

los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera habido pleito.

Art. 255. En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas, y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Art. 256. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al de Estado Civil, y éste, al margen del acta del matrimonio, pondrá nota expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró.

SECCION 6ª

DE LA CESACION DEL PLEITO DE DIVORCIO POR LA MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES.

202. Hemos dicho en otro lugar (núms. 114 y siguientes) que la acción de divorcio es personal de los cónyuges. De aquí se infiere la opinión universalmente sostenida por los autores modernos, es á saber, que la muerte de cualquiera de los esposos impide que la demanda de divorcio pueda ser empezada por ó contra los herederos del esposo muerto. Pero ¿qué decir en el caso de que la muerte sobrevenga intentado ya el juicio? La cuestión puede presentarse bajo un doble punto de vista: muerto el demandante, ¿sus herederos pueden continuar la acción? Muerto el demandado ¿puede el demandante continuar la acción contra los herederos de aquel? Sobre la primera, dos textos clarísimos nos aseguran que era resuelta afirmativamente en el antiguo Derecho: *Defuncto marito adulterii rea mulier postulatur*, y *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.*¹ Pothier tiene esta resolución por in-

¹ *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 11, § 8 y lib. 50, tit. 17, l. 139.

dudable,¹ y de ella hay partidarios respetables; aun después del Código de Napoleón, si bien sólo en el sentido de los intereses pecuniarios.² Sin embargo, la interpretación contraria ha prevalecido, no sólo en cuanto á que los herederos del demandante no pueden continuar la acción, sino también en el sentido de que ella termina por completo respecto á los herederos del demandado.

Nuestros Códigos se han afiliado también á esta doctrina, y á fe que con sobradísima razón. Cuando la muerte ha puesto término á los odios de los esposos, ¿para qué continuarlos *ultratumba*? ¿Se querrá tentar á los hijos para que registren el pasado de su madre y descubran en él las pruebas de su mala conducta? ¡Entonces vendrán esos mismos hijos á proclamar que son el fruto del adulterio, rechazarán á sus hermanos, marcándolos con el estigma de los espurios ó harán reaparecer querellas ya extinguidas haciendo que el mundo no deje de ver al padre que se arma colérico é indignado contra su compañera! Pero se dirá: pueden ser extraños los interesados en que el juicio de divorcio continúe; es un derecho y no es justo privarlos de él. Y ¿dónde está la justicia para pretender insultar las cenizas de un muerto? ¿Por un puñado de oro será justo remover las ignominias de los que ya no existen? ¿La vindicta pública no se desarrollará por la muerte? ¿El magistrado mismo no se inclina delante de la tumba del criminal para pronunciar el perdón?³ En nombre, pues, de la moral, de la piedad filial, y de la inviolabilidad de la familia aplaudimos los preceptos siguientes: arts. 254 del Código que comentamos, 277 de el del Dis-

1 Pothier, *Contrat de mariage*, núm. 526.

2 Durantón, tom. 1, núm. 1,167.—Vazeille, tom. 2, núm. 585.—Zacharias por Massé y Vergè, tom. 1, § 140.

3 Demolombe, tom. 4, núm. 429.—Marcadé, sobre el art. 307, núm. 5,—Laurent, tom. 3, núm. 217.

trito Federal de 1870, 246 de el de Veracruz, 184 de el de Tlaxcala y 203 de el del Estado de México.

203. La importancia de los juicios de divorcio y su trascendencia social han hecho que nuestros legisladores prescriban el secreto de todas las audiencias y la intervención del Ministerio Público. Así consta en los arts. 247 del Código de Veracruz, 204 de el del Estado de México, 278 de el del Distrito Federal de 1870, y 255 del que comentamos.

204. Sobre el art. 256 de este Código remitimos al lector á lo antes dicho (núm. 109). Con este artículo concuerdan los 279 de el del Distrito Federal de 1870 y 185 del de Tlaxcala.

CAPÍTULO VI.

DE LOS MATRIMONIOS NULOS É ILÍCITOS.

Art. 257. Son causas de nulidad las siguientes:

I. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en las fracciones 1ª y 3ª á 9ª del art. 159, ó faltando el consentimiento de la persona que conforme á la ley tiene la patria potestad.

II. Que se haya celebrado en contravención á los arts. 119 y 120.

III. Que no se hayan hecho las publicaciones en los términos prevenidos en los arts. 110 á 113 y 118.

IV. Que no se hayan dispensado dichas publicaciones conforme al art. 114.

V. Que no hayan concurrido los testigos que exigen los arts. 109 y 128.

VI. Que se haya celebrado no concurriendo los contrayentes personalmente ó por apoderado especial, conforme al art. 128.

VII. *Que haya impotencia incurable para la cópula. La impotencia debe ser anterior al matrimonio y legalmente comprobada.*

Art. 258. *La edad menor de catorce años en el hombre y de doce en la mujer dejará de ser causa de nulidad:*

I. *Cuando haya habido hijos.*

II *Cuando no habiendo habido hijos, el menor hubiere llegado á los veintiún años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad.*

Art. 259. *La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo puede alegarse por el ascendiente á quien tocaba prestar aquel, y dentro de treinta días, contados desde aquel en que tenga conocimiento del matrimonio.*

Art. 260. *Cesa esta causa de nulidad:*

I. *Cuando han pasado los treinta días sin que se haya pedido la nulidad.*

II. *Cuando aun durante ese término el ascendiente ha consentido expresa ó tácitamente en el matrimonio, ya dotando á la hija, ya haciendo donación al hijo en consideración al matrimonio, ó recibiendo á los consortes á vivir en su casa, ó presentando á la prole como legítima al Registro Civil, ó practicando otros actos que á juicio del Juez sean tan conducentes al efecto como los expresados.*

Art. 261. *El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio; pero si después se obtuviese la dispensa, y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontáneamente reiterar su consentimiento, lo que se hará por medio de una acta ante el Juez del Registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo.*

Art. 262. *La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por cualquiera de los cónyuges y por sus ascendientes y seguirse también de oficio.*

Art. 263. El error respecto de la persona anula el matrimonio sólo cuando entendiendo un cónyuge contraerlo con persona determinada lo ha contraído con otra.

Art. 264. La acción que nace de esta causa de nulidad, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado.

Art. 265. Si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierta, se tiene por ratificado el consentimiento, y queda subsistente el matrimonio, á no ser que exista otro de los impedimentos dirimentes.

Art. 266. El miedo y la violencia serán causas de nulidad si concurren las circunstancias siguientes:

I. Que uno ú otra importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud ó una parte considerable de los bienes.

II. Que el miedo haya sido causado ó la violencia hecha al cónyuge ó á la persona que le tenía bajo su patria potestad al celebrarse el matrimonio.

III. Que uno ú otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

Art. 267. La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse con el cónyuge agraviado y dentro de sesenta días, contados desde la fecha del matrimonio.

Art. 268. El vínculo de un matrimonio anterior existente al tiempo de contraerse el segundo anula éste aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del matrimonio primero, por los hijos y herederos de aquel, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, el Juez, si tiene conocimiento de dicha causa, podrá proceder á instancia del Ministerio público ó de oficio.

Art. 269. La acción de nulidad proveniente de la causa que se señala en el art. 159, frac. 6ª, puede ser deducida por el

cónyuge inocente, por los hijos y herederos del primer cónyuge y por el Ministerio público.

Art. 270. La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. A falta del denunciante, el Juez puede proceder á instancia del Ministerio público ó de oficio.

Art. 271. No se admitirá á los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades contra el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil cuando á la existencia del acta se úna la posesión de estado matrimonial.

Art. 272. La nulidad que se funda en impotencia ó locura incurable, sólo puede ser pedida por los cónyuges y por el tutor del incapacitado.

Art. 273. El matrimonio, una vez contraído, tiene á su favor la presunción de ser válido: sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

Art. 274. Acerca de la nulidad no hay lugar á transacción entre los cónyuges ni á compromiso en árbitros.

Art. 275. El Ministerio público será oído en este juicio.

Art. 276. El derecho para demandar la nulidad del matrimonio no corresponde sino á aquellos á quienes la ley lo concede expresamente, y no es trasmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel á quien heredan.

Art. 277. Ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad, el tribunal, de oficio, enviará copia autorizada de ella al juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta respectiva ponga nota circunstanciada en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo.

Art. 278. El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dura, y en todo tiempo á favor de los hijos nacidos antes de su celebración durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad.

Art. 279. Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Art. 280. La buena fe en estos casos se presume: para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

Art. 281. Si la demanda de nulidad fuere instaurada por uno de los cónyuges, se dictarán desde luego las medidas provisionales que establece el art. 244.

Art. 282. Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de tres años quedarán al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe.

Art. 283. Si sólo uno de los cónyuges ha procedido de buena fe quedarán todos los hijos bajo su cuidado.

Art. 284. Los hijos é hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

Art. 285. El marido dará cuenta de la administración de los bienes en los términos convenidos en las capitulaciones matrimoniales, y faltando éstas, conforme á las prescripciones establecidas en este Código para el caso de disolución de la sociedad legal.

Art. 286. Si al declararse la nulidad la mujer está en cinta, se dictarán las precauciones á que se refiere la fracción 6ª del art. 244, si no se ha dictado al tiempo de instaurarse la acción de nulidad.

Art. 287. La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolu-

ción del primero. En los casos de nulidad puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Art. 288. Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

I. Cuando se ha contraído pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa:

II. Cuando no ha precedido á su celebración el consentimiento del tutor ó del juez en su caso.

III. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requieren los arts. 170 171 y 172.

IV. Cuando no ha transcurrido el tiempo señalado en el art. 287 á la mujer para contraer nuevo matrimonio.

Art. 289. Los que infrinjan el artículo anterior serán castigados conforme al Código Penal.

SECCION 1.^a

ANTECEDENTES DE LA MATERIA Y PRINCIPIOS GENERALES.

205. No es bastante seguramente haber expresado bajo qué condiciones puede contraerse el matrimonio, si además no se establecen las correspondientes sanciones para los que infrinjan aquellas. Es éste el objeto del presente capítulo de nuestro Código.

