

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

LA NULIDAD EN EL MATRIMONIO

T E S I S
QUE PARA OBTENER
EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
SALVADOR GUZMAN NAVARRO

México, D. F.
1970



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

EN MEMORIA

A mi pequeña Morita:

La luz más grande de mi vida, que -
fué el encanto por tres años, y hoy -
el recuerdo dolorido, de las ternuras -
que sentí a su lado, de su voz, de su
sonrisa, de sus besos y sus manos.

EN MEMORIA

A mi Mamá Pita:

**Guía y ejemplo de lo recto, que for-
jó mis raíces y motivó mis deseos de
ser cada día mejor por respeto a su
recuerdo.**

A mi Madre:

**A quien debo más de lo que nunca --
podré pagarle, por su entrega y por --
su empeño, por su voluntad sin mengua
para lograr hacer de mí un hombre, --
aún en los difíciles momentos.**

A mi esposa:

Quien dejara por amor, lo preciado de su vida para unirse conmigo y compartir sin ambages, las dichas y las desdichas.

A mi Papá Tavo:

**El viejo querido que estuvo un día - -
dispuesto a todo, cuando yo era desva
lido y necesitaba de su apoyo.
El que ha sido siempre ejemplo de tra
bajo, de honradez y amor a los suyos.**

A mis hijos :

Salvador y Federico

Razón final de este esfuerzo para llegar a la cima de una carrera, empieza cuando aún no había sentido la responsabilidad que se tiene cuando nacen los hijos.

**A mi querida Facultad y
a mis Maestros:**

**Por las profundas enseñanzas que me
brindaron.**

PROLOGO

A modo de prefacio he querido escribir unas líneas, que permitan al docto lector saber de antemano, lo que sin duda descubrirá por sí mismo al terminar de leer éste trabajo.

He intentado (sin lograrlo), presentar al Derecho en su completa-dimensión como yo lo entiendo; una dimensión se representaría, como oí en una ocasión al Maestro Ledesma, por una línea horizontal que reflejaría a todos los sujetos de derecho, y la otra, por una línea vertical que significara la evolu--ción constante de las normas y teorías jurídicas. Esa fué la razón de nuestro --empeño y el fruto del esfuerzo se somete hoy al fallo de los juicios.

Quisiera haber podido elaborar una nueva tesis florida y seducto--ra que transportara al lector a una nueva incógnita y lo enfrascara en una polé--mica con nuestro principios; pero vana ilusión no conquistada, no he podido más que recoger una serie de ideas y de teorías para presentarlas, ordenadas, y lle--gar a conclusiones que no por lógicas son de pequeña importancia, pero desde luego como apunto, no son en manera alguna novedosas a la mente inquisitiva y doc--ta en la materia.

La elaboración de éste trabajo refleja constantemente una referen--cia a opiniones de autores renombrados, y en ocasiones se refleja su obra en --

INDICE

CAPITULO I

LAS NULIDADES EN EL DERECHO ROMANO

- a).- En la ley de las XII Tablas.
- b).- En el Derecho Clásico.
- c).- En el Jus Civile.
- d).- En el Jus Praetorium.
- e).- En el Derecho Consuetudinario.
- f).- La introducción de las Nulidades Absolutas y Relativas en el Bajo Imperio.

CAPITULO II

LAS NULIDADES EN LA EDAD MEDIA

- a).- Las Nulidades en las leyes de los bárbaros.
- b).- El Período Feudal.
 - 1o.- El Derecho Consuetudinario.
- c).- Escuela de los Glosadores y los Postglosadores.
 - 1o.- Imerio.
 - 2o.- Bartolo.
- d).- El Período Monárquico.
 - Nulidades absolutas.
 - Nulidades relativas.

INDICE

CAPITULO I

LAS NULIDADES EN EL DERECHO ROMANO

- a).- En la ley de las XII Tablas.
- b).- En el Derecho Clásico.
- c).- En el Jus Civile.
- d).- En el Jus Praetorium.
- e).- En el Derecho Consuetudinario.
- f).- La introducción de las Nulidades Absolutas y Relativas en el Bajo Imperio.

CAPITULO II

LAS NULIDADES EN LA EDAD MEDIA

- a).- Las Nulidades en las leyes de los bárbaros.
- b).- El Período Feudal.

1o.- El Derecho Consuetudinario.

- c).- Escuela de los Glosadores y los Postglosadores.

1o.- Irnerio.

2o.- Bartolo.

- d).- El Período Monárquico.

Nulidades absolutas.

Nulidades relativas.

CAPITULO III

EL DERECHO CANONICO

- a).- Posición del Derecho Canónico en materia de Nulidades.
- b).- La Nulidad del Matrimonio para el Derecho Canónico.

CAPITULO IV

EL CODIGO DE NAPOLEON

- a).- El Código de Napoleón y su intento de fusión de las dos nulidades.
- b).- La Noción de Inexistencia creada por los comentaristas del Código Napoleónico.- La Escuela Clásica.
- c).- Críticas a la Teoría Clásica.

Teoría de Japiot.
Teoría de Piedelievre.
Teoría de Bonnecase.

CAPITULO V

LA INVALIDEZ EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

- a).- Los Códigos de 1870 y 1884.
- b).- Adopción de la Teoría de Bonnecase al Código Vigente.

CAPITULO VI

LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

- a).- Estudio de las Nulidades del Matrimonio.
- b).- Crítica a la aplicación de la Teoría General de las Nulidades de Derecho Civil al Matrimonio.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

LAS NULIDADES EN EL DERECHO ROMANO

a) EN LA LEY DE LAS XII TABLAS

La Historia, que ha nutrido nuestra inteligencia y nuestra razón, - deberá informarnos una vez más de la evolución y las razones que han justifica_ do el cambio del pensamiento con el paso de los siglos.

Roma, la dominadora del mundo, con un espíritu de suyo expansi_ vo, al romper el estrecho recinto de sus siete colinas, proyectó en el espacio - las piedras angulares de nuestro Derecho, y es precisamente a la inspiración de sus legislaciones a donde habremos de remontarnos para iniciar este trabajo.

La Ley de las XII Tablas, reconstruidas trabajosamente por los -- fragmentos que se encontraron en las diversas obras de los clásicos, son la fuen_ te más remota que encontramos para nuestro estudio. Obligados a examinarlas - encontramos algunos principios "rudos e inmutables", como dice Lutzesco, que - estaban hechos para regir a una sociedad totalmente primitiva. 1)

La jerarquía del formulismo extremadamente rígido y cerrado, es lo que ordena la historia del acto jurídico en los albores del Derecho.

El acto jurídico sólo podía surgir por el enlace de algunas pala - bras que formaban un rito complicado y que en ocasiones eran acompañadas de -

1).- George Lutzesco.- Teoría y Práctica de las Nulidades.- Editorial Porrúa,- S.A. México 1945

un cortejo de testigos instrumentales. En estas condiciones, es fácil deducir -- que la nulidad no podía aparecer en esa época. En efecto, no fue sino hasta la concepción del acto escrito cuando se presenta la imposición de las primeras ineficacias del acto jurídico.

b) LAS NULIDADES EN EL DERECHO CLASICO.

El formalismo rígido e inmutable que regía en la antigüedad, era un obstáculo infranqueable para el desenvolvimiento de las relaciones comerciales que cada vez eran más problemáticas debido al énsanchamiento del imperio colonial. Este problema en el ritmo de los negocios económicos, no podía dejar de producir efectos sobre la actividad política. En esta forma, al fin de la República, el sistema jurídico romano ve aparecer un nuevo órgano encargado de hacer respetar las leyes: el pretor. (1)

La actuación del pretor fue decisiva en las transformaciones del Jus Civile, actuando de una manera directa y eficaz en sus dos fases: la del pretor peregrinus y la del praetor urbanus. (2)

Con una función de equidad y disponiendo de un poder discrecional, el pretor tomaba las medidas necesarias para lograr la aplicación de una verdadera justicia. Estas medidas eran aplicadas en situaciones especiales y locales, y por su prolongada repetición revistieron el carácter de normas políticas

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 59.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 59.

que recibieron en su conjunto el nombre de Jus Gentium, cuya consagración impuso los contratos válidos por el simple consentimiento de las partes. Al crear los contratos de buena fe, ensanchar el campo de los contratos reales, proteger los contratos innominados, e imprimir mayor libertad a la interpretación judicial; en una palabra, al hacer de la voluntad el elemento fundamental de la relación obligatoria, el pretor influyó definitivamente en el juego de las ineficacias. - Es entonces cuando propiamente aparece con claridad y precisión la teoría de - las nulidades. La voluntad redujo cada vez más el esplendor de la jerarquía - del formalismo, y tomó el rango de las condiciones de fondo de los contratos - de buena fé, al amparo del Jus Gentium; sólo sobrevivieron el nexum, la stipu_ latio, la dictio dotis y la acceptilatio verbis, conservando los lineamientos tradi_ cionales. (1)

La decadencia de la forma hace aparecer otro elemento, "el ob_ jeto determinado, lícito, jurídica y físicamente posible, y en el cual tenga in_ terés el acreedor", (2) para que el vínculo obligacional pueda producir efectos.

Por otro lado la protección de los incapacitados y de la libre ex_ presión de la voluntad de quien se obliga, abrieron la puerta a dos condiciones que influyeron en la validez del acto jurídico: la causa y la capacidad de las partes, así como la ausencia de dolo y de violencia. (3)

1).- George Lutzesco; op. cit. págs. 59 y 60.

2).- E. Albertario. Studi di Diritto Romano III págs. 321-322 citado por Geor_ ge Lutzesco. op. cit. pág. 61.

3).- George Lutzesco. op. cit. pág. 61.

Las sanciones que se derivan de no respetar estas condiciones son distintas en el Jus Civile, en el Jus Praetorium y en el Derecho Consuetudinario.

c) LAS NULIDADES EN EL JUS CIVILE

La piedra angular para los contratos de buena fe, (1) así como para los formales fue el consentimiento, nacido de una noción de equidad que permitió "imprimir a la teoría de las obligaciones una mayor justicia". (2)

Inclusive en el acto solemne si faltaba el acuerdo de voluntades de las partes, debía declararse nulo. (3)

Por otro lado el acto nulo por defecto en su forma, pero que tuviera el consentimiento válidamente expresado, no sería totalmente ineficaz. (4)

Tomando al principio su fuerza del Jus Gentium, la figura del error se impuso decididamente entre las fuerzas más importantes de las nulidades, tanto en los contratos de buena fe como en los de derecho estricto (4). Cuando el error afectaba al negotium, o la naturaleza del contrato por faltar el consentimiento de las partes, no se hacía esperar la intervención de la nulidad. (6)

Al lado del error sobre el negotium se desarrolló el error in cor-

1).- P. Collinet citado por George Lutzesco. pág. 62.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 62.

3).- S. Riccobano citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 62.

4).- George Lutzesco. op. cit. pág. 62.

5).- George Lutzesco. op. cit. pág. 62.

6).- George Lutzesco. op. cit. pág. 62.

pore y el error in persona, en los que el elemento volitivo tampoco existe y la nulidad era inevitable. (1)

Al tratar del objeto que puede estar en el comercio jurídico, el Derecho clásico estableció el principio general de que todas las cosas son susceptibles de servir para el aprovechamiento de los intereses privados; pero las cosas que están fuera del comercio, deberán agruparse en el campo de la excepción en que se encuentran dos grandes capítulos: el primero que se refiere a la imposibilidad legal (objeto jurídicamente imposible), y el otro, a la imposibilidad física, al objeto que por su naturaleza no puede ser ejecutado, (2) Dentro de los objetos jurídicamente imposibles, están las res religiosas o sacra, (3)- las cosas afectas a la utilidad pública, a las que deben agregarse la prohibición de vender a los hombres libres y la prohibición impuesta a los funcionarios de comprar las cosas que se encuentran en la provincia donde ejercen su función. (4) La nulidad en estos casos era siempre absoluta. (5)

La nulidad afectaba igualmente a los actos cuya ejecución estaba sujeta a una condición relacionada con cosas excluidas del comercio. (6)

En cuanto a las imposibilidades físicas, (7) la obligación quedaba privada de efectos cuando ilusoriamente se creyó en su ejecución posible o -

1).- Collinet citado por George Lutzesco. pp. 63 y 64.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 64.

3).- G. Longo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 64.

4).- George Lutzesco. op. cit. pág. 64.

5).- Ibídem. pág. 65.

6).- Venuleyo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 65.

7).- D. Rabel citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 65.

porque su objeto hubiera desaparecido. (1)

Gayo y Ulpiano nos hacen notar que cuando no se estipulaba el objeto, o bien, la determinación de éste quedaba al arbitrio de una sola de las partes, la obligación estaba expuesta a quedar privada de efectos. (2)

En relación a la causa de la obligación, dice Lutzesco (3) que - carecía de importancia en el derecho de las obligaciones del período antiguo, - merced a que la forma se bastaba a sí misma, evitando del todo que el juez tuviera que entrar a la investigación del fondo de la obligación. (4) Pero cuando aparece la evolución del Jus Gentium, cuando el manto de equidad empieza a cubrir la elaboración del acto jurídico, aparece también la causa, ya acompañada de la conditio, ya de la exceptio dotis, ya de la querella non numeratae pecuniae. (5) En una palabra, en la época clásica, la causa se incluye entre las condiciones necesarias para la validez de las obligaciones. (6)

Lutzesco al citar a Papiniano y a Ulpiano afirma que la causa - en su origen no tenía el sentido que se le atribuye actualmente, sino que después, a propósito de la estipulación ignominiosa, de la estipulación fundada en su fin inmorale, del pacto ilícito, se coloca al lado de las nulidades del orden civil. (7)

1).- Paulo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 65.

2).- Citados por George Lutzesco. op. cit. pág. 66.

3).- Op. cit. pág. 66

4).- Cuius Girard y Capitani citados por George Lutzesco. op. cit. pág. 66.

5).- Cuius citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 66.

6).- Cuius citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 66.

7).- George Lutzesco. op. cit. pág. 66.

Juliano y Pomponio citan a la falsa causa, o más bien a la obligación sin causa, cuando nos hablan del caso del comprador que ha comprado su propia cosa sin saber que ya era propietario. (1)

Por otro lado debemos hablar sobre las condiciones imposibles, -- inmorales e ilícitas, en que el motivo, cuando es conocido por las partes contra^utes, juega un papel principalísimo, (2) provocando el principio de que la -- condición imposible acarrea la nulidad. (3)

Por último sólo nos cabe agregar las causas de incapacidad.

Para desarrollar éste cuadro, haremos notar que el Derecho Roma^uno formuló "una verdadera escala progresiva de las diversas fases del poder de - discernimiento," (4) dividiendo a las incapacidades en totales y parciales. En - el primer grupo se colocan el furiosus y el infans; en el segundo están los actos del pupilo, del pródigo y de la mujer sujeta a tutela. (5)

Tanto el furiosus como el infans, no podían contratar y sus actos estaban afectados de nulidad absoluta; "sin embargo el infans aunque incapaz, - podía poseer con la autorización de su tutor". (6)

Para las incapacidades parciales, el beneficio de la ley iba a - un grado superior al "impedir que el incapaz se obligara, pero se aprobaban sus

1).- Ibídem. op. cit. págs. 66 y 67.

2).- Ibídem. op. cit. pág. 67.

3).- Gayo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 68.

4).- George Lutzesco. op. cit. pág. 68.

5).- Ibídem. pág. 68.

6).- Paulo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 68.

actos en la medida en que le eran favorables". (1)

Para el menor, con la aparición de la Ley Plaetoria, se crea una protección mayor al instituir una acción que podía ser ejercida por todos, en interés privado del menor contra el tercero que hubiera abusado de su inexperiencia al negociar con él. No obstante el espíritu de esta ley, su sanción dejó mucho que desear, razón por la cual el praetor tuvo que intervenir con la Restitutio in Integrum, (2) para dar a los menores una verdadera protección.

Por otra parte, el pródigo fue tratado igual que el loco, sometiéndolo a una interdicción que le privaba del derecho de administrar sus bienes, de disponer, o de formular testamento; (3) aunque como apuntábamos en líneas anteriores podía celebrar válidamente los actos que le fueran provechosos.

d) LAS NULIDADES EN EL JUS PRAETORIUM

El Jus Civile había hecho caso omiso de los vicios del consentimiento, a excepción del error, como hemos visto. Es entonces el pretor el que tiene la ocasión de poner en marcha toda la teoría de la volición con el reconocimiento de los contratos consensuales y reservándose las sanciones necesarias para asegurar su respeto. Al tomar sobre sus hombros esta responsabilidad, el pretor tuvo día a día mayor intervención en la realización del Derecho, y des-

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 69.

2).- Ibídem. pág. 69.

3).- Ibídem. pág. 69.

de luego, fue factor importante en el engrandecimiento del Imperio Romano; al principio de su tarea, el pretor no sospechaba que el consensualismo se cubría con un manto de sutilezas. El dolo, las amenazas o violencias corporales, el error, fueron situaciones que se abrieron como abanico para ventilar todas las negociaciones y la esfera del pretor será el punto en que convergen todas las esperanzas solicitando su "benevolente protección". (1)

Es aquí donde aparecen las bases para un nuevo derecho basado en los principios de justicia y lequidad, tramontando el formalismo rígido y abstracto del antiguo derecho para el nacimiento de uno nuevo más justo y más humano.

Las bases angulares donde el pretor fundó su razonamiento y construyó su obra, fueron el dolo y la violencia. Tímidamente empezó por los contratos de buena fe para continuar después, no sin cierto temor, "con las obligaciones nacidas de contratos de derecho estricto". (2) Para fijar su posición, explica en qué condiciones el dolo y la violencia determinan su intervención.

La violencia fue considerada bajo un aspecto material y como una simple coacción moral. (3) El dolo, conocido como la maquinación destinada a inducir al error, tuvo una íntima vinculación con la noción de moral y equidad que dieron enorme impulso a la autoridad del pretor.

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 70.

2).- Ibídem. pág. 71

3).- Ibídem. pág. 71.

Los medios concedidos para hacer efectiva la invalidez, tuvieron ciertas jerarquías. "Se empezó por la exceptio, procedimiento sencillo y rápido que se concedió al deudor a fin de rechazar el cumplimiento exigido por el acreedor, en caso de que la obligación estuviera viciada; se basó después en la actio, cuyo principal fin era permitir al deudor repetir lo que injustamente había pagado: Actio rei persecutoria. Finalmente, la Restitutio in Integrum fue concedida a título de excepción para cuando hubieran sido agotados los recursos". (1)

La exceptio doli jugó un papel preponderante, al grado que a veces "sin suponer ningún dolo efectivo, resistía, se oponía y destruía, toda pretensión injusta, toda demanda contraria a la equidad". (2)

La actio doli sólo podía intentarse contra el deudor y sus sucesores en la medida de su enriquecimiento, (3) y tendía de manera principal a la restitución de la cosa dada si era posible, y subsidiariamente en caso de imposibilidad de recuperarla, a una condena in quadruplum con carácter infamante. (4)

La acción de violencia, actio quod metus causa podía ser intentada, no sólo contra el autor y sus sucesores, sino también contra todo tercero que hubiera participado, y siempre en la medida en que se hubiera aprovecha--

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 72.

2).- Paulo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 73.

3).- George Lutzesco. op. cit. pág. 73.

4).- Ulpiano citado por George Lutzesco. op. cit. págs. 73 y 74.

do; (1) su efecto era obtener la restitución, y la condena al cuádruplo no tenía el carácter infamante. (2) "Por otra parte, la restitución comprendía todos los frutos que había producido el objeto, como contrapartida por los daños y perjuicios causados". (3)

La restitutio in integrum se concedía cuando cuando se habían agotado todos los recursos, fue reconocida por el Juez de cada provincia según nos hace notar Paulo y limitó su aplicación a los casos de dolo, justo error, -- "Metum e infirmitatem aetatis". (4) El pretor se reservó el derecho de conceder la restitución, cuantas veces lo exigiera la equidad, con la expresa condición de que las leyes, los plebiscitos, los senado consultos, los edictos y los decretos de los príncipes no se opusieran. (5)

Lo mismo que en el caso de las excepciones, la Restitutio se podía conceder después de una investigación preliminar, y se concedía, además, en forma subsidiaria, es decir, cuando ya no hubiera otro medio en el procedimiento.

La Restitutio aparecía con dos efectos: el primero era simplemente ordenar la restitución, el segundo era entregar al beneficiario "la fórmula de una acción, cuando la información recibida no le pareciera al juez, convincente". (6)

- 1).- Cuj citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 74.
- 2).- George Lutzesco op. cit. pág. 74.
- 3).- Ulpiano y Gayo citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 74.
- 4).- Ulpiano citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 74.
- 5).- Ulpiano citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 74.

te". (1)

El primer efecto era rápido, pero no definitivo, pues el pretor no estaba impedido de dar curso a otra demanda y revocar la resolución anterior. (2) El segundo efecto era más complicado, pero terminaba con la resolución del juez.

Ahora bien, tratándose de contratos de derecho estricto, la restitución debía hacerse respetando las leyes en vigor, en tanto que para los de buena fe el pretor disponía de un poder ilimitado. Por otro lado, en los contratos de derecho estricto, la restitución no tenía ninguna influencia sobre el acto jurídico mismo, pues éste conservaba siempre su fuerza, aunque los efectos sí se vieran afectados; en los contratos de buena fe hay una consagración práctica de la nulidad pues es el acto mismo el que se afectaba. (3)

e) LAS NULIDADES EN EL DERECHO CONSUETUDINARIO.

La práctica jurisprudencial y las opiniones públicas que siempre se enderezaban en el Derecho Romano, formaron una fuente importante que determinó también el engrandecimiento de las instituciones en la patria de nuestro Derecho: El Derecho Consuetudinario. Es precisamente de ésta fuente, de donde surge la querela inofficiosi testamenti que se concedía en caso de desheredación injustificada a los parientes en primeros grados, para atacar de inofi-

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 75.

2).- Ibídem. pág. 75.

3).- George Lutzesco. op. cit. pág. 76.

cioso el testamento, lograr que se declarara su nulidad y abrir después, la sucesión ab-intestato. (1) La nulidad obtenida en éstos casos era retroactiva, al -- grado de que los legados ejecutados se repetían siempre y cuando la querela -- fuera intentada antes de cinco años, contados a partir de la apertura del testamento, tiempo en el cual, la acción prescribía.

La razón de esta acción la encontramos en la evolución familiar en Roma, que empezó a hacer caso omiso del respeto al amor y al deber que -- normalmente deben existir entre padres e hijos (officium Pietatis), al grado de -- desheredar arbitrariamente a los legítimos herederos, para instituir en su lugar a una persona extraña. Es así como se hace necesaria la querela inofficiosi testamenti, creada por el Tribunal de los Centumvirós al hacerse cargo de las cuestiones de petición de herencia, con el delicado problema de las desheredaciones injustificadas. (2)

Para evitar los resultados de la querela inofficiosi testamenti, o -- sea la nulidad del testamento, el testador estaba obligado a justificar, por una parte, todas las desheredaciones, y por otra a dejar cierta porción a sus herederos legítimos. La sanción era, que el heredero desheredado sin justa razón, pudiera intentar una acción de petición de herencia, por la que impugnando la validez del testamento, demandaba la apertura de la petición ab-intestato. (3)

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 79.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 79.

3).- George Lutzesco. op. cit. pág. 79.

En resumen, la querela es, al lado de la Restitutio, la segunda - fuente de la que proviene en toda su amplitud, la nulidad como noción jurídica. Podía decirse inclusive, que de ella ha surgido principalmente la teoría de la nulidad en el campo de las instituciones de orden jurídico. (1)

f) LA INTRODUCCION DE LAS NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS EN EL BAJO IMPERIO.

El Derecho Post-clásico y particularmente el Derecho de Justiniano (2), contribuyeron a enriquecer los lineamientos de las ineficacias trazadas - por el Derecho Clásico. Sin embargo el espíritu tradicionalista que acompañó - siempre a las instituciones del Derecho Romano, fue un dique poderoso a las mo - dificaciones que algunas veces se imponían con el desarrollo de la vida misma.

