

monio civil. La suprema corte decidió que el ministro del culto no había podido proceder á la celebración del matrimonio religioso (1). No es posible prevalerse del estatuto personal contra una ley que concierne esencialmente al orden social. Tampoco es dado cometer un delito en nombre de la libertad religiosa.

1 Sentencia de la corte de casación de 19 de Enero de 1852. (*Pasicrisis*, 1852, 1, 85). La corte de Paris ha decidido que el matrimonio celebrado entre una francesa y un extranjero ante el ministro protestante, es nulo (Sentencia de 18 de Diciembre de 1837, en *Dalloz*, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 590, 1°)



CAPITULO II.

DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

§ 1° De la distinción entre los matrimonios inexistentes y los matrimonios nulos.

269. El capítulo 1° del título V se intitula: *De las cualidades y condiciones requeridas para poder contraer matrimonio*. Estas condiciones son: la edad, el consentimiento de los contrayentes, el consentimiento de los ascendientes ó de la familia, la falta de impedimentos y al celebración pública del matrimonio por el oficial del estado civil competente. ¿Será necesario distinguir entre estas condiciones las que están prescritas para la existencia del matrimonio y las que sólo lo están para su validéz. Ya hemos dicho, al tratar de la autoridad de la ley, que la doctrina establece una distinción entre las actas nulas, es decir, anulables, y las que para la ley no tienen existencia; llamaremos á estas últimas *inexistentes*, aunque no sea admitida la palabra por la Academia, pero expresa enérgicamente el pensamiento de los autores.

Las actas nulas, por viciadas que estén, existen, sin embargo, y producen todos los efectos jurídicos que les son inherentes, en tanto que no hayan sido anuladas. Debe por consiguiente, para que dejen de producir efectos jurídicos, intentarse la acción de nulidad; dejan de existir úni-

camente desde que se pronuncia el fallo que declara su anulación. Si no se intenta la acción de nulidad, las actas, aunque nulas, producirán los mismos efectos que si no contuvieran vicios. No sucede lo mismo con las actas inexistentes. La misma palabra indica que no pueden producir efecto alguno; la nada no puede tener ninguna fuerza, ningún poder. Como estas actas no tienen existencia legal, no es necesario combatirlas; debe agregarse: lógicamente, no se concibe que se pida la anulación de una acta inexistente; ¿puede pedirse el anodamiento de la nada? Poco importa, por lo mismo, que no se promueva judicialmente para destruir estas actas que no tienen más que una existencia aparente; siempre será un hecho cierto decir que no existen; y en cualquiera época que se prevalegan de ellas en contra nuestra, podremos rechazarlas diciendo que se nos opone la nada. Sucede lo contrario con las actas nulas. Puesto que estas deben ser anuladas por el juez para que pierdan sus efectos, se necesita intentar la acción de nulidad dentro del plazo prescrito por la ley; trascurrido este plazo, prescribe la acción de nulidad, y el acta nula se vuelve del todo válida. En tanto que el acta inexistente, nunca puede ser válida, porque la nada siempre es nada.

Síguese de esto que las actas nulas pueden ser confirmadas. El vicio que las desvirtúa, desaparece con la confirmación de aquel que tenía el derecho de pedir la nulidad. No estando establecido este derecho más que en su favor, es libre de renunciarlo, y si lo renuncia, ya no hay razón para que el acta sea nula, es tan válida como si nunca hubiera contenido vicios. ¿Es lo mismo respecto de las actas inexistentes? No, en estas no existe vicio que pueda desaparecer con una renuncia. Acabamos de decir que de una acta inexistente no nace la acción de nulidad; ¿cómo, pues, se renunciaría á ella? Confírmese la nada tanto cuanto se quiera, que no por eso dejará de ser nada.

