

sus afectos é intereses? ¿No sería esto producir el escándalo, cuando su mision es hacerlo cesar? Es indudable que en ello hay un delito, pero tambien 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 segun las circunstancias (1).»

Esta opinion 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 separacion 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 convertiria en opresiva, que la haria degenerar en inquisicion. El ministerio público no debe mostrarse sino cuando es notorio el vicio del matrimonio, cuando es subsistente ó cuando una dilatada posesion 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 contraido segundas nupcias? Tal es la opinion comun (2). En esto no hay escándalo, se dice. El matrimonio podria verificarse ahora que la muerte ha disuelto la primera union; el cónyuge culpable deja de vivir en el adulterio y

1 Esta es la opinion de Zachariae, t. III, § 461, p. 254, nota 21.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 497, número 310.

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 inadmission contra la accion pública. Sólo el legislador tiene ese derecho; ahora bien, la ley no dice que el ministerio público sea inadmisibile cuando termina el escándalo. Eso decide la cuestion.

497. Pregúntase si el ministerio público puede interponer el recurso de apelacion contra un fallo que haya declarado la nulidad del matrimonio. La anulacion ha sido declarada á consecuencia de una colision 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 mútuo consentimiento so pretexto de una accion 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. 2º), establece como regla general que en lo civil procederá el ministerio público «no por vía de accion, sino solamente por la de requisicion 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 segun los arts. 184 y 191, el ministerio público puede pedir la nulidad del matrimonio. Esta excepcion confirma la regla. Por consiguiente, el ministerio público no puede intentar la accion para hacer válido un matrimonio declarado nulo (1).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, seccion VI, § 3, núm. 3.

Sin embargo, dos cortés de apelacion 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 acerbamente las decisiones de las córtes de Bruselas y Pau. Conviene en que en los dos litigios habia una conveniencia fraudulenta que tendia á disolver un matrimonio, válido en realidad. Confiesa que fallar en otro sentido habria sido un escándalo desconsolador. ¿Pero de quién habria sido la culpa? De la imperfeccion 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 confusion 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 organizacion 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 ejecucion de las leyes, de las sentencias y de los fallos; *promueve de oficio esta ejecucion, en las disposiciones que interesan al orden público.*» Merlin sostiene que en virtud de esta disposicion, el ministerio público puede intentar la accion 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 accion del ministerio público. La ley de 1790 le abria la vía de accion 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 ejecucion de las *leyes*, en tanto que interesan al orden público, el derecho de proceder de oficio en lo civil, que la ley de 1790 restringia á los *fallos*. Esta extension no se limita á los casos particulares que estarian 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 conservacion 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 colision de los cónyuges, habia 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 impresion penosa; ese autor las combate con un calor que no emplea de ordinario, cuando le acontece criticar la doctrina de la corte de casacion. Háse renovado la controversia acerca del sentido de la ley de 1810, y está pendiente de continuo; ya hemos vuelto á encontrar la cuestion en dos ocasiones (núms. 32 y 387). En principio, participamos de la opinion de Merlin. Vamos á resumir los motivos en que la apoya. Apóyala, ante todo, en el texto del artículo 46; la innovacion 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 casacion 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 disposicion expresa del art. 46, párrafo primero. Si el segundo agrega que promueve de oficio la ejecucion de las leyes, en las disposiciones que interesan al órden público, debe interpretarse esta disposicion en el sentido de la regla, es decir, que tiene el derecho de proceder de oficio, cuando está interesado el órden público, pero únicamente en los casos especificados en la ley. Pues bien, si tal es el sentido de la segunda disposicion del art. 46, desaparece la innovacion, 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 órden 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 innovacion 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 órden público, y sin que esos casos deban estar especificados en la ley. ¿No es flagrante la contradiccion? 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 excepcion destruye la regla. El párrafo segundo sanciona una excepcion; la excepcion 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 órden público; se necesita entónces una disposicion expresa para que el ministerio público tenga el derecho de proceder. Así sucede en materia de ausencia; durante la presuncion de ausencia, el ministerio público puede proceder de oficio porque hay una disposicion expresa que le da ese derecho (art. 114). El art. 1057 le concede igual derecho en una materia que ciertamente es extraña al órden 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 excepcion que concierne al órden público.

