

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 negándoseles 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 ha 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 (Zachariæ, t. III, p. 253, nota 15, pfo. 461). Apenas si merece ser mencionado el dissentimiento 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 esta 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, las ascendientes» (arts. 186, 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).

La opinión común exige que los ascendientes ejerciten

1 Esta es también la opinión común, salvo el dissentimiento de Toullier y de Duranton (Zachariæ, t. III, p. 253, nota 18). Gousúltese la sentencia de la corte de casación de 15 de Noviembre de 1848 (Daloz, *Recopilación*, 1848, 1, 247).

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

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, 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 al 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 lo demuestra, para el consejo de familia como para los as-

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

cendientes, es el art. 186, según el cual la *familia* está declarada no admisible, así como los ascendientes, cuando ha 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; enumeradas 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 bién; ¿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 diferencia entre los ascendientes y los colaterales. Los primeros

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

pueden promover aún 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 tésis, 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 tienen 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 tiene 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 ónucge *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 sólo 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 Proudhon, 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 en 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 tienen interés en ello?» Nos parece que el texto decide la

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

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 por que la ley da 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).

afirma, 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 está 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 (Daloz Recopilación 1854, 2, 217).

2 Véanse los autores citados por Daloz, 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 ello 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 vergozosa; 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 el 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