En vez de modificar el pensamiento clásico, se limitaron a admi - tir la obra tan sólida, comprobada por tanto tiempo y constantemente esclareci - da por los trabajos de los mejores intérpretes (3). No obstante el Derecho clási - co, se esforzó por lograr una depuración obligada por el cambio de las costum - bres, y trató de comprender y distribuir en forma más equitativa la justicia, al - subsistir el procedimiento formulario por el procedimiento extraordinario, al supri - mir la antigua distinción de las leyes según su sanción, y al aumentar en impor - tancia considerable el elemento volitivo; así pues el sistema de las ineficacias se

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 80.

2).- Ibídem. pág. 88

3).- George Lutzesco. op. cit. pág. 88.

vuelve cada día más sólido, y sale así de la confusión en que se hallaba, para conjugarse con el acto jurídico mismo.

Se realizó una fusión completa de los dominios jurídicos que existían con anterioridad, el Civil y el Praetorium, lo que convirtió al juez en el único titular del proceso, precisamente del proceso de restitución. (1)

En estas condiciones es fácil comprender porqué la acción rescisoria llega a la consagración definitiva del concepto de la nulidad.

Teodosio, emperador de Roma, ordenó que toda ley sin excepción, recibiera el refuerzo normal de la sanción que implica necesariamente su carácter, es decir, la nulidad. (2)

La influencia del cristianismo con su variadísima gama de preceptos morales, con la influencia del Derecho Natural mismo, aclaran la teoría de las nulidades, que eran atenuadas constantemente con la acción de la buena fe y la equidad. (3)

Contra la posición del Derecho Clásico que tomaba en cuenta sólo la voluntad declarada, en esta época nos encontramos al intento de tomar en cuenta la voluntad interna. (4) Así es como el derecho de Justiniano pasó a ocuparse de las sutilezas de la intención de las partes. (5)

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 89.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 89.

3).- George Lutzesco. op. cit. pág. 89.

4).- E. Albertario citado por George Lutzesco. op. cit. pág. 89.

5).- George Lutzesco. op. cit. pág. 89.

La desaparición del antiguo dualismo Civil-Pretorio, lleva a la teoría de las nulidades a una nueva concepción: las nulidades absolutas y las relativas. Se establece así una cierta correlación entre la gravedad de la irregularidad del acto y la sanción que debe imponérsele. (1)

NULIDADES ABSOLUTAS

Las Nulidades Absolutas encuentran siempre su apoyo en la Ley, al grado tal que en la Constitución de Teodosio se afirma que... "ningún efecto, debe concederse ni a los pactos, ni a los contratos, cuando su objeto haya sido prohibido por la ley, porque lo que se hace contra la ley es, no solamente inútil sino radicalmente nulo aunque el legislador no haya previsto casos en particular..." (2)

Así vemos que aunque las partes hayan cumplido con el contrato, éste no está a salvo de la sanción, (3) pues la nulidad absoluta opera de pleno derecho; esta sanción no fue totalmente intransigente, pues en ocasiones, el derecho del Bajo Imperio se mostró más dispuesto a aprobar la sanción transaccional de la nulidad relativa. (4) Sólo en los casos en que la ejecución estuviera -- vinculada a la realización de una ejecución posible y de aquellos cuya eficacia dependiera de una condición potestiva, la nulidad absoluta se respetó íntegra--

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 90

2).- Ibídem. págs. 90 y 91.

3).- Ibídem. pág.. 91.

4).- Ibídem. pág. 91.

mente. (1) Igualmente se incluyó bajo el dominio de las nulidades absolutas,-- los pactos sobre sucesión futura, los que eran contrarios a las buenas costumbres.

(2)

NULIDADES RELATIVAS

Como apuntábamos en líneas anteriores, las nuevas nociones morales impuestas por el Cristianismo, se interponen a las injusticias que acarrea la inflexibilidad de la teoría de las nulidades absolutas. Así fue como, probándose la buena fe, la ley fue sacrificando su carácter autoritario y surgieron las nulidades relativas.

Aunque la nulidad relativa estaba reservada al pretor, en esta época adquiere un cuerpo más homogéneo. El dolo, la violencia, la inoficiosidad del testamento, la acción rescisoria, constituyen los primeros medios de protección de carácter personal, reservada exclusivamente a las víctimas. (3)

Para Justiniano la nulidad relativa rescinde venditionem iubebit (4) era fiel reflejo de la buena fe.

En resumen, el Derecho del Bajo Imperio se pliega completamente a los lineamientos trazados en la Epoca Clásica, sin que la historia ni los intérpretes hayan logrado desvirtuar esa impresión.

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 91

2).- Ibidem. op. cit. pág. 92.

3).- Ibidem. pág. 93.

4).- Ibidem. pág. 93.

CAPITULO II

LAS NULIDADES EN LA EDAD MEDIA

a) LAS NULIDADES EN LAS LEYES DE LOS BARBAROS.

Es el período comprendido entre los años 481-987 que podemos -- denominar como Epoca Bárbara. Es la época en que los pueblos se funden entre sí, se amalgaman unos con otros, no sólo entre su población, sino también en sus leyes. Reina la confusión y la incertidumbre en las leyes de los bárbaros que se encuentran fuertemente influenciados por el espíritu jurídico de Roma. 1)

Los reyes bárbaros, forzados por las circunstancias, se conformaron con ejercer sobre sus súbditos la supremacía política, dejando intacto el orden-jurídico. 2) Es más, podríamos decir aún, que en algunos casos había un gran número de gente sin vínculo estatal alguno, sin un derecho unitario. En principio es el derecho singular, de determinadas privilegiadas personas; más tarde, con la reunión de estas personas en LINAJES, aparecen las compilaciones de los usos y costumbres que los regirían. Así nacen entre otras: La Lex Salica, Lex romana Visigotoriun o Breviarium Alaricum, Lex romana Burgondionum, Lex Riburica, Lex Alemaunorium, Lex Baiuvariorum, Lex Saxomun, Lex Frisionum etc.

En Italia nunca dejó de aplicarse totalmente, el Código Justinia_

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 95

2).- Ibídem pag. 95.

neo (Corpus juris Civilis a partir del siglo XVI), pero su aplicación sufrió un -- fuerte retroceso ya que sólo se conocían por entonces la Instituta, las novelas y algunos extractos del Código.

La mayor parte de las "leyes Barbarum" son, a cual más, pobres-- en preceptos de Derecho Civil; contienen esencialmente elementos de Derecho-- Penal y de Procedimientos. Desprovistos de toda pretensión a la universalidad, -- reglamentaron sólo materias que por un motivo cualquiera habían tenido que juz-- gar, consignado su pensamiento en un texto formal.

Las leyes de esencia romana que consignamos, Lex Romana Visi-- gotorum - Breviarium Alaricum - y la Lex Romana Burgundionum, tienen de -- guía al Derecho Clásico en lo que toca a la teoría del acto jurídico y sus nul-- dades, al grado tal de que la noción de las nulidades romanas, subsistía aún -- con el mismo lenguaje y al amparo de las mismas instituciones.

La nulidad absoluta permaneció vinculada al carácter ilícito o in-- moral del acto jurídico, y al objeto imposible, en tanto que la nulidad relativa siguió siendo protegida por las acciones de dolo, de violencia, por la Restitutio in Integrum y las querelas inofficiosi testamenti, inofficiosi donationis e inoffi-- ciosi dotis. 1)

El Derecho Visigótico resume en su principio, la historia de la do-- minación gótica en España que plantea dos períodos perfectamente caracterizados

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 96

El Caudillismo militar y el Católico ó cuasicivilizado como lo llama Ricart en su historia general del Derecho.

El derecho Visigótico era costumbrista y no escrito, pero el contacto con la cultura romana contagió a éstos bárbaros que quisieron codificar su derecho para dar a sus normas precisión y estabilidad.

Así aparece el Codex Eurice (después del siglo V) que fué en realidad la primera compilación del derecho Castizo de los godos españoles, y que guardó como las leyes que le siguieron (Codex Revisus Leovigildi y Lex Romana-Visigothorum) el sistema de la personalidad de las leyes.

Sólo encontramos un derecho que se sale un poco del patrón romano que apuntamos: El derecho Germánico, en el que hay un predominio de la forma y el signo, con un acentuado sentimiento de la justicia que va más allá de la equidad romana. Mantiene un subjetivismo completo como contrario al objetivismo del derecho Latino, y tiene una tendencia absolutista mística derivada del concepto mismo de divinidad.

La Invalidez de los actos se regía por éste triple aspecto: cuando eran contrarios a las leyes; cuando eran cometidos por error o violencia y cuando eran celebrados por un incapacitado.

Al no alejarse de los ritos formalistas, el acto no tenía eficacia sino hasta que había pasado por el tamiz de la forma. Las nulidades que reconocía eran absolutas, carácter perfectamente acorde con el aspecto rígido del formalismo.

b) EL PERIODO FEUDAL

Nos situamos en los siglos IX a XV; una época en la cual predominaban las leyes territoriales, pero siempre tamizadas del derecho consuetudinario de las distintas regiones en donde tenían vigencia y aplicación cada conjunto de normas. En efecto, cada provincia, cada villa, pretende tener un aspecto jurídico propio, con la consiguiente incertidumbre por falta de leyes provistas de un sello oficial.

Siguiendo el sistema de las nulidades (absoluta y relativa) impuesto por el Derecho Romano, nos dirigiremos a tratar brevemente el concepto que se tuvo de ambas.

En relación a las nulidades absolutas se reglamenta lo que va en contra de las costumbres, el fraude a la ley y los actos ilícitos, o contrarios a las buenas costumbres.

El consentimiento y la intención subjetiva de las partes, es de primordial importancia para la validez del contrato, al grado de que además de manifestar válidamente la voluntad para obligarse el contratante, la intención no debía eludir en forma alguna a la ley misma o a las buenas costumbres.

1) No debía tratarse de defraudar la ley, lo que se daba cuando se respetaba el texto de la misma, pero, con medios indirectos, se eludía su espíritu. Al tomar en cuenta la intención de las partes, decimos que se tomaba en cuenta la

1) George Lutzesco op. cit. pág. 103

causa y por ésto se sancionaba a los contratos con causa inmoral, con condiciones imposibles e inmorales (el derecho no quiere que nadie se obligue a lo que ninguno puede hacer).

Siguiendo los lineamientos trazados por el Derecho Romano se consideraron como contrarios a las buenas costumbres los pactos sobre sucesión futura, porque no era posible especular los bienes de una persona viva, a menos -- que hubiera dado ésta su consentimiento 1); igual suerte corrieron las donaciones entre esposos, pues se consideró que mientras durara el matrimonio, la mujer no podía donar nada a su marido, pues había la presunción de que lo hacía por -- amor o por temor.2)

Por lo que toca a las nulidades relativas, campea para su aplicación el dolo (engaño) y la violencia (fuerza) y la minoridad. 3)

El dolo era limitado en cuanto al tiempo en que se podía ejercer (uno o dos años),4) destruía la obligación y restituía todo cuanto las partes se -- hubieran entregado. 5)

En relación a la violencia, había que probar que el consentimiento se dió bajo la presión, bajo la fuerza psíquica, bajo el medio provocado -- con ella por el acreedor. 6)

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 106

2).- Costumes d' Anjon et de Maine citado por George Lutzesco op. cit.pág. 106.

3).- George Lutzesco op. cit. pág. 107

4).- Ibídem pág. 108

5).- Ibídem pág. 108

6).- Ibídem pág. 109

La minoridad se refiere al principio de que todos los actos del menor serán nulos, y no podrá éste ser compelido a ejecutar una obligación, antes de llegar a la mayoría de edad. 1)

Hasta aquí los lineamientos generales de las nulidades que se nos presentan en el Período Feudal. Sólo insistimos que el lenguaje con el que -- eran designados varía del aquí utilizado, pero preferimos, por razón de método, y para evitar confusiones, utilizar la terminología que manejaremos en todo el cuerpo de éste trabajo.

c) ESCUELA DE LOS GLOSADORES Y LOS POST-GLOSADORES

La tendencia, manifiestamente expresada, de someter el Derecho Romano a una clara interpretación, a un amplio comentario en que las exigencias de la vida práctica no fueran siempre descuidadas, inició en la época feudal, el primer período por el que pasaron las instituciones romanas para permanecer dentro del derecho de las provincias.

En este marcado derrotero, encontramos con posterioridad el *Brachylogus juris civiles* y el *Petri Exceptionis legum Romanorum*. Haciendo un sus cinto análisis de las nulidades en estas obras diremos que:

Las nulidades absolutas se expresan de una manera constante con el vocablo "inutile" 2), y la intervención del juez no es necesaria para decla-

1).- *Ibidem* pág. 109

2).- George Lutzesco op. cit. pág. 111

rarla. Aparecían en relación a la cosa (res sacra o pública, o en su caso, de objeto jurídica o físicamente imposible). Sancionaba los actos ilícitos e inmorales y protegían los actos de los incapaces. El pupilo no podía obligarse sin la autorización de su tutor, ni el pródigo interdicto sin la autorización de su curador; todos, igual que el demente, estaban desprovistos del derecho de disponer de sus bienes, por no tener sentido de responsabilidad, que era propiamente el fundamento de la obligación. 1)

Por lo que ve a las nulidades relativas se conservan como sus causas el dolo, la violencia, la minoridad y la ineficiencia (testamento, donación y constitución de dote). 2)

El Derecho Romano con la débil representación que le aseguraba el Brachylogus y el Petrus, necesitó de la aparición de Imerio y sus seguidores (Martinus, Bulgarus, Alberici y Hugues) para que la legislación Justiniana volviera al camino de su soberanía. 3)

Se sometió entonces a la prueba de la crítica, el pensamiento jurídico de Roma, y así se disiparon muchas instituciones romanas que estaban antes rodeadas de velo del misterio. 4)

Así pues, captemos, aunque brevemente, el pensamiento de la Es

1).- Ibídem pág. 112

2).- Ibídem pág. 112

3).- George Lutzesco op. cit. pág. 113

4).- Ibídem pág. 113

cuela de Bolonia, para ir dibujando el cuadro que nuestro tema ocupó en su tiempo.

Para la sociedad, el espíritu de la ley y la sanción que se adecuaba a ella, era de primordial importancia, pero en cierta forma confundía lo que era contrario a la ley y lo que se hacía en fraude a la misma y esa confusión se extendió, inclusive, en el campo de la sanción. 1)

Las nulidades absolutas para IRNERIO se agrupaban en torno a una causam turpem. En efecto, "todo contrato que tenía una causam turpem, era ilícito, y como tal, ninguna obligación podía engendrar". 2) Se refiere igualmente a la capacidad de las partes, la que podía no existir en forma ya natural, o ya legal. 3)

El infante y el furiosus, estaban por naturaleza desprovistos de razón.

Por otro lado se encontraban aquellos que han sido excluidos del comercio jurídico, (por ejemplo, la capitis diminutio), los que por efectos de ley no podían gozar de los beneficios del derecho contractual. 4)

En cuanto al objeto de la obligación, que también consideró Irnerio como causal de la nulidad absoluta, debía ser natural y legalmente posible:

1).- Ibidem pág. 113

2).- Ibidem pág. 114

3).- Ibidem pág. 114

4).- George Lutzesco op. cit. pág. 114

cuela de Bolonia, para ir dibujando el cuadro que nuestro tema ocupó en su tiempo.

Para la sociedad, el espíritu de la ley y la sanción que se adecuaba a ella, era de primordial importancia, pero en cierta forma confundía lo que era contrario a la ley y lo que se hacía en fraude a la misma y esa confusión se extendió, inclusive, en el campo de la sanción. 1)

Las nulidades absolutas para IRNERIO se agrupaban en torno a -- una causam turpem. En efecto, "todo contrato que tenía una causam turpem, -- era ilícito, y como tal, ninguna obligación podía engendrar." 2) Se refiere -- igualmente a la capacidad de las partes, la que podía no existir en forma ya -- ya natural, o ya legal. 3)

El infante y el furiosus, estaban por naturaleza desprovistos de razón.

Por otro lado se encontraban aquellos que han sido excluidos del comercio jurídico, (por ejemplo, la capitis diminutio), los que por efectos de ley no podían gozar de los beneficios del derecho contractual. 4)

En cuanto al objeto de la obligación, que también consideró Irnerio como causal de la nulidad absoluta, debía ser natural y legalmente posible:

1).- Ibídem pág. 113

2).- Ibídem pág. 114

3).- Ibídem pág. 114

4).- George Lutzesco op. cit. pág. 114

las cosas que no existen, las sagradas o religiosas, las afectadas a un servicio - de utilidad pública, estaban fuera del comercio jurídico. 1) Pero al lado de este aspecto ilícito, la noción de cosas que no podían ser objeto de los contratos privados, comprendía las cosas que eran contrarias a la "equidad o a las buenas costumbres, a la cabeza de las cuales se encontró el pacto sucesorio". 2)

Hemos visto dos categorías hasta el momento, la primera referida a la persona de los contratantes o más bien a la capacidad que tenían para contratar, la segunda, referida al objeto de su obligación, y veremos una tercera, que posee algunas condiciones de carácter mixto. En ésta última categoría "hay que situar la estipulación sobre cosa ajena, la falta del consentimiento de las partes, sea sobre la cantidad o la materia del objeto, sea sobre las condiciones que pueden acompañar su obligación, y sobre todo, encuentran lugar aquí, las condiciones imposibles desprovistas de toda eficacia". 3)

Por lo que se refiere a las nulidades relativas, "La Escuela de Bolognia no rebasó el cuadro de sus predecesores, y se conforma simplemente con introducir un poco de orden". 4)

En esencia, Imerio fijó su atención sobre lo que caracterizó la nulidad relativa: " la posibilidad de ratificar los actos que no son nulos en su origen". 5)

1).- Imerio citado por George Lutzesco op. cit. pág. 114

2).- George Lutzesco op. cit. pág. 114

3).- Ibídem págs. 114 y 115

4).- Ibídem pág. 115

5).- George Lutzesco op. cit. pág. 116

Las aportaciones de la Escuela de Bartolo y de los post-glosadores del siglo XIV 1) se resumen de esta forma. El dolo sobre la causa principal del contrato, fué considerado como error que viciaba el consentimiento que lo hacía jurídicamente inexistente. Se distingue dos tipos de leyes, (estudiadas éstas desde el punto de vista de sus fines), leyes de utilidad pública y leyes de utilidad privada.

Por primera vez se señala la conveniencia de una declaración de nulidad mediante la intervención del Juez. Se observó que aún cuando ésta clase de contratos (absolutamente nulos), guardaban cierta apariencia de regularidad, debería, por un mayor sentido de justicia, facultarse a aquel que había cumplido con su obligación, a que concurriera ante el Juez para que pronunciara dicha nulidad y ordenara la repetición. Pero en realidad, la aportación más importante de Bartolo y sus seguidores, fué el hacer una clara y tajante distinción conceptual entre la nulidad absoluta y la relativa, fundamentando a la primera sobre bases de utilidad pública, y basando a las segundas como una sanción-favor concedida a una persona o a un grupo de personas limitativamente de terminadas.

d) EL PERIODO MONARQUICO

El constante evolucionar de los pensadores del derecho, permite

1).- Ibídem pág. 116 y 118

ron hacer a un lado la conservadora prudencia que había reinado, y aparece -- una reacción contra todo lo que tuviese origen romano; así vemos que la terminología de las ineficacias se modifica: a las nulidades Ab initio se les llama -- "Nulidad Precisa o Perpetua" por Dumoulin; "nulidad ex publicis causis" por Inbert; "nulidad Precisa, absoluta y radical" por Coquille; "Nulidad Original" por Domat; "Nulidad simplemente" por Autome, Despeisses y Mornac; "Nulidad por si misma" por Legrand Lonet y Brodem; "Nulidad Original, natural y substancial" por Peleus; "Nulidad de pleno derecho" por Barraud y Lelet. 1)

Lutzesco afirma que la más adoptada de las denominaciones transcritas fué la de Coquille "de nulidad absoluta o radical". Y el mismo autor nos consigna que inclusive la nulidad relativa cuyo término se debe a Bourjon, fué denominada, "causativa" por Coquille y "respectivas" por D'argentre.2)

La construcción interna de las nulidades no varió mucho, se limitó a seguir sin obstáculo el camino del pasado, con la terminología que le daba cada autor. Sin embargo la teoría de la causa y de la forma contribuyeron con sus nuevas y útiles investigaciones a la teoría de las nulidades. "Toda obligación debe de tener una causa," 3) y cuando ésta falta, la nulidad deberá de manifestarse. Cuando alguien paga por error, se puede demostrar que la obligación no

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 136

2).- Ibídem pág. 136

3).- Coquille citado por George Lutzesco op. cit. pág. 138

tenía causa o que se fundaba en una falsa causa, en cuyo caso el que paga -- tendrá el derecho de repetir lo pagado indebidamente. Igualmente aparece la sanción de nulidad absoluta, por el cumplimiento de las solemnidades requeridas para el otorgamiento del testamento, de la donación, de la autorización y del decreto necesario para suplir o completar la incapacidad del menor y de la mujer casada. La noción de orden público hace su aparición basada en la noción de interés público de la Escuela Bartolista.

No obstante la reacción ofensiva en contra del Derecho Romano, que se inició en el siglo XVI, y el espíritu de calma y reflexión que reinó en el siglo XVII, era imposible destruir el sólido encadenamiento de la lógica del espíritu romano que se proyectó en la pantalla de su Derecho; los autores podían modificar la denominación, pero nunca cambiar su contenido. La Doctrina romana, quizás no era la mejor, pero la simplicidad y nitidez de sus principios le aseguraron la perpetuidad. Así lo comprenden los autores del siglo XVIII e -- inician "una poderosa manifestación de colaboración y reconciliación". 1)

Es así como a finales del siglo XVII, se concluye por considerar dentro de las nulidades relativas a los vicios del consentimiento: el error, la -- violencia y el dolo. Se adopta el concepto de "Absoluta" expresado por Coqui -- lle, 2) adjetivo que resultó suficientemente amplio para comprender todo los as -

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 151

2).- Ibídem pág. 153

pectos de su contenido.

Los caracteres de imprescriptibilidad y de inconválidación, fueron sostenidos sólidamente considerando la carencia de efectos, ni respecto de las partes ni con relación a terceros.

En el Derecho Francés la base de esta carencia de efectos fué situada tras la barrera del interés público, y cuando se planteó el problema de saber si se requería la intervención del Juez o no, es cuando nace la "acción de declaración de nulidad". Por lo que se refiere a la nulidad relativa, los actos atacados de ésta, eran confirmables por la parte a quien lesionaban y la acción estaba limitada a un término de diez años desde la fecha de celebración del acto, transcurrido el cual ya no podía ser atacado, aunque por otro lado, en todo tiempo se podía usar la nulidad como excepción.

La innovación propia de la época se enfocó a hacer una distinción de las acciones.

La acción de declaración de nulidad se ejercía por lo que toca a las nulidades absolutas, la acción de nulidad se usaba para atacar los contratos cuya anulabilidad era consagrada por las Costumbres o por las Ordenanzas, y la acción de rescisión se usaba para atacar los contratos cuya anulabilidad la consagraban las reglas del derecho romano.

La acción de nulidad se limitaba a ocurrir ante el Juez competente, solicitando la anulación del contrato, y la acción de rescisión con -

origen y fundamento en la restitutio in integrum, funcionaba de una manera más complicada.

Como se apunta en éste período monárquico se hizo un esfuerzo - considerable para lograr una más adecuada sistematización.

Observamos pues, que apareció una acción específica para la nulidad absoluta; se diferenció la nulidad relativa de la rescisión y quedaron consagrados como causas de las nulidades relativas, los vicios del consentimiento.

Desde luego conviene notar que la teoría de las nulidades conservó siempre dos clases de sanciones según se tratara de una ley de utilidad pública o de interés privado. La sanción siempre aseguraba el respeto a la ley.

Es precisamente en todo éste esquema en el que los redactores del Código de Napoleón habrán de basarse para la elaboración de su obra como veremos en el capítulo cuarto de este trabajo.

CAPITULO III

EL DERECHO CANONICO

A).- POSICION DEL DERECHO CANONICO EN MATERIA DE NULIDADES.

Para tener un cuadro completo de la posición adoptada en el sistema jurídico en relación con las nulidades, no podemos ignorar la contribución del Derecho Canónico que ocupó un lugar importante en la formación de la teoría.

