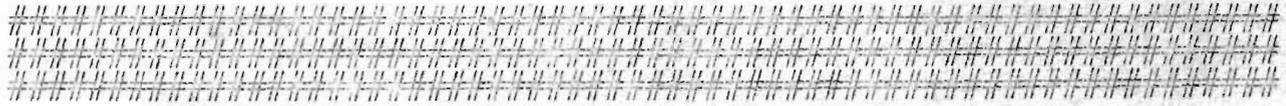


A 775N
1945
F. J. JCS.

000294



LA NULIDAD DEL MATRIMONIO
EN LA LEGISLACION CIVIL
SALVADOREÑA.

Dr. Manuel Arrieta Gallegos.





Como alumno que fui de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador y, además, por haber tenido a mi cargo las cátedras de Derecho Penal y de Código Penal en la misma Facultad, me he sentido siempre obligado con la Universidad y especialmente con los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, para colaborar en alguna forma en los aspectos cultural y docente. Es por ello que, en la medida de mis capacidades y correspondiendo a la Universidad por los conocimientos y las inquietudes científicas que despertó en mí, me hice el propósito durante los años de cátedra, de dar por escrito mis lecciones a los alumnos y distribuir las entre ellos para evitarles penosas consultas en libros de texto y obras que no siempre están a su alcance. Esta labor que requería más años de los que dediqué con verdadero espíritu de profesor, aún está por concluirse y me apena no haberla continuado, aduciendo únicamente en mi favor el hecho de que es más propio llevarla a cabo cuando se está desempeñando la cátedra, en atención al cotidiano y obligado estudio que la misma cátedra demanda. Por otra parte, el contacto a diario con los alumnos hace conocer al profesor el nivel hasta el cual debe llegar y los puntos que amerita reforzar o tratar con mayor amplitud. Fuera de la cátedra no se tiene la sensación de que se está actuando sobre lo seguro y efectivo.

Ofrezco ahora estas páginas impresas en mimeógrafo, que contienen mi tesis doctoral: LA NULIDAD DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL SALVADOREÑA, y como apéndice, un breve estudio: EL DERECHO DE ACRECER.

Manuel Arrieta Gallegos.

P R O L O G O

"LA NULIDAD DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL SALVA DOREÑA", no es otra cosa que un comentario jurídico al Título - IV, Capítulo VI del LIBRO PRIMERO de nuestro Código Civil y de varias otras disposiciones legales del mismo Código que con dicho Capítulo se relacionan, acoplado de la doctrina de algunos expositores del Derecho.

Como quiera que sea, en diversos puntos de la materia he llegado a conclusiones precisas que constituyen el fruto de mi humilde criterio, expresado llanamente, sin las pretensiones doctas de quienes se han profundizado en las inagotables fuentes del Derecho Civil.

La selección del tema escogido indica que no hay en esta tesis ninguna novedad, que tampoco la consideré indispensable para despertar en ella el interés que pretendo. Es tan vasto el campo del Derecho Civil y ha sido tan explorado desde tiempos tan antiguos, que sólo cabe a los neófitos que pretendemos adentrarnos en él en algunos de sus puntos, echar una mirada retrospectiva sobre el camino por otros recorrido y, si acaso, modelarlo o allanarlo en la forma que mejor parezca a los dictados de la razón y la Justicia. Pero vale la pena hacerlo ante la importancia que estas materias encierran, como las referentes a las nulidades del matrimonio, que revisten modalidades especiales dado el carácter "sui-generis" del contrato e institución matrimonial.

Es, pues, el solo interés que despierta el tema, el que me ha llevado a traerlo como punto de tesis doctoral.

De la simple lectura del título que doy al tema, se advierte claramente que no he abordado en absoluto, ni el matrimonio religioso, ni sus nulidades, regidas por los sabios principios del Derecho Canónico; y, que, en consecuencia, he deslindado la institución divina creada por Dios desde los orígenes más remotos de la humanidad, de la institución humana creada por las leyes civiles, única que es objeto del presente estudio. Y no podía hacerlo de otro modo, mientras las leyes civiles no concedan, ni existencia, ni validez jurídica, al matrimonio celebrado ante un Ministro del Culto Religioso, como se la conceden por razones de índole especial que no es del caso examinar, la casi totalidad de los Códigos Civiles de los Estados Unidos de Norte América y en mas de algunos de los países latinoamericanos.

No hago capítulo especial para estudiar la historia de nuestra legislación civil en lo que respecta al matrimonio y su nulidad. Incidentalmente traigo a cuentas las transformaciones operadas en algunos de los artículos del Código, cuando ellas me sirven de base para argumentar o robustecer una opinión que estimo acertada.

Los Capítulos en que divido este trabajo son los siguientes: I) "INSTITUCION CIVIL DEL MATRIMONIO. GENERALIDADES"; II) "INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO", en el que expongo a grandes rasgos esta interesante teoría elaborada, en principio, por Zacharías y que nos ayuda para mejor precisar el campo de la Nulidad; III) "FUNDAMENTO DE LAS NULIDADES", consideradas como penas en el orden civil, y como consecuencia, la necesidad de que se encuentren expresamente señaladas en la ley para poder ser declaradas judicialmente; IV) "NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS", con sus caracteres generales y distintivos cuando lo son del matrimonio; V) "CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA"; VI) -

"NULIDADES RELATIVAS", Capítulos subdivididos respectivamente, - en tantos Sub-Capítulos cuantas causales de una y otra clase reconoce nuestro Código; VII) "ALGUNOS DE LOS ASPECTOS PROCESALES"; VIII) "EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL MATRIMONIO", en el que se exponen y comentan las disposiciones legales que consagran dichos efectos, y IX) "EL MATRIMONIO PUTATIVO", dividido en cuatro Sub-Capítulos correspondientes: a la teoría civil sobre este excepcional caso de matrimonio nulo, a la buena fe como condición esencial en el mismo, a la prueba de la misma y a los efectos legales del matrimonio putativo. Consideré de sumo interés - este último tema, por lo que dediqué un Capítulo especial para tratarlo.

Repito, no pretendo nada novedoso en todo esto; no lo es, ni alguna que otra crítica a la legislación civil vigente, ni la que hago en determinados puntos, al Anteproyecto de Códigos elaborado en el año de 1943 por la Comisión Revisora compuesta por los jurisconsultos Doctores Reyes Arrieta Rossi, Carlos Azúcar - Chávez y Juan Benjamín Escobar.

Sólo podré abonar en mi favor una cualidad que perdonaré mis primicias literarias en el campo jurídico consagradas en esta tesis, y esa cualidad es, la especial devoción que siempre he sentido por los estudios del Derecho Civil.

MANUEL ARRIETA GALLEGOS.

San Salvador, junio de 1945.

CAPITULO I

LA INSTITUCION CIVIL DEL MATRIMONIO

GENERALIDADES

Dentro del amplio marco de la doctrina del Derecho Civil, los tratadistas consideran y estudian al matrimonio como un contrato sui-géneris, ya que por una parte reúne condiciones esenciales de todo otro contrato en el orden civil, y por otra, difiere de éstos tanto por los derechos personales que engendra y la exclusiva finalidad que con él se persigue, cual es la formación del hogar y propagación de la especie, como por la significancia que como institución civil tiene en la vida individual y social, significancia que históricamente le ha dado un carácter de mayor estabilidad que la de cualquier otro contrato y por lo que su indisolubilidad ha sido sostenida por múltiples civilistas y legislaciones. El matrimonio no es, pues, un simple contrato, y justamente es por eso que las legislaciones civiles, inclusive la nuestra, la institución que regula la materia se encuentra comprendida en el cuerpo de leyes que establecen los derechos personales con especiales prescripciones para su validez, su disolución y su nulidad.

Nuestros anteriores códigos civiles definían el matrimonio. El Código de 1860 en su Art. 104 decía: "El Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y para toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

El Código Civil de 1893, en su Art. 99 define también el matrimonio como lo hace el anterior, eliminando solamente la frase "actual e indisolublemente y para toda la vida".

Nuestro actual Código Civil que data desde 1902, suprime completamente la definición apuntada por las siguientes razones:

"El artículo se limita a definir el matrimonio, dice la Comisión Reformadora. Tal definición no sólo carece enteramente de objeto, ya que no trata el Código de ningún otro acto con el cual el matrimonio pudiera confundirse, sino que también, a juicio de la Comisión, es incompleta y defectuosa. Por otra parte, sabido es que sobre la naturaleza del matrimonio hay gran divergencia de opiniones, considerándolo unos como un simple contrato, que en nada se diferencia de las estipulaciones corrientes, otros como una institución social, en cuya reglamentación deben consultarse ante todo los intereses permanentes de la sociedad, y otros como un convenio de naturaleza única y excepcional, sujeto en su celebración y efectos a condiciones especialísimas. La resolución de este punto, puramente doctrinario, parece mas propio de los expositores del Derecho que de la ley positiva, y por eso la Comisión propone la supresión del Art. 99." (El Código Civil del año 1860 con sus modificaciones hasta el año de 1911, Doctor Belarmino Suárez.)

Razones de peso tuvieron, pues, nuestros legisladores para suprimir la definición aludida, pero adviértase que la Comisión Reformadora no pretende negar que el matrimonio, aún no siendo un simple contrato, porque no lo es, no por eso, repetimos, deja de reunir condiciones de carácter meramente contractual, aunque con características propias y específicas. Precisa-

mente a ello obedece su especial legislación y es el Art. 99 C. el que principia a señalarnos sus características distintivas. - Dice así: "El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario civil competente, en la forma y con los requisitos establecidos por la ley, y se entiende contraído por toda la vida de los consortes, salvo la disolución por causa de divorcio. El matrimonio celebrado de otra manera en El Salvador no producirá efectos civiles."

Del tenor literal del Art. transcrito, deducimos los tres requisitos esenciales del matrimonio, cuales son: a) el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes; b) autorización ante el funcionario del orden civil competente, y c) cumplimiento de formalidades establecidas por la ley. *Diversidad de Sexo*

Nótese que el mismo Artículo, al referirse a la disolución del vínculo matrimonial, no apunta como causal de dicha disolución a la sentencia ejecutoriada de nulidad, pues, como veremos, ésta no disuelve vínculo alguno, ya que el creado por el matrimonio viciado con nulidad solamente llega a tener existencia jurídica aparente y no existencia jurídica real, única que puede ser disuelta conforme a los cánones del Derecho Civil.

CAPITULO II

INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

La Doctrina del Derecho Civil diferencia la inexistencia de las nulidades absolutas o relativas del matrimonio, como diferencia la inexistencia de las nulidades de los actos y contratos en general.

La teoría se basa en la diferencia fundamental entre las condiciones de existencia y las condiciones de validez de todo acto o contrato. Formulada por Zacharías, precisamente a propósito del matrimonio y completada después por Aubrey y Rau, no ha sido aún plasmada en nuestra Legislación con los caracteres todos de una figura especial.

Nuestro Código Civil distingue y reglamenta específicamente las nulidades del matrimonio como también de los demás actos y contratos, incluyendo en las nulidades de aquél situaciones que para la doctrina son perfectos casos de inexistencia.

Concretándonos al matrimonio, diremos, como Ricchi, Alessandri y otros tratadistas, que sus condiciones de existencia son el consentimiento mutuo, el objeto y ciertas formalidades externas que se considerarán esenciales para que éste exista. Por otra parte son condiciones esenciales para su validez, el consentimiento no viciado y dado por una persona capaz, o sea consentimiento libre y capacidad, el objeto no prohibido por la ley y otras formalidades externas que la misma ley considera esenciales para su validez.

En términos generales y conforme a la Doctrina del Derecho Civil, cuando en la celebración del matrimonio falta alguna de las condiciones de existencia, el matrimonio es inexistente, no llegó a existir ni aún en apariencia legal y de consiguiente no pudo dar origen a efectos civiles de ninguna especie.

En cambio, cuando en la celebración del matrimonio falta alguna de las condiciones que hemos señalado para la validez del mismo, el matrimonio, anulable, con nulidad absoluta o relativa, pero para el caso, válido. A diferencia con el inexistente, lle-

es nulo

gó a tener una existencia aunque no la que la ley requiere, pero es una existencia que todos la presumimos y creemos legal y como tal tiene plena efectividad jurídica, mientras no se le ponga fin mediante la declaratoria de nulidad. *(... que tiene que emanar de un consentimiento expreso anterior)*

El consentimiento es el concurso de la voluntad de ambos contrayentes en el matrimonio. Esta voluntad mutua es indispensable para que todo acto jurídico o contrato, y por ende, el matrimonio, se genera; de manera que si esta voluntad no existe, tampoco existe el matrimonio, sobreentendiéndose que como voluntad llamada a generar obligaciones debe ser puesta claramente de manifiesto y no que deje lugar a dudas su existencia, pues de lo contrario tampoco generaría la existencia del matrimonio. Entendamos por otra parte que falta dicha voluntad en dos casos que son clásicos en la doctrina del derecho: a) de la privación del uso pleno de la razón, y b) el del error en la persona física.

En el primero de los casos estimamos que no puede manifestar voluntad quien no la tiene por estar privado del uso de la razón, comprendiendo aquí no sólo al paciente de enajenación mental en cualquiera de los múltiples estados psicopatológicos, sino también a los que se encuentran en un estado morbo mental, mas o menos involuntario, motivado por el alcohol, la morfina y otros estupefacientes o excitantes, y a los hipnotizados y sonámbulos.

En nuestro Código Civil no encuentra asidero la doctrina de la inexistencia del matrimonio y en consecuencia considera nulidad absoluta en el contrato por quien no se halla en el pleno uso de su razón. (Art.162 C., No. 1o.)

En el error en la persona estudiado como causal de inexistencia, comprendemos exclusivamente aquel caso en el cual por causa del error no ha podido existir el consentimiento expreso o voluntad mutua de los contrayentes, indispensable para la existencia del matrimonio. Y este caso, así como se advierte de una manera indudable en el error en la persona física, o sea en el de la falta de identidad de uno de los contrayentes, así se pierde en la vagüedad de la duda cuando se trata del error en las cualidades de la persona del contrayente, o en su persona civil o social. Así como en el primer caso es clara la ausencia total del consentimiento de parte de quien quería casarse con X y no con Y, para quien no dió consentimiento alguno, así es improcedente el sostener que no haya habido consentimiento en el contrayente para casarse con X cuando realmente lo hubo, aunque desconociendo hasta donde llegaban los alcances del mismo por ignorar su personalidad y cualidades.

No pasa así con la nulidad del matrimonio, pues para que ésta se produzca, basta con que el consentimiento no sea libre y espontáneo, pero que exista, aunque se encuentre viciado, o bien, que sea dado por una persona a quien la ley considera incapaz como son las comprendidas en el Art.102 del Código Civil.

Los vicios del libre consentimiento en el matrimonio, son: el error, no en la persona física, pero sí en la persona civil o social; y la fuerza que puede ser física, cuando se ejercer violencia material, o bien puede ser moral, cuando se ejerce por medio de amenazas.

En estos casos con claridad meridiana vemos que el consentimiento existe, aunque no con los requisitos que la ley señala al mismo para darle validez al contrato matrimonial.

Volveremos indudablemente sobre estos vicios del consentimiento, al considerarlos como causales de nulidad relativa, que tal es como los establece nuestra legislación civil, (Art.161 C.

No. 2), incluyendo aquí el caso del error en la persona física que para la doctrina, como hemos visto, es un perfecto caso de inexistencia.

La segunda de las condiciones de existencia en el matrimonio es el objeto. Todo acto humano ejecutado por una persona persigue un objetivo, ya moral, ya material; de idéntica manera con el matrimonio, cada uno de los contrayentes persigue un objetivo; hay, pues, un objeto mutuo y sobre él recae el consentimiento de cada uno de los cónyuges que constituye a su vez una de las condiciones de existencia.

Pero en qué consiste este objeto? Lógicamente deducimos - que si el matrimonio participa de los caracteres generales de los contratos y si el objetivo primordial y único de los mismos es - engendrar obligaciones, éste sea también, como efectivamente lo es, el objeto que ambos cónyuges de inmediato alcanzan al celebrarse el contrato matrimonial. Pero las obligaciones engendradas con sus correlativos derechos a su vez tienen un objetivo -- concreto, cual es en el matrimonio, el establecimiento del hogar y la procreación de la especie, objetivo que requiere como - condición de existencia la unión de dos personas de distinto sexo, materialización del contrato sobre la que recae el consen- --- timiento de ambos. Por consiguiente sólo podemos estimar que el objeto existe y es fisiológicamente posible cuando en definitiva consiste en la unión de dos personas de distinto sexo, de lo contrario no hay objeto y por ende no puede existir matrimonio.

Hay casos en los que el objeto existe, hay unión de dos personas de distinto sexo, pero estima la ley que dichas personas no deben unirse entre sí en el vínculo del matrimonio por razones de índole especial. Tal es el caso del matrimonio entre parientes y demás casos en los que existen los llamados impedimentos relativos consignados en el Art. 103 C. En estos casos el objeto existe y es fisiológicamente posible, pero la ley lo declara prohibido y como consecuencia el matrimonio contraído con el objeto de realizar esta clase de uniones, es nulo, de nulidad absoluta, conforme al Art. 162 C., No. lo., pero no inexistente, pues de hecho ha existido un objeto en la celebración del mismo.

La tercera condición para que exista el matrimonio, la haremos consistir en la observancia estricta de ciertos requisitos externos en la celebración del mismo, que la ley ha recogido como indispensables para su existencia, en razón de la importancia que merece el acto matrimonial dentro del orden público existente. Estos requisitos externos de existencia son: la presencia o cuando menos la representación legal de ambos cónyuges, que para los efectos de la validez deben ser capaces, y el ser autorizado por una autoridad o funcionario que también para los efectos de la validez deberá ser del orden civil, con la debida competencia y asistido de su secretario y dos testigos idóneos.

Debemos observar que si la ley establece los requisitos o formalidades de existencia apuntados, es porque las formalidades de validez que son de las que directamente se ocupa, deben basarse sobre las de existencia, y, en consecuencia, al señalar la ley cuales deben ser aquéllas, forzosamente debe partir de éstas; pero las dá por supuestas, las cree conocidas por quien interpreta la ley y no hace capítulo aparte para las mismas. Así, cuando nos dice la ley que el matrimonio para ser válido debe ser contraído ante la autoridad civil competente y dos testigos idóneos, etc., supone la presencia de una autoridad, como supone la presencia de los cónyuges (condiciones de existencia), pero para que - el matrimonio sea válido, señala la clase de autoridad o de fun-

cionario ante quien debe celebrarse, la presencia y condiciones de idoneidad de los testigos y la capacidad de los contrayentes (condiciones de validez).

Jurídicamente no podría existir el matrimonio celebrado ante una autoridad religiosa, ni ante un notario, ni ante una autoridad civil que no cuenta entre sus atribuciones la de autorizar matrimonios ante sus oficios (un ministro o secretario de Estado, por ejemplo). Cualquiera ceremonia matrimonial que ante ellos se efectuara, carecería de existencia para la ley y menos podría engendrar vínculo alguno, ni efectos civiles, por mucha buena fe que en ella tuvieran los contrayentes. Habría sin duda la existencia de un hecho o ceremonia natural, pero que no llega a ser jurídica, de la cual la ley no se ocupa ni para declarar su inexistencia.

Estas clases de uniones tendrían para la ley el mismo valor que tiene el concubinato, ya que ni en apariencia jurídica, cual es el caso de la nulidad, pudieron llegar a existir.

