



## CAPITULO III.

### DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

---

#### *SECCION I.—De la edad.*

281. Dice el art. 144: «No pueden contraer matrimonio: el hombre ántes de diez y ocho años cumplidos y la mujer ántes de cumplir quince años.» En general, la capacidad legal de las personas, hombres ó mujeres, no comienza sino en su mayor edad (art. 488). ¿Por qué el matrimonio, el acto más importante de la vida, puede ser contratado por menores? Portalis, en su notable exposición de los motivos, no se ocupa más que del lado fisiológico de la cuestión. El orador del gobierno se pregunta en qué época son púberes los hombres. Verdad es que ántes de esta época no puede ser permitido el matrimonio. ¿Pero debe serlo desde que existe la pubertad? Se trató poco de esta cuestión en los trabajos preparatorios. Portalis tiene mucha razon al decir que una buena educación puede dilatar hasta una edad muy avanzada la ignorancia de los deseos y la fuerza de los sentidos; añade que los pueblos que no han precipitado la época en que se puede llegar á

esposo y padre, han sido deudores de la sabiduría de sus leyes, del vigor de su constitucion y del gran número de sus hijos (1). Esto es el lado físico de la cuestión, pero hay en él un elemento moral, que es mucho más importante. El menor no puede disponer de un céntimo, si no es con el concurso de sus padres. ¡Y se le permite disponer de su libertad, de contraer una obligación formal que debe durar tanto como su vida, que decidirá de su felicidad ó su desgracia, se le permite casarse á los quince ó á los diez y ocho años! Este menor estaba hasta entonces declarado incapaz del menor acto jurídico, podía pedir la rescisión cuando se sentía perjudicado, y vedlo de súbito reconocido capaz de gobernar una familia! ¡No sabe gobernarse á sí mismo, y ejerce la patria potestad, la potestad marital! ¡Necesitaria recibir educación, y otros viven á sus expensas, tiene la misión de educar á sus hijos! En verdad, esto es ilógico. El primer cónsul lo hizo notar así: no se debería, dijo, permitir el matrimonio al hombre sino hasta su mayor edad; no obstante, admitía para la mujer la edad de quince años, porque su desarrollo físico y moral es más precoz que el del hombre (2).

282. Si se quiere permitir á los menores contraer matrimonio, se necesita al menos fijar una edad en que la pubertad sea cierta, y en que la razón haya adquirido cierto desarrollo. Bajo el antiguo régimen se seguía la regla que el derecho canónico había tomado del derecho romano: catorce años para los hombres y doce para las mujeres. Se ha dicho, y con razón, que semejante ley era una locura. El orador del Tribunado dijo en su discurso al cuerpo legislativo: «De Aténas, de Roma y de Constantinopla, es de donde nos venían las antiguas leyes que ad-

1 Exposición de los motivos, núm. 10 (Loctré, t. II, p. 381).

2 Sesión del consejo de Estado del 26 fructidor, año IX (Loctré t. II, p. 313, núm. 8).

mitian el matrimonio á los doce ó catorce años. Quizás podian convenir á aquellos climas; pero evidentemente eran absurdas en el nuestro; habrian sido desastrosas, si mejor aconsejados por la naturaleza que por la ley, casi la universalidad de los ciudadanos no se hubiese abstenido de usar de ellas (1).» Ya el legislador de 1792 sintió la necesidad de derogar el derecho antiguo; fijó la edad de quince años para los hombres y de trece para las mujeres. El código fué más lejos, y con justa razon. En el consejo de Estado, Maleville hizo observar que los cónyuges demasiado jóvenes no tienen la madurez de reflexion ni la experiencia necesarias para dirigir su casa y educar á sus hijos. Agregó que cuando los jóvenes se casan en edad tan temprana, el consentimiento de los padres es el que en realidad forma el matrimonio (2). Se dice que hay una garantía contra los abusos, y no se ve que la misma pretendida garantía es un abuso. Como dijo muy bien el primer cónsul, el matrimonio es la union de las almas. Antes era la union de los cuerpos; hé ahí por qué no se tenia en cuenta más que la pubertad. Hoy no es ya el consentimiento de los padres el que debe efectuar el matrimonio, sino el consentimiento de los futuros cónyuges; y cómo se quiere que haya union de las almas en donde la vida moral comienza apénas?