Por razones cronológicas debemos situarnos en este momento en la época feudal en la cual empezó a florecer la contribución del Derecho Canónico.

a) Si el Derecho, como hemos visto en el capítulo I, recibió -- del Jus Gentium una impresión más moral, más cercana a la justicia y a la equidad, podemos decir lo mismo del Derecho Canónico respecto al acto jurídico (1). Efectivamente, el Derecho Canónico mantuvo las investigaciones del derecho natural, fomentó sus manifestaciones, revistió al acto jurídico de un aspecto más moral, la buena fe de los contratos recibió un refuerzo extraordinario, la teoría de la causa adquirió caracteres sorprendentes bajo su impulso; hizo triunfar la justicia en la equivalencia de las prestaciones y la noción de justo precio de derecho contractual (2).

En la materia que nos ocupa, el Derecho Canónico propiamente - originó un conflicto. En efecto, cuando el Derecho Romano luchaba en su agonia, el derecho Canónico se esforzaba por "extender, conquistar y dirigir al mundo jurídico del futuro". (3)

(1) George Lutzesco op. cit. pág. 126

(2) Ibídem págs. 126 y 127

(3) George Lutzesco op. cit. pág. 127

Roma dejaba de existir, pero una nueva Roma, vitalizada por un espíritu religioso, quiso ocupar su trono y así gobernar para el mundo. Sin embargo su supremacía fué efímera, porque sus exageraciones (1) forzaron la tenaz resistencia de los representantes del Derecho Positivo.

Para observar el carácter exagerado que privó para los canonistas, veamos brevemente los argumentos que esgrimió el derecho canónico, frente a la lucha sorda que se entabló con el derecho positivo.

El derecho Canónico se atrincheró tras el juramento positivo haciendo valer frente a él la noción de la ilicitud con todas sus prohibiciones más o menos "vinculadas al interés de la Sociedad". (2)

Los teólogos pusieron también su contribución, dando al juramento un fundamento de "Cosa Sagrada" y con ello se transformó en un "Contrato Formalista" (3) que podía por sí mismo engendrar relaciones obligacionales, desde luego, bajo el control de la Iglesia; dentro del derecho de las obligaciones el juramento podía actuar por sí mismo, o como complemento de otro contrato.

El juramento promisorio, (el medio de obligarse sancionado y reconocido por el derecho Canónico), es un contrato perfecto desde que pasa por el tamiz de las palabras consagradas "per Deum juro et sic me Deus adjuvet", y después produce principalmente una obligación para con Dios y en forma secundaria una obligación frente al acreedor (4).

1).- Ibidem pág. 127

2).- Ibidem pág. 127

3).- Ibidem pág. 128

4).- Decisiones Capellae Tholosanae, questio 182 núm 7 obligatio dirigitur in Deum principaliter: ita quod Deus recipit obligationum in favorem partis. Citado por George Lutzso op. cit. pág. 128;

Así pues, si el deudor no cumplía con su obligación cometía desde luego un pecado y era castigado por Dios; por otro lado el acreedor podía hacer valer su derecho ante los tribunales eclesiásticos, derecho que por otra parte era imprescriptible. (1)

La sencillez del juramento y la seguridad con que estaba respaldado, explica fácilmente la enorme rapidez con que el juramento se fue extendiendo tomándole la delantera a los contratos de derecho positivo; al desbancar virtualmente a esos contratos de derecho positivo, se observó que los tribunales laicos perdían gran parte de su competencia, y sin duda alentados por esa creciente y absoluta conquista el Derecho Canónico se permitió lanzar una afirmación que le fué fatal; la doctrina canónica sostuvo que el juramento era, en sí, aún más fuerte que la ley (2). Atacado el derecho positivo en lo que tenía de máspreciado, en la razón misma de su existencia: la ley, lanza una ofensiva que ocasionó una serie de razonamientos adoptados por los canonistas y de respuestas de los defensores del derecho privado.

Los canonistas presentan al juramento como el aro mágico en que al pasar el acto civil dejaba todos los defectos que pudieran invalidarlo, hacerlo ineficaz. Sólo frente al dolo y en contra de las buenas costumbres el juramento carecía de eficacia (3). Sin embargo el problema no se había planteado

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 128

2).- Ibídem op. cit. pág. 128

3).- George Lutzesco op. cit. pág. 129.

aún, con toda la importancia que efectivamente tuvo. Fue cuando el juramento se agregó a un contrato civil con el fin de garantizar mejor su ejecución confirmando y representando la obligación civil, cuando el problema se presentó en toda su integridad. Así surgió la cuestión: ¿puede hacer el juramento desaparecer un vicio civil que se opone a la eficacia de un acto jurídico? ¿puede el juramento confirmativo hacer fracasar las sanciones de la ley? (1).

Para el Derecho Canónico la obligación nacida del juramento era la única posible de tener en cuenta, porque era principal en relación con el contrato civil que solamente era accesorio (2). La nulidad misma del contrato le era indiferente al Derecho Canónico, pues si el juramento existía, la fuerza de la obligación moral se encontraba en éste que era perfectamente válido, y no en el contrato, que la ley civil pudiera sancionar de ineficaz.

El argumento del derecho privado, no podía hacerse esperar y alzó su tesis diametralmente opuesta.

El contrato es el fundamento, la verdadera fuente de la obligación constituye lo principal y el juramento es lo accesorio; y si el contrato es nulo el juramento confirma la nada y no se le puede tener por eficaz (3).

Parecía la cuestión haber entrado a un laberinto en donde no se vislumbraba la salida.

1).- Ibídem pág. 129

2).- Ibídem pág. 129

3).- Ibídem pág. 130.

Los argumentos en pro de cada una de las tesis fueron numerosos -

Se necesitó de la llegada de Bartolo para desenmarañar una cuestión tan complicada.

Bartolo (siglo XIV) inició sus argumentos refiriéndose a la importancia que debe concedérsele a una ley como medio destinado a asegurar con sus disposiciones el bien de la colectividad representada por el Estado, depositario de todos los derechos civiles (1). Refiriéndose a las dos clases de leyes, -- Bartolo como hemos visto, las justifica por el interés público o por el interés privado, y trata desde este punto de partida de elucidar el carácter de la prohibición (2). Así distingue las prohibiciones que se refieren a la materia de los contratos, determinando el interés que se protege y concluye que el juramento no puede infringir las posiciones concernientes a la utilidad pública, por estar restringida su autoridad a las que impliquen la protección de un interés privado(3).

Así el juramento no puede dar validez a un contrato que persiga un fin ilícito, un contrato que tenga como objeto un pacto sobre sucesión futura o sea contrario a las buenas costumbres. (4). Tampoco puede producir efectos -- por sí solo, tratándose de actos solemnes, ni tampoco cuando hay un vicio en el consentimiento.

1).- George Lutzesco op. cit. pág. 130

2).- Ibídem pág. 130

3).- Ibídem pág. 130

4).- Ibídem pág. 130.

Concluyendo, "el juramento no puede influir para nada en los contratos nulos". (1)

Como quiera que sea, el mérito del Derecho Canónico fué iniciar la discusión en torno a la naturaleza del fundamento mismo de la obligación y le imprimió sin lugar a dudas un sello que a partir de entonces ya iba a ser definitivo, el sello moral sobre el acto jurídico, la noción de la causa ilícita, el elemento de la buena fé y los efectos concedidos al consentimiento iban a ser ya - imborrables en la elaboración de las leyes y de las decisiones jurídicas.

b).- Los actos que de acuerdo al Derecho Eclesiástico se consideraran inválidos, deben anularse por sentencia judicial, a instancia de la parte lesionada, o de oficio, de acuerdo al procedimiento establecido en los C. 1648 - 1689. (2)

"El error hace inválido al acto si versa sobre la sustancia del mismo o sobre una condición sine qua non" (3). En los demás casos el acto es válido.

Cuando el Derecho Canónico establece que se debe pedir el consentimiento de un tercero para llevar a cabo un acto, quien obre en contra de ello realiza un acto nulo; si se establece que se deba pedir sólo consejo, basta para la validez que se escuche la opinión de aquel a quien se deba pedir, pero al actuar se puede apartar de ésta, despues de haber reflexionado. (4)

En general para la validéz de los contratos se establece en el De

1).- Seraphus de Seraphinus citada por George Lutzesco op. cit. pág. 131.

2).- Nociones de Derecho Canónico; Universidad de Navarra Pamplona 1964.
Vicenzo del Giudice

3).- Ibídem pág. 58.

4).- Ibídem pág. 59 y 59.

recho Canónico : a).- Capacidad de las partes b).- Ausencia de vicios de consentimiento c).- Objeto jurídicamente lícito, y d).- Forma prescrita.

B).- LA NULIDAD DEL MATRIMONIO PARA EL DERECHO CANONICO.

Entramos de lleno y con el antecedente que hemos elaborado, a la esfera del matrimonio, pero permítasenos aún, dar en pinceladas breves, una-suscinta idea de ésta materia en el Derecho Canónico.

Su Santidad Pío XI dijo: "El Matrimonio no fué instituído ni res-taurado por obra de los hombres sino por obra divina, no fué protegido, confir-mado, ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios y por tan-to sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al-acuerdo contrario de los mismos cónyuges" (Encíclica Casti Connubi "Ediciones - Paulinas, S.A.," Pág. 5 y 6 .- México 1961).

Este carácter divino podemos encontrarlo al remontarnos a las pa-labras narradas en el Génesis Capítulo segundo... "dijo también el Señor Dios:- no es bueno que el hombre esté sólo hagámosle ayuda semejante a él, y así el - Señor Dios hizo caer en Adán un profundo sueño, y habiéndose dormido tomó una de sus costillas y formó el Señor Dios, la costilla que había tomado de Adán, - en mujer y llevóla a Adán y bendíjoles Dios y dijo: Creced y multiplicaos y hen-chid la tierra, sojuzgadla, y tened señorío sobre los peces del mar y sobre las - aves del cielo y sobre todos los animales que se mueven sobre la tierra".

Además del carácter divino mencionado, cabe explicar que el ma-trimonio es considerado como contrato.

En efecto Migueles Alonso Cabrerros (1) nos dice que el Matrimonio es un contrato; y por consiguiente, el consentimiento de las partes es absolutamente necesario por derecho natural (2).

La "Comisión de Intérpretes del Código" considera que el Matrimonio "es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos".

Más aún, el Matrimonio tiene un carácter especial en relación con lo manifestado; esto es : "El Matrimonio es un Sacramento".

Desde el momento que prestan los fieles el consentimiento para el matrimonio... "abren para sí mismos el tesoro de la gracia sacramental, de donde han de sacar energías para cumplir sus oficios y obligaciones, fiel, santa y perseverantemente hasta la muerte... Porque este sacramento no sólo aumenta la gracia santificante, principio permanente de vida sobrenatural, sino que añade peculiares dones, disposiciones y gérmenes de gracia, elevando y perfeccionando las fuerzas a fin de que los cónyuges puedan no solamente entender, sino íntimamente saborear, retener con firmeza, querer con eficacia, y llevar a la práctica cuanto pertenece a la condición del matrimonio a sus fines y a sus deberes, concediéndoles, además, derecho al actual socorro de la gracia, siempre que la necesiten, para cumplir con las obligaciones de su estado" (Casti Connubi op.cit. pág. 22).

1).- Migueles Alonso Cabrerros.-Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria Texto Latino y Versión Castellana con Jurisprudencia y Comentarios.- Biblioteca de Autores Cristianos Madrid 1957.

2).- Migueles Alonso Cabrerros op. cit. pág. 407.

Además, por otro lado, podemos abundar:

"Cristo nuestro señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no -- puede haber contrato matrimonial válido, que por el mismo hecho no sea sacramento" (C. 1012).

Con ésto se indica que de simple contrato natural, el matrimonio fué elevado por Cristo nuestro Señor, a propio y verdadero sacramento, pasando a ser, en el orden sobrenatural, una representación de la unión de Cristo con la Iglesia (1).

Cabe adelantar que el matrimonio cristiano no cambió por tanto - su naturaleza de contrato, sino que elevado al orden sobrenatural, asumió la naturaleza de signo sensible que produce efectos espirituales, ésto es, de aumento de la gracia santificante y de la gracia propia de éste sacramento, dando al alma de los cónyuges la ayuda necesaria para cumplir dignamente la misión de engendrar y educar cristianamente a la prole y de vivir en mutua fidelidad y concordia y de descansar, según la bella expresión del catecismo romano: "Unidos en el vínculo del amor mutuo, del afecto recíproco, huyendo de pldceres ilícitos y guardando immaculado el lecho de su honorable unión" (2).

Así, pues, diremos que para el derecho, inclusive el Canónico,

1).- Pág. 184 Giudice op. cit.

2).- Pág. 183 y 184 Giudice op. cit.

"se entiende por matrimonio la unión íntima y estable entre un hombre y una mujer, dirigida a la procreación y educación de la prole, a la ayuda mutua y a la moderación natural de los impulsos sexuales mediante la integral espiritualidad de ambas personalidades y la satisfacción de los instintos sexuales" (1). El hombre y la mujer se conceden recíprocamente en las formas legítimas, el derecho a los actos necesarios para la procreación de la prole y se obligan a vivir juntos en la sociedad conyugal para la realización de los fines éticos y sociales para los cuales se constituye ésta sociedad, (2) que tiene, al menos para el dere-cho Canónico y para algunos otros derechos civiles, como el español y el italia-no, el carácter de indisoluble.

De todo lo anterior, nos encontramos en posición de deducir que el matrimonio, como contrato que es, se integra con ciertos elementos, sin cuya participación no puede ser considerado válido, como son: El hombre y la mujer que lo realizan; El Objeto, que es el cuerpo de los contrayentes sobre el cual se ejercen sus altos fines, fines que por otra parte no son modificables o renunci-ables y por último: El consentimiento libremente manifestado, sin vicios, mutuo- y recíproco. Todo ello, desde luego manifestado legítimamente, como la ley - lo ordena, bajo la forma llamada Tridentina.

Presentada, aunque brevemente, la base del Matrimonio para el - Derecho Canónico, que a su vez es base de muchas otras legislaciones, haremos

1).- Giudice op. cit. pág. 181

2).- Ibídem pág. 181

una pequeña advertencia, antes de continuar con nuestro estudio.

En la doctrina jurídica católica se habla siempre de nulidad. No se establece la figura de la inexistencia, aunque debemos decir que la terminología de las nulidades que se emplean en las diversas obras consultadas, a menudo emplean el término "inexistente, o no existente", aunque estamos convencidos, más que para consagrar dicha teoría (de la inexistencia), para hacer más clara y tajante la distinción entre un matrimonio válido y uno inválido. Como quiera que sea, en el cuerpo de nuestra exposición demostraremos la confusión a que nos referimos, tratando de no torcer la interpretación que debe darse a cada cita que tratamos.

En efecto, la clasificación de las condiciones para contraer matrimonio que estipula nuestro derecho, según sean esenciales para la existencia del matrimonio (diversidad de sexos, consentimiento de los contrayentes, celebración ante un funcionario civil) o para su validez (capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, etc.) y por tanto la distinción que suele hacerse entre matrimonio inexistente y matrimonio nulo, con carácter absoluto o relativo, no se adopta en el Derecho Canónico, el cual no distingue entre matrimonio inexistente y matrimonio inválido (llamado también sin que la diversidad de nombres altere el significado, *inefficax, irritum, nullum*, ver por ejemplo C 1015 número 4, 1069 número 2, 1070 número 1, 1083 número 1 etc.), sino que se refiere en todo caso, en lo que se refiere a un matrimonio aparente (que adolezca de la falta de requisitos para la validez, y que no puede ser sanado de por sí-

con el transcurso del tiempo), la declaratoria nullitatis, como acción declarativa, que puede ser promovida en cualquier tiempo durante la vida de los presuntos - cónyuges, por quien en cada caso tenga derecho.

No parece tener fundamento el intento de algunos tratadistas, de distinguir los matrimonios inexistentes de los nulos, según que la invalidez dependa de impedimento de derecho divino o de derecho humano y que, por tanto, - puedan ser o no convalidados, porque tanto en uno como en otro caso, faltaría el carácter sacramental, que constituye la esencia del matrimonio entre bautizados.

EL CONSENTIMIENTO

Con fundamento en el canon 1081, la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento de las partes, por el cual una y otra se otorgan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo, en orden a los actos aptos por sí mismos, para la generación de la prole. Sin este consentimiento - (verdadero, deliberado, mutuo, manifestado legítimamente, entre personas capaces,) el matrimonio es nulo.

Puede existir un defecto, un vicio del consentimiento o de la voluntad que hagan imposible el consentimiento mismo. A este respecto deberá examinarse con detenimiento dicho defecto, con el fin de conocer si ha existido en la voluntad del sujeto, y si, por último, puede invalidar el matrimonio.

Ahora bien, el consentimiento debe estar dirigido a la realización de los fines del Matrimonio. Debemos aclarar que no es necesario que los com-

trayentes conozcan perfectamente las propiedades esenciales del matrimonio, sus fines mismos, que conozcan la unidad e indisolubilidad del mismo, o la dignidad sacramental de que está revestido, sino que basta que los contrayentes sepan al menos, que el matrimonio es una sociedad permante, entre un hombre y una mujer para engendrar hijos. (1)

La ignorancia de este aspecto no es presumible salvo prueba en contrario, despues que los contrayentes han llegado a la pubertad.(C 1082 y 1084).

Los fines del matrimonio a los que debe enfocarse el consentimiento de los cónyuges, son:

Procreación y educación de la prole como fin primario, y como secundario, la ayuda mutua y el servir de remedio a la concupiscencia.

Giudice, confunde la terminología de la nulidad, llamando inexistente a un matrimonio, "si se tiene la voluntad firme de contradecir uno sólo -- de los fines del matrimonio" y en seguida concluye utilizando la terminología -- apropiada al decir: "Si los contrayentes tienen esa intención excluyen el consentimiento necesario para el negocio, y hacen inválido el matrimonio" (2).

De esta manera, quienes contrajesen matrimonio con el propósito de no tener hijos, contraerían inválidamente matrimonio, porque el consentimiento no se da por deficiencia de la voluntad de una de las partes (C. 1080 fr. II).

Si queremos abarcar aún más el concepto de nulidad, basta con que profundicemos un poco en la teoría del consentimiento matrimonial. Ya hemos visto que es la "causa efficiens matrimonii" "qui nulla humana potestate ."

1).- Miguelez Alonso Cabrerros op. cit. 407 C.1083

2).- Op. cit. pág. 189 en comentario al C. 1086 No. 2.

suppleri valet", con tal de que no obste ningún impedimento de los llamados - dirimentes (que veremos en su oportunidad), las partes sean jurídicamente capaces, y el consentimiento se manifieste con las formalidades que la ley establece (1).

La voluntad debe ser concorde, efectiva y declarada de ambas partes, de concederse y aceptarse recíprocamente el "ius in corpus, perpetum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem" y su objeto es la "mutua traditio et acceptatio" del "ius in corpus" (2).

Si una sola de las voluntades es deficiente, hace inválido el contrato matrimonial (como contrato y como sacramento C. 1012) aunque en aparientia sea válido. Ya veremos cual es el procedimiento para que la certeza de la invalidez del matrimonio, sea declarada por el Juez competente. En realidad, dicha declaración tiene el efecto de probar la invalidez del matrimonio erga omnes, y mientras se da esta declaración el matrimonio inválido continúa protegido por el "favor iuris" (3).

Se impide la constitución del matrimonio cuando falta la capacidad natural de entender y querer, aunque sólo sea de una de las partes. En efecto, si aparece un defecto de la voluntad ó del conocimiento, "por causas patológicas permanentes o transitorias (o de otro tipo) el matrimonio no puede con

1).- Giudice op. cit. pág. 231

2).- Ibídem op. cit. pág. 231 C. 1081 No. 2

3).- Ibídem op. cit. pág. 232.

cluirse válidamente" (1). Por supuesto que para concluir acerca de la falta - - del consentimiento y decidir por tanto, respecto de la validez del matrimonio, - habrá que examinar en cada caso concreto, hasta qué punto se presentó el - - - defectus cognitionis ó el defectus voluntatis; es decir, si faltó en el sujeto habitualmente (el conocimiento o la voluntad) o actualmente, y en mayor o menor grado ("lucida intervalla") la capacidad para llevar a cabo el matrimonio(2).

Por otra parte existen casos en los que "la manifestación de la voluntad de uno o ambas partes, aún dirigiéndose aparentemente a dar origen al matrimonio, no corresponde (involuntaria o voluntariamente) a la voluntad real, la cual en cambio tiende a excluir el matrimonio" (3).

Así observamos que en materia matrimonial importa que "prevalezca la verdad", incluso acerca de la voluntad interna, (que debe coincidir con la externa) para que se considere válido un matrimonio (4).

Este desacuerdo entre la intención y la manifestación puede tener lugar:

a).- Involuntariamente.- Si una de las partes quizo decir "no" - pero dijo "si", o el signo de manifestación negativa fué interpretado como una afirmación (5).

b).- Voluntariamente.- Cuando se da el consensus fictus; es decir

1).- Giudice op. cit. pág. 232

2).- Giudice op. cit. págs. 232 y 233

3).- Giudice op. cit. págs. 233 y 234

4).- Giudice op. cit. pág. 234

5).- Giudice op. cit. pág. 234

cuando la discordancia entre intención y declaración es conciente y querida; - situación que comprende varias hipótesis : que la declaración de voluntad no se haya hecho seriamente (en escena o con fines didácticos); con reserva mental, cuando una parte no quiere y pretende excluir lo que declara querer; o bien - con simulación. En estos casos (los dos últimos de los cuales, la reservatio - mentalis, o simulación unilateral y la bilateral se confunden generalmente en un sólo caso, "simulatio totalis", ya que realmente su distinción carece de consecuencias de relieve en cuanto a la invalidez del matrimonio) la parte (o las partes) que manifestó la voluntad de contraer matrimonio no tuvo la intención de hacerlo, sino que, por el contrario, quiso positivamente excluirlo (1).

Hay casos en los que a pesar de que la manifestación de voluntad corresponde a la intención, se quiere al mismo tiempo excluir la función específica del matrimonio, es decir sus fines, sus propiedades o las obligaciones inherentes al vínculo (2).

Es decir se desea excluir el ejercicio al "ius in corpus", o se ha querido excluir una de las propiedades esenciales del matrimonio cristiano: la indisolubilidad (3). Para el Derecho Canónico es doctrinalmente exacta la tesis de que es posible que se de la nulidad del matrimonio "ex capite intentionis contra substantiam", incluso en el caso de que la intentio no esté basada en --

1).- Giudice citando a Santo Tomás S. th, III pág. 235 op. cit.

2).- Giudice op. cit. pág. 236

3).- Giudice op. cit. pág. 236

una condición, ni siquiera unilateral y tácita "contra substantiam" Canon 1092 No. 2. Sin embargo en la práctica es muy difícil distinguir entre intentio y - conditio, contra matrimonii substantiam. (1) Por tanto cuando se prueba que en el sujeto existía la intención concretada en un acto positivo de voluntad de excluir uno de los fines, propiedades, u obligaciones inherentes al matrimonio, el vínculo es nulo.

Por otro lado, cuando la intención está de acuerdo con la declaración, aún así el matrimonio puede ser inválido porque haya estado viciado el consentimiento. Es decir "la voluntad que se concretó en aquel consentimiento, se formó bajo influencias que la desnaturalizaron" (2).

Esto puede suceder por error:

"El matrimonio es inválido cuando hay un error de hecho, sobre todo cuando se refiere directamente a la identidad de la persona" (3).

Igualmente es inválido el matrimonio, cuando hay error acerca - - de la cualidad de la persona con la que se contrae matrimonio. Aclaremos que no todos los errores acerca de la cualidad de la persona con la que se contrae - matrimonio hacen inválido al matrimonio. En efecto la nulidad se produce sólo: a).- Si el error de la cualidad redunda (es decir se resuelve) en error en la persona y b).- Si se trató de error acerca de la cualidad de una persona a la que

1).- Giudice op. cit. pág. 236

2).- Giudice op. cit. págs. 237 y 238

3).- Ibídem pág. 238

se cree libre y en realidad es esclava (1). Este último supuesto, en nuestro Derecho no tiene ejercicio, pero sí lo tiene en aquellos países en donde existe la esclavitud.

La violencia y el miedo son otros de los vicios en que puede caer el consentimiento matrimonial para el derecho Canónico.

