

que *unctiones et munera parochialia obeundi*; (Los capellanes castrenses están autorizados, en tiempo de guerra, para administrar los sacramentos de la Iglesia, aún aquellos que de ordinario no son administrados sino por los curas de las iglesias parroquiales, excepto los sacramentos de la Confirmación y del Orden, y para desempeñar las demás funciones y oficios parroquiales).

Aun suponiendo la existencia de esta facultad, no obstante la anfibología que ofrece con toda la extensión que le ha dado el tribunal, es evidente que no era aplicable cuando se verificó el matrimonio de Enrique Pastoris y de Teresa Bellone. Las palabras *tempore belli* señalan límites fijos, y no pueden ser interpretadas sino significando una situación extrema, esto es, cuando se hubiesen hallado en campamento sitiado por el enemigo, ó en fortaleza bloqueada, ó en medio de un país hereje; y aún así, habría sido menester que no hubiese allí ningún párroco católico. Si nos fuere lícito entrar en comparaciones, estableceríamos una entre las facultades concedidas á los capellanes castrenses en tiempo de guerra y los privilegios otorgados en la misma época á los militares en materia de testamentos, para los que se les dispensa de las formalidades generales por razón de lo especial de las circunstancias que se producen en un campo de batalla, frente al enemigo, ó en una ciudad sitiada; solamente considerando dichas circunstancias pudo el Sumo Pontífice, derogando las disposiciones del concilio de Trento, conceder á los capellanes castrenses facultades tan extraordinarias como estas de que tratamos. No deja lugar á dudas de que sea así, como decimos, lo que el tribunal de apelaciones añade inmediatamente después del pasaje transcrito: «la limitación, dice, que se lee al final, respecto á los matrimonios, *Versiculo: quod, si eo tempore*, puede considerarse inaplicable á la señora Bellone, la cual no se hallaba en Pietra sino accidentalmente y á consecuencia de disposiciones militares que podían variar á cada momento.» No entenderíamos lo que esto quiere decir si no conociéramos todo el breve del Santo Padre; pero de su contexto resulta que contiene limitaciones y excepciones. Al no indicarlas el tribunal de apelaciones, y deducir, sin embargo, que podía hallarse comprendida en ellas Teresa Be-

llone, cuando menos ha padecido un error. Teresa Bellone ni se hallaba en un campamento sitiado, ni en una ciudad bloqueada, ni en un país herético; muy al contrario, la Liguria estaba en plena paz, en ella se hacía la incorporación de las tropas piamontesas á los regimientos franceses, operación que no podría haberse realizado hostilizando al enemigo; el país era católico y no carecía de párroco, pues Borgoformaro se halla muy próximo á Pietra; y por último, los capellanes castrenses piamonteses ni tenían facultades ni cargo alguno que desempeñar porque hacía poco que habían sido disueltos los regimientos á que habían pertenecido.

»Por consiguiente, cuanto se ha dicho para justificar el supuesto matrimonio, considerado como sacramento, no tiene ningún valor, no habiéndose podido probar, no ya que fué celebrado por el ministro legítimo, pero ni aún que lo fué por un ministro cualquiera. Tampoco tienen fuerza las aserciones del tribunal, pues harían suponer que la Iglesia y los testigos estuvieron representados por personas que comenzaron el acto con libaciones báquicas, como si se prepararan mas bien para una bacanal que para una ceremonia religiosa.

»No menos necesaria que las amonestaciones y que la presencia del propio párroco es la partida del matrimonio para la validez de éste. Así lo dispuso el santo concilio de Trento y así lo exigen las leyes civiles. Nadie está exento de la obligación de justificar su estado, y Teresa Bellone, que se llama viuda de Enrique Pastoris, estaba obligada á presentar la prueba de la celebración de su matrimonio, prueba que no puede consistir sino en un acta extendida en debida forma por el ministro legítimo designado para tan augustas funciones por las leyes civiles y canónicas. Pero como la supuesta viuda no ha presentado ningún título y ha declarado que no podía suministrarlo, cabe decir que es viuda de nombre sin haber sido esposa legítima.

»¿Podía suplirse esta prueba por medio de testigos, según se ha manifestado en las sentencias de 9 de Mayo y de 11 de Junio? En manera ninguna, como no se hubiera probado antes que se habían perdido los registros. Decía el tribunal en su sentencia interlocutoria «que sería absurdo, especialmente

tratándose solo del interés de la hija, querer limitar á las certificaciones la prueba del matrimonio y no admitir la testimonial sino después de saberse que no existían ó se habían perdido los registros;» pero la ordenanza de 1667, ya ley del Piamonte cuando se comenzó este pleito, y que por consiguiente debía ser observada so pena de nulidad, no permite en estos casos la prueba testifical, sino cuando se prueba que se habían perdido los registros ó que no los hubo nunca, (art. 14 del tit. 20), y la Novela 74, aún mas rigurosa que la citada ordenanza, no la admite en ninguna circunstancia.

