

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? Dicese que es una cuestión de estado y que el estado no prescribe (artículo 328) (1). No, 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 trascurrido sin que haya cópula, ménos 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, esta 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, 263, 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? No, no ha 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 exámen 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, núm. 3 del art. 181.

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

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

§ 2º Falta de consentimiento de los ascendientes
ó de la familia.

455. Los ascendientes están llamados á consentir en el matrimonio, así como el consejo de familia. Si se casa el hijo sin ese consentimiento, su matrimonio es nulo. Los ascendientes deben tambien ser consultados por el hijo, cualquiera que sea la edad de éste; pero la falta de solicitudes respetuosas no entraña nulidad; el código no la declara, y no hay nulidad sin texto. Por lo demás, se concibe la razon de la diferencia que establece la ley entre la falta de consentimiento y la falta de solicitudes respetuosas. Cuando el hijo ha llegado á la edad en que puede casarse sin el consentimiento de sus ascendientes, debe, es cierto, pedirles su consejo; si no lo hace, falta al respeto que les debe. Pero seria rebasar la medida de una legítima severidad anular un matrimonio porque no haya habido solicitudes respetuosas, cuando los cónyuges podrian inmediatamente contraer nuevo matrimonio llenando las formalidades prescritas por la ley. El legislador no ha querido que haya nulidades ilusorias. Esta es la opinion general, y ha sido sancionada en una sentencia de la corte de casacion: causa sorpresa que una cuestion tan clara haya podido llevarse ante la suprema corte (1).

456. ¿Por qué es relativa la nulidad? El art. 182 dice: «El matrimonio contraido sin el consentimiento de los padres, de los ascendientes ó del consejo de familia, en los casos en que el consentimiento fuere necesario, *no puede ser impugnado* más que por aquellos cuyo consentimiento era requerido, ó por el cónyuge que tenia necesidad de ese consentimiento.» Portalis nos da las razones por las que la ley concede la accion á los ascendientes. «Al intentar esta

1 Véanse los testimonios en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 504.

accion vengan su propia injuria; hacen más, cumplen con un deber. La ley requeria su intervencion en el matrimonio por propia utilidad de los cónyuges. Satisfacen el deseo de la ley, corresponden á su confianza, tratando de reparar, por la via de casacion, el mal que no pudieron prevenir por las vias más suaves de un tierno cuidado.» Es claro que esta razon no se aplica ni á los parientes colaterales ni á los terceros en general. Si el matrimonio es nulo, es por consideraciones personales á los ascendientes y á los hijos; de consiguiente, es natural que sólo ellos tengan la accion de nulidad. Podria creerse que el legislador habria debido negarla á los hijos que han desafiado y menospreciado la autoridad de sus ascendientes. Si se las concede la ley es por aplicacion de un principio de derecho; son menores, incapaces; ahora bien, el incapaz puede invocar siempre su incapacidad para pedir la nulidad de las obligaciones que ha contraido. No puede imputarse al hijo su falta como un crimen; hay una causa en su propia incapacidad (1); se presume que ha cedido á la seduccion, como dice Pothier (2).

457. ¿Quién puede pedir la nulidad? El art. 182 contesta á nuestra cuestion: «Aquellos cuyo consentimiento era *requerido*.» La ley entiende por esto aquellos cuyo consentimiento era *necesario*, como lo dice al principio del artículo, es decir, los que deben consentir en el matrimonio para que sea válido. En ese sentido se dice al final del artículo que el cónyuge que tenia *necesidad de ese consentimiento* puede tambien intentar la accion de nulidad. El art. 183 repite las mismas expresiones. Así, pues, no puede haber duda acerca del principio establecido en el código. Para saber quién puede pedir la nulidad se ne-

1 Portalis, Exposicion de los motivos, núm. 44 (Loché, t. II, p. 392)

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 446.

cesita retroceder al momento en que se celebró el matrimonio; el que debia consentir, para la validez del matrimonio, es el que podrá pedir la nulidad; si guarda silencio, nadie puede intentar la accion; si muere, la accion se extingue con él. Poco importa que haya además otros ascendientes; su consentimiento no era requerido en el acto de la celebracion del matrimonio; de consiguiente, no tienen calidad para proceder. Este principio que se deriva del texto, está igualmente fundado en la razon. El ascendiente cuya autoridad ha sido menospreciada es el único que debe tener el derecho de vengarla. Los demás ascendientes, no estando llamados á consentir, no pueden quejarse de que se les haya faltado al respeto; carecian de autoridad, y por lo mismo, es imposible que su autoridad haya sido desconocida. Tal es el principio; ateniéndose á él, se podrán resolver fácilmente las dificultades que se presenten en la aplicacion.

