

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 objeción importante contra estas soluciones. Esto, se dirá, es llegar á la nulidad de pleno derecho cuando no existe semejante nulidad. El matrimonio ha sido contraído ante un sacerdote. ¿Es simplemente nulo ó inexistente? La cuestión está en debate. En espera de que se decida ¿no debe decirse que hay una apariencia de matrimonio; que este matrimonio aparente no es nulo de pleno derecho; que, por tanto, existe un domicilio marital y hay emancipación é incapacidad de la mujer? ¿Decir que no hay nada de esto no es presuponer la decisión del juez? Hay en esto una verdadera dificultad que el legislador habría debido decidir. ¿En el silencio de la ley qué debe hacer el intérprete? Creemos que debe atenerse al principio formulado en el art. 1131: una acta inexistente no puede producir ningún efecto.

447. Por la misma razón decidiremos que si ha habido cópula y si han nacido hijos del comercio de los dos pretendidos cónyuges éstos hijos no tendrán estado y su filiación no será comprobada legalmente. Esto no admite duda alguna cuando la celebración 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 filiación: el acta que prueba el matrimonio. Pero la cuestión se vuelve dudosa si ha habido una celebración 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 unión y se levanta el acta de nacimiento. ¿Podrá el hijo invocar esas actas para probar su filiación? 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 inconsecuentes 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.

§ I.—VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

448. Cuando falta el consentimiento, dice el artículo 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. Según el artículo 180 el ma-

trrimonio 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?

Portalís 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 razón 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 prevalerse de los vicios que al anular el consentimiento anulan también el contrato. Por consiguiente, debe haber otro motivo para ello.

«¿Quién, pregunta Portalís, tendría el derecho de sostener que yo no he sido libre cuando apesar de las apariencias aseguro haberlo sido? ¿En asunto tan personal mi testimonio no sería superior á cualquier otro?» (1) Sí, 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 razón 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 Portalís, Exposición de los motivos, núm. 42 (Loché, t. II, página 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 razón que hay para decidirlo así. Se dice comunmente que la acción es personal por su naturaleza, invocando los motivos que Portalís ha expuesto para justificar el carácter relativo de la nulidad. Esto es confundir dos órdenes de ideas completamente distintos. 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 tenía 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? Cítanse 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. Durantón 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 artículo 180, no excluye á los herederos, porque éstos no proceden en su nombre sino en representación de la persona del difunto. En nuestros textos no hay excepción á este princi-

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

pio. ¿Entonces debe aplicarse la regla? Nó, 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? Nó, 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 antes 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, según la cual las acciones que antes 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 artículo 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 transmita 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 acción, aun cuando sea puramente personal, entra al dominio del demandante, forma parte de sus bienes y debe, por lo mismo, transmitirse á sus herederos. ¿Se aplica, empero, el principio á las acciones esencialmente morales? Nó, estas acciones nunca constituyen bienes, no forman parte del patrimonio; de aquí que no pueden pasar á los herederos.

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

Objétase también el art. 957 que decide que la demanda de revocación de una donación por causa de ingratitud pasa á los herederos del donante cuando haya sido intentada. Esta es una nueva aplicación, se dice, de la regla romana en una acción moral. Nó, la acción 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; también dice la ley que los herederos pueden intentarla cuando muera el donante dentro del año de la comisión del delito. (1)

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

451. La nulidad puede excusarse. Según el art. 181 "no es admisible la demanda sino cuando hubiere habido cohabitación 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 confirmación 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 después confirmarse por razón ó por elección. La ley determina bajo qué condiciones hay confirmación. Se necesita, primero, que los cónyuges cohabiten después de que hayan recobrado su libertad de acción ó hayan reconocido el error; esta cohabitación es la que implica el designio de aprobar el matrimonio; si tuvieran la intención de pedir la nulidad claro es que dejarían de cohabitar; ni siquiera puede suponerse la intención contraria no sólo conforme á los principios de derecho, sino que también sería sumamente inmoral; la cohabitación degeneraría en concubinato si continuara cuando los cónyuges tuvieran la intención de solicitar la nulidad de su matrimonio. ¿Por qué exige la ley que la cohabitación sea continua durante seis meses? El plazo es largo, demasiado largo quizá. Pero en esto había otro escollo, otro peligro. ¿Si fuera más corto el plazo podría decirse con certidumbre que implica aprobación el hecho de la cohabitación? El plazo de seis meses no empieza á correr sino desde el momento en que "el cónyuge ha recobrado su libertad de acción por completo ó ha reconocido su error." Esta condición se deriva de la misma esencia de la confirmación; si se hiciese cuando todavía está el cónyuge bajo el imperio de la violencia ó el error estaría viciado por las mismas causas que vician el matrimonio.

452. La prueba da margen á una dificultad. Supóngase

que el cónyuge violentado o 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 prescripto por la ley para proceder? En principio no, porque la prescripción es una excepción que el demandado opone al demandante; á aquel 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 Durantón cree que el embarazo de la mujer, reunido á otros hechos característicos de aprobación voluntaria, constituirían una inadmisión. (1) Nosotros rechazamos con todas nuestras fuerzas estas transacciones con los hechos. Decídase 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 casos.

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

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

mite la ley la confirmación 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 confirmación es la aplicación de un principio general. Sentado esto ¿qué es la confirmación? Una manifestación 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 razón de esto? ¿Puede haber duda todavía cuando la voluntad es declarada en términos expuestos? Se necesitaría una disposición terminante en la ley para que pudiera admitirse que deroga principios tan elementales. Es verdad que el art. 183 menciona la confirmación 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 razón tienen tan poco valor los argumentos sacados del silencio de la ley. Si nos detenemos un poco en una cuestión 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 confirmación expresa podría 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 confirmación expresa esté viciada se deducirá que el legislador ha debido y querido rechazarla como regla general? ¡Extraña manera de raciocinar es ésta! (1)

1 Marcadé defiende la opinión general contra Demante y Mourlón (t. I, p. 480, art. 182, núm. 2).
P. de D. TOMO II—86

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) Nó, 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, ésta 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 y 363 bis, II.

ción de decidir que debe aplicarse al art. 1304, que dice: «En todos los casos en que la acción de nulidad ó de rescisión no esté limitada á menor tiempo por una ley particular esta acción dura diez años.» ¿No es un contrato el matrimonio? ¿Siéndolo no está regido por esta disposición? Nó, no há lugar á la prescripción de diez años. La razón para decidirlo no es, como se dice, que el art. 1304 no concierne más que á las acciones fundadas en un interés pecuniario; (1) otro tanto podría decirse del art. 2262, y resultaría que sería imprescriptible la acción de nulidad del matrimonio. La verdadera razón para decidir se encuentra en la naturaleza particular de la prescripción de diez años: es una confirmación tácita; pues bien, el Código no admite otra confirmación tácita que la establecida en el art. 181.

Puesto que el art. 1304 está eludido por el art. 181 queda la prescripción 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 apreciación de pruebas, y que el tiempo siempre hace más difícil y más incierta esta apreciación. (2) Citamos este raro razonamiento para poner en guardia á nuestros lectores contra la fraseología jurídica. ¡Precísense bien los hechos y las circunstancias que se tratan de apreciar en la aplicación del art. 1304! Por otra parte, es inaplicable por el solo hecho de que está fundado en una confirmación tácita. (3)

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

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 430, número 218.

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