»Consideró el emperador Justiniano sospechoso el testimonio de los testigos, y atendida la importancia de la materia, no admitió mas prueba de la celebración del matrimonio y de la legitimidad de los hijos que la suministrada por los registros que estableció en el capítulo 4.º, párrafo 2.º Dispuso primeramente este sabio y prudente legislador que los que no hubieran celebrado contrato y quisieran unirse en legítimo matrimonio, acudieran á la iglesia, y allí, en presencia del presbítero encargado de ella y de tres ó cuatro testigos declarasen su voluntad: y en segundo lugar, que de este acto levantara acta el jefe de dicha iglesia, consignando la fecha, y la hiciera firmar así por los contrayentes como por los testigos, los cuales no podían ser menos de tres. Si alguno de los contrayentes rehusare firmar su consentimiento, el párroco debía hacerlo constar también en acta, firmada por él y por los testigos, que custodiaria luego en los archivos de la iglesia, para que sirviera de prueba al matrimonio y á la legitimidad de los hijos, sin lo que no se considerará realizado el matrimonio. Finalmente, manifestó que no considerando suficiente en este punto la declaración de los testigos había tomado esta resolución.

*Ille tamen talem reponat chartam venerabilis illius ecclesie defensor in ejusdem sanctissimae ecclesiae archivis, (hoc est, ubi venerabilia vasa servantur) praedictas subscriptiones habentem, ut reconditum sit omnibus, ex hoc munimen, et non aliter videatur nuptiali effectu eosdem convenisse, nisi tale aliquid agatur, et omnino ex litteris causa testimonium habeat. His ita gestis, et nuptias, et ex eis sobolem esse legitimam. Haec autem dicimus, ubi non dotis, aut ante nuptialis*

*donationis sit documentum. FIDEM ENIM IN SOLIS TESTIBUS SUSPECTAM HABENTES, ad presentem venimus dispositionem:* (Mas el venerable presbítero encargado de la iglesia guarde en los archivos de la misma santísima iglesia (esto es, donde se custodian los vasos sagrados), el acta que contenga las susodichas firmas, de modo que todos sepan que con ella, y no de otra manera, se considerará efectuado el matrimonio y podrá probarse. Hecho esto así, ténganse por legítimas las nupcias y los hijos nacidos de la unión celebrada. Decimos esto, sin embargo, en los casos en que no se hace escritura de dote ó de donación nupcial. Y porque nos es sospechoso el testimonio de los solos testigos hemos tomado esta disposición.)

»Esta Novela es de grandísima importancia en este pleito, y sin temor de exagerar puede decirse que es decisiva, puesto que la falta de presentación de la partida de casamiento es suficiente para que sea declarado nulo, é ilegítimos los hijos nacidos de él. Ante esta disposición de la ley se desvanece como el humo cuanto se diga en contra, y hasta los mismos cánones, tan frecuentemente citados por el tribunal de apelaciones quedarían sin efecto, en el supuesto de que contuviesen disposiciones contrarias, porque su influencia respecto al matrimonio solo alcanza *quoad foedus* (al vínculo), no á los efectos civiles, respecto de los que solo ha de atenderse á la ley civil.

»No era menester tanto para declarar nulo el pretendido matrimonio de Teresa Bellone, toda vez que al presentar la instancia y en un escrito de 4 de Junio de 1804 declaró ella misma que no quería sostener la validez, pretendiendo trasformar su unión en un matrimonio putativo que con la posesión de estado de su hija Isabel debía producir los efectos de un matrimonio legítimo, sistema que es el que ha prevalecido contra toda justicia y razón.

»Mas veamos, por último, la cuestión en este terreno planteada, y examinemos el matrimonio putativo, la legitimidad pretendida y la posesión de estado.

»En el antiguo derecho no se conocía el matrimonio putativo, invención moderna, especie de sistema que ha dado origen á muchas controversias y

ocasion para que numerosos escritores alardearan de talento y sutileza.

