

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

“BREVES COMENTARIOS
A LA
NULIDAD DEL MATRIMONIO”

Tesis Doctoral Presentada por

ARMANDO CHICAS VELA

Al examen público previo a optar el
Título de Doctor en Jurisprudencia
y Ciencias Sociales.



Noviembre 30 de 1962



AN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10122599

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE EL SALVADOR

R E C T O R

Doctor Napoleón Rodríguez Ruiz

S E C R E T A R I O G E N E R A L

Doctor Roberto Emilio Cuellar Milla

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O

Doctor Adolfo Oscar Miranda

S E C R E T A R I O

Doctor José Ignacio Paniagua

JURADOS QUE PRACTICARON LOS
EXAMENES GENERALES PRIVADOS

EXAMEN GENERAL PRIVADO

SOBRE

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Doctor Arturo Zeledón Castrillo
Primer Vocal: Doctor Roberto Emilio Cuéllar Milla
Segundo Vocal: Doctor José Ignacio Paniagua

EXAMEN GENERAL PRIVADO

SOBRE

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Doctor José María Méndez
Primer Vocal: Doctor Francisco Arrieta Gallegos
Segundo Vocal: Doctor Francisco Alfonso Leiva

EXAMEN GENERAL PRIVADO

SOBRE

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Doctor Armando Napoleón Albanéz
Primer Vocal: Doctor Ulises Flores
Segundo Vocal: Doctor Juan Gregorio Guardado

=====
=====

DEDICO ESTA TESIS:

=====

A la memoria de mi adorada madre:

MARIA ROSA CHICAS;

A mi padre:

CORONEL DN. ARNULFO VELA RAMOS,
con todo respeto y cariño;

A mi abnegada y dulce esposa:

PAULINA GARZONA ALARCON DE CHICAS VELA,
de quien espero será siempre la
inimitable gran compañera de mi
vida;

A mis queridos hijos:

GUILLERMO ARMANDO, RICARDO ANTONIO y
OSCAR ROBERTO,
con paternal cariño;

A:

GUILLERMO, JORGE y CARLOS,
con todo afecto y gratitud; y

A mis familiares.

=====

UNAS POCAS PALABRAS

=====

Con la fe puesta en Dios, un poco de esfuerzo personal íntimamente relacionado con la colaboración de familiares, amigos y, además con la ayuda inagotable e inigualable de un pueblo eminentemente trabajador como lo es el salvadoreño que, con sus contribuciones y tributaciones - ininterrumpidas al Estado Salvadoreño, han hecho y hacen posible el sostenimiento de nuestra " Universidad Autónoma de El Salvador ", es que - el suscrito, uno más de los egresados de nuestra " Alma Mater ", esta vez de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, por medio de esta tesis titulada " Breves Comentarios a la Nulidad del Matrimonio ", se despide como estudiante universitario para entrar a la vida profesional.

Dicho lo anterior, hablaré un poco sobre la tesis que propongo, - que no es como se podrá advertir, un estudio profundo sobre la nulidad del matrimonio; el título lo declara y el contenido lo concreta y confirma ya que como se sabe, autores consagrados, le han dedicado en centenares de páginas a este punto, doctos e ilustrados criterios que han bebido en las altas e inagotables fuentes del Derecho Civil.

Pero bien, quedame la satisfacción de que más de algún punto en - que expongo mi humilde pero sincero criterio que, con perdón de los doctos en esta materia, no llevan más intención que exponerlos y trato de analizarlos sin que por ello se vaya a sustentar que las conclusiones - a que he llegado, pretenda sentar docta cátedra en el amplísimo campo - del Derecho Civil.

Si algo nuevo se encontrare en la presente tesis, ello se deberá

a una bondad del lector, porque en general considero que no se encontrará, pero la importancia que el presente punto para mí encierra es lo -- que me ha inducido a elaborar la tesis cuyo epígrafe ya va siendo muy -- familiar.

Concluyo con las manifestaciones siguientes: por una parte, me -- siento profundamente satisfecho al haber cumplido con el deber que me -- impuse, o sea, el de haber llegado al final de mi carrera; por otra, me siento emocionalmente agradecido de un pueblo que en todas sus manifes-- taciones hicieron posible que coronase mis estudios superiores con hon-- radez, rectitud y hombría de bien.

ARMANDO CHICAS VELA

=====

San Salvador, Noviembre de 1962

BREVES COMENTARIOS A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

=====

CAPITULO I

ORIGEN DE LA PALABRA MATRIMONIO Y SINTESIS HISTORICA

DE ESTE EN NUESTRA LEGISLACION

La palabra Matrimonio, etimológicamente viene a derivarse del latín " matris-munium ", que quiere decir: carga, gravámen o cuidado, que recae más en la madre que en el padre, y por eso se llama matrimonio y no patrimonio y esta etimología la encontramos corroborada en la Partida IV, Ley II, Título II, cuando dice: " Onde mató este nombre matrimonio, et porqué razón llaman así al casamiento, et non patrimonio. Matris et munium son dos palabras de latín de que tomó nombre el matrimonio, que quiere decir en romance como oficio de madre. Et razón porque llaman matrimonio al casamiento et non patrimonio es esta, porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos que non el padre; ca como quier quel padre los engendre, la madre sufre grant embargo con ellos demientre que los trae en el vientre, et sufre muy grandes dolores quedando escaescer: et despiés que son nacidos lleva muy grandes trabajos en criarlos ella por sí mesma: et demás desto porque los fijos demientre que son pequeños más maester han el ayuda de la madre que del padre. Et porque todas estas razones sobre dichas caen a la madre et non al padre, por ende es llamado matrimonio et non patrimonio ".

Hafe un breve bosquejo de la historia del concepto de matrimonio en nuestra legislación patria. Al proclamarse nuestra Independencia el 15 de Septiembre de 1821, regía en nuestra Patria en materia de matrimonio las disposiciones de la leyes de Partida que según Ley, la. Título 2o., Part. 4a., conceptuaba el matrimonio diciendo: " Matrimonio es ayuntamiento de marido y mujer fecho con tal intención de beuir siempre en -

uno, e de non se departir guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e non se ayutando el varón a otra mujer, nin ella a otro varón, viniendo - ambos a dos ", fué así que en principio nuestra legislación adoptó la le gislación de España, y no fué sino hasta el Primer Código Civil de 1860 que se publicó y se dió vigencia en ese mismo año que se plasmó en el -- Art. 104 que conceptuó el matrimonio diciendo: " El matrimonio es un con trato 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 ".

Con posterioridad en el Código Civil de 1893, en su Art. 99 definió también el matrimonio en esta forma: " El contrato de matrimonio se constituye y se perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los - contrayentes, expresado ante el funcionario competente en la forma, con las solemnidades y requisitos establecidos por la ley.

El matrimonio que no se celebre con arreglo a las presentes disposiciones no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes ".

