

tinidad una nulidad facultativa en el sentido de que la abandona á la apreciación del juez. ¿Debe admitirse el mismo principio para la incompetencia? A primera vista la cuestión 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 cuestión de hecho, hay una cuestión 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 artículo 193 da al juez el mismo poder para la incompetencia que para la falta de publicidad. Efectivamente, habla de contravenciones á las reglas prescriptas en el art. 165; ahora bien, este artículo establece dos reglas: la celebración 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 apreciación 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 observación 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 apreciación. 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 celebración 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, había en el acto de la celebración fuera de la municipalidad una intención de clandestinidad

podría anularlo. En el caso de incompetencia personal hay una razón más para dar al juez un poder de apreciación. La doctrina está de continuo dividida en la cuestión 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? NÓ, en verdad. Empero si las partes no tenían ningún 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 habría nulidad absoluta; el oficial civil no sería más que un simple particular y, por tanto, no tendría calidad alguna para celebrar el matrimonio. (2) Nos sorprende esta decisión. Merlin enseña que la incompetencia territorial no es una causa de nulidad; de consiguiente, en realidad no hay más que una sola incompetencia en razón de las personas; ahora bien, esta causa de nulidad está abandonada á la apreciación del juez por el art. 193. Aun cuando hubiera un doble vicio en razón de la incompetencia personal y territorial del oficial público se necesitaría admitir también, en derecho, el poder discrecional del juez, porque el art. 193 no distingue.

§ V.—¿HAY OTRAS CAUSAS DE NULIDAD?

484. Si se admite el principio establecido por la Corte de Casación la cuestión no puede ni siquiera ser planteada. No hay más nulidades que las establecidas en el capítulo IV de nuestro título; de consiguiente, no podría haber

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

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, pfo. II, art. 193, 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 después de diez meses* cumplidos desde la disolución del matrimonio precedente. ¿Si el matrimonio se hubiera celebrado apesar de esta prohibición podría ser anulado? La negativa está admitida por todos, aun por los que rechazan el principio de la Corte de Casación. (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 dirimientes? La opinión común es que no son más que prohibitivos. Según el principio de la Corte de Casación 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 sanción de esta prohibición tan terminante el legislador habría 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. 260 bis, IV. Valette sobre Proudhón, t. I, p. 405.

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

todos estos puntos nos parece imposible admitir la acción de nulidad. En vano se dice que el art. 298 puesto en el título *Del Divorcio* no puede ser regido por el capítulo IV del título *Del Matrimonio*. (1) De antemano hemos contestado á la objeción. Si el legislador hubiera querido admitir nulidades no prescriptas en el capítulo IV habría debido organizarlas, como lo ha hecho para las nulidades que establece ese capítulo. Lo habría hecho si su intención 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 adopción (art. 348). Sin embargo, en esto hay una razón para dudar. El art. 348, puede decirse, no hace más que aplicar al parentesco adoptivo las prohibiciones establecidas en los arts. 161, 162 y 163 para el parentesco natural; de aquí 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 adopción es un parentesco ficticio; ahora bien, ¿corresponde al intérprete aplicar á la ficción lo que la ley dice de la realidad? Nó, porque eso sería extender nulidades; y eso no se puede, sobre todo en materia de matrimonio. Es indudable que hay analogía 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. También hay motivos de orden público que se oponen á la anulación de los

1 Valette sobre Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 407, nota b.

2 Fallo del Tribunal de Amberes de 29 de Abril de 1864 (Daloz, *Recopilación*, 1864, 3, 45).

matrimonios. Toca al legislador decidir cuáles son los motivos que deben destruirla. 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 incontestable, 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 nuestra. La voluntad manifestada en el mandato subsiste todo el tiempo que no lo haya revocado el mandante; por el solo 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 prescriptas 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.

Habría más que nulidad, habría 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 habría consentimiento, y sin consentimiento no hay matrimonio. Es inútil decir que en el caso no se podría aplicar el artículo 2005, según 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^o de Abril de 1849 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1849, 2, 80).

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

486. Marcadé ha ideado una nueva causa de nulidad. Supone que una joven ligada á la religión católica acepta la mano de un joven que hace profesión de la misma fe. Después de la celebración civil del matrimonio niégase el marido á hacer bendecir su unión 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 creído y querido casarse con un hombre que cuando menos tuviera algunos sentimientos religiosos, mientras 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 cuestión es una cuestión de derecho. Para no encontrar demasiado absurda la cuestión se necesita recordar la doctrina enseñada por Marcadé sobre el sentido del art. 180. Según 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 aplicación que hace Marcadé de su principio no es propia para recomendarla. ¡Habría error en la persona si en vez de un católico se casara un libre pensador! Decididamente esto no es formal.

La cuestión se ha presentado ante la Corte de Montpellier. Un matrimonio celebrado en 1815 no había sido seguido de la solemnidad religiosa; la mujer se negó á cohabitar con su marido. En 1846 la mujer demandó una pensión alimenticia. El marido contestó que se hallaba dispues-

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

to á recibir á su esposa en su casa y que, en consecuencia, no había lugar á pagarle una pensión. Eso suponía la validez del matrimonio. La Corte acogió esta defensa y decidió que la negativa del marido de celebrar el matrimonio religioso sería *tal vez á lo sumo* una injuria grave que podría autorizar una demanda de separación de cuerpos. Por consiguiente, la Corte rechazó implícitamente la singular teoría de Marcadé. (1)

La misma cuestión fué agitada ante la Corte de Lyon; ésta decidió en términos expresos que la circunstancia de que los cónyuges no hubieran recibido la bendición nupcial no puede autorizar la anulación de un matrimonio contraído con regularidad. (2)

§ VI -- DE LA ACCION DE NULIDAD.

487. ¿Quién puede intentar la acción de nulidad cuando es absoluta? "Todo matrimonio, contesta el art. 184, contraído en contravención 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 art. 191 reproduce el mismo principio para el caso de clandestinidad: "Todo matrimonio que no haya sido contraído 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 línea á los cónyuges, sin distinguir al esposo que cometió la falta del que es inocente y de buena fe. Ya hemos dado la razón de ello. La

1 Sentencia de 4 de Mayo de 1847 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1847, 2, 83).

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

sociedad está interesada en que sean anulados los matrimonios contraídos con menosprecio del orden público. Sentado 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 menos 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 apesar 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 menos, 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 fe. 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 también 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 de 4 Vendimiaro, año X, número 43 (Loché, t. II, p. 332).