

CAPITULO IV.

NULIDAD DEL MATRIMONIO.

SECCION I.—Principios generales.

§ 1º De los matrimonios nulos.

NUM. 1. CUANDO ES NULO EL MATRIMONIO Y QUIEN PUEDE PEDIR LA NULIDAD.

430. La corte de casacion ha establecido, en varias sentencias, dos principios fundamentales en materia de nulidad de matrimonio. «No puede declararse la nulidad, sino en virtud de un texto expreso, y á peticion de las personas á quienes autoriza la ley para invocar dicho texto (1). El primer principio es especial para el matrimonio. En las demás materias se admite que haya nulidad aun cuando la ley no lo declare expresamente, fundándose en la voluntad tácita del legislador. ¿Por qué no existe la nulidad llamada *virtual*, en materia de matrimonio? La corte de casacion contesta que el código dedica un capítulo especial á las demandas de nulidad de matrimonio; en él están previstos todos los casos de nulidad; de donde resulta que la ley es esencialmente restrictiva y limitativa: no hay nuli-

1 Sentencia de 12 de Noviembre de 1844 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1845, 1, 100). Sentencia de 12 de Noviembre de 1839 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 514).

dad sin texto que la establezca en términos expresos. De consiguiente, no basta que una ley sea prohibitiva para que su falta de observancia entrañe nulidad. Se admite esta regla en las materias en que no ha manifestado su voluntad el legislador; respecto del matrimonio no puede admitirse, toda vez que los autores del código tuvieron cuidado en determinar los casos en que entraña nulidad la inobservancia de la ley. Debe deducirse de esto que cuando la ley no declara la nulidad, es porque no ha querido hacerlo, y por ende, tampoco puede el juez. Tambien esto se halla fundado en razon. Es indudable que la majestad de las leyes parece exigir que se observen rigurosamente, y que se declaren nulos los actos contrarios á sus disposiciones. Empero, el legislador debe tambien considerar el mal que resulta de la anulacion. Ahora bien, en materia de matrimonio, es tan grave este mal, resulta de la anulacion del matrimonio un trastorno tan grande en las familias, un escándalo tan enorme para la sociedad, que á veces es preferible sostener el matrimonio á pesar de la violacion de la ley, á declararlo nulo. Concibese que en razon de la importancia del matrimonio, el legislador no podria abandonar al juez el cuidado de decidir en qué casos debe haber nulidad. Hé ahí por qué los autores del código formaron un capítulo especial sobre las solicitudes de nulidad de matrimonio.

431. El primer principio establecido por la corte de cassacion está, en consecuencia, fundado en el texto y en el espíritu de la ley. Sin embargo de esto, ha sido combatido. Demante admite con la suprema corte que no puede reconocerse la existencia de una nulidad, si no está apoyada en los términos de la ley. Pero segun el expresado autor, no se necesita que la nulidad sea declarada expresamente; basta la fórmula primitiva, puesto que invalida por su naturaleza; no obstante, agrega Demante, no debe re-

conocérsele este efecto, sino en tanto que no aparezca contrario á la mente del legislador (1). ¿Quién no advierte que esta doctrina, aparentando aceptar con el principio de la corte de casacion, lo destruye? Efectivamente, toca al juez decidir si invalidan ó no los términos prohibitivos; de consiguiente, el juez es el que, en definitiva, determinará cuándo hay nulidad. ¿De qué sirve entonces el capítulo IV de nuestro título sobre las demandas de nulidad de matrimonio? «El legislador, dice Merlin, no habria llenado, en consecuencia, en ese capítulo el objeto que se habia propuesto; si se hubiera formado un plan, lo habria expuesto, y sin embargo, lo habria dejado incompleto; ahora bien, semejante suposicion se combate á sí misma por su propia inverosimilitud (2).»

432. M. Demolombe dice igualmente que el código ha querido arreglarlo y preverlo todo; deduciendo de esto que deben considerarse como restrictivas sus disposiciones. Si se admitiera, dice, una causa de nulidad no prevista en la ley, se encontrarían, en la aplicación, dificultades inextricables. ¿Será relativa ó absoluta esta nulidad? ¿Quién podrá establecerla y durante qué tiempo? ¿Dependerán, pues, del arbitrio del juez todos estos puntos, siendo así que la ley no ha querido dejarlos á su arbitrio? Sin embargo, M. Demolombe rechaza el principio de la corte de casacion como doctrina absoluta (3). ¡Rara contradicción! ¿No implica el mismo principio que debe ser general, sin excepción? Desde que se admiten excepciones, se vuelve inútil el principio; lo cual quiere decir que ya no hay principio. Objétase que si admiten todas las consecuencias del

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 354, núm. 260.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2º, art. 184, cuestión 6º

3 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 524, núm. 335, y p. 376, núm. 238.

principio se llega á resultados que el legislador no ha querido ciertamente. Examinemos.

M. Demolombe pregunta cuál seria el medio, con el principio de la corte de casacion, de anular el pretendido matrimonio de dos personas del mismo sexo. ¿No debe decirse que no habiendo organizado la ley, para este caso, solicitud de nulidad, nadie tiene el derecho de establecerla? Es verdad, no podria anularse semejante matrimonio por la excelente razon de que no tiene existencia alguna ante la ley, y no se solicita la nulidad de la nada. En otros términos, se aplican á esta hipótesis los principios que rigen el matrimonio inexistente, y no los principios sobre el matrimonio nulo. Ahora bien, el capítulo IV sólo habla de los matrimonios nulos; de aquí que no pueda invocársele cuando se trata de los matrimonios inexistentes. El código carece de textos sobre esta materia; desde ese momento, deja abandonada la doctrina, y las dificultades que presenta se resuelven por los principios generales de derecho.

M. Demolombe hace la misma objecion respecto del matrimonio contraido en estado de demencia. La corte de casacion, dice este autor, ha sido conducida á este resultado verdaderamente inadmisible, que el matrimonio no podrá ser impugnado por nadie. Tambien aquí hay confusion entre el matrimonio *nulo* y el matrimonio *inexistente*. No, el matrimonio no puede ser impugnado por vía de accion de nulidad, cuando se ha contraido en estado de demencia, porque ese matrimonio no existe. ¿Quiere decir que las partes interesadas no pueden prevalecer de su inexistencia? Pueden hacerlo ciertamente, como lo demostraremos más adelante (núms. 440 y siguientes).

433. Nosotros sostenemos, pues, el primer principio establecido por la corte de casacion. El segundo está demostrado por eso mismo. Trátase de saber quién puede

intentar la accion de nulidad de matrimonio. Conforme al derecho comun, pueden proceder judicialmente todos los que tienen un interés apreciable. Basta leer el capítulo IV de nuestro título para convencerse que el legislador no admite este principio respecto de las demandas de nulidad de matrimonio. Efectivamente, tiene cuidado de determinar, en cada causa de nulidad, las personas que tienen el derecho de hacerla valer. De esto debe deducirse, con la corte de casacion, que esas disposiciones son restrictivas y limitativas. Si no lo fueran, tendrían razon de ser. Hay, por el contrario, una razon excelente para que la ley sea de estricta interpretación; como dice la suprema corte, «el matrimonio atañe muy esencialmente al orden social para que hubiera sido entregado sin prudencia á todos los ataques de las malas pasiones.» Por lo mismo el legislador ha debido arreglar por quién y bajo qué condiciones puede intentarse la accion de nulidad.

434. ¿Cuál es el principio en cuya virtud concede ó niega el código la accion de nulidad? Hay causas de nulidad que interesan al orden público y á las buenas costumbres: tales son la falta de edad, la bigamia, el incesto y la clandestinidad. Estas causas se hallan establecidas por razones de interés general ó de honestidad pública. Hay otras que son relativas al interés privado de los cónyuges: consisten en el vicio de consentimiento que dieron para el matrimonio, ó en la falta de consentimiento de los ascendientes ó de la familia. La doctrina distingue, en consecuencia, las nulidades absolutas de las nulidades relativas. A pesar de que el código no reproduce los términos de esta distinción, sanciona las consecuencias que de ella resultan. Estando establecidas las nulidades absolutas en interés de la sociedad, la accion debe estar abierta para todas las partes interesadas: la prueba de que la sociedad está en litigio en estos debates, es que la ley permite al ministerio público

intentar la accion de nulidad, sin embargo de que, en principio, no tiene el derecho de proceder de oficio en materia civil. La ley, dice Portalis, abre la accion al ministerio publico, porque es el guardian de las costumbres y el vengador de todos los desórdenes que atacan á la sociedad (1). Tan es cierto que el interés de la sociedad domina en esta materia, que la ley concede tambien la accion de nulidad á los cónyuges culpables, al impúber, al bigamo y al incestuoso. Y es que la ley propende á que se anule el matrimonio, porque el órden público está agraviado con un matrimonio vergonzoso ó criminal. Muy distinto es respecto de las nulidades relativas. Es cierto que el matrimonio siempre interesa á la sociedad, puesto que es su fundamento; pero cuando se pregunta quién puede combatir un matrimonio nulo por vicio de consentimiento, la sociedad no tiene un interés directo en el debate; los principales, digamos mejor, los únicos interesados son los cónyuges; de consiguiente, sólo á ellos corresponde la accion de nulidad. Si guardan silencio, nadie tiene derecho de quejarse.

El carácter absoluto ó relativo de las nulidades tiene además otra consecuencia. Es de principio que las partes no pueden derogar las leyes que interesan al órden público y las buenas costumbres. De ahí se sigue que los particulares no pueden renunciar los derechos que la ley les concede en vista del interés general. De consiguiente, cuando el matrimonio es nulo, de absoluta nulidad, aun cuando las partes interesadas pudiesen intentar la accion, no pueden renunciarla; en consecuencia, tampoco puede confirmar el matrimonio. Siendo de órden público el vicio que lo corrompe, no puede destruirse; lo cual quiere decir que es imposible la confirmation. ¿Se concibe que un matrimo-

1 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 45 (Locré, t. II, p. 392).

nio incestuoso se vuelva válido por cualquiera confirmación? ¿Se confirman la vergüenza y la infamia? No sucede lo mismo con las nulidades relativas. Cada uno puede renunciar los derechos que sólo en su favor están establecidos; de consiguiente, el cónyuge cuyo consentimiento estaba viciado puede destruir este vicio y confirmar el matrimonio.

Finalmente, la naturaleza de la nulidad determina también la prescripción. Cuando la nulidad es absoluta, la acción es imprescriptible. Otra excepción más á los principios generales de derecho. ¿En qué se funda? No existe texto sobre el particular, ¿y puede haber excepción sin texto? La excepción no necesita estar escrita en la ley, porque la regla no recibe aplicación en el matrimonio infectado de nulidad absoluta. ¿Por qué declara la ley prescritas las acciones después de treinta años? Para poner término á los pleitos. Ahora bien, cuando un matrimonio es nulo, de nulidad absoluta, la ley no exige que haya un término para la acción; lo mismo ofende al orden público después de treinta años que después de un año, el matrimonio viciado por el incesto ó la bigamia; siendo permanente el escándalo, no puede extinguir la acción para que se le ponga término. El interés general que exige que prescriban las acciones, requiere, por el contrario, que no prescriba la demanda de nulidad (1). No sucede lo mismo con las nulidades relativas; estas no están fundadas más que en un interés privado; de aquí que volvamos á entrar en el derecho común, que exige que los pleitos tengan término; de consiguiente, há lugar á prescripción. ¿Pero si la acción es prescriptible, no será perpétua la excepción? Así se admite generalmente. No es este el lugar de la materia. Aplazamos la cuestión para el título de las Obligaciones.

1 Esta es la opinión general (*Zachariæ*, t. III, § 459, p. 242).

NUM. 2. EFECTO DE LAS NULIDADES.

435. ¿Cuando un matrimonio es nulo, significa que sea nulo de pleno derecho en virtud de la ley? Ya citamos el antiguo adagio, segun el cual «las nulidades de pleno derecho no proceden.» El epígrafe del capítulo IV prueba que ese principio recibe su aplicacion en el matrimonio; dice así: *De las demandas de nulidad de matrimonio.* De consiguiente, es necesario que la nulidad sea solicitada judicialmente; el tribunal es el que la declara. No se concibe la nulidad de pleno derecho en materia de matrimonio, ménos aún que en cualquiera otra materia. ¿No es necesario que se justifique que existe una causa de nulidad, en derecho, y si esta causa existe en hecho? Ahora bien, en derecho lo mismo que en hecho, puede debatirse la cuestion; de aquí que el debate debe llevarse ante el juez.

436. Del principio que el matrimonio nunca es nulo de pleno derecho se sigue que no existe la nulidad si no es declarada por el juez. Si no ha habido fallo, el matrimonio es válido y produce todos sus efectos, aun cuando fuere absoluta la causa de nulidad. De aqui nace una consecuencia importantísima. Aunque sea solicitada la nulidad, no deja de producir sus efectos el matrimonio hasta que el tribunal lo haya anulado. Esto es exacto, no solamente en cuanto á los cónyuges y á los hijos, en lo que concierne á los derechos y obligaciones que resultan del matrimonio; el principio es absoluto y recibe su aplicacion en todos los casos en que está en litigio el matrimonio.

El marido intenta la accion de nulidad contra la mujer separada de él de hecho. ¿Dónde debe presentarla? ¿ante el juez de la residencia actual de la mujer, ó ante el juez de su domicilio propio? Es claro que debe llevarse ante el

juez del domicilio del marido. Porque el matrimonio existe y produce sus efectos, y uno de estos es aplicar á la mujer casada el domicilio del marido. En vano se dirá que sosteniendo éste que el matrimonio es nulo no puede invocar ese matrimonio contra la mujer. El matrimonio es anulable solamente, y miéntras el tribunal no haya declarado la anulación, produce todos sus efectos (1).

Por idéntica razon debe decidirse que la mujer que quiera solicitar la nulidad de su matrimonio, debe estar autorizada por su marido, ó en caso de negativa de éste, por la justicia. Vano sería decir que se contradiría á sí misma si procediese como mujer casada, aun cuando intentase la demanda para hacer fallar que no lo es; se contestaría que, á pesar de la demanda de nulidad, subsiste el matrimonio y produce todos sus efectos. La demandante es mujer casada todo el tiempo que trascurra sin que sea anulado su matrimonio. De consiguiente, necesita la autorización de su marido ó de la justicia para intentar una acción (2).

¿Cómo procederá la mujer, siendo menor? Se ha fallado que debe estar autorizada por el consejo de familia y asistida de un curador *ad hoc* nombrado por el mismo consejo (3). La decisión es muy jurídica. Efectivamente, el menor está emancipado de pleno derecho por el matrimonio. La mujer está, pues, emancipada en el momento en que intenta la acción de nulidad; por lo mismo no puede proceder judicialmente sino con autorización del consejo de familia y con la asistencia de un curador (art. 482). ¿Quién es este curador? En principio, lo es el marido; pero es imposible que el marido asista á su mujer cuando se queja en

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Matrimonio*, § 6.

2 Merlin, *Reportorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 180, cuestión 4a. Sentencia de casación de 21 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, I, 97).

3 Sentencia de Turin de 11 de Julio de 1807 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 457).

su contra de nulidad de matrimonio. Por tanto, se necesita que el consejo de familia nombre á la mujer un curador especial.

437. Es de principio que las actas anuladas por el juez se consideren como que nunca existieron. Este principio recibe su aplicacion en el matrimonio. La anulacion tiene un efecto retroactivo, de suerte que anulada todos los efectos juridicos que como tal produjo el matrimonio. Hay, sin embargo, una excepcion notable de este principio, para el caso en que los cónyuges, ó alguno de ellos, fueren de buena fé; el matrimonio, aunque anulable, produce entonces efectos considerables, á titulo de putativo.

438. Haciendo abstraccion del putativo, el matrimonio anulado no produce en principio efecto alguno. Se ha sostenido que de ello resultaria una afinidad natural, y por ende, un impedimento para el matrimonio. En las páginas que anteceden hemos examinado la cuestion (número 353). Se pregunta si por lo menos el estado de los hijos nacidos del matrimonio no será justificado legalmente, en el sentido de que, si son hijos naturales simples, sean considerados como hijos naturales reconocidos, ó si son adulterinos ó incestuosos, sea probada su filiacion, y puedan, en consecuencia, reclamar alimentos. Se admite generalmente la afirmativa (1). En primer lugar esta opinion parece chocar con el principio que acabamos de establecer, y que está admitido por todos. Estando anulado el matrimonio, no puede producir efecto alguno; ahora bien, un efecto del matrimonio es permitir á los hijos que de él proceden establecer su filiacion con el acta de su nacimiento; de consiguiente, si el matrimonio está anulado, ya no pueden los hijos invocar el art. 319; son hijos naturales, y no pueden probar su filiacion más que con una acta de reco-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 530, número 345.

nocimiento. Creemos que este razonamiento tiende á la falsedad; hace una aplicacion falsa del principio. Es indudable que el matrimonio anulado no produce efecto alguno. Pero ¿anonada la anulacion hechos auténticamente comprobados? No, en verdad, no hay poder humano que pueda destruir un hecho consumado, ni la prueba de ese hecho, cuando resulta de una acta auténtica. Ahora bien, existe un primer hecho, el matrimonio; está auténticamente comprobado que se celebró un matrimonio; ¿el fallo que declara la nulidad destruye el hecho del matrimonio y la prueba que de él se ha adquirido? Léjos de eso, supone por el contrario, el matrimonio existente y probado; sin esto no podria tratarse de anularlo. Ha nacido un hijo de este matrimonio más de seis meses despues de su celebracion, y se ha levantado el acta de su nacimiento: hé ahí un segundo hecho. ¿Por ventura el fallo que declara la nulidad del matrimonio destruye este segundo hecho, así como la prueba? No, en verdad; todo lo que de él resulta es que el hijo será ilegítimo. ¿Por qué ilegítimo? Porque ha nacido de un matrimonio anulado. Así, pues, está probado que nació de ese matrimonio; su filiacion se halla, por lo mismo, establecida por tres actas auténticas, la de matrimonio, la de nacimiento y el acta ó el fallo de anulacion.

Encontramos la aplicacion de esos principios en un texto expreso del código. El art. 762 concede alimentos á los hijos adulterinos é incestuosos, y el art. 33º prohíbe el reconocimiento de estos hijos. ¿Cómo pueden reclamar alimentos, no pudiendo ser reconocidos? Debe suponerse que su estado está comprobado auténticamente sin que haya reconocimiento. Esto es precisamente lo que sucede cuando se anula un matrimonio por causa de adulterio ó incesto. El acta de matrimonio, la de nacimiento y el fallo que anula el matrimonio, suministran la prueba auténtica de

que los hijos de que se trata han nacido de un comercio adulterino ó incestuoso. Lo que los arts. 762 y 335 deciden implicitamente respecto de los hijos adulterinos é incestuosos, debe ser tambien respecto de los hijos naturales simples. De consiguiente, su filiacion es comprobada independientemente de una acta de reconocimiento, y por ende, pueden ejercer todos los derechos que concede la ley á los hijos naturales reconocidos.

439. ¿Pueden celebrar de nuevo su union los cónyuges que abriguen serios temores de que su matrimonio se halle expuesto á una accion de nulidad? Existe un motivo de duda. Supongamos que su primer matrimonio es verdaderamente nulo. Pero un matrimonio nulo no deja de producir todos sus efectos hasta que haya sido anulado. ¿Subsistiendo el matrimonio, cómo podrán celebrar nueva union? Esta razon ha llevado tras sí á la corte de Angers, la cual decidió que no puede procederse á segunda celebracion ántes de que fuese declarada nula la primera (1). Existe una sentencia contraria de la corte de Gante (2). Creemos que debe seguirse de preferencia esta última decision. No hay texto sobre el particular. De consiguiente, es necesario, dice la corte de Gante, consultar el derecho antiguo y los principios. Ahora bien, Pothier enseña que la nulidad del matrimonio celebrado por un sacerdote incompetente, puede ampararse con la rehabilitacion del matrimonio de las partes, es decir, con nueva celebracion (3). ¿Y qué dicen los principios? Cuando un contrato es nulo, puede sustituirse con un nuevo convenio, sin que las partes estén obligadas á hacer anular el primero. Así lo decide el art. 1339 res-

1 Sentencia de 21 de Agosto de 1840 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Emigrado*, núm. 167).

2 Sentencia de 27 de Mayo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 220) Demolombe (t. III, p. 464, núm. 286) participa de esta opinion.

3 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 362.

pecto de la donacion: nula en la forma, dice la ley, es preciso que se rehaga en la forma legal; en consecuencia, el donante puede rehacerla sin pedir la nulidad de la primera. ¿Si esto es respecto de la donacion, por qué no ha de aplicarse el mismo principio al matrimonio?

Hay, no obstante, una objecion. Pothier dice que la segunda celebracion es una confirmacion de la primera. Esto supone que la nulidad puede ser destruida por un acto confirmativo. Si así es, ¿para qué recurrir á una nueva celebracion del matrimonio? ¿No es más sencillo y más jurídico confirmarlo? Este motivo pesó en el ánimo del tribunal de Gante, el cual habia fallado que era inútil proceder á una segunda celebracion del matrimonio, siendo bastante la confirmation ordinaria. Sin embargo, aun en ese caso, no vemos obstáculo legal para que el oficial del estado civil proceda á nueva celebracion; esta será la más eficaz de las confirmaciones. Si el matrimonio no puede ser confirmado, ya porque haya una nulidad absoluta, ya porque falte una condicion para la existencia del matrimonio, entonces la nueva celebracion se vuelve una necesidad. Con el bien entendido de que ese nuevo matrimonio no será considerado como una confirmation del primero; los terceros, interesados en preveralse de la nulidad del primer matrimonio, podrán hacerlo, puesto que el vicio que lo corrompe no puede ser reparado con ningun acto confirmativo. Este es el caso de la donacion nula en la forma, previsto en el art. 1339: el donante, dice la ley, no puede confirmala; debe rehacerla en la forma legal, y no tendrá efecto sino á contar del nuevo acto. Lo mismo sucederia respecto del matrimonio; la nulidad ó inexistencia del primer matrimonio podria ser invocada por los terceros, á pesar de la nueva celebracion.

§ 2º De los matrimonios inexistentes.

NUM. 1. ¿EL MATRIMONIO INEXISTENTE DA LUGAR A UNA ACCION DE NULIDAD?

440. El código no contesta la pregunta. Verdad es que no pueden aplicarse al matrimonio inexistente las disposiciones del capítulo IV; lo demuestra el mismo epígrafe; dice así: «De las demandas de nulidad de matrimonio.» Supone, pues, matrimonios existentes, pero que adolecen de un vicio que los hace anulables y que entrañan una acción de nulidad. ¿Procede también una *demandas de nulidad*, cuando falta al matrimonio una de las condiciones requeridas para que exista? La negativa es clara. Semejante acción sería una insensatez; ¿se concibe que se solicite la nulidad de la nada? Por la misma razón, es lógicamente imposible demandar la nulidad de un matrimonio inexistente (1).

¿Quiere decir esto que sea nulo de pleno derecho el matrimonio inexistente? Acabamos de recordar el antiguo adagio según el cual no hay nulidad de pleno derecho. Al discutirse en el consejo de Estado el capítulo de las nulidades, se invocó varias veces ese principio en materia de matrimonio. En la sesión del 5 vendimario, año X, hizo notar el primer cónsul que el proyecto no explicaba en qué casos el matrimonio era nulo de pleno derecho. Quizás Napoleón tomaba por este el matrimonio que nosotros llamamos *inexistente* para distinguirlo del matrimonio anulable. Tronchet contestó: «Nunca es nulo de pleno derecho el matrimonio; siempre hay en él un título y una apariencia que deben destruirse (2).» El proyecto parecía

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 210, nota 2, § 450.

2 Locré, *Legislación civil*, t. II, p. 336, núm. 7.

admitir, sin embargo, un caso en que ni siquiera hay una apariencia de matrimonio. Este caso es el previsto en el art. 146: «*No existe matrimonio* cuando no existe consentimiento.» ¿Decir que *no existe matrimonio*, no es decir enérgicamente que nada existe? Tronchet censuró esta redaccion. «Desde el momento en que existe una acta material, dijo, existe el matrimonio, que puede, no obstante, ser nulo si no intervino en él el consentimiento; y ese matrimonio subsiste hasta que haya un fallo que declare su nulidad. Esto es lo que importa hacer conocer, á fin de que las partes no se crean autorizadas á separarse de pleno derecho y sin la intervencion de los tribunales.» Se ve que Tronchet aplica al matrimonio de que habla el art. 146 los principios que rigen el matrimonio nulo. Más bien dicho, no admite la distincion que hacia el primer cónsul y que hoy admite la doctrina entre las actas *nulas* y las actas inexistentes. Y, fuerza es confesarlo, tal era la opinion de todos los legistas del consejo de Estado. Réal contestó á Tronchet que el art. 146 supone necesariamente el recurso á los tribunales, lo que, en su designio, implica una accion de nulidad (¹).

¿Qué debe deducirse de esta discusion? ¿Diremos con Tronchet y Réal, que aun cuando no exista matrimonio, porque no ha habido consentimiento, deben intentar las partes una accion de nulidad, y que el matrimonio subsistirá hasta que haya sido anulado? Esto seria confundir el matrimonio *nulo* con el matrimonio *inexistente*. Si se admite la distincion, deben admitirse tambien las consecuencias. ¿Qué es un matrimonio *inexistente*? La misma palabra lo dice. Ese matrimonio no existe ante la ley, y, como todo acto inexistente, no puede tener efecto alguno: estos son los términos del art. 1131. Un matrimonio que no existe no puede subsistir hasta que el tribunal lo haya

1 Sesión del 24 frimario, año X, núms. 8 y 9 (Loiré, t. II, p. 361).

anulación, porque si subsistiera, produciría efectos, mientras que, en realidad, no produce ninguno. Hay, sin embargo, algo de verdad en las palabras de Tronchet. Supóngase que el matrimonio inexistente fué celebrado por un oficial del estado civil. En consecuencia, hay un título apparente. ¿Puede desaparecer este título sin acción judicial? Tronchet y Réal dicen que no, y tienen razón. El que ha sido parte en la celebración de un matrimonio que suponemos inexistente, desea contraer nuevo enlace. El oficial del estado civil le opone la primera acta. ¿Le bastará, para rechazarla, decir que esa acta no existe, porque justifica un hecho jurídico inexistente? No, en verdad. El oficial público contestaría que esa acta tiene cuando menos una existencia apparente, puesto que está escrita en el libro del estado civil, y que en presencia de un matrimonio comprobado legalmente, no puede proceder á la celebración de un nuevo matrimonio. Se debe fíe al acta, dice Tronchet, y eso es manifiesto.