No fué sino hasta agosto de 1902 que fué suprimida la disposición y la comisión respectiva razonó la supresión según párrafo que transcribimos así: 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 sim ple contrato, que en nada se diferencia de las estipulaciones corrientes otros como una institución social en cuya reglamentación deben consultar se ante todo los intereses permanentes de la sociedad, y otros como un - convenio de naturaleza única y excepcional, sujeto en su celebración y e

fectos a condiciones especialísimas. La resolución de este punto, puramente doctrinario, parece más propio de los expositores del Derecho que de la ley positiva, y por eso la Comisión propone la supresión del Art. 99 "; es pues con esta reforma y con la supresión de la frase: " el matrimonio es por su naturaleza perpétuo e indisoluble ", en 1907, que el Art. 97 actual de nuestro Código Civil ya no ha sufrido ninguna variación. Dichas reformas reflejaban como consecuencia lógica el establecimiento del matrimonio civil y del divorcio absoluto.

Tal ha sido pues, a grandes rasgos la evolución histórica que del concepto de matrimonio se ha legislado en nuestra Patria, para que nuestro Art. 97, quede redactado así:

Art.97.-" El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mútuo 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 ".

CAPÍTULO II

NATURALEZA DEL MATRIMONIO Y SUS FUNDAMENTOS

Se ha sostenido por numerosos tratadistas de Derecho Civil, sobre todo de parte de la Escuela Francesa, y con más rigor a partir de la Revolución de ese país, que el matrimonio es un contrato; otros sostienen que el matrimonio es una institución, y terceros quienes, para armonizar las dos tesis, sostienen la eclecticidad de las dos posiciones anteriores, es decir, que le dan los dos caracteres de contrato-institución. Veremos las tesis por separado y finalizaremos dando nuestras propias con-

clusiones, sentando lo que consideramos la posición que a nuestro juicio corresponde.

a)- Es un contrato ?

Para la generalidad de los comentaristas del Derecho Civil, el matrimonio es un contrato solemne; desde luego adelantamos que en Chile la disposición de nuestro actual Art. 97 transcrito corresponde al 102 chileno cuya redacción es idéntica al 104 del Código Civil nuestro de 1860 en el cual expresamente establece: " El matrimonio es un contrato solemne, etc., etc. ", así don Luis Claro Solar, en su página 289 y sig. de sus explicaciones del Derecho Civil Chileno, Tomo Primero, textualmente manifiesta: " Según la definición de nuestro Código, el matrimonio es un contrato solemne, con lo que ha querido indicar que es uno de los actos regidos por la ley civil, independientemente del carácter religioso que pueda atribuírsele.

Se distingue, sin embargo, el matrimonio, de la sociedad conyugal o capitulaciones matrimoniales que es el verdadero contrato referente a la administración y disposiciones de los bienes que los esposos aportan al matrimonio.

Este es un contrato en el sentido más general que puede darse a la palabra, es decir, el resultado del concurso o declaración de las voluntades de dos personas; en este sentido Savigny, se ha pronunciado así: - " Se ha querido colocar el matrimonio al lado de la venta y de la sociedad como un nuevo contrato consensual que por una sigular inadvertencia habrían olvidado los romanos. Pero éste modo el carácter esencial del matrimonio se desfigura y envilece. Cuando el sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte, y los esposos hacen esta promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni el sometimiento a un apremio jurídico en el caso

en que tales actos no se cumplan, ello significa el contrario, que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio y que tienen la intención de conformar a ellos su vida "; en cambio en D'Agua- no ya no le da el simple llamado de contrato cuando dice: " El matrimo- nio no es un simple contrato, porque en él tienen origen relaciones jurí- dicas permanentes que no interesan solamente a los individuos que lo ce- lebran, sino a la sociedad entera; de lo que se desprende que no es posi- ble aplicarle las reglas comunes a todos los contratos ".

He transcrito estos pensamientos y encuentro que ya en el último - se destaca la posición de los que sostienen que el matrimonio es un con- trato sui-géneris.

La base en que se fundamentan los contratistas es en el hecho prin- cipal de que para que exista el matrimonio, es conditio sine qua non, -- que se haya producido el consentimiento de los contrayentes porque una - vez otorgado éste, tienen que operar indiscutiblemente los vicios del -- mismo, como son: el error, fuerza y dolo; además, arguyen que el matrimo- nio se disuelve por mútuo disenso de los cónyuges así como en todos los demás contratos.

Además, ha sido por otra parte la influencia de la legislación --- post-revolucionaria francesa por medio del rigorismo de la autonomía de la voluntad la que ha llevado a este connotado jurista a considerar el - matrimonio como un contrato civil.

b)- Es una institución ?

La tesis contractual que antes he esbozado ha sido duramente criti- cada, inaceptada y se ha sostenido que el matrimonio es una institución y no un contrato. Es precisamente, nuestro actual Rector de la Universi- dad Autónoma de El Salvador, Dr. Napoléon Rodríguez Ruíz, a quien desde luego respetamos su ilustrado criterio sobre este particular, cuando en

el Tomo Segundo de la Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas, después de atacar las tesis contractualistas, concluye: " que, aún cuando en la forma de manifestarse el consentimiento tiene el matrimonio similitud con los contratos, no puede aquél considerarse como uno de éstos, porque el consentimiento implica en el matrimonio la subditancia de la voluntad a un sistema legal ya establecido y que es de orden público.

Si el matrimonio, como demostrado queda, no es un contrato, podría decir que es una institución ?

Repito que no estoy aquí ahondando esta cuestión que me apartaría fundamentalmente de mi posición de simple narrador. Por tanto la analizaré muy escuetamente. El matrimonio tiene indudablemente en su estructura las características de una institución social, basta leer la definición que al principio de estas lecciones he dado de institución, para descubrir que llena a cabalidad los caracteres allí señalados de toda institución. Pero no puedo menos que reconocer, porque esa es la realidad, que es una institución especialísima, que se aparta un tanto de las demás, puesto que para que nazca a la vida social es menester que intervenga la voluntad humana con la manifestación del consentimiento. Ese elemento -- distintivo ha llevado a algunos autores franceses a introducir en el campo de la doctrina, una nueva tesis intermedia, centrista y que consiste en considerar el matrimonio como contrato e institución a la vez.

Quiero, en este punto, ceder la palabra a los ilustres comentaristas franceses Marcelo Planiol y Jorge Ripert, quienes se expresan así: - " El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado; el oficial del estado civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica que los esposos no puedan de modo alguno, modificar -

los efectos del matrimonio, ni poner fin a él por el mútuo dissensus y -- que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparte de las nulida-- des contractuales del derecho común. Por eso se justifica finalmente la aplicación inmediata en materia matrimonial de las leyes nuevas amatrimeo nios ya celebrados, mientras que los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley, son respetados en principio por éstos. -- Pero el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una -- institución. Si la doctrina del Siglo XIX no ha puesto suficientemente -- en claro su caracter de institución, no hay que caer en una reacción e gerada, olvidando su caracter contractual. Eso sería ponerse en contr dicción con las declaraciones más formales de los creadores del matrim nio civil, bajo la Revolución, y de los autores del mismo Código Civil. Sería además colocarse en la imposibilidad de darse cuenta de una serie de disposiciones de nuestra legislación. Cómo explicar, si el matrimonio no es un contrato, el papel preponderante atribuido al consentimiento, y que establece el Art. 146 en una fórmula lapidaria: " no hay matrimonio cuando no hay consentimiento " ?. Cómo explicar que por lo menos una -- parte de la teoría de los vicios del consentimiento se haya introducido en esta materia ?. Cómo explicar que, en una institución de orden públi co, no sean todas las nulidades absolutas ?. La única concepción que res ponde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: el matrimonio -- es un acto complejo, a la vez contrato o institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos auto-- res como un contrato y un sacramento a la vez " .