La violencia a que se refieren, además de la física o la material es la que se denomina moral, que se origina cuando se ejerce una amenaza de daño sobre alguno, para inducirlo a querer y a declarar querer, lo que no habría querido ni declarado querer sin la presión psíquica y el temor del mal amenazado (Canon 103 No. 2).

Esta violación que determina el miedo o el temor debe provenir del exterior, ser grave, ser injusto y finalmente debe ser tal que el sujeto no pueda librarse del mal amenazado sino contrayendo matrimonio (Canon 1087 No.1) Si en cualquiera de éstos requisitos falta la violencia (moral) entonces no se invalida el matrimonio. Es decir para aclarar un poco más los conceptos, podemos decir que no se hace inválido el matrimonio celebrado por un temor producido por una amenaza leve y no inminente o derivado de amenazas justas como lo sería la aplicación de una ley (por ejemplo en el caso que se amenace con la denuncia al juez a quien haya cometido un delito carnal para el cual el matrimonio es causa de extinción). Tampoco lo hace inválido según el canon 1087 No. 2, el producido por la amenaza de un mal que pueda evitarse sin la

1).- Giudice op. cit. pág. 239 en comentario al canon 1083.

necesidad de contraer matrimonio.

Para el matrimonio canónico el consentimiento puede ser expresado por uno o por ambas partes bajo condición, es decir que la validez del consentimiento, incluso en el campo jurídico, haya sido subordinada al cumplimiento de una determinada circunstancia positiva o negativa (1).

LOS IMPEDIMENTOS

Por otra parte, debemos observar que el matrimonio debe ser celebrado por personas hábiles, es decir que tengan plena capacidad para celebrarlo. Esta capacidad por ley natural o humana puede encontrarse limitada y esas limitaciones reciben el nombre de impedimentos, mismos que pueden invalidar al matrimonio, según su caso, o pueden hacer que la celebración llevada a cabo sea ilícita.

En relación con lo anterior observamos el canon 1035 que dice - que pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se los - prohíbe.

Los impedimentos a que nos referimos pueden ser de dos clases:

a).- IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES.- Son aquellos que contienen una prohibición para contraer matrimonio, prohibición que es de carácter grave, pero que en el caso supuesto de que se celebrara el matrimonio, no obstante el impedimento, no se ataca su nulidad, sino tan sólo lo hace ilícito.

1).- Giudice op. cit. pág. 243.

b).- IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.- Son aquellas que no sólo - prohíbe gravemente que se contraiga matrimonio sino que impiden también que se contraiga válidamente.

Estos impedimentos son fijados según su fuente por el derecho natural divino, el derecho natural o positivo, y por el derecho eclesiástico o humano. Ejemplo de un impedimento cuya fuente tenga el derecho divino, puede -- ser el voto de castidad perfecta. Ejemplo del derecho natural, puede ser el de impotencia o la unión con un lazo de parentesco consanguíneo en primer grado.

IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

Desde el punto de vista de su eficacia jurídica ya los hemos clasificado en impedientes y dirimentes y haciendo un breve estudio de cada uno de ellos empezaremos por los impedientes, los que se pueden clasificar en : impedimentos de Voto Simple, impedimentos de Religión Mixta; y en algunos casos el de parentesco legal que puede ser impediente o dirimente, según el caso (1).

EL IMPEDIMENTO DE VOTO SIMPLE.- Consiste en el voto de virginidad, de castidad perpetua, de no casarse, de recibir las órdenes sagradas y de entrar en religión. (Canon 1058) (2).

Es un impedimento que tiene su fundamento en el derecho divino, porque el voto no es otra cosa que la promesa que se hace a Dios de cumplir - un bien posible por virtud de la religión.

1).- Giudice op. cit. págs. 213 y 5.

2).- Ibídem pág. 213.

Estos votos, observamos claramente, se oponen a los fines del -- matrimonio y por derecho natural el matrimonio que se celebre en esas condiciones es ilícito.

Según el canon 1312, puede cesar el impedimento, si la causa del mismo es suprimida, ya por anulación del voto, ya por la dispensa y en algunas ocasiones por el mismo derecho.

IMPEDIMENTO DE RELIGION MIXTA.- Este impedimento se refiere a que la Iglesia Católica prohíbe la unión matrimonial de personas bautizadas, de las cuales una sea católica y la otra esté afiliada a una secta acatólica pero cristiana (1).

Si existe peligro de corrupción del cónyuge católico no se concede la dispensa correspondiente.

La dispensa puede ser concedida sólo cuando existen:

- " a).- Causas justas, graves, urgentes que pueden ocasionar al cónyuge católico mayores males que dar la debida dispensa, pero para ésto exige la Iglesia Católica que se otorgue caución.

b).- La caución concedida debe ser por parte del cónyuge no católico, asegurando que no causará la perversión a su compañera (o compañero), asegurando que bautizarán dentro de la Iglesia Católica a todos sus hijos y que católicamente los educarán.

c).- La caución que se da debe ser cierta, (firme o completa). Pero es incuestionable que debe, inclusive, añadirse la exhortación al cónyuge-

1).- Giudice op. cit. pág. 214.

católico para que actúe con prudencia procurando la conversión del cónyuge --
acatólico." -(1).

El canon 1063 ordena que aún habiendo concedido dispensa por
"mixta religion", no pueden los cónyuges, ni antes, ni después de contraerla -
ante el Ministerio de otro culto a otorgar o renovar ante él, el consentimiento
matrimonial. Si el Párroco de antemano sabe que se celebrará una ceremonia-
católica de éste tipo no debe asistir a su matrimonio, o debe de dar aviso de
ello al Ordinario.

IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

Respecto de los Impedimentos Dirimentes el derecho canónico los
establece en sus cánones 1067 a 1080 y el canon 16 establece que la existen--
cia de alguno de ellos hace inhábiles a las personas afectadas por éstos para - -
contraer válidamente matrimonio, sea que los conozcan o no.

LA EDAD.- Es el primero de los impedimentos que se tratan en
el Codex Canónico; el canon 1067, es el que establece que el varón que no
ha cumplido 16 años y la mujer que no ha cumplido 14 años, no pueden con--
traer matrimonio válidamente; esto se funda en que el fin principal del matrimo-
nio es la procreación, y existe la presunción de que sólo hasta esa edad se es-
tá en posibilidad de cumplir con él.

La dispensa rara vez se concede y sólo cuando se comprueba la
existencia de una causa razonable.

1).- Ibídem pág. 214.

Lógicamente el impedimento cesa con el transcurso del tiempo -- pero no se convalida por el simple transcurso de éste, sino que es preciso realizar la convalidación al tenor de los cánones 1113-1135 que posteriormente trataremos.

LA IMPOTENCIA.- Debe ser anterior al matrimonio y además -- perpetua o incurable, es decir que no haya posibilidad de hacerla desaparecer. El canon 1068 en su párrafo primero, claramente expresa, que por el hecho de que un cónyuge conozca la impotencia del otro, no por eso deja de existir el impedimento dirimente.

La impotencia dudosa de acuerdo con el párrafo segundo del canon 1068, no es impedimento para el matrimonio, el cual sólo podrá ser disuelto una vez probada la inconsumación (matrimonio rato no consumado), o declarado inválido si se prueba la impotencia.

La esterilidad cierta no es impedimento para el matrimonio, (si se puede realizar la cópula perfecta).

Por ser un impedimento de derecho natural, es lógico suponer que no procede la dispensa.

EL IMPEDIMENTO DE VINCULO ANTERIOR NO DISUELTO.- Es consagrado por el canon 1069.

La disolución del matrimonio anterior, debe de constar legítima y ciertamente, para que el nuevo matrimonio no se invalide.

La disolución del matrimonio consumado entre bautizados sólo se -

lleva a cabo con la muerte; a veces no se puede tener la certeza de la muerte de alguna persona y la Santa Sede ha permitido "el tránsito a otras nupcias"(1) cuando exista la presunción de muerte de un cónyuge y aunque éste caso revis_ te especial importancia para el Derecho Canónico, nos limitaremos a decir, que si acaso siguiendo las instrucciones de la Santa Sede se haya permitido a un -- cónyuge contraer nuevo matrimonio por la presunción de muerte y el cónyuge re_ gresara, se considera plenamente válido el primer matrimonio y el segundo debe ser considerado como matrimonio putativo (produce efectos jurídicos favorables - para los hijos procreados, es decir, que los considera legítimos).

IMPEDIMENTOS DE DISPARIDAD DE CULTOS.- Es el impedimen_ to que se da cuando quiere contraer matrimonio un bautizado en la Iglesia Ca_ tólica y un infiel (no bautizado).

Este impedimento por ser de origen eclesiástico es dispensable. Son aplicables a este impedimento las disposiciones establecidas para la dispen_ sa del impedimento de "Mixta Religion", el cual se trató anteriormente, (exis_ tencia de Justae et graves causas; prestación de "cauciones": C-1061 y 1071 (2)

Teniendo en cuenta los Cánones 1016 párrafo 2o., 1070 y 1071 po_ mos decir que este impedimento sólo afecta a los católicos (anteriormente ligaba también a los protestantes).

1).- Cónon 1053

2).- Comentado por V. Giudice op. cit. pág. 224.

Podemos concluir diciendo:

Entre dos católicos de los cuales uno o ambos están bautizados du
dosamente, el matrimonio es válido mientras no se averigüe con certeza que algu
no de ellos no está bautizado.

Entre un católico y un hereje de los cuales el primero está cierta
mente y el segundo dudosamente bautizado, se tiene como válido el matrimonio
mientras no conste con certeza que el católico está bautizado y no lo está la-
otra parte.

Entre dos herejes, ya sea cierta, ya dudosa, ya nulo su bautismo,
siempre es válido el matrimonio.

El matrimonio entre una parte infiel y otra fiel mediando dispensa
del impedimento dirimente de disparidad de cultos que más adelante trataremos-
puede considerarse como sacramento. Algunos autores niegan esta cualidad al -
matrimonio celebrado en estas condiciones porque alegan que el matrimonio es -
válido o inválido para ambas partes y que si no puede ser sacramento para la par
te infiel por la falta del bautizo, tampoco puede serlo para la parte bautizada.

La corriente contraria sostiene que si en uno de los contrayentes
existe la condición objetiva necesaria para el sacramento, mientras que en el --
otro ésta condición falta, puede el mismo contrato tener en el uno, efectos es-
pirituales de gracia, mismos que en el otro no puedan verificarse; inclusive ale
gan que aún cuando ambos cónyuges sean fieles, el efecto de la gracia puede ser
diverso en uno y en otro cónyuge, según las condiciones y disposiciones de cada
uno.

En tercer sitio, consideramos que el matrimonio contraído entre infieles llega a ser verdadero y propio sacramento en el caso de que los cónyuges se conviertan.

Algunos lo niegan observando que el antiguo contrato matrimonial no constituye el actual signo sensible del sacramento; y entre éstos, algunos creen que el sacramento podría existir como una renovación del consentimiento por parte de los cónyuges. Esto es propiamente dicho, la celebración de un nuevo matrimonio.

Los más opinan, en cambio, que en el caso en cuestión el matrimonio llega a ser sacramento, apoyándose no solamente en textos de la escritura, sino también partiendo de la consideración de que el matrimonio entre éstos -- cónyuges que después llegan a ser cristianos, no puede dejar de ser considerado sacramento por la iglesia, y que por otra parte no es posible pensar que Dios quiere negar la gracia sacramental a los cónyuges que se hacen cristianos y que se proponen vivir como cónyuges cristianos, por lo que opinan que el bautismo que reciben, al realizar la condición de validez que faltaba para el pasado, -- hace que el matrimonio asuma la perfecta significación de la unión de Cristo con la Iglesia. Dentro de ésta opinión encontramos la corriente que considera que el matrimonio contraído en la infidelidad, puede llegar a ser sacramento para el cónyuge que se convierta, si éste persiste en su consentimiento, o puede contraer nuevas nupcias, incluso durante la vida del cónyuge que ha permanecido en la infidelidad, en caso de no renovar su deseo de permanecer unido en el anterior vínculo.

Creemos que estas soluciones propuestas no son armónicas de acuerdo al razonamiento siguiente: existe una indivisibilidad entre contrato y sacramento según el C.1012 anteriormente nombrado, el cual afirma que el vínculo matrimonial entre bautizados no puede surgir más que con el sacramento o según las normas que regulan esta institución derivadas del Derecho Divino natural y del Derecho positivo, y según las que establece el Derecho Canónico humano. De éste Cónon (1012) se deduce a contrario sensu que para la iglesia el contrato matrimonial entre los no bautizados permanece todavía, como lo era para todos los hombres antes del advenimiento del cristianismo, regulado fundamentalmente por el derecho natural y por las legislaciones civiles o las costumbres sociales consolidadas como derecho, que no estén en oposición con el derecho natural. El matrimonio entre infieles, contraído de acuerdo con el derecho natural está regulado también en lo que se refiere a las formalidades y a la disciplina positiva, por las legislaciones civiles vigentes en cada lugar, y es por consiguiente, también para la iglesia un verdadero matrimonio y es para ella "res sacra" pero no sacramento.

Puede entonces verse que un matrimonio entre infieles regulado por el derecho natural y de acuerdo a la legislación civil es un matrimonio válido y difícilmente podrá quitarle validez la conversión de una de las partes, aunque para ésta no puede ser posible la renovación del consentimiento con las formalidades establecidas por la iglesia, y en éste caso concreto con la dispensa por disparidad de cultos, si el matrimonio para la Iglesia es válido de acuerdo

do con las normas establecidas anteriormente, es decir derecho natural y legislación positiva debe seguir considerándolo válido y debe aceptar que la gracia espiritual concedida por Cristo llegará a ella sin que una interpretación torcida de la legislación eclesiástica se lo impida.

EL IMPEDIMENTO DE ORDEN.- Es establecido (C.1072) a los clérigos, (es decir a aquellos que han recibido las órdenes sagradas que empiezan con el subdiaconado).

Constituye este impedimento una completa inhabilidad que no desaparece ni con la degradación, ni con la deposición.

Por supuesto que se requiere que la ordenación sea válida (que se haya recibido libremente, sin coacción, sin miedo grave injusto, y con conocimiento de las obligaciones inherentes, es decir guardar castidad y permanecer célibe).

Este impedimento es de orden eclesiástico y por ello es dispensable, pero su competencia es exclusiva del Romano Pontífice, excepto el Subdiaconado que es competencia del Ordinario.

EL VOTO SOLEMNE.- Es otro impedimento dirimente que se opone a la validez del matrimonio de los que han hecho profesión religiosa (válida) de votos solemnes, (la solemnidad la dá la Iglesia sólo en determinadas profesiones.

Se puede desaparecer este impedimento :

a).- Por indulto de secularización.

b).- Por extinguirse la solemnidad de los votos al profesar después en alguna congregación de votos simples (C. 636).

c).- Por dispensa apostólica en peligro de muerte o en caso de urgencia (C. 1043-1045).

EL RAPTO.- (C. 1074) Como impedimento matrimonial es la detención violenta de la mujer con el fin de contraer matrimonio si al momento de celebrarse éste, la mujer continúa en poder de su raptor.

Este impedimento asegura la libertad del matrimonio y no considera que sea dispensable sino que el impedimento puede cesar en el momento en que la mujer se halle en libertad y en lugar seguro pudiendo en ese caso celebrarse válidamente el matrimonio si ella conciente en aceptar por esposo a quien fué su raptor.

EL IMPEDIMENTO DE CRIMEN.- Se establece en el C. 1075 y se presenta cuando dos personas son culpables de delitos contra la fidelidad conyugal o contra el cónyuge inocente. Este impedimento es dispensable (1).

EL IMPEDIMENTO DE CONSANGUINIDAD.- (C. 1076) Aparece entre los parientes en línea recta "in infinitum" y en línea colateral hasta el tercer grado. Sólo es dispensable en línea colateral desde el segundo grado canónico (2).

1).- Giudice op. cit. págs. 225 y 226

2).- Giudice op. cit. pág. 226

Cuando existe duda acerca de la consanguinidad en línea recta se prohíbe el matrimonio.

La Iglesia sólo otorga la dispensa en casos de extrema gravedad - en los casamientos entre consanguíneo de primero con segundo grado colateral.

EL IMPEDIMENTO DE AFINIDAD.- (C.1077) Es el que existe entre el cónyuge y los parientes del otro cónyuge, como consecuencia de un matrimonio válido, (aunque no haya sido consumado) tiene valor en línea recta en todos los grados y en colateral hasta el segundo inclusive, Este impedimento es dispensable aunque rara vez se da en línea recta (1).

El vínculo jurídico que une a un cónyuge con los consanguíneos del otro, se llama afinidad y se deriva exclusivamente del matrimonio y nunca surgirá ni de la cópula ilícita ni del matrimonio putativo.

MATRIMONIO PUTATIVO

Veamos por otra parte el matrimonio putativo que se relaciona con el tema que tratamos.

Se llama putativo "el matrimonio inválido que haya sido celebrado "CORAM ECLESIA" en la ignorancia del vicio sea cual fuese éste, que impidió su validez. La ignorancia del vicio que determinó la invalidez del matrimonio puede ser propia de ambos cónyuges o solamente de uno de ellos. En el primer

1).- Giudice op. cit. págs. 226 y 227

caso los cónyuges, en el segundo solamente uno de ellos, se consideran en buena fe; y, según la hipótesis de que se trate con respecto de ambos cónyuges o con respecto de uno de ellos el matrimonio inválido, considerado válido, producirá efectos jurídicos como si realmente fuese válido. Estos efectos cesan de producirse en el momento en el cual ambos sepan que el matrimonio es inválido" (1).

"Pero además, el matrimonio putativo determina efectos jurídicos favorables a los hijos, Como dijimos, los hijos que hayan sido concebidos o nacidos de matrimonio putativo se considerarán legítimos" (C.1114) (2).

El Matrimonio putativo no origina relaciones de afinidad C.97 (3).

EL IMPEDIMENTO DE HONESTIDAD PUBLICA.- Es aquel parentesco con los consanguíneos del cónyuge, que surge del matrimonio inválido, -- consumado o no, o de concubinato público y notorio; dirime el matrimonio en -- primero y segundo grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer y viceversa. (C.1078).

Se puede dispensar por causa grave.

EL IMPEDIMENTO DIRIMENTE DE PARENTESCO ESPIRITUAL.- Se da entre el bautizado, el padrino y el Ministro. Por ser un impedimento de Derecho Eclesiástico puede dispensarse.

1).- Giudice op. cit. págs. 262 y 263

2).- Ibídem pág. 263

3).- Ibídem pág. 263

EL IMPEDIMENTO DE PARENTESCO LEGAL.- (C. 1080) Es el - que se desprende del vínculo legal que aparece con la adopción.

El C. 1059 dice que "En los países en donde el parentesco que - se origina de la adopción hace por ley civil ilícito el matrimonio, es también - ilícito por Derecho Canónico" y por otro lado el C. 1080 dice: "Los que por - ley civil son inhábiles para contraer entre sí matrimonio a causa del parentesco legal que nace de la adopción, por prescripción del Derecho Canónico no pue- den casarse entre sí válidamente".

CONVALIDACION

Como se deja apuntado, es nulo el matrimonio que se haya con- traído con impedimento dirimente no dispensado. Surge entonces la cuestión de la convalidación de esos matrimonios, y si la convalidación no pudiera tener lu- gar, debe declararse la nulidad por sentencia judicial.

La convalidación puede tener lugar por diversos modos ordinarios y por un modo extraordinario, la primera se llama:

1.- "CONVALIDATIO SIMPLEX C. 1133-1137 la convalidación - simple de un matrimonio inválido (independientemente de que haya sido contraído por buena fe, por una o por ambas partes y pueda considerarse por tanto putati- vo) consiste en realidad, en una nueva celebración del matrimonio", que se ve- rifica en virtud de la renovación del consentimiento, si es que éste todavía es- posible, y se considera a pesar de que es sustancialmente una confirmación del

primitivo consentimiento, como una nueva voluntad en el acto del matrimonio.

(1)

- "Para que pueda llevarse a cabo la renovación del consentimiento, y como consecuencia la convalidación del matrimonio, es necesario determinar - la causa de la cual dependió la invalidez del matrimonio, es decir:

a).- La existencia de un impedimento dirimente.

b).- De la falta o de un vicio del consentimiento.

c).- O de un defecto de forma."- (2)

"El vínculo matrimonial deriva por tanto, del nuevo consentimiento y el matrimonio surte efecto ex nunc, es decir, desde el momento en el cual, cumplidas las condiciones que la ley requiere, la convalidación del matrimonio - se verifica". (3)

"Si la invalidez dependió de la existencia de un impedimento, es necesario ante todo, que el impedimento haya cesado o cese: sea con el transcurso del tiempo si se trataba de un impedimento temporal como el de edad; sea - mediante un hecho, por ejemplo: La muerte del cónyuge, del que dependía un - anterior impedimento de ligamen; sea por dispensa, si el impedimento es dispensado o la autoridad competente estima conveniente conceder esta dispensa".

(4) Los matrimonios inválidos por alguno de los impedimentos dirimentes derogados

1).- Giudice op. cit. pág. 271.

2).- Ibídem. pág. 271.

3).- Ibídem pág. 271.

4).- Giudice op. cit. pág. 272.

por Códex por ejemplo: consanguinidad en cuarto grado de línea colateral, afinidad por cópula ilícita etc. no adquirieron la consideración de válidos por el mero hecho de esta derogación sino que era preciso convalidarlos. Sin embargo, como los impedimentos han desaparecido para la convalidación del matrimonio, sólo es necesario renovar el consentimiento". (1)

Si el impedimento existe todavía y no es dispensable o de hecho no se dispensa, la convalidación es imposible.

"La convalidación es imposible también en el caso de que después de la celebración del matrimonio que se ha de convalidar, a parezca un nuevo impedimento no dispensable por ejemplo: una impotencia perpetua sobrevenida, o simplemente no dispensada". (2)

En cambio si el impedimento desapareciere se deberá proceder a la renovación del consentimiento de las partes.

"Si el impedimento dirimente desaparece en virtud de la oportuna dispensa y el consentimiento perdura, existen las condiciones necesarias que hacen, sin más, válido al matrimonio independientemente de la renovación del consentimiento de las partes. Pero, con el fin de que desaparezca cualquier duda, la renovación del consentimiento es obligatoria IURE ECCLESIASTICO C. 1133". (3)

1).- Giudice op. cit. pág. 272.

2).- Ibídem pág. 272.

3).- Giudice op. cit. pág. 272.

"Esto se llevará a cabo de distinto modo, según que el impedimento haya sido público, en cuyo caso la renovación deberá hacerse en la forma prescrita por el derecho en los C. 1094 - 1098, para que también sea pública la convalidación; u oculto. En esta última hipótesis es necesario distinguir: Si el impedimento oculto es conocido por ambas partes la renovación deberá hacerse privada y secreta; pero si es conocido por una de las partes la renovación, privada y secreta deberá hacerse solamente por la parte que lo conoce. - La renovación unilateral supone lógicamente, que en la otra parte persevere el consentimiento matrimonial"; (1) "se debe presumir que el consentimiento del otro cónyuge persevera siempre que no existan signos positivos de su revocación; es decir cuando no conste la existencia de un nuevo acto de voluntad que funde la certeza moral de que ha querido anular aquel con el cual consintió en dar origen al primer matrimonio C. 1093". (2)

"Ni siquiera en este caso deja de obligar la norma según la cual es necesario que sean contemporáneos los dos consentimientos que se requieren para formar el consentimiento matrimonial. Lo que ocurre aquí, es que se aplica la perseverancia del consentimiento de una de las partes en el momento en que la otra presta el suyo, es decir que hay una contemporaneidad moral de las voluntades de las partes". (3)

1).- Ibídem pág. 272.

2).- Ibídem pág. 272.

3).- Ibídem pág. 272.

II.- El modo extraordinario llamado Sanatio in Radice se presenta cuando la convalidación no pueda tener lugar por ningún modo ordinario y consiste en la abrogación del impedimento para aquel caso particular, convalidando al matrimonio desde el principio, con todos sus efectos. Sólo puede otorgarse por el Papa y con las siguientes condiciones marcadas por Benedicto XIV en el Breve "Etsi matrimonialis".

1o.- Que uno de los cónyuges haya tenido buena fe al tiempo de la celebración del matrimonio.