283. El código de Napoleón admite una excepcion en la regla que contiene: «No obstante, dice el art. 145, el emperador puede conceder dispensas de edad por motivos graves.» Portalis habla de *circunstancias imperiosas* que puedan hacer necesario el matrimonio separándose del límite legal; hace alusion al embarazo de la mujer que no haya cumplido catorce años de edad. En una circular do-

1 Locré, *Legislación civil*, t. II, p. 409, núm. 5.

2 Sesión del consejo de Estado del 26 fructidor, año IX (Locré, t. II, p. 313, núm. 8).

1824 se lee que es tambien causa de dispensa si el matrimonio proyectado debe asegurar á la persona dispensada un estado y medios de existencia, ó si debe poner sus costumbres á cubierto del peligro á que estuviere expuesta (1).

284. La ley no señala máximun de edad. En el derecho antiguo los matrimonios llamados *in-extremis* no producian efectos civiles. La ordenanza de 1639 privaba del derecho de sucesion á los hijos de mujeres á quienes los padres de aquellos habian sostenido y con las que se casaban al llegar al término de la vida. Se adivina cuál era el objeto del legislador. Queria impedir la inmoralidad de los celibatos repugnantes, en que el hombre busca las dulzuras del matrimonio rechazando las obligaciones de una union legitima, sin perjuicio de borrar con un simulacro de matrimonio, á la hora de la muerte, los errores de toda su vida. No han reproducido esta disposicion los autores del código. Entre dos males, han escogido el menor. La ordenanza de 1639 no prevenia los desórdenes e impedia repararlos, asegurando un estado á los infelices hijos, fruto de aquellos enlaces vergonzosos (2).

## *SECCION II.—Del consentimiento de los futuros cónyuges.*

### § 1º De la capacidad de consentir

285. ¿Es una condicion requerida para la existencia ó para la validez del matrimonio la capacidad de consentir? ¿Es inexistente ó nulo el matrimonio contraido por incapaces? Si hay incapacidad absoluta, quiere decir, imposibili-

1 Véase la circular en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. nro 247.

2 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 40 (Loeré, t. II, ps. 390 y siguientes).

dad de consentir, entonces hay falta de consentimiento, y sin consentimiento no hay matrimonio (art. 146). Hay incapaces cuya incapacidad queda amparada con la presencia de una persona. Los menores son, en principio, incapaces de contratar, en sentido de que pueden pedir la nulidad ó rescisión de los actos jurídicos que ejecutan. Respecto del matrimonio, la ley deroga el derecho común; permite á los menores casarse con el consentimiento de los ascendientes ó de la familia; cuando se casan sin ese consentimiento, es nulo el matrimonio. El consentimiento de los ascendientes ó de la familia es, pues, una condición requerida para la validez del matrimonio.

Hay otros incapaces cuya incapacidad es relativa á ciertos actos jurídicos; tales son los prodigos y los cortos de espíritu. El tribunal, al nombrarles un consejo judicial, determina los actos que no pueden ejecutar sino con asistencia de ese consejo (arts. 499 y 513). Es de principio que permanecen capaces de ejecutar todos los actos que no les están prohibidos. Eso decide la cuestión del matrimonio: las personas colocadas bajo consejo son capaces de casarse por el solo hecho de que la ley no las declara incapaces. Esto es lo que ha reconocido el orador del gobierno en la exposición de los motivos; la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (1). Hay incapaces sobre quienes pesa una incapacidad absoluta, al menos respecto de los actos que conciernen á su patrimonio; tales son los inhabilitados. Empero, los actos que éstos ejecutan después del fallo de inhabilitación, no son inexistentes, sino simplemente nulos, es decir, anulables. ¿Qué debe decirse, respecto del matrimonio? ¿Pueden casarse los incapacitados en un intervalo de lucidez, ó es nulo su matrimonio? Si es nulo, está regido por los principios generales que

1 Véanse los testimonios en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*.

establece la ley sobre los efectos de la inhabilitacion? ¿Debe decirse que el matrimonio es inexistente? La cuestion está muy debatida y es harto dudosa.

286. Segun el art. 502, son nulos de derecho todos los actos dispuestos por el incapacitado con posterioridad al fallo que produce la inhabilitacion. Del fallo resulta una presuncion legal de incapacidad, presuncion contra la cual no se admite prueba en contrario (art. 1352). En este sentido, los actos del incapacitado son nulos *de derecho*; el juez debe declarar la nulidad desde el momento en que es solicitada, sin que sea admitido probar que esos actos han sido ejecutados en un intervalo lucido. ¿Reciben su aplicacion en el matrimonio estos principios? No lo creemos.