Cómo es posible me pregunto yo, que una figura jurídica sea a la -- vez contrato e institución ?. A mi entender son entidades que no se jun-- tan. Y el matrimonio debe ser considerado única y exclusivamente como u-- na institución. La tesis de la dualidad que se ha dejado expuesta, ha te

nido su origen en dos cosas: el esfuerzo de los juristas laicos y la influencia revolucionaria encaminados a quitarle a la Iglesia el poder jurisdiccional sobre el matrimonio secularizando éste lo más posible. Como la doctrina del contrato escueto, por más que le dieran característica de contrato especial o sui-géneris no se avenía con la naturaleza y estructura del matrimonio, se vino a sostener la idea doble de contrato e institución.

Es evidente que con la parte que he transcrito, a mi juicio, se ha demostrado que el matrimonio, no es un contrato especial o sui-géneris, por lo que no me detendré a examinar si es sui-géneris o no; lo que sí me interesa por sobremanera es cuando se afirma categóricamente que el matrimonio debe ser considerado única y exclusivamente como una institución.

Sin desestimar la opinión docta transcrita, considero que dichas tesis contractualista e institucional, no resisten una crítica imparcial y justa a sus proposiciones.

En efecto, la familia que es el conjunto de personas unidas entre sí por los lazos del matrimonio o del parentesco, ya sea éste de consanguinidad, afinidad, y en general todas las personas unidas por los vínculos de sangre, vienen a formar así en conjunto con las demás familias el órgano vital del Estado, y es así cuando hablo de la familia es que trato de la organización legal de esta institución que como muy bien lo expone el Dr. Rodríguez Ruz, se relatan a través de los contenidos de la misma: patria potestad, matrimonio, etc. Cómo es posible pues, digo yo, que una institución contenga otra institución; aunque parezca una perugayada pero, esto es como el principio lógico, de que lo definido no debe entrar en la definición. Por otra parte, y como lo veré más ampliamente en su oportunidad, las legislaciones civiles positivas de Europa y Améri

ca incluyendo la nuestra, cuando se refieren en el Capítulo especial de las nulidades en que se reflejan las tesis doctrinarias de los expositores, expresamente señalan actos o contratos, como podría sostenerse que al declararse nulo un matrimonio se diría que se declara nula la institución del matrimonio ?.

En lo que se refiere a la forma contractual diré más adelante los puntos de contacto que toman de ésta y señalaremos lo que considero que es en esencia la naturaleza del matrimonio ubicándole en el lugar que es-timo corresponde.

c)- Es un contrato-institución ?

Me remitiré sobre este particular a los que ya he transcrito por los ilustres civilistas franceses y no puedo decir más que, la hibridez de dos tesis que se han impugnado con los argumentos anteriores, sirvan éstos para rechazar las tesis dualistas, centristas o mixtas, ya que como muy bien se ha expuesto, el matrimonio no puede ni debe ser como figura jurídica contrato e institución a la vez, ya que son entidades que no se juntan.

ch)- Cúal es entonces la naturaleza del matrimonio ?

Llegado a este punto, necesito analizar, aunque escuetamente, cuáles son los basamentos que me servirán para la proposición de mi tesis.

La institución de la familia y no del matrimonio, la acoplo al concepto definitivo dado por el Dr. Rodríguez Rufz, cuando dice: " Conjunto de normas que regulan relaciones jurídicas de la misma clase y que tienen unidad de objeto y de fin, y en las cuales, etc....", es decir, que en este concepto va involucrado toda unión que aún no reconocida legítimamente por la ley, como el reconocido por ésta, caso del matrimonio, regula los lazos con-sanguíneos, afines legítimos e ilegítimos de los mismos. Nues-

tra legislación, por ejemplo, tiene su derecho familiar propio con disposiciones que se encuentran diseminadas en nuestro Código Civil y leyes especiales y mal hacemos en decir que el matrimonio como génesis creadora de una familia, sea la única célula vital para la formación del Estado, cuando comprobamos que la realidad es otra, ya que el porcentaje mayor de que se componen las familias en nuestro país es originado por uniones de hecho; si a esto agregamos que llegan incluso a formar parte de la familia personas extrañas a ésta y que por una ficción legal llega a otorgárseles tal carácter, tal es el caso de la adopción; en fin diré que el matrimonio es pues, parte de la institución familiar y como tal es un acto jurídico dentro de ese régimen normativo.

Decimos que el matrimonio es un acto jurídico porque mediante la manifestación de voluntad, traducida por el consentimiento inequívoco de los contrayentes en el momento de celebrarse el matrimonio devienen consecuencias jurídicas.

Además de ser un acto jurídico, contiene además una serie de regulaciones normativas que son especialísimas, tanto para la celebración del matrimonio, como para las consecuencias que de dicho acto de derivan.

Pero estas consecuencias producidas por dicho acto tienen características propias que no pueden ni deben confundirse con los contratos, ni con los contratos sui-géneris, ni tampoco con la institución. Así, cuando se otorga el consentimiento por parte de los contrayentes se hace en virtud de una alta finalidad espiritual; indubitadamente el acto se verifica entre dos personas de distinto sexo, es decir, entre un hombre y una mujer; lo que deviene del vínculo así formado, son parentesco por afinidad permanente, lazos de consanguinidad legítima o ilegítima, según el caso y de las cuales en último grado surgen las relaciones patrimoniales, legales, etc., como las nulidades, herencias, etc.

Puedo pues afirmar concluyentemente que es una complejidad de elementos legales y de alto sentido espiritual y es por esto que considero que el matrimonio no debe ser un contrato, ni institución, tampoco contrato-institución, sino eminentemente un acto jurídico complejo.

CAPITULO III

TEORIA GENERAL DE LA INEXISTENCIA Y NULIDADES

Concepto de Nulidad en Sentido Gramatical

Qué es nulidad en su sentido natural y obvio ?. El diccionario de la lengua nos responde: " Calidad de nulo; vicio que anula un acto; falta de mérito; incapacidad.- Ejemplo: la nulidad de un empleado; en sentido familiar, persona inútil; Fulano es una nulidad ".- "Nulo: falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto por ser contrario a las leyes o por carecer de las solemnidades que se requieren en la substancia o en el modo ".

Como se nota, en las diversas acepciones que no enseña la Real Academia Española, podemos clasificar cualquier acto de la vida humana imprimiéndole la característica de nulidad, ya sea empleándola en sentido figurado, crítico, despectivo, etc., mas no la emplearemos así en sentido jurídico, como lo veremos más adelante

En nuestro Derecho podemos catalogar los actos en perfectos e imperfectos; los primeros son aquéllos que han cumplido con todas las formalidades que la ley exige; por el contrario, los segundos, son en los que se han omitido uno o varios requisitos que le eran necesarios y esenciales para su existencia o validez. Estos últimos pueden ser nulos e inexistentes.