¿Qué debe hacer entonces el que quiera contraer nuevo matrimonio? Desde el momento en que hay disputa, se necesita que sea llamado el juez á terminarla. ¿Pero cuál será la acción? ¿Cómo se formulará? ¿Alcanzará el demandante la anulación del matrimonio inexistente? Lógicamente, eso es imposible, y vamos á ver ahora mismo que tampoco es posible desde el punto de vista de nuestros textos. El demandante conseguirá que el tribunal declare que no ha habido matrimonio. Si el acta levantada por el oficial del estado civil comprobase que se habían llenado todas las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio, se necesitaría sostener judicialmente la falsedad del acta. Supongamos que no he dado mi consentimiento para el matrimonio á que se refiere una acta, aunque ésta exprese que lo he dado. En este caso deberá promover la demanda de falsedad. Si se admite la prueba, el tribunal

decidirá, no que es nulo el matrimonio, sino que no ha existido (1).

441. ¿Se dirá que la cuestión es una disputa de palabras? No, hay principios severos que rigen la acción de nulidad del matrimonio; ¿se trata de saber si esos principios deben recibir su aplicación en el matrimonio inexistente? M. Demolombe contesta sí y no. Admite la distinción, pero sería peligroso, dice, seguirla en todas sus consecuencias; según él, se necesitará aplicar algunas veces al matrimonio inexistente los principios que establece el código para el matrimonio nulo. ¿Cuál es la causa de esta vacilación? Que la distinción no fué reconocida claramente por los autores del código. ¿Y qué importa? Comprendemos que sea rechazada fundándose en el silencio de la ley; pero no comprendemos que se admita como verdadera, y que se retroceda ante las consecuencias. No hay verdades á medias; sentado esto, los principios son la expresión de la verdad, tal como la concebimos en nuestra debilidad humana; en consecuencia, no hay semi-principios. ¿A dónde iría la ciencia del derecho si dejara de ser lógica?

442. Hemos dicho que la corte de casación sienta como principios que no hay otras nulidades que las que están textualmente establecidas en el código. ¿Debe establecerse este principio en las condiciones requeridas para el matrimonio inexistente? Es claro que no. Efectivamente, el código no sanciona en términos expresos la teoría de los matrimonios inexistentes; en tanto que sí contiene un capítulo especial sobre los matrimonios nulos. Por consiguiente, desde el punto de vista de los textos, hay una diferencia radical entre los matrimonios nulos y los matrimonios inexistentes. No tendría razón de ser el capítulo IV de nuestro título, si se pudieran admitir otras nulidades que

¹ Zacharie, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 214, nota 2, § 451, bis.

las que sanciona la ley. Si, por el contrario, se trata de las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio, estamos sin texto; tal menos no hay teoría formulada claramente; en consecuencia, el intérprete debe decidir conforme á los principios, más bien que conforme á los textos, las dificultades que se presenten. ¿Qué sucedería si se aplicaran á la inexistencia del matrimonio los principios que rigen las demandas de nulidad? Sería necesario decir que el matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo es válido y no puede ser combatido por ninguna clase de acción. No puede serlo por una demanda de nulidad, puesto que no hay texto que declare la nulidad. Tampoco podría serlo por una acción que se encaminara á que el matrimonio fuese declarado inexistente, puesto que no hay texto que defina las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio. Esto prueba que, respecto de estas condiciones, no pueden aplicarse los principios sobre las nulidades de matrimonio. Debe, pues, decidirse que se podrá proceder judicialmente para hacer declarar inexistente el matrimonio, en todos los casos en que, conforme á los principios generales de derecho, falte una condición sin la cual no se conciba la existencia del matrimonio.

443. La corte de casación establece un segundo principio en materia de nulidad, consistente en que la demanda no puede intentarse más que por las personas á quienes la ley otorga expresamente ese derecho. ¿Debe aplicarse este principio á los matrimonios inexistentes? No; la razón de la diferencia es la misma que acabamos de exponer respecto al primer principio. Ninguna disposición contiene el código acerca de esta cuestión; de aquí que sea imposible admitir un principio limitativo ó restrictivo. Por el sólo hecho de que la ley no limita las personas que pueden preverse de la inexistencia de un matrimonio, se permanece

en el derecho comun. El código deroga el derecho comun en lo que concierne á los matrimonios nulos; no lo deroga en lo que concierne á los matrimonios inexistentes; luego el derecho comun es el que queda aplicable. ¿Cuál es ese derecho común? El de que toda persona que tenga interés puede proceder judicialmente. Esto supuesto, debe decidirse que toda persona interesada puede invocar la inexistencia de un matrimonio, ya sea por vía de accion, ya por vía de excepcion (1). Vamos á hacer la aplicacion de este principio en el matrimonio contraido por una persona que se hallaba en estado de demencia en el acto de la celebracion. Veremos que si se quiere aplicar al matrimonio inexistente el principio del matrimonio nulo, resultaria que no podria ser combatido por nadie el matrimonio del que hubiera estado demente en el acto en que declaró que consentia.

Contrae matrimonio una persona en estado de demencia. Los parientes colaterales piden la nulidad del matrimonio. ¿Son admisibles? La corte de París decidió que deberia aplicarse el art. 146, segun el cual, no existe matrimonio si falta el consentimiento; que de ahí resulta una nulidad absoluta que pueden hacer valer los herederos colaterales. Es forzoso agregar que la corte invoca el art. 184, que ella misma declara no ser limitativo. Su sentencia fué casada. Fúndase la corte de casacion en los principios que rigen la nulidad del matrimonio. Conforme á estos principios no puede solicitarse la nulidad más que por las personas á quienes la ley concede expresamente ese derecho; ahora bien, ningun texto permite á los parientes colaterales pedir la nulidad de un matrimonio por causa de demencia; por consiguiente, el art. 184 es esencialmente limitativo. Eso

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 215, nota 3, § 451, bis.

decide la cuestión (1). Merlin se declaró partidario de la doctrina sancionada por la corte de casación (2). Desde el punto de vista de los principios sobre las demandas de nulidad de matrimonio, no cabe duda en esto. No hay nulidad sin texto que conceda la acción, y texto no existe. Hay otras sentencias en igual sentido. La corte de casación ha fallado que, aun cuando no hubiera incapacidad, los parientes colaterales no pueden, después de la muerte del incapacitado, pedir la nulidad del matrimonio que éste hubiera contraído después del fallo, fundándose otra vez en el art. 184, que es limitativo (3).

Veamos cuáles son las consecuencias que van á resultar de esta jurisprudencia. Es cierto que los parientes colaterales no pueden promover la nulidad. ¿Quién podrá entonces? Ninguno, si se decide la cuestión con arreglo á los principios sobre las nulidades. Merlin dice, y es verdad, que debe aplicarse el art. 180, segun el cual el matrimonio contraido *sin el libre consentimiento* de uno de los cónyuges puede ser combatido por aquel cuyo consentimiento no ha sido libre. Merlin ve en el art. 180 la sanción del art. 146, conforme al cual «no hay matrimonio cuando no existe consentimiento.» No hay más que tener á la vista las dos disposiciones para convencerse de que esta interpretación es inadmisible. El art. 146 habla de la falta de consentimiento, mientras que el art. 180 supone que ha habido consentimiento, pero que se halla viciado por la violencia ó el error. En el caso del art. 146, el ma-

1 Sentencia de la corte de París de 18 de Mayo de 1818 (Dalloz, en la palabra *Culto*, núm. 115, 39). Sentencia de la corte de casación de 9 de Enero de 1821 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 210).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 180, cuestión 1^a.

3 Sentencia de 12 de Noviembre de 1844 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 1, 98). Consultese la sentencia de Colmar de 27 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 260).

trimonio es inexisteute, miéntras que en el caso del articulo 180 el matrimonio es nulo. Por consiguiente, cuando no hay consentimiento, y este es el caso de aquel que consiente hallándose en estado de demencia, no es aplicable el art. 180. Y no hay otro artículo que conceda una accion de nulidad por falta de consentimiento.

Merlin dice que esto es absurdo, puesto que de ello resultaria que un matrimonio contraido por una persona en estado de demencia no podria ser combatido por nadie. La ley dice, sin embargo, que no hay matrimonio cuando no existe consentimiento. De esta suerte, no habria matrimonio, y sin embargo, esta apariencia de tal, seria incontestable. Ciertamente seria esto absurdo, pero el absurdo no existe más que porque se quieren aplicar los principios del matrimonio nulo al matrimonio inexistente, quiere decir, cuando se quieren aplicar disposiciones excepcionales á un caso que está regido por la regla general. No es exacto decir, como lo hace Merlin, que permanece sin sancion el art. 146 si no puede aplicarse el art. 180; tendrá, por el contrario, una sancion más vigorosa que la de la nulidad. Efectivamente, miéntras el matrimonio nulo no puede ser combatido más que por determinadas personas á las que concede la ley ese derecho, el matrimonio del que no ha consentido porque estaba incapaz de consentir, podrá ser combatido por cualquiera persona que tenga interés en ello, en el sentido de que cualquiera parte interesada puede pedir que el juez declare que no ha habido matrimonio. Así lo decidió el tribunal de Gante, y su decision es muy jurídica (1). Concíbese que con dificultad permita la ley que se combata un matrimonio que sea simplemente anulable, es decir, que produzca todos sus efec-

1 Fallo de 14 de Diciembre de 1846 (Dalloz. *Recopilacion periódica*, 1847, 3, 24). En igual sentido hay una sentencia de la corte de Argel de 21 de Abril de 1853 (Dalloz, *Recopilacion*, 1855, 2, 342).

tos; porque esto seria sembrar la confusión en las familias. No sucede lo mismo respecto de un matrimonio que no existe ante la ley, y que, en consecuencia, no produce efecto alguno. En hecho, es indudable que los pretendidos consortes pueden haber cohabitado, y en este caso, el fallo que declare que no ha existido el matrimonio, producirá los mismos inconvenientes que el fallo que anula el matrimonio. Esto demuestra que el legislador habría debido arreglar las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio y las consecuencias que resultan de la inexistencia. Pero no lo hizo, y no corresponde al juez llenar el vacío.

444. Los mismos principios deben aplicarse en el caso en que el matrimonio fuere inexistente por falta de solemnidad. No se celebró el matrimonio ante el oficial del estado civil; en ese caso no hay verdaderamente matrimonio. ¿Quién puede prevalecer de la inexistencia de ese matrimonio aparente? Cualquiera persona que tenga interés en ello. Si los pretendidos cónyuges quisieren contraer un matrimonio verdadero, ni siquiera tendrían necesidad de proceder judicialmente para hacer declarar que no estaban casados; el oficial del estado civil no debería detenerse ante un título que no existe. Es indudable que habiendo disputa, esta debe ser decidida por el juez; mas en el caso, creemos que no habría lugar á disputa.

Empero, la aplicación de estos principios da margen á una dificultad sobre la cual hay controversia. HÁSE celebrado un matrimonio ante un ministro del culto: ¿es nulo ó inexistente? Si se dijese que es nulo, no habría quien pudiera pedir la anulación; cuando la ley habla de la incompetencia, supone siempre que hay un *oficial público* de por medio (art. 191); ahora bien, los ministros del culto no son, en verdad, oficiales públicos. Por lo menos, segun la constitución belga, esto no admite duda. M. Nothomb ha

declarado, en el acto de la discusion, que los ministros del culto no eran más que individuos ante la ley; quiere decir, que no tienen ningun carácter público. Por consiguiente, cuando el ministro de cualquier culto celebre un matrimonio, es como si procediera á la celebracion el primero que pasa. Ni siquiera tiene una apariencia de título; en consecuencia, tampoco hay matrimonio. ¿Pero quién tendrá el derecho de combatirlo? No puede combatirse por vía de accion de nulidad, porque se carece de texto para ello. Así, pues, si se admitiera que el matrimonio es nulo, ó que deben aplicarse á los matrimonios inexistentes los principios de la accion de nulidad, resultaria que ese matrimonio era incontestable. Esto es absurdo; en consecuencia, deben hacerse á un lado los principios especiales que rigen las demandas de nulidad de matrimonio, y aplicar los principios generales, conforme á los cuales toda persona puede proceder judicialmente.

La jurisprudencia está indecisa acerca de esta cuestión delicada. Volveremos á ocuparnos de ella al tratar del matrimonio putativo.

NUM. 2. APLICACION.

445. Toda accion, en principio, está sometida á la prescripción. Las demandas de nulidad de matrimonio tambien son prescriptibles cuando se fundan en un interés privado. No sucede lo mismo con la accion que se deriva de la inexistencia de un matrimonio; esta es imprescriptible. ¿Por qué? Las nulidades absolutas no prescriben, porque el interés de la sociedad exige siempre que se anulen los matrimonios criminales ó vergonzosos. ¿Quizás es ese tambien el motivo de que no prescriba la accion ó la excepcion que se dirige á hacer declarar inexistente el matrimonio?

No, porque es posible que sólo esté de por medio el interés privado. Tal es el matrimonio en que no ha habido consentimiento. ¿Entonces por qué no hay prescripción en ese caso? Porque, en realidad, no hay acción, y no la hay porque no existe contrato. Ahora bien, al que pretende que existe un contrato, se le puede oponer, por vía de acción ó de excepción, que no ha habido consentimiento. Sería contrario á la razón y al derecho que la nada se volviese válida y se transformase en contrato por la única razón de que hayan transcurrido diez ó treinta años desde que se produjo ese nada bajo la forma de un contrato (1).

446. ¿Si se intentare una acción para hacer declarar que no hay matrimonio, ante qué tribunal deberá llevarse? Se aplicará el principio general segun el cual el demandante deberá presentar su acción ante el tribunal del domicilio del demandado. No hay que distinguir entre los cónyuges, porque éstos no existen. En consecuencia, no puede decirse que el domicilio de la mujer es el del marido; no hay ni marido ni mujer. Las partes están regidas por el derecho común. No se puede aplicar al matrimonio inexistente lo que hemos dicho del matrimonio nulo; el primero no produce ningún efecto; como dice con energía el art. 446, no hay matrimonio; así, pues, no hay domicilio marital. ¿Necesitará autorización la mujer para litigar? No; ¿a quién se la pedirá? ¿Al marido? No lo tiene. ¿A la justicia? ¿Pero con qué carácter? No habiendo matrimonio, ninguna incapacidad sujeta á la mujer (2). Por igual razón, si la mujer fuere menor, no estaría emancipada por el matrimonio, porque no existe tal matrimonio; permanece, pues,

1 Esta es la opinión de todos los que admiten la teoría de los actos inexistentes (Demolombe, t. III, p. 381, n.º 24).

2 La corte de cassación ha decidido que la mujer no tenía necesidad de autorización para promover la falsedad de una acta de matrimonio que pretendía no haber sido celebrado (Sentencia de 31 de Agosto de 1824, en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, n.º 561).

bajo la patria potestad ó] bajo la potestad de la tutela; en consecuencia, no es la mujer la que debe proceder judicialmente, sino el padre, la madre ó el tutor.

Puede hacerse una objecion importante contra estas soluciones. Esto, se dirá, es llegar á la nulidad de pleno derecho, cuando no existe semejante nulidad. El matrimonio ha sido contraido ante un sacerdote. ¿Es simplemente nulo ó inexistente? La cuestion está en debate. En espera de que se decida, ¿no debe decirse que hay una apariencia de matrimonio, que este matrimonio apparente no es nulo de pleno derecho, que por tanto existe un domicilio marital, y hay emancipacion e incapacidad de la mujer? ¿Decir que no hay nada de esto, no es presuponer la decision del juez? Hay en esto una verdadera dificultad que el legislador habria debido decidir. ¿En el silencio de la ley, que debe hacer el intérprete? Creemos que debe atenerse al principio formulado en el art. 1131: una acta inexistente no puede producir ningun efecto.

447. Por la misma razon decidiremos que si ha habido cópula y si han nacido hijos del comercio de los dos pretendidos cónyuges, estos hijos no tendrán estado y su filiacion no será comprobada legalmente. Esto no admite duda alguna, cuando la celebracion no ha sido hecha ante un oficial del estado civil, y en consecuencia, no se escribió el acta en los libros: falta en ese caso uno de los elementos constitutivos de la filiacion, el acta que prueba el matrimonio. Pero la cuestion se vuelve dudosa si ha habido una celebracion regular; por ejemplo, una persona atacada de demencia se ha casado ante el oficial del estado civil, y el acta se halla inscrita en los libros. Nace un hijo de esta union, y se levanta el acta de nacimiento. ¿Podrá el hijo invocar esas actas para probar su filiacion? Nosotros creemos que puede hacerlo. Es cierto que, en el rigor de los principios, el acta levantada para justificar la celebra-

ción de un matrimonio inexistente es asimismo inexistente, y como tal no puede producir efecto alguno. La objeción es grave. ¿Pero no puede contestarse que existe un título, y que debe dársele fe hasta que el juez haya declarado que no hay matrimonio? Y suponiendo que el matrimonio sea declarado inexistente, siempre queda una acta inscrita en los libros del estado civil, que prueba auténticamente la unión que contrajeron dos personas, unión de hecho, concedido; pero no basta el hecho para establecer la filiación, si se combina con el hecho del nacimiento, el cual está igualmente establecido de una manera auténtica? Así lo creemos. No se diga que nosotros que, en todas ocasiones, predicamos la lógica, somos inconsistentes atribuyendo un efecto al matrimonio inexistente; no es al matrimonio al que se lo atribuimos, sino á los dos hechos comprobados con actas auténticas. ¿Si está comprobado el estado de los hijos, podrán éstos reclamar el beneficio del matrimonio putativo? Más adelante examinaremos esta cuestión (núm. 515).

SECCION II.—De las nulidades relativas.

§ 1º Vicios del consentimiento.

448. Cuando falta el consentimiento, dice el art. 146, no existe matrimonio. La ley no dice que el matrimonio es nulo, sino que no existe. Otra cosa es si se ha dado el consentimiento, pero viciado por el error ó la violencia. En este caso es nulo el matrimonio. El error da lugar á una duda; puede sostenerse que si hay error en la persona, el matrimonio es inexistente. Ya hemos examinado la cuestión en las páginas anteriores (núm. 291); réstanos hablar de los vicios que traería consigo la nulidad del matrimonio. La nulidad es relativa. Segun el art. 180, el matri-

monio no puede ser combatido sino por los cónyuges cuyo consentimiento no haya sido libre ó que hayan sido inducidos por error. ¿Por qué no producen más que una nulidad relativa el error y la violencia?

Portalis contesta que la falta de libertad es un acto del cual el primer juez es la persona que pretende no haber sido libre. «Personas extrañas, dice este autor, pueden haber sido testigos de los procedimientos exteriores, por los que se cree autorizado á deducir que ha habido violencia ó temor; pero esas personas no pueden nunca apreciar la impresión continua ó pasajera que se ha operado ó no por esos mismos procedimientos.» Esto es verdad, y con más razon, el error. Ese primer motivo que se da comunmente para explicar el carácter relativo de la nulidad que resulta de un vicio de consentimiento, no es decisivo. No es más que una dificultad de prueba, pero esta dificultad no es una imposibilidad. La ley admite igualmente, en materia de obligaciones, á cualquiera persona interesada en preveralser de los vicios que al anular el consentimiento anulan tambien el contrato. Por consiguiente, debe haber otro motivo para ello.

«¿Quién, pregunta Portalis, tendría el derecho de sostener que yo no he sido libre cuando, á pesar de las apariencias, aseguro haberlo sido? ¿En asunto tan personal, mi testimonio no sería superior á cualquier otro (1)?» Si, si sólo estuviera de por medio el interés del cónyuge violentado ó engañado. Pero ¿por qué, si hay terceros interesados en el asunto, no se les permite impugnar el matrimonio? La verdadera razon es que la sociedad no tiene interés alguno en que se anule un matrimonio por vicio de consentimiento; la sociedad está, por el contrario, interesada en que se sostenga el matrimonio, porque la anula-

1. Portalis, Exposición de los motivos, núm. 42 (Loeré, t. II, p. 391).

ción es una causa de desorden en el seno de las familias. Hé ahí por qué la ley limita la acción y sólo la concede á los principales interesados.

449. ¿Tienen derecho para intentar la acción los herederos de los cónyuges? Todos están de acuerdo en que no lo tienen. Pero es importante precisar la verdadera razon que hay para decidirlo así. Se dice comunmente que la acción es personal por su naturaleza, invocando los motivos que Portalis ha expuesto para justificar el carácter relativo de la nulidad. Esto es confundir dos órdenes de ideas completamente distintas. De que la nulidad sea relativa no se sigue que los herederos no puedan solicitarla. ¿No suceden los herederos á todos los derechos y acciones de sus autores? ¿Por qué entonces no suceden al derecho que tenia el difunto de demandar la nulidad de matrimonio? Tal es la verdadera cuestión. Se admite una excepción á una regla general. ¿Hay un texto que nos autorice á ello? Citanse los términos restrictivos del art. 180: «El matrimonio *no puede* ser combatido *más que* por los cónyuges cuyo consentimiento *no haya* sido libre; *no puede* serlo *más que* por aquel de los dos consortes que ha sido inducido á error.» Empero, por segunda vez, esos términos restrictivos no prueban más que una cosa, que la nulidad es relativa, no deciden que la acción de nulidad no pueda pasar á los herederos. Duranton no encuentra otro argumento que el principio establecido por la corte de casación: sólo aquellos á quienes la ley da expresamente el derecho de impugnar el matrimonio, pueden pedir la nulidad (1). Este principio, más que el texto del art. 180, no excluye á los herederos, porque éstos no proceden en su nombre, sino en representacion de la persona del difunto. En nuestros textos no hay excepción á este princi-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 231, núm. 270.

pio. ¿Entonces, debe aplicarse la regla? No, la regla no puede recibir su aplicación en la demanda de nulidad de matrimonio, porque la regla supone derechos pecuniarios que se hallan en el dominio del difunto y que pasan con este dominio á sus herederos. ¿Por ventura es pecuniario el derecho de promover la nulidad de matrimonio? ¿forma parte de los bienes? No, en verdad; es un derecho esencialmente moral; hé ahí la razón de que sea inherente á la persona del cónyuge; debe, pues, extinguirse á su muerte.

450. ¿Qué debe decidirse si la acción se ha intentado y muere el cónyuge ántes de que se pronuncie el fallo? La opinión común es que pasa á los herederos la acción intentada. Se invoca una máxima del derecho romano, admitida como adagio, segun la cual las acciones que, ántes de intentarse, eran personales, dejan de serlo en el momento en que se llevan ante los tribunales. Marcadé rechaza la regla romana con una especie de desdén: «Todas las reglas romanas juntas, dice, serían impotentes ante la voluntad expresa del legislador, que declara que el cónyuge es el único en cuyo beneficio permite romper el contrato de matrimonio (1).» Nosotros participamos de la opinión de Marcadé en cuanto al fondo del debate, pero no participamos de su desprecio respecto de las reglas romanas. Es indudable que si el legislador hubiera expresado su voluntad, no podría el intérprete oponerle un principio, por exacto que fuese. ¿Pero dónde está esa expresión tan cierta de lo que exige la ley? Los términos del art. 180 ni siquiera pueden ser invocados para excluir á los herederos cuando no ha intentado la acción el difunto; con menos justicia deciden la cuestión de que se trasmite la acción intentada. En el silencio de la ley, es de todo punto necesario recurrir á los principios. La regla roma-

1 Marcadé; *Curso elemental*, t. I, p. 478, art. 131, núm. 7.

na está fundada en la equidad cuando se trata de intereses pecuniarios; desde que se intenta la accion, aun cuando sea puramente personal, entra al dominio del demandante, forma parte de sus bienes, y debe, por lo mismo, trasmitirse á sus herederos. ¿Se aplica, empero, el principio á las acciones esencialmente morales? No, estas acciones nunca constituyen bienes, no forman parte del patrimonio; de aquí que no puedan pasar á los herederos.

No obstante, hay en este asunto objeciones de importancia. Segun el art. 330, la accion de reclamacion de estadio, intentada por el hijo, puede ser continuada por los herederos. Hé ahí la aplicacion de la máxima romana en una accion moral; de consiguiente, se dice, la máxima es absoluta en el espíritu de la ley. El art. 329 contesta la objencion. Permite á los herederos intentar la accion, si el hijo murió siendo menor, ó dentro de cinco años despues de haber llegado á la mayor edad. El código no considera, pues, la accion puramente moral; efectivamente, todos los derechos pecuniarios del hijo y de sus herederos dependen de su estadio. Concibese, por lo mismo, que el legislador permita á los herederos intentar la accion; con más justicia deben continuarla éstos cuando haya sido comenzada.

Objétase tambien el art. 957, que decide que la demanda de revocacion de una donacion por causa de ingratitud pasa á los herederos del donante cuando haya sido intentada. Esta es una nueva aplicacion, se dice, de la regla romana en una accion moral. No, la accion no es esencialmente moral, no tiene más que un elemento moral, consistente en que está fundada en una injuria, pero el objeto de la demanda es pecuniario; tambien dice la ley que los herederos pueden intentarla cuando muera el donante dentro del año de la comision del delito (1).

