

derecho á los hijos y á los sobrinos. Hay, por otra parte, una razon para esa negativa. La deferencia y el respeto que los hijos deben tener hácia los autores de sus dias no permiten que ejerzan el derecho de oposicion. Respecto de los sobrinos, si la ley no les da un derecho que concede á colaterales más lejanos, los primos, es porque siempre se ha considerado que los tios ocupan el lugar de los padres para con sus sobrinos. Basta esta imágen de la paternidad para que se niegue á los sobrinos un derecho que la ley no ha querido conceder á los hijos. Huelga decir que con mayor razon carecen del derecho de oponerse los demás colaterales que están enumerados en el art. 174.

384. Esta opinion está admitida por todos. El art. 490 da lugar, sin embargo, á una séria objecion. Autoriza á cualquier pariente á promover la incapacidad de su pariente. Se pregunta si esta disposicion no deroga el artículo 174. A primera vista, parece evidente la contradiccion de las dos disposiciones. Los hijos y sobrinos no pueden oponerse á la celebracion del matrimonio, ni aun por causa de demencia, ni aun promoviendo la incapacidad de su padre ó de su tio: se los veda el respeto filial. Y hé ahí al art. 490 que, á pesar de ese respeto, permite á los hijos pedir la incapacidad de su padre y da el mismo derecho á los sobrinos. Si pueden promover la incapacidad de su padre ó de su tio por causa de demencia, ¿no se debe, por vía de consecuencia, concederles el derecho de oponerse al matrimonio, por igual causa, promoviendo la incapacidad?

Así se ha sostenido ante los tribunales, pero es inadmisibile. No puede admitirse que un artículo del código derogue otro artículo. De consiguiente, debe decirse que el derecho de promover la incapacidad no da el derecho de oponerse á la celebracion del matrimonio. Hay efectiva-

mente una razon para la diferencia. La incapacidad tiene por objeto proteger los intereses pecuniarios del que se halla en estado de demencia y de su familia. Esto supuesto, la accion debe corresponder á cualquier pariente. No sucede lo mismo con la oposicion al matrimonio; esta no se halla fundada en un interés pecuniario, sino en un interés moral; ahora bien, ¿conviene que los hijos lleguen á dar una leccion de moral á su padre ó los sobrinos á su tio? ó hablando en lenguaje jurídico, ¿es conveniente que los hijos y los sobrinos pretexten un interés moral, cuando en realidad obran por interés pecuniario? El respeto filial se los prohíbe. Hay además otra diferencia entre la incapacidad y la oposicion al matrimonio. La incapacidad se declara, aun cuando haya intervalos lúcidos, mientras que el enajenado puede casarse si tiene un intervalo de lucidez. En consecuencia, nunca es concluyente la oposicion que se funda en la demencia. ¿Es conveniente que los hijos se opongan al matrimonio de su padre si éste tiene intervalos lúcidos? Otra vez más se los prohíbe el respeto filial (1).

Lo que acabamos de decir no responde todavía á la dificultad que presenta la combinacion de los arts. 174 y 490. El hijo no puede oponerse al matrimonio de su padre. Está bien, no lo hará, pero puede promover la incapacidad de su padre, y lo hace. Despues de haberse instaurado la demanda, el padre hace las publicaciones del matrimonio; el hijo no puede oponerse á este, y nadie presenta oposicion. ¿Deberá celebrarse el matrimonio, á pesar del juicio de incapacidad, y á pesar de la prueba adquirida de que el padre está enajenado realmente? M. Demolombe pretende que en ese caso el hijo podrá oponerse á la celebracion del