Para estudiarlo en toda su latitud repetimos una vez más que es convenientísimo no perder de vista que refiriéndose la materia de las nulidades á la esencia ó elementos constitutivos del matrimonio mismo, su legislación pertenece á la Iglesia Católica, que recibió de su Divino Fundador el derecho exclusivo de fijar los impedimentos que hacen obstáculo á la validez de aquel y de cuyo derecho la Iglesia no ha usado sino con una gran sabiduría, fundándose siempre en motivos de orden, de justicia, de libertad y de economía social y para el mayor bien de la familia y de la humani-

dad.¹ Así lo reconocen aun escritores hostiles al catolicismo, de los cuales, para no ser prolijos, solo citaremos al célebre Macaulay que declara como verdad indiscutible que la influencia de la Iglesia fué eminentemente saludable á la sociedad.² ¿Cómo negar que ella luchó con tanto empuje como buen éxito contra la barbarie y la ignorancia? La sabiduría antigua, la filosofía pagana, aun en toda la plenitud de su desarrollo, no fueron sin duda las que dieron á las razas del Norte esas ideas elevadas, esas reglas de moral y de justicia que constituyen la base de las principales instituciones modernas. Entre ellas, para no citar sino las que á nuestro asunto presente se refieren, podemos ver en primera línea la igualdad absoluta de la esposa y del marido, la unidad del matrimonio, su indisolubilidad, la necesidad de una celebración pública que lo distinguiera claramente del concubinato y ofreciera á todos los medios de prueba que no podía darles el sistema de la clandestinidad, y en fin, la mayor parte de los impedimentos para contraerlo, beneficios inmensos á cuya sola dádiva son deudores el derecho y la civilización modernos y que sería soberanamente injusto olvidar.³

Siendo así, nada extraño debe parecer que en el comentario que va á seguir recurramos siempre para explicar la naturaleza y condiciones de las causas de nulidad, á la fuente del derecho canónico, monumento no reemplazado de sabiduría y acierto en lo tocante á la familia, y tesoro precioso

1 *Concilio Tridentino*, Ses. 24, caps. 3 y 4, de *ref. matr.*—Véase también tomo 2.º de esta obra, núms. 8 y siguientes.

2 Macaulay, *Histoire d'Angleterre, depuis l'avènement de Jacques II.*

3 Por considerarlas de grande interés como legislación canónica sobre el matrimonio y las causas que lo tienen por objeto, reproducimos en esta obra la Encíclica de Nuestro Santísimo Padre León XIII de 10 de Febrero de 1880 y la Bula de Benedicto XIV. "*Dei Miseratione*" de 3 de Noviembre de 1741, pudiendo ambas verse al fin de este tomo, Apéndice letra A.

donde se encuentran las más sanas decisiones sobre todas las controversias relativas á esta materia.

NUMERO I. PRINCIPIOS GENERALES.

206. Uno de los principios de mayor importancia que deben tenerse presentes en esta materia es el relativo á la manera de hacer efectiva la nulidad cuando el matrimonio se haya celebrado en contra de las prescripciones legales. En otros términos, no basta que se haya infringido la ley en este punto para que la nulidad se declare, sino que es necesario que se haya pronunciado sentencia ejecutoria, pues el matrimonio, una vez contraído, tiene á su favor la presunción de ser válido, y sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia de la cual ya no haya recurso alguno que interponer. Es éste uno de los más importantes casos de excepción á que se refiere el art. 7 del Código que comentamos y al cual pueden aplicarse con toda exactitud aquellas notables palabras de Arnaldo Vinió: *Multa fieri ventantur, quæ tamen facta tenent.*¹ La razón es que, siendo el matrimonio una institución eminentemente social, vale más mantenerlo, aun con agravio de la ley en muchos casos, que destruirlo con el grave peligro de herir en la destrucción los sagrados intereses del hogar. El legislador, pues, ha preferido dejar subsistente un acto de tanta trascendencia como el que nos ocupa, á introducir trastornos en la familia si no es en los casos en que la gravedad de la infracción legal es de tal mal magnitud que la más obvia justicia exige ser reparada por la declaratoria de nulidad. En derecho romano no era así, pues una regla única, casi universal, prescribía que todas las violaciones de ley quedaban sometidas á la mis-

¹ Véase tomo I.^o de esta obra, núms. 86 y 87.

ma sanción, es á saber, la nulidad más absoluta. Un gran número de textos formulan claramente esta doctrina: Gayo, con su acostumbrada energía, dice: *Si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, neque liberos.*¹ Ulpiano escribe: *Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit; ideoque liberi in potestate ejus non fiunt, sed quasi vulgo concepti spuri sunt.*² Modestino, aunque indirectamente, profesa la misma doctrina: *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quam habere non licet.*³ La Instituta del Emperador Justiniano es igualmente explícita: *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos inteligitur. Itaque ii qui eo ex coitu nascuntur in potestate patris non sunt, sed tales sunt ii quos mater vulgo mater concepit.*⁴ Y la verdad es que esta suerte de nulidad era rigurosamente aplicada á toda infracción de ley, en cualquier clase de pactos y convenciones: *Non dubium est, dice una ley de Teodosio, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas legibus evitavit, qui se contra juris sententiam sæva prærogativa verborum fraudulentur excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam, legum interpretationes tam veteres, quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat: cæteraque, quasi expressa ex legis licea voluntate colligere: hoc est, ut ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur.*

1 Gaius, *Com.* 1, § 64.

2 *Ulpiani Regular*, tít. 5, § 7.

3 *Dig.*, lib. 1, tít. 5, l. 23.

4 *Inst.* lib. 1, tít. 10, § 12.—Ortolan, *Explicat. hist. des Inst.* tom. 1

tur; licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est: sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse præcipimus. ¹ El derecho canónico es el primero que en los anales de la jurisprudencia estableció la necesidad de pruebas precisas y completas, debiendo en la duda tenerse por subsistente el matrimonio ² y ordenándose que en todas las causas matrimoniales interviniese en cada diócesis el *Defensor de matrimonios* para sostener su validez. ³

Estos principios de la Iglesia católica no podían menos que ejercer su saludable influencia en la legislación moderna. Así es que el derecho francés, origen inmediato del nuestro, nos presenta también por la voz de sus comentadores más autorizados el principio según el cual es necesario que se abra un juicio para declarar la nulidad del matrimonio sin que ésta pueda presumirse *ipso jure*. «Cuando un matrimonio, dice Durantón, es atacado como contraído con menosprecio de las disposiciones de la ley, es necesario hacer pronunciar su nulidad. El matrimonio no es nulo de pleno derecho cualesquiera que sean los vicios de que está infestado: hay un título público y auténtico cuyo efecto es necesario aniquilar, y las partes á quienes se aplica no podrían constituirse sus propios jueces. El vicio de que ellas tienen que quejarse hace solamente nacer una cuestión que debe ser sometida á los tribunales encargados de aplicar el derecho al hecho alegado: éstos son los únicos apreciadores de los caracteres de este hecho, competentes para decidir si en el espíritu de la ley aquel produce una nulidad del matrimonio

¹ *Cod.*, lib. 1, tit. 14, l. 5.

² *Can.* 1. *De consanguin.* X (4, 14).

³ Véase en este tomo, apéndice letra A, la *Bula de Benedicto XIV.* «*Dei miseratione.*»

y si esa nulidad no está cubierta. Así es que, trazando las condiciones requeridas para el matrimonio, el legislador habría, sin duda, dejado imperfecta su obra si en seguida no hubiese agregado como sanción la pena de nulidad por la inobservancia de ellas; pero también, no dando en todos los casos á sólo los tribunales el poder de aplicar esta pena, habría abandonado el matrimonio á la discreción de aquellos para quienes ya no fuese sino un yugo importuno, y de este modo habría entregado con frecuencia á la avidez de los colaterales el estado de los hijos y la tranquilidad de las familias.¹

207. Nuestra legislación es conforme á estas doctrinas y precedentes, como se desprende de los arts. 265 del Código de Veracruz, 214 de el del Estado de México, 139 de el de Tlaxcala, 296 de el del Distrito Federal de 1870, y 273 del actual.

208. Del principio que todo matrimonio, una vez contraído, tiene á su favor la presunción de ser válido mientras una sentencia ejecutoriada no venga á declarar lo contrario, se sigue como necesaria consecuencia que la no validez de este acto bajo cualquiera forma que se pretenda, no puede ser sino el resultado de un juicio, ni obtenido sino mediante los procedimientos por la ley establecidos. ¿No hay, pues, otras nulidades, ni otros medios de hacerlas valer que los reconocidos por el Código? Esta cuestión ha adquirido el mayor interés en los tiempos modernos con motivo de la doctrina defendida brillantemente por Demolombe, Marcadé, Laurent y otros autores sobre los actos *inexistentes*, y que lo mismo se aplica al matrimonio que á otras diversas hipótesis y particularmente á los contratos. «Toda convención, dice Demolombe, todo acto tiene sus condiciones *de ser*, sus

¹ Duranton, tom. 1, núm. 850.

condiciones esenciales y orgánicas fuera de las cuales no existe. ¿Acaso, por ejemplo, la celebración delante de un oficial del estado civil no es una condición *sine qua non* de la existencia misma del matrimonio? Un hombre y una mujer han vivido en concubinato ó han declarado unirse, casarse delante de un juez de paz, delante de un sacerdote, ¿creeis que me sería preciso intentar una demanda en nulidad de matrimonio para oponerme á las pretensiones que esos individuos, que se llamarían legítimos, podrían levantar contra mí? ¡Una demanda en nulidad de matrimonio! Pero no hay ninguna especie de matrimonio! no hay de él sombra ni apariencia! ¡no hay nada! Este ejemplo es casi demasiado claro; pero por esto lo he adoptado, porque no se trata en este momento sino de aprobar la exactitud de la distinción. Ahora bien, cualesquiera inconvenientes que pudiéramos encontrar, aun cuando fuera necesario precisar las hipótesis á las cuales se aplica, es cierto, á lo menos, que la distinción es fundada. Se objetará, sin embargo, que el Código de Napoleón no la ha hecho; que él aplica, al contrario, las palabras *nulo y nulidad* á matrimonios que la distinción declara existentes, pero solamente *anulables*; y que, en fin, esta distinción es la misma que el Código ha solamente consagrado, es á saber, entre las nulidades *relativas* y las *absolutas*. Nuestra lengua jurídica es, á la verdad, bien imperfecta, y es, sobretudo, en lo que concierne á las *nulidades* donde la terminología está llena de confusión y de equívocos. Los autores, las sentencias, los textos mismos parecen por doquiera confundir el acto nulo ó inexistente con el acto existente y anulable, la *nulidad*, en fin, con la *anulabilidad*. Por manera que será siempre muy difícil discernirlas. Pero todo esto no podría destruir la incontestable verdad de nuestra distinción. Por lo demás, el Código de Napoleón mismo la ha consagrado. Ved las vicisitudes á través de las cuales el art. 142 nos