El hijo menor se casa sin el consentimiento de sus padres. ¿Quién tiene la accion de nulidad? Aquel cuyo consentimiento era necesario para la validez del matrimonio, es decir, el padre. Preténdese que la madre tiene tambien el derecho de proceder, cuando el padre muere ó está imposibilitado de manifestar su voluntad; porque, se dice, el hijo necesita del consentimiento de su madre. No, no lo necesita, puesto que puede casarse, aun cuando la madre se niegue á consentir en el matrimonio. No necesita en rigor más que el consentimiento del padre; así, pues, sólo éste puede proceder de nulidad. En vano se invoca el texto del art. 182: «El matrimonio contraido sin el consentimiento de los padres.» Si hay que atenerse á la letra de la ley, será necesario decir que la madre puede pedir la nulidad del matrimonio, aun cuando el padre viva y esté capaz de manifestar su voluntad, lo que nadie se atreveria á sostener. Por consiguiente, el texto no tiene el sentido

absoluto que se le da. Hállase modificado, limitado por las otras expresiones de que se sirve el art. 182: «en los casos en que ese consentimiento es *necesario*.» ¿Puede decirse que el consentimiento de la madre es *necesario*, cuando el hijo puede casarse á pesar de la madre? No; eso es tan cierto, que si el padre ha consentido y la madre no ha sido consultada, el matrimonio no deja de ser válido, porque nadie puede impugnarlo; el padre no puede, porque ha consentido; la madre tampoco puede, porque su consentimiento no es *necesario* cuando el padre ha consentido. Acerca de este último punto, todos, ó casi todos, están de acuerdo, en tanto que sobre la primera cuestion hay controversia; pero es necesario ser lógicos, el consentimiento de la madre no es más necesario en un caso que en otro. Insistese diciendo que el hijo falta al respeto á su madre; es la verdad, pero la sola falta de respeto no autoriza la accion de nulidad; se necesita que la *autoridad* del ascendiente haya sido menospreciada; ahora bien, ¿hay *autoridad* donde el hijo puede seguir adelante? Esto decide la cuestion (1).

¿Cuando los abuelos están llamados á consentir y hay en una línea abuelo y abuela, corresponde la accion á ésta, si el hijo menor se ha casado sin el consentimiento de sus ascendientes? La cuestion es la misma que acabamos de promover para los padres; la decidimos contra la abuela como la hemos decidido contra la madre. Si hay abuelos en las dos líneas, y si una línea ha consentido, mientras la otra no ha sido consultada, se está de acuerdo en decir que no puede intentarse la accion de nulidad. No puede serlo por los ascendientes que han consentido, puesto que su autoridad ha sido respetada; no puede serlo por los que no han sido consultados, porque cuando una línea consiente,

1 Marcadé, t. I, p. 482, art. 182, núm. 2. En sentido contrario, Demolombe, t. III, p. 438, núm: 272.

no es necesario el consentimiento de la otra. Tal es la opinión general; es lógica si se admite que la madre, aunque no haya consentido, no puede proceder; pero si se admite que la madre tiene la acción de nulidad, no vemos por qué se le niegue á los abuelos que no han consentido.

Háse hecho una objeción singular contra la doctrina que enseñamos. El consentimiento del padre, dicese, no existe legalmente cuando lo da sin tomar parecer á la madre. Lo mismo sucede con el consentimiento de los abuelos de una línea, cuando la otra no ha sido consultada(1). En vano buscamos la ley que establece esta presunción. Es cierto que la madre debe ser consultada, lo mismo que los abuelos, aun cuando el padre ó una línea hayan consentido en el matrimonio. Pero de esto á deducir que ese consentimiento no existe ante la ley, hay mucha distancia. ¿Cómo puede decirse que un consentimiento no existe, cuando en realidad este consentimiento es el único necesario?

458. ¿Cuando muere el ascendiente á quien corresponde la acción de nulidad, pasa esta acción á los ascendientes que sobreviven? Es verdad que no pueden ejercer su acción en su calidad de ascendientes. Esto es una consecuencia clara del principio establecido en el art. 182; no se requería su consentimiento; de consiguiente, no pueden proceder de nulidad. Pero se pregunta si la acción pasa á los herederos. Se está de acuerdo en decir que los herederos no pueden intentar la acción, y que ni siquiera pueden continuar la que haya sido empezada (2). La acción es personal por su esencia, puesto que tiene por objeto vengar la autoridad del ascendiente. Verdad es que el consentimiento de los ascendientes se exige también en interés

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 345, nota 2.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 242 y siguientes, núms. 289 y 290.

de los hijos menores; pero sólo los ascendientes tienen calidad para ejercer esta magistratura de familia; los herederos, como tales, no tienen ningún derecho para intervenir. Portalis dice muy bien, que los ascendientes llenan un *deber* al solicitar la nulidad del matrimonio que han contraído sus descendientes sin haber estado rodeados de la protección que la ley quiere asegurarles. Este es un deber moral; ahora bien, los herederos suceden en los derechos y obligaciones jurídicos del difunto; pero no están ciertamente obligados á llenar los deberes morales que le incumben. Hé ahí por qué no pueden ni aun continuar la acción intentada. Debe aplicarse aquí á *fortiori* lo que hemos dicho de la primera nulidad relativa (núms. 449 y 450).