La inhabilitacion es declarada cuando una persona se encuentra en estado habitual de imbecilidad, de demencia ó de furor. La enajenacion mental no es por si misma una incapacidad absoluta de consentir. El art. 489 supone que el enajenado tiene intervalos lucidos; si en estos intervalos goza de la plenitud de su inteligencia, nada le impide consentir, y por ende contratar. En consecuencia, puede casarse y su matrimonio será perfectamente válido. Así lo decide Pothier y añade que esto no es dudoso (1). La cuestion está en saber si la inhabilitacion tiene por objeto despojar al incapacitado del derecho que tenia de casarse durante un intervalo lucido.

A primera vista se creeria que ni siquiera puede ser promovida la cuestion, toda vez que parece resuelta por el texto del art. 502: «Son nulos de derecho *todos los actos*.» ¿Puede haber una duda racional, pregunta Duranton, en presencia de una ley tan terminante? Sin embargo, tambien él duda, porque agrega que en asuntos de matrimonio los tribunales toman en mucha consideracion

1 Pothier, *Tratado del contrato de Matrimonio*, núm. 92.

las circunstancias de la causa; seria, pues, posible, dice Duranton, que fuese rechazada la solicitud de nulidad si existiesen hijos del matrimonio combatido (1). No comprendemos estas transacciones con los principios. Si el art. 502 es absoluto, como parece serlo, el tribunal debe declarar la nulidad del matrimonio; en efecto, el matrimonio, como todo acto del incapacitado, será *nulo de derecho*, lo que implica que el juez no tiene ningún poder de apreciacion, y que no puede darse cuenta de ninguna circunstancia. En consecuencia, debe tomar su partido, ó aplicar el art. 502 en todos los casos posibles, o apartarse de él como si no recibiera aplicacion en cuanto al matrimonio. Creemos que en este último sentido es como debe ser decidida la cuestion.

El texto del art. 502 es absoluto: *todos los actos*. Efectivamente, la ley es general, y en cierto sentido, absoluta. Pero necesitamos ver cuáles son esos actos que son declarados *nulos de derecho*. Esto equivale a preguntar cuál es el objeto de la inhabilitacion. La inhabilitacion no tiene más que un sólo objeto, impedir que el inhabilitado disipe en actos de locura su patrimonio y el de su familia; para proteger la fortuna del inhabilitado y para conservársela á él y á sus herederos, es para lo que son admitidos los padres á promover la inhabilitacion. Supóngase que nada posee el inhabilitado, en ese caso no tiene razon de ser la inhabilitacion. La enajenacion es una enfermedad; el enajenado debe ser puesto bajo el cuidado de un médico; ¿tiene acaso la inhabilitacion algo de comun con el tratamiento de un enfermo? Siendo así, bastaria ponerlo en un hospital ó en algún establecimiento privado; está demás el incapacitarlo. Por eso, de hecho, hay pocas inhabilitaciones, aunque sea considerable el número de los enajenados.

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, núms. 27, 29.

Teniendo esto en consideracion, por lo regular no se inhabilitará al enajenado, y en este caso podrá casarse. ¿Por qué no podria hacerlo estando inhabilitado? ¿De que posea bienes para cuya conservacion se toman medidas, deberá deducirse que está privado de un derecho que recibe de la naturaleza, derecho de que gozaria si careciera de bienes?

sto seria altamente ilógico. ¿Qué importa, segun eso, que la ley diga que *todos los actos* son nulos de derecho? Si, todos los actos que pueden comprometer la fortuna del incapacitado; no el matrimonio, que no es un contrato pecuniario, sino la union de las almas.

Hay otra consideracion que nos parece decisiva para eludir el art. 502. Si se aplica al matrimonio, es necesario decidir que el contraido por el incapacitado es *nulo de derecho*, como lo son todos los actos ejecutados por él. De consiguiente, habrá lugar á una accion de nulidad. ¿Quién la intentará? ¿dentro de qué plazo? Tenemos un capítulo especial sobre las demandas de nulidad de matrimonio. En él se distinguen las nulidades en absolutas y relativas; estas no pueden ser pedidas más que por determinadas personas; las otras pueden ser invocadas por todos los que estén interesados. ¿Es absoluta ó relativa la nulidad del matrimonio contraido por el incapacitado? Segun la teoria del código sobre las nulidades de matrimonio, deberá decirse que es relativa, puesto que corresponde á una incapacidad de consentir. Así, pues, no habria otra persona que el incapacitado que pudiera pedir la nulidad de su matrimonio. Pero el inhabilitado es incapaz de proceder; se necesita por lo mismo que alguno promueva por él. ¿Quién promoverá? En materia de matrimonio, es de principio que la accion de nulidad no pertenece más que á aquellos á quienes la ley la concede. Ahora bien, la ley es muda. ¡Existe, pues, una accion de nulidad, y no se sabe por quien será intentada! ¿Por el tutor acaso? Se admite, á

ménos que se exija la autorizacion de familia (1). ¿Quién no ve que eso es completamente arbitrario? Esto no es interpretar la ley, es redactarla.