ha llegado tal como es. ¿Hay que referirlo desde luego al capítulo que trata de las *demandas en nulidad*? No! dijo el primer Cónsul: «Sería mezclar los casos en que no hay matrimonio y aquellos en que puede ser casado.» Se propone entonces la redacción siguiente: «No hay matrimonio donde no hay consentimiento. No hay consentimiento cuando hay violencia ó error sobre la persona.» El primer Cónsul insiste todavía: «Se han distinguido dos casos en la discusión: 1º, *no hay matrimonio* cuando falta el consentimiento delante del oficial del estado civil, y si se ha escrito que la mujer ha dicho *sí* cuando ha dicho *no*. 2º, si la mujer, habiendo dicho *sí*, pretende en seguida haber sido forzada, *hay matrimonio*, pero puede ser anulado.» Y el art. 146 es, finalmente, redactado según este pensamiento. En cuanto á la distinción entre las nulidades relativas y las nulidades absolutas, no se confunde ciertamente con la que separa el matrimonio *nulo* ó no existente del matrimonio *anulable*, porque el matrimonio, aun herido de nulidad absoluta, no existe menos legalmente en tanto que no ha sido anulado; y esto es tan verdadero, que la nulidad absoluta, aunque en general perpetua é irreparable, puede, sin embargo, algunas veces cubrirse ó no ser indistintamente proponible por cualquiera persona. Y además, en fin, he advertido ya que esta teoría de las nulidades absolutas no nos daría ningún medio de ataque contra ciertos matrimonios imposibles de mantener, y que, sin embargo, serían necesariamente válidos una vez que se reconociese que existen. En resumen, pues, es necesario distinguir entre las condiciones esenciales cuya ausencia impide absolutamente que el matrimonio se forme, que exista, y las otras, cuya ausencia ó irregularidad no impiden la formación y existencia del matrimonio aun cuando sean capaces de hacer pronunciar la nulidad. En el primer caso, el matrimonio es *nulo*, no hay matrimonio; en el segundo, el matri-

monio existe, es solamente *anulable*. Y la diferencia es muy grande! El acto nulo ó inexistente ha nacido muerto (*mort-né*) por decir así! ó más bien es la nada misma! El acto anulable no está sino viciado; és susceptible, á la verdad, de perecer, pero también de ser purgado y salvado.¹ La misma doctrina se encuentra profesada por Marcadé² y últimamente por Laurent,³ y de ella se deducen dos importantes consecuencias: 1ª Si el acto es inexistente, no es necesario que su anulación sea pedida ni pronunciada después de un juicio por sentencia. 2ª, es imposible ni organizar una sección para pedir aquella, ni determinar por lo mismo, ya las personas que tendrían derecho de intentarla, ya su duración, ora, en fin, las excepciones que podrían serle opuestas. Luego cualquiera persona en todo tiempo podría rechazar los efectos de un tal matrimonio, sin que pudiera oponérsele ni prescripción ni ratificación. Cuatro son las hipótesis á que esta doctrina se aplica: 1ª, la igualdad de sexo; 2ª, la falta de consentimiento de los futuros esposos como si hubiera ausencia total de voluntad al verificarse el acto del matrimonio. 3ª, la falta de manifestación solemne de ese mismo consentimiento delante de un oficial del estado civil; y 4ª, la falta de declaración del enlace de los dos esposos por este funcionario.

¿Esta doctrina es verdadera? ¿Ha sido aceptada en nuestra legislación? ¿La no existencia de un matrimonio puede obtenerse de otra manera que por medio de la acción de nulidad y después de una sentencia ejecutoriada? En cuanto á la primera cuestión, ó sea la clasificación entre actos *anulables* é *inexistentes*, sin vacilar reconocemos que debe ser de-

1 Demolombe, tom. 3, núm. 240.

2 Marcadé, tom. 1, núms. 617 y sigts.

3 Laurent, tom. 2, núms. 440 y sigts.—*Contra*: Toullier, tom. 1, núm. 601.—Delvincourt, tom. 1, pág. 70.

cidida afirmativamente. Hay, en efecto, ciertas condiciones de tal manera sustanciales en los actos jurídicos, que no se pueden éstos ni aun concebir si aquellas faltan. Al contrario, hay otras cuya necesidad, por ser menos esencial para los actos, se presenta al espíritu menos clara y obvia que las anteriores y no ha sido proclamada sino por las legislaciones positivas, que las han encontrado útiles y convenientes. Las primeras son la esencia, el sér del acto mismo de que se trata, su naturaleza misma nacional, algo que constituye el propio acto y cuya ausencia nos hace comprender en seguida que no estamos en presencia del acto que creíamos. Así son, por ejemplo, la diferencia de sexo en los contratantes del matrimonio, el consentimiento en los contratos, la cosa y el precio en la venta, etc., etc. Las segundas importan propiedades verdaderamente añadidas al acto, y que aunque fundadas en su naturaleza, no son el acto mismo que puede concebirse sin ellas, por ejemplo, ciertas formalidades externas con que deben celebrarse los contratos. No cabe, pues, duda sobre la verdad de la clasificación de los actos jurídicos en inexistentes y anulables. La razón la concibe sin esfuerzo alguno y se comprende que la ciencia ha debido adoptarla.

209. En cuanto á la segunda cuestión, sobre si nuestra legislación ha aceptado tal doctrina, nuestra respuesta tiene que ser en el mismo sentido, fundada en los términos mismos de que se sirven muchos de los artículos de nuestros códigos. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 1,760 del código que comentamos y que no hace sino reproducir la ley romana: *obligationes quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque prætoris imperio neque legis potestate confirmantur, Veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque prætoris continetur ex hujusmodi obligationibus actionem*

denegari.¹ Indudablemente, también pertenece á la esencia del matrimonio que los contrayentes sean hombre y mujer, supuesto que ese acto es definido por el art. 155 del Código: «la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer etc.» Luego la identidad de sexo hace nulo ó inexistente el matrimonio, el cual no puede ni concebirse faltando aquella circunstancia. ¿Se quiere mayor claridad sobre este punto? Oigase lo asentado por uno de los más ilustres jurisconsultos de nuestro Foro, por el Sr. D. Agustín Rodríguez, actual Presidente de la Comisión de Derecho Civil en la Sociedad de Abogados de esta capital, cuyos estudios son siempre modelos de elocuencia y de doctrina: «La jurisprudencia moderna que si no puede gloriarse de ser la creadora de las más importantes teorías jurídicas, sí puede reclamar con justo título el privilegio de ser la que con su espíritu generalizador las ha precisado y esclarecido, presenta sobre la materia objeto de la cuestión que me propongo analizar, la enseñanza más completa que puede apetecerse, porque satisface, sin duda, á las exigencias de la razón y es aceptada por los principios de la ley positiva.

«La ciencia, por los labios del eminente jurisconsulto Laurent, enseña que son cuatro las condiciones que se requieren para la existencia de una convención: consentimiento, objeto, causa y solemnidad en los contratos solemnes. Si una de estas condiciones, necesaria para la existencia de un contrato, falta, carece de vida á los ojos de la ley, es inexistente, ó como dicen enérgicamente muchos códigos, no puede tener efecto alguno. Pero si ninguna de esas condiciones falta de un modo absoluto, y sólo se advierte que en alguna de ellas hay irregularidad ó imperfección, el convenio no deja de existir, únicamente da lugar á una acción de nulidad. Los códigos modernos generalmente no adoptan términos técni-

¹ *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 27.

cos para distinguir los contratos que carecen de existencia de aquellos que son simplemente anulables; se sirven de la palabra *nulos* para los unos y para los otros. Los autores tampoco están conformes en el uso de los términos: llaman nulo, nulo de pleno derecho ó inexistente al contrato que carece de algunas condiciones requeridas para su existencia, y llaman anulable al que tiene existencia legal pero que no puede reputarse válido. Entre estas expresiones deben escogerse, sin duda, las más sencillas y llamar inexistente al contrato que no tiene existencia legal, y nulo al contrato anulable. Esta última expresión es legal, es la que generalmente se adopta por las leyes; la primera no lo es, pero es más sencilla que la de nulo de pleno derecho, evita la confusión que presenta la palabra nulo en nuestros textos y marca con claridad que el contrato inexistente no puede producir efecto alguno porque un acto inexistente es la nada.

«Explicando así lo que debe entenderse por contrato inexistente y por contrato nulo, y mostrada la razón que existe para adoptar esa terminología, veámos cuáles son las circunstancias que separan al contrato inexistente del contrato nulo. El contrato inexistente es la nada; luego no se necesita demandar su nulidad, ni depende de las partes validar el acto confirmándolo, ni el tiempo que basta para cubrir los vicios de un acto es poderoso para darle vida. «Esto está en la naturaleza de las cosas, dice Laurent, porque la nada no necesita la declaración de que es tal, ni puede confirmarse lo que no existe, ni el tiempo tiene influencia sobre ella, porque la nada siempre es nada y no hay prescripción capaz que la transforme en acto existente.»

«El acto nulo existe: la imperfección ó irregularidad de alguna de sus condiciones motiva una acción en nulidad; puede validarse por la confirmación, y el solo lapso del tiempo la legitima y sanciona. En resumen, el acto nulo requiere que

se declare tal por virtud de acción ó excepción; no así el inexistente: aquel puede purificarse por la ratificación ó cumplimiento voluntario de las obligaciones que envuelve; no así éste: por último, la acción en nulidad es prescriptible, mientras la acción contra un contrato inexistente nunca muere.

«Esta distinción, apoyada en los principios que el derecho establece, satisface, sin duda, á las exigencias de la razón humana. Cuatro son, efectivamente, en la jurisprudencia de todos los pueblos las condiciones que generalmente se requieren para que un contrato tenga existencia: Consentimiento, objeto, causa y solemnidad en los casos en que ésta se exige como requisito esencial.

«No puede, á la verdad, concebirse un contrato sin consentimiento: el convenio, como lo revela su misma etimología, es un concurso de voluntades. Si no hay acreedor que estipule, ni deudor que prometa, es evidente que ni aquel adquiere derechos, ni éste queda sometido á las consecuencias, casi siempre ineludibles de una obligación eficaz.