1. Véase en sentido contrario á Demolombe, t. III, p. 416, número 259.

451. La nulidad puede excusarse. Segun el art. 181, «no es admisible la demanda sino cuando hubiere habido cohabitacion continuada durante los seis meses posteriores al momento en que el cónyuge hubiere recobrado su entera libertad ó en que hubiere reconocido el error.» Esta es una confirmacion tácita. No siendo más que relativa la nulidad, el mismo que tiene el derecho de pedirla puede renunciar á ella, porque renuncia un derecho que está establecido en su favor. Lo que se hace al principio por temor ó por error, dice Portalis, puede despues confirmarse por razon ó por eleccion. La ley determina bajo qué condiciones hay confirmacion. Se necesita primero que los cónyuges cohabiten despues de que hayan recobrado su libertad de accion ó hayan reconocido el error; esta cohabitacion es la que implica el designio de aprobar el matrimonio; si tuvieran la intencion de pedir la nulidad, claro es que dejarian de cohabitar; ni siquiera puede suponerse la intencion contraria, no sólo conforme á los principios de derecho, sino que tambien seria sumamente inmoral; la cohabitacion degeneraria en concubinato, si continuara cuando los cónyuges tuvieran la intencion de solicitar la nulidad de su matrimonio. ¿Por qué exige la ley que la cohabitacion sea continua durante seis meses? El plazo es largo, demasiado largo quizás. Pero en esto habia otro escollo, otro peligro. ¿Si fuera más corto el plazo, podria decirse con certidumbre que implica aprobacion el hecho de la cohabitacion? El plazo de seis meses no empieza á correr sino desde el momento en que «el cónyuge ha recobrado su libertad de accion por completo ó ha reconocido su error.» Esta condicion se deriva de la misma esencia de la confirmacion; si se hiciese cuando todavia está el cónyuge bajo el imperio de la violencia ó el error, estaria viciado por las mismas causas que vician el matrimonio.

452. La prueba da márgen á una dificultad. Supóngase

que el cónyuge violentado ó engañado solicita la nulidad del matrimonio un año después de la celebración. ¿Bastará que pruebe la violencia ó el error? ¿ó debe probar asimismo que se halla todavía dentro del plazo útil para intentar la acción, es decir, que ha cesado la violencia desde hace menos de seis meses, ó que no ha transcurrido el mismo período de tiempo desde que reconoció el error? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que al demandante corresponde probar que todavía se halla en plazo útil para presentar su acción. Nos parece que esta opinión está en pugna con los principios que rigen la prueba. El cónyuge demandante funda su acción en un vicio de consentimiento; basta, por consiguiente, que pruebe la violencia ó el error en el acto de la celebración del matrimonio. Corresponde al cónyuge demandado oponerle que el matrimonio fué confirmado con una cohabitación continuada durante seis meses después de que terminó la violencia ó de que se descubrió el error; ¿no es á él, que se convierte en demandante en cuanto á su excepción, á quien corresponde probar los hechos que son el fundamento de ella?

Una sentencia de la corte de Burdeos contesta á la objeción (1). La demanda de nulidad de matrimonio por vicio de consentimiento no puede intentarse cuantas veces haya habido cohabitación continuada durante seis meses después de haber terminado la violencia ó haber sido reconocido el error; no basta, por lo mismo, que el demandante pruebe la existencia del vicio en el acto de la celebración; se necesita que pruebe además en qué época terminaron los vicios; porque dentro de los seis meses, contados desde ese día, es cuando debe intentar su acción; en consecuencia, debe probar que se halla dentro de ese plazo. Este es el

1 Sentencia de 20 de Febrero de 1867 (*Dalloz, Recopilación periódica*, 1868, 2, 19).

verdadero punto de la dificultad. ¿Corresponde al demandante probar que está todavía dentro del plazo prescrito por la ley para proceder? En principio no, porque la prescripción es una excepción que el demandado opone al demandante; á aquél corresponde, pues, probar que éste no está dentro del plazo legal. Esta regla debe recibir su aplicación en el caso, puesto que la ley no lo deroga.

453. ¿Hay otra confirmación de esto además de la que está definida en el art. 181? Se está de acuerdo en decidir que no puede haber otra confirmación tácita. La definición que da el legislador es limitativa de su esencia; si fuera explicativa no tendría razón de ser. ¿De qué serviría precisar con tanto cuidado las condiciones que se requieren para que haya confirmación tácita, si el legislador permitiera al juez admitir otras confirmaciones, que serían abandonadas á su apreciación? Habría, por el contrario, una razón determinante para limitar la confirmación tácita en el caso previsto por la ley. Nada es más difícil de probar que una voluntad tácita, porque los hechos que se invocan son con mucha frecuencia susceptibles de interpretación diversa: esto es verdad, particularmente cuando se trata de vicios del consentimiento. Tal es también la opinión general. Sólo Duranton cree que el embarazo de la mujer, reunido á otros hechos característicos de aprobación voluntaria, constituirían una admisión (1). Nosotros rechazamos con todas nuestras fuerzas estas transacciones con los hechos. Decidase si es ó no admisible la confirmación tácita fuera de los casos previstos en el art. 181. No siéndolo, no hay que transigir con los hechos; debe rechazarse siempre y en todos los casos.

Pregúntase si se admitiría la confirmación expresa. Nos sorprendemos de que se asiente la cuestión. ¿Por qué ad-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 238, núm. 279.

mite la ley la confirmacion tácita? Porque se trata de una nulidad relativa, porque el cónyuge puede renunciar á un derecho que sólo está establecido en su favor. Por consiguiente, la confirmacion es la aplicacion de un principio general. Sentado esto, ¿qué es la confirmacion? Una manifestacion de voluntad. ¿Y cómo se manifiesta la voluntad? De una manera expresa ó de una manera tácita. El legislador rechaza algunas veces la voluntad tácita, porque la prueba de ella es incierta y da margen á disputas y pleitos. Pero nunca le ha ocurrido rechazar la voluntad expresa cuando admite la voluntad tácita. ¿Se necesita decir la razon de esto? ¿Puede caber duda todavía cuando la voluntad es declarada en términos expresos? Se necesitaría una disposicion terminante en la ley para que pudiera admitirse que deroga principios tan clementales. Es verdad que el art. 183 menciona la confirmacion expresa, mientras que el art. 181 no habla de ella. ¿Pero quién ignora que el código no está redactado con una exactitud matemática? Precisamente por esta razon tienen tan poco valor los argumentos sacados del silencio de la ley. Si nos detenemos un poco en una cuestion que no lo es en realidad, es porque importa conservar los principios sin los cuales la ciencia del derecho deja de ser una ciencia. Objétase que la confirmacion expresa podria ser el efecto de un movimiento irreflexivo. La respuesta es sencilla y concluyente. No hay más voluntad que la verdadera. Si el que ha confirmado el matrimonio de una manera expresa pretende que está viciado su consentimiento, se le admitirá la prueba. ¿Pero de que pueda acontecer que la confirmacion expresa esté viciada, se deducirá que el legislador ha debido y querido rechazarla como regla general? ¡Extraña manera de raciocinar es esta (1)!

(1) Marcadé defiende la opinion general contra Demanté y Mourlon (t. I, p. 480, art. 182, núm. 2).

454. ¿Se extingue con la prescripción la acción de nulidad? Supóngase que después de la celebración del matrimonio se han separado los cónyuges, y que han permanecido en ese estado sin pedir la nulidad de su enlace. ¿Si la separación dura todo el tiempo requerido para la prescripción, prescribirá la acción? Generalmente se admite la afirmativa, y con justicia. Toda acción prescribe, á no ser que la ley la declare imprescriptible. Ahora bien, no hay texto que se oponga á la prescripción de la demanda de nulidad de matrimonio por vicio de consentimiento. ¿Sería imprescriptible por su naturaleza? Dícese que es una cuestión de estado y que el estado no prescribe (artículo 328) (1). No, la nulidad no implica una cuestión de estado; todo lo que puede decirse es que es de orden público, porque el matrimonio es de orden público; pero nadie ha sostenido nunca que las acciones que conciernen al orden público sean imprescriptibles. Demante insiste y dice que viviendo separados los cónyuges, mientras más dilatado es el espacio de tiempo transcurrido sin que haya cópula, menos puede inferirse la intención de confirmar el matrimonio y más injusto sería declarar extinguida la acción. Esto supone que la prescripción está fundada en una confirmación. No es igual ciertamente la prescripción de treinta años. Si el legislador la admite es para poner término á los pleitos y á la incertidumbre, á la confusión que surgiría de derechos que podrían ejercerse siempre. Estos motivos se aplican á la demanda de nulidad de matrimonio: por consiguiente, esta permanece bajo el imperio del derecho común, y por tanto, es prescriptible.

Falta saber cuál es la prescripción: ¿la prescripción general de treinta años (art. 2262), ó la prescripción especial de diez años (art. 1304)? De pronto, se tendría la inten-

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, ps. 361, 263, bis, II.

cion de decidir que debe aplicarse al art. 1304, que dice: «En todos los casos en que la accion de nulidad ó de rescision no esté limitada á menor tiempo por una ley particular, esta accion dura diez años.» ¿No es un contrato el matrimonio? ¿Siéndolo, no está regido por esta disposicion? No, no ha lugar á la prescripcion de diez años. La razon para decidirlo no es, como se dice, que el art. 1304 no concierne más que á las acciones fundadas en un interes pecuniario (1); otro tanto podria decirse del art. 2262 y resultaria que seria imprescriptible la accion de nulidad del matrimonio. La verdadera razon para decidir se encuentra en la naturaleza particular de la prescripcion de diez años: es una confirmacion tacita; pues bien, el codigo no admite otra confirmacion tacita que la establecida en el art. 181.

Puesto que el art. 1304 está eludido por el art. 181, queda la prescripcion general de treinta años. M. Demolombe da la preferencia al art. 1304, porque es particularmente aplicable á las acciones que necesitan un examen de hechos y una apreciacion de pruebas, y que el tiempo siempre hace más dificil y más incierta esta apreciacion (2). Citamos este raro razonamiento para poner en guardia á nuestros lectores contra la fraseologia juridica. ¡Precisense bien los hechos y las circunstancias que se tratan de apreciar en la aplicacion del art. 1304! Por otra parte, es inaplicable por el solo hecho de que está fundado en una confirmacion tacita (3).

1 Este es el parecer de Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 481, num. 3 del art. 181.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 459, número 218.

3 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 263, nota 18, § 462.

**§ 2º Falta de consentimiento de los ascendientes
ó de la familia.**

455. Los ascendientes están llamados á consentir en el matrimonio, así como el consejo de familia. Si se casa el hijo sin ese consentimiento, su matrimonio es nulo. Los ascendientes deben tambien ser consultados por el hijo, cualquiera que sea la edad de éste; pero la falta de solicitudes respetuosas no entraña nulidad; el código no la declara, y no hay nulidad sin texto. Por lo demás, se concibe la razon de la diferencia que establece la ley entre la falta de consentimiento y la falta de solicitudes respetuosas. Cuando el hijo ha llegado á la edad en que puede casarse sin el consentimiento de sus ascendientes, debe, es cierto, pedirles su consejo; si no lo hace, falta al respeto que les debe. Pero seria rebasar la medida de una legitima severidad anular un matrimonio porque no haya habido solicitudes respetuosas, cuando los cónyuges podrian inmediatamente contraer nuevo matrimonio llenando las formalidades prescritas por la ley. El legislador no ha querido que haya nulidades ilusorias. Esta es la opinion general, y ha sido sancionada en una sentencia de la corte de casacion: causa sorpresa que una cuestion tan clara haya podido llevarse ante la suprema corte (1).

456. ¿Por qué es relativa la nulidad? El art. 182 dice: «El matrimonio contraido sin el consentimiento de los padres, de los ascendientes ó del consejo de familia, en los casos en que el consentimiento fuere necesario, *no puede ser impugnado* más que por aquellos cuyo consentimiento era requerido, ó por el cónyuge que tenia necesidad de ese consentimiento.» Portalis nos da las razones por las que la ley concede la accion á los ascendientes. «Al intentar esta

1 Véanse los testimonios en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 504.

accion vengan su propia injuria; hacen más, cumplen con un deber. La ley requeria su intervencion en el matrimonio por propia utilidad de los cónyuges. Satisfacen el deseo de la ley, corresponden á su confianza, tratando de reparar, por la vía de casacion, el mal que no pudieron prevenir por las vias más suaves de un tierno cuidado.» Es claro que esta razon no se aplica ni á los parientes colaterales ni á los terceros en general. Si el matrimonio es nulo, es por consideraciones personales á los ascendientes y á los hijos; de consiguiente, es natural que sólo ellos tengan la accion de nulidad. Podria creerse que el legislador habria debido negarla á los hijos que han desafiado y menospreciado la autoridad de sus ascendientes. Si se las concede la ley es por aplicacion de un principio de derecho; son menores, incapaces; ahora bien, el incapaz puede invocar siempre su incapacidad para pedir la nulidad de las obligaciones que ha contraido. No puede imputarse al hijo su falta como un crimen; hay una causa en su propia incapacidad (1); se presume que ha cedido á la seduccion, como dice Pothier (2).

437. ¿Quién puede pedir la nulidad? El art. 182 contesta á nuestra cuestion: «Aquellos cuyo consentimiento era *requerido*.» La ley entiende por esto aquellos cuyo consentimiento era *necesario*, como lo dice al principio del articulo, es decir, los que deben consentir en el matrimonio para que sea válido. En ese sentido se dice al final del articulo que «el cónyuge que tenia *necesidad de ese consentimiento* puede tambien intentar la accion de nulidad. El art. 183 repite las mismas expresiones. Así, pues, no puede haber duda acerca del principio establecido en el código. Para saber quién puede pedir la nulidad se ne-

1. Portalis, Exposicion de los motivos, núm. 44 (Loçré, t. II, p. 392).

2. Pothier, Tratado del contrato de matrimonio, núm. 446.

cesita retroceder al momento en que se celebró el matrimonio; el que debia consentir, para la validez del matrimonio, es el que podrá pedir la nulidad; si guarda silencio, nadie puede intentar la accion; si muere, la accion se extingue con él. Poco importa que haya además otros ascendientes; su consentimiento no era requerido en el acto de la celebracion del matrimonio; de consiguiente, no tienen calidad para proceder. Este principio que se deriva del texto, está igualmente fundado en la razon. El ascendiente cuya autoridad ha sido menospreciada es el único que debe tener el derecho de vengarla. Los demás ascendientes, no estando llamados á consentir, no pueden quejarse de que se les haya faltado al respeto; carecian de autoridad, y por lo mismo, es imposible que su autoridad haya sido desconocida. Tal es el principio; ateniéndose á él, se podrán resolver fácilmente las dificultades que se presenten en la aplicacion.

El hijo menor se casa sin el consentimiento de sus padres. ¿Quién tiene la accion de nulidad? Aquel cuyo consentimiento era necesario para la validez del matrimonio, es decir, el padre. Preténdese que la madre tiene tambien el derecho de proceder, cuando el padre muere ó está imposibilitado de manifestar su voluntad; porque, se dice, el hijo necesita del consentimiento de su madre. No, no lo necesita, puesto que puede casarse, aun cuando la madre se niegue á consentir en el matrimonio. No necesita en rigor más que el consentimiento del padre; así, pues, sólo éste puede proceder de nulidad. En vano se invoca el texto del art. 182: «El matrimonio contraido sin el consentimiento de los padres.» Si hay que atenerse á la letra de la ley, será necesario decir que la madre puede pedir la nulidad del matrimonio, aun cuando el padre viva y esté capaz de manifestar su voluntad, lo que nadie se atrevería á sostener. Por consiguiente, el texto no tiene el sentido

absoluto que se le da. Hállase modificado, limitado por las otras expresiones de que se sirve el art. 182: «en los casos en que ese consentimiento es *necesario*.» ¿Puede decirse que el consentimiento de la madre es *necesario*, cuando el hijo puede casarse á pesar de la madre? No; eso es tan cierto, que si el padre ha consentido y la madre no ha sido consultada, el matrimonio no deja de ser válido, porque nadie puede impugnarlo; el padre no puede, porque ha consentido, la madre tampoco puede, porque su consentimiento no es *necesario* cuando el padre ha consentido. Acerca de este último punto, todos, ó casi todos, están de acuerdo, en tanto que sobre la primera cuestión hay controversia; pero es necesario ser lógicos, el consentimiento de la madre no es más necesario en un caso que en otro. Insístese diciendo que el hijo falta al respeto á su madre; es la verdad, pero la sola falta de respeto no autoriza la acción de nulidad; se necesita que la *autoridad* del ascendiente haya sido menospreciada; ahora bien, ¿hay *autoridad* donde el hijo puede seguir adelante? Esto decide la cuestión (1).

¿Cuando los abuelos están llamados á consentir y hay en una línea abuelo y abuela, corresponde la acción á ésta, si el hijo menor se ha casado sin el consentimiento de sus ascendientes? La cuestión es la misma que acabamos de promover para los padres; la decidimos contra la abuela como la hemos decidido contra la madre. Si hay abuelos en las dos líneas, y si una línea ha consentido, mientras la otra no ha sido consultada, se está de acuerdo en decir que no puede intentarse la acción de nulidad. No puede serlo por los ascendientes que han consentido, puesto que su autoridad ha sido respeta da; no puede serlo por los que no han sido consultados, porque cuando una línea consiente,

1 Marcadé, t. I, p. 482, art. 182, núm. 2. En sentido contrario, Demolombe, t. III, p. 438, núm: 272.

no es necesario el consentimiento de la otra. Tal es la opinion general; es lógica si se admite que la madre, aunque no haya consentido, no puede proceder; pero si se admite que la madre tiene la accion de nulidad, no vemos por qué se le niegue á los abuelos que no han consentido.

Háse hecho una objecion singular contra la doctrina que enseñamos. El consentimiento del padre, dice se, no existe legalmente cuando lo da sin tomar parecer á la madre. Lo mismo sucede con el consentimiento de los abuelos de una linea, cuando la otra no ha sido consultada(1). En vano buscamos la ley que establece esta presuncion. Es cierto que la madre debe ser consultada, lo mismo que los abuelos, aun cuando el padre ó una linea hayan consentido en el matrimonio. Pero de esto á deducir que ese consentimiento no existe ante la ley, hay mucha distancia. ¿Cómo puede decirse que un consentimiento no existe, cuando en realidad este consentimiento es el único necesario?

458. ¿Cuando muere el ascendiente á quien corresponde la accion de nulidad, pasa esta accion á los ascendientes que sobreviven? Es verdad que no pueden ejercer su accion en su calidad de ascendientes. Esto es una consecuencia clara del principio establecido en el art. 182; no se requeria su consentimiento; de consiguiente, no pueden proceder de nulidad. Pero se pregunta si la accion pasa á los herederos. Se está de acuerdo en decir que los herederos no pueden intentar la accion, y que ni siquiera pueden continuar la que haya sido empezada (2). La accion es personal por su esencia, puesto que tiene por objeto vengar la autoridad del ascendiente. Verdad es que el consentimiento de los ascendientes se exige tambien en interes

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 345, nota 2.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 242 y siguientes, núms. 289 y 290.

de los hijos menores; pero sólo los ascendientes tienenⁿ calidad para ejercer esta magistratura de familia; los herederos, como tales, no tienen ningun derecho para intervenir. Portalis dice muy bien que los ascendientes llenan un *deber* al solicitar la nulidad del matrimonio que han contraido sus descendientes sin haber estado rodeados de la protección que la ley quiere asegurarles. Este es un deber moral; ahora bien, los herederos suceden en los derechos y obligaciones jurídicos del difunto; pero no están ciertamente obligados á llenar los deberes morales que le incumben. Hé ahí por qué no pueden ni aun continuar la acción intentada. Debe aplicarse aquí *á fortiori* lo que hemos dicho de la primera nulidad relativa (núms. 449 y 450).

459. El hijo menor se ha casado sin el consentimiento del consejo de familia. Es cierto que este puede pedir la nulidad del matrimonio: el art. 182 es terminante. En esto hay algo de especial. Para saber si el ascendiente puede proceder de nulidad, es necesario remontarse á la época de la celebración del matrimonio; si ha muerto el ascendiente que debia consentir, se extingue la acción. No sucede lo mismo con el consejo de familia. Poco importa quiénes sean los colaterales que hayan sido llamados á tomar parte en el consejo en el acto de la celebración del matrimonio; aun cuando todos hubiesen muerto el dia en que deba intentarse la acción de nulidad, no por eso dejará de tener ménos calidad el consejo. Efectivamente, no es en su carácter individual como deben consentir los colaterales; éstos son un cuerpo moral que representa la familia, y que por esa razon se llama el consejo de familia. Poco importa el cambio de los miembros que lo componen, el cuerpo moral queda siempre idéntico. Este cuerpo moral es el que está llamado á consentir, y este mismo cuerpo es el que intenta la acción de nulidad del matrimonio.

460. El hijo natural se casa sin el consentimiento de un tutor *ad hoc*, ya sea que no haya habido nombramiento de tutor, ya que el tutor no haya sido consultado. ¿Es nulo el matrimonio, y quién puede pedir la nulidad? Cuando no hay tutor *ad hoc*, se está de acuerdo en decir que el matrimonio no puede ser impugnado por un tutor que no existe. ¿Podría proceder el menor en este caso? Esto es lo que veremos en seguida. Si se ha nombrado un tutor, podrá éste pedir la nulidad del matrimonio? Generalmente se decide que no, porque, dicese, el poder de este tutor no sobrevive á la celebracion del matrimonio (1). Este motivo nos parece contrario al texto bastante claro del art. 182 combinado con el art. 159. El hijo natural no puede casarse sin haber obtenido el consentimiento del tutor que le ha sido nombrado; de consiguiente, se *requeria* el consentimiento de ese tutor; desde ese momento debe, en principio, tener el derecho de pedir la nulidad. Decir que su poder no sobrevive á la celebracion, es una sutileza que está en oposicion con el texto de la ley. El que tiene poder para consentir, tambien lo tiene para pedir la nulidad, cuando no se ha solicitado su consentimiento; en consecuencia, subsiste su poder hasta que haya terminado la cuestion de nulidad.

Hay otra objecion más importante que se dirige al tutor y aun al hijo natural. No hay nulidad sin texto; se necesita que la ley declare la nulidad y que determine las personas que pueden pedirla. Ahora bien, el art. 182 habla solamente del matrimonio contraido sin el consentimiento de los *padres*, de los *ascendientes* ó del *consejo de familia*; nada dice del matrimonio contraido sin el consentimiento del tutor *ad hoc*. El silencio de la ley decide la cuestion. En vano Marcadé objeta que, en la teoria del

1 Demolombe, t. III, p. 448, núm. 278. Marcadé, t. I, p. 483, art. 182, núm. 3.

código, la falta de consentimiento entraña nulidad. Es verdad, pero dentro de los límites del texto que establece ese principio; ahora bien, ese texto es precisamente el artículo 182 y esta disposición no menciona al tutor *ad hoc*. Preténdese que el art. 182 prevé el caso del matrimonio contraido sin el consentimiento del tutor *ad hoc*, por las palabras el *consejo de familia*, no siendo el tutor otra cosa que el delegado del *consejo de familia*. Esta interpretación es inadmisible. El art. 159 no dice que el hijo natural debe obtener el consentimiento del *consejo de familia* para casarse, ni podía exigirlo, puesto que el hijo natural no tiene familia. Ni siquiera dice la ley por quién será nombrado ese tutor; puede sostenerse, y esta es nuestra opinión, que el nombramiento debe hacerse por el tribunal. De todos modos resulta que el tutor *ad hoc* no es el delegado del consejo de familia, no es éste el que consiente por medio del tutor; de aquí que se vuelva inaplicable el art. 182, y no hay otro. Por consiguiente, debe decirse que el matrimonio del hijo natural no puede ser impugnado por nadie. Esta es la opinión de Zachariæ, y es irrefutable desde que se admiten los principios establecidos por la corte de casación en materia de nulidad de matrimonio. Generalmente se sostiene la opinión contraria. Empero, los que la profesan son inconsecuentes. Sólo Demante es lógico; funda la nulidad en la forma prohibitiva del art. 159. Ya hemos rechazado ese principio con la corte de casación; en consecuencia, la cuestión debe decidirse por el art. 182, y colocada en ese terreno, no es dudosa (1).

Confesamos de buena gana que nuestra opinión es poco jurídica desde el punto de vista de la teoría. El hijo natural menor es incapaz; de consiguiente, el matrimonio que

¹ Los autores están citados en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 488-489. Debe agregarse a Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 355, núm. 260, *bis*, III.

contraiga deberá ser nulo si no ha obtenido el consentimiento que la ley exige para salvar su incapacidad. ¿Acaso por olvido no habló el legislador del hijo natural en el art. 182? No sería esta la única vez que hubiera olvidado el legislador á los desgraciados hijos á quienes, en un interés social, castiga la ley por la falta de sus padres. De todos modos, en el asunto, la doctrina á que condujo este olvido no es tan absurda como parece. Qué es, despues de todo, el apoyo que encuentra el hijo en un extraño nombrado tutor? ¿No es verdaderamente una simple formalidad? ¿Y debería permitirse la anulacion del matrimonio, por la inobservancia de una formalidad indiferente? Es cierto que, en opinion nuestra, el art. 159 carece enteramente de sancion. El art. 156 no es aplicable, porque no menciona el consentimiento del tutor *ad hoc*. De ahí esta consecuencia absurda, que el oficial del estado civil incurrirá en una multa, en virtud del art. 157, cuando el hijo se haya casado sin dirigir á sus padres solicitudes respetuosas, mientras que no incurre en pena alguna si procede á la celebracion del matrimonio del hijo natural sin que haya sido otorgado el consentimiento del tutor. Quisiéramos igualmente una sancion, ¿pero la falta de ella es tan absurda como se dice? La solicitud respetuosa se dirige á los padres; en esto hay un deber moral que llenar; mientras que, en el art. 159, es un extraño el que está llamado á consentir; en ello hay una formalidad, pero no un deber basado en los lazos de la sangre.

461. La nulidad que resulta de la falta del consentimiento de los ascendientes ó de la familia puede ser excusada. Desde luego, no puede intentarse la accion, ni por los cónyuges, ni por los ascendientes cuyo consentimiento era necesario, cuando el matrimonio haya sido aprobado expresa ó tácitamente por aquellos cuyo consentimiento se requeria. ¿Por qué queda excusada la nulidad con la con-

firmacion de los ascendientes ó de la familia? Porque está considerada como si fuera de interés privado. Esta es la aplicacion de los principios generales que rigen la materia de las nulidades. La confirmacion puede ser expresa ó tácita. Esto tambien se halla en armonia con los principios sobre la manifestacion de la voluntad. La ley no define la confirmation tácita. De consiguiente, este punto se encuentra abandonado á la apreciacion del juez. En el derecho antiguo se consideró que el padre que apadrinaba á un niño nacido de matrimonio nulo, se reputaba como que confirmaba el matrimonio (1). Y bajo el imperio del código, la corte de Tréveris dió la misma decision en el caso en que el padre habia concurrido al acta de nacimiento (2). Tambien hay confirmation cuando ha trascurrido un año sin que reclamen aquellos cuyo consentimiento era necesario; este plazo corre desde el momento en que tienen conocimiento del matrimonio (art. 183). Están prescritas dos condiciones para que ya no sea admisible la accion del ascendiente: se necesita que éste haya tenido conocimiento del matrimonio con posterioridad á la celebracion hecha sin su consentimiento: necesitase ademas que despues de que haya tenido conocimiento de él haya guardado silencio durante un año. No basta, pues, para rechazar la accion del ascendiente, oponerle que guardó silencio durante un año, ni aun durante dos años; se necesita asentar que tuvo conocimiento del matrimonio cuando menos un año antes de su celebracion. En el famoso asunto Summaripa, la corte de Paris declaró no admisible al padre para impugnar el matrimonio que su hija contrajo *veintitres* años antes, á una gran distancia del pais en que entonces se encontraba; fundábase la corte en que no podia suponer que Summaripa hubiese ignorado durante veintitres años el

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 446.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 492.

matrimonio de su hija contraido públicamente. Esta sentencia fuó casada, porque no declaraba de una manera expresa que el padre hubiese conocido el matrimonio de su hija más de un año ántes de que intentara su accion (1).