¿Deberá aplicarse el art. 502 al matrimonio ~~contruido~~ por el inhabilitado? Si se invocan los principios de la inhabilitacion para anular el matrimonio del inhabilitado, tambien deberán aplicarse estos mismos principios a la accion de nulidad. Ahora bien, siendo nulos de derecho los actos ejecutados por el inhabilitado, pueden promover sus herederos. ¡Entonces los colaterales podrán pedir la nulidad del matrimonio! La consecuencia es lógica, pero justifica en contra del principio de donde dimana. En efecto, el código señala limites á la accion de los colaterales; no les permite solicitar la nulidad del matrimonio sino en los casos en que la nulidad es absoluta é indica cuáles son esos casos. Ahora bien, en el capítulo de las nulidades no está mencionada la inhabilitacion. Eso decide la cuestion en contra de los colaterales. Así lo ha fallado la corte de casacion (2), y la cuestion no es dudosa.

Hémos aquí en un singular embarazo. Se dice que el matrimonio del inhabilitado es nulo en virtud de los principios de la inhabilitacion, y se encuentra que es imposible aplicar estos principios á la accion de nulidad. Tendriamos entonces una accion de nulidad sin saber por quién puede ser intentada. La corte de casacion, rechazando completamente la accion de los colaterales, ha decidido que la nulidad no puede ser propuesta más que por los cónyuges conforme á los arts. 180 y 181 (3). Tambien eso es inadmissible. El art. 180 no habla del incapacitado, ni de la

1 No están de acuerdo los autores (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 209).

2 Sentencia de 9 de Enero de 1821 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 210).

3 Sentencia de 12 de Noviembre de 1844 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 1, 100).

incapacidad de consentir; solo habla de los vicios del consentimiento, de la violencia y del error. No pueden extenderse las disposiciones de la ley en materia de nulidad de matrimonio. La sentencia de la suprema corte dice así: «El matrimonio atañe muy esencialmente al orden social para que haya sido entregado de una manera imprudente á todos los ataques de las malas pasiones; la nulidad no puede ser declarada sino sobre un texto expreso, y sólo á pedimento de aquellos á quienes la ley autoriza especialmente para invocar dicho texto.» ¿Dónde está el texto que nos hace saber por quién puede ser solicitada la nulidad del matrimonio de un inhabilitado. No es por cierto el art. 180.

A decir verdad, no existe texto ni para establecer la nulidad, ni para determinar las personas que pueden pedirla. Como dice tambien la corte de casacion en su sentencia de 1844, está dedicado un capitulo entero á las demandas de nulidad de matrimonio, y allí están previstos todos los derechos. De consiguiente, en ese capitulo es donde debe buscarse la solucion de la cuestion del matrimonio del inhabilitado.

287. Si se elude el art. 502, habrá que elegir entre dos opiniones extremas: ó el matrimonio es válido, si ha sido contraido durante un intervalo de lucidez, ó es inexistente. Esta última hipótesis es la de Marcadé; la funda en lo histórico de la redaccion. El proyecto declaraba incapaz de contraer matrimonio: al incapacitado por demencia ó furor, á los sordo-mudos que no pueden manifestar su voluntad, y á los muertos civilmente. Despues de algunas discusiones, fué rechazado el articulo, habiendo hecho notar Cambacérès que las disposiciones propuestas no eran más que la consecuencia natural de la regla general que exige el consentimiento. Esto era, al decir de Marcadé, referirse al t. 146, que declara que no hay matrimonio cuando no

hay consentimiento, y consiguientemente, en la mente del consejo de Estado, el matrimonio contraido por el inhabilitado era inexistente, para servirnos de un término enérgico que marca bien el efecto resultante de la incapacidad absoluta de consentir. Cuando se comunicó al Tribunado el proyecto acordado por el consejo de Estado, aquel cuerpo propuso que se declarara terminantemente que «el incapacitado por causa de demencia, estaba, tratándose de matrimonio, imposibilitado de dar su consentimiento, aun cuando tuviera intervalos lúcidos.» En consecuencia, el Tribunado pidió que se agregara al art. 146 un párrafo que dijera: «El inhabilitado por causa de demencia no puede contraer matrimonio.» No fué acogida esta proposición, que no hacia más que reproducir una disposición rechazada ya como inútil (1).