2o.- Que conste que se persevera en el consentimiento dado al principio.

3o.- Que el impedimento sea sólo de derecho eclesiástico.

4o.- Y concurra una grave y urgente causa como es: negarse una de las partes a renovar el consentimiento, pero consintiendo expresamente en continuar la vida marital a pesar de conocer el impedimento, también conocido de la otra; tener una sola de ellas, noticias del impedimento y no poder éste revelarse a la otra sin graves inconvenientes, como sucede tratándose del parentesco por pública honestidad; cuando, siendo el impedimento desconocido de los cónyuges, no conviene descubrirselos a éstos, como sucede en el caso de ser inválida la dispensa concedida por el Obispo.

III.- ANULACION.- Veamos por último la mecánica que funciona para la declaración de nulidad.

Si el matrimonio no se puede convalidar y la nulidad puede pro-

barse en el futuro externo, procede la declaración de su nulidad por la autoridad judicial eclesiástica. Esta es la única competente para conocer de la demanda, por tratarse de una causa matrimonial, y así lo establece el Canon 1960. El Concilio reservó la competencia a los Ordinarios o sea al Obispo o a su vicario general. Los cónyuges no pueden separarse por autoridad propia ni contraer otro matrimonio aunque la nulidad sea notoria e indudable; pero el que de ellos esté cierto de la misma, está obligado en conciencia de abstenerse de pedir y de dar el débito, y aún a separar habitación si no pudiesen vivir juntos sin peligro de incontinencia.

Pueden pedir la nulidad:

1o.- Cualquier persona, cuando el impedimento es de interés público, y conocido como el parentesco proveniente de unión conyugal.

No se admite la denuncia de las personas siguientes: de quien solo la hace porque los cónyuges se hayan negado a darle cierta suma de dinero. De quien no denunció el impedimento al tiempo de las proclamas, salvo que estuvieren ausentes o enfermos o si fuesen de edad insuficiente para denunciar o juren que no tuvieron noticia del impedimento hasta después de celebrado el matrimonio, y de los que la hacen por carta.

2o.- Sólo los interesados pueden acusar, cuando el impedimento es de interés particular para ellos, como sucede cuando afecta al consentimiento, libertad o injuria con causa de error, fuerza, miedo, rapto e impotencia.

El tiempo para pedir la nulidad es toda la vida de los cónyuges.

El juez que conozca en estas causas debe impedir que los consortes contraigan nuevo matrimonio y tomar las medidas preventivas para separarse de lecho y hasta de habitación porque la cópula de ellos sería ilícita si se declarase la nulidad.

Para dictar sentencia se requiere prueba plena. Son admisibles todas las pruebas comunes. Para la testimonial se exige por lo menos, la deposición de dos testigos, considerándose muy importante el testimonio de los parientes; el juez debe examinarlos personalmente exigiéndoles juramento de que declaran sólo la verdad y observarán los presupuestos de las leyes eclesiásticas. La confesión de los cónyuges no es admisible por la facilidad con que pueden quedar libres y pasar a otras nupcias. En éstas causas interviene, además del fiscal, el defensor del matrimonio que está obligado a sostener la validez hasta que haya por lo menos dos sentencias, apelando de la sentencia que declare la nulidad, independientemente que las partes se conformen o apelen, para evitar que retirándose éstos de la apelación quede desierto el recurso. Las partes y el defensor pueden llegar en todo caso hasta una cuarta instancia, si bien para casos notorios, se concede por el Romano Pontífice facultad a los Obispos para que puedan resolver por sí en primera y en segunda instancia, siempre que se asesoren en la segunda de personas distintas de las que se asesoraron en la primera.

Es juez competente el del lugar en que el matrimonio se haya celebrado en el que la parte demandada o de la parte católica si la otra no lo

es, tiene su domicilio (canon 1964).

El Código Canónico también declara reglas especiales sobre la -
inspección corporal y pericial.

La inspección corporal de los cónyuges tiene lugar únicamente -
en los pleitos de nulidad fundada en la impotencia, practicándose la del cónyuge
acusado de ella salvo que no sea ello necesario, por ejemplo si se trata de
una viuda con hijos de anteriores nupcias; la inspección ha de practicarse por -
peritos en la materia y la inspección presentada inclusive llenando determinados
requisitos que son imposibles de saltar y que por limitación misma de nuestro traba
bajo omitimos.

Los peritos también deben de informar en los casos de locura (cano
non 1982).

Hay aún un procedimiento sumario que se presenta en varios caso
sos. En efecto, si por excepción, cuando por documento cierto y auténtico, no
contradicho ni excepcionado en modo alguno, consta la existencia de uno de --
los impedimentos dirimentes, disparidad de cultos, orden, voto solemne de castidad
dad, matrimonio anterior subsistente, consaguinidad, afinidad o parentesco espiritu
tual, y consta también de modo cierto y auténtico que no se dió dispensa sobre
él, puede el Ordinario, después de citar a las partes y con intervención del defen
fensor del vínculo, declarar desde luego la nulidad del matrimonio. (C. 1990)

Cuando el defensor del vínculo crea prudentemente que no es --

cierto el impedimento o que es probable se haya dispensado, debe apelar contra la declaración de nulidad.

La sentencia dictada en este caso sólo es declarativa y no tiene fuerza de cosa juzgada, porque el poder de la Iglesia no alcanza a hacer nulo lo que por derecho divino es válido.

CAPITULO IV

EL CODIGO DE NAPOLEON

a) EL CODIGO DE NAPOLEON Y SU INTENTO DE FUSION DE LAS DOS NULIDADES.

El Código de Napoleón (llamado así en honor del Corzo) cayó también víctima del confusionismo terminológico que observamos hasta nuestros días, al tratar las acepciones de la ineficacia jurídica. Piedra angular, punta de partida y de referencia de las legislaciones occidentales modernas, hereda también la confusión de que fue objeto en la redacción de su obra. Esta situación dió origen a una confusa aplicación de la teoría de las nulidades y a una interpretación, como veremos, sumamente artificiosa, con el fin de salvar su prestigio.

Nuestro estudio se refiere a la Sección Séptima denominada "De la acción de Nulidad o Rescisión de los Convenios".

El mismo título da ejemplo de la confusión de su contenido. ¿"Que distinción existe entre Nulidad y Rescisión"? Se trata de un mismo concepto con término duplicado?.

Tratemos de resolver estas incógnitas.

La ley de 7 de septiembre de 1790 al suprimir las Cancillerías, no dejó ninguna diferencia entre Nulidad y Rescisión, sino el término de la prescripción, misma que también quedó abolida por el artículo 1304 del Código de Napoleón que sometió todas las acciones de nulidad a la prescripción de 10 años, lo que equiparó en la misma línea a la nulidad con la rescisión. (1)

Laurent afirma que la Ley al no usar el plural "acciones" no las distingue, y por otra parte el artículo 1304 también se refiere a ellas en singular: --

1).- Laurent. Principios de Derecho Civil. Puebla 1900. F. Laurent.

"En todos los casos en que la acción de nulidad o de rescisión no está limitada a tiempo menor por una ley particular, la acción dura 10 años".

Continúa diciendo Laurent que el Código califica siempre de acción de rescisión aquellas por la cual se ataca un convenio por causa de lesión. (2) A veces se sirve de la expresión latina *restitutio*, pero nunca la llama acción de nulidad, porque la acción de rescisión tiene dos acepciones dentro del lenguaje del Código; una acepción es la general, sinónima de la acción de nulidad, cuando se trata de pedir la anulación de un acto por cualquier causa, menos por lesión; la otra se refiere a la acción que se concede, precisamente, por causa de lesión. Ambas, dice Laurent, difieren en dos conceptos: En lo que concierne a la prueba que ha de rendir el actor y en lo referente a los derechos de los demandados.

En la acción de nulidad, el actor no debe probar que el acto que -- pretende sea declarado nulo, le causa alguna lesión, sino que, sólo deberá de demostrar que por no permitirlo la ley, tendrá que ser privado de sus efectos. La rescisión, por su parte, exige se pruebe la lesión como fundamento de la demanda.

Apuntando en forma generalizada podemos concluir acerca de los rasgos de la nulidad o rescisión lo siguiente:

El dolo, la violencia y el error fueron causas de nulidad, (2) así como la lesión (3). Respecto de ella (la nulidad) funcionaba la convalidación; debía ser declarada por el Juez y mientras tanto el acto nulo producía todos sus efectos provisionalmente; para pedirla (la acción de nulidad) se tenía que estar facultado

1).- Laurent siguiendo a Aubry et Rau. op. cit.

2).- Art. 1117.

3).- Art. 1674.

por la ley misma; (1) era susceptible de extinguirse por prescripción; los efectos de la declaración de nulidad eran de considerar al acto nulo como si nunca hubiera existido (las partes debían restituirse lo que se hubieran entregado con motivo del acto declarado nulo).

Por lo que toca a los casos específicos de lesión, había un término de prescripción de dos años contados a partir de la fecha de la venta; (2) no se podían rescindir por motivo de lesión los contratos aleatorios, ni las ventas judiciales, (3) se debían restituir las cosas entregadas en su estado anterior, con los frutos que hubiera tenido o bien pagar su precio equitativo; (4) se concedía, por último, sólo en las compra-ventas de inmuebles.

Analizados los rasgos generales de la nulidad pasemos a ver las condiciones de validez de los contratos que se consagraron en el artículo 1108, que más adelante, en este mismo capítulo, será objeto de nuestra atención.

Este artículo señalaba como elementos de validez de los contratos:

a) EL CONSENTIMIENTO DE LA PARTE QUE SE OBLIGA

Aquí el error, la violencia y el dolo, son los que se consideran como sus vicios. (art. 1109)

El error debía ser sobre la substancia del objeto de la obligación. Eventualmente podía recaer sobre la persona, cuando el contrato se celebraba por consideración a ella, y en este caso, a diferencia de legislaciones anteriores que la

1).- Art. 1125 (Interpretación).

2).- Art. 1675.

3).- Art. 1684.

4).- Art. 1681.

consideraban como absoluta se trataba de una "nulidad relativa". (1)

Respecto al dolo, sólo se reglamentó el principal, es decir aquel sin el concurso del cual no se hubiera contraído la obligación. (art. 1116)

De la violencia se reglamentó que fuera tal que inspirara temor de exponer su persona o fortuna, en relación a sí misma, a sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Se tomaba en cuenta al juzgar los anteriores requisitos el sexo, -- edad y particularmente de la persona que lo sufría para situarse más en la línea del individuo común y corriente. Que la persona fuera "razonable" y que el mal fuera considerable y presente, fueron requisitos que se debían tomar en cuenta para declarar la anulación por causa de violencia.

La prescripción se presentaba a los 10 años (2) y si transcurría ésta, - o se ejecutaba el acto voluntariamente, o se ratificaba o confirmaba, el acto era - del todo inatacable.

b) SU CAPACIDAD PARA CONTRATAR.

Contaba la capacidad para el Código a partir de los 21 años.

(Arts. 388 y 488).

El menor no emancipado podía otorgar testamento o reconocer al hijo natural, y los actos nulos celebrados por éste podían ser anulados, o ratificados (uno u otro) al llegar a la mayoría. (3) Esto más que con fundamento en la lesión sufrida se basaba en la minoridad del obligado. Se entiende que si un acto era confirmado al llegar a la mayoría, no podía, después, impugnarse. Había aquí una nuli-

1).- Art. 1117.

2).- Art. 1304.

3).- Art. 1388.

dad relativa.

Por lo que toca a la mujer casada no podía ésta obligarse sin el consentimiento del marido; la acción de nulidad (relativa) se podía hacer valer por ella misma, su marido o sus herederos y prescribía a los diez años de disuelto el vínculo matrimonial. (1)

En suma, todos los demás actos de incapaces (imbéciles, enajenados o locos, sujetos a interdicción) son relativamente nulos y tienen un término para prescribir de diez años). (2)

c) UN OBJETO

Cierto, que constituyera la materia de la obligación.

Este, objeto deberá ser cierto y posible, dentro del comercio y que es té determinado o pueda serlo fácilmente. (3)

d) UNA CAUSA LICITA EN LA OBLIGACION.

El artículo sexto establece que no podrán ser derogadas por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, y por su parte el propio Código establece que la obligación sin causa o la que se funda en una causa ilícita no podrá tener efecto alguno. (4)

e) FORMA

Frente a los actos jurídicos que no necesitan ninguna formalidad para

1).- Arts. 214, 217 y 1124.

2).- Arts. 1304 y 1338.

3).- Arts. 1128 y 1129.

4).- Arts. 1108, 1131 al 1133.

su validez, el legislador Francés opuso ciertos actos que no producen ningún efecto si no se han hecho con las formalidades que la ley prescribe. Esta situación es desde luego una situación de excepción cuyo objeto fue el de dar mayor certeza, y -- por lo tanto mayor seguridad jurídica respecto de determinados actos que el propio legislador consideró de tal manera importante como para ser protegido por éste requisito.

Concretando en relación con el objeto la causa y la formalidad debemos de concluir que todos ellos son causa de nulidad absoluta, si es que no reúnen las características que hemos apuntado.

b) LA NOCION DE INEXISTENCIA CREADA POR LOS COMENTARISTAS DEL CODIGO NAPOLEONICO.

LA ESCUELA CLASICA.

A riesgo de repetir, pero con el deseo de dejar claro el panorama -- que nos empeñamos en formar, hemos de llamar la atención una vez más en que la teoría de las Nulidades ha sido blanco de una terminología muy variada que, diríamos, ha bombardeado hasta confundir, las bases en las que ha pretendido apoyarse. -- El Código de Napoleón, a pesar de tener el propósito manifiesto de evitar el lenguaje que se prestara a la confusión, hereda, como hemos visto en nuestro concepto, el mismo vicio, y hace aún más oscura la atmósfera que se formó con la tradición.

El Código cayó aún en otro defecto: algunas irregularidades, de gravedad excepcional, quedaron carentes de sanción. La doctrina y la jurisprudencia -- buscaron soluciones más o menos aceptables, tratando de salvar el prestigio de la obra de Napoleón; ambas se esforzaron por poner siquiera de acuerdo la práctica --

con el pensamiento de los redactores.

La Materia del Matrimonio es prueba del error que comentamos. Hasta cierto punto nos explicamos la falla, al recordar que el antiguo derecho sólo pudo ejercer su autoridad sobre el aspecto material del matrimonio, ya que el aspecto personal, el de la celebración, pertenecía de una manera casi exclusiva al derecho canónico.

El primer problema se planteó a propósito de matrimonio entre personas de un mismo sexo. En estos casos ni el Código ni la tradición se habían planteado éste problema.

Zacharie salió por los fueros del prestigio que estaba en juego, y con premisas brillantes y atractivas terminó por afirmar "la inexistencia jurídica" de tal matrimonio. (1)

"El matrimonio no es nulo porque esta sanción no se encuentra prevista por la ley en ninguna parte, pero debe considerarse como inexistente, y la inexistencia puede fundarse en la presunción tácita del legislador". (2)

"Del matrimonio de personas del mismo sexo pasa la figura de inexistencia, con cierta modestia, al problema de la falta de consentimiento y se vincula sólidamente a la interpretación del artículo 146 del Código Civil Francés, del cual, Demolombe, primero, y Laurent después, encuentran su "Consagración legal". (3)

Sin embargo, será por razones más bien técnicas que se podrá explicar la teoría del acto inexistente. Así pues dividiéronse los elementos del acto jurí

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 167.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 167.

3).- Ibídem. pág. 167.

dico en esenciales, naturales y accidentales. La falta de los primeros, acarreará - la inexistencia contra todas las apariencias materiales. Savigny afirma por su parte, que será inexistente el acto al que le falten uno o varios elementos orgánicos. Adelantando un poco el pensamiento de Bonnacase que trataremos en líneas posteriores, diremos que estos elementos específicos que constituyen al acto jurídico son de dos - clases: de orden psicológico y de orden material. En un acto se conjugan: a). - - Una manifestación de voluntad. b).- Un objeto. c).- Una forma; el primero es de orden psicológico y los otros dos de orden material.

"Como es de suponer, los ataques se concentraron en el artículo 1108 que habla de las condiciones de validez de los contratos, que dice así:

"Para la validez de un contrato son esenciales cuatro condiciones:

El ^o consentimiento de la parte que se obliga.

Su capacidad para contratar.

Un objeto cierto que constituya la materia de la obligación.

Una causa lícita en la obligación".

Así dicen los expositores de la inexistencia, el consentimiento, el objeto y la causa se consideran como condiciones relativas a la formación del acto jurídico, en tanto que la capacidad se refiere sólo a su validez. Si falta una de las primeras la obligación del acto será inexistente ante la ley.. Si por otra parte, interviene la incapacidad, sólo habrá una causa de anulación que la víctima usará como mejor le convenga.

Desde luego que con ésta interpretación el artículo 1108 deberá modificarse en cuanto a redacción, reemplazando la palabra "condiciones" por la de --

"elementos", "existencia" por "validez", y finalmente deberá dejar a un lado la capacidad para contratar. Así se afirmaría la consagración legal de la teoría de la "inexistencia". (1)

La inexistencia encuentra fácil acogida tratándose de falta de consentimiento. El Derecho Civil ha tenido como principal fundamento el antiguo principio: solus consensus obligat. Sin el consentimiento habrá sólo un hecho jurídico, pero no una obligación ni un contrato. (2)

Lo mismo podemos decir del objeto y de la causa. Si el consentimiento es esencial desde el punto de vista psicológico, el objeto representa el lado material de la relación contractual. Quien se obliga es porque quiere alguna cosa, y en tanto que esa cosa existe, la obligación será totalmente válida. En relación con la causa, podemos decir que intervendrá la inexistencia del acto jurídico cuando aparezca la noción de lo ilícito. (3)

Finalmente, la solemnidad está custodiada también por la teoría de la inexistencia, porque la forma es en este caso exigida por la ley.

Quizá envanecidos por el triunfo de su teoría, los expositores de ella quisieron abarcar aún más. Pize en su tesis "Ensayo de una Teoría General sobre la distinción de la Inexistencia y de la anulabilidad de los contratos. Lyon 1897 - (4) nos dice, a propósito de la nulidad absoluta que "debe rechazarse este tipo bastardo, híbrido, intermedio entre la inexistencia y la anulabilidad que toma caracte-

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 169.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 170.

3).- Ibídem. pág. 170.

4).- George Lutzesco. op. cit. pág. 171.

res de una y otra".

Sin embargo al aplicarse la teoría de la nada a las nulidades absolutas, hubo de intervenir el Juez. Pero ¿Cómo conciliar ésta nueva actitud con el desprecio con que hasta ahora se había mirado la intervención del Juez?. Si el acto no ha existido nunca ¿cómo explicar la presencia de las partes ante el Juez? - ¿cómo destruir un espejismo?. (1)

La respuesta, en evidente desacuerdo con los principios de fondo de la Teoría de la nada, cobra fuerza en torno a la idea de que la intervención del Juez no tiene el mismo carácter que en el procedimiento de anulación; el Juez sólo interviene en caso de controversia motivada por una de las partes y se reduce simplemente a constatar la inexistencia. (2)

La distinción que hace la Escuela Clásica respecto de la Nulidad, -- nos permitirá ir creando el panorama completo que nos empeñamos en formar en este capítulo.

La distinción de Nulidad en absoluta y relativa es tajante y radical. La Nulidad Absoluta afecta los actos que se ejecutan contra las leyes de interés público, y de las buenas costumbres. También son llamadas "actos nulos de pleno derecho". La Nulidad Relativa afecta a la constitución interna del acto jurídico: -- hay una incapacidad, una falta de forma, o bien está viciada con error, dolo, violencia o lesión.

Con objeto de canalizar aún más el desarrollo de esta teoría triparti-

1).- George Lutzesco. op. cit. pág. 172.

2).- George Lutzesco. op. cit. pág. 172.

ta, prefiramos hablar de las características que guardan tanto la inexistencia como las nulidades absolutas y relativas, con el fin de deslindar posibles confusiones.

La Inexistencia en opinión generalizada por los expositores de esta -- doctrina, puede ser invocada por todo mundo y en cualquier momento, porque es imprescriptible e inconfirmable. La inexistencia no se invoca en forma de acción ni -- de excepción, sino que en cualquier momento del juicio se puede pedir que se reconozca; es decir que se reconozca que el acto inexistente no tiene ningún valor jurídico.

En cambio la nulidad absoluta puede ser invocada por todo aquel que tenga interés jurídico y en igual forma que la inexistencia, como acto mismo, no -- produce efectos, es imprescriptible e inconfirmable.

Por lo que toca a la Nulidad Relativa, el acto como acto mismo, sí -- produce efectos de derecho, los que son destruidos retroactivamente por el Juez al -- declarar la nulidad, que debe ser invocada por el perjudicado, y entre sus caracteres podemos decir que es prescriptible y además susceptible de convalidarse por ratificación expresa o tácita.

En lo referente a su ejercicio, la nulidad en general, debe ejercitarse por vía de acción o de excepción y sólo puede funcionar, es decir, privar de -- efectos al acto jurídico, mediante declaración del Juez.

En relación a las consecuencias de los actos afectos de nulidad absoluta Planiol dice que "no hay necesidad de ejercitar propiamente hablando, una acción de nulidad. Sin embargo, si una controversia se suscita sobre la validez del -- acto, de manera que la nulidad se ponga en duda, será necesario litigar porque nino

guno puede hacerse justicia por sí mismo, pero el Juez se limitará a comprobar la nulidad, no tendrá que decretarla".

Creemos que la confusión en los términos y la elaboración de una serie de argumentos (tan sólidos que formaron la Doctrina Clásica) para salvar el prestigio del Código de Napoleón, crearon la figura de la inexistencia sobre bases impresionantes, pero débiles ante el análisis de fondo que han enderezado en su contra autores de enorme prestigio como Lutzesco mismo.

Para comprobar la confusión en que cayeron los exponentes de la Teoría Clásica bástenos ver que Laurent llama actos nulos o anulables, a los actos anulados por sentencia a consecuencia de una acción de nulidad, e inexistencia al acto anulado de pleno derecho por la ley; Demolombe y Colmet de Sauterre confunden inexistencia y nulidad de pleno derecho y además hacen una diferencia entre actos nulos y anulables: acto nulo será cuando la ley misma lo prive de efectos sin que haya necesidad de hacerlo anular por sentencia y llaman anulable al acto que necesita de una sentencia para destruirlo; Bufnoir dice que los actos inexistentes y los radicalmente nulos son en el fondo una misma cosa y Barde sólo admite actos inexistentes y actos anulables: El contrato es inexistente cuando carece de uno de sus elementos esenciales o se ha celebrado violando un ordenamiento legal fundado en motivos de orden público, y contratos anulables son los afectados por vicios del consentimiento, la lesión y la incapacidad. Todas estas confusiones, nos demuestran además que la teoría de las Nulidades (Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa), comprende en su campo todas las fórmulas en las que la Teoría de la Inexistencia cifró sus esperanzas.

El hecho de que el fondo de las características de la inexistencia y de la nulidad absoluta sean los mismos, creemos que debe ser determinante para nuestra conclusión. En efecto, como hemos visto, la Teoría Clásica nació a raíz de -- que los tratadistas del Código Napoleónico se empeñaron en una lucha por conservar el prestigio de una obra que en sí estuvo mal redactada, por no decir mal elaborada (nos referimos sólo en lo que toca la materia de nuestro estudio) y no obstante -- existir una figura, prevista por la ley, (La Nulidad Absoluta) sacaron de una lógica excepcionalmente expuesta, una figura (La Inexistencia) que acabó por confundir a -- los estudiosos y a la jurisprudencia, y que en nuestra opinión, se confundió con la -- Nulidad Absoluta.

TESIS DE JAPIOT

Japiot propone para fundar su examen crítico un sistema totalmente -- distinto al seguido por la teoría Clásica. (1)

En el desarrollo de su obra, divide su estudio en los siguientes puntos: Prefacio, estudio del fin de la nulidad, estudio del medio, estudio de las causas de nulidad, la naturaleza de la nulidad y la termina con una interesante conclusión.

Con el objeto de desarrollar en forma sistemática esta teoría, nos permitiremos ir considerando punto por punto los temas que toca Japiot en su estudio.

