

bajo la patria potestad ó] bajo la potestad de la tutela; en consecuencia, no es la mujer la que debe proceder judicialmente, sino el padre, la madre ó el tutor.

Puede hacerse una objecion importante contra estas soluciones. Esto, se dirá, es llegar á la nulidad de pleno derecho, cuando no existe semejante nulidad. El matrimonio ha sido contraido ante un sacerdote. ¿Es simplemente nulo ó inexistente? La cuestion está en debate. En espera de que se decida, ¿no debe decirse que hay una apariencia de matrimonio, que este matrimonio aparente no es nulo de pleno derecho, que por tanto existe un domicilio marital, y hay emancipacion é incapacidad de la mujer? ¿Decir que no hay nada de esto, no es presuponer la decision del juez? Hay en esto una verdadera dificultad que el legislador habria debido decidir. ¿En el silencio de la ley, que debe hacer el intérprete? Creemos que debe atenerse al principio formulado en el art. 1131: una acta inexistente no puede producir ningun efecto.

447. Por la misma razon decidiremos que si ha habido cópula y si han nacido hijos del comercio de los dos pretendidos cónyuges, estos hijos no tendrán estado y su filiacion no será comprobada legalmente. Esto no admite duda alguna, cuando la celebracion no ha sido hecha ante un oficial del estado civil, y en consecuencia, no se escribió el acta en los libros: falta en ese caso uno de los elementos constitutivos de la filiacion, el acta que prueba el matrimonio. Pero la cuestion se vuelve dudosa si ha habido una celebracion regular; por ejemplo, una persona atacada de demencia se ha casado ante el oficial del estado civil, y el acta se halla inscrita en los libros. Nace un hijo de esta union, y se levanta el acta de nacimiento. ¿Podrá el hijo invocar esas actas para probar su filiacion? Nosotros creemos que puede hacerlo. Es cierto que, en el rigor de los principios, el acta levantada para justificar la celebra-

cion de un matrimonio inexistente es asimismo inexistente, y como tal no puede producir efecto alguno. La objecion es grave. ¿Pero no puede contestarse que existe un título, y que debe dársele fé hasta que el juez haya declarado que no hay matrimonio? Y suponiendo que el matrimonio sea declarado inexistente, siempre queda una acta inscrita en los libros del estado civil, que prueba auténticamente la union que contrajeron dos personas, union de hecho, concedido; ¿pero no basta el hecho para establecer la filiacion, si se combina con el hecho del nacimiento, el cual está igualmente establecido de una manera auténtica? Así lo creemos. No se diga que nosotros que, en todas ocasiones, predicamos la lógica, somos inconsecuentes atribuyendo un efecto al matrimonio inexistente; no es al matrimonio al que se lo atribuimos, sino á los dos hechos comprobados con actas auténticas. ¿Si está comprobado el estado de los hijos, podrán éstos reclamar el beneficio del matrimonio putativo? Más adelante examinaremos esta cuestion (núm. 515).

SECCION II.—De las nulidades relativas.

§ 1º Vicios del consentimiento.

448. Cuando falta el consentimiento, dice el art. 146, no existe matrimonio. La ley no dice que el matrimonio es nulo, sino que no existe. Otra cosa es si se ha dado el consentimiento, pero viciado por el error ó la violencia. En este caso es nulo el matrimonio. El error da lugar á una duda; puede sostenerse que si hay error en la persona, el matrimonio es inexistente. Ya hemos examinado la cuestion en las páginas anteriores (núm. 291); réstanos hablar de los vicios que traeria consigo la nulidad del matrimonio. La nulidad es relativa. Segun el art. 180, el matri-

monio no puede ser combatido sino por los cónyuges cuyo consentimiento no haya sido libre ó que hayan sido inducidos por error. ¿Por qué no producen más que una nulidad relativa el error y la violencia?

Portalís contesta que la falta de libertad es un acto del cual el primer juez es la persona que pretende no haber sido libre. «Personas extrañas, dice este autor, pueden haber sido testigos de los procedimientos exteriores, por los que se cree autorizado á deducir que ha habido violencia ó temor; pero esas personas no pueden nunca apreciar la impresion continua ó pasajera que se ha operado ó no por esos mismos procedimientos.» Esto es verdad, y con más razon, el error. Ese primer motivo que se da comunmente para explicar el carácter relativo de la nulidad que resulta de un vicio de consentimiento, no es decisivo. No es más que una dificultad de prueba, pero esta dificultad no es una imposibilidad. La ley admite igualmente, en materia de obligaciones, á cualquiera persona interesada en prevaleerse de los vicios que al anular el consentimiento anulan tambien el contrato. Por consiguiente, debe haber otro motivo para ello.