Pero nótese que al señalar los requisitos o formalidades externas indispensables para la existencia, hemos dicho que tanto la autoridad civil como los testigos que intervienen en el acto y los contrayentes, deben tener, para los efectos de la validez del matrimonio, la debida competencia, los caracteres de idoneidad y las condiciones de capacidad, respectivamente.

Competencia, idoneidad y capacidad son creación exclusiva de la ley para darle validez al matrimonio, y como condiciones de validez, la falta de las mismas acarrea la nulidad del contrato matrimonial conforme al Art.161 C., Nos.1o. y 2o.

Consiguientemente, el matrimonio celebrado ante el Alcalde o Gobernador que no sea del domicilio de los cónyuges o por lo menos del de uno de ellos, adolece de nulidad relativa, conforme al Art. señalado; lo mismo sucede con el matrimonio celebrado sin testigos o ante testigos inidóneos que en principio lo son aquellos que carecen de las cualidades necesarias para dar fe de un acto de tanta trascendencia individual y social. El Art.132 C. señala para éstos como condiciones de idoneidad, el que sean varones, mayores de dieciocho años y a vecinados en la República. Lo será también nulo el matrimonio contraído por incapaces, Art.162 C., No.1.

Los efectos de la inexistencia del matrimonio a diferencia de los de nulidad son los siguientes:

La inexistencia no necesita ser declarada por funcionario alguno del orden judicial ni de ningún otro orden; la nulidad, ya absoluta, ya relativa, debe ser previamente declarada por sentencia judicial, pues el matrimonio que adolece de nulidad ha tenido una existencia jurídica aunque viciada, y ha planteado por consiguiente una situación de la cual la ley se ocupa para ponerle fin mediante la declaratoria judicial de nulidad. Mas adelante veremos que esta situación fue capaz de producir efectos civiles, cuáles fueron esos efectos y en qué casos quedan subsistentes. En cambio, "la inexistencia es la nada, en consecuencia no necesita ser declarada por los tribunales de justicia, porque como dice Planiol, no se puede matar a un muerto; el papel del Juez se limita a dejar constancia de que el acto jurídico no existe". (Alessandri Rodríguez, Derecho Civil, Tomo I).

Por consiguiente, ningún registrador civil inscribiría en los libros respectivos una partida de matrimonio autorizada por un notario, o un ministro del culto religioso, por ejemplo, ni -

una partida en la que apareciera patente la ausencia de los cónyuges, sin representación legal, o en la que constara que no son de distinto sexo; y aún registrándola indebidamente, la certificación de la misma no probaría el matrimonio en ningún caso y el juez la rechazaría de plano al ser presentada en cualquier juicio o actuación judicial.

Pero debemos recordar que algunos casos que lo son de inexistencia en el campo de la doctrina y que dejamos apuntados han sido recogidos por la legislación civil como casos de nulidad, son éstos los referentes a la ausencia del consentimiento de parte de ambos o de alguno de los contrayentes, motivada ya por la falta del uso de la razón, ya por el error en la persona física de alguno de los contrayentes. En estos casos no puede el juez o funcionario rechazar de plano la certificación de la partida del matrimonio celebrado sin que éste haya sido declarado nulo por sentencia ejecutoriada o haga una declaración judicial al respecto mediante los trámites legales, pues para la ley civil son casos de nulidad que deben ser por consiguiente declaradas con arreglo a las leyes civiles y procesales.

El motivo que la ley ha tenido para incluir estos casos de inexistencia, como de nulidad, es obvio. La ausencia de las formalidades de existencia, o sea, de autoridad o contrayentes, o la carencia de objeto, cual es la unión de dos personas del mismo sexo, salta a la vista en el matrimonio de la simple lectura del acta matrimonial, se pone de tal manera de manifiesto que huelga y es inútil toda probanza en contrario. Qué vamos a probar cuando el acta de matrimonio lleva en sí la misma causa de la inexistencia? Es por eso que se impone el rechazo absoluto de la misma, a menos que se hubiere consignado una falsedad en dicha acta que daría lugar a procedimientos judiciales de otra especie. En cambio, la inexistencia procedente de la ausencia del consentimiento motivada por la carencia del uso de la razón o el error en la persona, constituyen hechos que requieren prueba, no se desprenden del acta matrimonial ni se advierten en la misma, y tanto mas dificultosa será esa prueba por cuanto se trata de averiguar situaciones puramente subjetivas cuales son el estado mental de una persona o su intención de casarse con X y no con Y.

La segunda consecuencia de la inexistencia del matrimonio es la de no producir en ningún caso efectos jurídicos; en cambio el matrimonio nulo, produce los efectos jurídicos que señala la ley mientras la nulidad no sea declarada; y aun en tales casos subsisten algunos de estos efectos que como vía de excepción se encuentran consignados en el Código Civil, tal cual más adelante lo veremos al estudiar el matrimonio putativo.

La inexistencia del matrimonio no pudo dar origen lógicamente a la existencia de efecto jurídico alguno. Sin embargo, debemos hacer aquí la distinción apuntada entre la doctrina y la ley civil que toma como de nulidad a verdaderos casos que para la doctrina son de inexistencia, casos que lógicamente deben regularse por los principios de la nulidad. Por consiguiente, al considerar nuestro Código la falta de consentimiento como causal de nulidad del matrimonio y no como causal de inexistencia, el matrimonio así celebrado será entonces nulo y como tal tendrá efectividad jurídica mientras su nulidad no sea declarada.

La tercera consecuencia jurídica de la inexistencia es la imposibilidad de revalidarlo ante la ley, consecuencia que como la anterior se desprende de su naturaleza negativa dentro del campo jurídico. Así, nunca se podrá hablar de revalidación del supuesto matrimonio celebrado ante un notario, ni el contraído supuestamente entre personas del mismo sexo. Podemos decir igual

cosa de los contraídos con ausencia absoluta del mutuo consentimiento por carencia del uso de la razón de parte de uno de ambos contrayentes, pero no por el contraído por el error en la persona física, pues como dejamos consignado, aunque para la doctrina es inexistente, para la ley es nulo de nulidad relativa y revalidable por el consentimiento tácito de los cónyuges que es lógicamente presumible si transcurrieren tres meses de cohabitación desde que se conoció el error. Hablando en perfecta lógica y estricta doctrina, es imposible revalidar algo que nunca ha existido por la ausencia total del consentimiento en uno de los cónyuges, por cuanto que este consentimiento no sólo debe ser libre y mutuo sino que también "expresado ante el funcionario civil competente", según lo prescribe el Art. 97 C. ya transcrito, el cual se encuentra en el Capítulo que trata precisamente: "De la naturaleza del matrimonio." No obstante, legalmente es revalidable como consecuencia del carácter relativo que le dá el Código a esta nulidad, establecida en favor del cónyuge agraviado.

De la imposibilidad de revalidar el matrimonio inexistente, no se deduce en manera alguna la imposibilidad de revalidar siempre el matrimonio nulo. La ley civil admite la revalidación de la nulidad relativa, ante la realidad elocuente de los hechos que son consecuencia del acto celebrado y en un lógico afán de proteger los intereses de los cónyuges que desean la conservación de su hogar y la procreación de la especie, y en ciertos casos del matrimonio que adolece la nulidad absoluta. Así se concibe la revalidación ipso-facto del matrimonio por los que no tengan la edad requerida por la ley, (caso de matrimonio absolutamente nulo), si, siendo púberes, hubieren vivido juntos siquiera un día después de la fecha del matrimonio, o no siéndolo, si hubieren vivido juntos un día después de la pubertad legal, o si hubiere concebido la mujer antes de dicha pubertad. También concede la ley revalidación al matrimonio anulable por vicios del consentimiento cuando éste ha sido dado bajo el imperio de la coacción o del miedo grave si hubiesen transcurrido tres meses de cohabitación desde que cesó la coacción sin haber reclamado durante este tiempo de nulidad.

Pero nunca podría la ley proteger los intereses personales de los cónyuges y revalidar el matrimonio: lo.) cuando estos intereses están en choque abierto contra las sanas costumbres y el orden público, como es el caso del matrimonio entre parientes cercanos que determina la ley, o cuando uno de los contrayentes es autor o cómplice del homicidio del cónyuge del otro; 2o.) cuando dichos intereses chocan contra el orden jurídico existente, como es el caso del matrimonio sin las solemnidades que la ley requiere para su validez, aunque se esté dentro del campo de su existencia jurídica, cuales son: el haberse contraído ante el funcionario civil competente asistido por su secretario y ante dos testigos idóneos, como también el contraído cuando uno de los cónyuges no ha disuelto legalmente su anterior vínculo matrimonial; y 3o.) cuando con el matrimonio no se puede lograr el objetivo primordial, cual es el concubito, base de la procreación, por adolecer uno de los cónyuges de impotencia física para el mismo de una manera patente e incurable. En estos casos, la ley no puede revalidar el matrimonio nulo, ni prescribe la acción de nulidad.

Dejamos así completada en términos generales la doctrina de los expositores del Derecho sobre la inexistencia y nulidad del matrimonio, no sin antes consignar las dificultades de orden ideológico y jurídico a que dá lugar por la discrepancia existente entre la misma doctrina y las disposiciones de la ley civil referentes al matrimonio, en las que, repetimos, la inexistencia no encuentra asidero.

CAPITULO III

FUNDAMENTO DE LAS NULIDADES

Se ha dicho y con razón que la nulidad es la pena en el orden civil, es por consiguiente un castigo que la ley impone por la infracción de ciertas de sus disposiciones que a toda costa se deben respetar, no sólo por el carácter de "imperium" que distingue a toda norma jurídica, sino primordialmente porque estas normas se han dado para garantía individual de los que en ellas se amparan, y en los casos de nulidad absoluta, para garantía de la moral y orden público existentes. De todas las disposiciones legales que regulan los actos y contratos, son las que señalan los requisitos para su validez, las que poseen este carácter de obligatoriedad bajo pena de nulidad del acto o contrato celebrado, requisitos de validez dados ya en atención a la calidad de las personas contratantes o contrayentes (nulidad relativa), ya en atención a la naturaleza del acto o contrato que se pretende celebrar (nulidad absoluta).

Fundamenta, pues, la nulidad, de una parte, y como razón inmediata, la necesaria garantía de validez que debe darse a todos los actos y contratos, garantía que sólo la habrá mediante la observancia indispensable de ciertos requisitos; y de otra parte, como razón mediata, el derecho de poder imponer un castigo en el orden civil por parte del Estado para hacer efectivas dichas garantías que a los actos o contratos otorga la ley.

Dedúcese de lo anterior que la nulidad de los actos y contratos no es mas que la privación de la efectividad jurídica de los mismos. No es, pues, lo normal que los actos y contratos sean privados de su efectividad jurídica, esto es la excepción, casos de excepción que como tales deben ser declarados por texto expreso de la ley y que tampoco pueden ser presumibles en todo acto o contrato celebrado. Antes al contrario, llevan en sí una presunción de validez, mientras no se pruebe su invalidez por desobediencia de los requisitos legales indispensables, o sea, mientras la nulidad no sea declarada por sentencia judicial.

CAPITULO IV

NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS

I

Decíamos que la nulidad no es otra cosa que la privación de los efectos jurídicos de un acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez.

Si al matrimonio falta alguno de los requisitos que ya hemos expresado, esenciales para su validez, no para su existencia, éste estará viciado de nulidad.

Dos clases de nulidades son las que contempla nuestro Código para toda clase de actos o contratos, las absolutas y las relativas.

La nulidad absoluta vicia el acto jurídico en sí mismo, porque ha sido establecida por razones de interés moral y orden

jurídico, con el objeto de garantizar siempre el acatamiento de -
ambas cosas, la moral y la ley. Viciando el acto en sí mismo, -
sin consideración a las personas que lo celebran, el acto es ab-
solutamente nulo, nulo con relación a todo el mundo.

La nulidad relativa vicia el acto o contrato, pero en con-
sideración al estado o calidad de las personas que lo celebran, -
pues ha sido establecida en interés particular de los contratan-
tes o contrayentes para darles garantías en la efectividad jurí-
dica de los actos y contratos que legítimamente celebren. El ac-
to o contrato viciado de nulidad relativa, es nulo, para ciertas
y determinadas personas, los contratantes o contrayentes, pero -
una vez declarada esta nulidad, también produce sus efectos res-
pecto de todos.

Con relación al matrimonio nuestro Código, aunque no de -
una manera expresa, contempla y reconoce ambas nulidades, sancio-
nando los efectos jurídicos que cada una de ellas trae consigo.

Pero, por ser el matrimonio un contrato "sui-géneris" y -
una institución básica en la organización social, la doctrina -
que hemos esbozado de las nulidades sufre algunas modificaciones
al aplicársele.

Como principio general aplicable a las nulidades absolutas
establece el Art.1553 C.: "La nulidad absoluta- de todo acto o -
contrato- puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin peti-
ción de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contra-
to; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excep-
to el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo
o debiendo saber el vicio que lo invalidaba- pues a nadie le es
dable aprovecharse de su propio dolo-; puede asimismo pedirse su
declaración por el ministerio público en interés de la moral o -
de la ley: y no puede sanearse por la ratificación de las partes
ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años."

En cambio la nulidad absoluta del matrimonio no puede ni
debe ser nunca declarada de oficio por el Juez, pues la ley va
protegiendo siempre la estabilidad de la institución matrimonial,
y por la misma razón, tampoco puede pedirse su declaración por -
el ministerio público.

Al igual que en los actos y contratos, la nulidad absolu-
ta del matrimonio puede ser reclamada por cualquiera persona que
tenga interés en que ella se declare, entendiéndose que lo tiene
aquella que se ve perjudicada en sus legítimos derechos a causa
del matrimonio. Por ejemplo, el hijo legítimo que reclama suce-
der por causa de muerte a su padre con exclusión de una segunda
esposa con quien éste contrajo un matrimonio viciado de nulidad.

Pero a diferencia de las nulidades absolutas, las del ma-
trimonio pueden ser reclamadas por cualquiera de los cónyuges y
aun por el que sabía el vicio que lo invalidaba. Estimamos que la
razón es porque el cónyuge sabedor de este vicio, o sea, el de -
mala fe, en poco o nada podrá aprovecharse de su dolo, pues la -
declaratoria de nulidad no lo eximirá en manera alguna del cum-
plimiento de sus obligaciones como padre, además la sentencia -
respectiva lo condenará a una multa de quinientos colones en el
caso del número primero del Art.162 C., y en todo caso, perderá
los derechos de la patria potestad y de cónyuge legítimo que son
consecuencia del matrimonio, como también perderá todo lo que -
le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra per-

sona en consideración a éste, conservando el inocente lo que le hubiese dado y hasta el derecho de reclamarle lo que le hubiese prometido. Y como si todo esto no bastare, no podrá contraer - otras nupcias, sino después de tres años de pronunciada la sentencia de nulidad. No sacará, pues, tanto provecho de su mala fe.

En consecuencia, no estamos de acuerdo con la reforma a la ley en el sentido de quitarle el derecho de reclamar la nulidad absoluta al cónyuge que sabía el vicio que invalidaba a su matrimonio, como lo propone la Comisión Revisora de Códigos de 1943 - en sus anteproyectos respectivos, aduciendo como razón única que el cónyuge de mala fe se aprovecha de "su propio dolo, anulando un matrimonio que contrajo a sabiendas del impedimento con el solo objeto de satisfacer intereses de una u otra naturaleza." (Anteproyectos de Revisión de los Códigos Civil, etc., pág. 21).

No se admite, por otra parte, la revalidación del matrimonio viciado con nulidad absoluta, pero cuando ésta proviene de la incapacidad de los contrayentes por la falta de edad, la ley permite su revalidación cuando los contrayentes cumplen la edad requerida o demuestran estar aptos para llenar el fin primordial de la procreación. Art. 162 C., No. lo. Tampoco prescribe en el matrimonio la acción de nulidad absoluta, pues tanto ofende la moral social, por ejemplo, el matrimonio entre hermanos después de un año de contraído que después de cincuenta años, y así en todos los casos de matrimonios viciados con nulidad absoluta.

En cuanto a la nulidad relativa, la regla general en los actos y contratos dice: "Art. 1554 C.,: La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez, sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes."

En el matrimonio, la nulidad relativa tampoco puede ser declarada de oficio por el Juez ni pedirse su declaración por el ministerio público; deben pedirla aquellos en cuyo beneficio se ha establecido y cualquiera otra persona que tenga interés en ella; así, en los casos de nulidad relativa provenientes del error en la persona de uno de los contratantes, o en los que el consentimiento está viciado por coacción o miedo grave, solamente puede pedir la nulidad el cónyuge que sufrió el error, la coacción o el miedo. Injusto sería que la ley otorgara semejante derecho al otro cónyuge cuya actitud no ha sido ciertamente la del que deja pasar un vicio, sino la del que lo provoca con su indigna actuación traducida en actos positivos de intimidación o coacción.

El vínculo matrimonial se disuelve además que por el divorcio y por la muerte de uno de los cónyuges; los derechos creados con el mismo son personalísimos y no pueden heredarse ni cederse; por consiguiente, no pueden existir herederos, ni cesionarios de tales derechos, que como en los casos de nulidades relativas en general pueden pedir su declaratoria judicial en calidad de tales.

Como toda nulidad relativa, la del matrimonio puede sanearse por la ratificación tácita, mas no por la expresa. Se hace consistir la ratificación tácita para los actos y contratos viciados de nulidad, en la ejecución voluntaria de la obligación contratada emanada de la parte o partes que tienen el derecho de alegar la nulidad, quienes dejan transcurrir un lapso de cuatro años que concede la ley para pedir la rescisión. Art. 1566, 167 y

1562 del Código Civil. En el matrimonio viciado con nulidad relativa, la ratificación tácita se obtiene "si hubiesen transcurrido tres meses de cohabitación de los cónyuges desde que se conoció el error o hubiese cesado la coacción sin haber reclamado durante este tiempo la nulidad", se entiende que el cónyuge agraviado, quien es el único que conforme a la ley tiene derecho a reclamarla.

En cuanto a la ratificación expresa establecida para los actos y contratos nulos en general, no la establece la ley para el matrimonio en las disposiciones que regulan la materia, y de consiguiente, no debe sobreentenderse que la permite, amén de que se hace innecesaria por el corto plazo que debe dejarse transcurrir para que la tácita se produzca. Además, no sería presumible en tal ratificación la reincidencia de la coacción o del engaño por parte del de mala fe para el cónyuge agraviado? No sería presumible sobre todo si se tiene en cuenta el lapso tan corto entre la celebración nula y la pretendida ratificación expresa?

II

Nuestro Código determina taxativamente las causales de las nulidades absolutas y relativas del matrimonio, en los tres numerales del Art. 162 C., en relación con los Arts. 102 C. y 103 C., los cuales enumeran taxativamente también las incapacidades absolutas y relativas que imposibilitan a los cónyuges para unirse con el vínculo matrimonial.

Impedimentos Dirimentes Absolutos

Las incapacidades son absolutas cuando impiden a quien de sea casarse para contraer matrimonio con toda clase de personas, por ejemplo, la del enajenado mental o la del impotente para el concubito cuando esta impotencia es patente, perpetua e incurable, etc. Estas incapacidades se encuentran consignadas en el Art. 102 C. Son relativas cuando incapacitan únicamente para contraer matrimonio con ciertas y determinadas personas, por ejemplo, la del matrimonio entre ascendientes y descendientes, o viceversa, o entre hermanos, y la del conyugida, las cuales se encuentran consignadas en el Art. 103 C. Pero ambas clases de incapacidades, absolutas o relativas, anulan el matrimonio con nulidad absoluta.