PREFACIO.- El sistema clásico de formar una clasificación cerrada de actos inexistentes, nulos de pleno derecho y anulables, va en contra de la realidad

1).- René Japiot "De las Nulidades en Materia de Actos Jurídicos, Ensayo de una Nueva Teoría". Dijon 1909.

y del derecho positivo. La escuela clásica, desconoce la complejidad de la vida social misma, como de las consecuencias jurídicas que se originan en algunas causas en que hay actos inexistentes o nulos. Propiamente esta escuela ha entresacado de las soluciones que el derecho positivo establece, sólo aquellas que tienen cierta uniformidad para crear "Tipos" de inexistencia, de nulidad absoluta y nulidad relativa, pero, dice Japiot, que además de estos casos "Tipos", existe una gran variedad de matices de la inexistencia, nulidad absoluta y relativa que no es posible clasificar con las características impuestas por la escuela clásica.

Japiot propone en suma, el estudio por separado de los distintos casos para ir proponiendo soluciones especiales.

ESTUDIO DEL FIN EN LA NULIDAD

El fin que se propone el legislador, es sancionar un acto, suprimiendo los efectos en aquellos casos en que incurra en determinados vicios o se otorgue en forma irregular. El legislador debe de tomar en cuenta la regularidad de un acto, para darle mayor o menor número de efectos, y la sanción debe aplicarla según la naturaleza de las normas que han sido violadas. Siempre que aparece una nulidad es porque se han violado ciertas normas jurídicas; ésta situación debe ser sancionada, pero la sanción no puede ser uniforme, porque las normas jurídicas tienen diferente importancia, amparan intereses jurídicos distintos. En estas condiciones, establecer una sanción uniforme es desconocer el fin que se propone el legislador en cada una de esas normas.

Se trata, por consiguiente, -dice Japiot- de ir graduando la sanción en cada caso, para obtener realmente, el fin que el legislador se propone. En algu

nos casos la violación será contra normas de intereses públicos, en que la sanción es radical, se priva al acto de todo efecto, para lo que es necesario estudiar entonces la naturaleza de la norma violada, la lesión a los intereses sociales y el grado de intensidad de esa lesión para establecer una escala en la nulidad.

En realidad, -continúa diciendo Japiot- la nulidad es un remedio, -- que el legislador aplica, para aquellos casos en que se lesionan los intereses protegidos en la norma, y que debe aplicarse en función de mal causado, por esto es preciso estudiar el mal y sus causas, para ir aplicando en cada caso, una mayor o menor sanción.

Desconocer ésto es desconocer la complejidad enorme de la vida jurídica, en la que hay un conjunto de intereses en tal forma ligados, que no es posible en ocasiones separar el interés público del particular. La Escuela Clásica, al dejar de antemano resuelto este problema tan complejo hablando de dos clases de nulidades y de dos clases de normas jurídicas, deja fuera la parte más rica, más variada, más numerosa de actos nulos que se presentan.

En resumen, al establecer la sanción, debe descubrirse el fin que las normas tienen y sus razones de ser; es preciso investigar la intención del legislador, averiguando cuáles son los intereses que protege, los peligros que se evitan, el origen de ellos, sus modos de manifestación, su gravedad, su duración. Porque muy diversos son los fines que contienen las normas y para poder cumplirlos, la nulidad misma debe adaptarse a esa diversidad.

ESTUDIO DEL MEDIO

Al estudiar el fin Japiot estudió un criterio exclusivamente teórico, pero que debe completarse con hechos prácticos que no es posible olvidar, esto es, el estudio del medio en que la nulidad se presenta.

Los actos nulos no siempre se realizan en el mismo medio, la misma categoría de actos nulos, en ocasiones, al realizarse afectan a personas, porque el acto tiene una repercusión directa o indirecta con ellas, y este es el medio en que la nulidad se realiza, y para atender en cada caso de nulidad a la sanción que debe establecerse, hay que tomar en cuenta el conjunto de intereses que se presentan, el conflicto que puede haber entre ellos, y el daño que se cause a las partes y a los terceros, para resolver según el medio, que en cada caso sirve para desarrollar la nulidad.

Debe adaptarse la nulidad a las consideraciones distintas, no sólo del interés de las personas que protege sino de los intereses generales de los terceros, de la sociedad y del derecho mismo.

Dice Japiot que no es posible desconocer en la práctica las consecuencias que contienen los actos nulos, los terceros que rodean las relaciones jurídicas que existen en torno a un acto jurídico aparentemente válido, no pueden ser desconsiderados, ni sus intereses deben quedar sin protección. Sólo considerando los hechos prácticos, habrá probabilidades de adaptarse en realidad a los fines del derecho.

ESTUDIO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD

Para Japiot no existe una razón que justifique separar las acciones de la nulidad absoluta de la relativa, manifiesta que la cuestión de determinar el interés protegido por una norma, el sentido de saber si es de interés público o de interés particular, es uno de los problemas más complicados del derecho.

Continúa diciendo que en forma prohibitiva o imperativa, -que es la característica de las leyes que protegen un orden público- aparecen en el Código Civil Francés, muchas disposiciones que protegen intereses particulares; en esos puntos concretos, para la Escuela Clásica se encuentran problemas trascendentales, porque -dichas normas deberían ser sancionadas con la nulidad absoluta; con la acción que -podría invocarse por todo interesado jurídicamente y cuyo acto no sería susceptible -de convalidarse y ratificarse.

Japiot no se explica que si el interés afectado es el de un particular, no pueda ratificarse el acto por la persona afectada.

Así pues, la nulidad absoluta no puede determinarse porque la violación sea de una norma prohibitiva o imperativa; tampoco debe atenderse exclusivamente al contenido de la norma, porque habrá ocasiones en que la obligación de interés privado se sancione con las características de la nulidad absoluta, y en otras, la violación de intereses públicos no se sancione con todas las características de la nulidad absoluta misma.

Como ejemplo, cita Japiot a la venta de cosa ajena, -la que es un delito y por lo tanto viola normas de interés público- y que sin embargo no se sanciona con la nulidad absoluta, porque puede ratificarse, si es que el que vendió la

cosa ajena, adquiere después de cometido el delito, la cosa vendida; así demuestra, que no depende la nulidad del contenido de la norma jurídica, que indiscutiblemente, en este caso, es de interés público.

NATURALEZA DE LA NULIDAD

La Doctrina Clásica ha considerado la nulidad como un estado del acto, en la misma forma en que hay actos formales o actos solemnes; pero lo que debe tomarse en cuenta son los efectos que produce el acto nulo; éstos efectos son variables, a veces se producen algunos, a veces ninguno, y en ocasiones se presentan casi todos los efectos de los actos válidos, en cuyo caso no es posible hablar de actos nulos perfectamente determinados. Propone Japiot que la nulidad se conciba como un "Derecho de crítica" sobre los efectos del acto. Que de antemano se deseche la idea de hablar de "actos privados de efectos" porque el acto nulo tiene en ocasiones gran número de consecuencias jurídicas.

El acto nulo, en su ejecución, produce una serie de consecuencias - que no es posible desconocer. Decir que las cosas se restituyan retroactivamente al estado anterior, es desconocer una situación de hecho clarísima. El acto generalmente se ejecuta a pesar de ser nulo, por ejemplo: Se otorga una compra-venta nula - por un incapaz, o por falta de forma o porque se violó una disposición de orden público y se entrega la cosa al comprador; éste la consume, o la transforma, o la vende a un tercero, o bien la demerita; el derecho no puede desconocer este problema; si la cosa se ha consumido, transformado, demeritado, es imposible que el derecho - se empeñe en volver las cosas al estado en que se encontraban, cuando es natural--mente imposible. Luego entonces la solución de la Escuela Clásica no está acorde -

a la realidad. Japiot nos dice que en este ejemplo ha habido una compra-venta nula, pero ejecutada, con una serie de efectos de hecho, que deben reglamentarse, y concluye con la proposición de que debe haber una ineficacia mayor cuando el acto no se haya ejecutado; menor cuando el acto se ejecuta, y que, se deben ir graduando los efectos de la ineficacia según los problemas de la vida real, conforme a los intereses que intervengan.

Esta naturaleza de la nulidad debe estar armónicamente con el medio y con el fin, dejando al arbitrio judicial la aplicación de las ineficacias, según estas reglas que debe fijar el legislador.

Es preciso hacer notar que Japiot identifica los conceptos inexistencia y nulidades de cualquier género, con el de ineficacia.

LA CONCLUSION a que llega Japiot es en el sentido de descartar el procedimiento de soluciones en block practicado por la Doctrina Clásica; y recomienda una teoría más especializada que conserve soluciones distintas para cada cuestión.

TEORIA DE PIEDELIEVRE (1)

Este autor encamina su obra, como Japiot, a criticar la Doctrina Clásica y pretende encontrar soluciones que estén acordes a las complicaciones que se puedan presentar en la vida jurídica.

Al analizar el precepto romano Quod nullum est nullum producit effectum, afirma su inexactitud, por que lo que es nulo en su principio, produce ciertos efectos en determinados casos, y para reforzar su concepción cita varios

1).- M. Piedelievre "Los efectos de los actos jurídicos nulos. Ensayo de una Teoría de Conjunto". París 1911.

ejemplos entre los que advertimos: el matrimonio putativo, nulo, pero contraído de buena fe. En el matrimonio putativo se reconocen efectos y obligaciones respecto de los hijos; éstos son considerados como legítimos y sólo respecto de los consortes funciona la nulidad, pero no con las características que afectan a los matrimonios afectados por otras causas de nulidad. Aquí el principio de buena fe hace que el matrimonio nulo produzca gran número de consecuencias.

Así pues Piedelievre establece el criterio general que consiste en estudiar todo aquel conjunto de circunstancias que son un medio favorable para que los actos nulos produzcan la mayor parte de sus efectos. Es decir, debe procurarse reducir, cada vez más, el efecto de la nulidad tomando en cuenta la buena fe, la protección a terceros, la protección del crédito, la protección a la propiedad, y a la posesión y, en general, el principio de seguridad que pugna por mantener permanentes las situaciones ya adquiridas.

TEORIA DE BONNECASE

Julien Bonnecase.- Maestro de la Universidad de Burdeos, elaboró una teoría que más tarde, como veremos, sirvió de base a la elaboración de nuestro derecho positivo.

Bonnecase afirma, siguiendo a la Teoría Clásica, que existe una radical diferencia entre la inexistencia y las nulidades absolutas y relativas.

Para Bonnecase, siguiendo la Teoría orgánica del acto jurídico, la inexistencia aparecerá cuando no se reúnan los elementos orgánicos indispensables para que el acto esté dotado de vida jurídica.

Los opositores de la Escuela Clásica, advierte Bonnecase, sostienen --

que la jurisprudencia Francesa se negaba a reconocer la noción de inexistencia de los actos jurídicos, argumento que -dice- fue destruido por el Tribunal de Casación, y para respaldar su afirmación cita dos sentencias: (1)

La primera, de 6 de abril de 1903, dictada en materia de Matrimonio, que reza: "Considerando en Derecho, que el matrimonio únicamente puede celebrarse entre dos personas, una del sexo masculino y otra del femenino; que en esa virtud, su existencia está subordinada a la doble condición de que el sexo de cada uno de los esposos sea reconocible y que difiera del otro cónyuge; considerando, que en éstas condiciones, además de ser necesario, son suficientes al mismo tiempo, y-- que cuando se hayan reunido, la falta, debilidad o imperfección de ciertos órganos--característicos del sexo, no tienen influencia posible sobre la validez del matrimonio; que de tales defectos sólo puede resultar un estado de impotencia natural o accidental, y que el Código Civil, a diferencia de la antigua legislación, y con objeto de prevenir las incertidumbres, dificultades y escándalos de la prueba, no ha concedido por ésta causa la acción de nulidad; considerando, por otra parte, que en tal caso, no podría haberse fundado la nulidad del matrimonio en un pretendido vicio del consentimiento porque en tales circunstancias, el error cometido no recae sobre la persona de uno de los esposos, sino sólo sobre sus cualidades físicas..." (2)

La segunda sentencia que cita Bonnecase trata del caso Godard de 30 de Diciembre de 1902 que se refería a la postura que había presentado un postor sin estar asistido por procurador alguno, para estar en condiciones de pujar en el remate

-
- 1).- Elementos de Derecho Civil.- Julien Bonnecase. Biblioteca Jurídico Sociológica. Edit. Cajiga. 1945. Puebla, Pue. Tomo III pág. 271.
 - 2).- Julien Bonnecase. op. cit. Tomo I. pág. 518.

judicial de un inmueble. ¿Era inexistente dicha postura o estaba afectada de nulidad absoluta?. Para mayor ilustración cita el artículo 705 inciso I del Código de Procedimientos Civiles que decía. "Las posturas se hacen por ministerio de los procuradores en la audiencia", y el II agrega "El postor deja de estar obligado, si su postura es superada por otra, aunque esta última se declare nula". Esta cuestión adquiere singular importancia porque las posturas hechas con mediación de procurador, son irremediamente ineficaces si han sido superadas por otra, aunque posteriormente se declare ésta nula; poco importa que el primer postor -continúa Bonnecase- siga queriendo o no, ser adquirente; el interés del embargado y de los acreedores exige que la subasta se inicie, otra vez, de una manera válida. El tribunal de Blois, en el caso Godar, declaró adjudicado el inmueble al anterior postor. El interesado demandó la nulidad de la adjudicación; el 23 de Septiembre de 1901 rechazó el Tribunal de Blois la acción de nulidad, por una sentencia que terminaba con las siguientes palabras: "Siendo inexistente la pretendida postura de "x", resulta que no anuló la postura anterior". (1)

La Corte de Orleans al conocer de la apelación mantuvo la decisión y La Chambra de Requetes, el 30 de diciembre de 1902 rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte de Orleans diciendo: "Sobre el único agravio, basado en la violación del artículo 705, 2 del Código de Procedimientos, por falsa aplicación o falsa interpretación de los artículos 705, 1 y 715 del mismo Código, 1117 del Código Civil y de los principios de los actos nulos, inexistentes o anulables; -- considerando que las posturas ante los Tribunales en los remates deben hacerse según

1).- Julien Bonnecase. op. cit. Tomo II. pág. 271.

los términos del artículo 705 del Código de Procedimientos, por ministerio de los --
procuradores; que faltando ésta condición, la postura no sólo es nula, sino inexistente. (1)

Bonnecase considera por nulidad de derecho la que resulta del incumplimiento de una prescripción legal, sea de forma o de fondo, y así justifica la intervención del Juez manifestando que ante estas nulidades su misión es completamente mecánica. Se reduce a comprobar el incumplimiento a la regla de derecho sin -
examinar el contenido del acto jurídico y la declaración de nulidad debe resultar -
de dicha comprobación.

Existe otro tipo de nulidad opuesta radicalmente a la nulidad de derecho y cuya apreciación correspondiente a la conciencia del Juez, puesto que la noción en que se basa está desprovista de todo carácter fijo o violable.

El tipo de esta nulidad está constituido en los actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres.

En suma la distinción entre las nulidades de derecho y las sometidas -
a la apreciación del Juez se refieren exclusivamente a la libertad de acción de éste.

La jurisprudencia Francesa amplió el dominio de aplicación del concepto inexistente, que en un principio como hemos visto en otro sitio de este trabajo, -
algunos tratadistas pretendieron se restringiera a materias determinadas como el matrimonio principalmente. A tal grado se amplió el dominio de aplicación de la nueva
tesis, que Bonnecase nos dice, que se falseó en parte la doctrina de la inexistencia,

1).- Julien Bonnecase. págs. 271 y 272.

pues se pretendió extenderla a casos que a lo más podían ser ejemplos de nulidad absoluta.

Bonnetcase hizo en su obra una exposición sumaria de las oposiciones que se le hacían a la teoría Clásica tripartita, y encontró el origen de éstas, tanto en causas generales como en especiales.

Las causas generales encuentran su causa en la influencia del medio ambiente, así como en las ideas de autores eminentes. Las causas especiales tienen su origen, en la defectuosa terminología usada por los propios defensores de la teoría tradicional, y por otra parte, en las vicisitudes, más o menos exageradas de la teoría en Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés.

El maestro de Burdeos manifestó su completa adhesión a la Teoría Clásica basándose en las ideas que Rudolph Von Ihering expuso en su obra el Espíritu del Derecho Romano y de Savigny, que cimentan la noción del fundamento jurídico. Para éste último autor las nociones son seres reales cuya presencia y genealogía les son familiares a los juristas por el trato continuó con ellos. Así se define el concepto de que el acto jurídico constituya un verdadero "organismo" rigurosamente sometido para su existencia a la presencia de ciertos elementos de vida que podrán ser "esenciales" o "naturales", y siempre a semejanza de las personas físicas harán que el acto sea, o no, viable, o que presentando ciertas variantes, éstas sean de tal naturaleza que lo condenen eventualmente en su existencia, para una fecha más o menos próxima y que solamente pueden ser consideradas como meros accidentes. La falta de elementos esenciales hará que el acto sea inexistente, no obstante sus apariencias materiales. Continúa diciendo que se debe aceptar la idea del "orga-

nismo" pero relacionándola con otra, la de "forma específica", esta es, la expresión de un ser perteneciente a una categoría determinada; expresión que resulta del conjunto de los elementos sin los cuales no se concibe ese ser, y por lo que no puede situarse en la especie considerada. Los elementos específicos son de dos clases como pudimos apreciar cuando expusimos el concepto de la Teoría Clásica. Un elemento de orden psicológico, dos elementos de orden material: el primero es la manifestación de la voluntad. Los segundos serán un objeto y en algunos casos un elemento formal.

Al hablar de la inexistencia, Bonnacase se preocupa de afirmar que - hay una ausencia de orden jurídico, y que su noción no depende de ninguna manera, de la consagración que haga de ella la ley, sino que más bien se impone a esta.

Por otra parte, el acto jurídico inexistente no es susceptible de convalidarse por confirmación o prescripción. Cualquier interesado puede prevalerse de ella. El Juez sólo puede declararla, y nunca se demandará por vía de acción, sino que será opuesta como excepción.

El acto jurídico inexistente, está imposibilitado para engendrar "como acto jurídico", efecto alguno de derecho, pero ésta doctrina afirma que los hechos materiales a los cuales se niega el calificativo de actos jurídicos, sí pueden producir efectos de derecho, por lo que la doctrina clásica de la inexistencia en su al-cance práctico en nada se contradice con la realidad.

CAPITULO V

LA INVALIDEZ EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

a) LOS CODIGOS DE 1870 Y 1884

Los Códigos de 1870 y 1884 adquieren para nuestro estudio puntos de vista tan análogos, que nos permitiremos tratarlos conjuntamente. En efecto, el Código de 1884 se aparta en contadas ocasiones de su antecedente que derogó, inclusive carece de una exposición de motivos, situación que no tiene gran trascendencia si consideramos que el Código de 1870 sí tiene una referencia de lo que sus autores intentaron al redactarlo, misma que nos remite a la doctrina clásica de las Nulidades, no sin incurrir en grandes errores.

Los Códigos de 1870 y 1884 no reglamentaron la inexistencia, siguiendo sin duda, al Código Francés que ha sido materia de nuestro estudio en el capítulo anterior. El concepto de los autores de la doctrina clásica, de que la ley no tiene porqué reglamentar la teoría de la nada, fue el punto central, en nuestro concepto, en la elaboración de éstos antiguos Códigos. La inexistencia no nace de la ley, sino que más bien, está por encima y se impone a ella.

En ambos ordenamientos el artículo séptimo determina que: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa". Para determinar la clase de nulidad a que se refiere este artículo, Borja Soriano, recuerda que: Baudry-Lacantinerie, -- otorga la calidad de absoluta o relativa, a la nulidad, según el fin que se pro

ponga el legislador con cada norma siguiendo en este aspecto, éste autor, el -- concepto que nos da Japiot en su teoría. Para Planiol éstos actos estarán afectados siempre de nulidad absoluta.

El Código de 1870 reglamenta en su título Quinto del Libro Tercero, la rescisión y la nulidad de las obligaciones y en su exposición de motivos aclara la diferencia que existe entre rescisión y nulidad: "Aunque el efecto de la nulidad es casi el mismo que el de la rescisión, el origen de las disposiciones es diverso, como diversos también los casos en que éstas deben aplicarse. No se puede rescindir sino la obligación válida: la nula nunca ha existido legalmente; hay por lo mismo notable diferencia en muchos de los efectos que uno y otro producen."

Apreciamos claramente en la transcripción del párrafo anterior, -- que el legislador confunde la terminología de la nulidad y la inexistencia, al afirmar que "la obligación nula nunca ha existido legalmente". Continúa la exposición de motivos aludida diciendo: "Se establece de un modo absoluto: que la excepción de nulidad es perpetua, porque si bien el que tiene derecho de -- exigir como actor, puede renunciar la facultad que la ley le conceda; el que-- la alega como excepción, debe conservar ésta supuesto que de otro modo tiene que sufrir las consecuencias de un acto que no existe legalmente".

El Código de 1870, nos refiere en su exposición de motivos multitudinaria, que las obligaciones no se rescinden alegando únicamente como causa -- la lesión, porque, establecidas las reglas de los contratos en general y en parti

cular, y debiendo ser conocido el Código por todos los ciudadanos, cada uno debe cuidar de protegerse al contratar. Al consagrar las reglas necesarias para rescisión por dolo y por error, considera el Código que no es preciso estipular las relativas a la lesión, pues cuando ésta se verifica, hay por lo común error y no pocas veces dolo, (artículo 1771).

De la regla general respecto de la lesión que hemos apuntado anteriormente, cabe hacer notar que su única excepción se consagra en el contrato de compra-venta según el artículo 3023, en el que se afirma que en éste -- contrato es muchas veces imposible valerse de la mediación de peritos por lo -- cual es preciso conservar al perjudicado la acción rescisoria por causa de lesión.

Lo dicho para el Código de 1870 vale para el Código de 1884.

El Código de 1870 en su artículo 516 habla de la nulidad para el caso de incapaces en lo que se refiere a quien debe ejercerla. Más adelante el artículo 517 reglamenta la prescripción de la nulidad, y los artículos 518 y 519 establecen excepciones a la regla general establecida por el artículo -- 516.

Siguiendo los lineamientos trazados por la doctrina clásica podemos decir que la nulidad a que se refieren los Códigos de 1870 y 1884 por razón de incapacidad de los contratantes debe considerarse como relativa.

Por otro lado el Código de 1870 afirma que: "La nulidad de las obligaciones contraídas por una mujer casada, sin la competente autorización, --

puede pedirse dentro de cuatro años contados desde la disolución del matrimonio. "Esta es la única disposición cuyo texto varía en el Código de 1884 en que se adiciona que puede pedirse la nulidad durante el matrimonio y hasta cuatro años después de su disolución. En el primero de los Códigos el artículo 1779 y en el segundo el 1665 son los que respectivamente corresponden a la disposición que tratamos.

El artículo 1793 del Código de 1870, que corresponde al 1679 -- del de 1884, dice que la ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad, exceptuándose los casos en que la ley dispone lo contrario. En éste artículo vemos que ambos Códigos se apartan de la doctrina Clásica al equiparar motivos de inexistencia con causas de nulidad.

Por último comentaremos el artículo 1787 del Código de 1870 que corresponde al 1673 del Código de 1884. En estos artículos hay una imprecisión técnica por que no distinguen entre las excepciones provenientes de nulidad absoluta y relativas, pues las confunden y generalizan diciendo que: "la excepción de nulidad de un contrato es perpetua", y afirmando en el artículo posterior que: "La acción y excepción de nulidad, competen a las partes principales y a sus fiadores, exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone otra cosa".

Ambos Códigos que comentamos reglamentan la nulidad por error, por intimidación e ilicitud, pero los artículos que se refieren a ella no nos pa-

rece que ameriten un comentario específico. Sólo nos falta digno de mención - la figura de la Restitución que consagra el Código de 1870 y la supresión de és ta institución en el de 1884.

