

CAPITULO V.

REGLAS COMUNES A LOS TRES PERIODOS DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—*Del matrimonio del ausente.*

245. ¿Puede el cónyuge presente contraer nuevo matrimonio mientras dura la ausencia? Nó, el artículo 139 implica que si el cónyuge contrajese nueva unión ésta sería nula. Este principio se funda de ordinario en la indisolubilidad del matrimonio. Verdad es que no disolviéndose el matrimonio sino por la muerte ó el divorcio el cónyuge presente no puede contraer segundo matrimonio mientras subsiste el primero. Pero puede preguntarse: ¿por qué no ha sido considerada por el legislador la ausencia como una causa de disolución? Porque la ausencia nunca es una presunción legal de muerte; si en razón de la incertidumbre que reina sobre la vida del ausente el Código Civil prescribe medidas que durante el último período son análogas á las que la ley establece en caso de una sucesión abierta estas medidas no tienen, sin embargo, un carácter definitivo; no son más que provisionales si el ausente vive todavía. La cuestión del matrimonio se reduce, pues, á preguntar: ¿Podía la ley declarar la disolución provisional del matrimonio? Bigot-Préameneu contesta: «No podría depender de una simple presunción el más importante de

los contratos, bien para declarar concluido el que hubiere sido formado, bien para formar uno nuevo que no sería, al regresar el cónyuge ausente, más que objeto de escándalo ó de confusión.» (1)

246. Si el esposo presente contrae nuevo matrimonio durante la ausencia de su cónyuge el matrimonio es nulo. Pero ¿quién puede pedir la nulidad? El art. 139 contesta: «Sólo el cónyuge ausente será admisible para combatir ese matrimonio.» Esta disposición se aplica sin dificultad mientras dura la ausencia; quiere decir, mientras el ausente no regresa ó da noticia de su persona. Nadie podrá combatir el matrimonio que el cónyuge presente hubiere contraído. Esto es una derogación del derecho común. Cuando un cónyuge se vuelve á casar antes de la disolución del primer matrimonio hay bigamia, y en ese caso, siendo absoluta la nulidad, cualquiera parte interesada puede pedirla, lo mismo que el Ministerio Público (arts. 184, 187, 188 y 190). ¿Por qué no puede ser combatido el matrimonio contraído por el cónyuge presente? Porque hay incertidumbre sobre la vida y la muerte del cónyuge ausente. Es posible y hasta probable que haya fallecido. De consiguiente, es posible y probable que no haya bigamia. De aquí que la ley no pudiese permitir que se combatiera el matrimonio del cónyuge presente tanto tiempo como dure esta incertidumbre. Como decía el Abogado General Gilbert des Voisins «la incertidumbre de la muerte de uno de los cónyuges nunca debe bastar para contraer nuevo matrimonio; pero tampoco debe bastar para turbar un matrimonio contraído. (2) Eso está fundado en la razón y también en los principios de derecho. ¿Por qué el legislador autoriza, por qué excita de cierta manera á todas las personas interesadas en pedir la nulidad del matrimonio en

1 Exposición de los Motivos, núm. 32 (Loché, t. II, p. 259).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 525.

caso de bigamia? Porque hay escándalo público, inmoralidad, crimen. Cuando el cónyuge de un ausente contrae nueva unión comete una imprudencia, pero las más veces hay buena fe en ello; de consiguiente, no hay inmoralidad ni escándalo y el orden moral no se perjudica; en consecuencia, no hay ninguna razón para combatir el matrimonio.

Por aplicación de estos principios se ha fallado que el segundo marido de la mujer casada en segundas nupcias no es admisible para pedir la nulidad de su matrimonio si no prueba la existencia del primer marido. La Corte de Casación ha decidido también que los hijos cuya madre se haya vuelto á casar durante la ausencia del padre deben ser declarados infundados en su demanda sobre nulidad del matrimonio si no prueban que en la época en que fué contraído no estaba disuelto el primero. (1)