La corte de París ha sancionado la interpretacion de Merlin (1). En cuanto á la jurisprudencia de la corte de casacion 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 accion 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 órden público exige su intervencion en materia de matrimonio? De ello resultaria 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, *Recopilacion periódica*, 1852, 2, 113).

do la accion 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 opinion. Así lo hemos decidido, por lo que respecta al derecho de oposicion (núm. 387). Igual motivo hay para decidirlo en el caso que es objeto del debate. La accion que nace de la nulidad de un matrimonio está regida por principios especiales. ¿Encierran estas disposiciones especiales dentro de límites demasiado estrechos la accion del ministerio público? Puede sostenerse así. Entónces debe modificarse el código civil. Tal seria nuestro parecer respecto de la accion de validez del matrimonio. Tiene razon Merlin 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 razon para decidir que no se excusan los vicios de bigamia, incesto y clandestinidad? Es cierto que no puede quitarles la confirmacion; ya hemos hecho la observacion á este respecto (núm. 434). Tambien está admitido que la accion de nulidad que nace de estos vicios es imprescriptible. Aquí nace, sin embargo, una duda. Miétras subsiste el vicio no puede tratarse de prescripcion. Así es que miétras dure un matrimonio inficionado de bigamia ó incesto, subsiste tambien la accion 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 prescripcion. Esa es la opinion de Merlin (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 despues de la muerte de los cónyuges, no es porque ya no haya nulidad, sino porque no hay escándalo. Subsiste la accion, puesto que solamente entónces 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 accion de nulidad, lo cual acontece cuando ha prescrito su interés; habiendo extinguido el derecho, ya no tiene calidad para intentar la accion. En este sentido, la prescripcion les impedirá pedir la nulidad del matrimonio. Resulta siempre que no es esta accion la que prescribe, el derecho es el que da calidad para promover la nulidad. Si este derecho fuera conservado con interrupciones, la accion de nulidad permaneceria abierta aun cuando trascurrieran más de treinta años desde la disolucion del matrimonio.

500. Pregúntase si se excusan con la posesion de estado las nulidades absolutas. Admitelo la jurisprudencia respecto del vicio de clandestinidad. Como la cuestion se presenta particularmente en lo relativo á los matrimonios contraidos en el extranjero, la examinaremos más adelante. Quedan la bigamia y el incesto. En materia de incesto, no puede ser motivo de posesion de estado, toda vez que ésta seria la posesion de estado de la infamia. ¿Qué debe, empero, decidirse si los cónyuges obtienen una dispensa? Ya hemos contestado la pregunta (núm. 474). La dispensa no

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, seccion VI, § 2, art. 184, 5ª cuestion.

destruye el vicio; sentado esto, no puede tratarse de posesion de estado. Respecto de la bigamia, habria lugar á creerse que la posesion 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 ménos en el sentido de que á contar de ese momento, pudiendo casarse los cónyuges, su union toma los caractéres de la legitimidad, y que por ende, esta posesion de estado excusa la nulidad? Es indudable, así habria podido decidirlo la ley; pero ¿lo ha hecho? No, y en el silencio de la ley, ¿puede admitirse que se excuse la nulidad? No, eso equivaldria 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 accion; sólo el legislador tiene ese derecho.

Recordemos que estos principios reciben una excepcion 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 cuestion.

SECCION IV.—Efectos de la anulacion.

§ 1º 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 aplicacion al matrimonio; al decir que el matrimonio anulado produce, no obstante, los efectos civiles cuando ha sido contraido de buena fé, la ley dice implícitamente que si los cónyuges son de mala fé, 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 conforme á las reglas que rigen el consentimiento legal ó 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 anulacion del matrimonio reciben una excepcion notable cuando hay matrimonio putativo.

502. Llámanse matrimonio putativo el matrimonio que está contaminado de nulidad, y del que el tribunal declara la anulacion, pero que ha sido contraido de buena fé, ya sea por ambos cónyuges, ya por uno de ellos, y que en razon de esta buena fé, produce ciertos efectos civiles. Esta institucion 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).