De la inexistencia jurídica

Se dice que es inexistente un acto, cuando dicho acto nace despro-

visto de legalidad, es decir, que mas bien es un hecho que ha quedado extraño al derecho; en cambio un acto que se celebra o se otorga omitiendo una de las condiciones para su validez, se dice que dicho acto está viciado, es decir, afectado de nulidad.

Siguiendo la doctrina de nuestro Código Civil, diré que en él se contemplan dos clases de nulidades: la absoluta y la relativa; la primera se refiere a la omisión de un requisito que se exige en consideración al acto en sí mismo y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan: y la segunda, se refiere a la omisión de un requisito exigido en atención a la calidad o estado a estas personas.

La teoría de la inexistencia jurídica se planteó a principios del siglo próximo pasado por el jurisconsulto alemán Zacharias y la formuló a propósito de un matrimonio celebrado entre dos personas que pertenecen al mismo sexo y preguntó: Es válido dicho matrimonio porque no hay ley que lo declare nulo?. Y es lógico que no se pueda concebir una situación tal, la que no podría llamar o tildar de anormal, ya que todas lucen es un hecho que va en contra de la misma naturaleza.

Entre los comentaristas se encuentran quienes sostienen que la inexistencia está incluida dentro de la nulidad absoluta, entre ellos, Claro Solar; por el contrario, otros establecen que sí hay diferencia entre uno y otro dándole sus características esenciales, como Alessandri.

A mi modo de ver y analizando los puntos de vista, me adhiero al Profesor Alessandri y puedo afirmar con él, que nuestra legislación no se ocupa de la inexistencia de los actos o contratos que no producen efectos civiles, sino de aquéllos en que viciados por la omisión de algunos requisitos establecidos por la ley, producen efectos civiles, en tanto no sean declarados nulos. Puedo afirmar, que en nuestra legislación, por cuanto no producen efectos civiles, queda extraño a la declaración o

sanción de nulidad porque vale decir que para que ésta se produzca, es necesario que haya producido efectos civiles, y como el acto inexistente no ha nacido a la luz jurídica, dicho acto es inexistente, es nada; y la nada no puede producir nada y filosóficamente hablando se sabe, que la nada no puede devenir en existencia.

Además del fundamento anterior, puedo afirmar que en el título de la nulidad relativa y absoluta solamente a éstos considera nuestro Código, dejando claramente fuera de su ámbito la inexistencia, lo que a mi manera de ver es acertado.

Para concluir, expondré las diferencias notorias entre la inexistencia y la nulidad, entre las cuales tenemos:

- 1o.- La nulidad debe ser declarada judicialmente; la inexistencia no.
- 2o.- El acto inexistente no produce efecto alguno; en cambio el acto nulo, mientras su vicio no se declare judicialmente, produce todos sus efectos.
- 3o.- El acto inexistente no puede sanearse por el transcurso del tiempo; el nulo, sí.
- 4o.- El acto inexistente no puede ratificarse por la voluntad de las partes; en cambio la nulidad relativa, sí; porque como veremos se establece en la calidad o al estado de las personas. El de la nulidad absoluta al igual que el de la inexistencia no puede ser ratificada por las partes, pero aquélla se diferencia de ésta última, porque es una institución de orden público, establecida, no en el interés de las partes, sino en el de la moral y de la ley.
- 5o.- El acto inexistente obra en pleno derecho, o sea que no es necesario que sea declarada por el juez; en tanto la nulidad no

obra de pleno derecho, es decir, que tiene que ser declarada por el juez, de oficio o a petición de parte.

Concepto de Nulidad en Sentido Jurídico

Podemos decir que nulidad en sentido jurídico: "Es la sanción legalmente establecida para la omisión de los requisitos y formalidades -- que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes". Este concepto dado por el Profesor Alessandri, me parece bastante aceptable, por cuanto en ella se encuentran sustancialmente determinadas las dos clases de nulidades. Con base en lo que he manifestado, daré un concepto personal de nulidad, y es la siguiente: -- "Nulidad es la sanción legal establecida por el legislador para un acto cuasi-jurídico, que no ha prescrito su plena validez".

CAPITULO IV

DE LA NULIDAD ABSOLUTA

Con base en el Art. 1551 C., puedo afirmar que tiene lugar: cuando hay objeto, causas ilícitas, cuando se omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y cuando los actos y contratos son celebrados por personas absolutamente incapaces.

Con base en lo anterior diré que: Nulidad absoluta es la sanción legal que se impone a los actos celebrados omitiendo un requisito exigido en consideración a su naturaleza; es decir, que un acto nulo absolutamente, su nulidad, con alcance ilimitado, existe respecto a todos, pero que está viciado en sí mismo. Por otra parte, esta clase de nulidad se encuentra establecida en el interés moral y de la ley; para mantener como es lógico la protección de la primera y obtener la observancia de la segunda.

En general en materia civil el juez obra a requerimiento de parte, salvo en aquéllos casos en que la ley expresamente lo autorice para proceder de oficio, contemplándolo nuestra legislación en el Art. 1553 que dice: " la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; y agrega dicho Art. que 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". Esta excepción que en la realidad viene a ser una sanción se justifica ya que es universalmente aceptado el axioma jurídico de " que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o culpa ". Con relación a la palabra interés, parece que el legislador la tomó en sentido económico, es decir pecuniario, ya que no se explica en otra forma, salvo en el interés de la moral, pero para este caso como lo veré, corresponde al Ministerio Público impugnarla.

El Art. comentado continúa: " puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley "; - esto quiere decir, que si cualquiera persona puede pedir que se declare la nulidad absoluta en atención a un interés pecuniario, el Ministerio Público que es el representante de nuestra sociedad, también puede solicitarla en el interés de la moral y de la ley.

La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ya que ésta se encuentra supeditada al interés de la colectividad, es decir en la generalidad de las personas y no a la voluntad de intereses individuales, pero en cambio si puede sanearse por un lapso de tiempo.

Terminaremos diciendo que la nulidad absoluta debe ser judicialmente declarada, es decir que debe ser declarada por el juez; por consiguiente no obra de pleno derecho, ya que al no existir judicialmente tal declaración, el acto jurídico nulo absolutamente, se encuentra produciendo efectos civiles.

CAPITULO V

DE LA NULIDAD RELATIVA

Si la nulidad absoluta se encuentra establecida en el interés de la moral y la ley, protegiendo los superiores intereses de la colectividad, la nulidad relativa se encuentra establecida en favor de ciertas y determinadas personas en cuyo beneficio las estableció el legislador.

Nulidad Relativa: es la sanción legal impuesta a los actos o contratos con omisión de un requisito establecido y exigido en atención a la calidad o estado de las partes. El Art. 1552. Inc. 3o. señala como casos de nulidad relativa: " Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato ". Esta clase de nulidad tiene lugar en diferentes casos, como: en los actos que ejecutan los relativamente incapaces; cuando hay error substancial, en sentido lato; cuando hay fuerza (no física); cuando hay dolo principal; y cuando hay omisión de solemnidades exigidas en consideración al estado o calida de las personas.