«*Si interrogatus fuerit, dice Ulpiano, sub conditione, responderit puré, dicendum erit eum non obligari. Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem: nisi stipulatori, diversitas respontionis illico placuerit; tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.*» Paulo, que esparció sobre todas las partes de la jurisprudencia la prodigiosa actividad de su espíritu, y que lejos de abatirse por el destierro á que lo condenó la tiranía, parece haber encontrado en él nuevas fuerzas para la filosofía del derecho, es, si se quiere, sobre este punto más preciso. En el libro 72 *ad Edictum* se expresa de este modo: «*Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit.*» Ulpiano, como se ve, juzga que cuando hay diversidad entre la pregunta y la respuesta, entre la estipulación y la promesa, no hay obligación por parte del promitente *eum non obliga-*

ri. Si al responder, algo se quitare ó añadiere á la pregunta, tampoco hay obligación, en sentir del mismo juriconsulto, á no ser que la diversidad de la respuesta fuese luego aceptada por el estipulante. En este caso hay obligación, pero no es la antigua, sino que se entiende formada una nueva. La razón que alega el juriconsulto es clarísima: *tunc enim, dice, alia stipulatio contracta esse videtur*: la antigua, en su concepto, ninguna significación tenía. Paulo, como dije, es más explícito: ha usado de la palabra de que yo me he valido, siguiendo el ejemplo de Laurent, para calificar la inexistencia de un contrato: un acto inexistente por falta de consentimiento, es la nada, *nihil actum erit*. Y la razón por la que en estos casos el contrato no existe, es porque la diversidad de la respuesta revela la falta de consentimiento. «*Et ratio est, dice el maestro Gómez en el cap. 9, lib. 4.º de sus Varias Resoluciones, quia ex diversitate qualitatis inducitur dissensus contrahentium.*»

«Pero no debe confundirse la ausencia de consentimiento con los vicios del consentimiento, ni con la incapacidad para consentir. Los vicios del consentimiento, cualesquiera que sean, error, violencia ó dolo, no hacen la convención nula de pleno derecho ó inexistente, como lo hace la ausencia de consentimiento. Y la razón es clara, dice Laurent, porque las partes han consentido, y aunque su consentimiento esté viciado, el concurso de voluntades existe, el contrato ha nacido. ¿Cuál es entonces la influencia del vicio sobre la convención? ¿Es un motivo suficiente para que la ley misma anule el contrato sin que sea necesario introducir una acción en nulidad? De ninguna manera, porque ésta es una cuestión de interés privado que el legislador no puede ni debe juzgar. En materia de contratos la ley nada impone á las partes: lejos de ponerse en lugar de ellos, los deja en plena y absoluta libertad. Debe, pues, abandonar á su juicio, ex-

clusivamente, el ejecutar un convenio cuya anulación pueden pedir, si les conviene, ó renunciar á ese derecho. ¿Y por qué no sucede lo mismo con el contrato inexistente? Porque en este caso es imposible darle un efecto cualquiera al convenio. Aunque las partes estén dispuestas á ejecutarlo, nada hay que ejecutar, porque nada se ha convenido: si el legislador sanciona las convenciones es para utilidad de los contratantes, y la nada nunca ha producido utilidad. Si conviene á los interesados llevar á efecto un contrato inexistente, son libres para hacerlo, pero en este caso habrá nueva obligación. *Tunc enim, repetiré con Ulpiano, alia stipulatio contracta esse videtur.*

«La capacidad para consentir es de la misma naturaleza que los vicios del consentimiento para el efecto de anular el contrato. La capacidad para consentir no es una cosa necesaria para la existencia de las convenciones. Hay incapacidades naturales que impiden todo consentimiento, y se confunden, por consiguiente, con la primera condición requerida para la existencia de una convención. El infante que no ha llegado á la edad de la razón no puede ni estipular ni prometer: si lo hace, su consentimiento no es más que aparente, porque no hay manifestación de la voluntad donde la razón no brilla. El hombre privado del uso de sus facultades mentales por una enfermedad que apaga el uso de la razón, tampoco puede consentir: el contrato en que interviene es por completo inexistente. Gayo, ese entendido jurisconsulto que hizo la obra maestra de todos los tiempos, aliando en sus comentarios la historia y la teoría, consigna así sobre esta materia los pensamientos de la jurisprudencia romana: *furiosum, sive stipulatur sive promitat, nihil agere, natura manifestum est.* Respecto del infante, Justiniano, hablando de su aptitud para contratar, se expresa de este modo: *Nam infans et infantie proximus non multum a furioso distat, quia*

hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Y Vinnio, comentando esas palabras, las explica de este modo: Infans in his, quæ animo et affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelligat quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritati quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sive acquirere.

«Hay otras incapacidades que pueden llamarse civiles. Son incapaces de contratar los menores, los sujetos á interdicción, las mujeres casadas. La ley es la que establece estas incapacidades y la que arregla su extensión y sus efectos. Pero esta incapacidad evidentemente no es absoluta: la incapacidad de la mujer es por razón del poder marital; la del sujeto á interdicción proviene de la presunción legal que resulta de la sentencia de interdicción; la de los menores nace de la falta de experiencia para el manejo de sus negocios. Si tal es el fundamento de esas incapacidades, sin esfuerzo se percibe que ellas son impotentes para hacer que el contrato carezca de existencia: el fin que se ha propuesto el legislador al declarar incapaces á ciertas personas, faltaría, sin duda, si estableciese de pleno derecho la anulación de los actos que celebran.

«¿Por qué ha de anular la ley lo que las partes se interesan en que subsista? La mujer contrata sin la autorización de su marido, pero el convenio que forma le es provechoso; el marido lo aprueba, la mujer lo ejecuta. ¿Qué razón hay entonces para que el legislador se oponga á la existencia de un contrato que todos los interesados se empeñan por mantener? La ley garantiza suficientemente los intereses de la mujer y del marido concediéndoles la acción en nulidad: ir más lejos anulando lo que las partes contratantes quieren validar, es traspasar su propósito, y traspasándolo es faltar á él. Lo mismo puede decirse de los contratos que celebra

el que está sometido á interdicción. No hay razón para que se declaren nulos de pleno derecho: son perjudiciales al incapacitado, su tutor pedirá la anulación, y los tribunales la declararán, sin duda: le son provechosos, el incapacitado debe tener derecho para validarlos, porque es únicamente en su interés por lo que la ley los anula. El legislador tampoco puede anular de pleno derecho los actos ejecutados por los menores: declararlos inexistentes sería frecuentemente perjudicar á los menores mismos, cuando el único fin del legislador es ponerlos al abrigo de toda lesión protegiéndolos contra la inexperiencia de su edad.

«Sólo, pues, la falta absoluta de consentimiento produce la inexistencia de un contrato; los vicios del consentimiento y la incapacidad para consentir sólo engendran su nulidad. La justicia, la razón en que descansa esta diferencia es palpante.

«El segundo elemento ó condición para la validez de un contrato es el objeto. Esto resulta de la esencia misma de las cosas. Si los contratos son el medio para que los hombres se procuren las cosas de que necesitan para la vida material, intelectual y moral, evidentemente no se conciben sin una cosa que constituya su objeto. Esto es tan evidente que parece hasta inútil repetirlo. Si aquí hago mención de esta circunstancia es porque la teoría de los contratos inexistentes ha sido siempre controvertida, y es bueno demostrar que ella descansa en la evidencia reservándose examinar si la ley consagra lo que la razón proclama como evidente. Habiendo objeto hay contrato; pero si el objeto adolece, digamos así, de algún vicio, el contrato entonces será nulo pero no inexistente.

«La venta de cosa ajena, por ejemplo, la de los bienes dotales, contra las prevenciones de la ley, son ventas en que hay objeto, pero con cierto vicio que influye de algún modo

sobre el contrato. Este vicio engendra la nulidad de la operación, pero nunca su inexistencia. Materia de interés privado, debe abandonarse á la apreciación de las personas en cuyo beneficio se establece la prohibición, decidir si confirman ó anulan aquel contrato; la ley traspasaría su propósito si sancionara la inexistencia de esos contratos.

«Es tercera condición para la existencia de un contrato su causa, y su causa lícita. Si el motivo jurídico del contrato falta, la obligación no se concibe: no hay venta cuando faltando el objeto, la obligación de pagar el precio carece ya de motivo. Esto se hace más sensible en la causa ilícita. La obligación que descansa sobre una causa ilícita no puede tener efecto, no puede concebirse que el legislador sancione aquellas convenciones por las cuales las partes violan una prohibición que la ley establece. Ni basta que los declare nulos, porque dependerá entonces de las partes no obrar en nulidad y dar así efecto á un acto al que el legislador no puede ni quiere dárselo. Y la causa es ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres, aunque la ley no declare inmoral la causa. Laurent, á pesar de sus avanzadas ideas, se expresa así sobre este punto: «Hay una ley que Dios ha grabado en nuestros corazones, es la de nuestro desenvolvimiento moral, fin supremo de nuestra vida. Es para secundar á los hombres en su trabajo de perfeccionamiento para lo que el legislador les da entera libertad de contratar; pero esa libertad tiene límites por razón del mismo fin que la hace consagrar: si el legislador deja á los hombres libres es para que se perfeccionen: ¿los contratos, instrumentos de progreso moral, pueden alguna vez convertirse en medios de corrupción? La conciencia responde que las convenciones inmorales deben ser heridas de una nulidad absoluta, radical, de pleno derecho.» La honrada respuesta de Laurent no es más que la fiel reproducción del pensamiento de Ulpiano:

generaliter novimus, dice este insigne jurisconsulto, *turpis stipulationes nullius esse momenti*. Es también ilícita la causa cuando es contraria al orden público, tomando esta palabra en su extensión más lata. Cuando los contratantes lastiman el interés general con sus convenciones, éstas deben reputarse inexistentes. No basta para conservar el interés de la sociedad declarar nulo el acto, esto sería hacer que el interés social estuviese á merced del individual, lo que arruinaría, sin duda, las bases del orden público.