Acarrean, pues, la nulidad absoluta conforme el texto expreso de la ley: 1o.) la falta de edad competente, 2o.) la carencia del ejercicio pleno de la razón, 3o.) la impotencia física para el concubito que conste de una manera patente, perpetua e incurable, 4o.) el encontrarse ligado por vínculo matrimonial no disuelto legalmente, 5o.) el parentesco por consanguinidad en cualquier grado de la línea recta, 6o.) el parentesco consanguíneo de hermanos, sean éstos carnales, paternos o uterinos, 7o.) el ser autor o cómplice de la muerte del cónyuge de alguno de ellos, (Art. 162, Nos. 1o. y 2o. en relación con los Arts. 102 y 103 del Código Civil) y finalmente, 8o.) el no contraerse ante la autoridad competente, asistido de su secretario y a presencia de dos testigos idóneos (Art. 162 C. No. 2o.).

Acarrean la nulidad relativa: 1o.) el error en la persona y 2o.) la coacción o miedo grave que vicia el consentimiento.

CAPITULO V

CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

Falta de Edad.- Son absolutamente incapaces para contraer matrimonio, dice el Art.102 C., lo.) el varón que no ha cumplido dieciséis años y la mujer que no ha cumplido catorce. Nuestra antigua ley de matrimonio civil, en su Art.6o. declaraba incapaces bajo el numeral lo. a los impúberes en general, sin especificar edades. Pero en buena hora fue reformado este numeral por el que dejamos expuesto, fijando las edades apuntadas para el varón y la mujer, pues la pubertad puede variar aun en la misma latitud y en tal virtud necesitaríamos probar, según los casos, la falta de la misma para obtener la declaratoria de nulidad del matrimonio. En cambio las edades que ahora fija la ley no dejan lugar a dudas de la existencia de la pubertad y de la consiguiente aptitud de los contrayentes para cumplir con el fin primordial de la procreación.

No podría, pues, la ley, darle el carácter de validez a una unión matrimonial prematura, cuando aun ambos contrayentes no están aptos para cumplir con el fin primordial de su unión y cuando, por otra parte, su voluntad no es madura y reflexiva como la requiere la institución matrimonial, dada la trascendencia de los derechos y obligaciones que con ella se adquieren.

"Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso-facto el matrimonio contraído por los que no tengan la edad requerida en el número primero del Artículo 102, si, siendo púberes, hubieren vivido juntos siquiera un día después de la fecha de la celebración del matrimonio, o en caso contrario un día después de la pubertad legal; o hubiere concebido la mujer antes de la pubertad." Dice textual la primera parte del segundo inciso del número primero del Art.162 C.

Se contemplan aquí dos casos: el de los púberes que aún no tienen la edad requerida, ya sea uno de los cónyuges o ambos, en el cual queda revalidado el matrimonio si hubiere habido cuando menos un día de cohabitación; así entendemos la expresión de la ley "hubieren vivido juntos". El segundo es el de los impúberes, ya sea uno de los cónyuges o ambos, en cuyo caso para revalidar el matrimonio es necesario, o bien por lo menos un día de cohabitación después de cumplida la pubertad legal, o bien que hubiere concebido la mujer como consecuencia de la cohabitación antes de cumplida la referida pubertad.

No obstante tratarse de un matrimonio viciado con nulidad absoluta, como excepción única ha querido la ley en los casos mencionados, darle la validez de que carece en atención a las circunstancias especialísimas en las que los cónyuges se colocan al llenar los requisitos o condiciones apuntadas. Mayor mal causaría la nulidad que carece en estos casos de objeto, que la aparente paradoja jurídica de la revalidación de una nulidad absoluta. Qué más dá consagrar este carácter excepcional en una nulidad absoluta, cuando está inspirado en las razones más poderosas de sentido común y de justicia? Efectivamente, la ley prohíbe bajo pena de nulidad el matrimonio de los que no han cumplido la edad que ella fija, entre otras cosas, porque son incapaces de llenar el fin primordial del matrimonio, cual es la cohabitación; mas si ellos han demostrado con hechos que no dan lugar a dudas su capacidad física y fisiológica para tales actos que indudablemente acarrearán en el individuo un sentido de responsabilidad so-

bre lo que ha sido capaz de hacer, por qué insistir en una nulidad que ya carece de todo objeto desde ese momento? Ciertamente es que las nulidades absolutas han sido dadas en razón de la moral y del orden jurídico, y que tanto aquellos como éste se verían lastimados con el matrimonio de dos impúberes, por ejemplo; pero no es menos cierto que toda lesión a la moral y a la ley desaparece desde el momento en que los supuestos autores de ella demuestran haber cumplido fielmente el fin primordial del matrimonio, como si se tratase en todo caso de un matrimonio normal contraído por personas de edad viril.

Ante la paradoja jurídica de una nulidad absoluta revalidable, se ha estimado por algunos que la nulidad del matrimonio por falta de edad debe considerarse como relativa, toda vez que es revalidable, pero debemos tomar en cuenta que la revalidación no es el cualificativo y único carácter de la nulidad relativa y que su carácter de absoluta tampoco se lo quita el hecho de que pueda revalidarse, pues todavía habrá múltiples casos en los que no se revalida y en los que en consecuencia el matrimonio así contraído lesiona la moral y orden jurídico existentes, condición "sine que non" de la nulidad absoluta. Sin embargo estiman que esta nulidad debe ser relativa, los señores Miembros de la Comisión Revisora de Códigos de 1943 en el anteproyecto respectivo, aduciendo como única razón, "que propiamente es un matrimonio anulable desde luego que la misma ley permite su revalidación" (Anteproyectos de revisión de los Códigos Civil, etc., por la Comisión Revisora de los Códigos de la República, página 20.)

"El cónyuge mayor de edad y el funcionario culpable del matrimonio a que se refiere el inciso anterior, incurrirá en una multa de quinientos pesos cada uno y además serán solidariamente responsables de los perjuicios causados al cónyuge inocente:" dice la segunda parte del inciso que comentamos.

Anulado o revalidado el matrimonio, en probándose la causal de nulidad en el juicio respectivo, es el caso que se ha cometido una infracción al texto expreso de la ley, infracción de la cual son responsables el cónyuge mayor de edad y el funcionario que autorizó el matrimonio, debiendo saber o sabiendo, en sus respectivos casos, el vicio que lo invalidaba. Y es por tal motivo que la ley les impone a cada uno la multa y además los hace solidariamente responsables de los perjuicios que causan al inocente, penas a que los condena el Juez ante quien se ha seguido el juicio de nulidad.

Obsérvese que el calificativo empleado por la ley al cónyuge menor que aún no tiene la edad requerida, es el de "inocente", o sea el que va de buena fe al matrimonio; lo cual lógicamente da a entender que el cónyuge culpable que tiene la edad requerida en los casos de la multa y responsabilidad por perjuicios, está supuesto a ir de "mala fe", aunque la ley no lo diga en forma expresa; y como habrá casos en los cuales el mayor de edad va ya de "buena fe", en éstos, estimamos que no se hace merecedor del castigo civil apuntado; pues por otra parte, no es posible ni justo suponer que la ley no respete la buena fe de dicho cónyuge cuando así lo hace en todos los casos del matrimonio putativo.

Carencia del Ejercicio Pleno de la Razón. - Al estudiar la teoría del matrimonio inexistente, decíamos que lo era aquel en el que faltaba el consentimiento o alguna de sus condiciones de existencia, y en ningún caso se advierte con claridad tan meridiana la ausencia de la voluntad en el acto matrimonial como en la carencia del uso pleno de la razón por parte de alguno o de

ambos contrayentes, pues no puede dar su consentimiento quien no lo tiene. Para la doctrina es ésta una causal de inexistencia y no de nulidad, pero la ley civil se la apropia como causal de nulidad absoluta por los efectos a que da lugar el matrimonio inexistente a diferencia de los del viciado de nulidad. En efecto, el inexistente es rechazado de plano por el funcionario judicial o de cualquier índole, su prueba carece completamente de valor jurídico, pues lleva en sí misma, decíamos, la causa de la inexistencia del acto que queremos acreditar. Pero en el caso de un matrimonio contraído por quien carece del uso de la razón, la causa de su inexistencia no se advierte mientras no se pruebe lo contrario, cual es el hecho de la carencia del uso de la razón por parte de uno de los contrayentes; un funcionario no podría rechazar de plano un matrimonio así contraído, antes al contrario, no puede menos que atenerse a la prueba de la existencia del mismo, tal cual se encuentra consignado en el acta matrimonial.

Lo mismo sucedería si la ley no englobara en la nulidad - los casos del matrimonio inexistente contraído por error en la persona, en los que, como el del privado del uso de la razón, hay ausencia del consentimiento, el que a su vez es condición esencial para la existencia del contrato. Cómo colegir del acta matrimonial que hay error en la persona? Cómo rechazar de plano la prueba de este matrimonio? No sucede así con los otros manifiestos casos de inexistencia, como el contraído ante un Notario, que nunca pretendería ley civil alguna englobarlos en la nulidad.

Se encuentra contemplada la nulidad que examinamos en el Art.162 C., No. 1o. que hace relación al Art.102 C., No.2o.: -- "Son absolutamente incapaces para contraer matrimonio: 2o.) los que no se hallen en el pleno ejercicio de su razón". Dice el último Art. mencionado.

Al contemplarlo como causal de inexistencia, decíamos y repetimos, que la ley no ha querido dejar fuera de la regla -- transcrita caso alguno de falta de consentimiento por esta causa, la fórmula que emplea es amplia y clara, comprendiendo en ella no sólo a los enajenados mentales en la diversidad de clases y grados que estudia la Psiquiatría, en los que el paciente se ve privado total o parcialmente de la razón, sino que también comprende aquellos estados mas o menos involuntarios provocados por el alcohol, la morfina y otros estupefacientes o excitantes, así como también los estados hipnóticos y sonambúlicos.

Adviértese por otra parte que la incapacidad habla de la carencia del pleno uso de la razón. De tal manera que exige para ser capaz de contraer matrimonio el pleno ejercicio de la misma. Y no podía ser de otro modo, la trascendencia del acto matrimonial requiere la plena madurez de criterio sobre lo que se va a aceptar, y éste descansa a su vez sobre la plenitud de la razón. Una inteligencia que ve y una voluntad que acata son la base esencial y sólida que respaldan las palabras del consentimiento vertidas en el acto matrimonial; mas, si esa base falla o si, como es peor, no existe, las palabras del consentimiento carecen de sentido y son débiles hojas desprendidas del árbol de la razón.

Cabe hacerse estas preguntas: Es válido legítimamente el matrimonio contraído por un demente en un intervalo lúcido? Lo es también el contraído en un intervalo lúcido por un demente declarado bajo interdicción judicial?

Nada dice la ley que regula la validez e invalidez del matrimonio en forma expresa, para resolver ambas dificultades.

En cuanto a la primera, por no haber una declaración judicial de la demencia, no tenemos derecho a presumirla en nadie y por ende en los cónyuges, todos sus actos son legítimos y llevan en sí la presunción de validez, y aún para pretender invalidarlos, estimamos que no sería suficiente probar la demencia anterior o posterior a la celebración del matrimonio, cuando es precisamente la demencia en la época de la celebración del mismo, la única que lo invalidaría conforme a la causal que contemplamos, pues sólo en tal caso habría falta de consentimiento.

Apoyamos nuestro criterio en el espíritu que priva en nuestra legislación, favorable a la conservación del vínculo matrimonial, dados los derechos que engendra y dadas las ventajas de la perpetuidad del hogar en la sociedad.

Idénticas razones podríamos aducir al contemplar la segunda dificultad planteada, si con anterioridad a la celebración del matrimonio no existiera una declaración judicial de interdicción que, o bien implica la nulidad de los actos y contratos celebrados posteriormente al decreto por el interdicto, haya obrado o no en intervalo lúcido, o bien da lugar a una presunción grave de la falta del uso pleno de la razón en quien así lo contrajo.

El decreto de interdicción anula todos los actos y contratos posteriores al decreto y celebrados por el interdicto? El Art. 465 C. nos dice: "Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido."

Pero bien, tendrá aplicación este Artículo en el caso que examinamos? La opinión está dividida. Por una parte se sostiene la perfecta aplicación de esta disposición legal al presente caso, ya que es meramente civil y que el matrimonio es un contrato a la vez que una institución civil; el contexto y armonía de los Códigos que con principios mas o menos uniformes regulan instituciones de la misma índole, la hacen aplicable, amén de que si nuestros legisladores hubieran tenido la intención de permitir semejante matrimonio, por lo menos se hubieran tomado el trabajo de excepcionar la aplicación del Artículo en este caso, o bien, reglamentar en qué condiciones debemos entender que el interdicto bajo intervalo lúcido ha manifestado su auténtica y libre voluntad.

Por otra parte, estiman otros la no aplicación del Artículo de referencia al presente caso, porque el decreto de interdicción, dicen, surte efectos únicamente en lo tocante a la administración de los bienes del enajenado mental declarado interdicto. En efecto, dicen, el Art. 457 que se puede decir establece en forma la curaduría del demente expresa: "El mayor de edad que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos".- Agrega después las distintas clases de curadurías y omite decir que la privación del demente habitual lo sea para el uso de sus derechos personalísimos, como es el de casarse, únicamente se concreta a privarlo de la administración de sus bienes. El Art. 468 C. nos pone de manifiesto con mayor claridad el objeto de la interdicción al decir: "El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes, si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa". Agrega después que el decreto de rehabilitación llevará las mismas formalidades del anterior, ".....y serán seguidas de la notificación prevenida en el Pr. que en este caso se limitará a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido, profesión y domicilio, tiene la libre administración de sus bienes."

Los Artículos transcritos hablan por sí solos de los efectos jurídicos que la ley ha querido dar al decreto de interdicción, y manifiestan, que nunca podría extenderse a la validez o invalidez del matrimonio, ya que éste es un contrato "sui-generis" y como tal, especialmente legislado.

Por sugestivos que parezcan estos argumentos, estimamos - la perfecta aplicabilidad del Art. 465 C. para tener como nulo el matrimonio celebrado por el interdicto. No excepciona la ley acto o contrato alguno, y si en dichos actos o contratos se hace referencia a aquellos en los que se crean obligaciones patrimoniales sobre los bienes de que es dueño el interdicto, para declarar dichos actos o contratos como inválidos, con mayor razón estimamos que debe comprenderse el acto matrimonial por el que se engendran obligaciones de mayor trascendencia e importancia en la vida del interdicto que las creadas por un simple contrato sobre sus bienes; tanto más, cuanto que conforme a las anteriores leyes matrimoniales, este acto afectaba a los bienes de los cónyuges que a título de aporte pasaban a formar el fondo común de la Sociedad Conyugal.

Tampoco es exacta la opinión de que la declaratoria de interdicción se refiera únicamente a la administración de los bienes del interdicto para de ahí colegir que el Artículo 465 C. se refiera sólo a los actos y contratos relativos a los bienes. El Art. 457 C. no tiene por objeto definir o marcar los límites que abarca la declaratoria de interdicción. Tampoco limita el objetivo de la interdicción el Art. 468 C. referente a la rehabilitación, y si dice que la notificación prevenida por el Código de Procedimientos Civiles se limitará a expresar que tal individuo, con su nombre, apellido, etc....., tiene ya la libre administración de sus bienes, no es ciertamente con el objeto de limitar a ella la interdicción, sino con el de no lastimar moralmente a quien se rehabilita después de tan triste situación.

Y tan no tiene la simple función de administrador de bienes quien ejerce la curaduría, que el Art. 467 C. ordena que: "Los frutos de sus bienes, y en caso necesario, y con autorización judicial, los capitales, se emplearán principalmente en aliviar su condición y en procurar su restablecimiento."

Pero aún sin darle aplicabilidad al Art. 465 C. en el caso cuestionado, la declaración de interdicción decretada, como es con perfecto conocimiento de causa, nos induce a creer lógicamente un estado mas o menos permanente en el que no existe ese pleno ejercicio de la razón que la ley requiere, ni aún en los supuestos intervalos lúcidos. Ya no es el caso del que no ha sido declarado tal por la rareza de sus accesos o por la poca intensidad de los mismos, o porque fue curado y nunca más le volvió a venir, casos en los cuales el uso pleno de la razón podría tenerlo en un momento dado al contraer un matrimonio o celebrar algún contrato, salvo prueba en contrario que desbarataría el acto o contratos celebrados. Es el caso del que la intensidad o permanencia de su enfermedad mental, dió lugar a que la autoridad judicial interviniera, previa demanda y trámites legales, con la declaratoria respectiva, para salvaguardar así no sólo sus bienes, sino su persona y los intereses propios de los demás frente a él, entre los que descuellan por su importancia en la vida social, los caros intereses de la institución matrimonial.

La Impotencia Física Para el Concubito. - El numeral tercero del Art. 102 C. declara absolutamente incapaces para contraer matrimonio, a: "Los que adolezcan de impotencia física para el concubito de una manera patente, perpetua e incurable": Y el ma-

trrimonio celebrado con esta incapacidad absoluta, será nulo, de nulidad absoluta, en conformidad con el número primero del Art. 162 C.

Observamos la innecesariad del calificativo "física" - que se da a la impotencia, pues no la puede haber "moral". La impotencia puede ser natural, cuando proviene de la Naturaleza, como es la deficiencia en los órganos genitales que imposibilita el coito, o bien puede ser casual, cuando proviene de algún accidente como es la castración o la amputación del miembro viril. A cuál de las dos se refiere nuestro Código? A ambas, siempre que sean "patentes", pues por otra parte, estas clases de impotencias son siempre incurables, a diferencia de otras impotencias pasajeras.

Nuestro Código exige que sean "patentes", que equivale a decir que estén a la vista, puestas de manifiesto, pero el significado que sin duda ha querido dar nuestra legislación a esta palabra, es el de que la impotencia conste, que no dé lugar a dudas su existencia y de consiguiente, que no haya necesidad de ser facultativo o perito para atestiguarla.

Agrega también la ley, que sea "perpetua e incurable", o sea que no se pueda curar nunca, como son las anteriormente señaladas. Observamos la innecesariad de emplear ambos términos, ya que si es perpetua es incurable, y viceversa; bastaría, pues, con que dijera "incurable".

En cuanto a la razón que han tenido nuestros legisladores para consagrar esta incapacidad que como tal anula el matrimonio, no podemos menos de justificarla, pues siendo uno de los objetivos primordiales del matrimonio la procreación de la especie que a su vez requiere la unión o cópula de los cónyuges, no podría realizarse si uno de ellos o ambos adolecieran de estas clases de impotencia.

En cuanto a que exija que sea patente e incurable, se justifica si se consideran los abusos a que pudiera dar lugar el no exigir estos requisitos, pues una impotencia que no se manifieste de un simple examen corporal o que fuese temporal, no acreditarían para estimar que el objetivo del concubito en orden a la procreación no llegue a alcanzarse.

Sin embargo, en los anteproyectos del Código Civil y otros Códigos presentados por la Comisión Revisora de 1943, se encuentra eliminada la incapacidad que comentamos, basando esta supresión en las siguientes razones: "1a.)- por la naturaleza escandalosa de los juicios que pueda originar; 2a.)- por lo escabroso y ofensivo que es para la persona, ser sometida a una investigación pericial a efecto de establecer si la causal es cierta o no; 3a.)- porque en nuestros tribunales no se han registrado juicios ventilando semejante causal, lo que evidencia lo innecesario de que la ley se preocupe de la incapacidad de que se trata; y 4a.)- por que cree la Comisión; que al existir la causal señalada, le queda al cónyuge perjudicado por ella, el derecho de pedir la nulidad del matrimonio, basándose en un error en la persona, por carecer de una cualidad sustancial que se espera existir en el hombre que se casa, como un elemento primordial para los fines del matrimonio." (Anteproyectos de Revisión, etc...., pág.15).