Las características de la nulidad relativa son: no puede ser solicitada por cualquiera persona, sino por aquéllas en cuyo beneficio las haya establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios, me baso en el Art. 1554 C.; de tal manera, que una persona que ha contratado con un incapaz, adolece de nulidad relativa, pues se ha establecido en favor de éste. También puede pedir la nulidad relativa una persona que ha permanecido extraña al acto o contrato celebrado, pero por encontrarse establecida a su favor, puede invocarla; además, puede ser saneada por el transcurso del tiempo, es decir que el plazo que la ley señala para pedir la rescisión según el Art. 1562 C., es de cuatro años, y caso de no incoarla en el tiempo determinado, el legislador ha presumido que el vicio de que adolescía dicho acto, y por ficción de la ley desaparece al

cumplirse dicho término, quedando desde que se cumple el plazo saneado - dicho acto.

DIFERENCIAS ENTRE LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

Haciendo la comparación de los Arts. a que me he venido refiriendo, encontramos claramente la diferencia de las dos clases de nulidades. En primer término tenemos que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; en tanto que en la relativa solo puede ser declarada a petición de parte interesada. La absoluta, puede alegarse por toda persona que tenga interés en ella, y es más, puede pedirla hasta el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley; la relativa solamente pueden alegarla aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes. La absoluta, no puede de ninguna manera sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años; en cambio la relativa, sí puede sanearse por la ratificación de las partes o por un lapso de tiempo de cuatro años.

En resumen se puede afirmar, que tanto la nulidad absoluta como la relativa, necesitan ser judicialmente declaradas, y en tanto no sea declarada por el juez respectivo, estará produciendo sus efectos el acto - viciado, porque lleva en sí misma una presunción de validez; por el contrario, si ya ha sido declarada la nulidad, ésta opera retroactivamente y destruye todos los efectos del acto nulo en el pasado. Ahora bien, si bien es cierto, que dichas nulidades se diferencian en ciertos aspectos, en lo que respecta a efectos, ambas nulidades operan sin ninguna distinción, retrotrayéndose las cosas al mismo estado en que se encontraban al celebrar el acto o contrato.

CAPITULO VI

NULIDAD DEL MATRIMONIO

Teniendo como base que el matrimonio es un acto jurídico complejo, no podemos asimilarlo en todas sus partes a los actos y contratos en general, ya que, como lo vimos en su oportunidad, las diferencias son subtanciales y es lógico suponer que por dicha razón nuestro legislador le destinó un título especial.

Es notorio que los contratos en general llevan entre las partes -- que lo ejecutan o acuerdan, un interés pecuniario, y que se reglamentan por la institución de la Nulidad y Rescisión (Art. 1551 y sig. C.); mas no puedo decir lo mismo del matrimonio, que sigue reglas especiales, como: procedimiento, casuales de nulidad, etc., y más que todo, tiene como piedra angular el génesis de la familia. Por otra parte, si en los demás contratos al declararse judicialmente la nulidad, las cosas vuelven al estado en que se encontraban, en el matrimonio, no pueden volver todos los hechos al estado anterior, sino solamente aquellos susceptibles de corregirse. Por ejemplo: la desfloración de una doncella no podrá remediarse por la declaratoria de nulidad, los hijos habidos poseen ya una filiación legítima o ilegítima, según el caso, etc.

A pesar de lo dicho anteriormente, mi posición del acto jurídico complejo tiene algunos puntos de contacto con la institución relacionada, así tenemos que, en lo que se refiere a la ratificación de las partes; saneamiento del acto por lapso de tiempo; que una vez declarada la nulidad opera retroactivamente, etc.; pero nos encontramos que nuestro Código no señala taxativamente los actos o contratos inexistentes, es decir, aquéllos que no han nacido a la vida legal, por lo que se preguntaría si en el caso de que dos personas se casan ante un juez de paz o ante un notario o bien que haya sido celebrado ante el funcionario competente, pe-

ro para que firme el acta de matrimonio un individuo le toma la mano --- por la fuerza para que la firme; Son nulos o inexistentes dichos actos ? En primer lugar diré que en estos casos no se trata propiamente de actos, sino que de hechos naturales sin relevancia jurídica, pues ya nuestra -- ley establece expresamente los funcionarios que deben autorizar dichos - actos y, segundo, es necesario que la persona o personas que lo contraen den su pleno consentimiento, y como en el caso último se dió por la fuerza física, no hubo voluntad para dar su consentimiento; por consiguiente, estos hechos se reputan que jamás han nacido a la vida jurídica y por lo tanto son hechos que se manifiestaron como cualquier otro, pero dentro - del marco del Derecho Civil, estos actos se reputan inexistentes.

CAPITULO VII

COMENTARIOS DE LOS ARTS. 162o. AL 167o.

Dicho lo anterior, comenzaré analizando y comentando las disposi-- ciones contenidas del Art. 162o. C. al 167o. C., con las relaciones nece-- sarias de otras instituciones. El Art. 162o. C., dice: " No se reputará válido para los efectos de ley: lo. El matrimonio que se contraiga por el que tenga alguna de las incapacidades expresadas en los Art. 102 y -- 103 ". Agregando en el inciso siguiente una excepción relativa a los me-- nores que no tienen la edad requerida por el Art. 102.

Ante todo debo adelantar que tanto el Art. 102 y 103 se refieren a causales de nulidad por impedimentos dirimentes, ya sean estos absolutos o relativos; los impedimentos impeditivos no producen nulidad, por cuanto se someten, ya sea uno de los cónyuges o el funcionario que autoriza dicha celebración, bien a una sanción de orden civil, bien a una sanción penal y en varios casos a ambas.

Tenemos así que, los impedimentos dirimentes absolutos y relativos, señalan la incapacidad que tienen determinadas personas para la apti--

tud de contraer matrimonio, los primeros incapacitados para contraerlo - con todas las personas en general; los segundos solamente para las personas que taxativamente señala la ley; pudiendo contraerlo con todas las - demás.

Las nulidades como se sabe son de dos clases: absoluta y relativa.

En los demás contratos estas nulidades se las encuentra bien diferenciadas, y a nuestro modo de ver con respecto al acto jurídico complejo del matrimonio, pareciera que se confunden indistintamente en ciertos casos, por Ejemp.: sea el caso de una impúber de once años, que haya contraído matrimonio con un hombre mayor de edad, sin más impedimento que el señalado por el numeral 10. del Art. 102. A primera vista nos encontramos -- sin lugar a dudas con un matrimonio nulo absolutamente, pero aplicando -- la excepción del segundo inciso del numeral 10. del Art. 162, se llegaría a la conclusión de que por una ficción de la ley se reputaría válido por una prescripción especialísima; pero bien, en este caso, nos parece que queda todavía el recurso de la nulidad absoluta por cualquiera persona que tuviera interés actual; pero si la mujer queda embarazada desde -- el primer momento en que hubo cohabitación, que no es imposible, querría decir, que con solo éste hecho, la validez opera de pleno derecho ?. Opino que sí, pues es un hecho muy conocido que la generalidad de los que -- contraen matrimonio, lo primero que resulta de la cohabitación, es la -- preñez. Al contrario, si no ha habido preñez y no se ha cumplido la prescripción de que hablamos; Podría la impúber impugnar por medio de su representante legal por A o B razones, sin que mediare el interés pecuniario, la nulidad ?, me parece que sí, pues no se han dado las condiciones que ha señalado la excepción comentada.