«Por último, la solemnidad de los contratos solemnes es una condicion para su existencia. La solemnidad se confunde con el consentimiento en esta clase de contratos, porque se reputa que el consentimiento no existe cuando no se ha expresado en la forma legal. La donación, por ejemplo, bajo el imperio de la legislación francesa, es radicalmente nula ó inexistente cuando no se hace constar en una acta auténtica ó en documento privado. La hipoteca, entre nosotros, faltando la escritura, carece de vida: ni la confirmación le da fuerza, ni la prescripción la sanciona. No sucede así cuando la escritura se requiere para hacer constar una obligación: las formas nada tienen de común con el consentimiento: ellas conciernen á la prueba, pero son extrañas á la existencia de la obligación. El defecto de prueba no puede asimilarse á la nada.

«Los principios de la ciencia, como acaba de verse, justifican la distinción que existe entre los actos inexistentes y los actos nulos: la palabra de luz que brota siempre de los labios de los grandes jurisconsultos de Roma se encuentra en el mismo sentido al través de los siglos. La razón, fundamento científico del derecho según la frase del jurisconsulto Labion, la demuestra y la reconoce.

«Esta teoría no está eliminada de los principios y de las doctrinas que han venido á compilarse en nuestra nueva le-

gislación. Confieso desde luego, como lo hice al principio que ni nuestro Código Civil, ni alguno de los códigos modernos que he podido consultar, consignan esta teoría en términos precisos y claros. Todos la reconocen, sin embargo, de una manera evidente, aunque implícita y por inducción. Ya se han visto las diferencias que separan á los contratos nulos de los contratos inexistentes. Contrato que debe anularse por el ejercicio de una acción de nulidad es nulo, pero no inexistente; contrato cuya nulidad puede extinguirse por la ratificación ó el cumplimiento voluntario es anulable, pero no inexistente; contrato, en fin, cuya nulidad puede alegarse sólo por aquellas personas en cuyo beneficio la ley pronuncia esa nulidad es anulable, pero no inexistente. En nuestro Código Civil encontramos estas diferencias. Voy simplemente á apuntar los artículos que las consignan porque ellos bastan para justificar que esta teoría, consagrada por la jurisprudencia, tiene su fundamento en la ley positiva. El Código Civil en sus artículos del 1,778 al 1,781 establece una acción en nulidad para pedir que se declare la de aquellos contratos que adolecen de incapacidad en los contratantes, de error ó violencia. En los artículos del 1,782 al 1,786, una acción para pedir, no que se declare la nulidad del contrato, sino para reclamar lo que el contratante, inocente de la ilicitud del objeto, hubiere entregado. Es decir, se concede por estos artículos lo que en el lenguaje de los jurisconsultos de Roma se llama *condictio sine causa*. Sin tomar para nada en consideración el contrato cuyo objeto es un delito ó un hecho moralmente reprobado, nuestro Código concede esa acción para repetir lo que se hubiere satisfecho por consecuencia ó en ejecución de ese convenio. Distingue, pues, nuestro Código los actos nulos de los actos inexistentes, puesto que para combatir los primeros concede una acción en nulidad, mientras que con respecto á los

pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditioni, quæ non sit in ejus potestate, hæredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumiserit, si minor natu majorem adoptaverit; etc. Sed et si lex ulterius procedat, et poenam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo poena adjicitur annullationi actus, ut loquuntur: nam et tunc nullum est ipso jure, quod factum est; et præterea poena adjecta annullationi præstanda est; exempla habemus in legibus, cum simil, quibus locis incoestæ et prohibitiæ nuptiæ non solum cassæ et irritæ esse jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis poenis pro varietate delicti afficiuntur. At enim vero cum lex aliquid fieri vetat, et poenam, si contra factum erit nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo, et subsistere patiatur, cæterum remedium, suppeditet, quo id postea rescindatur aut alias infirmetur, poenave aliqua facienti irrogetur, quod factum est; ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea poena quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum et Vellejanum: quorum illud vetat filiofamilias mutuam pecuniam dari: hoc comprehensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant, et tamen si aut filiofamilias mutua pecunia data sit, aut fœmina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto plane annullatur; sed aut actio contra filiumfamilias, mulieremve denegatur, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio¹.

211. Pero supuesto el reconocimiento de la distinción que nos ocupa por parte de nuestra legislación, ¿podrá sostenerse lo asentado por Demolombe y otros autores, es á saber, que la *inexistencia* del matrimonio no necesita para ser declarada, ni de la acción de nulidad, ni de un juicio sobre el

¹ Vinnio, *Selectar Juris Quæst*, lib. I, cap. I.

cual recaiga sentencia ejecutaria? ¿Podrá pedirse la simple é inmediata declaración de la inexistencia del acto sin necesidad de pruebas, sin oír á los interesados, en una palabra, fuera de un juicio contradictorio? “Un matrimonio que nõ existe, dice Laurent, *no puede subsistir hasta que el tribunal lo haya anulado*, porque si subsistiera, produciría efectos, mientras que no puede producir ninguno.”¹ Al contrario Tronchet, en el consejo de Estado había dicho: “Desde que existe un acto material hay matrimonio, que puede, sin embargo, ser nulo si no ha intervenido consentimiento, y este matrimonio *subsiste hasta la sentencia que pronuncie su nulidad*.”² Nuestro art. 273 y sus concordantes antes citados (núm. 207), reproducen, sin duda alguna, esta misma idea; luego conforme á nuestro derecho, podrá decirse que aun la *inexistencia* de un matrimonio puede ser declarada en otra forma que su anulabilidad. ¿Es esto exacto? La jurisprudencia mexicana se ha pronunciado resueltamente en este sentido ante la primera especie presentada en los tribunales. La novedad de esta materia y lo erudito del fallo hacen que no podamos prescindir de mencionar íntegros varios de los fundamentos de derecho en que se apoya, con fecha 12 de Diciembre de 1885, el ilustrado Juez 4.º de lo Civil, Lic. D. José María Gamboa, resolviendo negativamente un escrito en que se pedía fuese desechado el testamento cerrado del Sr. Lic. D. B. J. G., fuera de juicio, por no hacerse mención en la cubierta de que los testigos instrumentales conocían al testador, lo cual ameritaba en concepto del promovente que tal instrumento debía considerarse como inexistente en virtud de lo dispuesto en el art. 3788 del Código Civil del Distrito Federal de 1870. Los considerandos que creemos convenientes

1 Laurent, tom. 2, núm. 440.

2 Locré, *Legislat. civ.* tom 2, núm. 7.

te reproducir son los siguientes: "Segundo: Que respecto á si esa división (*la de actos anulables é inexistentes*) está consagrada en nuestras leyes, motivos de sobra hay para creerlo así, no tanto por las razones y por las citas en que se apoya la Sra. G., cuanto por el contexto del art. 1781 del Código Civil de 70, repetido en el 1677 del vigente, de cuyas palabras se desprende por medio del argumento indeclinable en legislación que los lógicos llaman *á contrario*, que cuando la nulidad del contrato no depende ni de incapacidad, ni de intimidación, ni de error, aun cuando sea ratificado, cesando el vicio ó motivo de la nulidad, no por eso adquiere validez y eficacia. Asimismo, y argumentando de idéntica manera, sirve el tenor de los artículos 1792 y 1793 del Código Civil de 70 (1678 y 1679 del vigente,) para inferir que los pactos en que sólo la falta de solemnidades extrañas es lo que motiva su nulidad, son *anulables* pero no *inexistentes*, y consiguientemente, que hay estipulaciones *inexistentes* y estipulaciones *anulables*.

«Tercero: Que si la parte de la Sra. G. comprendió perfectamente bien que las dos cuestiones de que se ha tratado en los dos *considerandos* anteriores son premisas necesarias para decidir el punto que esta interlocutoria resuelve, se olvidó de que hay otra premisa de no menos importancia, como que es factor indeclinable para el estudio completo de la cuestión, el cual factor es nada menos que el examen del efecto que esa división de los pactos nulos é inexistentes y anulables produce en el enjuiciamiento para saber si casos hay en que *de plano* ó sin sustanciación pueden los tribunales desoir las pretensiones de los demandantes, ó si, por el contrario, sólo en sentencia definitiva que, como se sabe, es el fin y el remate de la legítima *contienda* entre actor y reo ante juez competente que en derecho se llama *juicio*, es dable decir al actor que no ha tenido razón para litigar por-

que el contrato en que apoya su demanda es nulo, y nulo de los inexistentes.

«Cuarto: Que el examen de tal premisa ó factor envuelve el de lo que deba entenderse por acción, y para este último existen, por fortuna, tanto una definición explícita dada por el mismo legislador, cuanto una doctrina correcta y acabada, frutos de los estudios de la ciencia. «Los derechos pueden ser engendrados, sus efectos pueden ser definidos—ha dicho uno de los romanistas modernos más distinguidos—pero los derechos sólo son abstracciones. Creación social puramente intelectual, por sí mismos son inertes, carecen de movimiento y de vigor; para que entren en acción, para que funcionen, es preciso aplicarles una fuerza, un procedimiento. ¿Qué procedimiento? ¿Qué fuerza? Estas dos cuestiones se reproducen siempre involuntariamente en toda sociedad y en todo tiempo. El derecho mismo, la jurisdicción, el procedimiento, ó para servirse de frases modernas, el derecho, la organización de los tribunales, el enjuiciamiento: he aquí las tres partes constitutivas é indispensables de todo sistema legislativo que funcione. Y de esas partes, las dos últimas no son las menos interesantes: en ellas están la constitución de los poderes públicos, la acción de los mismos sobre los ciudadanos, la vida y el movimiento nacional en el círculo de todos los intereses. *Leed la ley y conoceréis la abstracción. Id al tribunal y veréis al pueblo que habla, que se agita, que se defiende, y entonces conoceréis la realidad La acción* (de *agere*, obrar) en el sentido natural y propio de la palabra, es el recurso que existe para ocurrir ante la autoridad con el fin de hacer valer un derecho de cualquiera manera, *ya demandando, ya defendiéndose*, ó el acto mismo de ocurrir de esa manera al poder instituido al efecto. Mas en seguida diversas figuras de dicción concurren para dar á la palabra diferentes acepciones. Por ejem-

plo, en sentido figurado, acción ya no es el acto mismo, sino el derecho de ejecutar ese acto; esto es, el derecho de interponer ese recurso ante la autoridad. Por último, en otro sentido figurado como el anterior, ya no es, ni el acto ni el derecho de interponerlo, sino *el medio* que para ello existe, ó *la forma* que tienen los particulares á su disposición para ejercitar el recurso. He aquí, pues, tres significaciones distintas en la palabra *acción*: según la primera, la acción es un hecho; conforme á la segunda, es un derecho; con arreglo á la tercera, un medio, una forma. Úsase de las tres significaciones en la lengua jurídica. Para no disputar acerca de la definición fuerza es empezar por ponerse de acuerdo con respecto á cuál de las tres acepciones es la que va á usarse. (Ortolan. *Esplication historique des Institutes*. Tomo 1º, núms. 239 y 240, y 3º, núm. 1,830.)—Y el Código de Procedimientos Civiles enseña que: «Se llama acción *el medio* de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley.» (Art. 1º del Código de Procedimientos Civiles vigente, igual en esencia á los de las dos leyes de enjuiciamiento anteriores de 80 y de 72.)