»Segun Hertius, generalmente se admiten dos especies de matrimonios: uno, contraido *solemnemente* y de buena fé entre personas que no podian unirse; otro, que nunca se contrajo, ó que se celebró de un modo ilícito, con buena ó mala fé los contrayentes. ¿A cuál de las dos pertenece el supuesto matrimonio de Teresa Bellone? Indudablemente á la segunda, puesto que se celebró sin ninguna solemnidad, y en este caso, segun todos los doctores de la Iglesia y los juriconsultos, solo hay una *conjuncion ilícita*, un verdadero concubinato.

»Esta distincion, cuya exactitud nadie se atreverá á negarnos, nos dispensa de indagar la existencia de la buena ó de la mala fé: basta saber que se omitieron todas las formalidades para que pueda afirmarse que tal matrimonio putativo es solo union ilícita, incapaz de producir ningun efecto civil. La falta de formalidades coloca esta especie de matrimonios entre los llamados clandestinos, aplicándoseles indistintamente los mismos principios. La consideracion que merecen no es dudosa, pues donde quiera se halla consiguado, y singularmente en el nuevo repertorio de jurisprudencia del procurador general del tribunal de casacion, que el matrimonio clandestino (y lo es tal cuando se ha celebrado sin las solemnidades requeridas, por ejemplo, no en la parroquia de los contrayentes, sin amonestaciones, sin dispensa, etc.) nunca produce efectos civiles, por no haber podido existir en él buena fé.

»Pues bien, todas estas circunstancias concurren en el supuesto matrimonio de Teresa Bellone, pues no se celebró en la parroquia de los contrayentes, mejor dicho, solo hubo un vano simulacro de celebracion, y no le precedieron amonestaciones ni dispensas. No ha habido tal matrimonio, y si fuese absolutamente necesario dar este nombre á la union de Teresa Bellone y de Enrique Pastoris, habria que calificarla como matrimonio putativo de la segunda especie, segun la definicion de Hertius, esto es, que no se la podría considerar sino como una *union clandestina en la que no hubo buena fé*, y por lo tanto incapaz de producir efectos civiles.

»Pasemos á la legitimidad.

»La legitimidad de la hija está graduada por la clase de matrimonio contraido por la madre. Si á pesar del impedimento dirimente que opone un obstáculo invencible á la union de Teresa Bellone con Enrique Pastoris, el matrimonio de éstos se hubiera celebrado con arreglo á los cánones y leyes, tal vez podría esperar Isabel que le aprovechase la buena fé de los que le dieron el sér, ó la de uno de ellos; pero habiéndose desatendido todas las formalidades, no puede presumirse la buena fé, como queda demostrado, ni por consiguiente pueden haber adquirido los supuestos esposos los derechos reconocidos á la legitimidad putativa.

»Oigamos lo que en su repertorio de jurisprudencia, palabra *legitimidad*, seccion 1.ª, párrafo 1.º, artículo 7.º, dice sobre el particular el antes citado procurador general: «Para que la buena fé, escribe este magistrado, legitime á los hijos de un matrimonio putativo, es menester que se haya contraido con todas las formalidades prescritas por la ley, segun la disposicion terminante del capitulo *cum inhibitio extra de clandestina desponsatione*, la cual se funda en dos razones: la primera, en que es poco probable que exista buena fé entre dos personas que se unen de una manera prohibida, y se presume que exista entre los que se casan públicamente, porque la inocencia no huye de la luz; pero no sucede lo mismo respecto de los que, infringiendo todas las leyes, constituyen un concubinato en vez de una union legítima. La segunda razon consiste en que la pretendida buena fé no les excusa, porque comenzaron realizando una accion ilícita, y deben resignarse á sufrir sus consecuencias.

»Varias sentencias consagran tambien esta doctrina. Merlin cita dos de las mas notables: una, de 26 de Febrero de 1711, pronunciada por el gran consejo de Malinas y conservada por Dulaury, segun la que, para declarar legítimo el fruto de un matrimonio nulo no era bastante la buena fé de uno de los cónyuges, sino que además era menester que se hubiese celebrado *solemnemente in facie ecclesie*, y la otra, de 6 de Julio de 1782, del consejo soberano del Brabante, proferida en pleito entre los herederos del príncipe de Tilly y los de Alejandrina de Bacq, *mujer putativa* del príncipe, sentencia tambien motivada