El segundo numeral del Art. 102, señala con incapacidad absoluta a los enajenados mentales. Estamos de acuerdo que esta incapacidad produce

la nulidad absoluta, y aún más podría presumir, aunque nuestra legisla--
ción no lo considera, que el individuo que contrajere matrimonio en este
estado, está inapto para dar su consentimiento. Pero puede darse el caso
de que un enajenado se haya casado en un intérvalo lúcido y el matrimo--
nio esté produciendo sus efectos; en este caso corresponde al otro cónyu
ge o cualquier otra persona que tenga interés en ella, probar que adoles
cía el incapacitado, antes de haber contraído matrimonio: caso contrario
se regirá según el Título relativo a las obligaciones y derechos entre -
los cónyuges. Personalmente, conozco un caso, en que a pesar de ser noto
ria la incapacidad apuntada, se efectuó en la ciudad de Sonsonate un ma-
trimonio en estas condiciones, sin que hasta la fecha se haya impugnado
por la nulidad de que adolece, y es más, se ha procreado un hijo que ado
lece también de enajenación mental; y no es porque la señora no tenga fa
milia quien la pueda solicitar, ya que se trata de personas adineradas y
que gozan de una buena posición social, y es conocido que uno de los cón
yuges, procedió dolosamente para apropiarse de los bienes de su otro cón
yuge.

El numeral 3o. se refiere a los impotentes, y es natural que se en
cuentran incapacitados, ya que no pueden llenar uno de los requisitos e-
senciales del matrimonio; pero para que este caso suceda, me parece que
es necesario que dicha incapacidad sea declarada antes de la celebración
del matrimonio, pues una vez celebrado éste, más bien se buscaría la di-
solución por mútuo consentimiento, según las reglas del divorcio.

El numeral 4o., nos señalará a los que se hallen ligados por vínculo
matrimonial no disuelto legalmente. En nuestro país está prohibida la bi
gamia; nuestro sistema es esencialmente monogámico, es decir que un hom-
bre o una mujer solamente podrá estar casado, una sola vez, y podrá -
hacerlo nuevamente por causa de muerte de uno de los cónyuges, por el di

vorcio y por la declaratoria de nulidad ejecutoriada, llenando los requisitos establecidos por la Ley; sea el caso de que existen dos matrimonios en el cual el hombre se ha casado con dos mujeres, de los cuales el primer matrimonio adolece de nulidad y el segundo efectuado posteriormente a aquél, habiendo llenado todos los requisitos y formalidades que la ley prescribe, nos preguntaríamos: Es válido el primer matrimonio y nulo el segundo ?; Serán nulos los dos ?; Será nulo el primero y válido el segundo ?. A esta última pregunta respondo afirmativamente que me parece la correcta amparándome en el numeral que comento, y con la argumentación siguiente: de que al impugnar la nulidad del primero, por el vicio de mérito y una vez declarada por el juez competente, se retrotrae a la fecha de celebración del acto y el vínculo jurídico se reputa no haber existido, concluyendo por consiguiente que el segundo matrimonio es válido.

Además de los numerales comentados, parece ser que el legislador omitió la incapacidad de los sordomudos, y al contemplar este vacío de la ley, diré que los sordomudos analfabetos son incapaces de poder contraer matrimonio, ya que como es lógico no pueden dar su consentimiento; en cambio, los que puedan darse a entender por escrito, sí, siendo válido el acto.

Con relación a los dirimentos relativos contemplados en el Art. 103 numerales 1o. y 2o., incestuosos, me parece que se han señalado tales impedimentos, más que todo por moralidad, aunque nuestros legisladores consideraron también el motivo de estas uniones daría por resultado la procreación de hijos anormales, pero con las avances científicos modernos se ha comprobado que no es por ello las causas de estas anormalidades, se deben a ciertas enfermedades de los padres; quédanos pues, que fundamentalmente se encuentran por razones de moralidad, que es lo que me parece más correcto. Estoy de acuerdo que adolecen de nulidad absolu-

ta.

En cuanto al numeral 3o., puedo decir que también adolece de nulidad absoluta, y como fundamento de tal aseveración se debe destacar el axioma jurídico universalmente aceptado " nadie puede aprovecharse de su propio dolo o culpa ", pudiendo impugnarla cualquier persona que tenga interés en ella " .

El inciso 2o. del numeral 1o. del Art. 162, termina por imponer -- sanciones civiles a los funcionarios y al cónyuge culpable; lo cual veo justificado, ya que como se sabe, el primero se encuentra en la obligación de observar las disposiciones que señala la ley; y el segundo en que tiene obligación de conocer la ley, ya que no puede alegarse la ignorancia de ésta.

El numeral 2o. del Art. 162, se refiere a la incompetencia del funcionario. Entendemos que es el caso de los Arts. 117 y 132 C., y de no cumplirse con dichas formalidades y requisitos, el matrimonio así celebrado es nulo absolutamente. En nuestro medio es corriente la violación de tales disposiciones ya que por A o B motivos, dos personas con domicilio y residencia en San Salvador, van a cualquier otro Municipio aledaño a efectuar dicho acto, sin llenar las formalidades prescritas. Hasta aquí las nulidades absolutas en las que el Dr. Manuel Arrieta Gallegos en su tesis doctoral se pronuncia así:

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

Como el 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, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; 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 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 a 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 absoluta del matrimonio puede ser reclamada por cualquier 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 suceder por causa de muerte a su padre con exclusión de una segunda esposa con quién este contrajo matrimonio viciado de nulidad ".

Siento no concordar con el ilustre catedrático de Derecho Penal, al estimar que fuera de los casos especiales de la edad y del numeral 3o. - que enseguida comentaré, se debe, en interés de la moral y de la ley pedirse su declaratoria mientras la nulidad no haya prescrito; es más, los numerales 1o. y 2o. del Art. 103 no podrán incluso prescribir, ya que los derechos que en ellos se contemplan son irrenunciables e imprescriptibles.

En síntesis sostengo, que fuera de las excepciones que se comentan, las nulidades absolutas que sean originadas en el matrimonio por los impedimentos dirimentes absolutos y relativos, debe ser declarado de oficio por el juez al tener conocimiento de tales vicios, así como pedidos por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley. Cómo, me pregun

to, el Juez o Ministerio Público va a cerrar los ojos ante semejantes ve
jaciones jurídicas y vicios tan monstruosos moral y legalmente ?.

El numeral 3o. del Art. comentado se refiere al matrimonio contrai
do por error en la persona, por coacción o por miedo grave que vicie el -
consentimiento. En estos casos la nulidad es esencialmente relativa, por
que únicamente puede impugnarse por el cónyuge que ha sufrido el error,
la coacción o el miedo grave que vicie el consentimiento, porque es una
causa subjetiva en que solamente la persona que la ha sufrido, la tiene
invita en su fuero interno. Según entiendo el error de la persona es a
quél en que creyéndose casarse con una persona se casa con otra, es de--
cir que debe recaer en persona conocida, ya que considero que si recae -
sobre una persona desconocida, el matrimonio es válido, porque en este -
caso si hay consentimiento; con respecto a la condición, fortuna o cualii
dad de la persona, tampoco hay error en la persona.