270. La distincion de las actas nulas y de las actas inexistentes conduce á distinguir las condiciones requeridas para la existencia de las actas jurídicas de aquellas que se requieren para su validez. Hay condiciones sin las cuales no podría existir una acta jurídica; si falta una de esas condiciones, el acta es inexistente. Hay otras condiciones requeridas para la validez de las actas; si adolecen de defecto, el acta es nula, pero existe por eso mismo, porque se supone que no le falta ningun elemento requerido para su existencia. La distincion se concibe muy bien en teoría; veamos si recibe su aplicacion en el matrimonio. Zachariæ, el primero que lo ha demostrado científicamente, establece las siguientes condiciones para que el matrimonio exista: la diferencia de sexo, el consentimiento, la solemnidad. Todas las demás condiciones ó cualidades exigidas para poder casarse, no están prescritas más que para la validez del matrimonio. Si falta una de las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio, el matrimonio es inexistente; si lo que falta es una condicion requerida para la validez, el matrimonio es nulo (1). Vamos á exponer en primer lugar la teoría de Zachariæ; despues veremos si esta teoría es la del código.

§ 2º Cuales son las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio.

271. Las partes contratantes deben ser de distinto sexo. Si una mujer se casara con una mujer ó un hombre con un hombre, no habria ciertamente matrimonio. Se ha presentado el caso con un hermafrodita (2). ¿Debe decirse que semejante matrimonio es nulo, es decir, anulable? Eso

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 450, p. 210.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Hermafrodita*. *Gaceta de los Tribunales* de 19 de Abril de 1834.

implicaría que la nulidad debe ser solicitada, y que si no lo fuera existiría el matrimonio y produciría todos los efectos de una unión legítima. Ahora bien, esta suposición es insensata. Aun cuando nunca se hubiera pedido la nulidad, aun cuando trascurrieran treinta años sin que hubiese ni acción ni fallo, el pretendido matrimonio de dos personas del mismo sexo, no dejaría de ser un matrimonio inexistente. Esta unión es, pues, más que nula, no existe. ¿Deberá decirse lo mismo si hubiere impotencia? En teoría puede sostenerse, y esa es la opinión de Zachariæ: un hombre impotente no es hombre, puesto que le falta la condición esencial de la virilidad. ¿Ha admitido esta teoría el código? La cuestión es muy dudosa, ora se considere el matrimonio como inexistente, ora se le considere sólo como nulo. Más adelante la examinaremos.

272. El consentimiento de los contrayentes es una condición sin la cual no se concibe el matrimonio. Es de la esencia del matrimonio que los futuros cónyuges hayan consentido respectivamente en recibirse por marido y mujer. Supóngase que el oficial del estado civil haya celebrado el matrimonio sin que uno de los futuros cónyuges haya declarado que consiente en él, el matrimonio sería más que nulo, sería inexistente. Sin consentimiento no hay nada, sólo existe el vacío. Lo mismo sucedería si hubiera incapacidad absoluta para consentir. Uno de los comparecientes es atacado de demencia en el momento mismo en que declara que consiente, ó se halla en tal estado de embriaguez que no está capaz de manifestar su voluntad; no habrá matrimonio, porque sin manifestación de voluntad no hay consentimiento, y sin consentimiento no hay matrimonio. No sería lo mismo si el consentimiento de uno de los cónyuges estuviera viciado por la violencia ó el error. Los vicios del consentimiento, aun el más radical, que es el error, no dan lugar, en la teoría del código civil,

más que á una acción de nulidad; de consiguiente, el matrimonio será nulo, pero existirá. Esta distinción está también fundada en razón, al ménos por la violencia; el consentimiento existe, desde ese momento existe también el acta jurídica; pero estando viciado el consentimiento, también lo está el acta, es decir, es nula. La cuestión es más dudosa con el error, especialmente cuando recae sobre la identidad de la persona: en este caso ¿el matrimonio es inexistente ó nulo? Ya volveremos á tocar ese punto.