462. Cuando el matrimonio ha sido confirmado por los padres cuyo consentimiento se requeria, ya no pueden los cónyuges intentar la accion de nulidad. Esta disposicion del art. 183 parece de pronto contraria al principio que rige la renuncia; cada uno puede renunciar un derecho que se halla establecido en su favor; pero su renuncia no puede despojar á los terceros del derecho que tienen de prevalecerse de la nulidad del acto. Tambien el art. 1338 dice que la confirmacion no perjudica el derecho de los terceros. ¿Por qué entonces la confirmacion de los padres quita al hijo el derecho de proceder de nulidad? Esta es una consecuencia jurídica del principio que exige el consentimiento. Si el hijo puede pedir la nulidad, es porque los padres que debian consentir no han dado su consentimiento. Ahora bien, la confirmacion equivale al consentimiento; de consiguiente, desde que los padres confirman, desaparece el vicio que hacia nulo el matrimonio; siendo este plenamente valido, no puede ser ya combatido por nadie. El hijo no puede valerse del art. 1338, porque no le corresponde de derecho, el cual tiene á falta del consentimiento de los ascendientes ó de la familia. Desde que los ascendientes consienten, queda destruido su derecho.

463. El consejo de familia puede tambien confirmar el matrimonio que ha sido celebrado sin su consentimiento. En derecho no cabe duda acerca de esto, puesto que el art. 183 comprende el consejo de familia en el término

¹ Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 182, 1^a cuestión. Consultense las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 494.

general de *ascendientes*, y en esta expresion: *aquellos cuyo consentimiento era necesario*. La aplicacion, empero, da márgen á dificultades. En primer lugar, difficilmente se concibe que el consejo de familia, que es un cuerpo moral, confirme tácitamente; en efecto, la renuncia individual de los colaterales no seria una confirmation; no es tal ó cual colateral quien debe confirmar, sino el consejo. Necesitase, pues, una deliberacion verificada en la forma ordinaria. Se concibe más difficilmente todavía que el consejo confirme por el solo hecho de que trascurra un año sin que haya reclamacion de su parte despues de haber tenido conocimiento del matrimonio. ¿Cómo adquiere conocimiento de un hecho un cuerpo moral? Duranton dice que se presume que los padres tienen ese conocimiento el dia en que se ha llegado á la mayor edad (1). Eso es completamente inadmissible. ¿Hay presuncion sin ley? Nosotros creemos que es necesario atenerse al texto de la ley y decidir que el consejo, en su calidad de tal, debe haber adquirido conocimiento del matrimonio. Eso puede suceder, si el cónyuge menor pide la autorizacion del consejo por actos jurídicos, que éste se halla en el caso de aprobar.

464. Tambien puede confirmar el matrimonio el cónyuge que tenia necesidad del consentimiento. Segun el art. 183, este no es admisible cuando ha trascurrido un año sin reclamacion de su parte desde que entró á la edad competente para consentir por sí mismo en el matrimonio. ¿Qué se entiende por edad *competente*? Se necesita de veras tener buena voluntad para encontrar en este punto materia de controversia. Nada es más claro que el texto del art. 183: el cónyuge tiene la edad competente para consentir por sí mismo en el matrimonio, á los veintiún años, si es mujer, y á los veinticinco, si es hombre. Hé ahí lo

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 254, núm. 303.

que un niño contestaria á nuestra pregunta. Ciertamente se presta un mal servicio á la ciencia del derecho agitando disputas sobre puntos que son más claros que la luz del meridiano. Pero porque Toullier haya querido disputar lo que es incontestable, no nos creemos obligados á combatirlo. Merlin se ha tomado ese trabajo, y lo que ha dicho no tiene contestacion (1). Notemos únicamente que en una cuestión tan clara, Duranton doblega el derecho ante los hechos, diciendo que si un individuo de veinticuatro años de edad confirmara su matrimonio, se admitiría probablemente con desgracia su demanda de nulidad, porque los tribunales tienen amplia facultad para acoger las causas de inadmisión (2). ¿No es esto provocar, por decirlo así, á los jueces para pasar por encima de la ley? No, no tienen amplia facultad, porque la ley define los casos en que hay confirmación, y no corresponde al intérprete separarse de esta definición.

463. ¿Puede haber otra confirmación tácita que la definida en el art. 183? Esta cuestión es cuando menos disputable. Toullier cree que debe aplicarse al matrimonio el principio general establecido en el art. 1338, según el cual hay confirmación cuando la obligación es ejecutada voluntariamente después de la época en que podía ser válida su confirmación (3). ¡Así, pues, habría un acreedor y un deudor en punto á matrimonio! ¡Qué maravilla! De ninguna manera, la cohabitación voluntaria de los cónyuges no entraña confirmación por sí misma. Basta leer el capítulo de las nulidades para convencerse de que la ley sigue principios especiales en esta materia. El art. 181 admite la cohabitación, pero se necesita que esta haya sido conti-

1 Merlin, *Repertorio*, on la palabra *Matrimonio*, sección IV, § 2, art. 183, 2^a cuestión.

3 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 263, núm. 310.

3 Toullier, *El Derecho civil francés*, t. I, p. 516, núm. 616.

nuada durante seis meses; y no es como ejecucion voluntaria del contrato como admite la ley la cohabitacion; sin eso habria bastado la cohabitacion de un dia; la admite como mareando la intencion de renunciar la accion de nulidad. Es necesario, pues, atenerse á los textos. Ahora bien, el art. 183, despues de haber dicho que los ascéndientes pueden confirmar el matrimonio, expresa ó tácitamente, no repite esta disposicion cuando se trata del cónyuge; la ley define el caso en que hay confirmacion tácita de parte de éste, y por el solo hecho de definirla la limita. Todo lo que puede concedérsele es que la confirmacion expresa es de derecho, como si fuera la aplicacion de un principio general sobre la manifestacion del consentimiento.

Notemos además que Duranton, despues de haber establecido que la ley no admite más que un caso de confirmacion tácita, agrega, como de costumbre, esta reserva, que en la insuficiencia de la ley acerca de estos puntos, las decisiones de los tribunales, aunque dadas en derecho, no serian probablemente objeto de censura alguna de parte de la suprema corte (1). ¡Cómo! decidiria una corte que la confirmacion tácita está admitida en materia de matrimonio, conforme al art. 1338, y sostendria esta decision la corte de casacion, encontrando que la ley se ha interpretado falsamente! M. Demolombe se conforma con decir que no se sorprenderia de que en *hecho*, si eran favorables las *circunstancias*, fuese considerada la cohabitacion como una confirmacion; pero cree que el art. 183 no permite admitirlo (2). ¿Si la ley no lo permite, por qué suponer que lo hagan los tribunales? ¿No es esto suponer que los tribunales violan la ley, ayudándoles los *hechos y las*

1. Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 267, núm. 312.

2. Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 470, número 288.

circunstancias? ¿Es el hecho el que domina al derecho, ó el derecho el que domina al hecho?

466. ¿Extingue la accion de los ascendientes la confirmacion del cónyuge? No, el texto dice que la confirmacion de los ascendientes extingue la accion del cónyuge, lo cual es muy jurídico. Pero no hay por esto ninguna razon para decidir que la renuncia del cónyuge á un derecho que le está concedido, priva á los ascendientes del derecho que les corresponde. El derecho de éstos no depende del de los hijos; su autoridad ha sido menospreciada, se necesita que puedan hacerla respetar; de consiguiente, deben tener el derecho de proceder de nulidad. Existe, no obstante, un motivo de duda. El cónyuge confirma cuando llega á la edad en que puede consentir por si mismo para el matrimonio. Ahora bien, ¿su confirmacion no equivale al consentimiento? ¿Y puesto que su consentimiento basta entonces para validar el matrimonio, puede permitirse á los padres hacerlo anular? ¡Anulado apénas, podria ser celebrado el matrimonio á pesar de los ascendientes! ¿No seria esto divertirse con las nulidades? Es indudable que el legislador habría podido tomar en consideracion estas razones y decidir que la accion de los ascendientes se extinguiria por la mayoría del hijo. Pero la cuestion está en saber si el legislador lo ha hecho. M. Demolombe lo dice (1). ¡Qué se pretenda mostrarnos el texto que declara extinguida la accion de los padres por la mayoría de los hijos! Si éstos tienen su derecho, aquellos tienen el suyo. Se necesitaria una decision expresa para subordinar el derecho de los padres al de los hijos. Las razones no son bastantes. La ley abre la accion, sólo á ella corresponde extinguirla.

1. Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 472, número 291.

*SECCION III.—De las nulidades absolutas.**§ 1º De la impubertad.*

467. La impubertad es una causa de nulidad absoluta (art. 184), porque por dos motivos, de orden público y de interés social, exige la ley cierta edad para casarse. Sin embargo, esta causa de nulidad no es tan grave como el incesto y la bigamia; la impubertad cesa necesariamente, aun puede no existir de hecho, aunque la ley la presume, mientras que la infamia y el crimen siempre subsisten. Síguese de esto que la nulidad que resulta de la impubertad tiene caractéres especiales que hacen de ella una nulidad aparte, absoluta en un sentido, relativa en otra.

El matrimonio puede ser impugnado, dice el art. 184, por los *mismos cónyuges*; así, pues, sin distinción, por el cónyuge impúber y por el cónyuge púber, aun cuando éste hubiese conocido la edad de su consorte. Duranton dice que la cuestión puede ser debatida seriamente en cuanto al cónyuge impúber. Ese autor da, sin embargo, motivos concluyentes para la afirmativa, que es, por lo demás, la opinión general. El art. 183, que abre la acción, dice: los *mismos cónyuges*. ¿Y hay alguna disposición que exceptúe este texto general? No; pues bien, desde ese momento está decidida la cuestión. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. La ley exige abrir la acción á todos los interesados, porque la nulidad es de interés público y el legislador ha pensado que mientras más probabilidades de anulación hubiera, menos dispuestos estarían á pasar sobre la ley los futuros cónyuges. Es cierto que el art. 186 declara no admisibles á los ascendientes que han consentido en el matrimonio, y los cónyuges también han consentido. ¡Pero qué diferencia entre los ascendientes que tienen la

experiencia de la edad y los cónyuges, de los cuales uno es todavía niño, y ambos tienen por excusa el desbordamiento de la pasión! El impúber puede invocar tambien el principio que permite al incapaz prevalerse de su incapacidad; la ley lo permite ademas en las nulidades relativas (artículo 182); con mayor razon debe permitirlo cuando se trata de una nulidad absoluta. Hé ahí más razones de las que se necesitan para poner fuera de todo debate un punto que está decidido por el mismo texto de la ley (1).

468. Estas consecuencias corresponden al carácter absoluto de la nulidad de impubertad; de ahí que se deriven del carácter relativo de esta nulidad. Puede excusarse en dos casos, miéntras que las nulidades absolutas nunca se excusan, ni aun por la prescripción. El matrimonio no puede ser ya combatido por causa de impubertad, dice el art. 185, cuando han trascurrido seis meses desde que el cónyuge que no tenia la edad *requerida* ha llegado á la edad competente. Portalis nos dará las razones de esta disposición especial: «La falta de edad es reparable. Por consiguiente, seria absurdo que sirviera de pretexto para impugnar un matrimonio cuando ha trascurrido ya un plazo de seis meses despues de que los cónyuges entraron á la edad competente. Entónces ya no existe la nulidad: el efecto no debe sobrevenir á su causa.» Puede hasta sorprender que la ley permita impugnar el matrimonio dentro de ese plazo de seis meses. Portalis contesta á la objecion, que la ley debe dar un plazo útil para ejercer la accion.

¿Qué debe entenderse, en el art. 185, por las palabras *edad competente*? Es tan sencilla esta cuestión, al decir de Merlin, y la solución es tan fácil que há lugar ha sorprenderse que haya hecho la materia de un proceso. El art. 185 llama tambien la *edad competente* á la edad *re-*

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 272 y siguientes, números 315 y 316.

querida; y ¿cuál es la edad *requerida* cuando se trata de pubertad? Es hasta vergonzoso establecer la cuestión, puesto que basta leer el art. 144 para encontrar en él la respuesta. Sin embargo, la cuestión ha sido llevada hasta la corte de casación. La suprema corte dió una lección a esos litigantes temerarios decidiendo que la edad competente de que habla el art. 185 es evidentemente la edad señalada en el art. 144 (1).

Pregúntase además si se necesita que la mujer haya cohabitado con su marido durante seis meses, si es ella la que no tenía la edad competente. La respuesta se halla en el código; este no exige tal condición; y ¿puede el intérprete establecer condiciones que la ley no prescribe (2)? Agreguemos que no había razón alguna para exigir la cohabitación. Este es el punto importante de la cuestión. Cuando la ley exige la cohabitación, es como una señal de la intención que tienen los cónyuges de confirmar su matrimonio (art. 181). ¿Se trata en el art. 185 de confirmar el matrimonio? Por lo demás, ni siquiera se concibe la confirmación, puesto que la nulidad es absoluta, es decir, de interés público; el cónyuge puede no intentar la acción que le corresponde, pero no puede renunciar una acción que se halla establecida, no en su interés, sino en el de la sociedad. ¿Por qué entonces no es admisible el cónyuge que guarda silencio durante seis meses? Esta es una cuestión de prescripción, como dice Portalis; cuando la ley concede una acción, es necesario que determine un plazo dentro del cual debe intentarse.

469. Pregúntase si el cónyuge que ha llegado a la edad competente puede confirmar el matrimonio, ya sea expre-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 185, 1^a cuestión.

2 Esta es la opinión general; sólo Proudhon es de parecer contrario (Dallez cita los autores, en la palabra *Matrimonio*, núm. 533).

sa, ya tácitamente. Nuestra opinión es que ni siquiera puede establecerse la cuestión. Confirmar es renunciar un derecho concedido por la ley. Concíbese la renuncia cuando se trata de un interés privado; pero es imposible cuando se trata de un derecho de interés general. Ahora bien, la nulidad fundada en la impubertad, siendo absoluta, es, por ese solo hecho, de interés general, lo que decide la cuestión. Los autores distinguen entre la confirmación tácita y la confirmación expresa; casi están unánimes en rechazar la confirmación tácita, porque consideran el silencio del cónyuge durante el plazo de seis meses como una confirmación tácita; lo cual, en materia de nulidad de matrimonio, implicaría la intención de no admitir otra confirmación tácita (1). Esta es, en concepto nuestro, una mala razón, porque el plazo de seis meses no es una confirmación, sino una prescripción. Acerca de la confirmación expresa hay disputa. Si se admitiera, en esta materia, el principio de la confirmación, se necesitaría decidir que la confirmación expresa es válida, como si fuera de derecho común. Pero nosotros negamos el principio. Objétase que el cónyuge llegado á la edad competente puede contraer un matrimonio válido; de esto se deduce que la aprobación que da al matrimonio que contrajo, cuando era impúber, equivale al consentimiento que daria en un nuevo matrimonio. Esto sería muy justo si la nulidad fuera relativa, es decir, de interés privado. Pero cuando está de por medio el interés social, ya no es exacto decir que la confirmación destruye el vicio. En vano se dirá que ya no existe el vicio, que habiendo llegado á la pubertad el impúber, el matrimonio debe ser válido si se confirma; ¿no ha dicho Portalis que el efecto no puede sobrevenir á la causa? Nuestra respuesta está escrita en la ley; no admite el principio for-

1. Domante, *Curso analítico*, t. I, p. 360, núm. 268, tis, I.

mulado por Portalis de una manera absoluta: desde que el cónyuge se vuelve púber, cesa la causa de la nulidad y sin embargo, la acción de nulidad no se extingue: para que extinga se necesita que todos los interesados guarden silencio durante seis meses.

Después de todo, sería inútil la confirmación dada por el cónyuge, aun suponiendo que pudiera hacerse. Es inútil en cuanto al cónyuge; si éste no quiere combatir el matrimonio, no tiene otra cosa que hacer que guardar silencio durante seis meses. Es inútil principalmente respecto de las demás partes interesadas. Es imposible admitir, con M. Demolombe, que la confirmación expresa del cónyuge extinguiría la acción del ministerio público y de los demás interesados. El mismo autor vacila. «Aun entonces, exclama, me vería tentado de decir que el efecto no debe sobrevenir á su causa (1).» Este motivo de duda se dirige al legislador; en cuanto al intérprete, está enfrente de una nulidad absoluta, de interés social; ¿se concibe que el ministerio público, que tiene seis meses para proceder, sea declarado no admisible, porque el cónyuge ha confirmado el matrimonio? Esto es contrario á los principios, y también es contrario al texto del art. 185. La ley abre una acción á todos los que tienen un interés en ello, así como al ministerio público (art. 184); á todos concede seis meses para proceder; desde ese momento su acción no puede ser estorbada por el cónyuge. Sólo el legislador, que da la acción, puede extinguirla (2).

470. La nulidad es excusada también «cuando la mujer que no tenía la edad competente ha concebido ántes del

1 Jemolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 507, número 313.

2 Nuestra opinión es la de Vazeille, *Tratado del matrimonio*, t. I, p. 383, núm. 247, y de Zachariæ, edición Vergé y Massé, t. I, p. 294, nota 20.

plazo de seis meses (art. 185).» Portalis dice que la ley no debe aspirar al derecho de ser más sabia que la naturaleza; la fiction debe ceder á la realidad. ¿Qué debe entenderse por estas palabras del art. 185: *antes del plazo de seis meses*? Portalis dice que estos son los seis meses dados para ejercitarse la accion de nulidad (1); es decir, los seis meses de que se ha hablado en el núm. 1 del articulo 183. Habria sido más correcto decir: *de los seis meses*. Pero no hay duda alguna acerca del sentido de la ley.

Si la mujer tenia la edad *requerida*, si era púber, mientras el marido era impúber, el embarazo de la mujer no produciría la accion de no admitir contra el marido. El texto es terminante, y la razon de la diferencia que la ley establece entre el marido impúber y la mujer impúber, es sensible. Cuando la mujer concibe ántes de la espiracion del plazo de seis meses, es cierto que es púber, siendo el embarazo un hecho que puede probarse con el mismo grado de incertidumbre que los hechos en general. No es lo mismo respecto de la pubertad del marido. De que su mujer conciba no puede deducirse que él sea púber; la paternidad siempre es incierta, y lo es principalmente cuando el marido no ha llegado á la edad de la pubertad legal.

471. Segun el art. 186, el padre, la madre, los ascendientes y la familia, que han consentido en el matrimonio contraido por un impúber, no son admisibles para pedir la nulidad. ¿Por qué los declara la ley no admisibles? ¿Acaso porque su consentimiento está considerado como una confirmacion? No, es una especie de pena. «Es necesario, dice Portalis, que no puedan jugar con la fé del matrimonio despues de haber jugado con las leyes.» Se ha dicho que de esta disposicion resulta que la accion de nulidad de los ascendientes llamados á consentir en el

1 Exposicion de los motivos, núm. 46 (Loeré, t. II, p. 393).

matrimonio es un derecho ilusorio. Efectivamente, si han dado su consentimiento, ya no pueden proceder. Si no lo han dado, tienen la acción de nulidad por falta de consentimiento; esto supuesto, ¿de qué sirve la acción de nulidad por falta de edad? M. Valette contesta con razon que esta última acción les será útil si ha prescrito la primera, y prescribe un año después del dia en que tienen conocimiento del matrimonio (arts. 182 y 183). Tambien será útil aun en el caso en que los ascendientes hubieren consentido en el matrimonio; si murieren éstos, la acción podrá ser ejercitada por los ascendientes que no hubieren dado su consentimiento (1), porque siendo la nulidad de orden público, corresponde á todos los ascendientes; todos tienen un interés moral en que sus descendientes no vivan en una union que la ley repreuba en interés de la sociedad.

¿Qué debe decirse si los ascendientes que no están llamados á consentir en el matrimonio, lo han aprobado, sin embargo? ¿Los volverá no admisibles esta aprobacion? Es claro que no puede oponérseles el art. 186; no han consentido en el matrimonio del impúber; no puede decirse de ellos que se han burlado de la ley, puesto que la ley no les daba mision ninguna. Por consiguiente, no podria declarárseles no admisibles, como si se considerase su aprobacion como una confirmacion. Siendo la nulidad, empero, de interés general, no há lugar á quitar el vicio con una confirmacion cualquiera. La aprobacion que los ascendientes dieran al matrimonio, seria, en consecuencia, incapaz (2).

1 Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 438, nota.

2 Demolombe, t. III, p. 513, núm. 322. Véase en sentido contrario a Vazeille, *Del matrimonio*, t. I, núm. 244, p. 378.

§ 2º De la bigamia.

472. Esta es la más grave de las causas de nulidad, puesto que constituye un delito. Empero, este carácter de la nulidad fundada en la bigamia, da margen á una dificultad. El delito prescribe, segun el art. 637 del código de instrucción criminal; la acción pública y la *accion civil* que resultan de un delito, prescriben despues de diez años cumplidos, contados desde el dia en que se cometió el delito. ¿Debe deducirse de esto que despues de diez años no puede ya intentarse la acción de nulidad? De pronto se tendría la intencion de creerlo. ¿No nace del delito la acción? ¿no es, por consiguiente, una acción civil en el sentido de la disposición que acabamos de citar? Merlin contesta perfectamente á la objecion. No, la demanda de nulidad de matrimonio no es una acción civil en el sentido del código de instrucción criminal. La acción civil se encamina á reparar el perjuicio que resulta de un delito; esta es una acción de daños y perjuicios fundada en el articulo 1382, el cual obliga á reparar un perjuicio á todos los que lo causan. ¿Por ventura la demanda de nulidad de matrimonio, cuando hay bigamia, es una acción de daños y perjuicios? No, en verdad. No está de por medio un interés de dinero sino un interés social. En vano se dice que la sociedad no está interesada cuando ha prescrito el delito, puesto que ha extinguido la acción pública. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que la demanda de nulidad no se funda en el código penal; se deriva del art. 147, que dice que no puede contraerse segundo matrimonio ántes de la disolución del primero. ¿Qué importa entonces que el bígamo no pueda ser castigado? No es menos cierto que está sujeto con los lazos de dos matrimonios, lo que

da acceso á la demanda de nulidad (1). La jurisprudencia está conforme con esta doctrina (2). Hablando con franqueza, en este punto ni siquiera hay cuestión.

473. El demandante que promueve la nulidad debe probar la existencia del primer matrimonio, porque en él está el fundamento de su demanda. Existe una sentencia contraria de la corte de París. Intentóse una acción de divorcio á causa de adulterio, por el marido contra su mujer. Esta opuso la nulidad de su matrimonio, fundada en que su marido estaba ligado por los lazos de un primer matrimonio cuando contrajo el segundo. El marido confesó su primera unión, pero sostuvo que era irregular y que había sido disuelta. La corte de París admitió la nulidad del segundo matrimonio, sin que hubiese sido comprobada legalmente la existencia del primero (3). Tiene razón Merlin en sublevarse contra esta decisión; ella favorecería el divorcio por mútuo consentimiento, con fraude de la ley. Eso prueba que los tribunales han cometido error separándose de los principios.

Por su parte el demandado puede oponer la nulidad del primer matrimonio; en este caso, dice el art. 189, la validez ó la nulidad del primer matrimonio, debe ser fallada previamente. Esta es una cuestión prejudicial. Muy cierto es que á pesar de la nulidad del primer matrimonio, el segundo ha sido contraído ilegalmente; porque el matrimonio, aunque nulo, produce sus efectos mientras no ha sido anulado. Pero si á pesar de este impedimento, ha sido celebrado el matrimonio, la ley lo conserva si ha sido demostrada la nulidad del primero. El cónyuge es culpable, pero el interés de la sociedad lo lleva sobre su falta; es

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 184, 5^a cuestión.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 524.

3 Sentencia de 2 de Diciembre de 1816 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 545).

preciso évitar las anulaciones inútiles, y en el caso, la anulacion seria irrisoria, puesto que podrian contraer los cónyuges segundo matrimonio despues de haber hecho anular el primero. Vale más conservar su union.

§ 3º Del incesto.

474. El incesto no es un delito, pero es una accion vergonzosa; importa que sea anulado el matrimonio incestuoso, á fin de asegurar la pureza de las costumbres en el seno de las familias. Sin embargo, hay impedimentos que se derivan del parentesco ó de la alianza que pueden quitarse con dispensas. Bajo este concepto, el incesto es un vicio ménos grave que la bigamia. ¿Deberá deducirse de esto que la dispensa que fuere concedida con posterioridad al matrimonio impediría la accion de nulidad? En el derecho antiguo se admitia esta excepcion, y en teoria podria sostenerse. El proyecto de código iba más lejos, negaba la accion de nulidad en los casos en que procedia la dispensa. Esta disposicion fué rechazada, y con razon. El legislador debe mostrarse severo, porque la severidad es el único freno contra las uniones inmorales y vergonzosas que la relajacion de la ley favoreceria necesariamente. En consecuencia, seria vano decir que quitando la dispensa de impedimento, debe aplicarse la máxima de que cesando la causa debe cesar el efecto. La causa no cesa en el sentido de que el interés de las buenas costumbres exige una sancion severa, y esta no es otra que la anulacion. Objétase que la prohibicion que no está establecida sino salvo dispensa, es condicional, que siendo concedida la dispensa retrograda la condicion (1). Desconfiemos de las condiciones que se imaginan por la necesidad de la causa. El impedi-

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 368, núm. 267, *bis*, I. Consultese à Demolombe, t. III, p. 523, núm. 334.

mento está fundado en un interés moral, el mayor de todos los intereses sociales: ¿quién se atrevería á decir que este interés desaparece cuando hay una dispensa? Demanté confiesa que esta sería una doctrina peligrosa; debe agregarse, es tan ilógica como inmoral.