en la omision de las solemnidades prescritas por las leyes. En este segundo caso habia una circunstancia muy notable, á saber: que consultados por Albertina, hija del mencionado príncipe de Tilly y de su esposa los cardenales intérpretes del concilio de Trento, éstos declararon en dos decisiones de 26 de Setiembre de 1728 una, y de 28 de Enero de 1730 la otra, que *provenia de un matrimonio putativo, por lo que era legítima*. Mas el consejo soberano del Brabante estimó de otro modo el matrimonio considerado putativo por la congregacion de cardenales, y cómo no constaba su celebracion, se negó á reconocer como legítima la hija de aquellos en los cuales no podía suponerse buena fé. No ha de creerse, sin embargo, que estas decisiones se destruyan recíprocamente porque parezca que hay oposicion entre ambas, pues la legitimidad reconocida por los cardenales no debe entenderse sino *quoad foedus*, únicamente en cuanto al vínculo, en tanto que la del consejo soberano alcanzaba á los efectos civiles.

Pues bien, séanos permitido establecer un paralelo entre Albertina de Tilly é Isabel Pastoris. Los padres de Albertina no estaban ligados por otros vínculos matrimoniales cuando trataron de casarse: su union se celebró con toda decencia y con cierta solemnidad en Brabante, el 17 de Octubre de 1702, en la capilla del príncipe, por un capellan del ejército, *Ratembourg*, presentes el ayuda de cámara y el cirujano del príncipe, la madre de la esposa y otro testigo. Albertina presentaba su fé de bautismo, la promesa de casamiento que le habia hecho el príncipe, una multitud de cartas dirigidas por él á la señorita Bacq en las que la llamaba *querida esposa, amada consorte*, etc., y á estos títulos unia las sentencias de varios tribunales eclesiásticos y civiles de España, y las decisiones de la congregacion de cardenales. Además de esto, la cohabitacion habia durado muchos años, y la posesion de estado era tan pública como se pueda imaginar. Pues á pesar de todo no pudo conseguir Albertina, (segun frase del cardenal Lambertini, secretario de la congregacion de cardenales, de que emanaron las mencionadas decisiones, y Papa despues con el nombre de Benedicto XIV), mas que un nombre vano, un puntillo de honor sin resultados positivos respecto á los bienes, no habiendo logrado

nunca que se le declarase con capacidad legal para recoger la sucesion de su padre, el príncipe de Tilly.

»¿Qué grandísima diferencia entre la situacion de Isabel Pastoris y la de Albertina Tilly! La primera nació de madre *ya ligada* con los lazos de un primer matrimonio, que subsistió mucho tiempo *despues* de su nacimiento, y aún *despues* de la reclamacion de su estado: el pretendido matrimonio de su madre se celebró en un cuarto transformado para el caso en *taberna*, los testigos eran *soldados borrachos*, y no ha podido manifestar el *carácter* ni aún el *nombre* del capellan castrense. Todos sus títulos se reducen, pues, á su fé de bautismo, á algunas cartas de Enrique Pastoris á Teresa Bellone llamándola su esposa, y á un testamento en que su padre la instituye heredera. ¿Cómo es posible que merezca Isabel Pastoris mas consideracion que Albertina Tilly? Si por la clandestinidad ó la falta de las solemnidades prescritas por las leyes se negó á ésta la condicion de hija legítima, ¿cómo puede prometerse aquella mejor suerte?

»Todavía podríamos presentar multitud de sentencias citadas por Bardet, por los autores del «Diario de las audiencias» y por otros muchos afamados escritores. ¿Es posible que el tribunal de apelaciones de Turin haya desconocido los principios en que se funda esta doctrina? Los juriconsultos de Turin, acaso poco familiarizados con esta jurisprudencia, conocida sin embargo en todos tiempos y lugares, puesto que se funda en la doctrina de la Iglesia universal, no la han invocado, pero han indicado su origen al citar el capítulo *Cum inhibitio*. Este tribunal ha limitado su aplicacion al único caso de impedimento por razon de parentesco, sirviendo de pretexto para esta limitacion las palabras *in gradu prohibito*; pero estas expresiones en *grado prohibido* no están empleadas sino como demostrativas, por vía de ejemplo. No hay intérprete de derecho canónico ó civil, no hay autor que en esta materia haya profesado una opinion contraria. Eybel Barbosa, Gonzalez, Sanchez, Paleotus, Covarrubias, Morachius y todos los comentaristas están de acuerdo en este punto. Para no abrumar multiplicando las citas, nos limitaremos á la opinion de *Mascardus* que las comprende todas.