«¿Quién, pregunta Portalís, tendria el derecho de sostener que yo no he sido libre cuando, á pesar de las apariencias, aseguro haberlo sido? ¿En asunto tan personal, mi testimonio no seria superior á cualquier otro (1)?» Sí, si sólo estuviera de por medio el interés del cónyuge violentado ó engañado. Pero ¿por qué, si hay terceros interesados en el asunto, no se les permite impugnar el matrimonio? La verdadera razon es que la sociedad no tiene interés alguno en que se anule un matrimonio por vicio de consentimiento; la sociedad está, por el contrario, interesada en que se sostenga el matrimonio, porque la anula-

1 Portalís, Exposicion de los motivos, núm. 42 (Loché, t. II, p. 391).

cion es una causa de desorden en el seno de las familias. Hé ahí por qué la ley limita la accion y sólo la concede á los principales interesados.

449. ¿Tienen derecho para intentar la accion los herederos de los cónyuges? Todos están de acuerdo en que no lo tienen. Pero es importante precisar la verdadera razon que hay para decidirlo así. Se dice comunmente que la accion es personal por su naturaleza, invocando los motivos que Portalís ha expuesto para justificar el carácter relativo de la nulidad. Esto es confundir dos órdenes de ideas completamente distintas. De que la nulidad sea relativa no se sigue que los herederos no puedan solicitarla. ¿No suceden los herederos á todos los derechos y acciones de sus autores? ¿Por qué entónces no suceden al derecho que tenia el difunto de demandar la nulidad de matrimonio? Tal es la verdadera cuestion. Se admite una excepcion á una regla general. ¿Hay un texto que nos autorice á ello? Cítanse los términos restrictivos del art. 180: «El matrimonio *no puede ser combatido más que* por los cónyuges cuyo consentimiento no haya sido libre; *no puede serlo más que* por aquel de los dos consortes que ha sido inducido á error.» Empero, por segunda vez, esos términos restrictivos no prueban más que una cosa, que la nulidad es relativa, no deciden que la accion de nulidad no pueda pasar á los herederos. Durantón no encuentra otro argumento que el principio establecido por la corte de casacion: sólo aquellos á quienes la ley da expresamente el derecho de impugnar el matrimonio, pueden pedir la nulidad (1). Este principio, más que el texto del art. 180, no excluye á los herederos, porque éstos no proceden en su nombre, sino en representacion de la persona del difunto. En nuestros textos no hay excepcion á este princi-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 231, núm. 270.

pio. ¿Entonces, debe aplicarse la regla? No, la regla no puede recibir su aplicacion en la demanda de nulidad de matrimonio, porque la regla supone derechos pecuniarios que se hallan en el dominio del difunto y que pasan con este dominio á sus herederos. ¿Por ventura es pecuniario el derecho de promover la nulidad de matrimonio? ¿forma parte de los bienes? No, en verdad; es un derecho esencialmente moral; hé ahí la razon de que sea inherente á la persona del cónyuge; debe, pues, extinguirse á su muerte.

450. ¿Qué debe decidirse si la accion se ha intentado y muere el cónyuge ántes de que se pronuncie el fallo? La opinion comun es que pasa á los herederos la accion intentada. Se invoca una máxima del derecho romano, admitida como adagio, segun la cual las acciones que, ántes de intentarse, eran personales, dejan de serlo en el momento en que se llevan ante los tribunales. Marcadé rechaza la regla romana con una especie de desdén: «Todas las reglas romanas juntas, dice, serian impotentes ante la voluntad expresa del legislador, que declara que el cónyuge es el único en cuyo beneficio permite romper el contrato de matrimonio (1).» Nosotros participamos de la opinion de Marcadé en cuanto al fondo del debate, pero no participamos de su desprecio respecto de las reglas romanas. Es indudable que si el legislador hubiera expresado su voluntad, no podria el intérprete oponerle un principio, por exacto que fuese. ¿Pero dónde está esa expresion tan cierta de lo que exige la ley? Los términos del art. 180 ni siquiera pueden ser invocados para excluir á los herederos cuando no ha intentado la accion el difunto; con ménos justicia deciden la cuestion de que se transmita la accion intentada. En el silencio de la ley, es de todo punto necesario recurrir á los principios. La regla roma-

1 Marcadé; *Curso elemental*, t. I, p. 478, art. 131, núm. 7.

na está fundada en la equidad cuando se trata de intereses pecuniarios; desde que se intenta la accion, aun cuando sea puramente personal, entra al dominio del demandante, forma parte de sus bienes, y debe, por lo mismo, transmitirse á sus herederos. ¿Se aplica, empero, el principio á las acciones esencialmente morales? No, estas acciones nunca constituyen bienes, no forman parte del patrimonio; de aquí que no puedan pasar á los herederos.