En efecto, la institución consagrada por el derecho romano, que ha sido materia de un comentario especial de nuestro primer capítulo, fue recogida y aprovechada por el Código de 1870, reglamentándola en varios de sus ar tículos. En el artículo 679 se estipula que: "Corresponde el beneficio de resti- tu ción a todos los sujetos a tutela que fueron perjudicados ya en los negocios - que hicieren por ellos mismos con la aprobación del tutor, ya en lo que éste - haga en nombre de ellos". Se clasifica de sumario el juicio respectivo y se es- tablece la retroactividad de sus efectos al reponer las cosas al estado que te -- ñían antes de que sufriese el daño el incapacitado, y los condenados quedan obli- gados a la devolución de la cosa que fue materia del negocio y todos sus frutos o, en su defecto, su precio con los intereses. (Artículo 681 y 682). Por otro - lado se estipula como efecto de la restitución, la rescisión del contrato o la in- de mnización al que ha sufrido daño, en la parte en que no haya alcanzado a re- parar, los bienes del tutor, o del fiador y del curador en su respectivo caso, - (artículo 683).

Se puede elegir entre la indemnización o la rescisión del contra- to y esta elección corresponde al tercero con quien se ha contratado; y el tiem po para ejercer la acción funciona durante la menor edad y cuatro años despues.

El Código de 1870 en su propia exposición de motivos, dice que

algunos legisladores y jurisconsultos consideraban que el beneficio de la restitución era, perjudicial porque dejando pendiente la validez de los contratos en -- que se interesan los sujetos a tutela, se mantiene incierta la propiedad, emba-- raza el curso de los negocios y se abre la puerta a muchos abusos, que a la -- sombra de la restitución pueden cometerse en beneficio de un individuo pero -- con perjuicio de otros. No obstante la comisión redactora, sin desconocer su -- empresa, se decidió a "sostener la restitución, porque le parecieron más funda -- das las razones que la apoyaban. Como la ignorancia de la ley a nadie puede aprovechar, es claro que el que trata con un menor, debe obrar con toda escru-- pulosidad, a fin de cerrar la puerta a la restitución, y si así no lo hace debe-- culpase a si mismo, puesto que la ley expresa claramente los casos en que ha -- de admitirse el beneficio de la restitución; pero lo mismo si alguna vez perma -- nece incierta la propiedad, culpa será de quien no obra con la ley, porque si -- a la sombra de la restitución pueden cometerse abusos, mayores abusos pueden -- cometerse sin ella, porque es más fácil que obre mal por malicia, torpeza o ne -- gligencia el que administra bienes ajenos, que el que gobierna los suyos". 1)

Sin embargo el Código de 1884, suprimió el beneficio de la res -- titución porque el exceso de precauciones en beneficio de los menores, en vez -- de serles ventajoso, les era desfavorable en muchas ocasiones. En un estudio -- sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, y con anota --

1).- Exposición de Motivos del Código Civil de 1870 pág. 33

ciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884, de Manuel Mateos Alarcón, se justifica ésta supresión al afirmar que: (2) "los menores viven rodeados de las mismas circunstancias que la otra persona; para administrar sus bienes y hacerlos progresar, necesitan sus representantes celebran diversos contratos y contraen las responsabilidades consiguientes; mas como siempre se tenía a expectativa el temor de la restitución, nadie podía celebrar convenios con los tutores o curadores, sino obteniendo lucro excesivo que compensara el riesgo en que se estaba, de que el contrato fuera rescindido más tarde. Había pues en primer lugar dificultades gravísimas para la administración, y en segundo lugar se tenían que sufrir pérdidas ciertas, cuando había absoluta necesidad de contratar, porque no era posible conseguir quien quisiera arriesgar sus fondos en estos negocios inciertos, sino bajo el concepto de obtener utilidades de gran cuantía. Esto era positivamente dañoso para los menores, y así lo comprendieron los juristas más eminentes, por éstas razones comenzó a detenerse la teoría que inició Savigny en su tratado de derecho romano que consiste en que se deben aumentar más precauciones al celebrarse los contratos de menores, pero a veces, perfeccionados todos los requisitos legales, habrán de considerarse tan inviolables y asegurados como las convenciones que se otorgan entre los ma

2).- Manuel Mateos Alarcón.- Estudio sobre el Código Civil del D.F. pág. 417 Promulgado en 1870 con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884. México, 1892.

yores de edad. Siguiendo ésta doctrina, las legislaciones modernas han quitado la distinción que había antiguamente entre tutela y curatela, dando a éstas palabras una significación muy diversa de la que tenían antes. Hoy todos los menores, desde su más tierna edad, hasta que cumplen 21 años, tienen absoluta capacidad legal para contratar, y se hayan asistidos por un tutor y un curador, el primero cuida a la persona del pupilo, lo representa en juicio y administra sus bienes, el segundo vigila la conducta del tutor, examina las garantías que éste presta e interviene en todos los actos que pudieran ser gravosos para él. El tutor necesita de autorización judicial, que no se le puede conceder sin audien--cia del curador, para enajenar o gravar los bienes inmuebles y las alhajas y --muebles preciosos, para transigir en los negocios del menor, comprometerlos en --árbitros, para pagar los créditos, para celebrar arrendamientos por más de 9 años y para pedir dinero prestado. Además, debe rendir cuentas justificadas por su --administración cada año, y ha de caucionar su manejo con una hipoteca bastan--te o con fianza otorgada a persona que posea bienes inmuebles libres de todo --gravámen. Asegurados de esta manera los intereses de los menores, la restitu --ción "in integrum" ya carece de objeto, pues si se celebrara algún convenio sin los requisitos establecidos por la ley, sería nulo de pleno derecho y no produci--ría efecto legal de ninguna especie.

b) ADOPCION DE LA TEORIA DE BONNECASE AL CODIGO VIGENTE

El constante devenir que referían los filósofos de la antigua Gre-

cia, la constante transformación de que ha sido testigo el hombre con el paso de los siglos, tuvo sus consecuencias en la vida social de México. Fue necesario revisar una legislación para lograr una mejor adopción de los postulados que ya habían consagrado el Derecho Romano y el Código Napoleónico.

El individualismo que consagró al Derecho Romano, por la acción revolucionaria de 1910, dejó de ser adecuado a las necesidades propias del México cambiante. Lógico es que la teoría de las nulidades iba a ser blanco de esta nueva exposición en el proyecto del Código de 1928, bajo el título IV, -- libro 4o. en el que se reglamentaba: "La nulidad y rescisión de las obligaciones", y que se dividía en dos capítulos específicos.

El Código de 1928, fue elaborado aceptando en el título VI, del libro 4o, en una forma absoluta la doctrina expuesta por Julien Bonnecase.

En efecto el maestro Rojina Villegas está de acuerdo con la afirmación de Borja Soriano en la que se dice que el legislador de 1928 aceptó por indicación de éste último la doctrina expuesta por Bonnecase.(1)

El primero de los artículos que se reglamentan (artículo 2224) se refiere a la inexistencia del acto jurídico, por falta de consentimiento o por falta de objeto. Niega que se produzca en dicho caso efecto legal alguno, y manifiesta que no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; por último afirma que la inexistencia puede ser invocada por todo interesado.

1).- Tomo quinto, volumen primero, Derecho Civil Mexicano.

Ya nos hemos pronunciado en contra de la inexistencia, porque - consideramos que en realidad tiene exactamente los mismos elementos de la nulidad absoluta.

Rojina Villegas manifiesta que el gran error de ciertos partidarios de la doctrina clásica ha sido identificar la inexistencia con la nulidad absoluta. Los adversarios de ella- dice- han sacado partido en favor de su tesis.

Fundamenta su posición trayendo a cuento la teoría del acto orgánico.

Ya hemos criticado ésta teoría adhiriéndonos al pensamiento de -- Lutzesco y a riesgo de repetir nos permitiremos revisar los argumentos que hay a favor y los que nosotros esgrimimos en contra. Un acto jurídico, para la teoría de la inexistencia, es inexistente cuando le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, los que son de dos clases: 1o.- de orden psicológico y 2o.- de or--den material. El de orden psicológico es una manifestación de voluntad. Los - de orden material un objeto y en algunos casos un elemento formal.

El que uno de éstos elementos falte, hará que el acto sea inexistente puesto que está desprovisto de sus elementos orgánicos.

En efecto, la teoría de la inexistencia se basa en la teoría orgánica del acto jurídico en donde las condiciones legales de un acto, dice Lutzeco, por una curiosa metamorfosis, se han transformado en elementos vivientes -- que son necesarios para dar el soplo de vida al vínculo jurídico sin el cual na-

cería sin vida.

"En consecuencia, calcada la teoría del acto jurídico sobre los rasgos característicos del organismo físico, adoptará los diversos estados de su funcionamiento: la vida, la muerte, la enfermedad y la curación se presentarán en él para falsear y deformar la naturaleza jurídica del vínculo obligacional y por lo mismo la naturaleza jurídica de la nulidad". (1)

Continúa diciendo Lutzesco que la teoría orgánica del acto jurídico no da prueba de la homogeneidad de que se habla en la composición de todo organismo viviente en relación con la elaboración del propio acto jurídico.

"En efecto, en el funcionamiento del cuerpo físico es absolutamente indispensable la participación de todos sus elementos; la falta de uno originado como resultado necesario, la muerte con su implacable veredicto."

"... Cuando se habla de elementos esenciales para la integración orgánica del cuerpo físico, se está de acuerdo en reconocer que cada uno de sus elementos goza de la misma importancia. Por lo demás, en éste sentido se habla de que el corazón, los pulmones, el estómago, etc. son órganos vitales que constituyen un todo indivisible donde la vida de cada uno se hay vinculada a la vida de los otros; en una palabra que existe una especie de asociación en cuyo funcionamiento no se permite ninguna interrupción..."

"Ahora bien si se analiza el acto organismo es fácil comprobar -

1).- Pág. 232 op. cit. Lutzesco.

que no sucede lo propio. En éste hay la extraña concepción de que el acto jurídico tiene elementos vitales a título excepcional, como es precisamente el caso de la forma. De modo que transportando ésta terminología al dominio propio de la idea organismo, es decir, al de la anatomía, sería necesario decir que -- hay órganos que son indispensables, pero que sólo lo son para una cierta categoría de personas."

"No se nos dice que sólo se trata de una ficción teórica y que al hablar de esta manera simplemente se hace uso de figuras de retórica. Por que una de dos, o la teoría del acto jurídico puede calcarse sobre el análisis anatómico de un ser viviente y entonces debe inevitablemente someterse a las mismas reglas y al mismo tratamiento que el organismo físico, o no hay ninguna similitud, o la hay reducida a unos cuantos caracteres, y en tal caso es exagerado elevarla al rango de Teoría jurídica."

"... Si se quieren hacer desaparecer todos los errores, todas las mixtificaciones que se han acumulado en torno del acto organismo y que han -- desfigurado a la vez su naturaleza y la naturaleza jurídica de la nulidad, no hay más que un camino posible: desechar la teoría del acto jurídico concebido como organismo con sus diversas fases: vida, muerte, enfermedad, curación, que han hecho de la inexistencia una noción incierta, confusa y sin interés práctico --" (1)

1).- Morandiere citados por Lutzesco pags. 232 a 236

Si observaremos los elementos que consigna el artículo 2224 en relación con el acto jurídico inexistente, veremos que son exactamente los mismos que caracterizan a la nulidad absoluta.

El artículo 2226, indica que la nulidad absoluta por regla general, permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos. El pensar que la inexistencia sí evita que se produzcan provisionalmente efectos, es tener una opinión demasiado romántica de lo que la filosofía puede hacer a la realidad. Que en el acto jurídico inexistente se diga que no es el acto- como acto mismo- el que produce efectos, es indiscutiblemente un argumento que juega con los términos. El acto considerado como inexistente igual que el acto viciado de nulidad absoluta, producen en la realidad jurídica una serie de efectos que son imposibles de desconocer.

Si Pize hubiera dicho a propósito de la inexistencia lo que dijo en relación a la nulidad absoluta (... debe rechazarse éste tipo bastardo, híbrido, intermedia, entre la inexistencia y la anulabilidad que toma caracteres de una y otra...) habría estado del todo acertado. En efecto la nulidad absoluta llenó muchos siglos en el derecho de los pueblos, y ya vimos que la teoría de la inexistencia fué para seguir el lenguaje de Pize, una institución verdaderamente "bastarda" en este cuadro de las ineficacias.

Sigue diciendo el artículo 2226, que los efectos producidos provisionalmente por la nulidad absoluta, serán destruidos retroactivamente cuando se pronun

cie por el Juez la nulidad.

El que la inexistencia se oponga como excepción y la nulidad absoluta por vía de acción o por excepción es también una distinción nacida de la propia posición artificial que se adopta.

Por último diremos que la nulidad absoluta igual que la inexistencia, puede hacerse valer por todo interesado, no desaparece por confirmación ni por prescripción.

Respecto de la ilicitud ésta produce una nulidad, cuando recae en el objeto, en el fin o en la condición del acto y la naturaleza absoluta o relativa dependerá de lo que disponga la ley (artículo 2225).

La nulidad relativa aparece cuando no se presentan todos los caracteres enumerados para la nulidad absoluta (artículo 2227); el maestro Rojina Villegas, manifiesta que sin razón se ha ligado demasiado la noción de nulidad relativa a la limitación de las personas que pueden prevalerse ella.

Más adelante se dice que la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como cuando hay error, dolo, violencia, lesión y existe incapacidad de cualquiera de los autores del acto, se produce la nulidad relativa del mismo (artículo 2228).

La nulidad en su más amplio concepto, aparece por razones de orden público o tomando en consideración intereses particulares; otorga consecuencias de derecho en menor o mayor grado, porque el acto jurídico viciado de nu

lidad es considerado por nuestro derecho como nacido a la vida jurídica.

Aunque, como hemos visto, el artículo 2227 nos da una definición de nulidad relativa en contraposición al artículo 2226 que consagra a la nulidad absoluta, el Código no especifica el concepto de orden público, que es en el que descansa en sí, la nulidad absoluta. Aunque el artículo 2228 nos da ejemplo de actos jurídicos atacados de nulidad relativa, como son la falta de forma establecida por la ley, (si no se trata de actos solemnes,) así como en los que aparezcan, el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, no podemos precisar los casos afectados de nulidad absoluta, por que en ocasiones se ejecuta un acto en contra de una disposición de interés público, no obstante lo cual, el legislador permite la prescripción o la confirmación, o concede la acción de nulidad sólo a determinadas personas, y en éstas condiciones no podemos hablar de nulidad absoluta, puesto que los caracteres que rodean la sanción del acto a que nos referimos son características de la nulidad relativa. Es a esto a que se refiere el artículo 2225 que deja a la ley la determinación de la nulidad de los actos con objeto, fin o condición ilícitos, pues sólo el legislador tiene derecho a determinar que intereses pueden quedar afectados de una u otra sanción.

Ya hemos apuntado a lo largo de éste estudio, que una característica de la nulidad es que el acto jurídico produce siempre provisionalmente sus efectos, dando la apariencia de un acto perfectamente regular y cuando la

autoridad judicial declara la nulidad, dichos efectos son destruidos en forma retroactiva y las partes deben de restituirse, todo lo que hubieran recibido en virtud del acto anulado (artículo 2239) salvo el caso del tercero, adquirente de buena fé.

Por la importancia trascendental que adquiere el caso de nulidad absoluta, puede prevalerse de ella todo interesado, y no hay límite para que se invoque durante el juicio pues el Ministerio Público, por el interés social que está en curso, puede pedir su reconocimiento hasta antes de la resolución definitiva.

Por lo que toca a la nulidad relativa la prescripción extingue a la acción respectiva cuando los interesados dentro del plazo que la ley establece no hacen valer su derecho.

Por lo que toca a la inexistencia, recordaremos que el acto atacado de ella es inconfirmable, imprescriptible y puede ser invocado por todo interesado.

En efecto siguiendo la teoría en que se basa nuestro Código, es posible afirmar que el acto inexistente es inconfirmable porque no se puede confirmar algo que no existe y porque si consideramos que el acto principal de la confirmación es la retroactividad positiva de efectos, no podría presentarse puesto que, si no existe el acto no pueden efectuarse consecuencias del mismo. Por otro lado, en relación a la prescripción podemos decir, que el simple transcur-

so del tiempo no puede hacer que la nada jurídica exista en el derecho.

Bonnecase afirmó que si eventualmente el acto jurídico inexistente se invoca en juicio el tribunal no puede sino declarar su inexistencia; al registrarse esta inexistencia a que se refiere Bonnecase, el órgano jurisdiccional evita que se produzcan consecuencias de cualquier género, lesionando con ello el interés de aquellos quienes pueden ser afectados por el acto atacado de ella.

Creemos que un problema de capital importancia en el tema que tratamos es la forma de hacer valer la inexistencia y el tiempo en que ésta debe de hacerse valer.

Hemos observado, que según la teoría de Bonnecase, la inexistencia nunca puede ejercerse por vía de acción, sino debe ser opuesta como excepción; dentro del proceso el momento de hacer valer ésta excepción, es normalmente en la contestación de la demanda, pero creemos por otra parte que el Juez y el Ministerio Público juegan un papel importante a éste respecto.

El acto inexistente desde el punto de vista de la teoría a la cual se acoge nuestro Código, no puede producir efectos de derecho, ni siquiera cuando las partes litigiosas no se hubieren opuesto a dicho acto, porque la inexistencia no depende de la voluntad de los litigantes o del Juez o del Ministerio Público, sino está por encima de ellos y se les impone totalmente porque ninguna actuación basta para convertir en realidad lo que no existe en el mundo del derecho.

En consecuencia el Juez con pleno derecho, y agregaríamos de plena obligación, debe declarar la inexistencia que se deduzca de los hechos alegados por actor y demandado, o que se deduzca de las pruebas que ante él se presenten, y debe finalmente en la sentencia reconocer dicha inexistencia, aún cuando al efecto, las partes no hayan manifestado objeción alguna; el Ministerio Público, por su carácter eminentemente jurídico protector, creemos que igualmente puede solicitar el Juez el reconocimiento de la inexistencia.

Nos surge la duda en éstas condiciones de saber si la inexistencia puede ser demandada por vía de acción.

Hemos visto de acuerdo a la teoría de Bonnecase que ésto no es posible, pero analizando nuestro Código observamos que el artículo 2183 indica que "pueden pedir la nulidad de los actos simulados..."

Los actos simulados sólo pueden ser considerados como inexistentes por faltarles el elemento esencial del consentimiento y en éstas condiciones la acción que concede el artículo citado es aparentemente una acción de inexistencias que contradice indiscutiblemente la doctrina tripartita.

Aunque se afirma que dicho artículo no tiene su antecedente en la doctrina de Bonnecase sino en la legislación anterior, es innegable que obedece a la exigencia misma de la vida jurídica.

Por último el artículo 2224 nos dice que los actos inexistentes no producen efecto legal alguno, aunque en algunos casos existen apariencias que

pueden inducir a la falsa creencia de la existencia del mismo, así es necesario, que se permita solicitar del único órgano competente, el Juez, la destrucción de los efectos de ese acto jurídico inexistente. Esto a nuestro juicio, concluye por afirmar que sí se puede invocar por vía de acción la inexistencia.

Por otro lado, debemos consignar que en la redacción de nuestro Código vigente se incurre en una serie de incongruencias en relación a los preceptos referentes a la teoría general de las ineficacias jurídicas, y que chocan de plano con la teoría de Bonnacase que sirvió de base a nuestro Código.

Efectivamente al redactarse los artículos referentes a la inexistencia y a la nulidad, artículos que fueron encomendados al maestro Manuel Borja Soriano, se adoptó íntegramente los lineamientos de las escuelas clásicas, y la comisión redactora no encontró objeción alguna al trabajo elaborado por el maestro Borja Soriano; desgraciadamente había otros artículos que tenían que ser puestos en concordancia, porque versaban sobre el mismo tema. Lamentablemente no se tuvo éste cuidado y se olvidó de realizar las rectificaciones correspondientes y quedaron los preceptos aislados en su forma primitiva y de acuerdo con otras teorías.

La extensión del tema que apuntamos y la complicación teórica que supone, nos impide analizar cada una de esas contradicciones y mucho menos intentar establecer su armonía, razón por la cual bástenos para los efectos de nuestro trabajo apuntar el problema que nos dejaró siempre en guardia para -

tratar las nulidades e inclusive inexistencias que consigna nuestro Código en los preceptos aislados a que nos referimos.

CAPITULO VI

LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

a). ESTUDIO DE LAS NULIDADES DEL MATRIMONIO.

La familia es la base de la sociedad y el matrimonio lo es de la familia, así que fácil es imaginar la preocupación que ha tenido el legislador - de todos los tiempos en reglamentarlo, protegiendo los altos fines que persigue.

Establecer la naturaleza jurídica del matrimonio es un esfuerzo - que sobrepasa los fines de nuestro estudio, pero debemos, aunque sea brevemente, conseguir la concepción doctrinaria que se ha formado a este respecto, no - con el ánimo de profundizar con espíritu analítico, sino más bien de ilustrar el objeto común, altamente social, que se encuentra en el matrimonio.

El matrimonio es una institución.

Si se entiende por institución un conjunto de normas, de idéntica naturaleza que regulan un todo, y que tienen siempre el mismo fin, podemos -- concluir que el matrimonio, como la filiación, la hipoteca, etc., es una institu_{ción}.

En efecto, el matrimonio de acuerdo a esta concepción, es una - institución jurídica porque las legislaciones positivas lo regulan por medio de un conjunto de normas de la misma naturaleza, y fijando siempre los derechos y las obligaciones correlativas para ambos cónyuges.

El matrimonio como contrato.

El contrato civil (que es regulado en nuestro derecho positivo en el caso del matrimonio como una Institución Social y Jurídica) no es otra cosa, en este caso, que un régimen positivo subordinado a la ley natural y moral.

Nuestros textos legales, tanto en la constitución de 1917 (artículo 130), como en la Ley de Relaciones Familiares y el Código Civil vigente insisten en la naturaleza contractual del matrimonio, sin duda para separarse del Derecho Canónico que considera al matrimonio como Sacramento (y también como contrato, como hemos visto).

El Maestro Rojina Villegas afirma que en el artículo 130 de la Constitución Política de 1917, se considera que el matrimonio, como contrato civil, es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. "Pero -continúa diciendo- no debe considerarse que el legislador mexicano, al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución, al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto". (1)

Sánchez Román nos dice que no está de acuerdo en la concepción contractual del matrimonio porque el consentimiento, es decir, la interven

1).- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II pág. 345. México 1949.

ción de las voluntades concordantes, no basta para producir el matrimonio, y -- por otro lado la incorporación de órdenes verdaderamente contractuales (Capitulaciones) representan un accidente, un aspecto secundario que no afecta la esencia misma de la unión matrimonial y que puede existir o no, y estar de una u otra manera establecido. (1)

Nosotros opinamos en el mismo sentido que el Maestro Rojina Villegas pues en nuestro sistema jurídico, el contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones de tipo patrimonial, y como dice Sánchez Román, éstas no representan sino "un accidente, un aspecto secundario que no afecta la esencia misma de la unión matrimonial".

Aunque el matrimonio no sea un contrato, está sujeto a la reglamentación general de los contratos de los Códigos Civiles de cada Estado.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales reglamenta los elementos del contrato en el artículo 1794 que dice:

Para la existencia del contrato se requiere: I.- Consentimiento.
II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

En el caso del matrimonio debemos agregar un tercer elemento -- que es la solemnidad.

En concordancia con el artículo anterior el 2224 dice: "El acto --
jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser --

1).- Sánchez Román Felipe. Estudios de Derecho Civil. T.V. vol. 1. pág. 379. 2a. Edición 1912.

materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer-- por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede ser invocada por todo interesado".

El matrimonio, entonces, puede ser inexistente por falta de consentimiento. El consentimiento debe existir por ambas partes contrayentes manifestando el deseo de unirse en matrimonio y debe estar dirigido a cumplir el objeto específico de la institución que de acuerdo con la ley consiste en perpetuar la especie, ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida, vivir juntos y -- crear un conjunto de obligaciones y derechos entre sí. La manifestación de voluntad de los contrayentes debe existir además con la manifestación del Oficial del Registro Civil, que es el representante del Estado en el acto de la celebración.

"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta". (artículo 147).

De la condición establecida en primer término en el artículo 147 transcrito, debemos considerar que para que el matrimonio sea física y jurídicamente posible, es necesario que exista una diferencia sexual entre los contrayentes, y en caso contrario el matrimonio sería, según nuestro Derecho, inexistente. ("Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con-- una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización", artículo -

1828).