«Quinto: Que si, como se ve, los derechos considerados en sí mismos son tan sólo abstracciones, y para que vivan y palpiten necesitan del concurso y de la acción, no es en el Código Civil ni en los estudios de comentarios sobre el derecho civil puro donde hay que buscar los efectos prácticos de la división de los contratos nulos en inexistentes y anulables, sino en las leyes y en las doctrinas que tratan de la parte práctica, animada y viva del derecho, ó sea en el *procedimiento*.

Sexto: Que allí, y para el efecto que en el caso va buscando la Sra. G., esto es, para el efecto de tener presente la *inexistencia* del acto ó contrato, carece de aplicación y de valor la tan repetida división de los actos nulos, pues parece que

el legislador, en la tremenda alternativa de forzar á quien no está legalmente obligado por un pacto que es nulo, á soportar todas las consecuencias, peligros y molestias de un litigio, y de exponer á los particulares á la torpeza ó á la malicia, ya de los que contratan con ellos, ya de los encargados de administrar justicia, se decidió por el primer extremo comprendiendo que vale más que se siga un pleito inútil al cabo del cual el triunfo será de quien tenga razón, que el que *prima facie*, sin audiencia de los interesados y sin pesar en conciencia los argumentos que pudieran traerse al debate, se declare *sin efecto alguno*, ni aun el de dar motivo á una contienda, un contrato á pretexto de que es nulo, y nulo de los *inexistentes*. Por esto es que el Código de Procedimientos Civiles dispone que á nadie se obligue, salvo rarísimas excepciones, á intentar ó proseguir una acción contra su voluntad; que la sentencia se ocupará *exclusivamente* de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas respectivamente en la *demanda* y en la *contestación*; que *todas las contiendas* entre partes que no tengan señalada tramitación especial se ventilarán en *juicio ordinario*; cabalmente, á propósito de testamentos, que si se *impugnare la validez del testamento* ó la capacidad legal de algún heredero ó legatario, se *sustanciará el juicio ordinario correspondiente con el albacea*, sin que por él se suspendan el inventario ni el avalúo de los bienes; y, finalmente, que si á la solicitud promovida en asuntos de jurisdicción voluntaria, ó sea en aquellos en que ni se ha promovido ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas se opusiere alguno que tenga personalidad para hacerlo, *el negocio se hará contencioso* y se sujetará á los trámites establecidos para el *juicio* que corresponda (arts. 23, 695, 922, 1,365 y 1,749 del Código de Procedimientos Civiles vigente; 44, 471, 1,524, frac. II, 1,869 y 2,046 del de 80; y 53, 523, 1613, frac. II, 1,922 y 2,172 del de 72).

Séptimo: Que todos esos preceptos están patentizando el ánimo firme y decidido de la ley de no dejar nunca, por ningún motivo ni bajo ningún pretexto, *sin efecto alguno*, un contrato dado, sea como fuese, nulo ó no nulo, *inexistente ó no inexistente*, sino que exige de un modo irremisible que la autoridad judicial *explícitamente declare la nulidad* y la declare *á instancia de parte*, pues todo el sistema de enjuiciamiento en materia civil se basa y se apoya en la teoría de que *á los particulares, y sólo á ellos, y nunca á los tribunales*, toca ejercitar las acciones que tengan; que éstos deben huir con horror de las declaraciones llamadas *de oficio*, pronunciándolas sólo cuando la ley los autoriza *expresa y terminantemente*; y que los segundos, ó sean los particulares, son los que juzgan *á priori* de la procedencia de la acción que intentan, para que el juez, en estado, la califique y resuelva.

«Octavo: Que por esto el mismo Código Civil, no obstante que al hacerlo se sale de sus naturales fronteras, hablando de la nulidad de las obligaciones exige expresamente y sin distinción alguna, (lo que veda por completo el distinguir, según el conocido aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, L. 32, Dig. de *Recept. qui arb*), para que acda uno de los contratantes recobre la cosa que hubiere prestado con sus frutos, ó el valor de éstos y el que aquella tenía cuando se perdió, si no fuere posible la restitución en especie, *que se declare la nulidad del contrato*. Y de los términos todos del propio Código Civil [se infiere la necesidad imperiosa, trátase ó no se trate de contratos *inexistentes*, de que haya *acción, contienda y decisión judicial*. Por esto es que á propósito también de nulidad de las obligaciones, sin cesar se repite la palabra *acción* aun tratándose de pactos *inexistentes* y que en la materia gravísima, entre las más graves, en el matrimonio, cuando se ocupa de su nulidad, no sólo se sirve continuamente de la palabra *acción*, sino que asimis-

mo exige *sentencia que cause ejecutoria* para que la nulidad revista una forma legal y conveniente, siendo así que nada pueda presentarse como tipo mejor de *inexistente* que un matrimonio *nulo* en el que se rompe un *vínculo de esencia indisoluble*, pudiendo repetirse el casamiento, pues como dice el Sr. García Goyena al comentar el art. 89 del Proyecto del Código Civil español, que declara que el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges y según las leyes de la Iglesia: «Así, el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte, el *rato*, no consumado, se disuelve por la profesión religiosa de uno de los dos, que puede hacerse aun contra la voluntad del otro consorte, quedando éste en la libertad de repetir matrimonio. Leyes 4, títs. 8 y 2; y 5, tít. 10, Part. 4.^a» (Arts. 262, 264, 267, 269, 272, 273, 276, 277, 287, 1,664, 1,666, 1,667, 1,674, 1,680 y 1,681 del Código Civil vigente; y 285, 287, 290, 295, 296, 300, 301, 311, 1,778, 1,780, 1,781, 1788, 1,794 y 1795 del Código Civil de 70. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español por el Exmo. Sr. D. Florencio García Goyena. (Edic. mexicana, tom. 1.^o, págs. 85 y 86.)

«Noveno: Que esta exigencia de que *en todo caso de nulidad* se pronuncie *declaración judicial*, entre nosotros es no sólo de derecho civil, sino de derecho público, supuesto que el art. 17 de la Constitución Federal previene que «nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho, y que los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia,» y que los mismos constituyentes estimaron como indudable la necesidad de que se intente la acción debida ante el juez competente, pues en la sesión del 21 de Agosto de 1856 el Sr. Arriaga, defendiendo el artículo que hoy es el 17 de la Constitución, contestó al Sr. Ruiz su objeción de que dicho artículo no prevé los casos de propia defensa conforme á derecho natural, con el incontestable argumento de que esos

ya la Sra. G. no tienen con este caso la analogía que supone, pues al repeler la demanda en juicio ordinario (art. 926, Código de Procedimientos Civiles, al no despachar la cédula hipotecaria, art. 989 idem.), no se hace declaración alguna en definitiva que decida de los derechos del actor de un modo irremisible, sino que, en el primer caso, se aplaza la contienda para cuando el demandante dé lleno á determinados requisitos, y en los otros dos casos se niega el ejercicio de la acción en una vía, pero dejando intacta la demanda para que en ella se debata ampliamente la cuestión de tal manera, que en ninguno de los repetidos tres casos el reo pueda alegar como excepción de cosa juzgada la decisión desfavorable al actor, como pasaría en el presente caso si se difiriera á lo que desea la Sra. G.» Apelada está sentencia, fué confirmada por la mayoría de los Magistrados de la 4.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal con fecha 3 de Mayo de 1886. ¹

¿Esta jurisprudencia es conforme á los verdaderos principios? La verdad es, que bien analizado, el fallo anterior no contiene, en medio de la pompa de su estilo y de la abundancia de las citas, sino este solo argumento: «Nada importa que el Código Civil consagre la división de los actos en *anulables é inexistentes* si el de Procedimientos no ha organizado el sistema práctico de hacerla valer en los negocios. Este Código ordena que todas las contiendas que no tengan en él señalada *tramitación especial*, se ventilarán en *juicio ordinario*: luego dicha división es meramente doctrinal, sin valor alguno en el terreno práctico.» Nosotros, previas las protestas de respeto á que es, sin duda, acreedor nuestro compañero el Sr. Lic. Gamboa, negamos el falso supuesto que tal razonamiento encierra. Cuando se trata de actos in-

¹ *Anuario de leg. y jurisp.*, año III, págs. 249 y siguientes. Sección de Jurisprudencia.

existentes ¿puede decirse propiamente que es acción la que tiene por objeto que sean declarados tales? ¿Cómo anular lo que no existe, es decir, la nada? «El procedimiento, dice sabiamente nuestro compañero J. Diego Fernández, no deja abierta más que una vía, la de resistir los efectos que se pretendan dar á ese acto. ¿Es un testamento por poder? Debe pedirse la apertura del juicio *ab intestato* por no haber testamento. ¿Se trata de un matrimonio religioso? Debe resistirse toda acción que se inicie por falta de matrimonio. ¿Es un contrato sobre comisión de delitos? ¿Debe pedirse que no se admita la acción? Todos los caminos que tiendan á evitar el que surta sus efectos el acto inexistente son legales; mas la acción directa de nulidad es resistida por la naturaleza misma del acto. Tal es la teoría científica de los actos inexistentes.»¹ «¿Qué cosa es un matrimonio nulo? dice Ameline; ¿qué cosa es un matrimonio anulable? Matrimonio nulo es aquel que aun cuando ha parecido formarse no tiene realmente ninguna existencia legal; no es solamente matrimonio imperfecto y vicioso, es un matrimonio inexistente, un puro hecho desnudo de todo efecto civil. El matrimonio anulable es el que por algún vicio puede ser roto, anulado.