La hipótesis de Marcadé tambien debe ser rechazada, á juicio nuestro. Desde luego pugna con los principios que rigen la inhabilitacion. Supone que el inhabilitado está poseido de una incapacidad absoluta para consentir, absoluta en el sentido de que los actos que ejecutara serian inexistentes. No es esa la teoría del código; se limita á declarar *nulos de derecho*, es decir, simplemente anulables, los actos dispuestos por el incapacitado. Para admitir que es inexistente el matrimonio del incapacitado seria necesario que la ley lo hubiera declarado incapaz de contraer matrimonio, agregando á esta incapacidad el efecto de que si el incapacitado se casara, no habria matrimonio. ¿No se necesitaria para esto un texto expreso? Nos parece evidente la afirmativa. La capacidad para casarse, lo mismo que la capacidad para contratar, es la regla; la incapacidad es la excepcion. ¿Existe en el código civil un texto que declare al inhabilitado incapaz de consentir en el ma-

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 456, n.º 2.

rimonio? No es el art. 502; aun suponiendo que se aplique al matrimonio, resultaria de ello que el matrimonio seria nulo, pero no inexistente. Tampoco es el art. 146: esta disposicion supone la ausencia de consentimiento ó la incapacidad absoluta para consentir. Ahora bien, el inhabilitado no está poseido de esta incapacidad absoluta; puede consentir si tiene intervalos lúcidos. Marcadé invoca la discusion: esta no dice más sino que se la ha querido relacionar con la regla general que exige el consentimiento. Esto quiere decir que si aquel que estando inhabilitado se casa, es capaz de consentir, habrá matrimonio; y que si es incapaz de consentir, no habrá matrimonio. ¿Es capaz ó no lo es? Esta es una cuestion de hecho y no de derecho, porque no hay texto que establezca la incapacidad. Aun suponiendo que la discusion diga lo que Marcadé le ha hecho decir, ¿bastará esto para atacar al inhabilitado de una incapacidad absoluta? Las incapacidades se establecen con textos y no con discusiones. La discusion está lejos de decidir la cuestion. Para que fuese decisiva se necesitaria en primer lugar que el consejo de Estado hubiese admitido que un matrimonio es inexistente cuando hay incapacidad de consentir en él. Ahora bien, ya lo hemos visto; de todos los miembros del consejo, uno solo, el primer cónsul, admitía la distincion de las actas inexistentes y las actas nulas. Todos los demás confundian la inexistencia con la nulidad. En este espíritu estaba concebida la disposicion del proyecto que invoca Marcadé, y no se ve que el Tribunado haya tenido otra intencion al pedir que el inhabilitado fuese declarado incapaz de casarse. En definitiva, la discusion nos deja en presencia de los textos y de los principios. Textos aplicables al inhabilitado, no hay más que dos: el articulo 502, que no puede ser invocado, y el art. 146, que deja que se trate toda la cuestion desde el punto de vista del derecho. Eso nos conduce á una tercera hipótesis.

288. No estando declarado el inhabilitado incapaz para casarse, es por eso mismo capaz. No está declarado incapaz, puesto que el art. 502 no recibe aplicación en el matrimonio; y todo lo que resulta del art. 146 es que si hay imposibilidad absoluta para consentir, no hay matrimonio. Imposibilidad natural no la hay para el inhabilitado cuando tiene intervalos lúcidos; imposibilidad legal tampoco la tiene, toda vez que no hay texto que declare al inhabilitado incapaz de consentir. Se llega, pues, forzosamente á la conclusión de que el matrimonio del inhabilitado es válido si lo ha contraído en un intervalo lúcido, mientras que es inexistente si se encontraba en estado de demencia en el momento en que declaró que consentía. El matrimonio del inhabilitado puede, por lo mismo, ser combatido como inexistente, y con este título pueden combatirlo todas las partes interesadas. Desde el punto de vista de los principios, esta hipótesis es muy jurídica. La inhabilitación no debe influir sino sobre el patrimonio del inhabilitado. Por otra parte, la persona inhabilitada es, después del fallo, lo que era antes: capaz de consentir en los intervalos lúcidos.