1 Esta es la opinion general (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, número 275).

matrimonio, á título de medida conservatoria (1). Esto parece racional, porque ¿de qué serviría la incapacidad, si el padre se casara haciendo locas liberaciones en su contrato de matrimonio? Sin embargo, nos parece inadmisibile. La oposicion no corresponde más que á las personas á quienes la ley concede ese derecho. Hé ahí un principio absoluto: los hijos no pueden obtener indirectamente un derecho que la ley les niega, promoviendo la incapacidad: esto seria darles un medio de eludir la ley. Todo lo que pueden hacer los hijos es denunciar el juicio de incapacidad al oficial del estado civil, y, en caso necesario, al ministerio público. El oficial del estado civil no puede celebrar el matrimonio de una persona incapaz de consentir; si ese es el estado del padre, el oficial público debe negar su ministerio. En la opinion que permite oponerse al procurador imperial, la denuncia que se le haga podrá hacer que se suspenda el matrimonio. Se presenta otra dificultad. Los hijos comienzan por oponerse á la celebracion del matrimonio; luego, previendo que no se recibirá su oposicion, promueven la incapacidad. ¿Deberá recibir el tribunal esta demanda? La corte de Bruselas ha decidido que no es admisible: seria tanto, dice la sentencia, como permitir que se eludiera el art. 174, permitiendo no sólo á los hijos, sino á todos los parientes colaterales, que hicieran de una manera indirecta lo que la ley les prohíbe hacer directamente. Merlin aprueba esta decision; ve en el art. 174 un motivo insuperable para no admitir (2). Pero interpretando así el art. 174 se anula el 490. Es forzoso conciliar las dos disposiciones, y la conciliacion se hace por sí misma, si se admite, como acabamos de decir, que la demanda de incapacidad intentada por los hijos, y con más razon por los parientes cola-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, ps. 239 y siguientes, núm. 145.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposicion*, núm. 4.

terales, no les dé el derecho de oponerse. La corte de Bruselas y Merlin suponen que la demanda de incapacidad equivale á la oposicion. No es así; esa demanda no hace más que despertar la atencion del oficial del estado civil y del ministerio público. Y nada más legitimo.

NUM. 4. DEL TUTOR Y DEL CURADOR.

385. El art. 175 dice: «En los dos casos previstos en el artículo que precede, el tutor ó curador no podrá oponerse, mientras dure la tutela ó curatela, á no ser con la autorizacion de un consejo de familia, que podrá convocar.» ¿En el matrimonio de quién se aplica esta disposicion? El tutor ó curador es el que puede oponerse. Segun el código de Napoleon, los menores se hallan bajo tutela ó curatela, segun estén ó no emancipados. Tambien están bajo tutela los mayores ó menores incapacitados. No hay dificultad en asegurar que el art. 175 debe recibir su aplicacion respecto de los menores, emancipados ó no, para el primero de los dos casos previstos en el art. 174, es decir, cuando el menor quiera casarse sin haber obtenido el consentimiento del consejo de familia. Hay entónces un obstáculo legal para el matrimonio, y es natural que el tutor ó el curador del menor impidan á éste que contraiga un matrimonio que entraña nulidad. Tambien es bastante lógico que la ley haga intervenir al consejo de familia, porque éste y no el tutor está llamado á dar el consentimiento para el matrimonio, é igualmente el consejo, y no el tutor, tiene el derecho de pedir la nulidad. Lo que decimos respecto del tutor, se aplica con más fundamento al curador del menor emancipado.

Falta el segundo caso previsto en el art. 174, la demencia. Segun el texto del art. 175, el tutor y el curador pue-

den oponerse á la celebracion del matrimonio si el menor se halla en estado de demencia. Esto es difícil de comprender. Se trata de un menor que no puede casarse sino con el consentimiento del consejo de familia. Si ese menor se halla en estado de demencia, es evidente que el consejo de familia no consentirá en su matrimonio, y si no consiente, podrá oponerse el tutor de por sí: ¿de qué sirve, en ese caso, fundarse en la demencia, lo cual necesitaria una demanda de incapacidad, cuando el tutor ó el curador pueden invocar la falta de consentimiento, que es un medio concluyente y bastante sencillo? Si por acaso el consejo de familia hubiera consentido en el matrimonio, aunque el menor estuviese demente, lo que por cierto acaecerá rara vez, puede en este caso revocar el consentimiento, y tambien será inútil oponerse por causa de demencia. En definitiva, si el futuro cónyuge es menor, no se concibe la aplicación de los arts. 174 y 175, en caso de demencia.

386. Todos están de acuerdo en este punto (1). Se ha apurado el ingenio buscando hipótesis extraordinarias por las que podría aplicarse, en caso de demencia, el art. 175. Confesamos que no son de nuestro agrado esos esfuerzos, que hacen degenerar en escolástica la ciencia del derecho. Atengámonos á la realidad de las cosas, en la que sólo ha pensado el legislador, y convengamos en que si es menor el futuro cónyuge, permanecen sin aplicación nuestros textos en lo que corresponde á la demencia. Veamos si pueden aplicarse al mayor incapacitado. En rigor, los textos reciben esta interpretación. Supongamos un mayor incapacitado por causa de demencia. ¿No podrían los parientes colaterales oponerse á su matrimonio en virtud del art. 174? Se ha dicho que no, porque este artículo supone

1 Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 422, nota a. Duranton, t. II, núm. 199, p. 147.