§ 4º De la clandestinidad.

NUM. 1. DE LA FALTA DE PUBLICIDAD.

475. El art. 163 dice que el matrimonio se celebrará públicamente. Cuando no han sido llenadas las formalidades prescritas por la ley para asegurar la publicidad del matrimonio, hay vicio de clandestinidad. Es necesario no confundir el matrimonio clandestino con el matrimonio secreto. En el derecho antiguo, el matrimonio que se fingía tener secreto hasta la muerte de uno de los cónyuges, estaba privado de los efectos civiles. La declaracion de 1639 habla de estos matrimonios con soberano desprecio; resienten más bien la vergüenza de un concubinato, dice el legislador, que la dignidad de una union legítima (1). Portalis nos explica los motivos del descrédito que acompaña á los matrimonios que se suponían sin embargo contraídos legalmente: queríanse prevenir las alianzas desiguales que ofenden el orgullo de los nombres elevados ó que no podían conciliarse con la ambición de una gran fortuna. El orador del gobierno dice que esas consideraciones no tuvieron ya influencia en las costumbres nuevas (2). Sucede á veces que los cónyuges tratan de mantener oculto su matrimonio, lo cual es muy incompatible con la publicidad que rodea la celebración del matrimonio; un matrimonio contraído en el extranjero puede ser público, y ser ignora-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 426.

2 Exposición de los motivos, núm. 38 (Locré, t. II, p. 389).

do, no obstante, en el lugar en que los cónyuges van a establecerse. Es claro que ese matrimonio producirá todos sus efectos civiles; nuestra legislación no conoce ya matrimonios secretos, en el sentido de que no hay pena señalada por el secreto con que los cónyuges hubiesen hallado conveniente cubrir su unión. Una sentencia de la corte de Agen decide que un matrimonio contraído válidamente, aunque conservado sin cesar en secreto por los cónyuges y quedando ignorado de los terceros, produce todos sus efectos entre los cónyuges; pero agrega la sentencia que el matrimonio no puede ser opuesto á los terceros que hayan podido y debido ignorarlo (1). Esto es verdad, con una restricción. Supóngase que se ha celebrado públicamente el matrimonio; desde ese momento puede ser opuesto á los terceros; pero si los cónyuges han destruido los efectos de la publicidad haciendo creer en todas sus maneras de obrar que no están casados, entonces procede aplicar el principio general del art. 1382. Los cónyuges han engañado á los terceros; si con esto les han causado un perjuicio, deben repararlo (2).

476. La clandestinidad es una causa de nulidad absoluta. Portalis nos ha dado las razones de ello: «La más grave de las nulidades es la que se deriva de que un matrimonio no se haya celebrado públicamente y en presencia del oficial civil competente. Esta nulidad da acción á los padres, á los cónyuges, al ministerio público y á todos los que tienen interés en ello. No puede ser excusada con la posesión ni con ningún acto expreso ó tácito de la voluntad de las partes; es indefinida y absoluta.» ¿No exagera Portalis la gravedad que resulta de la clandestinidad? Ciertamente es que la jurisprudencia se ha separado de su doctrina

1 Sentencia de 18 de Noviembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 385, 2º).

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 478, número 297.

en el punto en que la nulidad que él declara indefinida y absoluta está considerada hoy como relativa y que puede excusarse. Quizás la jurisprudencia se ha separado del espíritu de la ley, pero por su parte Portalis se ha equivocado al representar la clandestinidad como la más grave de todas las nulidades. Posible es que un matrimonio se celebre sin publicidad, y que una, sin embargo, todas las condiciones requeridas para su validez. ¿No sería un exceso de severidad el anularlo? Despues de todo, la publicidad tiene por principal objeto garantizar el cumplimiento de todas las condiciones que la ley prescribe; este es un medio; ahora bien, el medio debe estar subordinado al fin, y no el fin al medio.

477. «Todo matrimonio que no haya sido contraido públicamente, dice el art. 191, puede ser impugnado por los mismos cónyuges, por los padres, por los ascendientes y por todos aquellos que tengan un interés de actualidad, así como por el ministerio público.» Por consiguiente, la nulidad es absoluta, pero tiene un carácter particular que la distingue de las demás nulidades absolutas, y aun de las relativas. Cuando la ley declara nulo el matrimonio, la nulidad puede ser pedida, y desde que se pide debe ser pronunciada por el juez; nada se deja á su poder de apreciacion. No sucede lo mismo con la clandestinidad. Así resulta de la claridad del art. 193. Esto determina multas contra el oficial del estado civil, contra las partes contratantes ó contra aquellas personas bajo cuya potestad han procedido éstas, por cualquiera contravención á las reglas prescritas en el art. 165; despues agrega: «aun cuando estas contravenciones no se estimaren suficientes para hacer declarar la nulidad del matrimonio.» Y que el art. 165 dice: «El matrimonio se celebrará *públicamente*.» No dice en qué consisten las formalidades que constituyen la publicidad; la ley las fija en otros artículos: consisten en las publicacio-

nes, en la celebracion del matrimonio por el oficial civil en la casa municipal, en la admision del público en esta solemnidad y en la presencia de cuatro testigos. Deben llenarse todas estas formalidades; la ley las prescribe en términos imperativos y á veces terminantes. ¿Quiere decir que debe declararse la nulidad cuando no se ha llenado una de esas formalidades? No, aquí interviene el poder discrecional que concede al juez en esta materia el art. 193; á él corresponde apreciar, como dice el texto, si es bastante grave la clandestinidad para anular el matrimonio; de consiguiente, puede conservar la union si encuentra que no obstante la falta de cumplimiento de una ú otra formalidad, no es suficiente la contravencion para hacer declarar la nulidad. ¿Cuál es la razon de esta diferencia entre el vicio de clandestinidad y los demás vicios que anulan el matrimonio? La publicidad es un hecho complejo que se compone de diversos elementos; puede faltar uno de estos, y sin embargo, puede haber tenido el matrimonio toda la publicidad posible. Por consiguiente, hay hechos que apreciar. De aquí que el juez tenga necesariamente un poder discrecional en esta materia. Los demás vicios, por el contrario, no dan lugar á ninguna apreciacion: el consentimiento existe ó no existe, el error ó la violencia se hallan ó no establecidas, hay ó no incesto y bigamia. En esto no hay de más ó de menos, miéntras que puede haber una publicidad ó una clandestinidad más ó menos grandes. El principio no puede ser disputado, puesto que está escrito en la ley. Vamos á aplicarlo á los diversos hechos que constituyen la publicidad.

478. ¿Puede ser anulado el matrimonio por la falta de las publicaciones prescritas por la ley? Ateniéndose al texto del art. 64 y al discurso de Portalis se tiene la intencion de decidir que hay nulidad. El art. 64 dice que el matrimonio *no podrá celebrarse* ántes de que hayan pasado

tres dias desde el de la segunda publicacion, sin comprender éste. Tambien el art. 65 es tan imperativo y terminante Escuchemos ahora la Exposicion de los motivos:

Entran tambien entre los matrimonios clandestinos los que no han sido precedidos de las publicaciones requeridas..... La nulidad de esos matrimonios clandestinos es evidente.» Es muy cierto, no obstante, que la falta de publicaciones no entraña la nulidad del matrimonio. Más todavía, apénas si la falta de publicaciones puede ser tomada en consideracion por el juez. Legalmente, éste no podria declarar nulo el matrimonio, decidiendo que es clandestino porque no fué precedido de publicaciones. Semejante decision seria casada por la corte de casacion. En efecto, ¿qué dice el art. 191? Permite impugnar el matrimonio que no haya sido *contraido* públicamente. La palabra *contraido* indica que se trata del momento en que se celebra el matrimonio, porque entonces es cuando se forma el *contrato* con el concurso del consentimiento de las partes. En igual sentido está concebido el art. 193. Cita el articulo 165, y esta última disposicion prescribe la *celebracion pública* del matrimonio. De consiguiente no hay nulidad, en punto á clandestinidad, sino cuando el matrimonio no se ha *celebrado* públicamente. Ahora bien, las publicaciones son extrañas á la celebracion del matrimonio; legalmente no forman parte de los elementos que constituyen la celebracion pública, de donde se sigue que la falta de publicidad no es un vicio de clandestinidad. Lo más que puede decirse es que teniendo el juez un poder discrecional en materia de clandestinidad, podrá tomar en cuenta la falta de publicaciones para decidir que el matrimonio es nulo, por falta de publicidad. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo (1). Sólo Proudhon es de opinion contra-

1 Véanse las sentencias y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 553.

ria. Los términos imperativos y aun terminantes de los arts. 64 y 65 no tienen importancia alguna en esta materia, puesto que segun los principios sancionados por la corte de casacion, no hay nulidad sin texto que la declare; los términos de la ley, por positivos ó terminantes que sean, no bastan, pues, para entrañar la nulidad.

479. El matrimonio no se ha celebrado en la casa municipal. En esto hay falta de uno de los elementos que constituyen la publicidad legal del matrimonio. ¿Pero bastará el sólo hecho de que el matrimonio se haya celebrado en el domicilio de las partes para que entrañe nulidad? Segun el principio establecido en el art. 193 es evidente que este es un punto de hecho que decidirá el juez segun las circunstancias de la causa; esto no es una cuestion de derecho. Matrimonios celebrados en el domicilio de los futuros cónyuges han sido sostenidos, porque habia un motivo legítimo, la enfermedad, para hacer excepcion de la regla; otros celebrados así, han sido anulados, sin duda porque habia la intencion de ocultarlos. No referiremos estas decisiones, porque se refieren al hecho y en nada atañen al derecho (1).

El matrimonio no se ha celebrado en presencia de cuatro testigos, ó los testigos no reunian las condiciones prescritas por la ley. ¿Es esto una causa de nulidad? La decision depende de los hechos y de las circunstancias. Ha habido matrimonios confirmados á pesar de no haber habido en ellos más que dos ó tres testigos. Por el contrario, ha sido anulado un matrimonio, porque fué celebrado en presencia de tres mujeres (2).

1 Dalloz, *Repetorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 556, 447. Debo agregar una sentencia de Agen de 28 de Enero de 1857 (Dalloz, *Recopilacion*, 1857, 2, 100), que anula el matrimonio celebrado en el domicilio de uno de los cónyuges.

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 558.

480. ¿Puede ser quitado el vicio de clandestinidad? En principio, debe decidirse con Portalis que siendo absoluta la nulidad, es imposible destruirla con una confirmacion cualquiera. Esta es la aplicacion de los principios generales que rigen las nulidades de interés público. ¿No podrian, empero, los tribunales tener en cuenta la posesion de estado de los cónyuges cuyo matrimonio no se ha celebrado publicamente? Marcadé decide la cuestion por la afirmativa, y en ese sentido existe una sentencia (1). Desde el punto de vista legal, eso es más que dudoso. En el momento en que se forma el contrato es cuando debe existir la publicidad; si no se ha celebrado publicamente, es por eso mismo clandestino, y si es clandestino puede ser anulado. Nosotros decimos que puede serlo; en derecho deberia decirse que debe ser anulado desde que es constante en hecho que es clandestino. Mas como los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar la clandestinidad, podran tomar en consideracion la publicidad que ha seguido al matrimonio y confirmarlo á pesar de que se haya contraido clandestinamente. La decision, convertida en hecho, seria incombatile. Si el tribunal decidiera en derecho que el matrimonio, aunque clandestino, es válido, en razon de la posesion pública que lo ha seguido, esta decision seria contraria á la ley. Seria necesario un texto para permitir al juez declarar que una nulidad se destruye con la posesion de estado. Ahora bien, no sólo no existe texto, sino que hay una declaracion del todo contraria de Portalis, y esta declaracion tiene en si el rigor de los principios.

1 Marcadé, t. I, p. 499, art. 191, núm. 3. Sentencia de Aix de 14 de Mayo de 1857 (Dalloz, *Recopilacion*, 1857, 2, 148).

NUM. 2. DE LA INCOMPETENCIA DEL OFICIAL CIVIL.

481. ¿Se confunde con la clandestinidad la incompetencia del oficial civil, ó es un vicio distinto y separado? Se ha dicho que los dos vicios no forman más que uno solo, en el sentido de que la competencia del oficial público no es más que un elemento de la publicidad. ¿Cuál es su papel en el matrimonio? pregunta Marcadé. El de *testigo*; no es él quien realiza el matrimonio, es espectador pasivo de esa ceremonia; el consentimiento de las partes es lo que constituye la esencia del matrimonio; el oficial público no hace más que declarar, en nombre de la sociedad, que existe éste. Tal doctrina contiene verdad, pero es demasiado absoluta. No, el oficial del estado civil no es un simple testigo, un espectador, porque su presencia es necesaria para la existencia del matrimonio: no existe matrimonio cuando no hay en él oficial del estado civil, como tampoco hay matrimonio sin consentimiento. En vano consentirían las partes, en vano sería comprobado auténticamente su consentimiento; si no hay oficial del estado civil, ó si éste no declara que los cónyuges quedan unidos en matrimonio, no habrá matrimonio.

De que el oficial civil es simple testigo del matrimonio, Marcadé concluye que la incompetencia del oficial público no es otra cosa que la falta de publicidad requerida por la ley (1). Tambien esto es demasiado absoluto. De ello resultaría, en efecto, que el matrimonio no podria ser anulado aun cuando el oficial público fuera incompetente; en otros términos, que en caso de incompetencia, el juez no deberia anular el matrimonio sino comprobando en hecho que ha habido en él falta de publicidad. Esta teoria está

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 494 y siguientes, art. 191, número 1.

contradicha en el texto del código; el art. 165 no se conforma con decir que el matrimonio se celebrará públicamente; agrega: «ante el oficial civil del domicilio de una de las partes.» Por consiguiente, hay dos condiciones distintas, la publicidad y la presencia del oficial público. Tambien el art. 191 dice que puede impugnarse todo matrimonio que no haya sido contraido públicamente y que no se haya celebrado ante el oficial público competente. Hay, pues, dos causas de nulidad, la falta de publicidad y la incompetencia. ¿Si no fueran más que una sola las dos nulidades, por qué habia de mencionar la ley separadamente la incompetencia? ¿Si la competencia no fuera más que uno de los elementos de la publicidad, por qué habia de mencionar la ley este elemento mejor que los otros?

El texto nos revela la verdadera teoría del código. La presencia del oficial público se requiere en primer lugar como condicion de la existencia del matrimonio, independientemente de toda publicidad. Despues se necesita que el oficial público declare, en nombre de la ley, que las partes quedan unidas en matrimonio. Tambien esto es independiente de la publicidad. El consentimiento de las partes seria dado con toda la publicidad posible, sin que hubiera por ello matrimonio si el oficial público no lo declarara. Algo hay de cierto, sin embargo, en la doctrina que combatimos. Ya Demante ha hecho la observacion sobre el particular: «La presencia del oficial público competente, dice, sin hablar de las garantías que en sí misma ofrece para la perfecta observancia de las condiciones del matrimonio, es tambien uno de los principales elementos de publicidad (1).» Por esta razon exige el código que el matrimonio se celebre ante el oficial del estado civil de una de las partes. En ese sentido la competencia se liga con la

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 376, núm. 273, *bis*, 1.

publicidad; el matrimonio tendrá, en efecto, más publicidad si se celebra por el oficial público del domicilio de una de las partes, que si lo fuera por cualquier otro oficial público. En razon del lazo que existe entre la publicidad y la competencia es por lo que la ley une las dos causas de nulidad en una misma disposicion, en el art. 165 y en el art. 191, lo que no impide que las dos causas sean distintas y que la nulidad pueda ser declarada, bien por falta de publicidad, bien por incompetencia.

482. Hay, en general, dos clases de incompetencia, la incompetencia en razon de la persona de las partes contratantes, y la incompetencia en razon del lugar en que se verifica el acto. Es cierto que el oficial del estado civil es incompetente cuando procede á la union de dos personas de las cuales ninguna tiene su domicilio, relativamente al matrimonio, en la municipalidad en que ejerce sus funciones. ¿Pero es tambien incompetente cuando celebra un matrimonio fuera de esta municipalidad, aunque sea el oficial de una de las partes? Merlin niega la incompetencia territorial. El oficial civil, dice, no ejerce ni jurisdiccion contenciosa ni jurisdiccion voluntaria; sentado esto, no puede aplicársele el principio de que la jurisdiccion está circunscrita á cierto territorio. Ese principio, por lo demás, no seria aplicable á la jurisdiccion voluntaria, y esta es la única que se podria reclamar para el oficial civil. Verdad es que los notarios y los ujieres no pueden ejecutar actos de su ministerio sino dentro de los límites de cierto resorte, pero esto es en razon de que así lo deciden leyes especiales. Por lo que respecta al oficial del estado civil carecemos de ley; permanecemos por lo mismo bajo el imperio del principio seguido ya por los jurisconsultos romanos, de que la jurisdiccion voluntaria no está circunscrita á un territorio limitado. Síguese de esto que el oficial del estado civil, competente en cuanto á la persona de los futuros

cónyuges, puede válidamente celebrar su matrimonio fuera de la municipalidad en donde ejerce sus funciones (1).

Esta es una cuestión de texto. ¿Es cierto que el artículo 191, al hablar del oficial público *incompetente*, no tiene la intención de hablar más que de la incompetencia personal? Puede decirse que el art. 191 se refiere al artículo 165, como lo dice expresamente el art. 193. Ahora bien, ¿qué dice el art. 165? Que el matrimonio se celebrará ante el *oficial del estado civil de una de las partes*. Esta disposición no prevé, pues, más que la competencia personal, y no hay otro artículo que declare nulo el matrimonio por incompetencia territorial, lo que parece decidir la cuestión. Nosotros creemos que el art. 165 prevé los dos casos de competencia; efectivamente, no hace más que reproducir en otros términos la disposición del art. 74. Y el art. 74 dice que el matrimonio se celebrará *en la municipalidad en que tenga su domicilio uno de los cónyuges*. Esta expresión equivale á la del art. 165: «ante el oficial civil del domicilio de una de las dos partes.» Por consiguiente, de la combinación de las dos disposiciones resulta que el art. 165 exige la competencia personal y la competencia territorial, y en consecuencia, el matrimonio puede ser impugnado, en virtud del artículo 191, cuando el oficial público, aunque competente respecto de las personas, es incompetente relativamente al territorio.

483. La cuestión tiene poca importancia práctica. Aun cuando se admitiera que hay nulidad en razón de la incompetencia territorial, en virtud del art. 191, debería aplicarse á la incompetencia territorial, lo mismo que á la incompetencia personal, el principio establecido en el artículo 193. Hemos dicho que el art. 193 hace de la clandes-

1 Merlin, *Reperitorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección IV, § 19, art. 1º, 3^a cuestión.

tinidad una nulidad facultativa, en el sentido de que la abandona á la apreciacion del juez. ¿Debe admitirse el mismo principio para la incompetencia? A primera vista, la cuestion parece absurda. Hay grados en la publicidad y en la clandestinidad; un matrimonio puede ser más ó menos público, más ó menos clandestino. ¿Puede, empero, decirse de un oficial público, que sea más ó menos incompetente? En esto no hay mezcla, ni cuestion de hecho, hay una cuestion de derecho: el oficial civil es competente ó no lo es. Si no lo es, hay vicio, causa de nulidad, y nada, en ese caso, puede abandonarse al poder discrecional del magistrado. Es cierto, sin embargo, que el articulo 193 da al juez el mismo poder para la incompetencia que para la falta de publicidad. Efectivamente, habla de contravenciones *á las reglas* prescritas en el art. 165; ahora bien, este articulo establece dos reglas: la celebracion pública y la presencia del oficial civil del domicilio de una de las partes. ¿Mas cómo explicar el poder discrecional de los tribunales en una materia que parece excluir toda apreciacion de los hechos? ¿Puede decidir el juez que es competente el oficial civil cuando en realidad es incompetente? Este es el caso de recordar la observacion de Demante y la teoría de Marcadé. En tanto que la competencia se ligue con la publicidad, se concibe que el juez tenga un poder de apreciacion. Si el oficial civil celebra fuera de su municipalidad el matrimonio de dos personas que están domiciliadas en el lugar en que se celebra el matrimonio, hay incompetencia territorial, y por ende, una causa de nulidad. Pero supongamos que la celebracion haya tenido lugar en la casa de campo de una de las partes, en un lugar en que es perfectamente conocida, y donde la publicidad ha sido completa, el juez confirmará el matrimonio. Si, por el contrario, habia en el acto de la celebracion fuera de la municipalidad una intencion de clandestinidad,

podria anularlo. En el caso de incompetencia personal hay una razon más para dar al juez un poder de apreciacion. La doctrina está de continuo dividida en la cuestion de saber si puede celebrarse el matrimonio en el domicilio de derecho ó si debe serlo en el domicilio de hecho. ¿Se anulará un matrimonio que se haya celebrado en el domicilio de derecho? No, en verdad. Empero, si las partes no tenian ningun domicilio en el lugar en que se celebró el matrimonio, el juez podrá declarar la nulidad (1).

¿Qué deberá decidirse si hubiese á la vez incompetencia personal é incompetencia territorial? Merlin dice: que en ese caso habria nulidad absoluta; el oficial civil no seria más que un simple particular, y por tanto, no tendria calidad alguna para celebrar el matrimonio(2). Nos sorprende esta decision. Merlin enseña que la incompetencia territorial no es una causa de nulidad; de consiguiente, en realidad no hay más que una sola incompetencia en razon de las personas; ahora bien, esta causa de nulidad está abandonada á la apreciacion del juez por el art. 193. Aun cuando hubiera un doble vicio en razon de la incompetencia personal y territorial del oficial público, se necesitaria admitir tambien, en derecho, el poder discrecional del juez, porque el art. 193 no distingue.

§ 59 ¿Hay otras causas de nulidad?

484. Si se admite el principio establecido por la corte de casacion, la cuestion no puede ni siquiera ser planteada. No hay más nulidades que las establecidas en el capitulo IV de nuestro titulo; de consiguiente, no podria haber

1 Esta es la opinion comun y está sancionada por la jurisprudencia (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 561 y 562).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 191, 2^a cuestión.

nulidad virtual resultante de los términos prohibitivos ó terminantes de la ley; el impedimento será simplemente prohibitivo, pero no dirimente.

Hay uno de esos impedimentos en el título del Matrimonio. La mujer, dice el art. 228, *no puede contraer nuevo matrimonio sino despues de diez meses cumplidos desde la disolucion del matrimonio precedente*. ¿Si el matrimonio se hubiera celebrado á pesar de esta prohibicion podria ser anulado? La negativa esta admitida por todos, aun por los que rechazan el principio de la corte de casacion (1). En consecuencia, es inútil insistir (2).

En el título del Divorcio, la ley establece varios impedimentos. Ya los hemos dado á conocer (núm. 366). ¿Son prohibitivos ó dirimentes? La opinion comun es que no son más que prohibitivos. Segun el principio de la corte de casacion, eso ni siquiera admite duda. Hay autores que admiten la nulidad especialmente en el caso del art. 298. La ley emplea una energía singular en prohibir el matrimonio, cuando es declarado el divorcio por causa de adulterio: dice que «el cónyuge culpable nunca podrá casarse con su cómplice.» A la verdad, como sancion de esta prohibicion tan terminante, el legislador habria debido declarar la nulidad. Lamentamos que no lo haya hecho, porque la conciencia se subleva contra el escándalo de un matrimonio tan inmoral. ¿Puede, empero, el intérprete llenar el vacío? No lo creemos, porque tendría que redactar la ley; tendría que decidir si la nulidad es absoluta ó relativa; tendría que resolver por quién puede ser solicitada, y si puede disculparse, dentro de qué plazo debe intentarse la acción. Habiendo guardado silencio el legislador acerca de

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 360, núm. 206, bis, IV. Valette sobre Proudhon, t. I, p. 405.

2 La jurisprudencia está en ese sentido (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 969 y 967).

todos estos puntos, nos parece imposible admitir la accion de nulidad. En vano se dice que el art. 298, puesto en el titulo del Divorcio, no puede ser regido por el capitulo IV del titulo del Matrimonio (1). De antemane hemos contestado á la objecion. Si el legislador hubiera querido admitir nulidades no prescritas en el capitulo IV, habria debido organizarlas, como lo ha hecho para las nulidades que establece ese capitulo. Lo habria hecho, si su intencion hubiera sido sancionar con la pena de nulidad los impedimentos que resultan del divorcio. De consiguiente, por sólo no haberlo hecho, debe deducirse que no hay nulidad (2).

Lo mismo decimos de los impedimentos que se derivan de la adopcion (art. 348). Sia embargo, en esto hay una razon para dudar. El art. 348, puede decirse, no hace mas que aplicar al parentesco adoptivo, las prohibiciones establecidas en los arts. 161, 162 y 163, para el parentesco natural; de aqui se sigue que hay nulidad, no en virtud del art. 348, sino en virtud de los arts. 161 y 184. Pero se contesta, y la respuesta es concluyente, que el parentesco que resulta de la adopcion es un parentesco ficticio; ahora bien, ¿corresponde al intérprete aplicar á la fiction lo que la ley dice de la realidad? No, porque eso seria extender nulidades; y eso no se puede, sobre todo en materia de matrimonio. Es indudable que hay analogia entre el parentesco ficticio y el parentesco natural; existen graves motivos de moral que han inducido al legislador á establecer las prohibiciones del art. 348, pero no bastan motivos de moral para anular un matrimonio. Tambien hay motivos de orden publico que se oponen á la anulacion de los

¹ Valette sobre Preudhomme. *Tribunal sobre el estado de las personas.* t. I, p. 407, nota 5.

² Fallo del tribunal de Arrears de 29 de Abril de 1804. (Dalloz. *Recopila.* t. II, 1804, 3, 45.)

matrimonios. Toca al legislador decidir cuáles son los motivos que deben de struirla. Tal es la opinión común (1).