La jurisprudencia parece declararse en ese sentido. Se ha juzgado por la corte de Caen que es válido el matrimonio contraído por un individuo inhabilitado por causa de imbecilidad y de idiotismo, con el consentimiento de su tutor y del consejo de familia. La corte de casación ha rechazado la apelación dirigida contra esta sentencia, y ha decidido implicitamente que el inhabilitado no está en lo absoluto incapaz de contraer matrimonio en los intervalos lúcidos (1). Tal es también la opinión de Zachariae; sólo que éste exige, para la validez del matrimonio, que el incapacitado tenga el consentimiento de las personas bajo

1 Sentencia de 12 de Noviembre de 1844 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, I, 100).

cuya autoridad se encuentra colocado respecto del matrimonio, es decir, el consentimiento de sus ascendientes, si los tiene, y el del consejo de familia cuando carezca de ellos (1). Esto es dudoso. Se funda en el art. 509, que dice: «Se asimila el incapacitado al menor en cuanto á su persona y sus bienes: las leyes sobre la tutela de los menores se aplican á la tutela de los incapacitados.» ¿Puede aplicarse al matrimonio esta disposición? Creemos, con M. Demolombe, que en el título del Matrimonio es donde deben buscarse los principios que lo rigen, y que el art. 509 es extraño á nuestra cuestión, tanto como lo es el artículo 502 (2).

Se dirá que, en opinión nuestra, no hay ninguna disposición aplicable al incapacitado. Es verdad, pero también lo es que no se necesita ninguna, toda vez que el incapacitado permanece bajo el imperio del derecho común; si se casa en un intervalo lucido, su matrimonio será del todo válido: si está en estado de demencia, el matrimonio será inexistente, en virtud del art. 146. Por consiguiente, nosotros aplicamos los principios generales al incapacitado, como se ha querido en el consejo de Estado. Confesamos, no obstante, que queda alguna duda. La hipótesis á que forzosamente venimos á parar no es de nuestro agrado. M. Demolombe invoca consideraciones fisiológicas en apoyo de su opinión; ¿no podría, por el contrario, decirse que debería prohibirse todo matrimonio en caso de locura, porque la locura es una enfermedad hereditaria? ¿permitir el matrimonio al incapacitado, no es propagar ese terrible mal, que debe contenerse más bien en su origen? Nada nos prueba que no haya sido tal la intención de los autores del código de Napoleón. Este era ciertamente el parecer

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 454, p. 283.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 180, número 128. Consultese el núm. 127, p. 175 y siguientes.

de los que formularon el proyecto de código, era el parecer del Tribunalado; y en el seno del consejo de Estado no se levantó ni una voz en favor del matrimonio del incapacitado. Hay una disposición en el código que aumenta nuestra incertidumbre: según el art. 174, los colaterales pueden presentar oposición al matrimonio, fundándola en el estado de demencia del futuro cónyuge; en ese caso deben promover inmediatamente la inhabilitación. Prevaliéndose de esta disposición se ha decidido que el inhabilitado es incapaz de contraer matrimonio. Esto es ir demasiado lejos. El art. 174 no dice eso; pero implica, al menos, la idea de que la inhabilitación constituye un impedimento para el matrimonio. Así lo ha dicho con todas sus letras el orador del gobierno que ha expuesto los motivos del título de la Inhabilitación (1). Eso prueba que el Tribunalado tenía razón en querer que la cuestión fuese decidida en términos expresos. Pero faltando un texto sobre el asunto, nos parece imposible admitir una incapacidad. Sostenemos, pues, nuestra opinión, lamentando mucho que el código no haya decidido la cuestión en sentido contrario.

### § 2º De los vicios del consentimiento.

#### NUM. 1. ¿CUALES SON LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE MATRIMONIO?

239. El art. 1109 dice «que no hay consentimiento válido si ha sido dado por error ó arrancado con violencia ó engaño con dolo.» El art. 1118 agrega que la lesión no vicia los convenios más que en ciertos contratos, que

1 Emmery, Exposición de los motivos del título de la Inhabilitación (Loeré, t. III, p. 472, núm. 7).

son la particion ó la venta, ó respecto de ciertas personas, que son los menores (art. 1305). ¿Debe aplicarse el derecho comun al contrato de matrimonio? Ya hemos dicho que los principios generales reciben modificaciones en materia de matrimonio, en lo que se refiere á las condiciones requeridas para su existencia: tales son los principios que rigen las formas de los actos solemnes (1). Acabamos de decir que para el matrimonio del incapacitado, no es aplicable la incapacidad de consentir establecida en el artículo 502. ¿Seria lo mismo respecto de las reglas que conciernen á los vicios del consentimiento? Existe una diferencia radical entre el matrimonio y los contratos ordinarios; estos tienen por objeto las cosas del mundo físico; conciernen á los intereses pecuniarios de las partes contratantes, miéntras que el matrimonio es ante todo la union de las almas. El matrimonio es un contrato, es cierto, en el sentido de que exige un concurso de consentimiento; en realidad, difiere de los contratos de derecho comun: ¿cuando se unen las almas, puede decirse que contratan?