¿Qué hay que decir de los sordo-mudos? El proyecto de código los declaraba incapaces de contraer matrimonio, á no ser que se justificara que estuvieran capaces de manifestar su voluntad. Esta disposición aplicaba á los sordo-mudos el principio del consentimiento, pero estaba mal formulada, porque establecía en principio la incapacidad, siendo así que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. El primer cónsul y Portalis hicieron la observación de ello (1). Esto equivalía á decir que era necesario dejar á los sordo-mudos bajo el imperio del derecho común. Si se hallan en estado de manifestar su voluntad, podrán contraer matrimonio; si no pueden manifestar su voluntad, el consentimiento se haría imposible; de consiguiente, si se celebraba el matrimonio sería inexistente. En vano se alegaría que han podido consentir, que tal vez han consentido; se contestaría que el consentimiento no es un acto que pasa en la intimidad de la conciencia, sino que es un acto externo. Un consentimiento no manifestado no es un consentimiento, y en consecuencia, no hay tal matrimonio.

273. El matrimonio es un acto solemne; debe celebrarse con las formalidades prescritas por la ley. ¿Quiere decir que se requieren todas esas formalidades para la existencia del ma-

1 Sesión del consejo de Estado de 26 fructidor, año IX (Loché, t. II, ps. 311, 314, 315, núms. 1, 11 y 12).

trimonio ó al ménos para su validez? En teoría, segun las disposiciones del código, es necesario distinguir. Hay formalidades que relativamente son de tan poca cuantía que su inobservancia no puede traer consigo la nulidad del matrimonio; éste existe, pues, y es válido. Por el contrario, hay formalidades sustanciales sin las que no se concibe el matrimonio. No basta que los futuros cónyuges consientan en recibirse por marido y mujer, es necesario que ese consentimiento sea declarado ante un oficial público, representante de la sociedad; él es quien declara en nombre de la ley, que las partes contratantes quedan unidas en matrimonio (art. 75). De consiguiente, sin oficial público, no hay matrimonio. No basta un oficial público cualquiera, se necesita que sea el oficial del estado civil; si otro funcionario celebrara el matrimonio, como no tendria ninguna calidad para ello, seria como si un advenedizo procediera á la celebracion del matrimonio; en realidad, no habria oficial civil, y en consecuencia, tampoco habria matrimonio. De otra suerte seria si el matrimonio se celebrara por un oficial del estado civil, pero que no tuviera competencia. En este caso, ya no puede decirse que no hay oficial civil; por consiguiente, el matrimonio existiria, pero adoleceria de vicio en razon de la incompetencia del que lo ha celebrado; seria un matrimonio nulo.

La presencia del oficial público es, en concepto nuestro, la única solemnidad prescrita para la existencia del matrimonio. Zachariæ exige además que la expresion del consentimiento de los contrayentes sea consignada en el acta de celebracion que debe levantar el oficial del estado civil. Verdad es que lo exige el código (art. 75). ¿Resultaria que el matrimonio seria inexistente si el oficial público descuidara llenar esa formalidad? Segun el derecho comun que rige los actos solemnes, habria que contestar afirmativamente. El art. 1339 declara inexistente la do-

nacion por el sólo hecho de ser nulo en la forma el acto testimoniado. ¿Se puede aplicar, por analogía, esta disposicion al matrimonio? No lo creemos. El código prescribe solemnidades cuya inobservancia no está sancionada sino con una multa; hay algunas que no tienen sancion. De consiguiente, no pueden aplicarse al matrimonio los principios generales de los contratos pecuniarios. En razon de la importancia de este acto y de las consecuencias graves que resulta de su nulidad ó de su inexistencia, el legislador ha debido establecer principios especiales. La cuestion corresponde, pues, al derecho positivo; ahora bien, no se ve que la ley declare inexistente el matrimonio cuando no se ha expresado el consentimiento; si realmente ha sido dado, el matrimonio es válido, á ménos que se haga rectificar el acta. Zachariæ confiesa que las partes son admitidas para probar que han expresado su consentimiento. Sentado esto, la falta de mencion no es más que un vicio que puede ser reparado, y en consecuencia, no puede decirse que el matrimonio sea inexistente (1).

§ 3º ¿Ha sancionado el código la doctrina de las actas inexistentes?