No obstante, hay en este asunto objeciones de importancia. Segun el art. 330, la accion de reclamacion de estado, intentada por el hijo, puede ser continuada por los herederos. Hé ahí la aplicacion de la máxima romana en una accion moral; de consiguiente, se dice, la máxima es absoluta en el espíritu de la ley. El art. 329 contesta la objecion. Permite á los herederos intentar la accion, si el hijo murió siendo menor, ó dentro de cinco años despues de haber llegado á la mayor edad. El código no considera, pues, la accion puramente moral; efectivamente, todos los derechos pecuniarios del hijo y de sus herederos dependen de su estado. Concíbese, por lo mismo, que el legislador permita á los herederos intentar la accion; con más justicia deben continuarla éstos cuando haya sido comenzada.

Objétase tambien el art. 957, que decide que la demanda de revocacion de una donacion por causa de ingratitud pasa á los herederos del donante cuando haya sido intentada. Esta es una nueva aplicacion, se dice, de la regla romana en una accion moral. No, la accion no es esencialmente moral, no tiene más que un elemento moral, consistente en que está fundada en una injuria, pero el objeto de la demanda es pecuniario; tambien dice la ley que los herederos pueden intentarla cuando muera el donante dentro del año de la comision del delito (1).

1 Véase en sentido contrario á Demolombe, t. III, p. 416, número 259.

451. La nulidad puede excusarse. Según el art. 181, «no es admisible la demanda sino cuando hubiere habido cohabitacion continuada durante los seis meses posteriores al momento en que el cónyuge hubiere recobrado su entera libertad ó en que hubiere reconocido el error.» Esta es una confirmacion tácita. No siendo más que relativa la nulidad, el mismo que tiene el derecho de pedirla puede renunciar á ella, porque renuncia un derecho que está establecido en su favor. Lo que se hace al principio por temor ó por error, dice Portalis, puede despues confirmarse por razon ó por eleccion. La ley determina bajo qué condiciones hay confirmacion. Se necesita primero que los cónyuges cohabiten despues de que hayan recobrado su libertad de accion ó hayan reconocido el error; esta cohabitacion es la que implica el designio de aprobar el matrimonio; si tuvieran la intencion de pedir la nulidad, claro es que dejarían de cohabitar; ni siquiera puede suponerse la intencion contraria, no sólo conforme á los principios de derecho, sino que tambien sería sumamente inmoral; la cohabitacion degeneraria en concubinato, si continuara cuando los cónyuges tuvieran la intencion de solicitar la nulidad de su matrimonio. ¿Por qué exige la ley que la cohabitacion sea continua durante seis meses? El plazo es largo, demasiado largo quizás. Pero en esto habia otro escollo, otro peligro. ¿Si fuera más corto el plazo, podria decirse con certidumbre que implica aprobacion el hecho de la cohabitacion? El plazo de seis meses no empieza á correr sino desde el momento en que «el cónyuge ha recobrado su libertad de accion por completo ó ha reconocido su error.» Esta condicion se deriva de la misma esencia de la confirmacion; si se hiciese cuando todavía está el cónyuge bajo el imperio de la violencia ó el error, estaria viciado por las mismas causas que vician el matrimonio.

452. La prueba da margen á una dificultad. Supóngase

que el cónyuge violentado ó engañado solicita la nulidad del matrimonio un año despues de la celebracion. ¿Bastará que pruebe la violencia ó el error? ¿ó debe probar asimismo que se halla todavía dentro del plazo útil para intentar la accion, es decir, que ha cesado la violencia desde hace ménos de seis meses, ó que no ha trascurrido el mismo período de tiempo desde que reconoció el error? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que al demandante corresponde probar que todavía se halla en plazo útil para presentar su accion. Nos parece que esta opinion está en pugna con los principios que rigen la prueba. El cónyuge demandante funda su accion en un vicio de consentimiento; basta, por consiguiente, que pruebe la violencia ó el error en el acto de la celebracion del matrimonio. Corresponde al cónyuge demandado oponerle que el matrimonio fué confirmado con una cohabitacion continuada durante seis meses despues de que terminó la violencia ó de que se descubrió el error; ¿no es á él, que se convierte en demandante en cuanto á su excepcion, á quien corresponde probar los hechos que son el fundamento de ella?

