

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).

cione expresamente. La ley los comprende en esta expresión general: «Todos los que tienen interés en ello.» Así resulta de la evidencia del art. 186. Esta disposición 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 acción en regla general, no negándoselas la ley más que por excepción cuando ellos mismos han violado sus prohibiciones. (1) Empero como los ascendientes no tienen la acción 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 cuestión es debatida, pero, por cierto, no há lugar á controversia; el art. 187 la decide implícitamente en favor de los ascendientes; dice así: «En todos los casos en que, conforme al art. 184, pueda ser intentada la acción 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 excepción 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 acción; 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 también la opinión común (Zachariae, t. III, p. 253, nota 15, pfo. 461). Apenas 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 ejercitarla 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 y 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 descuidado se necesita que puedan obrar el abuelo y aun la madre. (2)

1 Esta es también la opinión común, salvo el disentimiento de Toullier y de Durantón (Zachariae, t. III, p. 253, nota 18). Consúltense la sentencia de la Corte de Casación de 15 de Noviembre de 1848 (Daloz, *Recopilación*, 1848, 1, 247).

2 Es la opinión de Zachariae, t. III, p. 235, nota 25, pfo. 461, seguida por Marcadé, t. I, p. 489.

La opinión común exige que los ascendientes ejerciten su derecho gradualmente. (1) Sería 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 y 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. Nó, 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 el 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

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

lo demuestra para el consejo de familia como para los ascendientes es el art. 186, según el cual la *familia* está declarada no admisible, así como los ascendientes, cuando han 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 debería 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. Podría 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 buscaría una razón 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 conclusión de que hay un vacío en la ley y no creemos que corresponda al intérprete llenarlo. (1)

492. Los colaterales están comprendidos en la expresión: "los que tienen interés en ello" (art. 184); pero según el art. 187 este interés debe ser de actualidad. También se hallan comprendidos en el art. 191, que reproduce la misma expresión. Por consiguiente, hay una notable diferen-

1 Consúltese á Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 490, núm. 304.

cia entre los ascendientes y los colaterales. Los primeros pueden promover aun cuando no tengan ningún interés pecuniario, mientras que los colaterales serían declarados no admisibles si carecieran de interés de actualidad. Portalis explica la razón de esta diferencia. «En tesis, dice, los colaterales ó herederos codiciosos son oídos poco favorablemente. No tienen en su favor ni la preocupación de la naturaleza ni la autoridad de la ley. La esperanza de acrecentar su fortuna es el único móvil que los guía. 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 sucesión por hijos legítimos ó si están obligados á disputar el estado de esos hijos y á tomar su parte en aquella sucesión. Fuera de esto no tiene acción.»

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 superstite de los cónyuges*? Nó, los términos del art. 187 no son restrictivos, porque no hay razón alguna para que lo sean. Preveen 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 acción. Puede suceder, empero, que los hijos nacidos del matrimonio nulo sean llamados á una sucesión 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 Proudhón, 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 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 tie-

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 440, seguido por Demolombe, t. III, p. 495, núm. 307.

nen interés en ello?" Nos parece que el texto decide la cuestión, 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 había de hacerse una excepción de ellos? ¿La razón porque la ley da á la acción exige que se limite á los parientes? Nó; 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, dicese, 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 segrega 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 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 514).

añirma, pero no aprueba. ¿De que el art. 187 no hable más que de los parientes colaterales y de los hijos se puede deducir que sólo 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 razón 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 contraído 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. (2)

1 Sentencia de la Corte de Metz de 7 de Febrero de 1854 (Dalloz, *Récompilation*, 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 ella 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 lo 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 sería esto producir el escándalo cuando su misión es hacerlo cesar? Es indudable que en ello hay un delito, pero también 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 según las circunstancias. (1)

Esta opinión 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 contraído 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

1 Esta es la opinión de Zachariae, t. III, pfo. 461, p. 254, nota 21.

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

unión; el cónyuge culpable deja de vivir en el adulterio y 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 inadmisión contra la acción pública. Sólo el legislador tiene ese derecho; la ley no dice que el Ministerio Público sea inadmisibile al terminar 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. 2.º), 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, según 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, pfo. III, núm. 3.

Sin embargo, dos cortes de apelación 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 cortes de Bruselas y Pau. Conviene en que en los dos litigios había una conveniencia fraudulenta que tendía á disolver un matrimonio válido en realidad. Confiesa que fallar en otro sentido habría sido un escándalo desconsolador. ¿Pero de quién habría sido la culpa? De la imperfección 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 orden 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 orden público: «El Ministerio Público vigila la ejecución de las leyes, de las sentencias y de los fallos; *promueve de oficio esta ejecución en las disposiciones que interesan al orden público.*» Merlin sostiene que en virtud de esta disposición el Ministerio Público puede intentar la acción de validez de un matrimonio declarado nulo cuantas veces esté interesado en ello el orden 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 acción del Ministerio Público. La ley de 1790 le abría la vía *de acción* para hacer ejecutar *de oficio* las dis-