247. ¿Se aplica el art. 139 á la presunción de ausencia? Causa sorpresa leyendo la ley ver que la cuestión sea disputada. Efectivamente, el texto es general. «Sólo será admisible para combatir este matrimonio el cónyuge ausente de aquel que ha contraído nueva unión.» Basta, pues, que haya ausencia; ahora bien, la ausencia existe en el primer período tanto como en el segundo. Sin embargo, Proudhón se ha declarado por la opinión contraria, y el parecer de este talento lógico merece siempre ser tomado en consideración. La sección III trata de los efectos de la ausencia relativamente al matrimonio; es una de las subdivisiones del capítulo III intitulado: *De los efectos de la ausencia*. Es así que el primer artículo del capítulo habla de la declaración de ausencia, luego el objeto de todo el capítulo es reglamentar los efectos de la ausencia declarada;

1 Sentencia de la Corte de Casación de 21 de Junio de 1831 y de 18 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Ausencia*, números 537 y 526).

en consecuencia, la palabra *ausente* significa aquel cuya ausencia se ha declarado por fallo. En el art. 139 particularmente debe entenderse así. En efecto, ¿por qué la ley prohíbe combatir el matrimonio contraído por el cónyuge presente? Porque no hay escándalo, porque el cónyuge presente es de buena fe, porque todos creen que el ausente ha fallecido. ¿Puede creerse en la buena fe del cónyuge que contrae segundas nupcias cuando su consorte acaba de desaparecer? En esto hay escándalo; de consiguiente, há lugar á la acción de nulidad. (1) Esta opinión ha sido aceptada en una sentencia de la Corte de Douai. (2)

La Corte de Casación ha condenado la doctrina de Proudhón. Como ha hecho notar el Consejero Relator, la palabra *ausente* tiene en el lenguaje jurídico un sentido general; lo mismo que de la ausencia declarada se dice de la ausencia que se presume; de consiguiente, es necesario que haya motivos particulares para restringirlo á la ausencia declarada en el art. 139. Por el contrario, hay la misma razón para decidir que el matrimonio del cónyuge presente es inatacable, sea que haya declaración de ausencia, sea que se presuma ésta. La incertidumbre que reina sobre la existencia del ausente es la que sirve de base á la disposición del art. 139; pues bien, hay incertidumbre desde el primer período, lo cual decide la cuestión. Poco importa la buena ó mala fe del cónyuge que se ha vuelto á casar. La ley no subordina el principio que establece á la buena fe del cónyuge presente. Considera si ha turbado ó no el orden social. Sentado esto ¿cómo causaría escándalo el nuevo matrimonio cuando los tribunales toman medidas para la administración de los bienes del ausente fundándose en la ausencia presumida; es decir, en la incertidum-

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 300.

2 Sentencia de 16 de Mayo de 1837 (Daloz, en la palabra *Ausencia*, núm. 526).

bre de la vida del cónyuge ausente? Tal es también la opinión común de los autores. (1)

248. En el derecho antiguo se permitía á los cónyuges que habían contraído matrimonio, cuando uno de los dos estaba atado por los lazos de un matrimonio anterior con un ausente, á vivir separadamente; aun se les obligaba á ello, dice d'Aguesseau. Era imposible anular su unión porque no basta la incertidumbre para combatir un matrimonio, pero sí es bastante para separar á los cónyuges. Es evidente que en nuestro derecho moderno no se puede obligar á los esposos á separarse; no conocemos otra separación que la de cuerpos, y esta separación no puede ser declarada sino por las causas que determina la ley. Sin embargo, hay autores que doctrinan que si uno de los cónyuges pidiera vivir separadamente el tribunal debería autorizar la separación. Rehusarla, dice Demante, sería impedir en nombre de la ley llenar un deber de conciencia, y el poder del legislador humano no va tan lejos. (2) Demante olvida que la justicia no tiene que ocuparse de los deberes morales mientras la ley no los sanciona. Esta es la distinción elemental entre los deberes perfectos y los deberes imperfectos; éstos permanecen en el dominio de la moral, no tienen ni pueden tener otra sanción que la conciencia. (3)

249. ¿Si fallece el ausente después de que su cónyuge ha contraído nueva unión podrá ser combatido el matrimonio? Conforme al derecho común la muerte del cónyuge no impide que el matrimonio contraído por su conjunta persona sea anulado por causa de bigamia. ¿Debe aplicarse este principio en materia de ausencia? Hay motivo de

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 526, 536 y 537.