485. ¿Es nulo el matrimonio contraído por apoderado? Ya hemos enseñado que el matrimonio no puede ser celebrado por apoderado, pero si lo hubiere sido, ¿podrá ser anulado? La afirmativa se halla sancionada en una sentencia de la corte de Bastia (2). Fúndase en un principio incontrovertible, y consiste en que el consentimiento de los futuros cónyuges debe ser expresado en el momento solemne en que se celebre su unión. Ahora bien, un poder prueba bastante que, cuando ha sido otorgado, la persona ausente tenía la intención de contraer matrimonio, pero no garantiza que esta intención haya persistido hasta el momento de la celebración. En esto hay error, en concepto nuestro. La voluntad manifestada en el mandato subsiste todo el tiempo que no lo haya revocado el mandante; por el sólo hecho de que no lo revoca tiene voluntad en el acto en que se celebra el matrimonio. Todo lo que puede discutirse es si esta voluntad ha sido expresada en las formas prescritas por la ley, y si, en razón de la inobservancia de estas formas, es nulo el matrimonio. Nosotros no admitimos la nulidad, porque la ley no la declara.

Habria más que nulidad, habria inexistencia de matrimonio si el poder hubiera sido revocado y si el mandatario hubiera dado su consentimiento en la ignorancia de esta revocación. Efectivamente, en ese caso no habria consentimiento, y sin consentimiento no hay matrimonio. Es inútil decir que en el caso no se podría aplicar el artículo 2005, segun el cual la revocación del mandato notificado únicamente al mandatario no puede ser opuesto á los

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 526, número 338.

2 Sentencia de 2 de Abril de 1849 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1849, 2, 80).

terceros que han tratado en la ignorancia de esta revocacion (1).

486. Marcadé ha ideado una nueva causa de nulidad. Supone que una joven ligada á la religion católica, acepta la mano de un joven que hace profesion de la misma fé. Despues de la celebracion civil del matrimonio, niégase el marido á hacer bendecir su union por la Iglesia. La mujer, dice Marcadé, podrá pedir la nulidad del matrimonio por error acerca de la persona. Efectivamente, hay error sobre una calidad principal de la persona, puesto que la mujer ha creido y querido casarse con un hombre que cuando ménos tuviera algunos sentimientos religiosos, miéntras que su marido lleva hasta la impiedad su hostilidad al catolicismo. Citamos casi textualmente las palabras del autor para que no se crea que queremos burlarnos de él. Respetamos las creencias de que no participamos, y á la verdad no aprobamos la conducta del joven que disfraza sus sentimientos haciéndose el católico. Pero la cuestion es una cuestion de derecho. Para no encontrar demasiado absurda la cuestion, se necesita recordar la doctrina enseñada por Marcadé sobre el sentido del art. 180. Segun él, basta que haya error sobre la calidad para que sea nulo el matrimonio. Nosotros no volveremos á entrar en el debate. Nos parece que la aplicacion que hace Marcadé de su principio no es propia para recomendarla. ¡Habria error en la persona, si en vez de un católico se casara un libre pensador! Decididamente esto no es formal.

La cuestion se ha presentado ante la corte de Montpellier. Un matrimonio celebrado en 1815 no habia sido seguido de la solemnidad religiosa; la mujer se negó á cohabitare con su marido. En 1846, la mujer demandó una pension alimenticia. El marido contestó que se hallaba dispues-

1 Zaehlarie, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 307, nota 23, § 467.

to á recibir á su esposa en su casa, y que, en consecuencia, no habia lugar á pagarle una pension. Esto suponia la validez del matrimonio. La corte acogió esta defensa y decidió que la negativa del marido de celebrar el matrimonio religioso seria *tal vez á lo sumo* una injuria grave que podria autorizar una demanda de separacion de cuerpos. Por consiguiente, la corte rechazó implicitamente la singular teoría de Marcadé (1).

La misma cuestion fué agitada ante la corte de Lyon; esta decidió en términos expresos que la circunstancia de que los cónyuges no hubieran recibido la bendicion nupcial no puede autorizar la anulacion de un matrimonio contraido con regularidad (2).

§ 6º De la accion de nulidad.

487. ¿Quién puede intentar la accion de nulidad cuando es absoluta? Todo matrimonio, contesta el art. 184, contraido en contravencion con las disposiciones contenidas en los arts. 144, 147, 161, 162 y 163 puede ser impugnado ya sea por los mismos cónyuges, ya por los que tienen interés en ello, ya por el ministerio público.» El articulo 191 reproduce el mismo principio para el caso de clandestinidad: «Todo matrimonio que no haya sido contraido públicamente, y que no haya sido celebrado ante el oficial público competente puede ser impugnado por los mismos cónyuges, por los padres, por los ascendientes y por todos los que tengan en ello un interés de actualidad, así como por el ministerio público.

488. La ley coloca en primera linea á los cónyuges, sin distinguir al esposo que cometió la falta del que es inocente y de buena fe. Ya hemos dado la razon de ello. La

1 Sentencia de 4 de Mayo de 1847 (Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1847, 2, 83).

2 Sentencia de 10 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 211).

sociedad está interesada en que sean anulados los matrimonios contraídos con menosprecio del orden público. Siendo esto, ya no se puede objetar al demandante la máxima de que nadie tiene acción en virtud de su dolo ó que nadie puede alegar su ignorancia para fundar en ella un derecho. Pothier contesta á la objeción que estas máximas suponen que el demandante tiene un interés particular, mientras que la acción de nulidad del matrimonio, cuando es absoluta, tiene ménos por objeto el interés del que la intenta que la honestidad pública; el interés de la sociedad no permite dejar subsistir un matrimonio que ofende esta honestidad. En consecuencia, la demanda debe ser recibida, á pesar de la falta de demandante (1). Los cónyuges, aun el culpable, tienen, por lo demás, un interés moral en no permanecer en los lazos de una unión que es vergonzosa, criminal, ó cuando ménos contraria al interés general.

Por aplicación de este principio debe decidirse que el cónyuge impúber tiene la acción de nulidad, así como su consorte, aun cuando éste conociera la edad de su conjunta persona (núm. 467); de la misma manera el cónyuge bigamo y su consorte, cómplice ó no, así como el cónyuge incestuoso y su conjunta persona, sea ésta ó no de buena fé. Para el cónyuge bigamo, que ha cometido un delito, había algo de duda; el proyecto le negaba la acción de nulidad; pero esta proposición fué rechazada: «Es necesario, se dijo, que el bigamo pueda reparar el delito que ha cometido (2).

489. Los ascendientes tienen la acción de nulidad que resulta de la falta de publicidad ó de la incompetencia del oficial público (art. 191). La tienen tambien en los demás casos de nulidad absoluta, aunque el art. 184 no los men-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 443.

2 Sesión del consejo de Estado del 1º verditario, año X, núm. 43 (Loqué, t. II, p. 332).

cione expresamente. La ley los comprende en esta expresion general: «*todos los que tienen interés en ello.*» Así resulta de la evidencia del art. 186. Esta disposicion concierne á uno de los casos previstos en el art. 184, la impubertad, y decide que el padre, la madre y los ascendientes que han consentido en el matrimonio del impúber no son admisibles en demandar la nulidad. Lo cual supone que los ascendientes tienen la accion, en regla general, no negándoselas la ley más que por excepcion cuando ellos mismos han violado sus prohibiciones (1). Empero, como los ascendientes no tienen la accion de nulidad, en los casos previstos en el art. 191, sino porque tienen en ello un interés, se pregunta si este interés debe ser un interés pecuniario, de actualidad, ó si el interés moral basta. La cuestion es debatida, pero por cierto no há lugar á controversia; el art. 187 la decide implicitamente en favor de los ascendientes; dice así: «*En todos los casos en que, conforme al art. 184, pueda ser intentada la accion de nulidad por aquellos que tienen interés en ello, no puede serlo por los parientes colaterales ó por los hijos nacidos de otro matrimonio, del viviente de los dos cónyuges, sino solamente cuando tengan en ello un interés de actualidad.*» Esto es nuevamente una excepcion que supone una regla contraria, en lo que concierne á los ascendientes y á la familia; su interés no debe, por lo mismo, ser un interés pecuniario. En efecto, no es en interés de dinero por lo que la ley les da accion; proceden para proteger el honor de la familia juntamente con el interés de la sociedad. En igual sentido está concebido el art. 191: cuando el matrimonio es clandestino puede ser impugnado por los ascendientes y por todos los que tienen en ello un interés de actualidad. En esto

1 Esta es tambien la opinion comun (Zachariae, t. III, p. 253, nota 15, § 461). Apénas si merece ser mencionado el disentimiento de Toullier.

es evidente la oposición entre los ascendientes y demás interesados; los ascendientes pueden obrar, aun cuando no tienen un interés de actualidad, de consiguiente en virtud de interés moral, y por ende pueden intentar la acción del cónyuge que vive. En el espíritu de la ley, es preciso decir que deben hacerlo del esposo que vive, con objeto de romper una unión que es una vergüenza para la familia y un mal para la sociedad. La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina acerca de este punto (1).

490 ¿Tienen los ascendientes la acción en concurrencia, ó deben ejercitárla gradualmente? Así, pues, ¿pueden proceder los abuelos, si los padres callan? Nos parece que pueden hacerlo, por el solo hecho de que la ley no se los prohíbe. En los diversos artículos que tratan de los ascendientes, la ley los enumera; dice así: «El padre, la madre, los ascendientes» (arts. 186, 191); así, pues, los llama indistintamente. Si hubiera querido subordinar el derecho de los unos al de los otros habría debido decir: «El padre, y á falta del padre, la madre, y en defecto de los padres los abuelos, etc.» Por el solo hecho de que la ley no pone ningún límite al derecho de los ascendientes, el intérprete no puede limitar el ejercicio de ellos. Debe agregarse que no había razón para establecer una acción gradual. Principalmente en un interés social es como es intentada la acción; de aquí que deba abrirse á todos los ascendientes sin distinción; si el padre es un hombre indiferente ó desenfadado, se necesita que puedan obrar el abuelo y aun la madre (2).

La opinión común exige que los ascendientes ejerçiten

1 Esta es también la opinión común, salvo el disentimiento de Toulier y de Duranton (Zacharie, t. III, p. 253, nota 18). Consultese la sentencia de la corte de cassación de 15 de Noviembre de 1848 (Dalloz, *Recopilación*, 1848, 1, 247).

2 Es la opinión de Zacharie, t. III, p. 255, nota 25, § 461, seguida por Marcadé, t. I, p. 489.

su derecho gradualmente (1). Seria necesario un texto; ¿existe alguno? Se citan los artículos del código que tratan del consentimiento de los ascendientes para el matrimonio, del derecho de oposición y aun de la tutela (arts. 142, 148, 150, 172, 402); pero ¿puede aplicarse un mismo y único principio á materias esencialmente diferentes? Cuando los ascendientes están llamados á consentir en el matrimonio ó á oponerse, se trata de una magistratura doméstica, y se concibe que los más cercanos estén llamados á ejercerla de preferencia á los más lejanos. Si se trata de la tutela, este es un cargo que la ley debe imponer naturalmente al padre antes que al abuelo. Por el contrario, la acción de nulidad está concedida á los ascendientes en un interés general: ¿deberá sacrificarse el interés general al descuido ó á la indiferencia del ascendiente más inmediato? Inútilmente se objeta que por el honor de la familia es por lo que proceden los ascendientes. No, la honra de la familia es el *interés* que les da calidad para proceder; pero siendo común este interés á todos los ascendientes, todos tienen un título igual á protegerlo en sentido de que todos tienen calidad para proceder. Ahora bien, desde que el demandante tiene un interés debe proceder; no podría rechazarse su acción como si la ley la subordinara á una condición. En definitiva, esta es una cuestión de texto; basta el silencio del código para decidirla en favor de los ascendientes.

491. ¿Puede intentar la acción el consejo de familia? En cierto sentido, la afirmativa no es dudosa. Es cierto que el art. 184 no menciona al consejo de familia; pero se halla comprendido, lo mismo que los ascendientes, en esta expresión general: «todos los que en ello tienen interés.» Lo que lo demuestra, para el consejo de familia como para los as-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 488, número 303.

cedientes, es el art. 186, segun el cual la *familia* está declarada no admisible, asi como los ascendientes, cuando ha consentido en el matrimonio del impúber. La *familia* es evidentemente el *consejo de familia*, porque el consejo es el que está llamado á consentir en el matrimonio del impúber. Sólo hay un artículo, el 191, que deja una duda; enumera las personas que tienen el derecho de proceder en caso de clandestinidad, y no habla de la familia; menciona ciertamente á los que tienen *interés* en ello, pero exige que este interés sea de actualidad. De ahí nace una dificultad grave. No estando mencionado el consejo en el art. 191, no puede proceder si no es invocando el derecho concedido á los que tienen interés, y en este caso, el consejo deberia probar que tienen un interés pecuniario, puesto que, en el art. 191, el interés de actualidad es necesariamente un interés de dinero. Ahora bien; ¿el consejo obra en nombre de un interés de dinero? Ni siquiera puede tener semejante interés. En definitiva, estamos sin texto. Podria decirse que teniendo la familia el derecho de proceder en los casos de impubertad, bigamia é incesto, debe tener el mismo derecho en caso de clandestinidad. Efectivamente, en vano se buscaria una razon de diferencia. Pero no es un texto la identidad de motivos. Y en materia de nulidades de matrimonio se necesita una ley. Llegamos forzosamente á la conclusion de que hay un vacío en la ley, y no creemos quo corresponda al intérprete llenarlo. (1).

492. Los colaterales están comprendidos en la expresion: «los que tienen interés en ello» (art. 184); pero segun el art. 187, este interés debe ser de actualidad. Tambien se hallan comprendidos en el art. 191 que reproduce la misma expresion. Por consiguiente, hay una notable diferencia entre los ascendientes y los colaterales. Los primeros

1 Consultese á Demolombe. *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 490, num. 304.

pueden promover aun cuando no tengan ningun interés pecuniario; miéntras que los colaterales serian declarados no admisibles si carecieran de interés de actualidad. Portalis explica la razon de esta diferencia. «En tesis, dice, los colaterales ó herederos codiciosos son oídos poco favorablemente. No tienen en su favor ni la preocupacion de la naturaleza ni la autoridad de la ley. La esperanza de acrecentar su fortuna es el único móvil que los guia. No tienen ninguna magistratura doméstica que ejercer sobre individuos que no están confiados á su cuidado. Así, pues, no deben ser admitidos para turbar un matrimonio que vive en paz y buena armonía. No deben ni pueden mostrarse sino cuando se trata de saber si son excluidos de una sucesion por hijos legítimos, ó si están obligados á disputar el estado de esos hijos y á tomar su parte en aquella sucesion. Fuera de esto, no tienen accion.»

Con arreglo á estos principios, el art. 187 decide que los colaterales no pueden intentar la demanda del *supérstite de los dos cónyuges*, sino sólo cuando tienen un interés de actualidad. ¿Deberá deducirse de esto que los colaterales nunca pueden proceder de nulidad del *supérstite de los cónyuges*? No, los términos del art. 187 no son restrictivos, porque no hay razon alguna para que lo sean. Prevén el caso general; regularmente el interés de los colaterales no nace sino cuando llega á morir dejando hijos, el cónyuge de que son presuntos herederos, como acaba de explicárnoslo Portalis; por consiguiente, en regla general, los colaterales no tienen interés del viviente de los cónyuges, y por tanto, tienen accion. Puede suceder, empero, que los hijos nacidos del matrimonio nulo sean llamados á una sucesion del supérstite de sus padres; en este caso, los colaterales tienen interés en apartarlos; y por lo mismo tienen un interés de actualidad en pedir la nulidad del matrimonio del mismo cónyuge supérstite. Ahora bien, desde el momento en que

tienen interés deben tener el derecho de promover. Tal sería el caso en que el padre renunciara á una herencia á la que está llamado su hijo en defecto suyo. Esta es la opinión común, y no admite duda alguna.

493. Lo mismo sucede respecto de los hijos del primer matrimonio. La ley los coloca en la misma línea que á los colaterales: no pueden intentar la acción, dice el art. 187, del *supérstite* de los cónyuges, sino solamente cuando tengan un interés de actualidad. ¿Pero podrán pedir la nulidad del matrimonio, si tienen un interés del *supérstite* de sus padres? No nos parece dudosa la afirmativa. No hay más que un solo texto para los parientes colaterales y para los hijos nacidos de otro matrimonio. Debe, pues, aplicarse el mismo principio á unos y á otros. Se objeta que los hijos, cualquiera que sea su edad, deben consideración y respeto á sus padres (art. 371); ¿no faltarían á este deber, pregunta Proudhon, si intentaran contra su padre una demanda que lo llenaría de vergüenza ó de infamia, en caso de bigamia ó de incesto (1)? Nosotros contestamos que el hijo usa de un derecho, y al que usa de un derecho nada tiene que echársele en cara. La ley concede una acción á los hijos de otro matrimonio. Para admitir una excepción se necesitaría otra para los arts. 184 y 187. ¿Y se puede con seriedad ver una excepción en una disposición general como lo es la del art. 371, que ordena al hijo respetar á sus padres? No cabe duda en que la acción del hijo es poco respetuosa. ¿Pero merece respeto la unión que impugna? ¿Qué es más legítimo, el interés pecuniario de los hijos ó la unión incestuosa ó bigámica del padre?

494. ¿No comprende más que á los colaterales y á los hijos de otro matrimonio la expresión: "aquellos que tienen interés en ello?" Nos parece que el texto decide la

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 440, seguido por Demolombe, t. III, p. 495, núm. 367.

cuestion, acerca de la cual hay sin embargo controversia. El art. 184 dice: *todos aquellos* que tengan interés; el art. 191 reproduce la misma expresión. Puesto que la ley es general, ¿por qué habría de hacerse una excepción de ellos? La razón por que la ley da la acción, exige que se limite á los parientes? No, en verdad; la razón es general, como el texto; la ley tiende á que el matrimonio sea anulado cuando la nulidad es de orden público; hé ahí por qué la ley convoca todos los intereses, el interés moral de la familia, el interés pecuniario de los que no tienen el derecho de promover en nombre de la familia. Siendo general la ley en su texto y en su espíritu, se necesitaría una disposición expresa para que se pudiera restringir. Se opone el art. 187, que aplica el principio general del art. 184, al explicar lo que debe entenderse por "los que en ello tienen interés;" ahora bien, el art. 187 no habla más que de los parientes colaterales y de los hijos nacidos de otro matrimonio; de consiguiente, restringe, dice, la disposición general del art. 184. En ese sentido ha fallado la corte de Douai, la cual establece como principio, resultante de los arts. 184 y 187, que no puede ser pedida la nulidad sino por la familia y por el ministerio público; la corte segregá á los terceros acreedores, aunque tengan un interés pecuniario, porque no es conveniente que en nombre de un interés de esta naturaleza se lleve la confusión á las familias y se perjudiquen derechos adquiridos. Sobre lo resuelto en casación, la suprema corte decidió que la sentencia había hecho una justa aplicación de los principios señalados en el capítulo IV de nuestro título (1). Esta decisión no tiene gran peso, porque realmente no está motivada; ni siquiera cita los artículos del código. En cuanto á la corte de Douai,

1. Sentencia de 12 de Noviembre de 1839 (*Dalloz, Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 514).

afirma, pero no aprueba. ¿De que el art. 187 no hable más que de los parientes colaterales y de los hijos, se puede deducir que solo ellos tienen calidad para intentar la acción en nombre de un interés de actualidad? Desde el punto de vista de los principios, la cuestión no es única. ¿Dónde está la diferencia entre el interés pecuniario de un acreedor y el interés pecuniario de un pariente colateral? Si éste puede intentar la demanda, no es porque sea pariente; con esta calidad no tiene acción, sino sólo porque tiene un interés de actualidad. Ahora bien, el acreedor tiene también un interés de actualidad; por consiguiente, debe tener igual derecho.

En esto hay, sin embargo, una dificultad de texto. Puede decirse que si el art. 187 hubiera querido conceder la acción á los terceros acreedores, habría hablado en términos generales de los interesados; si no ha hablado más que de los parientes colaterales y de los hijos, es porque en la mente del legislador la acción no debe extenderse á otras personas. El argumento es uno de esos argumentos *en contrario* sacados del silencio de la ley, que carecen de gran valor cuando son contrarios á los principios. El silencio de la ley no prueba que la disposición sea restrictiva, todo lo que puede decirse es que la ley está mal redactada. Nuestra opinión es que los acreedores pueden intentar la acción en virtud del principio general establecido en el art. 184. Su interés debe ser de actualidad; no lo dice el art. 184, pero así resulta de los principios generales de derecho; no tienen acción sino en virtud de un interés pecuniario; ahora bien, por su naturaleza el interés pecuniario es de actualidad. La ley lo dice por otra parte, tratándose de los parientes colaterales (art. 187), con mayor razon debe ser así respecto de los terceros acreedores. En ese sentido se ha fallado que los acreedores del marido tienen calidad para impugnar el

matrimonio de su deudor con el fin de hacer caer la hipoteca legal de la mujer (1).

495. En todos los casos de nulidad absoluta, corresponde la acción al ministerio público (arts. 184 y 191). Esta es una consecuencia del principio de que el orden público está interesado en la anulación de los matrimonios, cuando la nulidad es absoluta. El art. 190 regula el ejercicio del derecho que corresponde al ministerio público; en los casos previstos en el art. 184, ese funcionario «puede y debe pedir la nulidad del matrimonio del *supérstite* de los dos cónyuges, y hacerlos sentenciar á separarse.» ¿Cuál es el sentido de esta singular expresión *puede y debe*? La opinión común es que, en los casos previstos en el art. 184, el ministerio público está obligado á intentar la acción, y esto se comprende, se dice, porque se trata de la impubertad, de la bigamia y del incesto, es decir, de causas de nulidad que interesan esencialmente al orden público. Se opone esta acción obligatoria del ministerio público á la acción facultativa que le corresponde en caso de clandestinidad. «Todo matrimonio, dice el art. 191, que no haya sido contraido públicamente y no se haya celebrado ante el oficial público competente, *puede* ser impugnado por el ministerio público.» Concíbese que en ese caso, el procurador del rey no esté obligado á intentar la acción, porque la clandestinidad es por su naturaleza un vicio que no tiene nada de absoluto como el incesto ó la bigamia; el juez tiene un poder discrecional para admitirla ó rechazarla; en consecuencia, el oficial del ministerio público debe tener la misma facultad para intentar ó no la acción (1).

1 Sentencia de la corte de Metz de 7 de Febrero de 1854 (Dalloz, *Recopilacion*, 1854, 2, 217).

2 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 518.

Acerca de este último punto no puede haber duda. El texto y el espíritu de la ley concurren para hacer facultativa la acción del ministerio público en caso de clandestinidad. ¿Pero es cierto que sea obligatoria su acción cuando hay en ello vicio de impubertad, bigamia ó incesto? ¿Si lo fuera, por qué habría dicho la ley que *puede* intentar la acción? ¿Si *debe*, no es clarísimo que *puede*? Nosotros creemos que esa expresión del art. 190 se refiere á los arts. 187 y 188, que le preceden, y no al art. 191 que le sigue. Hé aquí la teoría de la ley. El art. 184 comienza por dar la acción á toda parte interesada. Luego vienen disposiciones que explican en qué consiste este interés y qué derecho da: los ascendientes tienen un interés moral, y por ende, pueden intentar la acción del *supérstite* de los cónyuges; mientras que los parientes colaterales tienen sólo un interés pecuniario, el cual no les da el derecho de intentar la acción sino después del fallecimiento de los cónyuges. Por lo que respecta al ministerio público, puede intentar la acción del *supérstite* de los cónyuges, lo mismo que los ascendientes, porque procede en nombre de un interés moral; y también *debe* proceder contra su *supérstite*, porque su acción tiene por objeto poner fin al escándalo que nace de un delito ó de una acción vergonzosa; de aquí que no tenga razón de ser después de la muerte de los cónyuges. Esta interpretación, basada en el texto de los arts. 187, 188 y 191, también está fundada en la razón. El ministerio público debe tener cierta facultad, porque no procede en el ramo criminal, sino en el civil. Su acción tiene por objeto destruir una unión escandalosa. Ahora bien, puede no haber en ella ningún escándalo. La bigamia es en verdad el vicio más grave, y sin embargo, puede suceder que este vicio sea ignorado del público; en este caso, ¿el procurador del rey va á pedir la nulidad de un matrimonio que no impugna el cónyuge ofendido en

sus afectos é intereses? ¿No seria esto producir el escándalo, cuando su misión es hacerlo cesar? Es indudable que en ello hay un delito, pero tambien está el interés de los hijos y el del segundo cónyuge. Se necesita que el ministerio público tenga el derecho de pesar todas estas consideraciones y obrar segun las circunstancias (1).»

Esta opinion contiene en sí la autoridad de Portalis, tan profunda en esta materia. «El ministerio público, dice este autor, *puede* proceder de oficio contra un matrimonio infectado de alguna de las nulidades que corresponden al derecho público: el objeto de este magistrado debe ser hacer cesar el escándalo de semejante matrimonio y hacer declarar la separación de los cónyuges. Cuidémonos, empero, de dar á esta censura, confiada al ministerio público, en interés de las costumbres y de la sociedad, una amplitud que la convertiría en opresiva, que la haría degenerar en inquisición. El ministerio público no debe mostrarse sino cuando es notorio el vicio del matrimonio, cuando es subsistente ó cuando una dilatada posesión no ha puesto á los cónyuges al abrigo de las pesquisas directas del magistrado. Con frecuencia hay más escándalo en las indagaciones indiscretas de un delito vago, antiguo ó ignorado, que el que hay en el mismo delito.»

496. De las palabras que acabamos de reproducir, resulta que el ministerio público no debe obrar cuando no haya escándalo. ¿Deberá deducirse de esto que no debe proceder cuando fallezca el cónyuge en cuyo perjuicio se ha contraido segundas nupcias? Tal es la opinión común (2). En esto no hay escándalo, se dice. El matrimonio podría verificarse ahora que la muerte ha disuelto la primera unión; el cónyuge culpable deja de vivir en el adulterio y

1 Esta es la opinión de Zacharie, t. III, § 461, p. 254, nota 21.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 497, número 310.

la bigamia. Todo esto es verdad, pero no prueba más que una cosa, que el ministerio público hará bien en abstenerse. Esta es una regla de prudencia que le da el intérprete, pero no tiene el derecho de establecer una admisión contra la acción pública. Sólo el legislador tiene ese derecho; ahora bien, la ley no dice que el ministerio público sea inadmisible cuando termina el escándalo. Eso decide la cuestión.