El matrimonio y los contratos ordinarios difieren en su esencia; es imposible que estén regidos por los mismos principios. No puede ser cuestion de lesion, aun cuando personas menores contraigan matrimonio; la misma palabra lesion indica un interés pecuniario; sentado esto, la lesion es extraña al matrimonio. La ley ha sometido á condiciones especiales al menor que quiere casarse; necesita el consentimiento de sus ascendientes ó del consejo de familia, y el hijo tiene necesidad del consentimiento de sus ascendientes, aun siendo mayor, hasta la edad de veinticinco años: esta es una nueva derogacion del derecho comun. Si el menor ha obtenido el consentimiento requerido

por la ley, su matrimonio es válido; si no lo tiene, el matrimonio es nulo.

Hay otro vicio que anula siempre los contratos y que no anula el matrimonio. «El dolo, dice el art. 1116, es una causa de la nulidad del convenio, cuando son tales los manejos puestos en práctica por una de las partes, que es evidente que sin ellos la otra parte no habría contratado.» En el título del Matrimonio, la ley no menciona el dolo entre los vicios que trae consigo la nulidad del matrimonio. Hé ahí una diferencia capital. ¿Cuál es la razon de ello? ¿No puede haber manejos fraudulentos empleados por una de las partes para llevar á la otra á contraer matrimonio? y siendo evidente, como dice el art. 1116, que sin estos manejos, la parte engañada no habría consentido en el matrimonio, ¿por qué la ley no permite pedir la nulidad de éste? Acaso el legislador ha querido poner el matrimonio al abrigo de disputas que harian nacer esperanzas infundadas, ilusiones engañosas. «En matrimonio, engaña el que puede,» dice un adagio antiguo (1). El dolo habria servido de pretexto á esas decepciones, y la institucion del matrimonio se habria debilitado (2). Esto puede parecer rigoroso y hasta injusto en ciertos casos; pero el interés general domina aquí sobre el interés particular. Hé ahí la diferencia capital que separa el matrimonio de los contratos ordinarios; en estos, los intereses privados son los que se agitan, intereses de dinero que crean derechos positivos, derechos que el legislador debe respetar y sancionar. Mientras que el matrimonio es, ó debe ser al menos, extraño á toda consideracion interesada. Son dos almas que se unen. Su union, en principio, es indisoluble,

1 Loyisel, *Institutos consuetudinarios*, t. I, p. 145, edición de Dupin.

2 Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 391, nota. Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 411, núm. 255.

y sólo por consideraciones gravísimas es como la ley puede permitir anularlas. Se necesita que haya causas patentes, de cierta manera materiales, acerca de las cuales no pueda ser engañado el juez, y que alejen por eso mismo toda arbitrariedad. Hé ahí por qué el código civil rechaza el dolo y no admite más que el error y la violencia como vicios del consentimiento.

## NUN. 2. EL ERROR.

290. Hay controversias interminables acerca del error. ¿No nacen de que los intérpretes, preocupados de los principios generales, quieren aplicarlos al matrimonio, que no admite esos principios? El art. 1110 dice que «el error no es una causa de nulidad del convenio sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa de que es el objeto. En derecho, entendemos por sustancia las cualidades sustanciales de las cosas. ¿Cuáles son las cualidades sustanciales? Pothier contesta que las cualidades son las que los contratantes han tenido principalmente por objeto (1). La cualidad sustancial ó la sustancia depende, pues, de la voluntad de las partes, en el sentido de que si tiene principalmente por objeto una cualidad, aun cuando sea secundaria, se volverá sustancial, y si el error recae sobre esta cualidad, el contrato es nulo. ¿Pueden aplicarse estos principios al matrimonio? No, en verdad; el mismo Pothier va a decirnoslo; rechaza todo error sobre las cualidades, por sustanciales que se las suponga, y con razon. El matrimonio no es un contrato de interés privado; por consiguiente, no es la voluntad de las partes la que puede hacer que tal cualidad se vuelva sustancial, y por ende, una condicion requerida para la validez del matrimonio. El le-

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 18.

gislador es quien decide la cuestión. Es necesario, pues, dejar aquí los principios generales sobre el error, y ver lo que dice la ley en el título del Matrimonio.