En una palabra, el matrimonio inexistente es, para expresarnos así, muerto al nacer, y que por consiguiente, no puede tener jamás existencia. *La nulidad no tiene necesidad de ser pronunciada por la justicia, más aún, no puede serlo.* ¿Cómo, en efecto, anular lo que es nulo? ¿Cómo anonadar la nada? En verdad que cuando es difícil saber si hay nulidad; será menester dirigirse á los tribunales; pero entonces, como lo ha dicho con perfecta claridad Marcadé, no se les pedirá que anulen el matrimonio de que se trata, sino solamente que reconozcan y proclamen que este acto no existía, que no

¹ Revista de Sentencias por J. Diego Fernández, pág. 30.

ha existido. Por último, la ley no ha organizado la acción de nulidad; como no se puede obrar contra lo que no existe, la vía de acción está cerrada, la de excepción es la única abierta.»¹ Admitida, pues, como no puede menos que admitirse la clasificación de los actos en anulables é inexistentes, aun según el derecho positivo, se sigue que los segundos no pueden ser ventilados en juicio como los primeros, porque el juicio es un efecto temporal de los actos, y los inexistentes no pueden producir efecto alguno: *quod nullum est, nullum producit effectum*. Nuestro mismo compañero Fernández, á quien, sin duda, debe el Foro mexicano la más calurosa defensa de esta doctrina, menciona dos ejemplos que la patentizan y hacen irrefutable. «Supongamos, dice, que se presenta querrela por adulterio fundándose el carácter de cónyuge en el matrimonio religioso. El juez correccional, á pesar de la ley de matrimonio civil, ¿procederá como si tal matrimonio fuese válido? ¿Detendrá al acusado, lo declarará formalmente preso, y por último le impondrá la pena? Es evidente que no. ¿El juez declarará la nulidad del matrimonio? Tampoco. Se limitará á decretar que ese contrato no puede producir efectos jurídicos, y por consiguiente, que no ha lugar á incoar el procedimiento criminal... ¿El matrimonio entre dos varones será declarado válido mientras la nulidad se pronuncia en juicio contradictorio? ¿Podrá servir de base á las acciones conyugales, inclusive la de alimentos, mientras una sentencia no declare nulidad? O bien el juez ante quien se pretenda hacer surtir sus efectos á ese matrimonio ¿declarará que ningún efecto jurídico se puede atribuir á ese contrato?»

Pero se nos dirá: esto es contrario al texto literal de los arts. 273 y concordantes antes (núm. 207) citados. Respon-

¹ Ed. Ameline, *Des nullites du mariage*, pág. 212.

demos, que de ninguna manera, porque esos artículos hablan de matrimonios *anulables*, pues los *inexistentes* no son matrimonios por carecer de las condiciones constitutivas de ese acto. Además, la declaración de inexistencia de un matrimonio no es, ni podía ser, un acto privado de los particulares, que se arrogarían de este modo las facultades que sólo pertenecen á la autoridad. «Sin duda, dice Demolombe, si hay contestación será preciso que los magistrados sean llamados, como siempre á pronunciar entre las partes disidentes. Pero esto no es sino una aplicación de la regla general que no permite á nadie hacerse justicia á sí mismo. Los magistrados, por lo demás, se limitarán á establecer y declarar que no ha habido jamás matrimonio; y todo tribunal será, en general, competente para este efecto, salvos, sin embargo, los casos que ofrecieren duda y necesitaren un juicio contradictorio.»¹

212. Fuera, pues, de aquellos casos en que el matrimonio es inexistente, debe aplicarse con todo rigor el principio contenido en el art. 273 que marca perfectamente el grande interés con que nuestra legislación, fiel á las tradiciones canónicas, considera las causas matrimoniales en las que van siempre implicados los respetabilísimos intereses del honor de los cónyuges, del ejemplo ante la sociedad y del porvenir de los hijos. El célebre canonista Murillo expone con toda claridad los diversos puntos de vista bajo los cuales debe verse el matrimonio *por contraer* y el *ya contraído*. *Quando impugnatur*, dice este autor, *matrimonium contrahendum, sufficit semiplena probatio per famam communem, vel per unum testem, etiam si sit denunciator: quia tutior via in tali dubio sequenda est, cum agatur de peccato vitando: Si matrimonium jam est contractum, non aliter dissolvitur, quam si adsit plena probatio per duos testes juratos omni exceptione*

¹ Demolombe, tom. 3, núm. 241.

*majores; si hæc desit, vel alium dubium juris insurgat pro matrimonio, non contra illud est pronuntiandum; quia præsumptio est pro matrimonio, in cujus possessione sunt conjuges præcipue, quia matrimonii causa favorabilis est.*¹ La propia doctrina se encuentra en el Código Alfonsino: «Pero si el casamiento fuesse acabado, non lo deuen desfazer á menos de prouar el embargo, aquel que acusa el matrimonio con tantos testigos, e tales, quales fueren menester para prouar esto. E lo que dize en esta ley, se prueua que assi deue ser por una regla que lo demuestra: que muchas cosas embargan el matrimonio, ante que se faga, que no pueden desfazer despues que assi es fecho.»²

213. Otro principio también tomado por el derecho civil al canónico, es que la nulidad del matrimonio no puede ser materia de transacción ni comprometida en árbitros. La unión de los esposos constituye un objeto preferente de la atención y vigilancia del legislador, que necesariamente ve en la conservación de aquella la de la sociedad toda entera. La Iglesia Católica encuentra, además, otra razón fundada en la naturaleza del Sacramento, cuyas condiciones no pueden depender de las facultades de las partes y requieren toda la severidad canónica. *Poteris, se lee en las Decretales, etiam ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid severitati detrahere, prout (statu imperii, et excedentium multitudine, provida deliberatione Pensatis) videris expedire: exceptis nimirum casibus, qui compositionis seu dispensationis remedium non admittunt, utpote conjugii Sacramentum, quod cum non solum apud Latinos et Græcos, sed etiam apud fide-*

¹ Murillo, *Cursus juris canonici*, tom. 2, lib. 4, tít. 18, núm. 171.

² *Partida 4.^a*, tít. 9, l. 18 *al fin*.

les et infideles existat, á severitate canonica circa illud recedere non licebit. ¹

«Otro sí, decimos,» se lee también en las Partidas, «que contienda, ó pleyto, que naciese sobre casamiento de algunos, non se podría meter en mano de auenidores.»—«É esto es por dos razones. La vna, porque todo pleyto que es metido en mano de árbitros, non se puede acabar si non por miedo de pena, e non deue ser puesta en pleyto de matrimonio. Ca el matrimonio deue ser libre, é quito de toda manera de premia: ó porende los árbitros non pueden tal pleyto librar. La otra razón es, porque el matrimonio es spiritual, é fué establecido primeramente por Nuestro Señor Dios, segund dize en el Título de los Casamientos. E porende tal pleyto como éste no lo puede otro librar, si non aquellos que tienen lugar en la Egleſia de nuestro Señor Jesu Christo, é que han jurisdicción para lo facer.» ²

214. Conforme á estos precedentes y doctrinas han sido redactados los arts. 265 del Código de Veracruz, 214 de el del Estado de México, 2303 de el de Tlaxcala, 297 de el del Distrito Federal de 1870, y 274 del que comentamos. Las contiendas sobre nulidad pertenecen al orden público é interesan siempre, fuera de los cónyuges, á personas que ninguna intervención tienen en el litigio; deben, pues, estar sujetas á la estricta y rigurosa legalidad de los tribunales de justicia.

215. Por la misma razón el Ministerio Público, órgano de la ley y representante de los intereses sociales, debe ser oído siempre en estos juicios. Así lo prescriben los arts. 225

¹ Cap. 11. *De transact.*—Cap. 9. *De in integrum restitut.*—Sánchez. *De matrim.* hb. 2, disput. 14, núm. 1.—Velérón, *De transact.* lit. 3, Quæst. 2, núms. 58 y 59.—Murillo, *Obra citada*, tom. 1. núm. 371.—Urceoli, *De transact.* Quæst. XXVIII, núms. 36 á 41.

² *Partidas* 3^ª, tit. 4, l. 24, y 4^ª, tit. 10, l. 8.

del Código del Estado de México, 298 de el del Distrito Federal de 1870, y 275 del que comentamos.

NUMERO 2. DE LAS NULIDADES ABSOLUTAS, Y DE LAS
RELATIVAS EN GENERAL.

216. Según el derecho común pueden ejercitar una acción todos aquellos que tienen interés en hacerlo. ¿Este principio es aplicable á la acción de nulidad de matrimonio? Resueltamente debe responderse que no, pues sería en alto grado subversivo del orden social y atentatorio á la inviolabilidad de la familia librar la validez y subsistencia de acto tan importante y personal de los cónyuges á las malas pasiones, á los intereses, tal vez sórdidos, ó á la avidez de individuos extraños. Por esto todas las legislaciones, desde la canónica, han cuidado de determinar con todo escrúpulo y claridad á quiénes compete esta trascendental acción, de cuyo éxito dependen la estabilidad del matrimonio y el honor de cónyuges é hijos. De aquí se infiere que todas estas disposiciones son limitativas y de estricta interpretación, supuesto que si así no fuera no tendrían razón de ser.