Sería original nuestra legislación si eliminara una serie de instituciones civiles y penales tan sólo porque pudieran dar lugar a juicios escandalosos. Habrían por tal motivo de desaparecer: el divorcio, la investigación de la paternidad, el adultério, la violación, el rapto, el estupro, etc.....

No debe tenerse en cuenta lo escabroso y ofensivo que es para la persona el examen corporal o investigación de la impotencia, toda vez que ella misma se ha colocado en esa situación aceptando tácitamente las consecuencias a que puede dar lugar, una de las cuales es, el percatarse la autoridad judicial de su impotencia. Por otra parte, no es acaso mas ofensivo para el otro cónyuge el que se autorice y se establezca un matrimonio en el cual no puede ver realizadas sus legítimas aspiraciones tan sólo por la impotencia del otro?

En cuanto a la tercera razón, estimamos que el no haberse ventilado en nuestros tribunales, no la hace innecesaria, pues se nos ocurre inmediatamente esta pregunta: Y si el caso llegara a presentarse?

Por último, cae la Comisión en flagrante contradicción en su exposición final, pues después de estimar que la incapacidad debe eliminarse por lo escandaloso, escabroso y ofensivo del juicio, y porque el caso no se ha ventilado antes de ahora, resulta sosteniendo que esta incapacidad debiera ser mejor una causal de nulidad, considerándola como un error en la cualidad substancial de la persona, causal que como tal debe acreditarla el otro cónyuge al pedir la nulidad del matrimonio. No repercute con mayor escándalo social un juicio de nulidad de matrimonio por esta causal? No se somete al cónyuge impotente al mismo examen corporal y a la vergüenza y ofensa consiguientes que tanto han preocupado a los Miembros de la Comisión? No hubiera sido preferible evitar mejor la celebración del matrimonio alegando en la denuncia de impedimentos la existencia de esta incapacidad?

Vínculo Matrimonial No Disuelto. - El número cuarto del Art.102 C. declara absolutamente incapaces para contraer matrimonio a los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente, y si no obstante esta incapacidad se lleva a cabo el matrimonio, éste adolece de nulidad absoluta.

La protección al orden jurídico, social y moral, requiere el respeto a una de sus mas altas instituciones: el matrimonio. Permitir un segundo o sucesivos matrimonios, sin estar disuelto legalmente el anterior o anteriores, equivale a aceptar la bigamia, penada como delito en nuestro Código Penal; ya que las sanas costumbres, la moral y el orden público así lo exigen.

Obsérvese que esta causal al referirse a la disolución del vínculo nos dice que ésta debe ser legal, o sea conforme a las causas de disolución y demás prescripciones del Derecho Civil salvadoreño. Son causales de disolución, la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio (Art.169 C.). No lo es la declaratoria de nulidad puesto que el vínculo creado por un matrimonio al que falta alguno de los requisitos para su validez, podrá ser un vínculo real, pero no jurídico, aunque con apariencia de tal, por lo que la declaratoria de nulidad no hace mas que ponerle fin a una situación de hecho que a la vez constituyó una situación aparente de derecho. No obstante, como la ley da efectividad jurídica al matrimonio nulo mientras la nulidad no sea declarada, quien así contrajo matrimonio, no podrá volver a casarse legalmente -- mientras dicha nulidad que vicia el anterior matrimonio no se declare y mientras no transcurra el plazo que la ley señala para la mujer, o el del cónyuge de mala fe en su caso.

Por eso, para la mejor inteligencia de la causal de la incapacidad que examinamos y su mejor armonía con el Art.169 C., sería del caso ampliar la redacción del numeral 4o. del Art.102 C., comprendiendo no sólo la no disolución del vínculo anterior,

sino también la nulidad no declarada, en sus respectivos casos, - como condiciones de la incapacidad para contraer matrimonio.

Debemos también observar que, conforme lo dispone el Art. 170 C., el matrimonio disuelto en país extranjero en conformidad a las leyes de ese mismo país, pero que no hubiera podido disolverse conforme a las leyes salvadoreñas, no habilita a ninguno - de los cónyuges para casarse en El Salvador, y si así contrae matrimonio, éste es nulo de pleno derecho, pues la anterior disolución, tal cual lo expresa el numeral 4o. del Art. 102 C. que examinamos, debe ser legal, o sea conforme a las prescripciones del Derecho Civil salvadoreño.

El Parentesco de Consanguinidad. - a) en cualquier grado - de la línea recta; y b) en la línea colateral.

El Art. 103 C. consagra las incapacidades relativas que - conforme al Art. 162 C., No. lo., son como las anteriores, causas de nulidad absoluta del matrimonio.

Las dos primeras incapacidades consignadas por el Art. 103 C. son las del parentesco por consanguinidad entre los cónyuges y se encuentran expresadas así: "También son incapaces para contraer matrimonio entre sí: 1o.) Los parientes por consanguinidad, en cualquier grado de la línea recta: 2o.) Los hermanos, sean - carnales, paternos o uterinos:"

Hemos dicho que las incapacidades relativas, a distinción de las absolutas, impiden o incapacitan el matrimonio de una persona con otra determinada persona y no con la generalidad de las mismas, y es por eso que el Código al declarar la incapacidad de estas personas agrega felizmente que lo son "entre sí". Notamos ante todo que la ley nos habla de parientes. No encontramos en ella a quienes debemos comprender dentro de ese término genérico, pues aunque el Art. 40 C. nos hace una enumeración de ellos, estimamos que no tiene aplicación en el caso presente, ya que tal -- enumeración es, conforme al tenor literal de dicho Artículo: "En los casos en que la ley disponga que se oiga a los parientes de una persona....."

Según el Diccionario de la Real Academia Española, parientes son: "cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de la misma familia", sin distinguir si son legítimos, naturales o ilegítimos. Únicamente agrega la ley: 1o.) que sean consanguíneos, eliminando de esta manera a los parientes por afinidad, y, 2o.) que sean en la línea recta y colaterales, eliminando también a los parientes en otros grados.

Y no podía ser de otro modo, la ciencia y la experiencia han demostrado que la mezcla de la misma sangre en el matrimonio abre la puerta de la degeneración de la especie en la prole, y, por otra parte, la moral social se opone al matrimonio entre padres e hijas, abuelos y nietas, hermanos y hermanas, estén éstos unidos por el vínculo de la legitimidad o de la ilegitimidad.

Mas la incapacidad que examinamos no impide el matrimonio entre los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad, pues taxativamente selecciona de entre los parientes consanguíneos a los que se encuentran en la línea recta (ascendientes o descendientes) y a los hermanos, sean carnales (hijos de un mismo padre y madre), paternos (hijos de un mismo padre) y uterinos (hijos de una misma madre). La razón es obvia: los llamados corrientemente "primos hermanos", por ejemplo, que son consanguíneos en el cuarto grado, derivan sangres distintas de sus cuatro

progenitores respectivos y ésto naturalmente aleja ese temible - espectro de la degeneración en la prole. Por otra parte, no concurre aquí, ni en el matrimonio de tíos y sobrinas, esa sanción de la moral social tan evidente en los casos anteriormente contemplados.

La Muerte o Complicidad en la Muerte del Cónyuge de Alguno de ellos.- El número tercero del Art.103 C. consagra esta incapacidad relativa que anula con nulidad absoluta el matrimonio - así contraído. El numeral que comentamos se expresa así: "También son incapaces para contraer matrimonio entre sí: los autores o cómplices de la muerte del cónyuge de alguno de ellos:"

En la forma que está redactada, comprende esta incapacidad varios casos: 1o.) dos que pretenden casarse se ponen de acuerdo y cometen el homicidio en el cónyuge de alguno de ellos - en calidad de autores, 2o.) no hay acuerdo común pero uno de ellos ultima al cónyuge del otro, y, 3o.) el caso de la complicidad de ambos o de uno de ellos, previo acuerdo o sin previo acuerdo, en el homicidio del cónyuge de alguno de ellos.

La incapacidad es amplia y puede darse en cualquiera de los casos apuntados, pues supone la ley con fundamento que la moralidad del hogar no se compra con la sangre de una víctima. Hay razones, pues, de orden moral, de respeto a la institución del matrimonio, de respeto a la ley y al orden público y social, que impiden la realización de un matrimonio en estos casos, aún cuando mediara mucho tiempo entre el homicidio y el pretendido matrimonio y aun cuando hubiere mediado en el mismo lapso otro matrimonio ya disuelto por parte de uno de los cónyuges que ahora pretenden casarse. El pasado les cerró las puertas del matrimonio y no podrán nunca legitimar por mandato de la ley, el efecto de una causa ilegítima.

Y si el homicidio en el cónyuge de alguno de ellos no fue doloso, sino culposo, o sea, que fue cometido por imprudencia temeraria?

La redacción de la incapacidad en nuestro Código da lugar a comprender este caso y estimar aun entonces que existe la incapacidad. En efecto, dice así: "Los autores o cómplices de la muerte....." Sabemos que los autores conforme el Art.13 de nuestro Código Penal pueden ser materiales (meros ejecutores del hecho), intelectuales (que inducen) y cooperadores, amén de determinadas clases de autores especiales que consagra el mismo Código Penal en sus Arts.130, 403 y 460, y a los que no se hace referencia en este caso, pues la ley civil se refiere a los "autores" en general y no a los "autores especiales."

Ahora bien, son autores materiales conforme al número primero del Art.13 Pn., "los que toman parte directa en la ejecución del hecho, y esta definición es aplicable al delito, ya sea doloso o culposo, pues en uno u otro caso existe ejecución. Confirma esta tesis, la letra misma del Art.527 Pn. que contempla y pena el caso de la imprudencia temeraria, al decir: "El que por imprudencia temeraria ejecute un hecho que si mediare malicia constituiría un delito grave.....etc." O sea, que perfectamente se puede hablar del autor del delito de homicidio doloso y del "autor del delito de homicidio por imprudencia temeraria".

La redacción de la incapacidad, decíamos, no da lugar a distinción alguna y sobre esta base estimamos que sí queda comprendida la imprudencia temeraria dentro de ella.

Pero, habrá razón para ello? Estimamos que sí la hay. Si - la imprudencia temeraria es un hecho que ha merecido ser castigado en el Código Penal, por qué no ha de serlo también en el campo de lo civil? Acaso no consiste en una falta de previsibilidad del mal previsible que acusa una culpa grave en el autor del hecho siempre reprochable?

Por otra parte, nunca es factible apreciar en sus últimos alcances la intimidad de la conciencia en quien es culpable de esa falta de previsión, siempre quedaría por consiguiente perdido en la nebulosa de la duda la íntima actitud del cónyuge que ocasionó aquella muerte, cuyo recuerdo empañaría la limpieza que procura la ley debe haber en la institución matrimonial. Cuántas intenciones dolosas y bastardas se han disfrazado en la fórmula cómoda de la falta de previsibilidad!

Distinto indudablemente es el caso cuando en la muerte - del cónyuge de alguno de ellos, no hay ni dolo, ni imprudencia, cual es el caso fortuito en el que a diferencia del de la imprudencia temeraria el mal no ha podido ser previsible; resulta por accidente, con ocasión de ejecutar un acto lícito, y en consecuencia, sin culpa, ni intención de causarlo. El caso fortuito es por eso, para unos una causal de inculpabilidad, para otros el límite después del cual surge la culpa, pero como quiera que sea, no constituye delito alguno, ni es castigado por la ley penal (Art. 8 Pn., No.8o.)

Consecuencialmente, a una muerte en estas circunstancias, lamentable pero no culpable, no podríamos extender nunca los alcances de la incapacidad que contemplamos. Igual criterio sostenemos para las demás causas que excluyen responsabilidad criminal, ya sean éstas de ininputabilidad o de justificación, o bien las llamadas "ausencias de acto" motivadas por el sueño, el hipnotismo o la fuerza física irresistible.

La Comisión Revisora de Códigos de 1943, en el anteproyecto de Código Civil, 1er. Libro, propone la redacción de la incapacidad que comentamos, en esta forma: "El que ha sido voluntariamente autor o cómplice de la muerte del cónyuge de la persona con quien pretende casarse". La razón que expone es la siguiente: "La redacción que se propone para el inciso tercero de este Artículo, es mas clara y correcta que la del texto vigente, por cuanto precisa que el autor o cómplice de la muerte de la persona de uno de los cónyuges, debe serlo voluntariamente, para separar aquellos casos en que dicha muerte pueda ocurrir por un accidente desgraciado o caso fortuito, ajeno a la voluntad de su autor." (Anteproyectos de Revisión....., pág.15).

Mas, en honor precisamente a la claridad y corrección de las ideas por que propugna la Comisión Revisora, hacemos observar que los términos de autor o de cómplice que emplea la Ley vigente, aparte de que se encuentran perfectamente definidos en el Código Penal, denotan siempre que se trata de un delito, doloso o culposo, y nunca de un mero accidente involuntario. No puede hablarse jurídicamente, de autor de un accidente, pues en este caso no hay más autor que la propia naturaleza, o las circunstancias desgraciadas. Una cosa es que se sindique a alguien como autor de un delito y otra cosa que al hacer las investigaciones del caso nos encontremos que no hubo tal delito por que fue un accidente desgraciado y como consecuencia, no hubo "autor" del mismo en el estricto sentido jurídico de esta palabra.

Aparte de esto la redacción propuesta por la Comisión Revisora, daría margen para eliminar de esta incapacidad a los au-

tores culposos de la muerte del cónyuge de algunos de ellos; pues éstos no son realmente autores voluntarios de la muerte, su voluntad se limita a los actos de su imprudencia y no a los efectos de la misma.

Falta de Solemnidades Legales. El matrimonio como todo acto o contrato solemne está sujeto a ciertos requisitos externos indispensables para su celebración y que claramente determina la ley. La razón de que así sea es muy sencilla: la importancia que en sí encierra y la que la ley le reconoce al acto matrimonial necesita de ciertas solemnidades externas en las que de manera indubitable consten, para garantía del mismo acto, esas otras condiciones de existencia y de validez de que hemos hablado anteriormente: la presencia de ambos contrayentes aptos por razón de sexo y capacidad, y su mutuo y libre consentimiento. Observando, pues, las formalidades legales que revisten de la solemnidad debida al acto, se garantizará su existencia y validez jurídica.

Cuáles son estas formalidades? las sacamos de los Artículos mismos del Código Civil: la.) contraerlo ante la autoridad competente, que lo es el Gobernador del Departamento o el Alcalde del domicilio o residencia de los cónyuges, o de cualquiera de ellos si residieren en poblaciones distintas (Art.132 C y 117 C.); y, 2a.) contraerlo estando asistida la autoridad de su Secretario y de dos testigos, varones, mayores de dieciocho años y avecindados en la República. (Art.117 C. y 132 C.).

Si alguno de estos requisitos indispensables para la validez llegara a faltar, el matrimonio así celebrado estaría viciado de nulidad absoluta, conforme el Art.162 C., No.2, que dice así: "No será válido para los efectos de ley: El que no se contrajere ante la autoridad competente y a presencia de dos testigos".

Debemos observar que aunque este numeral al hablar de la autoridad competente no mencione a su Secretario, entendemos que lo supone, pues así lo expresa el Art.117 C., y por otra parte, sabemos que toda actuación de un funcionario público en un acto sin asistencia del Secretario, produce la nulidad del mismo.

No hay, pues, dificultad en determinar cual es la autoridad competente, la ley la determina claramente y dá facilidades a los futuros cónyuges en este sentido. En cuanto a los testigos exige la ley que sean varones, mayores de dieciocho años y avecindados de la República. Vemos que hay tendencia en la legislación de excluir a la mujer como testigo en toda clase de actos solemnes (testamentos y contratos), exclusión debida al fruto de la época en la cual se crearon nuestras leyes civiles. En la actualidad la mujer ha venido conquistando campo en la vida intelectual y la debilidad de carácter por razón del sexo que siempre se le ha atribuido, de día en día mengua con la educación colegial y profesional que en nuestro medio ya alcanza la mujer. Los legisladores contemporáneos sin duda reconocerán mayores derechos para ella, tanto en el campo político, como en el meramente civil; y por nuestra parte, daríamos por bien hecho que se aceptara el testimonio de la mujer en los actos y contratos solemnes cuando ésta llenara ciertas condiciones, como la mayoría de edad y algún título científico, por ejemplo, que la acreditaran tener el discernimiento y criterio necesarios para la intervención en tan importantes actos de la vida civil.

Quiere también la ley que los testigos sean mayores de dieciocho años, edad en la que se supone el hombre tiene un desarro

llo intelectual suficiente para dar fe de la importancia del acto que ante él se celebra; y además, requiere que sean avecindados en la República. La razón de ser es obvia: la función de los testigos es, como su nombre lo indica, la de atestiguar los actos - de los cuales dan fe, y esta función nunca adquiere tanta importancia como cuando con posterioridad al acto, los testigos son llamados a declarar sobre la existencia y condiciones de validez del mismo, por carecerse de la prueba auténtica. De ahí se desprende que la ley adquiriera cierta fijez a de arraigo de los testigos en la República, con el objeto de saber que en ella se encuentran para estar prontos a dar fe del acto que presenciaron.

CAPITULO VI

NULIDADES RELATIVAS

El error en la persona.- El Art.162 C., refiriéndose a - la nulidad del matrimonio, dice así: "No se reputará válido para los efectos de ley: 3o.) El contraído por error en la persona...". Y luego después agrega en el inciso inmediato: "Será, no obstante, válido el matrimonio a que se refiere el número anterior, si hubiesen transcurrido tres meses de cohabitación de los cónyuges desde que se conoció el error....".

Es, pues, ésta, una nulidad saneable por el consentimiento tácito de ambos contrayentes, que ha sido establecida en atención al estado o calidad de los mismos, y por su naturaleza y sus efectos, deducimos lógicamente y jurídicamente, que se trata de una nulidad relativa.

Pero nuestro Código, llegado a este punto, abre la interrogación sobre el alcance que debe darse a tan escueta frase: error en la persona.

Los comentaristas han escrito muchas páginas y las opiniones son diversas; sin embargo, nuestras conclusiones son las siguientes: el error en la persona puede presentarse en tres clases de casos diversos, a saber, el error en la persona física, el error en la persona civil y el error en la persona social.

El caso del error en la persona física consiste en el matrimonio contraído con persona distinta de con quien se había concertado. Juan quiere casarse con María y se casa con Inés; podría llegar a presentarse en casos de suplantación dolosa, factible en el matrimonio por poder. Examinando este caso a la luz de la razón y en puridad de derecho, si Juan en el acto de la declaración del matrimonio, ante autoridad competente y testigos, ha pretendido dar consentimiento para casarse con María y no con Inés, el consentimiento mutuo ha faltado en la celebración y de consiguiente no ha existido matrimonio, pues el consentimiento, como hemos visto, es condición de existencia en el matrimonio y no condición de validez. El matrimonio es, pues, inexistente.

Mas, sabemos que el matrimonio inexistente, como el pretendido matrimonio ante un Notario, carece de toda efectividad jurídica y su probanza es rechazada de plano por toda autoridad civil o judicial, pues lleva en sí misma la causa de inexistencia del acto. No hay mas que probar ni qué decir, por cuanto se advierte de la simple lectura de la pretendida acta, que son dos personas del mismo sexo, por ejemplo, las que han pretendido contraer matrimonio, o como decíamos, las que han pretendido casarse ante un Notario.