»Dice el citado autor en su tratado *De probationi-*

bus conclus. 798, n.º 6: «*Si matrimonium sit secretum et clandestine contractum non in facie ecclesie cum denuntiationibus requisitis, tunc filii nati ex clandestino matrimonio eorum inter quos propter consanguinitatem, VEL ALIUD LEGITIMUM IMPEDIMENTUM, consistere non poterat, non sunt legitimi neque putativi judicari debent, ETIAMSÍ PARENTES ESSENT IN BONA FIDÉ ET IGNORAVÉRINT SUBESSE IMPEDIMENTUM, ut habemus in cap. 3. paragr. 1.º De clandestina desponsat., nam dicitur in illo textu in principio, quod ante matrimonium debent in ecclesia poni banna, ut liceat cuque de justo impedimento opponere; sed si clandestine contractum sit, subdit textus in dicto paragrapho 1.º, quod si postea appareat impedimentum, filii inde nati non dicuntur legitimi;» (Si el matrimonio hubiese sido secreta y clandestinamente contraído, no ante la Iglesia con las amonestaciones requeridas, entonces, los hijos nacidos del matrimonio clandestino de aquellos entre quienes por razon de su consanguinidad ó de otro impedimento legitimo no podía existir, no son legitimos ni putativos, aunque los padres hubiesen procedido de buena fé é ignorado que existiese impedimento, como se declara en el capítulo 3.º pár. 1.º «De clandestina desponsatione,» pues en él se dice, al principio, que antes de la celebracion del matrimonio han de publicarse las amonestaciones en la Iglesia, para que cualquiera pueda oponer justo impedimento; mas si se hubiere contraído clandestinamente, añade el citado texto legal en su párrafo primero, si despues apareciese impedimento, los hijos nacidos de aquel matrimonio no son considerados legitimos.)*

»Esta opinion nos lleva directamente á la doctrina de Merlin que dice, con arreglo á lo preceptuado en el mencionado capítulo «*Cum inhibitio,*» que, para que la buena fé haga legitimos los hijos nacidos de un matrimonio putativo, es necesario que haya sido contraído con las fórmulas y formalidades prescritas por las leyes.

»¿Pero se ignora acaso cuáles fueron la publicidad y solemnidad con que se celebró el matrimonio de Teresa Bellone? ¿No se sabe que se verificó sin publicacion de amonestaciones, en un cuarto, ó tal vez entre copas y botellas, y por un individuo cuyo nombre y carácter no se conoce? Si aún fuese menester hacerse bien cargo de los papeles representa-

dos en aquella farsa y contestar á la consecuencia que el tribunal de apelaciones saca de la carta del Papa Leon, para probar que Enrique Pastoris no fué usurpador del derecho de otro, ¿no nos lo podríamos representar más bien como un conquistador que celebra sus victorias con sus compañeros, con las antiguas ceremonias propias del culto á Baco? Es el más favorable aspecto bajo el cual puede considerarse esta reprobada union. ¡Y aún se pretenderá concederle los honores de un matrimonio legitimo y hacerle producir sus efectos! Esto sería degradar la mas sagrada institucion, profanar la moral, trastornar el orden público y adulterar el origen de la legitimidad. Pero no hay que temer tal escándalo en un siglo tan ilustrado y con magistrados cuya sabiduria y justicia son por todos reconocidas.

»Réstanos, por último, hablar de la posesion de estado, la cual nada vale si no se funda en la legitimidad. La posesion se refiere siempre al título, y si este es nulo, por los vicios que hemos evidenciado, esto es, si no hubo matrimonio, ó si fué ilícito el que se supone haber existido, no ha podido haber más que una posesion efimera, que ha desaparecido en cuanto se ha conocido su origen, y que por lo tanto no ha podido producir ningun derecho, ni mucho menos efectos civiles.

»Tal ha sido la posesion de estado de Isabel, ó mejor dicho, tal posesion no ha existido, porque no se ha probado que procediese de un matrimonio legitimo. ¿En qué fundaría la otra parte su pretension? ¿En su partida de bautismo? Nunca ha sido considerada como prueba plena de legitimidad, si no se referia á un acto válido de celebracion de matrimonio: la sola manifestacion de haberse recibido el bautismo, aunque con todas las formalidades legales, probará que se descende de tal ó cual persona, pero no demostrará legitimidad. Isabel probará, si se quiere, con la fé de bautismo que ha presentado, que nació de Enrique Pastoris y de Teresa Bellone; pero la partida de bautismo no la lavarà nunca la mancha de adulterio con que nació: su posesion de estado habrá de referirse por fuerza á dicho acto, tendrá sus vicios, y reconocido que no procede sino de una union ilícita, no podrá conferir á la que pretende hacerlo valer como título de su posesion de estado, sino una pose-

sion análoga, esto es, viciosa, como la union de que se deriva, y es enteramente igual, una sola y misma cosa, el tener una posesion de estado viciosa ó dejar por completo de tenerla.