Del objeto establecido por el artículo 147 se deducen un complejo de obligaciones y derechos como son, el débito conyugal, la fidelidad y la educación de los hijos.

En relación a la solemnidad "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige". - (Artículo 146); es decir, el matrimonio se ve intervenido por el Oficial del Registro Civil, el cual, en representación del Estado, declara unidos en matrimonio a los cónyuges, y levanta las actas relativas pues "... Ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar el estado civil, salvo -- los casos expresamente exceptuados en la ley. (Artículo 39).

El artículo 102 dice: "En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes ante el Oficial del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial, constituido en la forma prevenida en el artículo 44, y dos testigos por cada uno de ellos que acrediten su -- identidad.

Acto continuo, el Oficial del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud del matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, -- preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y la socie-

dad".

Por otro lado el artículo 103 dice: "Se levantará luego el acta de matrimonio, en la cual se hará constar:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.

II.- Si son mayores o menores de edad.

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres.

IV.- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores o el de las autoridades que deba suplirlos.

V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.

VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad.

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

VIII.- Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea.

IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Oficial del Registro Civil, los contra

yentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido, si supieren y pudieren hacerlo.

Al margen del acta se imprimirán las huellas digitales de los --
contrayentes".

En estas condiciones podemos afirmar a contrario sensu que nadie puede reclamar los efectos de un matrimonio si no demuestra su existencia; en efecto, veamos los fundamentos en que se basa nuestra afirmación.

"El estado civil de las personas sólo se comprueba con las cons--
tancias relativas del Registro. Ningún otro documento ni medio de prueba es--
admisible para comprobar el estado civil, salvo los casos expresamente exceptua--
dos por la Ley". (Art. 39)

Los casos de excepción a que se refiere el artículo anterior, no significan un relevo de la obligación del requisito de solemnidad de celebrar el acto ante el Oficial del Registro Civil, sino sólo se dirigen a los medios de --
prueba que sirvan para acreditar que sí se celebró el acto ante dicha autoridad.

"Siendo imposible la prueba del matrimonio, no producirá ningun--
os efectos... Sólo debe admitirse la existencia de un matrimonio cuando exis--
ta una apariencia seria de su celebración".

A mayor abundamiento podemos ver que la misma disposición se -
conserva en el matrimonio que se celebre en el extranjero (Artículo 51). Para
establecer el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la República se--
rán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos,

siempre que se registren en la Oficina respectiva del Distrito o de los Territorios Federales.

Ahora bien, con el objeto de evadir los problemas que acarrea el declarar indebidamente la nulidad del matrimonio, basándose en la aplicación de la teoría de las Nulidades, se estableció el principio de que "Sólo la ley establece en concreto la nulidad del matrimonio."

En efecto Marcel Planiol nos dice: "No existe nulidad del matrimonio sin texto que la pronuncia expresamente". (1)

Así pues, la nulidad del matrimonio no se dejó a los azares de los litigios, sino que se regularon todos los casos que en concepto del legislador debían ser sancionados por la nulidad.

En el Derecho Canónico tratamos la validez del matrimonio tomando como punto de referencia los impedimentos, en el matrimonio civil que regula nuestro derecho, tomaremos a los impedimentos impeditivos como antecedentes para poder tratar la ilicitud de un matrimonio, pero antes conviene definir el concepto de impedimento aplicado al Derecho Civil: El impedimento en el matrimonio es la razón anterior, por la cual el Oficial del Registro Civil debe negarse a proceder a la celebración.

Messineo nos agrega la noción de que los impedimentos son taxa

1).- Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Edit. Cajiga. Puebla, año 1946. Vol. III. Pág. 444.

tivos y por consiguiente no pueden ampliarse por analogía. (1)

En nuestro derecho el artículo 264 enuncia los Impedimentos Impedientes al decir que es ilícito pero no nulo el matrimonio: 1o.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que es susceptible de dispensa; 2o.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159; y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 159 y 289. Trataremos a continuación artículos a que se refiere - el artículo 264, pero antes conviene señalar la sanción que establece el artículo 265.

Los que infrinjan el artículo anterior (artículo 264), así como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de éste, del tutor o del juez, en sus respectivos casos, y los que autorizan esos matrimonios, incurrirán en las penas que señala el Código de la materia.

Los artículos a que se refiere el artículo 264 dicen textualmente: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá. ... Sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela; ésta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor". (Artículo 159).

1).- Messineo Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo I, pág. 44.- Buenos Aires 1954.

"La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo, desde que se interrumpió la cohabitación". (artículo 158)

"... El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio..."

"Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que -- obtuvieron el divorcio". (Artículo 289).

En suma podemos decir que los matrimonios ilícitos son aquellos -- que encontrándose viciados por alguna causa que no importe gravedad extrema -- son considerados jurídicamente nulos, limitándose el legislador, frente a ellos, a imponer una sanción civil a los contratantes". (1)

Nosotros consideramos que cuando uno o ambos consortes celebran un matrimonio sin observar las prescripciones legales, violan con ello el orden -- público, y su matrimonio además de ilícito debía ser considerado nulo.

Así observamos que la nulidad del matrimonio se produce en vir-- tud de la sentencia declaratoria que pronuncia el Juez y si ésta tiene como -- consecuencias la destrucción en forma retroactiva de todos los efectos jurídicos -- que el matrimonio ha producido, estos, hipotéticamente deberán ser destruidos. --

1).- Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Primera -- Edición, pág. 335.

Esta situación sólo se daría en un caso, en nuestra opinión, es decir cuando -- ambos cónyuges hayan contraído el matrimonio de mala fé y no haya habido hijos; si uno sólo de los cónyuges hubiera contraído matrimonio de buena fé, el panorama cambiaría totalmente y la regla general, inclusive en los efectos jurídicos-económicos, cambia totalmente.

Ya hemos dicho que la nulidad absoluta se caracteriza porque no puede convalidarse por prescripción ni por confirmación de los interesados, y -- porque por regla general el acto afectado de nulidad absoluta produce efectos en forma provisional, ya que una vez declarada por el Juez la nulidad, ésta de claración tiene efectos retroactivos. Es decir el acto jurídico afectado de nulidad absoluta tiene la apariencia de ser un acto válido y produce sus efectos como tal.

En estas condiciones el matrimonio afectado de nulidad absoluta -- surte todos sus efectos jurídicos y económicos como si fuera un matrimonio completamente válido y eficaz, mientras que no se pronuncie por el Juez su nulidad. "El matrimonio tiene en su favor la presunción de ser válido; sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria. (Artículo 253).

Sin embargo el que los efectos producidos por el matrimonio aparentemente válido, sean retroactivamente destruidos, no viene a ser sino una ficción jurídica y esta afirmación pretendemos demostrarla en el curso de nuestro estudio.

NULIDAD ABSOLUTA

El maestro Rojina Villegas sostiene con atinado criterio "que en los actos jurídicos, la nulidad absoluta se presenta por regla general cuando -- existe un objeto, motivo o fin ilícitos, pero excepcionalmente puede tratarse de una nulidad relativa". Pero en el matrimonio debe considerarse que "la regla -- se invierte de tal manera que el carácter ilícito en su objeto, motivo o fin, -- producirá la nulidad relativa y, excepcionalmente, la nulidad absoluta. En los contratos, testamentos, convenios y actos unilaterales, la ilicitud en los mismos produce la nulidad absoluta y, excepcionalmente la relativa. (1)

Ya hemos apuntado las características de las nulidades, pero conviene esbozarlas nuevamente para poder en seguir en forma lógica el desarrollo de nuestro tema hacia las conclusiones que adoptamos.

En efecto, la nulidad absoluta no desaparece por la confirmación o la prescripción y de ella puede prevalerse todo interesado (art. 2226). A -- contrario sensu, la nulidad relativa es confirmable, prescriptible y se concede -- sólo a la parte perjudicada (art. 2227).

Tomando en cuenta estas bases, que son idénticas a las que contempla Rojina Villegas, opinamos con él, que hay dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio que son: la bigamia y el incesto. (2)

-
- 1).- Compendio de Derecho Civil.- Introducción, personas y Familia T-I. -- pág. 309 Antigua Librería Robredo. México 1964.
 - 2).- Compendio de Derecho Civil. op. cit. pág. 309.

BIGAMIA

El art. 248 declara nulo el segundo matrimonio si subsiste el vínculo de un matrimonio anterior; su acción no está sujeta a un término de prescripción y puede ser deducida por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y si no es intentada por ninguno de ellos, por el Ministerio Público.

Concluye el maestro Rojina Villegas diciendo que es evidente -- que no cabe en el caso convalidación por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que de ninguna forma se podría aceptar la validez del segundo vínculo. (1)

INCESTO

El art. 241 establece que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, "por lo tanto, cuando se trata de un parentesco -- que no admita dispensa, como es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trate de parentesco de afinidad en la línea recta, procede considerar que existe una nulidad absoluta, pues el art. 242 estatuye la acción que nace de dicha causa y la que dimana del parentesco de afinidad, pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público, es decir, se concede a todo interesado sin límite de tiempo y también sin que quepa la convalidación por ratificación expresa

1).- Compendio de Derecho Civil op. cit. 309.

o tácita" (1).

NULIDAD RELATIVA

Afuera de los límites que hemos establecido para la nulidad absoluta, como asentamos anteriormente, todos los demás casos de nulidad en el matrimonio son casos de nulidad relativa, porque en ellos se consigna las características que le son propias a éste tipo.

Así entonces podemos consignar que el matrimonio afectado de nulidad por parentesco de consanguinidad, una vez conseguida la dispensa puede revalidarse y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo.

Cuando el matrimonio se vicia por error se concede la acción al cónyuge eng aado, y si no la ejerce de inmediato, se entenderá ratificado y quedará subsistente el matrimonio art. 236.

En este caso, afirma Rojina Villegas que por falta de consentimiento, cabría aplicar el art. 224 para considerar inexistente el matrimonio, pero ante la disposición expresa del art. 236 debe concluirse que en nuestro derecho se trata de una nulidad relativa (2).

En la causal de minoría de edad (dieciseis años en el hombre, catorce en la mujer) se convalida el matrimonio si hay hijos, o si, aunque no los

1).- Rojina Villegas op. cit. pág. 309.

2).- Compendio Civil op. cit. pág. 310.

haya habido, el cónyuge menor hubiere llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la acción de nulidad (art. 237).

La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo puede ser invocada por aquellos que debieron otorgarlo y tienen un plazo de treinta días para hacerlo contados desde que se tenga conocimiento del matrimonio (art. 238).

Cuando existe falta de consentimiento del tutor o del juez, se concede a los cónyuges o al tutor un plazo de treinta días para ejercer la acción de nulidad.

Igualmente existe nulidad relativa por causa de adulterio y su acción puede ejercerse por el cónyuge ofendido y por el Ministerio Público en el caso de matrimonio anterior disuelto por divorcio, y sólo a éste funcionario si el matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. Se cuenta con un término de seis meses para intentar la acción a partir del momento de la celebración del matrimonio viciado. (art. 243).

Cuando la nulidad proviene por atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, su acción puede deducirse por los hijos del cónyuge víctima o por el Ministerio Público dentro del término de seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio. (art. 244).

La nulidad que tenga como causa el miedo o la violencia sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días (arts. 245

y 246) igual requisito se exige para la nulidad que se funde en las enfermedades o vicios que enumera la fracción VIII del art. 156 (Rojina Villegas op. cit. -- pág. 312).

La nulidad por idiotismo o imbecilidad sólo puede pedirse por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado.

Por último -menciona el maestro Rojina Villegas- la nulidad que se funda en la falta de simples formalidades necesarias para la validez del matrimonio puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en -- probar que no hay matrimonio. También podrá deducirse por el Ministerio Público (art. 249). Aquí cabe distinguir dos causas: a) Inexistencia cuando se trate de formalidades esenciales, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público y b) Nulidad Relativa cuando exista el acta con las formalidades esenciales y se una a la posesión de estado matrimonial. (1)

Los efectos jurídicos que se desprenden de un matrimonio inválido no se determinan por la voluntad de las partes, sino que son estipulados por la ley misma, y de ella nacen los derechos y las obligaciones tanto de los cónyuges como de los hijos.

En efecto, el propio legislador reglamenta que el matrimonio contraído de buena fe, AUNQUE SEA DECLARADO NULO, produce todos sus efectos

1).- Rojina Villegas Compendio de Derecho Civil. op. cit. pág. 312.

tos civiles en favor de los cónyuges, mientras dure, y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y 300 días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario (artículo 255).

Si ha habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes el matrimonio produce efectos civiles sólo respecto de los hijos (artículo 256); y a mayor abundamiento podemos decir que declarado nulo un matrimonio, haya habido buena o mala fe al celebrarlo, los hijos tenidos durante él se considerarán como hijos de matrimonio (artículo 344).

En estas condiciones y basados en los artículos anteriores podemos decir que la buena fe es el único requisito que exige el legislador para reconocer efectos al matrimonio nulo.

Declarada la nulidad del matrimonio debe procederse a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, si los cónyuges hubieren procedido de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales; si sólo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente estos productos, y si ha habido mala fe de ambos cónyuges los productos pueden aplicarse a favor de los hijos (artículo 261).

Más adelante, se establecen las reglas que deben observarse res -

pecto de las donaciones antenuptiales cuando se declara la nulidad de un matrimonio.

1o.- Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas.

2o.- Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos.

3o.- Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes.

4o.- Si los dos cónyuges procedieron de mala fe las donaciones que se hayan hecho quedarán a favor de sus hijos. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad. (art. 262).

Cuando un matrimonio se celebra bajo el régimen de sociedad conyugal, y éste es declarado nulo, la sociedad se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoriada, si los dos cónyuges procedieron de buena fe (artículo 198); cuando uno sólo de los cónyuges actuó de buena fe, la sociedad debe subsistir hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación es favorable al cónyuge inocente, en caso contrario se considerará nula desde principio (artículo 199). Si ambos cónyuges actuaron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo social (artículo 200). Cuando hay nulidad en el matrimonio, el consorte que obró de mala fe no tie-

ne parte en las utilidades, las que deben aplicarse a los hijos, y si no los hubiere al cónyuge inocente (artículo 201) si ambos cónyuges procedieron de mala fe las utilidades se aplicarán a los hijos, y si no los hubiere se repartirán -- en proporción de lo que cada consorte llevó al matrimonio (artículo 202).

Por lo que toca a los derechos hereditarios que tiene un cónyuge con respecto de otro, creemos que tratándose de un matrimonio nulo ninguno - de los dos tienen derecho de heredarse mutuamente.

El legislador ha establecido con relación a los derechos hereditarios, que cuando se decreta la nulidad del matrimonio y a la mujer, (inocente o culpable) declara haber quedado encinta, y el autor de la sucesión sea el esposo, se le debe de otorgar una pensión alimenticia cargada a la masa hereditaria.

Esta protección, opinamos, se refiere más que a la mujer, a la protección que el legislador siempre ha pretendido para los hijos, por eso precisamente la repartición de la herencia no puede hacerse sino hasta que se sepa el resultado del alumbramiento; disposición que viene a fundamentar nuestra opinión en relación a que es el hijo, y no la mujer, inocente o culpable, al que el legislador ha querido proteger en los casos del alumbramiento antes relacionado.

Así pues la mujer que ha quedado encinta debe poner en conocimiento del Juez ese hecho, dentro del término de 40 días, para que éste notifi

que a los que tengan derecho a la herencia, derecho que puede ser disminuido, o inclusive puede desaparecer con el nacimiento del hijo póstumo. Se establece que la mujer que queda encinta, aun cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria. Sólo en el caso que la mujer no cumpla con avisar dentro del término de 40 días el hecho de que se encuentra encinta, se le podrá negar el que sea alimentada con cargo a la masa hereditaria, pero si por averiguaciones posteriores se demuestra que fue cierta la preñez, se deberán abonar los alimentos que dejaron de pagarse. La mujer no está obligada a devolver los alimentos percibidos, aun cuando haya habido aborto o no resulte cierta la preñez salvo el caso en que ésta hubiere sido contradicha por dictamen pericial. También se dispone que el Juez que conozca del juicio sucesorio, debe decidir de plano todas las cuestiones relativas a alimentos y resolviendo en caso dudoso en favor de la mujer cuyo matrimonio se ha declarado nulo. (Artículos 263, 1638, 1643, 1644, 1645 y 1646).

Estamos de acuerdo con la opinión de Jemolo en que afirma que el matrimonio inválido, tiene para la persona que lo contrajo de buena fe los efectos de un matrimonio completamente eficaz hasta la sentencia que pronuncia su nulidad. Luego entonces si dicha sentencia no se ha dictado al momento de la muerte del cónyuge autor de la herencia, dicho matrimonio sigue produciendo efectos como si fuera eficaz. Desde luego se debe excluir de la sucesión a dicho cónyuge supérstite cuando la persona de cuya herencia se trata está ligada por matrimonio válido anterior en el momento de la muerte. Así el segundo --

cónyuge de buena fe del bigamo, no puede alegar derechos sucesorios si sobrevive el primer cónyuge; por otro lado puede en cambio recibir la herencia si el primer cónyuge murió antes del bigamo. (1)

En efecto si el matrimonio nulo produce efectos provisionales como si fuera completamente regular. Si por otra parte es la declaración de nulidad la que destruye los efectos retroactivamente del matrimonio nulo, podemos legítimamente pensar que mientras no se declare la nulidad el matrimonio debe ser considerado completamente eficaz y debe dar nacimiento a un derecho hereditario.

Esto solamente puede funcionar para el cónyuge de buena fe, -- pues los efectos provisionales sólo pueden afectar precisamente a éste.

Existe una duda respecto a que si la acción de nulidad la puede pedir no solamente el cónyuge, sino el que tenga interés; estamos de acuerdo -- que el cónyuge de mala fe, no debería percibir ningún beneficio económico, porque es probable que su intención hubiera sido precisamente esa, la de recibir -- una herencia. En este caso creemos que los que sean considerados legítimos herederos podrán solicitar se declare la nulidad del matrimonio para evitar que el pillo se salga con la suya.

Por último debemos referir que la mujer que ha contraído matrimonio sea de buena o mala fe debe tener derecho a alimentos mientras dure el

1).- Arturo Carlo Jemolo.- El Matrimonio.- Ediciones Jurídicas Europa América traducción de Santiago Sentis Meleno y Marino Radín. pág. 208.

juicio de nulidad, porque mientras la nulidad no se declare, el matrimonio surte plenamente sus efectos entre los cónyuges, y porque éste tiene en su favor la --presunción de ser válido.

En efecto: los cónyuges deben darse alimentos (artículo 302).

La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene el derecho de pedirlos. (artículo 301).

El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni es objeto de transacción (artículo 1372).

Después de declarada la nulidad el cónyuge inocente no tiene de recho a alimentos aunque sí lo tienen los hijos nacidos del matrimonio declarado nulo.

Las obligaciones de ayuda mutua (artículo 147), de socorro mutuo (artículo 162), la asistencia en caso de enfermedad (artículo 308), la obligación de la mujer de vivir al lado del marido (artículo 163), la obligación del marido de sufragar el sostenimiento del hogar y de la mujer si tuviere bienes propios, desempeñare algún trabajo o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio de contribuir a los gastos de la familia siempre que la parte de lo que le corresponda no exceda a la mitad de dichos gastos a no ser que el marido estuviere --imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios (artículo 164), forman casi todas las causales de divorcio consagradas por nuestro legislador. Esto no es por otra causa sino porque establecen el mínimo de requisitos (de humanidad) para que una sociedad de tan alto contenido como lo es el matrimonio pueda --

subsistir en el tiempo.

Sin estas obligaciones el vínculo del matrimonio destinado a durar toda la vida tendría una atadura extraordinariamente débil.

Son estas fasetas las que permiten que el matrimonio adquiera caracteres sui generis que se apartan por completo del carácter patrimonial que normalmente tienen los contratos.

Así pues una teoría que ha sido establecida para ser aplicada a contenidos patrimoniales, debe ser modificada del todo para poder regular relaciones de tipo no económico.

Es por esta razón y porque era imposible nulificar consecuencias de derecho que por razón natural tenían ya una existencia plenamente definida, por lo que el legislador observó la necesidad de dar un tratamiento distinto a la institución del matrimonio de acuerdo a su alto contenido social.

CONCLUSIONES.

1a.- El matrimonio es una institución jurídica cuyo contenido social hace imposible que se le aplique, en su totalidad, la Teoría General de las -- Nulidades.

2a.- El matrimonio no es un contrato, porque la intervención de las voluntades concordantes no bastan para producirlo y porque la incorporación del orden verdaderamente contractual, como lo pueden ser las capitulaciones, re presentan un accidente, un aspecto secundario, que no afectan la esencia misma de la unión matrimonial, y que puede existir o no, o que puede estar de una -- manera u otra establecido según opinión de Sánchez Román.

3a.- Aunque el Matrimonio no es un contrato, está sujeto a la -- reglamentación general de los contratos de los Códigos Civiles de cada Estado.

4a.- Estamos de acuerdo con Marcel Planiol cuando dice: "No -- existe nulidad del matrimonio sin texto que la pronuncie expresamente".

En efecto, para evitar los problemas que acarrea el declarar -- indebidamente la nulidad del matrimonio, se estableció el principio, de que sólo la ley decreta en concreto dicha nulidad.

5a.- Cuando uno o ambos consortes contraen matrimonio sin ob -- servar las prescripciones legales, violan con ello el orden público, y su matri -- monio además de ilícito debe ser declarado nulo.

6a.- La nulidad del matrimonio se produce en virtud de la sentencia declaratoria que pronuncia el Juez, pero si ésta tiene como consecuencia la destrucción en forma retroactiva de todos los efectos jurídicos que el matrimonio ha producido, estos hipotéticamente deberán ser destruidos.

Esta situación sólo se da en un caso, es decir, cuando ambos cónyuges hayan contraído el matrimonio de mala fe y no haya habido hijos. Si uno sólo de los cónyuges hubiera obrado de buena fe, el panorama cambia completamente y la regla general inclusive en los efectos jurídicos económicos cambia totalmente.

7a.- La buena fe es el único requisito que exige el legislador para reconocer efectos al matrimonio nulo.

8a.- Por lo que toca a los derechos hereditarios que tiene un cónyuge con respecto de otro, creemos que tratándose de un matrimonio nulo, ninguno de los dos tiene derecho de heredarse mutuamente, pero mientras no se declare la nulidad, el matrimonio debe ser considerado completamente eficaz y debe dar nacimiento a un derecho hereditario.

BIBLIOGRAFIA.

Alonso Caberos Migueles.- Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria texto latino y versión castellana con jurisprudencia y comentarios.- Biblioteca de autores cristianos. Madrid 1957.

Bonnecase Julien.- Elementos de Derecho Civil. Biblioteca Jurídico-Sociológica. Editorial Cajíga 1945 Puebla, Pue.

Casti-connubi. Encíclica.- Editoras Paulinas, S.A. México 1961.

Carlo Jémolo Arturo.- El Matrimonio. Ediciones Jurídicas Europa América. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Radín.

Guidice Vincenzo del.- Nociones de Derecho Canónico. Universidad de Navarra Panplona 1964.

Japiot René.- De las Nulidades en Materia de Actos Jurídicos Ensayo de una Nueva Teoría. Dijón 1909.

Laurent F.- Principios de Derecho Civil.- Puebla 1900.

Lutzesco George.- Teoría y Práctica de las Nulidades Editorial Porrúa, S.A.- México 1945.

Mateos Alarcón Manuel.- Estudios sobre el Código Civil del D.F. promulgado en 1870 con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884.- México 1892.

Mesineo Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial.- Buenos Aires 1894.

Piedelievre M.- Los Efectos de los Actos Jurídicos Nulos ensayo de una Teoría de Conjunto.- París 1911.

Pina Rafael de.- Elementos de Derecho Civil.- México 1a. edición.

Planiol Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil.-Editorial Cajiga. Puebla-1846.

Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- México 1949.- Compendio - de Derecho Civil. Introducción, personas y familia. México 1964.

Sánchez Román Felipe.- Estudios de Derecho Civil.- 2a edición 1912.

LEGISLACION CONSULTADA.

Código Civil del D.F. y Territorios de la Baja California de 1870.

Código Civil del D.F. y Territorios de la Baja California de 1884.

Código Civil del D.F. y Territorios Federales de la Baja California del 1o. de Octubre de 1932.