Pero el caso del error en la persona física requiere prueba, ya que no se advierte ni en el acto, ni del acta, ni se deduce en manera alguna; y tanto mas dificultosa es esa prueba, por cuanto que se trata de demostrar el fuero interno de una persona, cuáles son sus deseos por casarse con María y no con Inés. Y, si a este caso la letra de la ley no lo tomara como matrimonio anulable, cómo podríamos ir contra él? Cómo hacer contra una partida matrimonial en legal forma contra la cual se alegue que en ella se ha consignado un matrimonio con persona que no era la que debía ser? Acaso se advierte en la misma acta el error en la persona? Porque una de dos, o lo tomamos como inexistente o no lo tomamos así. En el primer caso, debemos rechazar el plano de dicha partida, pues aquello no ha sido matrimonio y carece de toda efectividad. Pero no podemos hacer esto, de su peso cae que una simple alegación de la existencia del error en la persona no nos va a inducir a estimar que en realidad lo haya; y si no podemos obrar así, o sea, si no podemos tomar aquel matrimonio como inexistente, necesariamente debemos tomarlo como anulable, ya que nos ocupamos de él para probar su invalidez.

Declaramos, pues, que el numeral tercero del Art. 162 C. comprende en primer término como causal de nulidad relativa, el error en la persona física de uno de los contrayentes, contra la opinión de quienes estiman que por ser el error en la persona física causal de inexistencia, ésta no queda comprendida en la disposición que comentamos y que sólo deben estimarse comprendidas en ella, el error en la persona civil y en la persona social, que pasaremos a ver.

Hay error en la persona civil, cuando una persona se casa engañada con otra a quien atribuía cualidades de orden civil de las cuales ésta carece. Este caso puede presentarse cuando hay falsificación o suplantación de documentos de identificación personal. Juan es hijo ilegítimo de Inés, una mujer de mala vida, pero consigue una partida de nacimiento en la cual aparece como hijo legítimo de una de las mas ricas y linajudas familias de Guatemala. O bien, Juan ha tenido dos divorcios en su vida, de ambos divorcios él ha sido culpable, pero mediante hábiles manejos obtiene que su estado civil aparezca como de soltero y así engaña a su novia y logra de ella lo acepte en matrimonio. En estos casos el consentimiento que la esposa otorga está viciado por el engaño del cual es víctima, y en consecuencia, el matrimonio es anulable, pudiendo pedir la nulidad como en el anterior caso, dentro de los tres meses de cohabitación desde que conoció el error.

Y es justo que así sea. Para que el matrimonio pueda llenar su cometido en la vida íntima y social, debe marchar sobre la base de la buena fe en la calidad civil de las personas que lo contraen, pues precisamente porque se conocen plenamente es que unen sus destinos. Mas si este conocimiento es equivocado, la consecuencia del mismo, que es el consentimiento de unir sus vidas, es también equivocado, fue dado sobre una base errónea del conocimiento que de aquella persona se tenía, debido a la mala fe de ésta. Cómo poder cimentar sobre la mala fe todo un monumento de buena fe?

Mas, si el amor del cónyuge engañado es tan grande, si no obstante ambos tienen fe en el futuro, como la nulidad es relativa, o sea, está establecida en favor de la persona engañada y no en atención al acto u otra cosa o persona, pueden perfectamente renunciar a ella y revalidar su matrimonio conforme la misma ley les indica, dejando transcurrir los tres meses de cohabitación sin incoar el juicio de nulidad.

Hay error en la persona social cuando una persona contrae matrimonio con otra sobre la base de que ésta tiene una posición y estimación social fundamentalmente distinta u opuesta a la que le ha hecho creer el cónyuge de mala fe. María se casa con Juan estimando que es un duque, o estimando que no es un sacerdote. - Ambas posiciones, para nuestra legislación, no constituyen un estado civil, son meramente sociales, no se trata como en el caso anterior, de una suplantación o falsificación de estado civil, - aunque también puedan implicar falsificación de documentos.

En estos casos también el consentimiento está viciado, - partió sobre una base en falso, engañosa, debido a la mala fe de uno de los dos contrayentes, y en tales casos la ley establece - la nulidad relativa en favor del cónyuge engañado. Nulidad que - como la anterior, puede subsanarse si ambos lo desean.

Debemos observar, sí, que en estos casos del error en la persona civil o social, por lo delicado del asunto que se ventila puede llegar a presetarse a abusos, debidos a la falta precisa de un límite que la ley no fija, y queda siempre el arbitrio prudencial del Juez que en todo caso debe saber apreciar si en realidad se trata de un verdadero caso de error en la persona. - Por eso limitamos el error, además del en la persona física, al de la persona civil o social, y no lo hacemos extensivo a la falta de cualidades fisiológicas, físicas, intelectuales o morales de que pueda carecer alguno de los cónyuges. Y por eso estimamos también, que induce a un error la redacción que a esta causal da la Comisión Revisora de Códigos de 1943 en el Anteproyecto respectivo, que, refiriéndose a la nulidad del matrimonio, dice así: "También es nulo: 3o.) El celebrado sufriendo error en la identidad física o civil de la persona del otro contrayente, o respecto de alguna cualidad substancial en ella". (Anteproyectos de Revisión de los Códigos....., pág. 53). La misma Comisión Revisora, lo hemos dicho ya, conforme a esta redacción traslada la incapacidad absoluta de la impotencia física para el concubito como causal para pedir la nulidad relativa, convirtiendo autoritariamente una nulidad absoluta en nulidad relativa. El error, sin duda, parte de la expresión "cualidad substancial" que aplicada a las cosas u objetos materiales, como es el caso de los contratos en general, es una expresión feliz, mas o menos concreta, pero aplicada a la persona con el complejo de cualidades substanciales de tan distinta índole como las tiene el hombre, resulta equívoca y peligrosa. No podríamos acaso, conforme a esta redacción, pedir la nulidad de un matrimonio porque sufrimos error respecto a la inteligencia del otro cónyuge, a quien creíamos poseedor de una - cualidad intelectual substancialmente necesaria en la vida, y nos resultó un tonto de capirote?

Coacción o Miedo Grave que Vicie el Consentimiento. - En esta forma se encuentra redactada esta causal de nulidad relativa del matrimonio en el mismo Art. 162 C., No. 3o.

Pero al igual que la anterior causal, agrega el inciso siguiente que "será no obstante, válido, si hubiesen transcurrido tres meses de cohabitación de los cónyuges desde que hubiese cesado la coacción sin haber reclamado durante este tiempo la nulidad", o sea que la nulidad puede subsanarse por consentimiento tácito de los cónyuges, pues en favor de ellos se ha creado la invalidez del matrimonio en estos casos.

Lo primero que salta a la vista de la simple lectura que se ha dado a esta causal, es la distinción que al principio hace entre la coacción y el miedo, y luego, al tratar de la revalidación, nos habla sólo de la coacción.

La razón de esta aparente omisión al revalidar el matrimonio, no es otra que el término coacción enmarca indudablemente al miedo grave. En efecto, la coacción o fuerza es la presión ejercida sobre la voluntad de una persona para lograr de ella lo que deseamos. Esta coacción puede ser física, cuando se ejerce una violencia material, logrando por ejemplo, a golpes, la aceptación del matrimonio y firma del acta respectiva; o bien puede ser moral, cuando la violencia se ejerce por medio de amenazas o en alguna forma que infunde miedo grave en la persona de quien así logramos su consentimiento.

Así, pues, la redacción final no omite considerar al miedo grave, que como vemos es coacción moral, con el objeto de revalidar el matrimonio inválido; aunque, confesamos, fuera mas feliz la letra de la ley si dijera en estos o parecidos términos: "...por coacción física o moral grave, que vicie el consentimiento".

Tanto en el caso de la fuerza material como en el de la fuerza moral, el consentimiento existe por parte de quien la ha sufrido, pero como bien lo dice la ley, esa fuerza o coacción ha sido capaz de viciarlo, no ha sido dado con la libre y espontánea voluntad que la misma ley requiere para que el matrimonio sea válido, conforme a la importancia que éste tiene, no ya como todo contrato que engendra obligaciones cuyo objeto es material, sino como institución que crea obligaciones mutuas de orden moral y material, cuyo duro cumplimiento no tiene otra base que un consentimiento vertido ante la autoridad. Este consentimiento se me rece que como ningún otro sea libre y espontáneo.

Para la ley, la coacción material o moral no siempre vicia el consentimiento. En el tratado de las obligaciones, el Código delinea la pauta a seguir para el criterio del Juez en esta materia. Dice el Art.1327 C.: "La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irremediable y grave."

"El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento."

Este Artículo nos da a entender claramente que a final de cuentas la coacción material se traduce también en miedo grave, el cual por estar agregado a continuación como causal que también vicia el consentimiento, quedaría como una repetición innecesaria, si no fuera por la causa distinta que lo produce en un caso y en el otro, cual es, en aquél, la violencia material, en éste, la amenaza. Pero, la violencia o la amenaza deben "producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición", dice el Artículo.

Se ha sostenido que la fuerza o violencia física destruye por completo el consentimiento y que es solamente la fuerza moral, o sea, la amenaza la que lo vicia. La consecuencia indudablemente sería, que el matrimonio celebrado bajo el imperio de la fuerza física sería inexistente, pues le falta uno de los requisitos de su existencia, cual es, el consentimiento; y sólo el matrimonio celebrado bajo el imperio de la amenaza sería el anulable. Estaríamos también entonces, frente a otro caso de inexistencia que nuestra ley lo considera como de nulidad relativa, puesto que la causal que examinamos nos dice claramente: "El contrato....por coacción o por miedo grave."

Quienes así sostienen se apoyan en el Art.1327 C., explicativo de lo que debe ser la fuerza, en donde se advierte que só lo nos habla de "impresión fuerte" y de "justo temor de verse ex puesto a un mal....." y no nos habla de golpes o de dominación física que una de las partes haga a la otra. Pero es el caso que precisamente esta dominación física provocada por golpes de cual quiera otra manera violenta, es la que en nuestro modo de ver, como hemos expresado, en definitiva se convierte en temor, en el mismo temor provocado por las fuertes amenazas, de continuar ex puesto al mal irreparable y grave para su persona. ✓

La causal que examinamos, con todo acierto estima que no sólo es la coacción moral (amenazas) la que cuando es grave, vicia el consentimiento, sino que, y con mayor razón lo vicia también la coacción material o fuerza física, mas no lo destruye. En ambos casos es innegable el consentimiento, como innegable es la coacción mediante la cual se obtiene; y es por eso precisamente que la causal comentada ahora agrega al final".....por coacción o por miedo grave que vicie el consentimiento."

El matrimonio contraído con esta causal de nulidad, por ser relativa, o sea, dada en interés particular de los cónyuges, puede sanearse, como la anterior del matrimonio contraído por error en la persona, en la forma que indica la parte final del Art.162 C., dejando transcurrir tres meses de cohabitación por parte de los cónyuges, desde que cesó la coacción (física o moral, hemos dicho), sin haber reclamado durante este tiempo la nu lidad.

Es esta una ratificación tácita, que no requiere un consentimiento en un nuevo acto expreso. Así lo ha querido la ley, pues en el matrimonio es el devenir del tiempo el que sana todas las heridas y resuelve todos los conflictos; a través del tiempo que de día en día transcurre, o bien se llega a la mutua comprensión y perdón de lo sucedido, o bien se decide por la quiebra definitiva haciendo en tal caso uso de la facultad que la ley concede para pedir la nulidad.

Cabe hacerse una pregunta: podrá en estos casos de nulidad relativa hacerse una ratificación expresa del consentimiento mediante un acto que revista todos los caracteres legales?

Estimamos que esta facultad, concedida para los contratos en general, no ha querido ser concedida por nuestros legisladores para el matrimonio viciado de nulidad. No hay una tan sola disposición legal que lo autorice, ni que indique la forma en que tal ratificación pudiera hacerse. Sería válida ante un Nota rio con testigos y en escritura pública?

Si el consentimiento para contraer matrimonio cuando es expreso conforme a la ley debe siempre vertirse en el acto matrimonial y ante Alcalde o Gobernador competente, sería un consentimiento que en el caso de la revalidación lo hiciéramos constar en distinta forma que la ley no indica. Si la revalidación la hacemos con las mismas formalidades del matrimonio, estaríamos frente a una rara ceremonia que la ley no autoriza, ni entra en la órbita de las atribuciones de dichos funcionarios.

Por otra parte, estimamos que la ley quiere el transcurso de los tres meses de cohabitación; le interesa ese lapso para saber si el consentimiento en realidad llega a existir, pues bien pudiera suceder que un día antes de vencidos dichos tres meses se presentara el cónyuge víctima de la coacción o el engaño a demandar la nulidad del matrimonio. Una revalidación expresa del -

matrimonio mediante un acto o escritura pública podría efectuarse aún al día siguiente de contraída la ceremonia anulable sería factible que el consentimiento expreso que en ella se viciara, estuviera a su vez viciado por la misma coacción o miedo grave - con que se obtuvo el primer consentimiento, y por ello la ley, - conocedora de las debilidades humanas, pretende evitar que el caso vuelva a repetirse. Quien engañó o coaccionó una vez, puede - seguir engañando o coaccionando en ocasiones sucesivas.

Y así terminamos el estudio sobre las causales de las nulidades absolutas y relativas del matrimonio, para entrar a ver algunos de los aspectos procesales de la materia, especiales para el caso de la nulidad del matrimonio.

CAPITULO VII

ALGUNOS DE LOS ASPECTOS PROCESALES

Las nulidades, ya absolutas, ya relativas, del matrimonio, pueden y deben ventilarse en juicio ordinario con toda la plenitud de trámites que esta clase de juicios requiere. Así lo prescribe el Art.149 C. que declara competente para conocer al "Juez de la Instancia del domicilio de los cónyuges, quien procederá en la forma ordinaria". Este Artículo que se refiere al juicio - de divorcio, es aplicable al de nulidad del matrimonio porque - así lo dispone el Art.165 C.

Quiénes pueden pedir la nulidad en la demanda? Hemos abordado ya este punto y nos contentaremos con repetir lo expuesto - anteriormente. Conforme el Art.164 C., en las absolutas pueden - pedir la nulidad cualquiera de los cónyuges u otra tercera persona que tenga interés en ello. Debemos entender por persona que - tenga interés, aquella que el matrimonio contraído perjudique a sus legítimos derechos, tal es el caso de la esposa legítima a - quien abandona su marido para casarse con otra, sin haber disuelto el primer vínculo.

En las nulidades absolutas no es, pues, admisible lo dispuesto en el Art.1553 C., respecto a las nulidades en general, - que expresa: la nulidad absoluta "puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo - invalidaba", pues, agregamos nosotros, a nadie debe aprovechar - su propio dolo.

Estima la ley que la nulidad absoluta del matrimonio puede ser pedida aun por el cónyuge culpable de la mala fe, tanto - porque no es mayor provecho el que sacará de su propio dolo, como para facilitar mayormente su pronta declaración y hacer cesar - así esa situación de aparente legalidad que continuaría en múltiples casos produciendo efectos civiles de día en día con los hijos que nacen y demás consecuencias del matrimonio putativo.

Tampoco puede el Juez declarar de oficio la nulidad absoluta del matrimonio, ni puede pedirse en nombre de la ley por el Ministerio Fiscal, conforme está prescrito para las nulidades absolutas en general por el mismo Art.1553 C.

Las nulidades relativas solamente puede reclamarlas judicialmente el cónyuge que hubiere sufrido el error, la coacción o

el miedo; (Art.164 C.) pues en favor de él precisamente han sido establecidas.

La causal de nulidad alegada, ya absoluta, ya relativa, - debe probarse con los medios de prueba conocidos y autorizados - por el Código Civil, y en el término de veinte días que el Código de Procedimientos Civiles concede a las probanzas en el juicio ordinario, pero únicamente cabe alegar y probar las causales de nulidad enunciadas en el Art.162 C., ya que esta enumeración conforme hemos dicho es taxativa, no podrán alegarse causales de distinta índole, ni aun alguna de las enumeradas en el Art.162 C., cuando éstas sean supervenientes al matrimonio, pues en tal caso, éste fue celebrado válida y legalmente y no hay acto que anular. Art.163 C.

Es competente para conocer en los juicios de nulidad, el Juez de Primera Instancia de lo Civil del domicilio de los cónyuges, así lo prescribe el Art.149 C., aplicable a los juicios de nulidad del matrimonio por disposición expresa del Art.165 C. Esta es la regla que es general, y supone el mismo domicilio para ambos cónyuges, cosa por otra parte muy natural de suponer. Pero si los cónyuges tienen distinto domicilio, cuál será el Juez competente? Al respecto hay dos opiniones: una que concede competencia al Juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges, opinión que hemos visto llevada a la práctica frecuentemente en nuestros tribunales en los casos de divorcio, pues, se dice, si el matrimonio pudo constituirse por disposición expresa de la ley en el domicilio de cualquiera de ellos, en cualquiera de estos domicilios puede también disolverse por causa de divorcio. Otra opinión es aquella que otorga competencia únicamente al Juez del domicilio del cónyuge demandado por el divorcio, siguiendo en tal caso la regla general del Art.35 Pr. que dice: "El Juez del domicilio del demandado es competente para conocer en toda clase de acciones, ya sean reales o personales."

Estimamos que en los casos de nulidad del matrimonio, es competente para conocer de ella el Juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges, no porque el matrimonio pueda disolverse de la misma manera como se constituyó en cualquiera de ambos domicilios, pues en la nulidad no hay disolución, sino porque, si la celebración aunque viciada de nulidad, pudo crear efectividad jurídica por disposición expresa de la ley en cualquiera de ambos domicilios no hay razón para estimar que la nulidad del mismo acto no pueda producir dicha efectividad al seguirse su tramitación y ser declarada también en la misma forma de la supuesta celebración matrimonial en lo que al domicilio se refiere.

Por otra parte, no podemos aplicar en general el principio de que el actor siga el domicilio del demandado, pues no debe olvidarse, como al principio de esta tesis lo dijimos, que la nulidad es una excepción en el Derecho y es a la vez una pena.

Por razones especiales, la ley señala que debe alegarse y declararse en el domicilio de los culpables, pero si ambos no lo son o tienen distinto domicilio, debe alegarse y declararse en cualquiera de ellos.

Confirmamos nuestra tesis al examinar las dos clases de nulidades que pueden existir en el matrimonio: las absolutas y las relativas. En cuanto a las primeras es el orden público, la moral y la ley, que piden a toda costa sean declaradas, por eso pueden ser alegadas por terceras personas con sólo que tengan interés y aun por el cónyuge culpable de la susodicha nulidad. Si un tercero pide la nulidad, cómo aplicar el principio general de que el demandante deba seguir el domicilio del demandado si los cónyuges tienen distinto domicilio?

En cuanto a las nulidades relativas, sabemos que éstas se han establecido en favor del cónyuge que ha sido víctima del error, de la coacción o de la amenaza moral del otro; es por tal motivo que sólo él puede pedir la nulidad, y sería en muchos casos meramente teórico este derecho, si para su realización le exigimos demande la nulidad en el domicilio del cónyuge que lo engañó, forzó o amenazó. Por qué otorgarle esta prerrogativa al violador de la ley en detrimento de la facultad expresamente concedida al cónyuge agraviado?