evidentemente que no está incapacitado el futuro cónyuge, puesto que obliga á los oponentes á promover la incapacidad. No carece de réplica el argumento. ¿En qué se funda la oposicion en el segundo caso que prevé el artículo 174? En la demencia. En cuanto á la demanda de incapacidad que prescribe la ley, no es más que un medio de asegurarse de que la oposicion es seria y que la locura es real. Ahora bien, si ya está declarada la incapacidad, hay una prueba legal de la demencia, un fallo. ¿Se negará á los parientes colaterales el derecho de oposicion por causa de demencia, cuando esta se halla probada judicialmente, siendo así que se les concede ese derecho cuando no tienen ninguna prueba legal, y ellos deben ministrarla? Eso seria absurdo. De consiguiente, debe decirse que los colaterales pueden oponerse, si está incapacitado el futuro cónyuge, y por tanto, el tutor tambien podrá hacerlo en virtud del art. 175. Esa es la opinion de Marcadé y de M. Demolombe (1).

Contra esta interpretación del art. 175 se ha hecho una objecion que de pronto parece decisiva. Al discutirse el título del Matrimonio no habia aún *tutela* por causa de demencia, los enajenados estaban bajo *curatela*; el proyecto de código conservaba ese principio. De consiguiente, se dice, al hablar del tutor, los autores del código no podian pensar en los mayores (2). ¿No puede contestarse que el art. 175 nombra tambien el curador y que en la mente del legislador, la curatela comprendia á los enajenados? Hay otra objecion que hacer á la opinion de M. Demolombe. No se ve por qué, si se trata de un mayor incapacitado, hace intervenir el código al consejo de familia. Una de dos, ó el incapacitado es capaz de casarse ó no lo es; si

1 Demolombe, t. III, p. 244, núm. 148. Marcadé, t. I, p. 441, número 2.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 319, nota.

es capaz, puede casarse sin consentimiento alguno: si es incapaz, seguramente el consejo de familia no le dará la capacidad que le falta. Por lo mismo, en ninguna hipótesis puede intervenir el consejo de familia en el matrimonio de un incapacitado; de aquí el que no se vea con qué título puede oponerse á la celebracion.

¿Deberá deducirse de esto que el tutor del incapacitado podrá oponerse á su matrimonio sin autorizacion del consejo de familia? Esa es la opinion de Duranton (1), pero es difícil de admitirse. No hay derecho de oposicion sin texto, y ¿dónde está el texto que permite al tutor de un incapacitado oponerse á su matrimonio? Más aún. En la opinion que hemos sostenido, el incapacitado puede casarse si se halla en un intervalo lúcido. Desde ese momento, ya no há lugar á oponerse á su matrimonio por la única razon de que está incapacitado; la oposicion debe fundarse en que el futuro cónyuge se halla en estado de demencia y en que su enfermedad no tiene intervalos de lucidez. ¿Quién puede hacer esta oposicion? Esa es la única dificultad. Segun las explicaciones en que acabamos de entrar, creemos que el art. 175 no concierne al mayor incapacitado. Lo que nos confirma en esta opinion es que el Tribunado, en la preposicion por que fué agregado al proyecto el art. 175, no habla más que de la demencia y no de la incapacidad. No hay, pues, más texto que el art. 174. Nuestra conclusion forzosa es que los parientes colaterales de un mayor incapacitado sólo pueden oponerse á su matrimonio fundándose en la demencia; pero no será bastante que aleguen el fallo de incapacidad; se necesitará que prueben que el estado de demencia del futuro cónyuge no le deja ningun intervalo lúcido.

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, núm. 199, p. 147.



387. ¿Tiene el derecho de oponerse al matrimonio el ministerio público cuando hay un impedimento, ya sea prohibitivo, ya dirimente? Esta es una cuestion debatida y bastante dudosa. La jurisprudencia de la corte de casacion ha variado; despues de haber denegado al ministerio público el derecho de oposicion, ha acabado por reconocerlo (1), y en igual sentido se declaran las cortes imperiales (2). Véanse los motivos en que se apoya esta opinion. La razon que hay para dudar consiste en que el derecho de oposicion no corresponde más que á aquellos á quienes los concede un texto expreso. Este principio fundamental ha sido manifestado por la corte de casacion. Ahora bien, el código civil no concede el derecho de oposicion al ministerio público, lo que parece decidir la cuestion. La corte de Rennes, fundándose en este principio, falló que el ministerio público no tiene el derecho de oponerse por causa de existencia de un matrimonio anterior no disuelto todavía. Su sentencia fué casada. La corte de casacion cita dos textos, que, segun ella, autorizan la oposicion del ministerio público. Primero, el art. 184 del código de Napoleon. Segun este artículo, el oficial del ministerio público tiene el derecho de proceder para pedir judicialmente la nulidad del segundo matrimonio contraído ántes de la dissolution del primero; con mayor razon debe tener el derecho de oponerse á la celebracion de un matrimonio que seria un crimen. ¿No es absurdo, á la vez que inmoral, pretender que el ministerio público, que ve que se comete

1 Sentencia de denegacion de de 2 de Diciembre de 1851 (Daloz, *Recopilacion periódica*, 1852, 1, 81). Sentencia de casacion de 21 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 209).