274. La cuestion es muy dudosa. Desde luego hay un error respecto de la teoría de las actas inexistentes, el cual ignora Pothier, y ya se sabe que Pothier es el guía constante de los autores del código de Napoleon. Ese autor no hace distincion entre las actas inexistentes y las actas nulas. En su *Tratado de las obligaciones* dice perfectamente que no hay consentimiento si falta el concurso de voluntades sobre la naturaleza y sobre el objeto del contrato. ¿Se deduce de esto que es inexistente el contrato si

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 451, bis, p. 216 y siguientes.

una de las partes ha entendido hacer una venta nula y otra un préstamo? ¿si el vendedor ha entendido vender tal cosa, mientras el comprador ha entendido comprar cosa distinta? No; pone los contratos en los que no hay consentimiento en la misma línea que los contratos en que hay error sobre una cualidad sustancial; en todos casos, el contrato es nulo, es decir, simplemente anulable. En su *Tratado del contrato de matrimonio*, Pothier sigue los mismos principios. Ni una palabra dice acerca de un matrimonio que fuera inexistente. El consentimiento es en verdad necesario, puesto que el matrimonio es un contrato; si está viciado por el error, la violencia ó la seducción, se destruye, dice Pothier; ¿quiere decir esto que no exista? No, el matrimonio es simplemente nulo. Igual decisión da cuando hay error sobre la persona física; á decir verdad, no hay consentimiento en este caso, de consiguiente, debería decirse que no hay matrimonio. ¿Es esta la opinión de Pothier? No, porque ésta doctrina que tal matrimonio puede ser confirmado, y en consecuencia, existe (1).

275. ¿Ha sido introducida por el código de Napoleon la distincion de las actas inexistentes y de las actas nulas, ignorada en el derecho antiguo? No la conocian la mayor parte de los autores; Zachariæ es el primero que la ha formulado (2). Confiesa que los escritores franceses confunden el matrimonio inexistente y el matrimonio simplemente nulo. Al ménos, dice, su teoría es de tal manera vaga que no se podría reconocer si han querido admitir ó rechazar la distincion. Marcadé la adopta, deberíamos decir que la profesa, sin mencionar á Zachariæ, de quien la

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núms. 17 y 18; *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 307, 308 y 309.

2 Zachariæ, *Traducción de Massé y Vergé*, t. I, ps. 169 y siguientes.

ha tomado; lo cual no impide que extravié á los autores que no la admiten. «Es extraño, dice, y sobre todo, triste, ver que la mayor parte de los autores confunden el matrimonio inexistente con el matrimonio anulable, y presentarnos como teoría una mezcla de ideas incoherentes, en las cuales no es posible al espíritu encontrar algo de lógica (1).» Esta reprension se dirige á Toullier, á Duranton, y aun á Merlin; tambien Pothier está entre los culpables. Seamos más modestos, y confesemos que la cuestion es dudosa. Esto es lo que dice M. Demolombe, aunque adopta la distincion. No es el rigor de las deducciones lo que distingue á este estimable escritor. Conviene en que la distincion es verdadera, pero se niega á aceptar todas sus consecuencias; aun cuando haya sido reproducida varias veces en el consejo de Estado, no es seguro, dice, que se haya hecho reconocer decididamente; y en todo caso puede afirmarse que el código civil, si es que la ha adoptado, no lo ha hecho sino con tanta vacilacion y oscuridades, que no lo han advertido sus intérpretes (2).

Creemos que puede basarse en los textos del código la distincion de las actas inexistentes y de las actas nulas; y encuentra tambien apoyo en las discusiones. Basta eso para que deba admitirse, puesto que está fundada en los principios verdaderos. Y si esto es así, tambien debe aplicarse la doctrina en todas sus consecuencias. En derecho no conocemos la verdad á medias; nuestra ciencia es una ciencia lógica. Si una teoría no está arraigada ni en los textos ni en el espíritu de la ley, debe ser rechazada; si, por el contrario, es jurídica, si tiene en sí la letra de la ley y los trabajos preparatorios, debe aceptarse y no retroceder

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 459, núm. 3.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 377, número 239.