Tanto mas se impone este criterio, cuanto que el término que la ley dá para pedir esta clase de nulidades relativas, es corto, (tres meses de cohabitación' después de haber cesado el error, la fuerza o la amenaza) corto sobre todo, si lo comparamos con los cuatro años que la ley dá para pedir la rescisión de los contratos. (Art.1562 C.).

Debemos confesar, sin embargo, un vacío de la ley al no indicar de una manera clara e indubitable cuál es el Juez competente tanto en los casos de divorcio, como también en los de nulidad del matrimonio.

"Una vez presentada la demanda, en el primer auto que el Juez proveerá en la causa nombrará de oficio un defensor del matrimonio, quien tendrá obligación de sostener su validez por los medios legales, e intervendrá en todas las diligencias del juicio". (Art.166 C.). Este defensor, naturalmente, hará causa común con el cónyuge o los cónyuges, (caso de ser un tercero el que la alega) que se opongan a que la nulidad se declare.

Especial carácter da la ley a estos juicios de nulidad, por cuanto que exige el nombramiento de un defensor del matrimonio, cuyo papel se circunscribe indudablemente al aspecto meramente legal, tanto desde el punto de vista de las leyes sustantivas como procesales. Y es fácil advertir que esta especialidad que la ley concede al juicio de nulidad lo libera de la disposición procesal general referente a que el demandante siga el domicilio del demandado, toda vez que aunque el culpable sea uno de los cónyuges quien podrá oponerse a que la nulidad sea decretada, el demandado es quien contesta la demanda, o sea, el defensor nombrado, cuyo domicilio y designación misma como tal defensor, es ignorada por el actor antes de entablar su acción.

Una vez presentada la demanda de nulidad, el Juez podrá decretar sin tramitación alguna y con sólo la solicitud del interesado, la separación provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer en una casa honrada, caso de vivir juntos, y a juicio prudencial del Juez. (Art.165 C., en relación con el 150 C., No. 1o.). Disposición ésta encaminada, entre otras cosas, a evitar los malos tratamientos entre los cónyuges y la concepción de nuevos hijos.

Además, en los matrimonios contraídos bajo el régimen de la comunidad de bienes en la sociedad conyugal, cuando el marido tenga la administración del todo o la mayor parte del haber de dicha sociedad, una vez entablada la demanda de nulidad, puede también el Juez:

a) Decretar sin ninguna tramitación y a solicitud del interesado: el señalamiento de alimentos de la mujer y de los hijos que no quedan bajo la potestad o guarda del marido, mientras se tramita el juicio. En caso de administración separada de bienes, pero siempre cuando se contraiga bajo el régimen de la sociedad conyugal al celebrarse el matrimonio, deja de tener aplicación -

el Art.191 C. que al respecto dice: "...dichos gastos (de alimentos y demás de la familia) corresponden en primer lugar al marido y subsidiariamente a la mujer...", deja de tener aplicación, decimos, por cuanto que, una vez entablada la demanda de nulidad cuando la administración en la sociedad conyugal es separada, - "ambos esposos están obligados a suministrar los alimentos a la prole común, en la proporción que el Juez señale atendiendo a las facultades pecuniarias de cada alimentante". (Art.165 C., en relación con el 150 C.).

b) Decretar también sin tramitación y a solicitud del interesado, la cantidad de dinero que el marido debe suministrar a la mujer para las expensas del juicio de nulidad que se ventila. Este valor está sujeto a devolución si la mujer fuere declarada culpable de la mala fe, y en tal caso afectará a los bienes propios de ella.

c) Decretar en la misma forma que en los casos anteriores, las disposiciones necesarias para evitar que el marido culpable de la mala fe perjudique a la mujer en sus propios bienes, o en los de la sociedad conyugal que él administra. A este efecto, en los casos de estas nulidades de matrimonios contraídos bajo el régimen de la sociedad conyugal, deberá ser inscrita la demanda en el Registro de la Propiedad Raíz, y serán nulos los traspasos y gravámenes que haga el marido de los bienes raíces pertenecientes a la mujer o a dicha sociedad, salvo el consentimiento expreso de la mujer. (Art.165 C., en relación con el 150 C., 4o.).

Obsérvese que en estos tres casos, se trata de disposiciones que se dictan en los juicios de nulidad del matrimonio cuando al contraerse éstos se formaba la antigua y fenecida sociedad conyugal.

CAPITULO VIII

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

La sentencia ejecutoriada que declara la nulidad del matrimonio, pone fin a una situación cuya aparente legalidad fue tal que pudo producir efectos jurídicos perfectamente reclamables - mientras la apariencia subsistió. El matrimonio viciado de nulidad, a diferencia del inexistente, tiene una existencia jurídica aparente, a la cual es necesario ponerle fin mediante la declaratoria judicial de nulidad.

Consecuencia de esta declaratoria sería la ilegitimidad de todos los actos y hechos que tuvieron por base el matrimonio, si no fuera que la misma ley, en atención a la buena fe de los terceros que contrataron con los esposos en el caso de la sociedad conyugal, declarara que aquellos no pueden salir perjudicados en sus derechos; y, que, en atención a la observancia y a las formalidades externas de la celebración del matrimonio, a la buena fe y justa causa de error que a veces tienen los contrayentes, o por lo menos, a la buena fe de alguno de ellos, en dicha celebración, le otorgara al matrimonio los mismos efectos civiles que el válido, efectos que se producen en favor de los hijos habidos en él y en favor del cónyuge o los cónyuges que los contrajeron de buena fe, mientras permanecieron en ella.

Es así como la ley ha creado esa justa figura del matrimonio putativo, como una excepción a los principios generales de las nulidades, que en capítulo aparte, dada la importancia que merece, en su oportunidad pasaremos a ver.

Otros de los efectos que produce la sentencia ejecutoriada que declara la nulidad del matrimonio se encuentran comprendidos en el Art.151 C., que corresponde al Capítulo "Del Divorcio", pero que tiene cabida para establecer los efectos de la nulidad por disposición expresa de los Arts. 165 C., segundo inciso, y 174 C., segundo inciso, en lo que fuere aplicable, según reza textual el primero de estos dos últimos artículos.

No podemos menos de consignar la improcedencia que resulta al pretender asimilar la situación de nulidad, en sus efectos, a la del divorcio, siendo ambas instituciones disímiles en su naturaleza. Las dificultades de orden jurídico y práctico que resulta, saltan a la vista de un ligero examen que se haga del Art. 151 C., y aunque el Art.165 C., (segundo inciso) nos diga que de lo dispuesto en aquel Artículo se tomará únicamente lo aplicable, no nos dice lo que precisamente debiera decirnos, o sea, cuál es lo aplicable. Lo deducimos únicamente del carácter y naturaleza de la nulidad del matrimonio, pero estimamos que en lo que a ésta respecta, las disposiciones que rigen sus efectos deben o debieran ser expresas, cuales son los casos en los que ésta es declarada.

Transcribimos lo que puede ser aplicable del Art.151 C.:

"La sentencia ejecutoriada que declare el divorcio absoluto (en este caso, la nulidad), producirá los efectos siguientes":

"lo.) la separación definitiva de los cónyuges y la disolución de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedando en aptitud el cónyuge inocente para casarse con otra persona; pero la mujer está sujeta a lo dispuesto en el Artículo 180 de este Código. El cónyuge culpable no podrá contraer otras nupcias, sino después de tres años de pronunciada la sentencia de divorcio".

Por su parte, el Art.180 C. dice: "Cuando un matrimonio - haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o, no habiendo señales de preñez, antes de cumplirse los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad."

"Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan procedido inmediatamente a dicha disolución o declaración y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer". Por ejemplo, si prueba separación de cuerpos en la época anterior e inmediata a la declaratoria de nulidad, - debido a permanencia en el exterior o cualquiera otra causa de parecida índole.

Nos habla este número primero del Art.151 C., de "disolución de la sociedad conyugal", mas, para la correcta aplicación del Artículo al caso de la nulidad del matrimonio estimamos que la sociedad conyugal, si la hubiere, no se disuelve, sino que - también se anula, pues la razón de ser de su existencia y validez la debía al matrimonio con el cual se formaba en el mismo - acto, y si este acto estaba viciado de nulidad, la sociedad también debía de participar de ese vicio.

También nos habla el número primero de "cónyuge inocente" y de "cónyuge culpable", pues en el divorcio quien debe sufrir un castigo es el culpable del mismo y quien debe recibir la protección de la ley es el inocente. Pero en la nulidad no es así, -- quien es culpable de ella, por incapacidad u otro vicio por ejemplo, puede ir de buena fe al matrimonio y perseverar en ella, y la ley respeta y hasta premia esta buena fe. Viceversa, quien no es culpable de la nulidad puede ir de mala fe, sabiendo el vicio

que invalida al matrimonio. Y por fin, pueden ambos cónyuges ser culpables de la nulidad y haber en cambio buena fe en ambos, o - por lo menos, en uno de ellos. Esto nos está diciendo que la culpabilidad de que nos habla el número 10. del Art.151 C. es la de mala fe en la celebración del matrimonio, aunque no sea dicho cónyuge el causante de la nulidad; y como lógica consecuencia, el cónyuge inocente a que este Artículo se refiere es el que va de buena fe en dicha celebración, o sea, con la inocencia de quien no cree cometer una nulidad con su actitud honrada y de respeto a la ley que sin querer, viola.

"20.) Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad del cónyuge inocente (el de buena fe), debiendo estarse en lo demás a lo establecido en este Código respecto a los hijos en casos de divorcio. (Para el caso presente, al de nulidad)".

Igual prescripción se encuentra en el segundo inciso del Art.172 C. que dice: "Si la hubo (la buena fe) por parte de uno de ellos, quedarán los hijos de ambos sexos bajo su potestad y cuidado....."

Las otras disposiciones sobre los hijos se encuentran con signadas, según los casos, en el mismo Art.172 C. que prescribe lo siguiente:

La madre cuidará en todo caso de los menores de cinco años (hembras o varones) mientras cumplen esa edad, pues no importa la buena o mala fe de ella en la celebración cuanto que principie y t e r m i n e de criarlos en su tierna y primera infancia. Una vez cumplidos los cinco años, hay que distinguir: si hubo -- buena fe por parte de ambos cónyuges en la celebración, los varones mayores de esa edad quedarán bajo el cuidado del padre y las hijas bajo el de la madre; pero si tan sólo la hubo de parte de uno de ellos, una vez cumplida la edad indicada, quedarán los hijos de ambos sexos bajo su potestad y cuidado como se ha dicho.

No obstante esto, en lo que al cuidado personal de los hijos menores se refiere, los padres pueden de común acuerdo disponer otra cosa, pues ellos, como progenitores de sus hijos, serán los que mejor pueden conocer las circunstancias especiales de su caso para tomar las medidas en bien de sus hijos, a quienes pretende favorecer la ley en defecto de sus padres. (Art.163 C.).

Es curioso observar que la ley en estos Artículos emplea el término "potestad", en vez de patria potestad. Será que no otorga la patria potestad al cónyuge de buena fe y que emplea el término potestad como sinónimo de "cuidado personal"?

También observamos que no habla de otorgar la patria potestad al padre y en su defecto a la madre, cuando ambos cónyuges han estado de buena fe en el matrimonio anulado. Únicamente hace referencia en estos casos, al cuidado personal de los menores.

Pero estimamos, tanto en un caso como en el otro, que la patria potestad se la otorga al inocente y que en el caso de que ambos vayan de buena fe en la celebración, o sea que ambos sean inocentes, perdurará la patria potestad en el padre y en su defecto, pasará a la madre, pues en ambos casos los hijos son legítimos conforme al Art.168 C., que regula los efectos del matrimonio putativo y su legitimidad no puede concebirse sin la legitimidad de un padre o de una madre en su caso. Además, lo deducimos del numeral tercero del Art.151 C. que pasaremos a comentar, por el que se priva al cónyuge culpable de mala fe de dicha patria potestad, la cual, si los hijos quedan legítimos, lógicamente debe ejercerla el cónyuge inocente.

30.) La privación del cónyuge culpable, ((de mala fe), mientras viva el cónyuge inocente, de la patria potestad y los derechos que lleva consigo respecto de la persona y bienes de los hijos,....."

El resto de este inciso no puede tener aplicación en la nulidad del matrimonio, pues se refiere a los efectos en específicos casos de divorcio. Continúa el segundo inciso:

"La privación de la patria potestad no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de los hijos".

Si el padre va, por ejemplo, de mala fe al matrimonio, al declararse la nulidad pierde la patria potestad que "ipso jure" pasa a la madre. La recobrará el padre al faltar ésta? En manera alguna. Obsérvese que no se trata de una simple suspensión de la patria potestad, es una privación de la misma como sanción me recida por su mala fe, sanción que es definitiva y por la que la patria potestad no podrá recuperarla jamás. Pero, como justicie ramente agrega el Artículo que comentamos, esta privación no le exime del cumplimiento de las obligaciones legales para con los hijos, únicamente lo priva de sus derechos, los de usufructo, ad ministración, representación legal de los menores de edad, por ejemplo, como también el de sucederles por causa de muerte, pedirles alimentos, etc. En cambio, tiene obligación de alimentarlos, criarlos y educarlos; y los hijos, como legítimos que son, conforme al Art.168 C., tienen derecho de pedirle alimentos cóngruos en caso necesario, sucederle por causa de muerte, etc.

Y si ambos cónyuges van de mala fe en la celebración del matrimonio? En tal caso, el efecto de la nulidad es fatal, no sólo con respecto a los cónyuges, sino con respecto a los hijos, pues ni unos ni otros quedan como legítimos.

"40.) La pérdida por parte del cónyuge culpable de todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente, o por otra persona en consideración a éste y la conservación de todo lo recibido por el inocente, y el derecho para reclamar desde luego lo que le hubiere sido prometido por el culpable".

Los incisos siguientes del Artículo no pueden tener aplicación en la nulidad del matrimonio, pues contemplan especiales casos de divorcio.

Similar disposición a la del número cuarto se encuentra en el segundo inciso del Art.168 C. que dice: "las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio".

También señala idéntico efecto el Art.1594 C., comprendido en el Capítulo de las Capitulaciones Matrimoniales, o sea, las convenciones que celebran los esposos antes o después de contraer matrimonio, relativas a los bienes que esperan de él, y a las donaciones o concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro.

Dice así: "Art.1594. Declarada la nulidad del matrimonio podrá: revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública.

En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese.

Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo - que también lo contrajo de buena fe."

Obedecen estas disposiciones a humanos sentimientos de justicia, que imponen una sanción a quien actuó de mala fe y un premio a quien actuó sin ánimo de engañar, ni de violar la ley. No es justo que alguien se aproveche de su propio dolo.

Además, estas donaciones estaban sujetas a una condición, la validez del matrimonio; quien actuó de mala fe sabía que no cumplía condición alguna, quien actuó de buena fe tenía certeza plena de la condición legalmente cumplida.

Existen además otros efectos de la sentencia de nulidad - del matrimonio, consignados en otros artículos correspondientes precisamente al Capítulo de la Nulidad:

"La sentencia ejecutoriada de nulidad de matrimonio producirá respecto de los bienes de los cónyuges los mismos efectos - que la disolución de aquél por causa de muerte". Así lo dice el Art.174 C. No se refiere este Artículo a la apertura de la sucesión por causa de muerte, reglamentada oportunamente por el Libro Zero. del Código Civil, toda vez que sería una insensatez jurídica sostener que la nulidad da derecho para suceder a los herederos de los cónyuges, efectos que los asimila a los de la nulidad del matrimonio y que tienen lugar en dos ocasiones:

La primera, cuando existía comunidad de bienes entre los cónyuges como consecuencia de la sociedad conyugal conforme al - Art.137 del Código Civil del año de 1860 que decía: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expresan en el Título de la Sociedad Conyugal". En este caso, al decretarse la nulidad del matrimonio, los bienes - pasan a manos de sus respectivos propietarios que los aportaron y en consecuencia, la mujer entra en la administración de sus - bienes propios, con entera independencia del que en apariencia - jurídica fue su cónyuge, y puede enajenarlos e hipotecarlos sin autorización alguna, toda vez que la administración del ex-marido descansaba en la sociedad conyugal creada por el matrimonio, - cuya nulidad ha sido pronunciada.

También tiene aplicación cuando ha habido capitulaciones matrimoniales, o sea las convenciones relativas a los bienes de las que ya se ha hablado. En cuanto a los bienes que ambos cónyuges aportaron, vuelven éstos a sus respectivos haberes patrimoniales, y en cuanto a las donaciones y concesiones que se hubieren hecho, ya se hayan éstas efectuado o estén por efectuarse, - teniendo unas y otras por causa el matrimonio, rigen los principios establecidos uniformemente en los Arts. 1594 C., 162 C., 2o. inciso y 151 C., No.4, en relación con el Art.165 C., primer inciso, cuyas disposiciones, íntegras, hemos transcrito.

Otro efecto es la anotación de la nulidad del matrimonio al margen de la correspondiente partida en el Registro Civil, para cuyo efecto, el tribunal que pronuncie la sentencia que causa ejecutoria, dará aviso al Gobernador o Alcalde que hubiese autorizado el matrimonio, con el objeto de que éste haga la referida anotación. Art.175 C.

Por otra parte, tampoco puede el legislador volver las espaldas y negarles apoyo a los hijos habidos de aquella unión que basa su estructura en la buena fe de su progenitor o sus progenitores. Nacieron aquellos bajo ese ambiente de legalidad que amparaba todos los actos del cónyuge o de los cónyuges de buena fe, y no podían menos de reclamar en su primer grito lo que la ley tampoco les podía negar: su calidad de legítimos.

En definitiva qué es, pues, el matrimonio putativo? Es un matrimonio viciado de nulidad, ya absoluta, ya relativa, por causa de algún impedimento dirimente, que produce efectos civiles porque ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere y en el cual ambos cónyuges, o al menos uno de ellos, lo ha contraído de buena fe, habiendo al contraerlo por parte de ellos o por parte de él, justa causa de error para la buena fe.

En el matrimonio putativo, una es la consecuencia: la de producir efectos civiles; y tres son las condiciones: solemnidades legales, buena fe y justa causa de error.

Pero estas condiciones, como bien lo observa Laurent, pueden resumirse en una sola: la buena fe al contraerlo. Efectivamente si no se cumplen las solemnidades legales del acto, el matrimonio es nulo; mas si en este matrimonio ambos cónyuges o uno de ellos iba de buena fe, es putativo; luego, para que se produzca el matrimonio putativo no es indispensable que siempre se cumplan las solemnidades legales del acto, bien pueden no cumplirse y precisamente por no cumplirse, al haber buena fe, el matrimonio es putativo. No está demás recordar las solemnidades legales a que se hace referencia, son las de nulidad del acto o contrato, - cuales son en el matrimonio: el celebrarse ante el Gobernador Departamental o Alcalde Municipal del domicilio o residencia de los cónyuges, o de cualquiera de ellos, asistido por su Secretario y dos testigos varones, mayores de dieciocho años y avecindados en la República.

En cuanto a la justa causa de error, que es la otra condición de que hablamos, para que se produzca el matrimonio putativo, no se nos escapa que va ínsita en la buena fe, pues ésta debe tener, desde luego, su base en el error justificado.

De modo que "solemnidades legales" y "justa causa de error" pueden resumirse en una sola condición para que el matrimonio putativo se produzca: la buena fe.

Por eso Laurent, con profundo sentido del fundamento que inspira esta institución, lo define diciendo: "Llámase matrimonio putativo el matrimonio que está contaminado de nulidad, y del que el tribunal declara la anulación, pero que ha sido contraído de buena fe, ya sea por ambos cónyuges, ya por uno de ellos y que en razón de esta buena fe produce ciertos efectos civiles." (Principios de Derecho Civil, Tomo 2o., pág. 712.)