2 Demante, *Curso analítico del Código Civil*, t. I, p. 286, núm. 177 bis, V.

3 Esta es la opinión común (Demolombe, t. II, p. 343, núm. 262).

duda. Cuando se prueba la defunción del ausente también queda probado que hay bigamia; de consiguiente, cesa la incertidumbre que no permitía combatir el matrimonio, y parece, por ende, que se vuelve á entrar en el derecho común. Sin embargo, generalmente se doctrina la opinión contraria. Se funda en los términos del artículo 139: "sólo el ausente es admisible para combatir el matrimonio." En concepto nuestro el argumento es concluyente. Puede agregarse que en interés de la moral pública la ley autoriza á todas las partes interesadas á pedir la nulidad de un matrimonio contaminado de bigamia. Cuando fallece el ausente desaparece ese motivo. El matrimonio ha sido contraído sin escándalo, y no es la noticia de la muerte llegada del extranjero desconocida en la patria del ausente lo que lo promoverá. De aquí que no haya lugar á la nulidad. (1)

250. ¿Debe decidirse lo mismo si reaparece el ausente? Podría contestarse desde luego: No, acaba toda incertidumbre; hay escándalo público, puesto que resulta que el cónyuge vuelto á casar tiene dos consortes; hay crimen en ello; de consiguiente, debe permitirse á cualquiera persona interesada solicitar la nulidad de un matrimonio que es una confusión permanente del orden social. Esa es también la opinión general. Toullier enseña lo contrario, pero ha sido tratado muy mal por Marcadé, que le censura haber admitido una interpretación que viene á parar en un escándalo repugnante. Marcadé olvida que de esta opinión participa Zachariæ, que es un maestro tan bueno como Toullier. Hay más. El mismo Marcadé confiesa que la interpretación de Toullier está fundada en la letra de la ley, y esto es completamente claro. Transcribamos otra vez el texto: "Sólo será admisible para combatir este matrimonio el cónyuge

1 Demante, en la *Enciclopedia de derecho de Sebire y Carteret*, en la palabra *Ausente*, núm. 134.

ausente de aquel que ha contraído nueva unión." Ciertamente si la cuestión debe ser decidida por el texto ya no hay cuestión. El Código supone que el ausente regresa ó da noticia de su persona; ya no hay incertidumbre, la bigamia es patente, y por eso el Código permite pedir la nulidad del matrimonio, pero ¿á quién? *Sólo al ausente.* Eso es tan claro, tan evidente, que se pregunta cómo es posible escapar á la letra de la ley. Se invoca la discusión habida en el Consejo de Estado. Vamos á relatarla.

El proyecto presentado en la sesión de 4 Primario, año X, contenía dos disposiciones; decía una: "La ausencia de uno de los cónyuges, por larga que sea, no será bastante para autorizar al otro á contraer nuevo matrimonio; esto no podrá admitirse sino con la prueba positiva de la defunción del otro consorte." Luego venía un art. 27 concebido así: "Si, no obstante, sucediere que se hubiera contraído nuevo matrimonio no podrá ser disuelto bajo el único pretexto de la incertidumbre de la vida ó de la muerte del ausente en tanto que éste no se presente ó reclame por un competente poder especial." Así el proyecto decía claramente que el matrimonio contraído por el cónyuge presente era inatacable mientras el ausente mismo no pidiera la nulidad. La letra del proyecto decía, pues, lo que dice la letra del Código. ¿Por qué se substituyó la redacción primitiva por la actual? ¿Quizá porque el Consejo de Estado quería dar á cualquiera parte interesada el derecho de pedir la nulidad? Hé ahí lo que debería demostrar la discusión para que se pudiese invocar contra la letra del art. 139 que dice lo contrario. ¿Qué pasó? Béranger dice "que los artículos 26 y 27 parecían contrariarse, que el primero decidía que la ausencia de uno de los cónyuges no autorizaba, en ningún caso, al otro á contraer nuevo matrimonio, mientras que el art. 27 suponía que tal matrimonio podía ser contraído." Se ve en qué descansa la objeción y por