Una sentencia de la corte de Burdeos contesta á la objecion (1). La demanda de nulidad de matrimonio por vicio de consentimiento no puede intentarse cuantas veces haya habido cohabitacion continuada durante seis meses despues de haber terminado la violencia ó haber sido reconocido el error; no basta, por lo mismo, que el demandante pruebe la existencia del vicio en el acto de la celebracion; se necesita que pruebe además en qué época terminaron los vicios; porque dentro de los seis meses, contados desde ese dia, es cuando debe intentar su accion; en consecuencia, debe probar que se halla dentro de ese plazo. Este es el

1 Sentencia de 20 de Febrero de 1867 (Daloz, *Recopilacion periódica*, 1868, 2, 19).

verdadero punto de la dificultad. ¿Corresponde al demandante probar que está todavía dentro del plazo prescrito por la ley para proceder? En principio no, porque la prescripción es una excepción que el demandado opone al demandante; á aquel corresponde, pues, probar que éste no está dentro del plazo legal. Esta regla debe recibir su aplicación en el caso, puesto que la ley no lo deroga.

453. ¿Hay otra confirmación de esto además de la que está definida en el art. 181? Se está de acuerdo en decidir que no puede haber otra confirmación tácita. La definición que da el legislador es limitativa de su esencia; si fuera explicativa no tendría razón de ser. ¿De qué serviría precisar con tanto cuidado las condiciones que se requieren para que haya confirmación tácita, si el legislador permitiera al juez admitir otras confirmaciones, que serían abandonadas á su apreciación? Habría, por el contrario, una razón determinante para limitar la confirmación tácita en el caso previsto por la ley. Nada es más difícil de probar que una voluntad tácita, porque los hechos que se invocan son con mucha frecuencia susceptibles de interpretación diversa: esto es verdad, particularmente cuando se trata de vicios del consentimiento. Tal es también la opinión general. Sólo Durantón cree que el embarazo de la mujer, reunido á otros hechos característicos de aprobación voluntaria, constituirían una inadmisión (1). Nosotros rechazamos con todas nuestras fuerzas estas transacciones con los hechos. Decidase si es ó no admisible la confirmación tácita fuera de los casos previstos en el art. 181. No siéndolo, no hay que transigir con los hechos; debe rechazarse siempre y en todos casos.

Pregúntase si se admitiría la confirmación expresa. Nos sorprendemos de que se asiente la cuestión. ¿Por qué ad-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 238, núm. 279.

mite la ley la confirmación tácita? Porque se trata de una nulidad relativa, porque el cónyuge puede renunciar á un derecho que sólo está establecido en su favor. Por consiguiente, la confirmación es la aplicación de un principio general. Sentado esto, ¿qué es la confirmación? Una manifestación de voluntad. ¿Y cómo se manifiesta la voluntad? De una manera expresa ó de una manera tácita. El legislador rechaza algunas veces la voluntad tácita, porque la prueba de ella es incierta y da margen á disputas y pleitos. Pero nunca le ha ocurrido rechazar la voluntad expresa cuando admite la voluntad tácita. ¿Se necesita decir la razón de esto? ¿Puede haber duda todavía cuando la voluntad es declarada en términos expuestos? Se necesitaría una disposición terminante en la ley para que pudiera admitirse que deroga principios tan elementales. Es verdad que el art. 183 menciona la confirmación expresa, mientras que el art. 181 no habla de ella. ¿Pero quién ignora que el código no está redactado con una exactitud matemática? Precisamente por esta razón tienen tan poco valor los argumentos sacados del silencio de la ley. Si nos detenemos un poco en una cuestión que no lo es en realidad, es porque importa conservar los principios sin los cuales la ciencia del derecho deja de ser una ciencia. Objétase que la confirmación expresa podría ser el efecto de un movimiento irreflexivo. La respuesta es sencilla y concluyente. No hay más voluntad que la verdadera. Si el que ha confirmado el matrimonio de una manera expresa pretende que está viciado su consentimiento, se le admitirá la prueba. ¿Pero de que pueda acontecer que la confirmación expresa esté viciada, se deducirá que el legislador ha debido y querido rechazarla como regla general? ¡Extraña manera de raciocinar es esta (1)!

1 Marcadé defiende la opinión general contra Demante y Mourlon (t. I, p. 480, art. 182, núm. 2).