿Pero cuál es este domicilio? A esta pregunta contesta el art. 74: «Este *domicilio*, *por lo que respecta al matrimonio*, se establecerá con seis meses de habitacion continua en la misma municipalidad. De consiguiente, el código define el *domicilio*, *por lo que respecta al matrimonio*. ¿Debia repetir en el art. 165 lo que acaba de decir en el art. 74? ¿Con qué objeto? ¿No se trata de *domicilio*, *por lo que respecta al matrimonio*, en el artículo 165? ¿Y este domicilio no estaba definido de antemano en el art. 74? ¿Deben repetirse incesantemente las definiciones? ¿se necesitará hacerlo en dos disposiciones idénticas? ¿Habian cesado los motivos por que estableció el legislador un domicilio especial, *por lo que respecta al*

1 Valette, *Explicacion sumaria del libro 1º del código civil*, ps. 92 y siguientes.

matrimonio, en el art. 74, cuando se ocupa de ese mismo domicilio en el art. 165? ¿Se necesitaba referirse expresamente al art. 74? ¿Por qué entónces, no hacer un solo artículo de esos dos?

¡Cosa notable! Los que se quejan de que el art. 165 encierra una asechanza, si lo interpretaran por el art. 74 estarían obligados á alterar este para encontrarle sentido. Segun ellos, el art. 165 establece la regla: el matrimonio se celebra en el domicilio de derecho; pero tambien es posible casarse en el lugar en que no se ha tenido más que una simple residencia de seis meses. Este es un *favor* que concede el art. 74. Nosotros decimos que se altera éste si se le considera como un favor. Efectivamente, esta disposicion está concebida en términos imperativos; dice que el matrimonio *será* celebrado en la municipalidad en que uno de los cónyuges tenga una habitacion real de seis meses. ¿Acaso se concede un favor por vía de mandato? Singular favor el que consiste en decir: «Exijo que celebreis vuestro matrimonio en vuestro domicilio, y éste no es vuestro domicilio de derecho, sino vuestra residencia.» Cuando el legislador habla en términos imperativos, es porque tiene razones para ello. Ya dijimos cuáles son esas razones. Ellas excluyen toda idea de favor; implican una necesidad, porque el interés de la sociedad está de por medio, y cuando se trata del interés social, la ley ordena ó prohíbe, y no deja nada al arbitrio de las partes contratantes.

414. Se pretende que, en opinion nuestra, hay un artículo del código que se hace completamente inaplicable. El art. 166 dice que las publicaciones deben hacerse en el domicilio de las partes. Viene luego el art. 167, que dice: «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.» La locucion *sin embargo*, se dice, implica una excepcion;

la regla es, pues, que las publicaciones no se hagan en el último domicilio. Ahora bien, si el matrimonio debe celebrarse necesariamente en el lugar de la residencia, las publicaciones deberán hacerse *siempre* en el último domicilio. De manera que, segun el texto expreso de la ley, sería la *excepcion* la que se volvería *regla* (1). Más adelante explicaremos los arts. 166 y 167, y nos será muy fácil interpretarlos respetando el texto. No, las publicaciones en el último domicilio no se convierten en la regla, siguen siendo la excepcion; porque la regla es que la residencia de seis meses se confunde con el domicilio de derecho, y en este caso no se harán ciertamente las publicaciones en el último domicilio. Tambien es verdad que con demasiada frecuencia se confunden la *habitacion* y el *domicilio*, que la cuestion que tanto embaraza la teoría no se presenta, por decirlo así, en la práctica. ¡No hay una sola sentencia sobre la materia desde hace cerca de setenta años!

415. Por último, se encuentra un argumento decisivo contra la opinion que sostenemos, en las consecuencias que de ella resultan. ¡Las consecuencias! Estas corresponden al legislador; el intérprete no tiene por qué preocuparse: aun cuando fuese absurda la ley, tambien habría que aplicarla. Pero veamos si es cierto que nuestra opinion conduce á tan grandes absurdos. Se pregunta si el que tiene una residencia de seis meses en una municipalidad y en otra su domicilio de derecho, puede casarse en una ó en otra. En concepto nuestro, es evidente que el matrimonio deberá celebrarse en el lugar en que el futuro cónyuge haya tenido una residencia de seis meses; no podrá serlo en el domicilio. Ya hemos dicho los motivos; léjos de ser absurda es muy racional esta decision. Es impor-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, ps. 305 y siguientes, núm. 200.