217. ¿En virtud de qué principio la ley acuerda ó rehusa la acción de nulidad de matrimonio? «Es necesario distinguir, dice Pothier, los vicios *absolutos* de un matrimonio, de los que son solamente *respectivos*. Se llaman aquí *vicios absolutos* aquellos que resultan de algún impedimento dirimente que se encuentra, ó en las dos partes, como los de parentesco, afinidad, etc., ó en una de ellas, como los de profesión religiosa ú órdenes sagradas, ó que resultan de un defecto en la forma de la celebración, *puta*, porque el matrimonio no ha sido celebrado *in facie Ecclesie*, ó por un sacerdote extraño sin permiso de la Iglesia ó del cura. Son vicios *respec-*

tivos aquellos que lo son de un matrimonio sólo porque se ha violado el derecho de alguna de las partes interesadas, tales como la falta de consentimiento de los padres, la violencia ejercida sobre una de las partes contratantes, etc., etc. Cada una de éstas puede interponer la demanda en nulidad de su matrimonio por razón de alguno de los vicios *absolutos*; pero no puede ser intentada por vicios *respectivos* sino por la parte que pretende haberse violado sus derechos. Por ejemplo, sólo los padres pueden atacar el matrimonio por falta de su consentimiento; luego, cuando ellos no se quejan, se juzga que consienten, y ninguno de los contratantes es recibido á pedir la nulidad del matrimonio por la falta de tal requisito. Del mismo modo, cuando el consentimiento de una de las partes en su matrimonio ha sido arrancado por violencia ó seducción, sólo ella es aceptable á ejercitar la acción de nulidad.»¹ Los jurisconsultos romanos no tuvieron jamás sino ideas muy vagas sobre la materia de las nulidades. Las ingeniosas y acertadas distinciones entre las nulidades de derecho y las anulabilidades, entre los impedimentos dirimientes y los impeditivos apenas se encuentran indicadas en los textos. La acción en nulidad no estaba tampoco organizada; por consiguiente, ni las constituciones imperiales ni las leyes expresan los casos en que ella podría ser deducida, las personas á quienes sería abierta y las excepciones para rechazarla. Es en el derecho canónico donde empiezan por la primera vez esas sabias disposiciones, que sirven no sólo al método en esta grave materia, sino al aseguramiento del matrimonio. Los tratadistas modernos de derecho civil no han hecho en este punto sino reproducir los comentarios de los Cánones. *Observandi præterea sunt modi, dice Berardi, quibus dissolvendorum conjugiorum con-*

¹ Pothier, *Contrat de mariage*, núm. 444.

troversie in judicio instituantur ac finiantur. Quæ in re duo præcipue consideranda occurrunt. Primum est de eo, ad quem in judicio agere pertinet; alterum est de probationibus, quibus mens judicis rite instruiatur. Si quæras de iis, qui possunt matrimonium dirimendum, vel dissociandum proponere, distinguendum est inter causas illas, quæ jure probantur beneficio conjugum, quem admodum contingit, si ea gr. proponatur matrimonium nullum esse ex errore, vel metu; item irritandum esse causa ineundæ rei religiosæ vitæ; item dissociandam habitationem ob maritævitiâ, vel quid simile; atque inter causas illas, in quibus publica res versatur; quod nimirum publice intersit, matrimonium diutius non consistere, uti contingit, cum duo consanguinei, vel adfinis conjuncti sunt, vel cum sine præsentia Parochi et testium ad cohabitationem sponsorum deventum est omissis solemnitatibus conjugii, aut quid simile. Etenim in prima specie solis tantam conjugibus permittetur agere in judicio ad dissolutionem conjugii pro qualitate rei, exclusis extraneis quibuscumque, propterea quod tantum intersit ipsorum, argum. cap. 26 de sponsal. cap. 2, et 4; de conjug. servor., cap. 5, de frigidis, et alibi passim. At in altera specie quicumque extranei, dummodo legitimis documentis sint, quod proponunt, probaturi, dummodo præterea non sint suspecti de dolant mala fide, ut in specie capituli 5. et 6 qui matrim. accus., ad accusandum admittentur. Agitur enim de causa publica, in qua non actio, sed accusatio proponi videtur, ut docet vel ipse titulus decretalium. Qui matrimonium accusare. Quod adeo verum est, ut etiamsi agatur de personis, quæ conjugibus ipsis, de quorum dissociatione agitur, sanguine sint conjunctissimæ, nihilominus denuntiaturæ apud competentem judicem audiantur, can. 1 et sequ. caus. 35. qu. 6, cap. 3. et 4 qui matrim. accus., præsertim autem

*consanguinei audiendi erunt, ubi irritum conjugium proponatur causa consanguinitatis, vel adfinitatis conjugum; hæc enim vincilla consanguinitatis, et adfinitatis negis comperta propinquitioribus præsumuntur, quàm extraneis.*¹

Hay, pues, causas de nulidad que interesan al orden público y á las buenas costumbres, como son la falta de edad, la bigamia, el incesto y la clandestinidad. Y hay otras que se refieren sólo al interés privado de los esposos; éstas son los vicios del consentimiento, sea por error ó violencia ó miedo entre los consortes, y la falta también de consentimiento de parte de los ascendientes. En cuanto á la impotencia, que es, según después veremos, motivo de nulidad de matrimonio, bajo ciertas condiciones y taxativas el derecho civil ha seguido también al canónico, que considera á aquella sólo como nulidad de interés privado, y por consiguiente, no alegable sino por los cónyuges. *Consultationi tuæ, quæ, nos consuluisti; se lee en las Decretales, utrum fæminæ clausæ, impotentes commisceri maribus matrimonium possunt contrahere? et si contraxint, an debeat rescindi? Taliter respondemus, quod licet incredibile videatur, quod aliqui cum talibus contrahat matrimonium: Romana tamen Ecclesia consueverit in consimilibus judicare, ut quas tanquam uxores habere non possunt, habeant ut sorores.*²

218. De lo expuesto resulta la clasificación de las nulidades en *absolutas y relativas*, cuyas diversas condiciones y consecuencias han reproducido, aunque no en términos explícitos, todas las legislaciones. Demotombe expone las diferencias que separan á unas de otras. «Las nulidades relativas, dice, tienen, en general, este doble carácter: 1º, no pueden ser

¹ Berardi. *Commentaria in. jus eccles. univer.* tom. 3, Disert. 7. cap. 1. — Murillo, tom. 2, lib. 4, tit. 18. — Donoso, tom. 3, lib. 4, cap. 1, núm. 6. — Walter, pág. 415, § 310.

² Can. 4, *De frigid. et malefic.* — Pothier, núm. 445.

propuestas sino por ciertas personas en cuyo interés la ley las ha establecido; 2º, son susceptibles de cubrirse por la renuncia expresa ó tácita de esas personas al derecho introducido en su favor. Todo lo contrario sucede con las nulidades absolutas, las cuales, en general, 1.º, pueden ser propuestas por cualquiera persona interesada y aun por el Ministerio Público; y 2º, no pueden cubrirse ni por el lapso del tiempo, ni por las ratificaciones. ¹ «Es tan verdadero, dice Laurent, que el interés de la sociedad domina en esta materia, que la ley da la acción en [nulidad aun á los esposos culpables, al impúber, al bígamo, al incestuoso. La razón es, que la sociedad está interesada en que el matrimonio sea anulado porque el orden público está herido por un matrimonio vergonzoso ó criminal. Sucede de otra manera con las nulidades relativas. A la verdad, el matrimonio interesa siempre á la sociedad puesto que es su fundamento; pero cuando se pregunta quién puede atacar un matrimonio nulo por vicio de consentimiento, la sociedad no tiene un interés directo en el debate, sino que son los esposos los principales, ó mejor dicho, los únicos interesados. Si ellos guardan silencio, nadie tiene el derecho de quejarse.» ²

219. Conforme á estas doctrinas han sido redactadas las siguientes disposiciones de nuestros Códigos: arts. 267 de el de Veracruz, 216 de el del Estado de México, 300 de el del Distrito Federal de 1870, y 276 del que comentamos, según todos los cuales «el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no corresponde sino á aquellos á quienes la ley lo concede expresamente.»

¹ Demolombe, tom. 3, núm. 243.

² Laurent, tom. 2, núm. 434.

NUMERO 3. ¿LA ACCION DE NULIDAD ES TRASMISIBLE POR
HERENCIA O DE CUALQUIERA OTRA MANERA?

220. Bajo dos puntos de vista hay que considerar esta cuestión. ¿Pueden los herederos *intentar* la acción de nulidad cuando aquel á quien correspondía ha muerto en el plazo útil para intentarla sin haberlo hecho? ¿Pueden los herederos *continuar* la acción intentada ya por aquel á quien correspondía después de muerto éste? Respecto á la primera, la unanimidad de los autores enseña, que la acción de nulidad como personal de aquellos á quienes la ley exclusivamente la otorga, no puede ser deducida por otras personas.¹ En cuanto á la segunda, el silencio de la ley positiva ha hecho que los comentadores se dividan, procurando cada uno apoyar su interpretación en argumentos más ó menos atendibles. A la cabeza de los que sostienen la negativa está Marcadé, que dice: «En vano se invocaría la vieja máxima romana: *Omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, iudicio semel inclusæ salvæ manent*; todas las reglas romanas reunidas no podrían nada enfrente de la voluntad expresa del legislador, que declara que en la circunstancia especial de que se trata aquí, el esposo mismo es el único en provecho del cual aquel permite romper el contrato sagrado que existe. ¿Quién nos ha dicho que ese esposo no habría cedido ni renunciado á su acción? Pero sea lo que fuere, él ha muerto: su interés, que era sagrado, no habla ya; luego todos los otros deben callar.»² La opinión contraria es

¹ Demolombe, tom. 3, núm. 258.—Marcadé, tom. 1, *sobre el art.* 180, VII.—Laurent, tom. 2, núm. 449.—Mourlon, tom. 1, núm. 679.

² Marcadé, tom. 1, núm. citado.—Laurent, tom. 2, núm. 450.—E. Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, núm. 150.

profesada por la mayoría de los autores. Vazeille dice: Las causas que han hecho restringir al esposo el derecho de pedir la nulidad, lejos de motivar la prohibición á sus herederos de proseguir su demanda, parecen aun exigir su subrogación. Nadie puede sentir como este esposo si el consentimiento que ha dado era libre, forzado ó arrancado por sorpresa. Durante su vida todo el interés de la cuestión se encierra en él; y si tiene medios para atacar su matrimonio, depende de él enteramente no usar de ellos y estrechar sus nudos en lugar de hacerlos romper. Pero cuando él ha perdido la ruptura, su opinión es conocida, su elección está hecha; y si, moribundo, lleva á la tumba el interés que tenía en libertar su persona, deja á sus herederos el interés de su fortuna, y consiguientemente, el derecho de continuar su demanda si la anulación del matrimonio es necesaria, para que el esposo supérstite no obtenga ningún provecho de las convenciones matrimoniales. ¹

221. Entre nosotros toda discusión es imposible sobre este punto, pues nuestros códigos son terminantes en las disposiciones siguientes: arts. 267 de el de Veracruz, 216 de el de Estado de México, 138 de el de Tlaxcala, 300 de el del Distrito Federal de 1870, y 276 de el que comentamos, todos los cuales declaran que aunque el derecho para demandar la nulidad del matrimonio no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera, *los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel á quien heredan.*

¹ Vazeille. tom. 1, núm. 258.—Demolombé, tom. 3, núm. 259.—Demante, tom. 1, núm. 262 bis.—Duvergier, *sur Toullier*, tom. 2, núm. 61.—Duranton, tom. 1, núm. 858.—Delvincourt. *sur l'art.* 280.—Massé y Vergé. *sur Zacharias*, pág. 206, nota 5.