497. Pregúntase si el ministerio público puede interponer el recurso de apelación contra un fallo que haya declarado la nulidad del matrimonio. La anulación ha sido declarada á consecuencia de una colisión fraudulenta de las partes. En verdad, la moral y la honestidad pública exigen que, en ese caso, sea válido el matrimonio, con objeto de impedir un divorcio por mutuo consentimiento so pretexto de una acción de nulidad de matrimonio. ¿Tiene el ministerio público el derecho de proceder de oficio en esta materia? Verdad es que el código civil no le da ese derecho. La ley de 24 de Agosto de 1790 (título VIII, art. 2º), establece como regla general que en lo civil procederá el ministerio público «no por vía de acción, sino solamente por la de requisición en los litigios en que hayan sido estrechados los jueces.» Una consecuencia clara de este principio es que el ministerio público no tiene el derecho de proceder de oficio en materia civil, sino en los casos en que se lo conceda una ley expresa. ¿Sanciona el código una de esas excepciones? Sí, contesta Merlin, pero una sola, y es que segun los arts. 184 y 191, el ministerio público puede pedir la nulidad del matrimonio. Esta excepción confirma la regla. Por consiguiente, el ministerio público no puede intentar la acción para hacer válido un matrimonio declarado nulo (1).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 3, núm. 3.

Sin embargo, dos cortes de apelacion han admitido la demanda del ministerio público, invocando los arts. 184 y 191, esas mismas disposiciones que condenan la doctrina que aquellas sentencias sancionan. Merlin censura acremente las decisiones de las corts de Bruselas y Pau. Conviene en que en los dos litigios habia una conveniencia fraudulenta que tendia á disolver un matrimonio, válido en realidad. Confiesa que fallar en otro sentido habria sido un escándalo desconsolador. ¿Pero de quién habria sido la culpa? De la imperfeccion de la ley, y los magistrados nunca deben separarse de ella, por imperfecta y viciosa que les parezca. Una vez olvidada esta regla, agrega Merlin, no habrá ya órden social, y todo será confusión y anarquía.

498. Merlin dice que el legislador, advertido por las sentencias de Bruselas y Pau, remedió el mal y llenó el vacío con la ley de 20 de Abril de 1810 sobre la organización judicial. El art. 46 de esta ley empieza por establecer el principio de que «el ministerio público procede de oficio en los casos especificados en la ley.» Por consiguiente, se necesita una ley para dar al ministerio público el derecho de proceder de oficio. El mismo art. 46 le concede ese derecho cuando está interesado el órden público: «El ministerio público vigila la ejecucion de las leyes, de las sentencias y de los fallos; *promueve de oficio esta ejecucion, en las disposiciones que interesan al órden público.*» Merlin sostiene que en virtud de esta disposicion, el ministerio público puede intentar la accion de validez de un matrimonio declarado nulo, cuantas veces esté interesado en ello el órden público. Basta comparar los textos de las leyes de 1790 y de 1810, para convencerse de que el legislador de 1810 ha querido innovar, extendiendo la esfera de accion del ministerio público. La ley de 1790 le abria la vía *de accion* para hacer ejecutar *de oficio* las dis-

posiciones de los *fallos* que interesan al *órdene público*. La ley de 1810 agrega la palabra *leyes*; por consiguiente, extiende á la ejecucion de las *leyes*, en tanto que interesan al órden público, el derecho de proceder de oficio en lo civil, que la ley de 1790 restringia á los *fallos*. Esta extension no se limita á los casos particulares que estarian determinados en la ley; es general, absoluta; así, pues, desde que una ley interesa al órden público, el procurador imperial puede proceder de oficio. Ahora bien, ¿qué cosa interesa más al órden público que la conservacion de un matrimonio contraido regularmente, y que los cónyuges tratan de anular para entregarse á sus pasiones?

Una sentencia de la corte de Grenoble, declaró al ministerio público admisible para demandar la validez de un matrimonio que el juez de primera instancia, engañado por la colision de los cónyuges, había declarado nulo. La corte se fundó en la ley de 1810, pero su sentencia fué casada, y una segunda sentencia de la suprema corte falló en el mismo sentido (1). Estas dos decisiones causaron en Merlin una impresion penosa; ese autor las combate con un calor que no emplea de ordinario, cuando le acontece criticar la doctrina de la corte de casacion. Háse renovado la controversia acerca del sentido de la ley de 1810, y está pendiente de continuo; ya hemos vuelto á encontrar la cuestion en dos ocasiones (núms. 32 y 387). En principio, participamos de la opinion de Merlin. Vamos á resumir los motivos en que la apoya. Apóyala, ante todo, en el texto del articulo 46; la innovacion que hace á la ley de 1790 no puede ser disputada, está escrita en la ley de 1810 y debe tener un sentido. Ahora bien, en el sistema de la corte de casacion no lo tiene. Hé ahí lo que la corte hace decir al legislador. El ministerio público no puede proceder de ofi-

1. Véanse las sentencias en Merlin en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 521.

cio, en materia civil, sino en los casos especificados en la ley; esta es disposicion expresa del art. 46, párrafo primero. Si el segundo agrega que promueve de oficio la ejecucion de las leyes, en las disposiciones que interesan al órden público, debe interpretarse esta disposicion en el sentido de la regla, es decir, que tiene el derecho de proceder de oficio, cuando está interesado el órden público, pero únicamente en los casos especificados en la ley. Pues bien, si tal es el sentido de la segunda disposicion del art. 46, desaparece la innovacion, se borra la palabra *leyes* del art. 46; se hace, en efecto, enteramente inútil, porque vano es decir que leyes particulares pueden dar al ministerio público el derecho de proceder de oficio en materia de órden público. Si el legislador de 1810 no ha querido decir más que eso, no ha dicho nada. ¿Se puede así tachar de una ley una palabra que ha sido puesta intencionalmente? ¿Puede hacerse ilusoria una innovacion que ha querido introducir el legislador? De ninguna manera, el intérprete no tiene poder para ello; debe atenerse al texto, y el texto de la ley de 1810 es terminante.

Se objeta que el segundo párrafo del art. 46, interpretado así, anula el primero. ¿Qué dice el primero? Que el ministerio público no puede proceder de oficio, *más que en los casos especificados en la ley*. ¿Qué se hace decir al segundo? Que el ministerio público puede proceder de oficio en todos los casos en que está interesado el órden público, y sin que esos casos deban estar especificados en la ley. ¿No es flagrante la contradiccion? No hay más que un medio de conciliar las dos disposiciones, se dice, y es interpretar la segunda por la primera. Nosotros contestamos que eso no es conciliar ambas disposiciones, sino suprimir la segunda en beneficio de la primera. ¿Es cierto que, en la doctrina de Merlin, la regla establecida en el primer párrafo está destruida en el segundo? Esto equi-

vale á preguntar si la excepcion destruye la regla. El párrafo segundo sanciona una excepción; la excepción es muy lata, es verdad, muy vaga, y en consecuencia, muy peligrosa. Pero, por último, no destruye la regla; hay casos en los que no se halla interesado el orden público; se necesita entonces una disposición expresa para que el ministerio público tenga el derecho de proceder. Así sucede en materia de ausencia; durante la presunción de ausencia, el ministerio público puede proceder de oficio porque hay una disposición expresa que le da ese derecho (art. 114). El art. 1057 le concede igual derecho en una materia que ciertamente es extraña al orden público, puesto que se trata de intereses privados. Hé ahí casos en los que se aplica la regla del art. 46; de consiguiente, esta regla no es absorbida por la excepción que concierne al orden público.

La corte de París ha sancionado la interpretación de Merlin (1). En cuanto á la jurisprudencia de la corte de casación está indecisa, como ya lo hemos hecho notar; se ajusta tan poco al sentido de la ley de 1810 como á las aplicaciones que deben hacerse de ella en materia de matrimonio. Aquí surge en efecto una nueva dificultad. Hay principios especiales que rigen la acción de nulidad de matrimonio. El código concede al ministerio público el derecho de proceder de oficio para pedir la nulidad del matrimonio. Es verdad que en virtud del código, el ministerio público no puede proceder para pedir la validez de un matrimonio anulado. La ley de 1810 ha ampliado sus atribuciones: ¿puede proceder de oficio en todos los casos en que el orden público exige su intervención en materia de matrimonio? De ello resultaría que una ley general deroga una ley especial, lo cual es contrario á los principios. ¿No debe decirse, más bien, que si una ley especial ha regula-

1 Sentencia de 13 de Agosto de 1851 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1852, 2, 113).

do la accion del ministerio público en una materia que interesa al órden público, esta ley especial es la que debe aplicarse, y no la ley general de 1810? Esta es nuestra opinion. Así lo hemos decidido, por lo que respecta al derecho de oposicion (núm. 387). Igual motivo hay para decidirlo en el caso que es objeto del debate. La accion que nace de la nulidad de un matrimonio está regida por principios especiales. ¿Encierran estas disposiciones especiales dentro de límites demasiado estrechos la accion del ministerio público? Puede sostenerse así. Entónces debe modificarse el código civil. Tal seria nuestro parecer respecto de la accion de validez del matrimonio. Tiene razon Merlin en decir que el órden público y la moralidad exigen que el ministerio pueda descubrir el fraude que tiende á anular un matrimonio celebrado válidamente. Nosotros estamos de acuerdo, pero creemos que para eso se necesita una ley especial.

499. ¿Pueden excusarse las nulidades absolutas? La ley lo admite respecto del vicio de impubertad, por razones especiales que ya hemos expuesto. Nada dice de los demás vicios: ¿no es esta ya una razon para decidir que no se excusan los vicios de bigamia, incesto y clandestinidad? Es cierto que no puede quitarles la confirmacion; ya hemos hecho la observacion á este respecto (núm. 434). Tambien está admitido que la accion de nulidad que nace de estos vicios es imprescriptible. Aquí nace, sin embargo, una duda. Miéntras subsiste el vicio no puede tratarse de prescripcion. Así es que miéntras dure un matrimonio inficionado de bigamia ó incesto, subsiste tambien la accion de nulidad. Empero, si el matrimonio queda disuelto por la muerte, ya no hay interés público de por medio. La prueba de ello es que ya no puede proceder el ministerio público. En este caso, los únicos interesados son los herederos. Ahora bien, su interés es un interés pecuniario, pue-

den renunciar á él, y desde ese momento puede correr la prescripcion. Esa es la opinion de Merlin (1). Nos queda un escrupulo. Las nulidades absolutas son esencialmente de orden público; ahora bien, los convenios de las partes no pueden derogar las leyes que interesan al orden público; no comprendemos por lo mismo la renuncia en esta materia. Si no puede proceder el ministerio público despues de la muerte de los cónyuges, no es porque ya no haya nulidad, sino porque no hay escándalo. Subsiste la accion, puesto que solamente entonces comienza en beneficio de los parientes colaterales. Pues bien, en tanto que éstos tienen un interés que hacer valer, pueden invocar la nulidad. Puede suceder que ellos ya no tengan la accion de nulidad, lo cual acontece cuando ha prescrito su interés; habiendo extinguido el derecho, ya no tiene calidad para intentar la accion. En este sentido, la prescripcion les impedirá pedir la nulidad del matrimonio. Resulta siempre que no es esta accion la que prescribe, el derecho es el que da calidad para promover la nulidad. Si este derecho fuera conservado con interrupciones, la accion de nulidad permanecería abierta aun cuando trascurrieran más de treinta años desde la disolucion del matrimonio.

500. Pregúntase si se excusan con la posesion de estado las nulidades absolutas. Admitelo la jurisprudencia respecto del vicio de clandestinidad. Como la cuestion se presenta particularmente en lo relativo á los matrimonios contraidos en el extranjero, la examinaremos más adelante. Quedan la bigamia y el incesto. En materia de incesto, no puede ser motivo de posesion de estado, toda vez que ésta seria la posesion de estado de la infamia. ¿Qué debe, empero, decidirse si los cónyuges obtienen una dispensa? Ya hemos contestado la pregunta (núm. 474). La dispensa no

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, § 2, art. 184, 5^a cuestión.

destruye el vicio; sentado esto, no puede tratarse de posesion de estado. Respecto de la bigamia, habria lugar á creerse que la posesion de estado puede comenzar cuando llegue á morir el primer cónyuge del bigamo. En este caso termina la causa que viciaba el matrimonio; ¿no debe deducirse de esto que cesa el efecto, al ménos en el sentido de que á contar de ese momento, pudiendo casarse los cónyuges, su union torna los caractéres de la legitimidad, y que por ende, esta posesion de estado excusa la nulidad? Es indudable, así habria podido decidirlo la ley; pero ¿lo ha hecho? No, y en el silencio de la ley, ¿puede admitirse que se excuse la nulidad? No, eso equivaldria á redactar la ley. Efectivamente, seria necesario determinar las condiciones requeridas para que la nulidad quedara cubierta: no corresponde al intérprete señalar condiciones que extinguen una accion; sólo el legislador tiene ese derecho.

Recordemos que estos principios reciben una excepcion en caso de ausencia de uno de los cónyuges (art. 139). ¿Hay en esto un segundo resultante del art. 196? Al tratar de la prueba del matrimonio examinaremos esta cuestion.

SECCION IV.—Efectos de la anulacion.

§ 1º Del matrimonio putativo.

501. Aplicanse al matrimonio anulado los principios que rigen la nulidad de las actas. Dice un antiguo adagio que lo que es nulo no produce efecto alguno. El art. 201 sanciona este principio en su aplicacion al matrimonio; al decir que el matrimonio anulado produce, no obstante, los efectos civiles cuando ha sido contraido de buena fé, la ley dice implicitamente que si los cónyuges son de mala fé, el

matrimonio, como tal, no produce efecto alguno. Ese pretendido matrimonio habrá sido un concubinato; los hijos no gozarán de la legitimidad; los padres no tendrán los derechos que corresponden á los padres legítimos sobre los bienes de sus hijos; los contratos matrimoniales serán nulos, lo mismo que las donaciones, sin distinguir las que entre sí se hayan hecho los cónyuges y las que les hayan hecho los terceros. Si los cónyuges se hubieren casado bajo el régimen de la comunidad, regularán sus intereses como si hubiera habido una comunidad de hecho, pero no conforme á las reglas que rigen el consentimiento legal ó convencional.

Sobre este punto hay una duda; es inútil, por consiguiente, citar las sentencias que sancionan la doctrina admitida por todos. Se ha preguntado si el estado de los hijos nacidos del matrimonio anulado era comprobado legalmente con el matrimonio anulado, y si de ello resultaba un lazo de afinidad entre los consortes. Ya hemos contestado á estas preguntas. Los principios sobre los efectos de la anulación del matrimonio reciben una excepción notable cuando hay matrimonio putativo.

502. Llámase matrimonio putativo el matrimonio que está contaminado de nulidad, y del que el tribunal declara la anulación, pero que ha sido contraído de buena fé, ya sea por ambos cónyuges, ya por uno de ellos, y que en razón de esta buena fé, produce ciertos efectos civiles. Esta institución viene del derecho canónico. Portalis la motiva bastante singularmente: basta, dice, la apariencia, la sombra de un matrimonio para que el legislador le conceda efectos (1). El favor concedido al matrimonio es, en realidad, el que ha hecho mirar como válido un matrimonio nulo y anulado. El interés de la sociedad queda satisfecho

1 Portalis, Discurso preliminar (Loeré, t. I, p. 172, núm. 62).

con el fallo que lo declara nulo. Falta decidir la suerte de los cónyuges y de los hijos. Los cónyuges merecen indulgencia, porque han creido contraer una unión válida; si han violado la ley ha sido sin saberlo; ya están bastante castigados con la ruptura del lazo que los unía; ¿por qué mancillarlos por toda la vida haciéndolos pasar por concubinos, adulteros ó incestuosos, cuando en su mente estaban unidos con un lazo legítimo? Los hijos particularmente son dignos de lástima: ¿concebidos y nacidos de un matrimonio, van á ser hijos naturales, adulterinos ó incestuosos? ¿Por qué negarles una familia, puesto que en el seno de una familia han nacido? El interés de la sociedad exige que la ley sea indulgente; ¿no es mejor que los hijos sean considerados como legítimos, que el que sean bastardos? La familia es el hogar donde se desarrolla la moralidad: tal es la idea moral que ha hecho admitir la ficción del matrimonio putativo.

503. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya matrimonio putativo? Antiguamente los doctores exigían tres condiciones: buena fé, solemnidad en el acto de la celebración y error excusable. Tódavía hay autores que reproducen esta doctrina tradicional. Pero Duranton ya ha hecho notar que nuestro código no la sanciona. El artículo 201 define el matrimonio putativo aquel que se ha contraído de buena fé. No hay, pues, más que una condición establecida en la ley, y no tres. Lo más que podría decirse es que la solemnidad y el error excusable son elementos de buena fé. También eso es demasiado absoluto; muy bien puede suceder que el matrimonio se haya contraído de buena fé, sin que se hayan observado las solemnidades legales, y el error es excusable por el sólo hecho de que los cónyuges han ignorado la causa que presentaba obstáculo para su unión. Hágamos, pues, abstención de esas divisiones que hacen degenerar la ciencia en escolástica.

En nuestra materia son más que inútiles, son contrarias al texto de la ley (1).

504. Se pregunta cuándo hay buena fe. Claro es que el error de hecho constituye la buena fé. El cónyuge que ignora que su consorte está ligado con los lazos de un matrimonio, es de buena fé; así ha sido fallado, y á la verdad no se necesita sentencia para demostrar lo que es claro como la luz del dia. No sucede lo mismo con el error de derecho. La mayor parte de los autores enseñan que el error de derecho no asegura al matrimonio anulado los efectos del matrimonio putativo. Consignemos de antemano que el art. 201 no distingue; y cuando la ley no distingue, no es permitido al intérprete hacerlo, á no ser que lo autoricen los principios de derecho. Se dice que hay un principio que rechaza el error de derecho: consiste en que nadie está obligado á ignorar la ley. Los autores citan esta máxima como un axioma, sin tomarse el trabajo de motivarla. Por lo demás, ya hemos dicho (2) que este adagio tradicional no es aplicable sino cuando la ley impone una obligación en cuya ejecución está interesada la sociedad. No recibe aplicación en las relaciones de interés privado. En el título de las Obligaciones demostraremos que el error de derecho vicia el consentimiento, tanto como el error de hecho; con mayor razon debe admitirse como constitutivo de la buena fé. Efectivamente, para que el matrimonio sea putativo, la ley no exige más que la buena fé, es decir, la ignorancia en que se encuentran las partes del obstáculo que se opone á su unión legítima, ¿qué importa que este obstáculo sea de derecho ó de hecho? Los cónyuges habrían debido consultar, dicese, ya sea á las leyes, ya á los que las conocen: por consiguiente, es inexcusable su

1 Duranton, t. II, p. 310, núm. 348. Demolombe, t. III, p. 537, núms. 352 y siguientes. Zacharie, t. III, § 460, p. 244, nota 4.

2 Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 278.

error. Hé ahí para lo que sirve la escolástica: para alterar el buen sentido. ¡Cómo! ¡se va á consultar á un abogado antes de contraer matrimonio! ¿Cómo puede ocurrirle la idea de consultar al que ignora el obstáculo legal? Debe decirse, pues, que el hecho de no haber consultado justifica precisamente la buena fé. El que consulta duda, y la duda sola implica ya un principio de mala fé (1). Apresurémonos á agregar que la jurisprudencia, más sabia que los doctores, se declara por la buena fé cuando hay un error de derecho. Referiremos algunas de esas decisiones, las cuales probarán, mejor que todos los argumentos, que el error de derecho produce la buena fé tanto como el error de hecho.

Una mujer extranjera se casó con un francés de veinticuatro años de edad, sin que éste hubiera obtenido el consentimiento de sus padres. Ahora bien, en el país de esa mujer, y fué allí donde se celebró el matrimonio, no se exige el consentimiento de los ascendientes después de la mayoría ordinaria de veintiún años; la corte de Aix decidió que la mujer era de buena fé (2). ¿Y cómo dudar de ello? ¿Por ventura las mujeres estarian obligadas á cursar derecho? ¿Tendrian la obligacion de conocer las legislaciones extranjeras? ¿No deben remitirse á su futuro marido en todo lo concerniente al derecho? ¿Y cuando el futuro cónyuge es quien las engaña, como en el caso fallado por la corte de Aix, se dirá que la mujer engañada no era de buena fé porque no conocia el código civil?

Un hombre contrae matrimonio con su sobrina. El ministerio público pide la nulidad del matrimonio. La dificultad está en saber si los cónyuges eran de buena fé. El tribunal

1 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 589.

2 Sentencia de 8 de Febrero de 1821 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 591, 2º).

anula, pero admite la buena fé. A la apelacion interpuesta por el ministerio público, éste es declarado inadmisible. La buena fé de las partes era evidente. Como dijo muy bien el juez de primera instancia, el oficial del estado civil es el que, por regla general, debe hacer saber á las partes los obstáculos legales que se oponen á su union; pero en el caso, no los conocia el oficial público. El marido era un cultivador de cincuenta y ocho años de edad, hombre sencillo y de costumbres honestas; la mujer tenia treinta y siete años y era tan honesta como su marido; los futuros cónyuges habian solicitado las dispensas religiosas, sin duda porque así se los habia exigido el cura párroco; no pensaron en pedir las dispensas civiles, porque ignoraban la ley (1). ¡Y habria debido anularse el matrimonio, porque estaban en la obligacion de conocer el código civil!

La corte de Metz dió igual decision en el caso del matrimonio de un cuñado con su cuñada. No entramos en el pormenor de los hechos del litigio, que podrian ser motivo de discusion. La corte, empero, ha dicho muy bien que el art. 201 es general y se aplica á todos los casos en que haya buena fé, sin distinguir si hay error de derecho ó error de hecho; que la ignorancia de derecho merece tanta gracia como la ignorancia de hecho; que, por otra parte, casi siempre las cuestiones de buena fé se resúmen en cuestiones de hecho, cuya apreciacion abandona la ley á las luces y á la conciencia de los magistrados (2).

Los doctores exigen la solemnidad como condicion de la buena fé; y aparentemente parece esto fundado en razon. ¿Puede invocarse la buena fé cuando no se celebra el matrimonio ante el oficial del estado civil? ¿Quién es el que

1 Sentencia de la corte de Aix de 5 de Mayo de 1846 (Dalloz, *Recopilacion*, 1846, 2, 147).

2 Sentencia de 7 de Febrero de 1854 (Dalloz, *Recopilacion*, 1854, 2, 218).

ignora que el matrimonio se celebra en la casa municipal? ¡Sábenlo hasta los niños! Sin embargo, la corte de París ha fallado que fué contraido de buena fé un matrimonio celebrado en París, en 1819, por un ministro protestante. La misma acta de celebración comprobaba la buena fé del ministro y de las partes contratantes. Cítase en esa sentencia un oficio del ministro de justicia, fecha 16 de Mayo de 1810, en que se dispone que los extranjeros que deseen casarse en Francia no están obligados á someterse á las leyes francesas, sino que pueden casarse segun las de su país, y que en este caso nada hay que impida al ministro del culto dar la bendicion nupcial. Cítase tambien otro oficio del guarda-sellos, fechado en 13 de Octubre de 1815, que está concebido en el mismo sentido. Inútil es decir que fué anulado el matrimonio, pero al mismo tiempo fué declarado putativo (1). Volveremos á ocuparnos de esta sentencia, la cual es incompatible respecto de un punto: no podia ser disputada la buena fé de los cónyuges. Si en esto hay culpables, lo son el ministro de justicia y el guarda-sellos, que se han engañado, y han inducido en error á las partes contratantes. Despues de eso, ¡se querrá sostener todavía que los futuros cónyuges, aunque extranjeros, están obligados á conocer la ley cuando la ignoran dos ministros de justicia!

La corte de Bruselas ha decidido igualmente que un matrimonio celebrado en Tournai el 1º de Abril de 1799, ante el cura párroco, era un matrimonio putativo. Esto es incuestionable en lo que concierne á la cuestión de buena fé. Bélgica acababa de ser conquistada; en su territorio estaba detestado en lo general el régimen francés; causaban horror la revolución y las leyes que ésta había llevado. La corte es la que comprueba este hecho. Nosotros agregamos

1 Sentencia de 18 de Diciembre de 1837 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 590, 1º).

que el clero fomentaba esa hostilidad. A sus ojos, el matrimonio civil era una invención del demonio. Comprendéndese que, nutridos en esas preocupaciones, y cegados por el fanatismo, los futuros cónyuges hayan creido de muy buena fe que el matrimonio de la iglesia era el único legítimo (1).

505. ¿En qué momento debe existir la buena fe? Está controvertida la cuestión, pero es una de esas controversias que no existirían si los intérpretes tuvieran más respeto al texto de la ley. Según el art. 201, el matrimonio es putativo cuando ha sido *contraido de buena fe*. Así, pues, desde que existe buena fe en el acto de un contrato, es putativo el matrimonio (2). Esto está también conforme con los principios; se trata de determinar los efectos de un contrato; ahora bien, el momento en que éste se celebra es el que decide si es o no válido; también ese momento es el que debe decidir si, aun no siendo válido, puede producir efectos civiles. Los cónyuges han querido contraer un matrimonio legítimo, esta intención es la que constituye el matrimonio putativo. Poco importa, por lo mismo, que después de la celebración del matrimonio descubran los cónyuges el error en que estaban; es indudable que según el rigor de una moral severa deberían separarse desde el momento en que saben que su unión es ilegítima; pero no olvidemos que estamos en una materia en que la indulgencia es el principio de la ley; sería, pues, contrariar su espíritu mostrarse demasiado severo al interpretarla. En todo caso, al legislador corresponde determinar cuándo y bajo qué condiciones pierden los cónyuges el beneficio de la buena fe; el intérprete no puede establecer distinciones. Cuando la ley quiere que continúe la buena fe,

1 Sentencia de 4 de Agosto de 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 331).

2 Esta es la opinión común, salvo el disentimiento de Delvincourt y de Toullier (Demolombe, t. III, p. 547, n.º 360).

para que produzca efectos, lo expresa. Así es como el art. 550 dice que el poseedor deja de adquirir los frutos cuando deja de ser de buena fé. Hánse prevalido de esta disposicion contra la opinion que defendemos. Empero, no existe analogía entre los dos casos. El matrimonio es un contrato, la posesion es un hecho; cuando se trata de apreciar un contrato, hay que trasportarse al momento en que ha tenido verificativo el concurso de consentimiento; cuando se trata de un hecho, el momento en que éste se produce es el que debe tener los caractéres exigidos por la ley. De aquí se sigue que la decision del art. 550 es muy jurídica; por el contrario, seria poco jurídico hacer su aplicacion al matrimonio.