ende la discusión: en una contradicción aparente entre dos artículos. Tronchet contestó, con justicia, que no había contradicción; que el proyecto no hacía más que reproducir la máxima formulada por Gilbert des Voisins. Thibaudeau insistió sobre la crítica y agregó que había algo de inconveniente en cuanto á que la ley parecía admitir la posibilidad de semejantes matrimonios. Hasta aquí ni una palabra sobre nuestra cuestión: no se ha tratado siempre más que de hacer desaparecer una pretendida contradicción que existía á lo más en los términos. Cambacérès propuso suprimir el artículo 26 y agregar esta disposición al artículo 27: "Sin embargo, si el cónyuge ausente se presenta se declarará nulo el matrimonio." ¿Entendía Cambacérès resolver la cuestión de saber por quién sería pedida la nulidad? Absolutamente, porque esta cuestión no había sido suscitada, y en realidad la redacción propuesta por Cambacérès no decidía la dificultad. Todo lo que él quería era redactar más claramente el artículo del proyecto; ahora bien, el proyecto consagraba expresamente el principio de que nadie podía combatir el matrimonio, con excepción del ausente. Thibaudeau, relator de la Sección de Legislación, declaró que redactaría un artículo en el sentido de que *sólo el cónyuge ausente podría combatir el matrimonio de su consorte.* Después de esto quedó cerrada la discusión. El expediente dice que fué adoptada la proposición del Cónsul Cambacérès. (1)

Hé ahí, se dice, la discusión que debe probar que cualquiera parte interesada puede solicitar la nulidad del matrimonio contraído por el cónyuge presente. ¡Y ni siquiera se ha dicho una palabra acerca de esta cuestión! ¡Y la redacción propuesta por Cambacérès dejaba indecisa la cuestión! ¡Y Thibaudeau, relator, resumiendo el debate, formu-

1 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 240, núms. 43 y 44.

laba el voto del Consejo en los términos que reproduce el texto actual! Dícese que el Consejo adoptó la proposición de Cambacérès. Sí, pero tal como acababa de ser interpretada por Thibaudeau. De consiguiente, el principio del proyecto, principio que no había sido combatido por nadie, es el que pasó en el Código. ¿Se quiere una nueva prueba de ello? Bigot-Prémeneu asistió á la discusión; designado por el Primer Cónsul para exponer los motivos del título *De la Ausencia* nos dirá en qué sentido se debe interpretar: "Se ha querido, dice, en la ley propuesta que el matrimonio contraído durante la ausencia no pueda ser combatido *más que por el cónyuge mismo á su regreso, ó por el que estuviere encargado de su poder.*" (1)

¿Qué significa el artículo 139 si no tiene el sentido que presenta la letra de la ley? Escuchemos á Marcadé: "El artículo 139, dice, no tiene por objeto decidir *por quién* podrá ser combatido el matrimonio del cónyuge presente sino cuándo podrá serlo. En consecuencia, la ley quiere decir: El matrimonio contraído por el cónyuge de un ausente no podrá ser combatido sino cuando el ausente estuviere de regreso ó cuando hubiere dado pruebas de su existencia." Nosotros preguntaremos á Marcadé quién le ha enseñado que tal era la voluntad del legislador. No es ciertamente el texto, porque el texto dice precisamente lo contrario; no dice *cuándo*, dice *por quién* podrá ser combatido el matrimonio. ¿Será que la discusión del Consejo de Estado, será que el discurso del Orador del Gobierno nos hacen conocer por ventura que los autores del Código han querido otra cosa distinta de la que han dicho? En la discusión no se ha tratado ni del *cuándo* ni del *por quién*; y Bigot-Prémeneu no se ocupa más que de los que podrán combatir el matrimonio. La interpretación de Mar-