posiciones de los *fallos* que interesan al *orden público*. La ley de 1810 agrega la palabra *leyes*; por consiguiente, extiende á la ejecución de las *leyes*, en tanto que interesan al orden público, el derecho de proceder de oficio en lo civil que la ley de 1790 restringía á los *fallos*. Esta extensión no se limita á los casos particulares que estarían determinados en la ley; es general, absoluta; así, pues, desde que una ley interesa al orden público el Procurador Imperial puede proceder de oficio. Ahora bien, ¿qué cosa interesa más al orden público que la conservación de un matrimonio contraído 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 colisión 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 impresión penosa; ese autor las combate con un calor que no emplea de ordinario cuando le acontece criticar la doctrina de la Corte de Casación. Hase renovado la controversia acerca del sentido de la ley de 1810, y está pendiente de continuo; ya hemos vuelto á encontrar la cuestión en dos ocasiones (núms. 32 y 387). En principio participamos de la opinión de Merlin. Vamos á resumir los motivos en que la apoya. Apóyala, ante todo, en el texto del artículo 46; la innovación 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 Casación 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 y en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 521.

cio en materia civil sino en los casos especificados en la ley; esta es disposición expresa del art. 46, párrafo primero. Si el segundo agrega que promueve de oficio la ejecución de las leyes en las disposiciones que interesan al orden público debe interpretarse esta disposición en el sentido de la regla; es decir, que tiene el derecho de proceder de oficio cuando está interesado el orden público, pero únicamente en los casos especificados en la ley. Pues bien, si tal es el sentido de la segunda disposición del art. 46 desaparece la innovación, 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 orden 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 innovación 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 orden público y sin que esos casos deban estar especificados en la ley. ¿No es flagrante la contradicción? 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 excepción 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 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1852, 2, 113).

do la acción del Ministerio Público en una materia que interesa al orden público esta ley especial es la que debe aplicarse y no la ley general de 1810? Esta es nuestra opinión. Así lo hemos decidido por lo que respeta al derecho de oposición (núm. 387). Igual motivo hay para decidirlo en el caso que es objeto del debate. La acción que nace de la nulidad de un matrimonio está regida por principios especiales. ¿Encierran estas disposiciones especiales dentro de límites demasiado estrechos la acción del Ministerio Público? Puede sostenerse así. Entonces debe modificarse el Código Civil. Tal sería nuestro parecer respecto de la acción de validez del matrimonio. Tiene razón Merlín en decir que el orden 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 razón para decidir que no se excusan los vicios de bigamia, incesto y clandestinidad? Es cierto que no puede quitarles la confirmación; ya hemos hecho la observación á este respecto (núm. 434). También está admitido que la acción de nulidad que nace de estos vicios es imprescriptible. Aquí nace, sin embargo, una duda. Mientras subsiste el vicio no puede tratarse de prescripción. Así es que mientras dure un matrimonio inficionado de bigamia ó incesto subsiste también la acción 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 prescripción. Esa es la opinión de Merlín. (1) Nos queda un escrúpulo. 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 después de la muerte de los cónyuges no es porque ya no haya nulidad sino porque no hay escándalo. Subsiste la acción, 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 acción de nulidad, lo cual acontece cuando ha prescrito su interés; habiendo extinguido el derecho ya no tiene calidad para intentar la acción. En este sentido la prescripción les impedirá pedir la nulidad del matrimonio. Resulta siempre que no es esta acción la que prescribe, el derecho es el que da la calidad para promover la nulidad. Si este derecho fuera conservado con interrupciones la acción de nulidad permanecería abierta aun cuando transcurrieran más de treinta años desde la disolución del matrimonio.

500. Pregúntase si se excusan con la posesión de estado las nulidades absolutas. Admítelo la jurisprudencia respecto del vicio de clandestinidad. Como la cuestión se presenta particularmente en lo relativo á los matrimonios contraídos en el extranjero la examinaremos más adelante. Quedan la bigamia y el incesto. En materia de incesto no puede ser motivo de posesión de estado, toda vez que ésta sería la posesión de estado de la infamia. ¿Qué debe, empero, decidirse si los cónyuges obtienen una dispensa? Ya

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, pfo. II, art. 184, 5.ª cuestión.

hemos contestado la pregunta (núm. 474). La dispensa no destruye el vicio; sentado esto no puede tratarse de posesión de estado. Respecto de la bigamia habría lugar á creerse que la posesión 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 menos en el sentido de que á contar de ese momento pudiendo casarse los cónyuges su unión toma los caracteres de la legitimidad, y que, por ende, esta posesión de estado excusa la nulidad? Es indudable, así habría podido decidirlo la ley; pero ¿lo ha hecho? Nó; y en el silencio de la ley ¿puede admitirse que se excuse la nulidad? Nó, eso equivaldría á redactar la ley. Efectivamente, sería necesario determinar las condiciones requeridas para que la nulidad quedara cubierta: no corresponde al intérprete señalar condiciones que extinguen una acción; sólo el legislador tiene ese derecho.

Recordemos que estos principios reciben una excepción 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 cuestión.

#### SECCION IV.—Efectos de la anulación.

##### § I.—DEL MATRIMONIO PUTATIVO.

501. Aplícanse 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 aplicación al matrimonio; al decir que el matrimonio anulado produce, no obstante, los efectos civiles cuando ha sido contraído de buena fe la ley dice implícitamente que si los cónyuges son de mala fe 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 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 fe, ya sea por ambos cónyuges, ya por uno de ellos, y que en razón de esta buena fe 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 [Loché, t. I, p. 172, núm. 62].