En qué forma se halla consagrado el matrimonio putativo en nuestra Legislación Civil?

Fiel con la doctrina que hemos expresado, el Art. 168 C. dice:

"El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, produce los mismos efectos civiles - que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo, y también respecto de los hijos habidos en él; pero dejará de producir efectos civiles solamente respecto de los cónyuges desde que falta la buena fe por parte de ambos".

"Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio".

En el primer inciso de este Artículo, están señaladas las condiciones que anteriormente hemos expresado. Tales son: a) matrimonio celebrado con las solemnidades legales; b) buena fe de parte de ambos cónyuges o por lo menos de parte de uno de ellos, y c) justa causa de error para la buena fe al contraer matrimonio.

La segunda parte del artículo en estudio, se refiere a las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, estas donaciones, como hemos dicho, subsistan, porque por una parte, no es mas que una aplicación de la regla que, si solo un cónyuge está de buena fe, éste tendrá todos los derechos y efectos civiles que le corresponden en virtud de subsistir para él dichos efectos del matrimonio. Por otra, estas donaciones y promesas, conforme hemos dicho, estaban sujetas a una condición, el matrimonio, la cual ha cumplido quien de buena fe casó. Además, no hubiera sido justo que el cónyuge de buena fe quedara burlado por la mala fe del otro.

Como es la buena fe en donde se apoya la justicia que se hace a los cónyuges, es lógico suponer que, cuando esta buena fe falte, deje de producir esos efectos civiles que favorecen a los cónyuges y solamente continúen gozando de ellos: el de buena fe y los hijos nacidos dentro de esa unión.

De este somero comentario, dos cosas nos interesan sobremedera sacar en limpio: Primera. El matrimonio putativo tanto en doctrina como en este Artículo de nuestro Código, siempre produce efectos civiles, ya sea para ambos cónyuges y los hijos, cuando aquellos están de buena fe, ya sea solo para un cónyuge y los hijos, cuando de parte del otro cónyuge hay mala fe o ya sea únicamente para los hijos cuando de parte de ambos cónyuges deja de existir la buena fe.

En cualquiera, pues, de estos tres casos que pueden darse, el matrimonio putativo siempre produce efectos civiles, y por tanto, basta con que aparezca en cualquiera legislación que sea los términos "matrimonio putativo" para que se entienda que involucra en sí una de sus cualidades que le son propias, como es la de producir los efectos civiles que la ley le otorga.

Segunda. Al decir también matrimonio putativo, entendemos claramente que ha sido celebrado teniendo buena fe, y con justa causa de error, por lo menos, de parte de uno de los cónyuges, si no de los dos. Esto así se entiende, o así debe entenderse, ya que no puede haber matrimonio putativo si no hay buena fe en la celebración del mismo.

Ahora bien, los Artículos 34 y 36 del Código Civil, hablan del "matrimonio putativo que produce efectos civiles", como si existiera una clase de matrimonio putativo que no los produjera. Y el Art. 215 C. habla del matrimonio putativo "cuando uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de contraerlo", como si existiera una clase de matrimonio putativo en la cual los cónyuges lo contrajeran de mala fe.

En efecto, los Artículos de referencia dicen así:

34 C. "Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción. Todos los demás son ilegítimos".

En este artículo, incluido en el Capítulo que trata de las definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes, se nota claramente la insistencia de poner la especificación de matrimonio putativo, pues hasta la misma redacción del Artículo no deja de estropearse, pudiendo creerse que, la frase "que produzca efectos civiles" se refiere no sólo al matrimonio putativo sino también al matrimonio verdadero, ya que dice: el matrimonio verdadero o putativo, que produzca efectos civiles. En ambos casos, la especificación es innecesaria, pues si ya sabemos que el putativo produce efectos, con mayor razón sabemos que los produce el verdadero.

Del mismo error adolece el Art. 36 C., que está incluido en el mismo Capítulo del anterior y reza así: "Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una a lo menos al tiempo de la concepción estaba casada con otra, salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles."

En este Artículo como se ve, es también innecesaria la especificación "que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles", pues estos efectos civiles tienen necesariamente que producirse dentro del matrimonio putativo.

Además, es de hacer notar, que el presente Artículo, encontrándose como está, con ese agregado innecesario, da lugar a una lamentable omisión. Al someterlo a un estricto análisis encontramos que no contempla otro caso de matrimonio putativo que podría darse, en el cual el hijo no sería adulterino sino que también legítimo. En efecto, al decir el Artículo "salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles", nos da a entender dos cosas: primero, que es una excepción y única excepción, ya que dice "salvo que.....", y segundo, que esa excepción consiste en que una de las personas que casó lo hizo de mala fe, ya que dice "que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles". Muy bien puede darse el caso siguiente: una persona no obstante estar casada por creer y tener comprobaciones de hecho y aún de derecho de que su cónyuge ha muerto, se casa de buena fe con otra, que también así cree o ignora el anterior matrimonio, o bien lo cree disuelto. Ambos tienen hijos y después resulta con que, aparece el cónyuge que se creía muerto y por ese impedimento dirimente para contraer el segundo matrimonio que se efectuó, se declara éste nulo. Como ha habido y persistido la buena fe de parte de ambos cónyuges, el matrimonio es putativo, los hijos son siempre legítimos y produjo efectos civiles para ambos mientras perduraron en su buena fe que existió hasta incoarse el juicio de nulidad. Este caso, sin embargo, que también es una excepción a la regla de que, es adulterino el hijo concebido entre dos personas de las cuales una estaba casada con otra tercera, no lo contempla el Artículo en referencia como tal excepción, ya que dice claramente con su agregado innecesario: "que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles".

El otro Artículo en referencia, es el 215 C. incluido en el Título de los hijos legitimados por matrimonio posterior a la concepción.

Dice así: "Art. 215. El matrimonio putativo no basta para legitimar a los hijos que hubieren sido concebidos antes, sino cuando uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de contraerlo".

En este Artículo encontramos el grave error que ya hemos señalado, al decirnos que se puede legitimar al hijo concebido antes, cuando se llenan dos requisitos: primero, que haya matrimonio pu-

tativo posterior, y segundo, que en este matrimonio putativo los cónyuges, o por lo menos uno de ellos, haya tenido buena fe al tiempo de contraerlo. Qué necesidad había de poner este segundo requisito cuando ya estaba incluido en el primero? Acaso no hemos visto que para que haya matrimonio putativo es completamente fundamental que haya buena fe de parte, por lo menos, de un cónyuge? No había, pues, necesidad de hacer esta especificación o ex p l i c a c i o n, dado el hecho que ya la sobreentendemos. Bastaba con decir, que el matrimonio putativo legitima a los hijos que han sido concebidos antes.

En demostración de la razón que nos asiste, citamos el Art. 193 C. que dice: "El hijo concebido durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, es hijo legítimo". La redacción de este Artículo es correcta al referirse al matrimonio putativo, pues carece de las innecesarias especificaciones de que adolecen los anteriores. Pero este Artículo correspondía al numeral 182 del Código de 1860, que decía: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo. Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras produzca efectos civiles, según el Artículo 124." Por ley de 21 de marzo de 1880, publicada el 30 del mismo mes, quedó reformado en la primera forma transcrita y con la misma redacción pasó a la edición actual del Código Civil. En buena hora fue, pues, reformado por los legisladores eliminando la calificación que hacían del matrimonio putativo, cual se debiera hacer con los otros artículos anteriormente transcritos.

Buena Fe. - Siendo la buena fe condición esencial en el matrimonio putativo, bien se merece le consagremos algunas consideraciones jurídicas. Entendemos que ella consiste en la buena intención que se tiene de proceder con honradez legal, con el convencimiento de que con el acto que se va a ejecutar, se está ejecutando o se ha ejecutado, no se ha violado la ley; con la cual pretendemos estar en perfecto acuerdo.

Es necesario para el matrimonio putativo y sus efectos, que la buena fe exista antes de la celebración y en el momento de la celebración, pues si antes no existe tampoco existirá en el acto mismo. En cuanto a su existencia posterior, gozarán de los efectos civiles del matrimonio válido los cónyuges que per d u r e n en ella, y en todo caso, los hijos habidos en esa unión.

Pero además de su existencia en los momentos oportunos que hemos indicado, requiere la ley que la buena fe deba apoyarse en una "justa causa de error". Y qué es "justa causa de error"? El error es la equivocación que puede provenir bien de la ignorancia, bien de una fuente distinta de la verdad, que se traduce siempre en la ignorancia de la misma, pero que produce en nosotros la seguridad de que aquello es como realmente no es, o que no es como realmente es. Y cuando este error es excusable, la ley lo califica de justo.

Ahora bien, la buena fe puede provenir de un justo error en materia de hecho o en un justo error en materia de derecho.

El error de hecho consiste en la ignorancia que se tiene de un hecho que nulifica el matrimonio, por ejemplo, el de dos hermanos uterinos o paternos que ignoran serlo y de buena fe con tra en matrimonio. El error de derecho consiste, en cambio, en la ignorancia de la existencia de una disposición legal que considera un hecho como causa dirimente para la nulidad del matrimonio, por ejemplo, el frecuente caso de los que por mantener oculto un matrimonio que pretenden celebrar, emprenden viaje para casarse en un domicilio o lugar de residencia distinto al de cualquiera de ellos, en la ignorancia de que su unión matrimonial, si tal su cede, estará viciada de nulidad absoluta.

Ahora bien, sería justo que priváramos a aquellos y estos cónyuges de las ventajas que a ellos y a sus hijos les otorga la ley por el matrimonio putativo, cuando todos sus actos se basan en la buena fe?

Sin embargo, un principio legal de orden público establece, a saber: "Art. 8.- No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial,....." y excepción únicamente a los que no han podido saber de la ley por estar interrumpidas las comunicaciones entre el lugar de su residencia y el departamento en que deba regir. La dificultad se plantea clara: la buena fe necesaria en el matrimonio putativo, solamente puede provenir de un justo error en materia de hecho, nunca en materia de derecho, ya que éste se presume conocido de todos.

Pero debemos tener en cuenta que la disposición apuntada, es de orden público, de orden general, necesaria para evitar la constante excusa que por parte de los dolosos violadores de la ley se daría siempre, manifestando la ignorancia de la misma. Las leyes se dan para ser obedecidas y para que lo sean, necesariamente se establece la presunción de que son conocidas, aunque tal presunción no responda siempre a la realidad. Y estimamos precisamente que esta presunción encuentra una clara excepción en el Art. 168 C. que establece la buena fe en general como condición de existencia del matrimonio putativo, sin distinguir la fuente de la cual ella proviene.

Además, fijémonos en el motivo por el cual la ley reconoce el matrimonio putativo, es decir, en la teoría del matrimonio ya expuesta. Es una demostración de respeto del legislador hacia la buena fe de los contratantes, a su intención honrada, la cual, no era ciertamente la de hacer nada que la ley prohibiese. Y tal intención, siempre es honrada ya se base en la ignorancia del hecho, ya en la del derecho. Existe la misma buena intención de querer proceder con absoluta honradez, en aquella persona que desconoce estar unida por parentesco en aquellos grados en que el matrimonio está prohibido bajo nulidad, y en aquella que, aún sabiendo el parentesco, entiende de buena fe que no constituye un impedimento del matrimonio que quiere celebrar o ha celebrado.

Pues bien; si la buena fe impera en el uno como en el otro caso, la razón y el fin de la ley se oponen a que se introduzca de parte de quienes la interpretan, una distinción que no hay en la misma. En este sentido se pronuncia el gran comentarista Ricci.

Pero, por qué no consultar o preguntar a quien sabe, antes de la celebración del matrimonio sobre la existencia de tal o cual disposición que pueda anularlo? Acaso la falta de esta diligencia o cuidado en un acto de tanta trascendencia no acusa culpabilidad en los cónyuges que vicia su buena fe?

En manera absoluta, no. No encontramos disposición alguna que esta diligencia ordene, aunque nos parezca de sentido común; sin duda porque, en estos casos, si se pregunta a quien sabe la ley o se consulta la misma, no es porque se ignore, sino porque se duda. Se tiene duda respecto de si la ley permite el matrimonio y en qué forma, y por eso se pregunta; lo cual quiere decir que si con esta duda se celebra, la buena fe no existe, y si no existe en ambos, el matrimonio no es putativo. Pero el auténtico caso de la buena fe en materia de derecho no es ese. Es, como hemos dicho, el del cónyuge que en su ignorancia tiene absoluto convencimiento de que lo que él va a hacer, o está haciendo, está plenamente autorizado por la ley, a la cual se ampara.

Todavía continuara en pie la dificultad, si al abrir las páginas de nuestro Código, en lo que se refiere a la Posesión, -

viéramos lo que nos indica el Artículo 750 C. que en sus dos últimos incisos dice así: "Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Pero este artículo, como ya dejamos señalado, está incluido en el Título "De la Posesión", o sea entre los que tratan de los derechos patrimoniales; y mal podríamos aplicarlo entre las disposiciones del matrimonio putativo, cuyo artículo está incluido entre los que regulan los derechos personales, teniendo en cuenta que la ley, en esta clase de derechos, trata siempre de favorecer a los padres e hijos y teniendo en cuenta también, que el matrimonio putativo viene a ser una excepción a los casos de nulidad del matrimonio, por favorecer los intereses de los padres y de los hijos cuando en aquellos reinta la buena fe.

Prueba de la Buena Fe.- La disposición del Art.751 C. dice: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse".

Es aplicable esta disposición en el presente caso? Creemos que es inaplicable al matrimonio putativo el principio enunciado, por las siguientes argumentaciones:

En primer lugar, el texto de la ley, cuando trata en el Art. 168 C. de las condiciones necesarias para que el matrimonio nulo pueda ser declarado putativo, nos está poniendo entre otras cosas, la buena fe. Es decir, no la presume, sino que la pone como una condición, la cual, de no cumplirse, no pueden reclamarse los efectos del matrimonio válido. La ley no presume la buena o la mala fe, sino que supone que ha habido una u otra, y si ha habido buena fe, el matrimonio produce efectos.

Si la buena fe, pues, no se presume, se deduce que quien funda en ella su demanda deberá probarla.

Por otra parte, en el espíritu de la ley fundamos una segunda argumentación. El principio de que la buena fe se presume, consta en el Art.751 C., que está colocado en el Título "De la Posesión", y sabido es que las presunciones de la ley son de interpretación estricta y no pueden extenderse de un caso a otro. Ya hemos dicho que mal podríamos aplicar una disposición del Título "De la Posesión" entre las disposiciones del matrimonio putativo.

Además, siempre que se ha violado una ley prohibitiva, corresponde a quien lo ha hecho de buena fe presentar la prueba. Las leyes penales son, sin duda, leyes prohibitivas, y desde cierto punto de vista pueden considerarse como leyes penales las relativas a la nulidad del matrimonio, ya que el legislador impone penas civiles en caso de violación de las mismas.

De modo que, la buena fe en la celebración de un matrimonio que la ley prohíbe, no se presume, y así, quien a ella se ampara debe suministrar la prueba de la misma. De allí deducimos que, según este principio, la ignorancia ya sea del hecho ya del derecho, debe ser probada por quien la alega.

Mas, llegados a este punto se nos plantea una embarazosa situación jurídica al llevar a la práctica la teoría que sustentamos. Efectivamente: si uno o ambos cónyuges acreditan por los medios legales de prueba su buena fe, no hay dificultad alguna, pues los efectos legales consignados en el Art.168 C. y los que con él se relacionan, se producen y serán aplicables. Pero qué hacer si ninguno de los cónyuges logra acreditar su buena fe? Se tendrán

como de mala fe? Nada dice la ley al respecto. Pero siendo la buena fe condición esencial del matrimonio putativo conforme al Art.168 C., el matrimonio se declara simplemente nulo, de nulidad absoluta o relativa, según el caso, y aunque no se haga, por no ser de justicia, ni legal, una declaración de la mala fe de los cónyuges o del cónyuge, tampoco puede otorgárseles u otorgarle, los derechos que la ley concede a los cónyuges en los exclusivos casos de la buena fe, de cuya prueba se carece.

Efectos Civiles.- En las páginas anteriores hemos indicado cuando se producen y cuales son los efectos civiles del matrimonio nulo, y al hacerlo, distinguíamos si ambos o uno de los cónyuges habían contraído el matrimonio de buena fe.

Varios casos pueden presentarse:

Primer caso: Cuando la buena fe por parte de ambos esposos ha existido en la celebración y mientras continúe existiendo, no hay mayor dificultad, todos los efectos civiles que son consecuencia del matrimonio válido, se producen dentro de él. En consecuencia, ambos cónyuges se conceptúan con el estado civil de casados, tienen la patria potestad sobre sus hijos que se basa en la aparente legalidad de su matrimonio unida a su buena fe, y se conceptúan éstos como hijos legítimos de aquéllos, y todos ellos por consiguiente, pueden hacer uso del derecho de sucesión por causa de muerte, del de alimentos cóngruos en caso necesario, etc.

Al declararse la nulidad por sentencia ejecutoriada, la situación jurídica de cónyuges e hijos es especial: en atención a la buena fe de cada uno de los cónyuges y a su permanencia en ella hasta incoarse el juicio de nulidad, quedan como válidos todos los efectos y derechos anteriores a la declaratoria, pero de entonces en adelante, no podrán ser cónyuges o esposos legítimos, ni reclamarse los derechos y obligaciones que dicho estado civil engendra, pues no tienen el estado civil de casados que sólo dentro de matrimonio válido se crea. En consecuencia, podrán volver a casarse pasado el término de trescientos días que señala la ley únicamente para la mujer. Los hijos gozarán de la legitimidad y podrán hacer uso de los derechos que dicha legitimidad engendra, lo cual da a entender que el padre y en su defecto la madre, tendrán siempre la patria potestad sobre ellos, o sea, todos los derechos y deberes de la misma.

Segundo caso: Si hubiese cesado la buena fe por parte de ambos antes de declararse la nulidad, desde ese entonces en adelante, aunque sigan guardando la apariencia de legalidad en el goce de los derechos de casados, estos efectos se encuentran viciados de nulidad, pues son consecuencia de un matrimonio nulo, cosa que se declarará cuando llegare a pronunciarse sentencia; pero sólo en lo que a ellos respecta, no en cuanto a los hijos, pues en favor de éstos todos los efectos del matrimonio válido se producen. Estos siempre serán legítimos y gozarán de los derechos de tales, ya que su estado civil es, por su naturaleza, indivisible, y ya que, como sabemos, para que tal estado de legitimidad se estableciera en ellos, conforme al Art.168 C. bastó con que sus padres fueran de buena fe al matrimonio, aunque después la perdieran.

No distingue el Art.168 C. entre los hijos habidos antes de que la buena fe dejara de existir y los habidos después de que ésta cesó; pues habla únicamente de "los hijos habidos dentro de él" (el matrimonio) a quienes indistintamente les concede todos los efectos civiles del matrimonio válido. Tampoco vamos a establecer nosotros esta distinción, pues nos parecería injusto dividir y clasificar a los hijos que no cargan ni debieran cargar en ningún caso con la culpabilidad de los padres.