En cuanto a la coacción o miedo grave que vicie el consentimiento,
diré que se encuentran empleados como sinónimos, y se refiere más que to
do a la fuerza moral, psíquica y no física, que cualquiera persona ejer-
ce sobre un individuo, y que sea inferida sin que pueda resistir, por u-
na causa sin fundamento alguno. Sin embargo, dice la ley, será no obstánte
válido el matrimonio que celebrado en tales circunstancias, si hubie-
ran transcurrido tres meses, o sea una prescripción especialísima, desde
que se conoció el error o cesado la coacción, sin haber reclamado duran-
te este tiempo la nulidad.

El Art. 163 se refiere: " El impedimento que según las leyes de es
te Código anula el matrimonio no será causa de disolución cuando sea su-
perveniente". Esta disposición es la que prevee los casos en que cuando
ya celebrado el matrimonio, uno de los cónyuges se enajenare o se descu-
briese que uno de ellos es impotente, o sea, que no puede invocarse la -

nulidad.

El Art. 164 se refiere a lo que ya comenté antes, o sea, a los dos primeros numerales del Art. 162; podrán pedir la nulidad los cónyuges o las personas que tengan interés en ella y en el caso del numeral 3o. solamente podrá pedirla o reclamarla el cónyuge que sufre la coacción o el miedo. En los casos del numeral 1o. y 2o. del Art. 162, esto se justifica, pues es natural que si la ley no estableciera un motivo poderoso", - de la persona que tenga interés en ella ", nos veríamos en el penoso caso de que cualquiera persona podría impugnar tal nulidad, ya por enemistad, ya por cualquiera otra puerilidad, sin embargo nos remitiremos a lo dicho en páginas anteriores.

En cuanto al Art. 165 es de puro procedimiento, del cual únicamente diré que es al juez de la Instancia del domicilio de los cónyuges a --- quien le corresponde conocer del juicio de nulidad, quien se atenderá en lo dispuesto en los Arts. 149, 150 y 151 C.

El Art. 166 se refiere más que todo al nombramiento del defensor -- del matrimonio; sobre este particular parece que el legislador se inspiró en la idea de conservar y mantener hasta donde fuera posible, la unión de ambos cónyuges, pero, en honor a la verdad puedo decir que en la práctica, el defensor en esta clase de juicios no tiene importancia, porque -- como es lógico suponer, que aquél que impugna la declaratoria de nulidad posee plenas pruebas para que aquélla sea declarada.

Con respecto al Art. 167, a mi entender no dice nada, y creo más -- bien que esta disposición regulaba algunas otras disposiciones que ya -- fueron derogadas, y que sin duda alguna reglaban los matrimonios nulos. Me parece que este Art. debiera ser derogado.

CAPITULO VIII

EL MATRIMONIO PUTATIVO (Art. 168. C.)

El Art. 168 regla el matrimonio putativo, o sea aquél matrimonio nulo que produce efectos civiles, para los cónyuges de buena fe y para los hijos habido en él. Para que éste se repunte putativo dice la ley, debe--rán darse las circunstancias siguientes: que haya sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, justa causa de error y buena fe.- En --cuanto a las solemnidades, diré que son los requisitos y formalidades --que exige la ley para la celebración del matrimonio; en cuanto a la bue--na fe, sería el desconocimiento del impedimento antes de celebrar el ac--to; y la justa causa de error, las pruebas pertinentes y justificadas --que hayan hecho creer que dicho impedimento no existía.

Con base en lo anterior, puedo exponer los casos siguientes: cuando ambos cónyuges ignoran el impedimento; en este caso me parece que la nul--lidad produce como en el matrimonio válido todos los efectos civiles, --tanto para ambos cónyuges como para los hijos habidos en el matrimonio;- cuando uno de los cónyuges ignoraba el impedimento y el otro no, en este caso la misma ley nos dice expresamente que produce efectos civiles para el cónyuge de buena fe y de los hijos habidos en él, de manera que si es la mujer o en sus defectos el hombre, que procedió de buena fe, conservará la patria potestad y todos los demás derechos que la ley le concede, por el contrario el de mala fe, estará obligado para con ellos con todas las disposiciones relativas al matrimonio válido; cuando ambos cónyuges conocían los impedimentos; en este caso no producen efectos respecto de los cónyuges, pero sí de sus hijos habidos en él, que tendrán la calidad de legítimos y estarán obligados a tratarlos como tal.

Como se nota, en todos estos casos se produce la nulidad, y se nota también que en todos ellos se producen efectos civiles; pero, llama la a

tención uno de los casos contemplados por los comentaristas Claro Solar y Alessandri, o sea el del soldado que se dió por muerto en el campo de batalla, de la cual recibió certificación el cónyuge sobreviviente, y una vez obtenida ésta vive en concubinato con otra persona, con la cual procrean un hijo (modalidad nuestra no incluida en el caso), y al tener éste la edad de tres años, deciden legitimarlo por matrimonio posterior y se casan (Art. 193 C.). Posteriormente aparece el verdadero esposo, que en realidad no había muerto y se declara nulo el segundo matrimonio. No dudo que se trata de un caso de matrimonio putativo perfecto, ya que en él encuentro: solemnidades, justa causa de error y buena fe por parte de ambos cónyuges. Este matrimonio nulo produce efectos civiles, respecto de los cónyuges según el artículo comentado; pero, me pregunto si respecto al hijo produce también los mismos efectos.. Si argumento, que si para los padres produce efectos civiles, sería lógico suponer que también lo producirán con respecto al hijo. A mi modo de ver y en contra del argumento anterior puedo decir, decir: en primer lugar acepto que se trata de un matrimonio putativo Art. 168 C. que produce efectos civiles respecto de los cónyuges, del hijo; basándome en el Art. 168 C., también en los Arts. 193 215 y 216 C., porque para que esto sea así, es necesario que el hijo haya sido habido en él.

A pesar de lo que aquí argumento, basado naturalmente en las disposiciones legales pertinentes, soy de opinión personal, de que los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, como en el presente caso, así como también los incestuosos, adulterinos, etc., deberían tener los mismos derechos que los verdaderos hijos legítimos, ya que consideramos que estos vienen a cargar con una sanción civil, de la cual solamente tienen responsabilidad los padres de éstos, ya sea por dolo o culpa de estos malos padres.

BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Sobre el caso del matrimonio putativo perfecto en que ambos cónyuges proceden de buena fe, deseo pronunciar me doctrinariamente sobre algo que me ha hecho meditar profundamente y la propongo en esta tesis para que sea considerada y analizada por los entendidos.