506. ¿Quién debe probar la buena fé? ¿El cónyuge que invoca su buena fé para gozar de los beneficios del matrimonio putativo, ó tiene que probarla el que alega la mala fé? La opinion comun es que el cónyuge nada tiene que probar, que la buena fé se presume, que por tanto el que alega tiene que rendir la prueba de su dicho (1). Nosotros preguntaremos, ¿dónde se dice que la buena fé se presume? ¿Puede existir una presuncion sin texto? Citase el art. 2268: «Siempre se presume la buena fé, y el que alega la mala fé tiene que probarla.» Hé ahí un texto, es verdad, pero asevera en contra de los que lo alegan. Efectivamente, el art. 2268 establece una presuncion legal en materia de usucpcion; ahora bien, ¿quién ignora que las presunciones legales son de la más estricta interpretacion, y que nunca pueden extenderse de un caso á otro, á no ser por razon de analogía? ¿Y dónde está la analogía entre la prescripcion y el matrimonio?

La cuestion nos parece sencillissima. Corresponde al demandante establecer el fundamento de su demanda. Aho-

1 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 593.

ra bien, cuando es anulado un matrimonio, no produce efecto alguno; no lo produce sino por excepcion, como si hubiera sido contraido de buena fé. Por consiguiente, el cónyuge que reclama un efecto civil del matrimonio anulado es el que tiene que probar que lo ha contraido de buena fé; tal es ciertamente el fundamento de su demanda. Para que fuese dispensado de esta prueba se necesitaría un texto, y no lo hay; desde ese momento permanecemos bajo el imperio de la regla, la cual se aplica á la buena fé como á cualquiera otra condicion requerida para el ejercicio de un derecho. De esta suerte, el art. 1268 dice que la cesion judicial es un beneficio que concede la ley al deudor desgraciado y de buena fé. Ciertamente el deudor deberá probar su buena fé porque esta es una de las condiciones prescritas para que goce del beneficio que invoca. Pues bien, el mismo principio se aplica literalmente al cónyuge; el matrimonio putativo es tambien un beneficio que la ley concede al cónyuge de buena fé; de consiguiente, es forzoso que pruebe su buena fé.

Zachariae, y despues de él Marcadé, distinguen; admiten que la buena fé de los cónyuges se presume cuando alegan la ignorancia de un hecho. De otra suerte es cuando pretenden haber ignorado las disposiciones de la ley, porque nadie está obligado á ignorar el derecho (1). Por esta vez el adagio romano está en oposicion con el buen sentido. ¡Cómo! ¡presumís que un futuro cónyuge ha ignorado que fué el tio de su sobrina, ignorancia de hecho, y no presumís que ignora que el código civil prohíbe el matrimonio entre el tio y la sobrina, ignorancia de derecho! El buen sentido dice lo contrario. En las clases infimas de la sociedad es donde se encuentra el error de derecho. ¿Y quién las habria educado? La sociedad, hasta el

¹ Zachariae, t. III, § 469, p. 245 y notas. Marcadé, t. I, p. 512, art. 20², núm. 2).

siglo diez y nueve, ni siquiera ha tenido el cuidado de enseñárlas á leer; ¡y presumiría la ley que los que no saben leer, saben, no obstante, derecho! No cabe duda en que algunas veces es necesario presumir que los ciudadanos conocen la ley, aun cuando ignoren la existencia de ella, pero no extendamos la presuncion más allá de los límites de la necesidad. Si la buena fé se presume para un error de hecho, debe presumirse, con mayor razon, para un error de derecho.

En concepto nuestro, la presuncion no existe en un caso más que en otro. Insistimos sobre la cuestion, porque tenemos en contra nuestra el nombre y la autoridad de Merlin; pero en esto le ha sucedido al gran jurisconsulto lo que frecuentemente le sucede, y es que se deja dominar por la tradicion: un adagio romano es para él la verdad. Nosotros respetamos mucho la tradicion, particularmente cuando se apoya en los jurisconsultos de Roma, nuestros maestros; pero se necesita por lo menos que esas pullas tradicionales estén sancionadas en nuestro código civil y que se hallen en armonia con la razon. Despues, es preciso ser consecuente con una ciencia que se apoya en la lógica. Forzoso es, pues, no comenzar como lo hace M. Demolombe, por admitir la presuncion de buena fé en favor del cónyuge, y decir en seguida que á los cónyuges corresponde probar su buena fé. Este último principio es el verdadero: es necesario atenerse á él (1).

§ 2º Efectos del matrimonio putativo.

507. El art. 201 dice que el matrimonio putativo produce *efectos civiles*, tanto respecto de los cónyuges como de los hijos. Esto es demasiado absoluto, porque la

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 545, número 359.

ley parece decir que por una fiction fundada en la buena fé, el matrimonio, aunque declarado nulo, continúa produciendo todos sus efectos como si no estuviera anulado. Con evidencia no es esa la mente del legislador. Es necesario, por lo mismo, limitar los términos demasiado generales del art. 201 en el sentido de que el matrimonio putativo produce todos los efectos que produciría un matrimonio legal, cuya disolución hubiera comenzado á contar del fallo que declara la anulación (1). De ahí resulta que el matrimonio anulado produce todos sus efectos en cuanto al pasado. ¿Pero de esto debe deducirse que no produce ningún efecto para lo porvenir? Marcadé contesta que después del fallo de anulación, ya no produce ningún efecto el matrimonio (2). También eso es demasiado absoluto. El mismo Marcadé agrega: «Con el bien entendido de que los efectos producidos se conservan á perpetuidad (3).» De consiguiente, es necesario ver cuáles son los efectos que ha producido el matrimonio, considerándolo como válido; esos efectos subsisten aun cuando no deben producirse sino después de la anulación del matrimonio. Pero una vez disuelto, no puede producir ya nuevos efectos el matrimonio putativo.

NUM. 1. EFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO RESPECTO DE LOS HIJOS.

508. El matrimonio anulado produce sus efectos en beneficio de los hijos, aun cuando sólo fuese de buena fé uno de los padres (art. 202). En el derecho antiguo se sostenia que, en ese caso, los hijos debían ser legítimos con relación á uno de los cónyuges, é ilegítimos con relación

1 Zacharia, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 160, p. 247.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 522, art. 202, núm. 3.

3 Portalis, *Discurso preliminar*, núm. 62 (LoCré, t. I, p. 172).

al otro. Los autores del código han rechazado esta opinion, fundándose en que el estado de los hombres es indivisible, y que en caso de conflicto, debe decidirse enteramente por la legitimidad (1). Se ha criticado esta razon; el estado de los hombres, dícese, no es necesariamente indivisible; puede encontrarse dividido á consecuencia de fallos contradictorios. Esto es verdad, pero es una excepcion que se deriva de los principios sobre la autoridad de la cosa juzgada. Estos principios no obligan al legislador, y Portalis tiene razon en decir que la ley no puede sancionar la anomalía absurda de que un hijo sea á la vez legítimo e ilegitimo.

Los hijos son, pues, legítimos, y disfrutan de todos los derechos que la ley concede á la legitimidad. Llevarán el nombre de su padre, aun cuando éste hubiere sido de mala fé. Si naciere el hijo dentro de los diez meses que siguen á la anulacion del matrimonio, podria invocar la presuncion que la ley hace inherente al matrimonio. Naturalmente la presuncion cesa desde el fallo que declara nulo el matrimonio. Los hijos tienen derecho á la educacion, á los alimentos (arts. 203, 207, 205). Suceden, no sólo á sus padres, sino á todos los miembros de la familia, porque pertenecen á ésta, como si fueran legítimos. Hé ahí un efecto del matrimonio putativo que no se produce sino despues de la anulacion del matrimonio; se produce porque los hijos son considerados como legítimos, y este efecto, una vez producido, subsiste siempre.

¿Suceden siempre á los hijos los parientes de los padres? En esto hay una razon para dudar. Los arts. 201 y 202 no hablan más que de los hijos y de los cónyuges; de consiguiente podria decirse que el matrimonio no produce ningun efecto en cuanto á los terceros. Empero esta inter-

I Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 549, número 362.

pretacion seria contraria á la esencia del matrimonio putativo. Este representa el matrimonio verdadero, dentro de los límites que hemos determinado; ahora bien, el matrimonio establece lazos entre los hijos y los parientes de sus padres, y estos lazos son reciprocos. ¿Se concebiria que el hijo fuese considerado como sobrino de los hermanos de su padre y que éstos no tuviesen la calidad de tíos respecto del hijo? Aquí tambien debe decirse con Portalis que no se dividen los lazos que se derivan de la sangre. En consecuencia, todos los parientes de los cónyuges sucederán á los hijos, aun cuando fuese de mala fé uno de los cónyuges; los efectos de su mala fé le son personales; esta mala fé no impide que se forme el lazo de parentesco entre el hijo y los parientes; lo que decide la cuestión (1).

509. ¿Produce legitimacion el matrimonio putativo? Esta es una cuestión célebre y siempre debatida. Hay un caso en el cual ni siquiera puede ser presentada: si los hijos son fruto de un comercio adulterino ó incestuoso, no son legítimos por el matrimonio putativo de sus padres como no lo serían por su matrimonio legal; así lo expresa el art. 331 refiriéndose al matrimonio legal, y es la misma la imposibilidad para el matrimonio putativo. Efectivamente, la condición de la legitimación es el reconocimiento de los hijos (art. 331); ahora bien, el reconocimiento no puede referirse ni aprovechar á los hijos nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino (art. 335). Puesto que el texto decide la cuestión, es inútil entrar en la discusión á que se entregan los autores acerca de este punto: existen bastantes controversias sobre el particular, sin que se hayan suscitado inútilmente.

Si los hijos son simplemente naturales, creemos que quedarán legitimados con el matrimonio putativo. Segun los

¹ Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 337, núm. 366.

principios que acabamos de establecer, esto ni siquiera pue-
de ser objeto de duda. El matrimonio putativo produce los
efectos de un matrimonio verdadero; ahora bien, el matri-
monio legal legitima; de consiguiente, tambien debe legitimar
el matrimonio putativo. Esto,tambien està fundado en
el espíritu de la ley. No se nota ni una apariencia de razon
para escindir los efectos del matrimonio; puede suceder,
y ya se ha presentado el caso, que el matrimonio haya sido
contraido para legitimar á un hijo nacido ántes de la cele-
bracion; el matrimonio es anulado, pero se declara putativo
en razon de la buena fe de los cónyuges. ¿Por qué no ha-
bia de producir el efecto que los cónyuges han tenido prin-
cipalmente en cuenta al casarse? Hay, sin embargo, una
dificultad de texto. El matrimonio putativo es una ficcion,
y toda ficcion debe estar estrictamente encerrada dentro de
los límites señalados en la ley que la estableció. Ahora
bien, al decir el art. 201 que el matrimonio declarado nulo
produce efectos civiles respecto de los hijos, se re-
fiere á los hijos que han nacido del matrimonio; la prue-
ba de ello es que el art. 202, que es el complemento
del que le precede, dice expresamente que el matrimonio
putativo sólo produce efectos civiles en favor de los hijos
habidos en el matrimonio. Hemos contestado de antemano
la objecion haciendo notar que los términos del código no
tienen el sentido restrictivo que parecen tener. Si se las to-
mara al pie de la letra, se llegaría á la consecuencia absurda
de que los hijos suceden á los parientes de sus padres,
miéntas que dichos parientes no sucederian á los hijos. De
consiguiente, deben considerarse los términos como exposi-
tivos; el legislador no habla más que de los hijos habidos en
el matrimonio, porque tal es el caso ordinario; no puede
decirse que haya querido declararse contra la legitimacion,
puesto que no ha pensado en ello. La cuestión debe decidir-
se conforme á los principios, y en este terreno no hay duda

séria. La ficcion consiste en que el matrimonio putativo está colocado en la misma linea que el matrimonio legal; no se extiende, pues, la ficcion á legitimar á los hijos, se aplica solamente.

Pothier hace una objecion singular. "La buena fé de las partes, dice: muy bien puede dar los derechos de hijos legítimos á los hijos que hayan sido fruto del comercio que han tenido despues del pretendido matrimonio, del cual ignoraban el vicio; porque ese comercio era, con relacion á su buena fé, un comercio inocente; pero la buena fé que tuvieron las partes al contraer ese pretendido matrimonio, no puede dar los derechos de hijos legítimos á los hijos nacidos del comercio que juntos han tenido ántes, porque ese comercio es criminal por ambas partes, y cuyo vicio no puede ser purgado sino con un matrimonio verdadero (1).» En esto incurre Porthier en el defecto de los que prueban demasiado, y ya se sabe que en derecho los que prueban demasiado, no prueban nada. Es indudable que el comercio de los cónyuges, ántes de su matrimonio, es criminal; pero lo es ménos cuando el matrimonio es válido que cuando es putativo? Si la inmoralidad queda cubierta con el matrimonio subsecuente, tambien debe serlo con un matrimonio putativo, puesto que el matrimonio putativo es la imagen de la union legitima. Tal es tambien la opinion comun (2).

NUM. 2. EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS CONYUGES SI LOS DOS SON DE BUENA FE.

510. Si los dos cónyuges son de buena fé, dice el articulo 201, el matrimonio declarado nulo produce *los efectos civiles* en lo que les concierne. De consiguiente, tienen to-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 411.

2 Véanse los autores citados por Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 606.

dos los derechos que nacen de un matrimonio legal, desde luego sobre la persona y los bienes de sus hijos; ejercen la patria potestad y el beneficio que les es inherente. Hé ahí un efecto que se extiende más allá del fallo que declara la nulidad, y por la fuerza de las cosas. Lo mismo sucede respecto de los contratos matrimoniales de los cónyuges, de las donaciones que se hacen. Todos estos efectos son incontestables. ¿Qué debe decirse, empero, de los efectos que produce el matrimonio entre los cónyuges? Es verdad que en este caso ya no puede ser cuestión del deber de fidelidad, ni de la protección que el marido debe á su esposa, ni de la obediencia que ésta debe á su marido. Pero si uno de los cónyuges careciere de fortuna, ¿no podría exigir de su consorte una pension alimenticia? El código concede este derecho al cónyuge que ha obtenido el divorcio (art. 301). Nos parece que esta disposición debe recibir su aplicación, por analogía, en el matrimonio putativo. Hay, en efecto, igual razon para decidirlo así. El cónyuge sin fortuna debe contar con la subsistencia que le asegura el matrimonio; ¡cuántas uniones se han contraído bajo este concepto! De consiguiente, sería engañar la esperanza de los contrayentes privarlos de esta ventaja.

511. Se presenta una cuestión más difícil. Segun el art. 767, «cuando el difunto no deja ni parientes en el grado sucesible, ni hijos naturales, los bienes de su sucesión corresponden *al cónyuge no divorciado* que le sobrevive.» ¿Conservan ese derecho de sucesión reciproca los cónyuges? La cuestión se decide negativamente, por la razón de que el derecho es inherente á la calidad de cónyuge; ahora bien, después de la anulación del matrimonio, ya no hay cónyuges. Esta es la razón de que no suceda el cónyuge divorciado; es igual el motivo para decidirlo respecto del cónyuge cuyo matrimonio se ha declarado nulo. (1). Nos parece

¹ Domolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 557, número 370.

que en esto es demasiado absoluta la doctrina generalmente admitida. No, el divorcio y la anulacion del matrimonio no están regidos por los mismos principios. El matrimonio disuelto por el divorcio no produce ya efecto alguno. No sucede lo mismo respecto del matrimonio anulado, sus efectos se extienden más alla de la anulacion. Por consiguiente, no es posible prevalecerse contra el cónyuge cuyo matrimonio ha sido declarado nulo de lo que del cónyuge divorciado dice el art. 767. Falta saber si este cónyuge puede invocar su calidad de tal para suceder. Es cierto que ya no es cónyuge en la realidad de las cosas; pero tambien lo es que estamos en el dominio de una ficción. Así, pues, la verdadera dificultad es esta: ¿se extiende la ficción al derecho hereditario? La ley conserva el derecho de herencia en beneficio de los hijos, de los padres y aun de los parientes; ¿por qué no habia de conservar el derecho de sucesion en beneficio del cónyuge? ¿No estriba en eso uno de los efectos civiles del matrimonio? Sentado esto, ¿no debe decirse que ese efecto es producido por el matrimonio putativo? La única objecion seria que podria hacerse al cónyuge es la de que el matrimonio declarado nulo, no puede producir ya nuevos efectos á contar del fallo que declaró la nulidad; ahora bien, el derecho de sucesion es un nuevo efecto. Pero este argumento no puede ser opuesto á los hijos; ¿por qué entonces se lo opondria al cónyuge?

NUM. 3. EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS CÓNYUGES
SI SOLO UNO DE ELLOS ES DE BUENA FÉ.

§12. El art. 202 expresa que si únicamente uno de los cónyuges hubiere procedido de buena fé, el matrimonio produce efectos civiles sólo en su favor. Respecto de los hijos, no pueden dividirse los efectos civiles. La ley admite esta division respecto de los cónyuges, aunque no sea

muy racional; de ello resulta esta singular consecuencia, que hay una mujer legítima sin que haya un marido legítimo. Si la ley ha admitido esta anomalía, es porque no ha querido que el cónyuge de mala fé sacase una ventaja cualquiera de un matrimonio que ha contraido á sabiendas con desprecio de la ley y de la honestidad pública. De consiguiente, sólo el cónyuge de buena fé tendrá la patria potestad y las ventajas quo la ley le añade. De ahí una nueva anomalía: si la mujer es de buena fé, ejercerá la patria potestad, miéntras que el marido será privado de ella. Esto es una derogacion del derecho comun (art. 373) que se explica por la fiction del matrimonio putativo. El cónyuge de buena fé sucede únicamente á los hijos, el de mala fé no sucede á los hijos, aunque éstos le suceden. Otra excepcion del derecho comun, segun el cual el derecho de sucesion es reciproco.

513. La misma anomalía se presenta en las liberalidades. Si los cónyuges se han hecho donaciones, el que haya procedido de buena fé se aprovechará de ellas, miéntras de que el que haya obrado de mala fé será privado de su derecho. En vano se dirá que siendo reciprocas las donaciones, una es la condicion de otra; ¿y al caer una, no debe caer la otra? La objecion altera la esencia de las donaciones; éstas no se hacen por cálculo, sino con un designio de beneficencia y afecto. En este sentido el artículo 299 priva al cónyuge contra el que sea admitido el divorcio de todas las ventajas que le habia dado su cónsor-te, miéntras que segun el artículo 300 el cónyuge que ha obtenido el divorcio conserva todas las liberalidades que le hubiesen sido concedidas por el otro cónyuge, no obstante cualquier pacto de reciprocidad.

El mismo principio se aplica á los contratos matrimoniales. En esto hay una nueva anomalía. Estos contratos son esencialmente bilaterales; sin embargo, en razon de

la buena fé de una de las partes y de la mala fé de la otra, la ley los rompe. Así y todo, esto está en interés del cónyuge de buena fé, el cual puede, en consecuencia, renunciar el beneficio que la ley ha establecido en su favor, y pedir que se liquide la sociedad de bienes que ha existido entre él y su consorte, según el derecho común, haciendo abstracción del contrato de matrimonio. ¿Si el marido de buena fé pide la división de la comunidad conforme al derecho común, podrá renunciar á ella la mujer de mala fé? Así se dice (1), pero eso nos parece muy dudoso. El cónyuge de mala fé no está considerado como consorte, de consiguiente, la mujer no puede prevalecer de su calidad de espesa común en bienes. Inútilmente se dice que el derecho de renunciar es una consecuencia del poder absoluto que el marido tiene bajo el régimen de la comunidad; nosotros contestamos que tocante á la mujer de mala fé no hay comunidad, sólo hay una simple sociedad de hecho; ahora bien, en una sociedad de hecho no es permitido renunciar á una de las partes, dejando todas las deudas á cargo de la otra.

§14. Se pregunta si serán conservadas las donaciones hechas al cónyuge de mala fé. En principio debe contarse negativamente, toda vez que el cónyuge de mala fé no puede reclamar ningún efecto civil del matrimonio. Se objeta que las donaciones que se hacen por contrato de matrimonio son pactos de familia que han tenido por mira el interés del cónyuge y de los hijos, tanto como el interés del donatario. Esto es verdad si el matrimonio es válido y si se confirma; pero no lo es si se declara nulo el matrimonio: en este caso ya no existe pacto de familia.

La opinión común distingue (2). Si la donación es una

¹ Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 248, nota 19, § 460.

² Domolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 563, números 381, 382.

institucion derivada de un contrato, y si hay hijos nacidos del matrimonio, la institucion les beneficiará, puesto que están comprendidos en el caso en que el donante no quiera ó no pueda recoger los bienes; ahora bien, no puede, toda vez que ya no está considerado como espeso. Si hay hijos, se hace caduca la institucion. ¿Si la donacion comprende bienes presentes, puede el cónyuge donatario preverse si es de mala fé? Así se pretende, pero nosotros buscamos en vano un motivo jurídico en apoyo de esta opinión. La donacion se hace en el matrimonio, se dice. Si, pero en el caso, ya no hay matrimonio. Se invoca el interés de los hijos, pero estos no son donatarios. Desde el punto de vista jurídico, eso decide la cuestión.

§ 3º Del matrimonio inexistente.

515. Se pregunta si los principios que rigen el matrimonio putativo reciben su aplicación en el matrimonio inexistente. No ha habido consentimiento, ó el matrimonio no se ha celebrado ante el oficial del estado civil. ¿Si en vista de la demanda de una parte interesada, declarase el tribunal que nunca ha habido matrimonio, habría, á pesar de eso, matrimonio putativo si los pretendidos cónyuges fueran de buena fé? Varias veces se ha presentado el caso respecto de un matrimonio contraído en presencia de un ministro del culto. Hay sentencias en pró y en contra, y los autores también están divididos. Nosotros creemos que el matrimonio inexistente nunca puede tener el efecto de un matrimonio putativo. Eso es completamente claro si se admite la doctrina de las actas inexistentes. Nada más positivo que el art. 1131: un contrato que no existe no puede tener efecto alguno. Se objeta que la ficción que considera válido el matrimonio declarado nulo, aunque en realidad sea nulo, también puede considerar como inexistente

el matrimonio para cuya existencia falta una condicion (1). Es indudable que el legislador podria extender la fiction hasta considerar como inexistente un acto que no existe; esto seria poco jurídico; pero si la ley fuera expresa, ya no habria que razonar. De consiguiente, la cuestion es cuestion de texto; ¿se aplican al matrimonio inexistente los arts. 201 y 202?

Nosotros no vacilamos en contestar que no. El art. 201 habla del matrimonio *declarado nulo*; lo que quiere decir *anulado*. Ahora bien, ¿se anula un matrimonio inexistente? No, se declara que no hay matrimonio: estas son las expresiones del art. 146. ¿Se dirá que, en rigor, la palabra *nulo*, en el art. 201, puede significar *anulable* ó *inexistente*, por carecer el idioma francés de términos diferentes para expresar la *nulidad* ó la *inexistencia*? Admitiríamos esta interpretacion si en los artículos que preceden se tratara de los matrimonios nulos y de los matrimonios inexistentes; entonces podria decirse que el articulo 201 es una disposicion general que se aplica á todos los matrimonios declarados nulos ó inexistentes. Pero en todo el capitulo IV no se dice ni una palabra de los matrimonios que nosotros denominamos inexistentes; sólo se ha hablado de los matrimonios nulos, de los casos en que es nulo el matrimonio y de las personas que pueden pedir la nulidad. Despues de eso, el código trata de los efectos que produce la anulacion del matrimonio, ese es el objeto de los artículos 201 y 202. ¿No es esta una prueba matemática de que esos artículos nada tienen de comun con los matrimonios inexistentes? Marcadé sostiene lo contrario (2), pero tiene en su contra, no sólo la evidencia de los textos, sino tambien la teoría general del código civil. Puede sostenerse, en concep-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 540, número 355.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 516, núm. 1 del art. 202.

to nuestro, que el código establece la distincion de los actos nulos y de los actos inexistentes, pero es cierto que en ninguna de sus partes habla de la accion en que pueda apoyarse la inexistencia de un acto. En el título del Matrimonio el legislador consagra un capítulo entero á las demandas de nulidad de matrimonio, y ni una palabra dice acerca de los matrimonios inexistentes. ¿Qué quiere decir esto? En consecuencia, esos matrimonios quedan bajo el imperio del derecho comun. Dcsde ese momento es imposible aplicarles los arts. 201 y 202; porque esos artículos establecen una fiction, y una fiction es, por su esencia, exorbitante del derecho comun. Nos parece que eso decide la cuestión (1).

Hállase dividida la jurisprudencia, y fuerza es confesarlo, las sentencias dadas acerca de esta cuestión tienen poco valor, bien en pró, bien en contra de la opinión que venimos defendiendo; no discuten las dificultades que presenta (2). Ahora bien, las cuestiones de derecho no se deciden á fuerza de sentencias, sino con razones. Si la jurisprudencia ofrece tan pocas luces, es porque todavía se halla indecisa y fluctuante la teoría de los actos nulos y de los actos inexistentes. Y esto se concibe: los mismos autores del código de Napoleón no tenían ideas fijas acerca de esta difícil materia. Si se admite la distinción, es preciso admitir también las consecuencias. No hay principios á medias, verdaderos por una parte, falsos por otra.

1 Véase en este sentido á Zacharie, t. III, ps. 243 y siguientes, § 460.

2 Una sentencia de la corte de Bruselas de 23 de Abril de 1812, decide que el matrimonio celebrado ante el cura párroco es inexistente y no puede producir efecto alguno (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 589, 2º). Véase en el mismo sentido una sentencia de Bourges de 17 de Marzo de 1830 (Dalloz, ibid, núm. 419, 2º), y en sentido contrario, las sentencias de Bruselas y París citadas anteriormente, núm. 504.