1 Exposición de los Motivos, núm. 32 (Loché, t. II, p. 259).

cadé es, por lo mismo, completamente imaginaria. Bastaría para condenar la opinión general, porque prueba que es necesario alterar los trabajos preparatorios, tanto como el texto, para encontrar otro sentido que el de la letra de ley. Lo cual quiere decir que se hace de nuevo la ley que se corrige; ¿es esta la misión del intérprete? ¿Se pregona el escándalo! ¡Hay bigamia, crimen, escándalo, y de la inacción del cónyuge ausente que regresare dependería perpetuar ese escándalo! ¿Y cuál será el estado de los hijos que nazcan del segundo matrimonio? ¿Subsistiendo el primero tendrán dos padres ó dos madres! Podríamos dispensarnos de contestar á esta objeción, se dirige al legislador. No se trata de saber si la disposición del artículo 139 sanciona un escándalo; la cuestión que debatimos consiste en determinar el sentido de la ley. ¿Puede dársele otro sentido que el que resulta juntamente del texto y de la discusión? Tal es la única cuestión que tiene que examinar el intérprete. ¿Es cierto, sin embargo, que la ley, interpretada en su sentido literal, es injustificable? Pongámonos en la realidad de las cosas. El nuevo matrimonio se contrae durante la ausencia del cónyuge. Para que el oficial del estado civil haya consentido en celebrar esta unión debe suponerse que el ausente está considerado como muerto, hasta el punto de que se ha olvidado si ha existido. Sin embargo, vive y regresa. Pero regresa sin ser conocido de nadie en el lugar en donde ha contraído matrimonio su consorte. De consiguiente, no hay ningún escándalo. Se decide á guardar silencio para no turbar la nueva unión de su cónyuge. No obrando él nadie sabrá que hubo un primer matrimonio. ¿Dónde está, pues, el escándalo? El escándalo estaría en una acción de nulidad que quisieran intentar los parientes colaterales cuando el principal interesado cree deber guardar silencio. En consecuencia, para evitar el escándalo es por lo que la ley se refiere al

ausente. Sólo éste puede apreciar la conducta de su consorte. Si realmente es escandalosa procederá; si no lo es no promoverá el escándalo. ¿Dónde está entonces la inmoralidad de la ley? (1)

251. El art. 139 ha dado lugar además á otras controversias. Si no regresa el ausente puede, no obstante, pedir la nulidad del matrimonio por su *apoderado competente*. ¿Se necesita un poder especial ó bastará un mandato general? No comprendemos que la cuestión sea establecida, y menos aún que haya tanta incertidumbre en la solución que le dan los autores. ¿Cuál es el principio de que parte la ley? Sólo el ausente es admisible para combatir el matrimonio de su cónyuge; es necesario, en consecuencia, que la demanda proceda de él. Sentado esto si no intenta la acción él mismo debe dar poder para hacerlo en su nombre; lo que implica la necesidad de un poder especial. Se ha llegado hasta á sostener que bastaría un mandato general dejado por el ausente antes de su partida. Podría, pues, ser combatido y anulado el matrimonio, aun sin que el ausente supiera que había tal matrimonio, cuando la ley exige que sólo él lo combata si lo estima conveniente. (2)

El artículo 139 agrega que el *apoderado del ausente* debe estar provisto de la prueba de su existencia. Si se necesita un poder especial, se dice, ¿para qué el certificado de vida? Es indudable que un poder auténtico prueba que en el momento en que se ha dado vive el ausente. Pero la acción puede ser intentada después de un plazo más ó menos largo desde la fecha que lleve el mandato. Entonces el poder, aunque sea auténtico, no es bastante.

1 La opinión general es contraria (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 532).

2 Véase, acerca de las diversas opiniones, á Demolombe, t. II. pá. gina 344, núm. 263.

Siempre sería insuficiente si estuviere dado por acta bajo simple firma, porque semejante documento no hace fe de su fecha. Es necesaria, de consiguiente, la prueba de que el ausente vive en el momento en que se intenta la acción. (1)

SECCION II.—De los derechos eventuales que pueden competir al ausente.

252. El art. 135 establece como principio general: «Cualquiera que reclamare un derecho perteneciente á un individuo cuya existencia no estuviere reconocida deberá probar que dicho individuo existía cuando el derecho ha comenzado; hasta esta prueba será declarado no admisible en su demanda.» Eso supone que el derecho llega á comenzar después de la desaparición de aquel que podría reclamarlo si vivía en el momento en que el derecho comienza; si en ese momento está ausente en el sentido legal de la palabra es claro que no puede reclamarlo personalmente; tampoco podrían hacerlo su *apoderado* ó sus acreedores, porque el que intenta una demanda judicial debe probar el fundamento de su demanda; ¿y cuál es, en este asunto, el fundamento de la demanda? La existencia de aquel en cuyo beneficio se pretende que comienza un derecho, porque si ya no vive su derecho ha caducado y ya no existe. Ahora bien, cuando está ausente el interesado hay incertidumbre sobre su vida y sobre su muerte; es, pues, imposible probar su existencia; de consiguiente, no se puede reclamar un derecho en su nombre; los que lo intentaran deberían ser declarados no admisibles. Esto es lo que el Código llama *derechos eventuales que pueden competir al ausente*.

1 Todavía hay diversas interpretaciones (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 533).