458. El hijo menor se ha casado sin el consentimiento del consejo de familia. Es cierto que éste puede pedir la nulidad del matrimonio: el art. 182 es terminante. En esto hay algo de especial. Para saber si el ascendiente puede proceder de nulidad, es necesario remontarse á la época de la celebración del matrimonio; si ha muerto el ascendiente que debía consentir, se extingue la acción. No sucede lo mismo con el consejo de familia. Poco importa quiénes sean los colaterales que hayan sido llamados á tomar parte en el consejo en el acto de la celebración del matrimonio; aun cuando todos hubiesen muerto el día en que deba intentarse la acción de nulidad, no por eso dejará de tenerla ménos calidad el consejo. Efectivamente, no es en su carácter individual como deben consentir los colaterales; éstos son un cuerpo moral que representa la familia, y que por esa razón se llama el consejo de familia. Poco importa el cambio de los miembros que lo componen, el cuerpo moral queda siempre idéntico. Este cuerpo moral es el que está llamado á consentir, y este mismo cuerpo es el que intenta la acción de nulidad del matrimonio.

460. El hijo natural se casa sin el consentimiento de un tutor *ad hoc*, ya sea que no halla habido nombramiento de tutor, ya que el tutor no haya sido consultado. ¿Es nulo el matrimonio, y quién puede pedir la nulidad? Cuando no hay tutor *ad hoc*, se está de acuerdo en decir que el matrimonio no puede ser impugnado por un tutor que no existe. ¿Podría proceder el menor en este caso? Esto es lo que veremos en seguida. ¿Si se ha nombrado un tutor, podrá éste pedir la nulidad del matrimonio? Generalmente se decide que nó, porque, dicese, el poder de este tutor no sobrevive á la celebración del matrimonio (1). Este motivo nos parece contrario al texto bastante claro del art. 182 combinado con el art. 159. El hijo natural no puede casarse sin haber obtenido el consentimiento del tutor que le ha sido nombrado; de consiguiente, se *requería* el consentimiento de ese tutor; desde ese momento debe, en principio, tener el derecho de pedir la nulidad. Decir que su poder no sobrevive á la celebración, es una sutileza que está en oposición con el texto de la ley. El que tiene poder para consentir, también lo tiene para pedir la nulidad, cuando no se ha solicitado su consentimiento; en consecuencia, subsiste su poder hasta que haya terminado la cuestión de nulidad.

Hay otra objeción más importante que se dirige al tutor y aun al hijo natural. No hay nulidad sin texto; se necesita que la ley declare la nulidad y que determine las personas que pueden pedirla. Ahora bien, el art. 182 habla solamente del matrimonio contraído sin el consentimiento de los *pádr*es, de los *ascendientes* ó del *consejo de familia*; nada dice del matrimonio contraído sin el consentimiento del tutor *ad hoc*. El silencio de la ley decide la cuestión. En vano Marcadé objeta que, en la teoría del

1 Demolombe, t. III, p. 448, núm. 278. Marcadé, t. I, p. 483, art. 182, núm. 3.

código, la falta de consentimiento entraña nulidad. Es verdad, pero dentro de los límites del texto que establece ese principio; ahora bien, ese texto es precisamente el artículo 182, y esta disposición no menciona al tutor *ad hoc*. Preténdese que el art. 182 prevé el caso del matrimonio contraído sin el consentimiento del tutor *ad hoc*, por las palabras el *consejo de familia*, no siendo el tutor otra cosa que el delegado del *consejo de familia*. Esta interpretación es inadmisibile. El art. 159 no dice que el hijo natural debe obtener el consentimiento del *consejo de familia* para casarse, ni podía exigirlo, puesto que el hijo natural no tiene familia. Ni siquiera dice la ley por quién será nombrado ese tutor; puede sostenerse, y esta es nuestra opinión, que el nombramiento debe hacerse por el tribunal. De todos modos resulta que el tutor *ad hoc* no es el delegado del consejo de familia, no es este el que consiente por medio del tutor; de aquí que se vuelva inaplicable el art. 182, y no hay otro. Por consiguiente, debe decirse que el matrimonio del hijo natural no puede ser impugnado por nadie. Esta es la opinión de Zachariæ, y es irrefutable desde que se admiten los principios establecidos por la corte de casación en materia de nulidad de matrimonio. Generalmente se sostiene la opinión contraria. Empero, los que la profesan son inconsecuentes. Solo Demante es lógico; funda la nulidad en la forma prohibitiva del art. 159. Ya hemos rechazado ese principio con la corte de casación; en consecuencia, la cuestión debe decidirse por el art. 182, y colocada en ese terreno, no es dudosa (1).

Confesamos de buena gana que nuestra opinión es poco jurídica desde el punto de vista de la teoría. El hijo natural menor es incapáz; de consiguiente, el matrimonio que

1 Los autores están citados en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núms. 488-489. Debe agregarse á Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 355, núm. 260, bis, III.