Además de esto, la posesion de estado reconocida en la sentencia del tribunal de apelaciones de Turin, así respecto de la madre como de la hija, ni es tan general ni tan lata como se ha querido suponer. Pastoris fué muy pródigo de palabras, pero muy avaro en hechos. Esta pretendida posesion de estado no salió de los muros de la ciudad de Génova. Despues del llamado matrimonio fué varias veces á Turin, antes y despues del casamiento de su padre, y si bien llevó consigo á dicha ciudad á Teresa Bellone y á Isabel, en vez de presentarlas á su familia para que morasen en la casa paterna, ocultábalas á la vista de todos, confinándolas, por decirlo así, en el cuarto de una posada donde las guardaba como género de contrabando. Se embarca para América y tampoco las deja en el seno de su familia, las arrinconaba en una aldea, condenándolas á vivir en la oscuridad. Cuando hizo su testamento, ni confió á Teresa Bellone el cuidado de sus intereses, ni le entregó la administracion de sus bienes, y se limitó á señalarle una módica pension, sometiéndola á la dependencia de un procurador.

»De todo esto, que son hechos notorios y probados, resultan dos preciosas verdades, á saber: que la pretendida posesion de estado de Teresa Bellone y de su hija nunca fué sino local, circunscrita, y siempre ajena de la familia, no pudiendo tener, por consiguiente, ni el carácter que la ley exige, ni la consideracion de que goza cuando es general y en el seno de la familia. La segunda verdad es, que Enrique Pastoris, en las circunstancias mas importantes de su vida, trató á Teresa Bellone mas bien como si fuese su concubina que su esposa.

»Pero se nos preguntará, ¿cómo se explica que en las cartas de Pastoris á Tercsa, y en las que dirigidas á extraños les hablaba de ella, se lean tantas expresiones de cariño? ¿En qué consiste que nombrara su heredera universal á su hija Isabel? Es muy sencillo: las cartas y el testamento son fruto, no solo de una pasion todavía efervescente, sino tambien de la influencia que sobre Pastoris ejercía Teresa Bellone.»

Tal fué el discurso con que el abogado de la familia Pastoris apoyó el recurso de casacion interpuesto por ella. El señor Leroy de Neufville defendió á Isabel Pastoris; pero habiendo sido sus apreciaciones comunes con las del procurador general, en obsequio á la brevedad, y para evitar repeticiones, suprimimos su discurso, puesto que á continuacion insertamos el del ministerio público.

*El señor procurador general.*—«A cuatro proposiciones se reducen los medios empleados por los recurrentes: 1.º El matrimonio de Enrique Pastoris con Teresa Bellone no se halla confirmado por ningun acto público, y tanto las leyes romanas como la ordenanza de 1667, prohiben la prueba testimonial; 2.º Aun cuando en realidad se haya celebrado dicho matrimonio, no lo fué ante la autoridad señalada por la ley; 3.º Aún en este caso sería nulo dicho matrimonio en razon á que subsistía el contraído anteriormente entre Teresa Bellone y José De Gubernatis; 4.º Tampoco podría en la misma hipótesis ser considerado como putativo dicho matrimonio, porque fué contraído antes de pasado un año de haber comenzado á correr la noticia del primer marido de Teresa Bellone, porque lo fué sin que la noticia hubiese adquirido un grado de certeza que pudiese revelar la buena fé de los contrayentes, porque lo fué clandestinamente, y, por último, porque lo fué sin que le precedieran las amonestaciones canónicas.

»Es innegable la verdad del hecho consignado en la primera de estas proposiciones. Ni hay registros públicos, ni documento alguno que certifique la celebracion del matrimonio de Enrique Pastoris con Teresa Bellone. Pero ¿se sigue de aquí que el tribunal de apelaciones de Turin no pudiese admitir la prueba testimonial, y que no pudiese considerar efectiva la celebracion del matrimonio en virtud de las declaraciones de los testigos?

»Para resolver esta cuestion debemos prescindir, no solo del Código de Napoleon, sino tambien de la Ordenanza de 1667, pues ni aquel ni ésta estaban vigentes en la antes llamada Liguria ó en el Piamonte cuando se verificó el matrimonio. El Código de Napoleon ni aún existía entonces, y en cuanto á la Ordenanza de 1667, si bien es verdad que se había publicado en el distrito del tribunal de Turin cuan-

do comenzó este pleito, no podía tener fuerza de ley sino para la prueba de los matrimonios celebrados, ya en aquel distrito, ya en el antiguo territorio francés; y no podía regir respecto á los verificados en la Liguria porque entonces no estaba agregada á Francia.