Comenzaré por decir que en el léxico jurídico tenemos tres palabras de un significado completamente distinto pero que muchas veces han originado confusión, estas son: resolución, rescisión y resciliación. La resolución tiene como característica especial que al ser declarada judicialmente ejecutoriada se retrotrae a la fecha en que un acto o un contrato se verificó quedando como que no se hubiere celebrado. La rescisión por su parte o nulidad relativa, es la que una vez declarada y ejecutoriada la sentencia se reputa que dicho acto o contrato no ha existido jamás, - La rescisión y la resolución son paralelas en este sentido, se diferencian en el motivo de la petición de tal declaratoria. En cambio la resciliación es la manifestación bilateral de las personas que intervienen en el acto o contrato, o sea, que en este caso ha producido efectos jurídicos desde el momento de perfeccionarse el acto o contrato hasta el momento de resciliarse los mismos. Aquí pondré como ejemplo de mi tesis la disolución de el matrimonio por el divorcio por mutuo disenso. Aunque no es esta mi última elucubración sobre el particular, es innegable que es un caso típico de resciliación. Pero no puedo ejemplarizar ese caso para llegar a nuestro matrimonio putativo perfecto, ya que en éste, cuando la buena fe se pierde por parte de ambos cónyuges, que a su vez habían sido de buena fe, estimo que por una ficción de la ley opera una resciliación legal, es decir, que la voluntad suprema del legislador plasmada en la ley ha venido a suplir la voluntad de ambos cónyuges dándole validez al acto matrimonial hasta el momento que desapareció la buena fe. De tal manera que no obstante la declaratoria de nulidad considero que los efec--

tos se deben reputar válidos y con eficacia jurídica desde la celebración del acto hasta la pérdida de la buena fe, y la nulidad a partir de la pérdida de aquella con la declaratoria de ésta.

Termina el Art. comentado en su inciso 2o. diciendo: " Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio, etc. ". Es natural que si ambos cónyuges proceden de buena fe no hay problema; cuando ambos proceden de mala fe, se revocarán éstas de conformidad al Art. 1594; cuando solamente uno de ellos procedió de buena fe, el cónyuge culpable se sancionará de acuerdo con el Art. 151, 4o. y 1594 C.

CAPÍTULO IX

COMENTARIOS DE LOS ARTS. 169 AL 172 C.

El Art. 169 se refiere a la disolución del matrimonio por causa de muerte y por la sentencia ejecutoriada de divorcio absoluta. Esta disposición me parece que más bien encajaría en el capítulo relativo al divorcio ya que si se habla de disolución, más bien se trata de disolver un vínculo matrimonial legalmente existente, que de un matrimonio con vicio de nulidad.

Las disposiciones siguientes, o sean, los Art. 169, 170, 171 C., a mi juicio no corresponden a la nulidad del matrimonio e ignoro cuales habrán sido las razones que tuvo el legislador para incluirlos en el presente capítulo.

El Art. 169, más bien debió ubicarse en el capítulo relativo al matrimonio, y no se hizo más que repetir lo que ya se ha legislado en las disposiciones relativas a los únicos casos de disolución del matrimonio, como son la muerte y el divorcio y que se expresan en los Arts. 97 y 144 C.

Las otras dos disposiciones se refieren específicamente a regulaciones en materias de divorcio según la ley aplicable y estimo que deberían

estar colocadas en el capítulo relativo al divorcio con la salvedad de que debió señalar el legislador se extendiera su aplicación en materia de nulidad del matrimonio.

El Art.172 dice: " Anulado ejecutoriadamente el matrimonio los hijos varones de cinco años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al de la madre habiendo buena fe por parte de ambos cónyuges. Si la hubo -- tan solo por parte de uno de ellos quedarán los hijos de ambos sexos bajo su potestad y cuidado; pero en todo caso continuarán al cuidado de la madre los menores de cinco años hasta que cumplan esta edad "; y el Art. 173 C. que tiene íntima relación con el transcrito dice: " Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá efecto si los padres de común acuerdo dispusieren otra cosa ". Al comentar la primera de las disposiciones --- transcritas noto claramente que el legislador fué omiso al no incluir la palabra " mayores " de cinco años cuando se refiere a los varones y que se relacionan con los Arts. 151 No.2o., Inciso 2o. del 165 y 234 C. Por otra parte, dicha disposición en comento se remite a dos casos específi- cos, es decir, cuando ambos cónyuges han obrado de buena fe y cuando solamente uno de ellos la haya tenido. Para el primero de los casos se apli- ca la disposición del Art. 173 cuando la voluntad de los padres dispone de la distribución de los hijos en forma supletoria de ésta y que el le- gislador por motivos de orden moral sabiamente estatuyó la disposición - relacionada.

Caso distinto es cuando uno de los cónyuges obró de mala fe, y en este sentido el legislador se pronunció en forma diferente para la dis- tribución de los hijos pues la causa es distinta que para el anterior y, desde luego como una sanción civil para el dolo. Opino que la distribu- ción de los hijos a que se refieren las presentes disposiciones, única- mente se concretan al cuidado personal de aquéllos, ya que no pueden, --

por una parte, ser derogatorias de disposiciones positivas y vigentes -- por la voluntad de los cónyuges, y por otra, en el caso de que los dos cónyuges fuesen declarados de mala fe, a quien podría otorgársele la patria potestad si ambos son culpables ?. Sostengo pues, que las disposiciones comentadas se refieren exclusivamente a los casos del cuidado personal de los menores hijos y no a los legítimos e imperativos derechos -- que la ley ya taxativamente dispone, como lo es de la patria potestad.

Los Arts. 174, 175 y 176 C., considero los dos primeros artículos, -- son de tipo eminentemente procesal, pues el aviso librado a travez de un oficio por parte del juez que declara la nulidad a la autoridad competente que celebró el acto, es evidente que forma parte de la sentencia pronunciada para borrar la eficacia jurídica que aparentaba dicho acto; y -- en cuanto al tercero artículo, es un resabio histórico y es indudable -- que se encuentra tácitamente derogado ya que en la actualidad ningún matrimonio se rige por el estatus de la comunidad de bienes y, caso de que mas de alguno apareciere sería interesante considerar si después de sesenta años de haber desaparecido el régimen de la comunidad de bienes se pudiera anular un matrimonio en que los cónyuges hayan celebrado sus bodas de oro. Estimo la imposibilidad de declarar nulo un matrimonio en semejantes circunstancias y únicamente creemos que la disposición en comentario pueda tener aplicación en algún caso de capitulaciones matrimoniales.

=====
C O N C L U S I O N E S
=====

Con lo anterior he concluido con el trabajo que me habia propuesto, desde luego, he tratado a lo largo de todo este corto recorrido establecer mis propias conclusiones, no sin antes haber analizado las opiniones autorizadas de mentores de gran valia intelectual en el campo del Derecho Civil, y pláceme en gran manera dejar establecidos ciertos pensamientos personales como son: el problema tan arduamente discutido desde hace mucho tiempo, la naturaleza del matrimonio, del cual sostengo que es un acto jurídico complejo, así como el caso del derecho de petición de la declaratoria de nulidad del matrimonio que, con las excepciones señaladas, la pueden pedir, no sólo como dice la ley, por el que tenga interés en ello, sino por el Ministerio Público y cualquier persona, para mantener inmanentemente el matrimonio en el más alto nivel social y moral; y por último sostengo como una excepcionalidad a la nulidad del matrimonio putativo, que la eficacia jurídica de éste debe mantenerse legalmente durante el tiempo que indiqué en su oportunidad a través de la teoría que formulo, o sea, la resciliación legal.

FINIS CORONAT OPUS
=====