2 Sentencias de las cortes de Limoges y de Tolosa. (Daloz, *Recopilacion*, 1846, 2, 34; 1852, 2, 169).

un delito, debe dejar que se cometa, reservándose pedir la represion cuando se haya consumado? ¿No es mejor prevenir la bigamia, oponiéndose al matrimonio? El argumento es concluyente, en tanto que se dirige al legislador. Este habria debido, en verdad, conceder al ministerio público el derecho de oponerse, al ménos cuando haya un impedimento dirimente: por lo mismo que la ley le permite intentar la demanda de nulidad, debia autorizarlo á oponerse á la celebracion del matrimonio. ¿Pero ha hecho el legislador lo que habria debido hacer? Eso es más que dudoso.

La ley ha organizado el derecho de oposicion con el objeto de prevenir los matrimonios nulos. Empero, no concede el derecho de oponerse al matrimonio á todos los que tienen calidad para pedir la nulidad del mismo. Cuando la nulidad es absoluta, toda persona interesada puede hacerla valer, miéntras que no se admite á toda persona interesada para oponerse á la celebracion del matrimonio, aun cuando existiera un impedimento dirimente que diera origen á una nulidad absoluta. La bigamia es ciertamente la más grave de las causas de nulidad; el impedimento que resulta de un matrimonio preexistente, es, pues, el más grave de los impedimentos, y, sin embargo, no pueden fundar en esta causa su oposicion los parientes colaterales autorizados para oponerse; podrán intentar la demanda de nulidad, miéntras no pueden oponerse. Eso parece ilógico; hay, no obstante, una razon que explica esta diferencia. La accion de nulidad, caso que se frustre, no causará ningun perjuicio á los cónyuges; no sucede lo mismo con la oposicion; aun cuando no esté fundada, puede hacer que no se realice el matrimonio. La conclusion es evidente, y es que en esta materia no se puede racionar *á fortiori*; no se puede, porque se necesita un texto para fundar el derecho de oposicion, y las razones más poderosas del mundo no son un texto; no

se puede, porque hay una diferencia entre el derecho de pedir la nulidad y el derecho de oponerse; de aquí que el argumento por analogia ó *á fortiori* no tenga ningun valor.

La corte de casacion invoca además otro texto, el art. 46 de la ley de 20 de Abril de 1810 que encarga al ministerio público la vigilancia de la ejecucion de las leyes, y promover de *oficio* esta ejecucion en las disposiciones que interesan al *orden público*. Ahora bien, dice la corte, la disposicion de la ley que prohíbe contraer segundo matrimonio ántes de la disolucion del primero, interesa en el más alto grado al orden público; y lo mismo puede decirse, en cierto sentido, de todos los impedimentos dirimientes y aun de los prohibitivos. Hé ahí, pues, el texto que buscamos. Por desgracia el sentido del art. 46 de la ley de 1810, está algo más que dudoso. La sentencia de 1856 supone que esta disposicion da al ministerio público el derecho de proceder de *oficio* en todos los casos en que esté interesado el orden público. Pero ese mismo art. 46 dice: «El ministerio público *procede de oficio*, en materia civil, *en los casos que especifica la ley.*» Se necesita por consiguiente que, en cada *caso*, decida el legislador si el ministerio público tiene ó no el derecho de proceder de *oficio*. ¿Se concibe que despues de haber establecido ese principio restrictivo, lo derogue el legislador en el mismo artículo, concediendo al ministerio público el derecho de proceder de *oficio* desde el punto en que está interesado el *orden público*, y sin que los *casos estén especificados*? La cuestion es de las más difíciles. Desde 1856 se han presentado dos ocasiones ante la corte de casacion. En 1860, la sala de las reclamaciones lo decidió expresamente contra el ministerio público; la sala ha conservado el principio de que, aun en las materias de *orden público*, se necesita un texto especial para autorizar al ministerio pú-