»Pero hay mas: tampoco tenía fuerza de ley respecto á la prueba de los matrimonios celebrados en el término jurisdiccional del tribunal de Turin en época anterior á su publicacion, pues el modo de prueba de un hecho no depende precisamente de la forma de procedimiento, no se halla comprendido en lo que los jurisconsultos llaman *ordinaria litis*, sino que depende del fondo del asunto, se halla en la categoría de lo que entienden los jurisconsultos por *decisoria litis*, y por consiguiente no puede servirle de norma sino la ley del territorio y la de la época en que el hecho se realizó.

»Así lo estimó también el tribunal de súplicas en su sentencia de 18 de Noviembre de 1806 confirmando la del tribunal de Turin, por la cual fué admitida la prueba testifical, no obstante prohibirlo expresamente el Código Napoleón, en pleito originado de un contrato celebrado en el Piamonte antes de la publicacion de dicho Código.

»Únicamente en las leyes romanas pueden fundar los recurrentes la infracción de ley de que acusan al tribunal de Turin, y por eso citan el capítulo 4.º de la Novela 74 de Justiniano, como pretendiendo sentar como regla general que no se puede probar la existencia de un matrimonio sino con la partida formada en el acto de su celebración, siendo inadmisibles toda prueba testifical. Pero esta ley no dice, ni con mucho, cuanto pretenden que diga los demandantes, y no puede justificar el medio alegado para el recurso de casacion.

»En dicha ley comienza el emperador Justiniano recordando el principio consagrado por las antiguas leyes de que puede contraerse matrimonio sin necesidad de tal acto, y que por el modo de tratarse mutuamente el hombre y la mujer que habiten juntos, se ha de juzgar si son ó no casados: *antiquis promulgatum est legibus, et à nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extra dotalia instrumenta ex solo affectu valeant et ratæ sint;* (disponen las antiguas leyes, y así también lo hemos dispuesto nosotros mis-

mos, que también las nupcias en que no se otorguen instrumentos dotales, sean válidas y se consideren ratificadas por el solo afecto).

»Manifiesta despues que esto ha dado lugar á matrimonios supuestos; que había habido testigos que, faltando á su conciencia, habían declarado que tal ó cual hombre había calificado de *domina* á la mujer con quien vivía, palabra que correspondía en el bajo imperio á la actual de *señora*; que ésta ó aquella mujer había llamado *dominus* (señor) al hombre con quien cohabitaba, y que por estas solas declaraciones se había considerado que existían matrimonios que en realidad no se habían celebrado: *et sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta.*

»Para poner coto á estos abusos distinguió la Novela 74 los matrimonios de los altos funcionarios, militares de superior graduacion y personas de alto rango social, de los contraidos entre soldados, labradores y jornaleros. En cuanto á los primeros, exigió que fueran precedidos de un contrato mediante el cual la mujer entregara su dote al marido y éste diera arras á la mujer: *In majoribus itaque dignitatibus et quæcumque usque ad nos et senatores, et magnificentissimos illustres, neque fieri hæc omnino patimur, sed sit omnino dos et antenuptialis donatio, et ad omnia quæ honestiora decet nomina.* Respecto á los segundos dejó á la voluntad de las partes ó casarse en la iglesia ante un sacerdote, que debía formar un asiento firmado por los contrayentes, por él y por tres testigos, ó hacer preceder el matrimonio de un contrato que regule los pactos matrimoniales, si prefirieran hacerlo sin solemnidad; pero declaró que ni en uno ni en otro caso será suficiente la prueba testifical para confirmar la existencia del matrimonio entre estas clases de personas: *Quantum vero in militibus honestioribus et negotiis et omnino professionibus dignioribus est, si voluerit legitime uxori copulari, et non facere nuptialia documenta, non sic quomodocumque et sine castula effuse et sine probatione hoc agat, sed veniat ad quamdam orationis domum, et fateatur sanctissimæ illius ecclesiæ defensori; ille autem adhibens tres aut quatuor ex inde reverendissimorum clericorum, ad testationem conficia declarantem quia sub illa indictione, illo mense, illa die mensis... venerunt apud eum in illam orationis domum ille et illa, et conjuncti, sunt alterutri; et hujus modi*