Tercer caso: Si uno tan solo de los cónyuges, cuando ambos contrajeran matrimonio de buena fe, cae en la mala fe después de casado y antes de la declaratoria de nulidad, el inocente se tendrá siempre como cónyuge legítimo en atención a su buena fe, y podrá ejercer válidamente los derechos de tal hasta pronunciarse la sentencia de nulidad. Podrá, en consecuencia, pedir alimentos cóngruos en caso necesario y heredar ab-intestato al de mala fe; éste, en cambio, no se conceptuará legítimo esposo para la ley desde el cese de su buena fe y los efectos de los que como tal goce, desde ese entonces no serán válidos y así serán declarados cuando se pronuncie la sentencia de nulidad.

En cambio los hijos gozarán siempre de la legitimidad, para la que basta la buena fe en la celebración del matrimonio.

Cuarto caso: Si uno de los cónyuges fue de mala fe a la celebración del matrimonio. Siempre se produce en este caso el matrimonio putativo y mientras la declaratoria de nulidad no se pronuncie, aunque el contrayente de mala fe tenga la aparente calidad de legítimo esposo y así ejerza la patria potestad en su caso, jurídicamente no lo será y así deberá ser declarado en la sentencia que anule el matrimonio. Le quedarán anulados, en consecuencia, todos los derechos que en su calidad supuesta hubiere adquirido desde la celebración del matrimonio, no gozará en adelante de derecho alguno, ni frente al de buena fe, ni frente a sus hijos y sí cargará con todas las obligaciones del padre legítimo, o madre legítima, en su caso, sin serlo; pues deberá ser privado de la patria potestad, la que pasará al cónyuge de buena fe.

Además, perderá todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el de buena fe, o por terceras personas en consideración a éste.

En cuanto al cónyuge de buena fe en la que perduró hasta la nulidad, mientras ésta no fue declarada, todos los efectos del matrimonio válido pudieron producirse en su favor y ejercerlos él válidamente. Una vez declarada, dejará de ser cónyuge legítimo, pero gozará de la patria potestad con todos sus derechos, aunque cumplirá como el de mala fe con todas las obligaciones para con los hijos. Podrá, además, conservar todo lo recibido por el de mala fe y reclamar todo lo que éste le hubiere prometido, por razón del matrimonio, ya que éstos fueron derechos válidamente adquiridos.

Los hijos serán siempre legítimos y gozarán de todos los derechos como tales.

Por último, si ambos fueron de mala fe al matrimonio y así lo celebraron, no se da el caso del matrimonio putativo, el matrimonio es simplemente nulo, de nulidad absoluta o relativa, según el caso, y ningún efecto civil puede producir, mas que en apariencia, mientras la nulidad no haya sido declarada. Pero una vez declarada, desaparece esta apariencia, se le quita la máscara de la falsa legalidad y la nulidad entra en todo su vigor, anulando también como consecuencia todos los efectos aparentemente legítimos que hubiera podido producir.

Como punto final, debemos advertir que la conquista realizada en favor de los hijos nacidos dentro del matrimonio putativo, que gozan de la legitimidad aún después de la declaratoria de nulidad, ha sido justa, aunque paulatina.

En efecto, el primer inciso del Art. 124 del Código Civil de 1860 decía: "El matrimonio nulo, si ha...; produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges".

En este Artículo, como vemos, se excluyen a los hijos habidos dentro del matrimonio putativo, pero las reformas decretadas por la Asamblea Nacional Legislativa del año 1880, publicadas el 30 de marzo del mismo año, modificaron el texto del inciso transcrito, de esta manera:

"El matrimonio nulo, si.....; produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo, y también respecto de los hijos habidos en él; pero dejará de producir efectos civiles respecto de los cónyuges, desde que falte la buena fe por parte de ambos".

Todavía, y con el objeto de aclarar mas los términos del Artículo, el 21 de junio de 1907, se publicó una nueva reforma, por medio de la cual, después de la frase "efectos civiles", en el mismo primer inciso, se intercala la palabra "solamente".

A partir de esta reforma está vigente, bajo el numeral 168 de nuestro actual Código Civil, restando únicamente por contemplar el caso de los hijos habidos dentro del matrimonio nulo contraído de mala fe por ambos cónyuges, que no puede ser putativo conforme a la doctrina y a la ley, en el cual los hijos, si el padre no ha tenido el buen acuerdo o diligencia de reconocerlos como suyos por cualquiera de los medios legales que indica el Art. 280 C., quedarán como ilegítimos al declararse la nulidad, pues se estima conforme al Art. 279 C. que nacieron fuera de matrimonio, toda vez que éste es inválido. De no ser reconocidos, únicamente queda a éstos el derecho de pedir su reconocimiento judicial conforme a los Arts. 281 C. y siguientes del Código Civil.

Ya es tiempo que volvamos los ojos ante esa pléyade de hijos sin padre. Estimamos que no es una falta de respecto a la institución civil del matrimonio el otorgarles derechos a los hijos que sin culpa alguna de su parte, cargan por este mundo de injusticia con el calificativo de ilegítimos cuando realmente, como dijo cierto legislador guatemalteco, son sus padres los ilegítimos. Cómo lograrlo? Punto interesantísimo sería éste de otra tesis doctoral que se aparta de los límites que hemos señalado a este humil de trabajo, pero es de hacer notar el ejemplo que otras legislaciones civiles en América, nos han dado, al consagrar leyes de profunda justicia, aplicables en un medio similar como es el nuestro y que bien pudieran ser motivo de estudio para los doctos tratadistas y legisladores salvadoreños.

+

+ +

#####

E L D E R E C H O D E A C R E C E R

Dr. Manuel Arrieta Gallegos.

#####

EL DERECHO DE ACRECER

NOCION Y FUNDAMENTOS

Si un testador en su testamento destina un mismo objeto a dos o mas asignatarios y en el momento de abrirse la sucesión - existen todos para suceder al causante, sin incapacidad, ni indignidad alguna, y además aceptan tal asignación, pueden éstos - a su voluntad- verificar la partición de la cosa mencionada o bien ejercer la copropiedad sobre la misma en forma indivisa. Pero, si uno o mas de estos asignatarios, aunque no todos, fallece o fallecen antes de morir el causante, o sobreviviendo repudian la asignación a ellos hecha, o son incapaces o indignos de suceder al causante, debe entenderse que dichos asignatarios faltan y consiguientemente las porciones que a éstos corresponderían vienen a sumarse con las de los otros, quienes salen favorecidos con un aumento en la parte que les corresponde, variando así los efectos de la partición de la cosa -si ésta se verificase- o aumentan do sus respectivos derechos proindivisos, si deciden no hacer la partición. Se dice entonces que las porciones de los que faltan -ACRECEN, o sea aumentan las porciones de los otros, de donde el derecho de acrecer será aquel en virtud del cual los asignatarios que no faltan al abrirse la sucesión de su causante, ven el aumento de sus porciones con las de aquellos que faltan cuando a todos ellos se les ha asignado una misma cosa.

El fundamento de este derecho, como de todos aquellos que estudian la interpretación que la ley hace de los testamentos, no es otro que el de cumplir o tratar de cumplir en lo posible la voluntad del testador; en este caso, la de no querer dividir en distintas cuotas la cosa asignada, sino que darse en todo su conjunto a los asignatarios a quienes se considera como una sola persona.

Por otra parte, si bien perfeccionado, el reconocimiento de este derecho es muy antiguo, pues ya los romanos tenían dos especies de acrecimiento: el necesario, en virtud del cual el heredero de cierta cosa o cuota la aumentaba con los bienes de los cuales el testador no había dispuesto, y el voluntario, única especie no suprimida en la novísima recopilación de leyes españolas, aun vigente en nuestra legislación.

EL DERECHO DE ACRECER EN RELACION CON LOS DE TRANSMISION Y SUSTITUCION

Para trazar los límites de este derecho, debe previamente advertirse que sólo puede tener cabida en la sucesión testamentaria y nunca en la sucesión intestada como claramente lo expresa - el Art.1131 C. Inconfundible puede ser entonces su lugar en relación con el derecho de representación, que únicamente tiene cabida en la sucesión intestada de acuerdo con el Art.984 C.

Respecto a los derechos de transmisión y sustitución, el acrecimiento viene en último lugar, es decir cuando faltan los dos primeros. El de transmisión es el primero que se prefiere, excluyendo al de sustitución y al de acrecer, (Art.1129 y Art.1140 C.) y es obvia la razón: sobreviviendo el segundo causante a la muerte del primero, es decir existiendo al momento de deferírsele la herencia o legado, transmite a su vez a sus herederos al morir, - todos sus derechos y obligaciones transmisibles, entre ellos, el

derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado que se le había deferido. En esencia, en esto consiste el derecho de transmisión. Pero nótese que este derecho sólo lo gozan los herederos - del segundo causante, nunca los legatarios (Art. 958 y 952 C., segundo inciso) ya que los legatarios no suceden a título universal.

El derecho de sustitución sí tiene lugar en las herencias y legados, y es también preferido al de acrecer, (Art. 1140 C.) pues cuando el testador nombra un sustituto para que ocupe el lugar de un asignatario que llegue a faltar al abrirse la sucesión, en verdad no puede decirse que falta el asignatario en cuestión cuando - la sucesión se abre y es condición requerida para que el acrecimiento se verifique, que el asignatario falte. Faltará ciertamente la persona a quien se había deferido la asignación, mas no el asignatario, toda vez que éste ha sido nombrado ya por el testador para cuando aquél falte.

Este es el orden de preferencia de los derechos esbozados, - que viene a confirmar el fundamento dado para el derecho de acrecer, pues con ello se consigue realizar en perfecta armonía la presunta voluntad del testador.

ELEMENTOS CUALIFICATIVOS

Supuesto lo anterior, como primer elemento constitutivo para que el acrecimiento se verifique, es necesario un llamamiento conjunto de dos o mas coasignatarios para una misma cosa, que puede ser una herencia o legado, sin división de cuotas. En consecuencia, el acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado y cada parte o cuota se considerará en tal cosa como un objeto separado, conforme lo expresa el Art. 1124 C. Una sola excepción aparente señala el mismo artículo, cual es la de asignar un mismo objeto a dos o mas personas "por partes iguales" caso en el cual siempre procede el acrecimiento. Y digo que es aparente por cuanto que, cuando el testador hace un llamamiento "por partes iguales" no está designando la porción de cada uno, sino indicando que ha querido favorecer igualmente a los dos y que en virtud de tal igualdad cada uno se considera instituido en la cuota del otro, o sea, en la totalidad de la herencia o legado.

Una cuestión se nos ocurre: si el testador consigna: "la mitad a cada uno de los dos" o "un tercio a cada uno de los tres", y uno de ellos falta, procede el acrecimiento? Juzgo que en el caso en cuestión el testador designa la porción de cada cual, aunque igual la del uno con la del otro. Hay dos distintos llamamientos - en el primer caso y tres en el segundo, por lo que el acrecimiento no tiene lugar.

Los coasignatarios a un mismo objeto se llaman conjuntos, entendiéndose por tales a los asociados por una expresión copulativa o comprendidos en una denominación colectiva, como "los hijos de A"; y en este caso se tendrán como a una sola persona para concurrir con otros cuando todos estos faltaren. (Art. 1126). Así, cuando el testador asigna un legado "a B y a los hijos de A." mientras no falte el último de éstos no acrece B.

El llamamiento de los coasignatarios deberá hacerse o en una misma cláusula o en cláusulas separadas, en un mismo testamento. - Así, cuando el testador escribe: "lego tal cosa a B. y a C", como cuando escribe: "lego tal cosa a B" y luego en otra cláusula "lego la misma cosa a C", ambas cláusulas vienen a constituir un mismo -

llamamiento, y debe dividirse la cosa entre los dos, pero si uno de ellos falta, procede el acrecimiento. Aun puede hacerse el llamamiento en distintos testamentos y se tendrán por válidos, cuando el último testamento no revoca a los primeros y cuando el llamamiento posterior no revoque al anterior, teniéndose por revocado en toda la parte que no le fuere común con el posterior. (Art.1125). Así, cuando en el primer instrumento se hace una asignación de toda una casa, y en el segundo sólo de la mitad de ella, la asignación segunda es la que vale y el acrecimiento tiene lugar sólo en este último llamamiento.

Como segundo elemento para que el acrecimiento se verifique, uno de los coasignatarios debe faltar en el momento de abrirse la sucesión, entendiéndose con esta expresión de la ley, que falta un coasignatario cuando fallece antes de abrirse la sucesión, repudia, es incapaz o indigno. De aquí se colige que el acrecimiento se verifica en el momento de abrirse la sucesión, salvo los casos de los coasignatarios de un usufructo, uso, habitación o pensión periódica, en los cuales conservan el derecho de acrecer mientras gozan de dicho usufructo, uso, etc. Por otra parte, ninguno de dichos derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario, (Art.1130). Mas adelante haré referencia a estos casos, tratando los problemas que encierran.

Constituido así el derecho de acrecer, es de hacer notar su calidad de derecho accesorio al principal que sobre la porción se tiene, razón por la cual un asignatario no puede repudiar su propia porción y aceptar la que se le defiere por acrecimiento, pero sí, conservar su porción y repudiar la que acrece. (Art.1113).

Además, como se ha dicho, el fundamento del derecho que nos ocupa se desprende de la voluntad misma del testador quien en todo caso, de conformidad con el Art.1132 C. pudo prohibirlo, pero no habiéndose hecho tal prohibición el acrecimiento tiene lugar, como derecho establecido por ley, y de consiguiente, una vez aceptada la asignación hecha por el testador, se aceptan todos los derechos comprendidos en la misma entre los que figura el de acrecimiento. Así se explica el porqué no es necesario que el asignatario declare que acepta los beneficios de ese derecho o el derecho mismo.

Por fin, otra calidad lleva ínsita el acrecimiento y es la de que, la porción que acrece, lleva consigo todos sus gravámenes, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coasignatario que falta. Es natural que toda carga que pese sobre la porción que acrece, pase para ser cumplida por el coasignatario que sale favorecido, hipotecas, servidumbres y toda clase de gravámenes que implican una obligación para el titular del derecho, pasan al coasignatario. Pero las cargas que impliquen una determinada calidad o aptitud personal del coasignatario que falta, mal podría la ley ordenar que pasaran al coasignatario en cuyo favor se reconoce el acrecimiento, porque se crearía una situación de imposibilidad para éste en el cumplimiento de tales obligaciones, que haría nugatorio el acrecimiento mismo. Así, la obligación de esculpir una estatua o pintar un cuadro impuesta por el testador al coasignatario que falta, no pasaría al coasignatario que acrece porque éste no es ni escultor, ni pintor de cuadros.

Si las cargas superan al valor de la cuota que corresponde al coheredero que acrece, está obligado a satisfacerlas en su totalidad? Juzgo que, si ha aceptado sin beneficio de inventario, sí está obligado, pues las cargas pesan sobre la herencia misma, a la cual ambos coherederos han sido instituidos.

ESPECIALES SITUACIONES

Muchos son los casos que con relación al acrecimiento pueden presentarse, casos cuyas soluciones constituyen verdaderos problemas que embargan la preocupación cotidiana del Juez y del jurista. En la imposibilidad de consignarlos todos, traeremos a cuento algunos de ellos.

Si se deja el usufructo sobre una casa a dos coasignatarios, temporalmente a uno y al otro por toda la vida, se da el acrecimiento y en qué forma?

Descompongo ante todo la cuestión en sus respectivos casos. Primero: Al expirar el plazo en el cual uno de ellos gozó del usufructo temporal, acrece la porción de éste en favor del otro?

Estimo que sí, mas no puedo fundar mi pretensión para conceder este acrecimiento en la disposición del Art. 1130 que contempla otro caso distinto del propuesto. En efecto, el mencionado artículo no supone, ni contempla, el caso en el cual los dos coasignatarios de usufructo estén limitados en su derecho en cuanto al tiempo, pues da a entender que el derecho de usufructo es en todos ellos sin limitación de tiempo alguno, al estipular que "ninguno de los derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario". O sea, considera que la extinción del derecho de usufructo para el coasignatario se verifica debido, no a que finalizó el plazo por el cual debía disfrutarlo, sino a que faltó el mismo coasignatario, por haber muerto, por ejemplo.

Es el Art. 783 el que contempla en caso en cuestión y en el que me apoyo, pues este artículo no concreta la extinción del derecho a la falta del asignatario, sino que deja amplio margen para incluir allí precisamente los casos de expiración del plazo señalado: "durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios" dice el artículo, no sin antes haber señalado que "siendo dos o mas los usufructuarios habrá entre ellos el derecho de acrecer". Una sola excepción contempla, que dice: "lo cual se entiende si el constituyente del usufructo, (o sea el testador en nuestro caso) no hubiere dispuesto que terminado un usufructo parcial se consolide con la propiedad". Esto es indudable, toda vez que su voluntad es ley. Pero no estando el caso en cuestión comprendido en la excepción única, juzgo que el acrecimiento se verifica en favor del otro u otros, al expirar el límite trazado al coasignatario para que goce de la porción de usufructo; tal como lo ordena el primer inciso del Art. 783.

Segundo: En caso de morir el coasignatario que tiene la porción de usufructo para toda la vida, mientras el temporal goza aun de su porción de usufructo, acrecerá la porción de aquél en favor de éste y en qué forma?

Opino que sí acrecerá. Estamos entonces dentro del Art. 1130 toda vez que en este caso la expiración de ese usufructo, el cual estimo que acrece, es debida no al término del plazo sino a que falta el asignatario. Su usufructo acrece en favor del otro, o sea en favor del usufructuario temporal, pero sólo por el tiempo que este coasignatario temporal tenga su derecho de usufructo. Y esto por una sencilla razón: el derecho de acrecer he dicho, es accesorio al principal y si el principal se pierde no puede reclamarse el accesorio; en este caso, si al cumplirse el plazo del usufructo se pierde este usufructo en virtud del cual se adquirió el otro por acrecimiento, deberá perderse también el usufructo adquirido, que acreció precisamente porque se tenía el temporal. En tal caso, el usufructo total se consolidará con la propiedad.

- 52 -

Tercero: Si por el contrario, muere el usufructuario temporal en pleno goce de su porción de usufructo, acrece el usufructuario de toda la vida y en qué forma?

Opino que también acrecerá, y aunque el usufructuario vitalicio siga gozando de su porción de usufructo que ya tenía hasta el último de sus días, la otra porción de usufructo que adquiere por acrecimiento la gozará solamente por el tiempo que faltaba al otro para cumplir su plazo. La razón es porque, desde el momento en que se adquirió por acrecimiento la porción de usufructo del otro, se adquirió con todas sus calidades en forma similar a como se adquiere una porción con sus gravámenes, y en el caso tontemplado, la calidad inherente a la porción de usufructo que se adquirió era la de ser temporal, y pasado ese tiempo, así como nunca hubiera podido reclamarla el que murió, tampoco podrá reclamarla quien la adquirió. Supuesto esto, la porción de usufructo temporal que el adquirente de toda la vida pierde al cumplirse el plazo, se consolidará con la propiedad.

Estas dos últimas soluciones, por otra parte, me parece que se encuentran en perfecta armonía con la presunta voluntad del testador, pues él ha querido que de cualquier modo que sea el nudo propietario goce a la vez del usufructo, aunque parcialmente, al cumplirse el plazo que en el testamento señala para la porción del usufructo temporal. De lo contrario no hubiera señalado plazo alguno, y de no haberlo hecho, tampoco hubiera habido problema.

En cuanto a la primera solución, se supone que el testador, como el constituyente de cualquier usufructo en favor de varias personas, debió conocer la ley, que en el artículo 783 C. citado es expresa, y no da lugar a dudas, al conceder el derecho de acrecer en favor de los demás usufructuarios cuando a uno de ellos se le extingue su derecho de usufructo.

+

+ +

MAG/em