*protestationem... subscribant et sanctissimæ ecclesiæ defensor et reliqui tres aut quancumque voluerint, non tamen minus trium litteris hoc significantibus... ut reconditum sit omnibus ex hoc munimen et non aliter videatur nuptiali affectu eos convenisse, nisi tale aliquid agatur, et omnino ex litteris causa testimonium habeat; his ita gestis, et nuptiis, et ex eis sobolem esse legitimam. Hoc autem dicimus, ubi non dotis aut ante nuptialis donationis sit documentum: fidem enim in solis testibus suspectam habentes, ad præsentem venimus dispositionem.*

Por último, en cuanto al matrimonio de los soldados, de los labradores y de las clases infimas, *milites armati, agricolæ et vilipes et obscuriores*, la Novela autorizó su celebracion en la forma prescrita para las personas de clases elevadas; pero también permitió que se contrajeran matrimonios sin necesidad de levantar actas ó formar asientos, *sine scripto* declarando igualmente legítimos á los hijos habidos en una y otra clase de matrimonio.

»Es indudable que el matrimonio que el tribunal de Turin ha estimado haberse contraido entre Enrique Pastoris y Teresa Bellone pertenece á la segunda clase; ¿pero se sigue de aquí que las sentencias de tribunal de Turin de 9 de Mayo de 1807 y de 11 de Junio de 1808, deban ser anuladas como habiendo infringido las disposiciones de la Novela 74 referentes á esta segunda clase de matrimonios? En manera ninguna, y esto, por tres razones:

»Primera. Cuando se promulgó el Código Napoleón, hacía ya mucho tiempo que no regía en Italia el derecho romano en materia de matrimonios, y si únicamente el canónico; pero todo el mundo sabe que, aun cuando éste impone á los párrocos la obligacion de llevar un registro de los matrimonios que celebren, no deja de considerar válidos los matrimonios no registrados, admitiendo respecto de ellos otra cualquier prueba. Esto es lo que declara terminantemente una sentencia del Senado de Turin, expedida en forma de decision con fecha 13 de Setiembre de 1764, entre los señores Tesor, Bruni de Cassano: *Quamvis autem, dice, præfatum conjugium nilibro parochiali descriptum non invenitur, neque præcessissent denuntiationes, non ideo tamen de eo licet dubitare, cum referri quidem debeant á parrocho in co-*

*dicem suum accurate contrahentium nomina ad majorem et faciliorem rei gestæ probationem, conjugium tamen vacillare æquum non sit, si forte parochus aliis probationibus non deficientibus, illud omiserit, et explorati juris sit denuntiationes ad conjugii substantiam non pertinere;* (Mas aunque dicho matrimonio no conste anotado en los libros parroquiales ni á él hayan precedido las amonestaciones, á pesar de que corresponde al párroco anotar cuidadosamente en sus registros los nombres de los contrayentes para mas completa y fácil prueba del matrimonio, no por eso es lícito dudar de que no es equitativo que el referido matrimonio ofrezca incertidumbre, si por acaso el párroco ante otras pruebas subsanare aquella falta, siendo de derecho que las amonestaciones no afectan á lo esencial del matrimonio).

»Y es de observar que esta decision era para los magistrados del tribunal de Turin, respecto de la cuestion de que se trata, ley de cuya observancia no les era lícito separarse, aun cuando hubiera estado en oposicion, no solo con el derecho romano, sino también con el canónico. El artículo 15 del título 22 del libro 3.º de las Constituciones piamontesas de 7 de Abril de 1770, dice textualmente: «Queremos que en la decision de los pleitos se observe únicamente: en primer lugar, nuestras Constituciones; en segundo, los estatutos locales, con tal que hayan sido aprobados por nós ó por nuestros reales predecesores y que en la actualidad estén vigentes; en tercero, las *decisiones de nuestros magistrados*, y finalmente, el derecho comun.»

»Segunda. Aunque solo el derecho romano debiera servir de norma al Tribunal de Turin, no tendría más fundamento la pretension de los demandantes, pues en los últimos tiempos del derecho romano no tenía ya vigor de ley el capítulo 4.º de la Novela 74, ni para los matrimonios de militares de altas graduaciones, ni para los de personas que perteneciesen en la sociedad á una clase también honrosa, pero inferior á las primeras dignidades del imperio, pues que fué derogado por el capítulo 4.º de la Novela 117. En él remeda el emperador Justiniano las disposiciones de la Novela 74, y manifiesta que considera conveniente reformarlas: *In præsentem perspicimus melius disponere ea quæ de his jampridem*