291. El art. 180 dice que el matrimonio puede ser combatido cuando hay *error en la persona*. Ateniéndonos á los términos de la ley, se creería que el error no es un vicio de consentimiento sino cuando recae sobre el individuo. Hay otra interpretación que comenzamos por rechazar. Se pretende que el error acerca del individuo no es más que un vicio de consentimiento, que impide formarse éste; que, por consiguiente, no hay consentimiento, y en consecuencia, tampoco hay matrimonio. Dícese que el art. 146 es el que debe ser aplicado al error acerca del individuo, y de ello resulta que el matrimonio es inexistente. El artículo 180 no prevé más que el error que vicia el consentimiento y quo hace el matrimonio simplemente nulo, es decir, anulable. ¿Cuál es, pues, el error de que habla el art. 180? El error sobre las cualidades.

Esta interpretación se apoya en la autoridad del primer cónsul. Es necesario distinguir, dice éste, entre el error sobre el individuo físico y el error sobre las cualidades civiles. «No hay matrimonio cuando otro individuo sustituye á aquél con quien se ha consentido en casarse. Por el contrario, hay matrimonio, pero susceptible de ser casado, cuando sin dejar de ser físicamente el individuo, aquel por el cual se dió el consentimiento, no pertenece, sin embargo, á la familia cuyo nombre tomara (1).» Marcadé se ha apoderado de estas palabras y sostenido que el error acerca del individuo hace inexistente el matrimonio, porque no hay consentimiento. Dice así este autor: «Cuando en lugar de María á quien he visto, conozco y con quien deseo casarme, se lleva ante el oficial del estado civil á Juana, tan

cuidadosamente cubierta con su velo que no he podido advertir el cambio, claro es que no hay consentimiento. Cuando en ese caso digo que consiento en tomar por esposa á la mujer aquí presente, es María en la que pienso y de la que creo hablar, en María es sobre quien recae mi voluntad; y si Juana quiere recibirmé por marido, yo no quiero recibirla por esposa. De aquí que no haya concurso de dos voluntades hacia el mismo propósito. En consecuencia, no hay contrato ni matrimonio (1).»

El primer cónsul y Marcadé tienen razon desde el punto de vista de los principios generales de derecho. Si es necesario aplicar esos principios al matrimonio, es verdad que lo vuelve inexistente el error acerca del individuo físico. Yo quiero venderos el fundo A, y vos pretendéis comprar el fundo B; en esto hay más que vicio de consentimiento, hay falta de consentimiento. Efectivamente, el fundo A que os quiero vender, no pretendéis comprarlo, y el fundo B que quereis comprar, no trato de vendéroslo. Nuestras voluntades, lejos de concurrir, están discordantes. Desde ese punto, no hay consentimiento, y por tanto, no hay venta. La venta es más que nula, es inexistente. Si se aplican estos principios al matrimonio, es necesario decidir tambien que el matrimonio será inexistente por falta de consentimiento. Pero la cuestion está precisamente en saber si se pueden aplicar al matrimonio los principios generales sobre el consentimiento. La negativa nos parece evidente. Ya lo hemos probado respecto de las cualidades sustanciales. Vamos ahora á hacer lo mismo acerca de la identidad de la persona.

¿Vuelve á entrar bajo la aplicacion del art. 180 el error acerca de las cualidades? Basta leer el artículo para contestar negativamente; el art. 180 habla *del error en la*

<sup>1</sup> Marcadé, t. I, p. 463. Esta opinion es seguida por Demolombes, t. III, p. 286, núm. 246.

*persona*, y Marcadé le hace decir que habla del error sobre las *cualidades*. ¿Acaso el error sobre las *cualidades* es un error en la *persona*? El buen sentido dice que no. Y el derecho está de acuerdo con el buen sentido. Trátase de saber, por el momento, si el error sobre el individuo físico está previsto en el art. 180, es decir, si este error hace *nulo* el matrimonio, ó si el matrimonio debe ser reputado *inexistente*. Los autores del código, con excepción del primer cónsul, estaban penetrados en la doctrina antigua, tal como la formuló Pothier en el siglo XVIII. Ahora bien, Pothier ignoraba la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas. Preveía la misma hipótesis que Marcadé ha supuesto. Dice éste: «Si proponiéndome casarme con María, y creyendo contratar y casarme con ella, prometo la fe de matrimonio á Juana, que se hace pasar por María, es evidente que no hay consentimiento, y que el matrimonio que he contraído con Juana es *nulo* por falta de consentimiento.» Pothier dice como Marcadé: *no hay consentimiento*; pero saca de ello otra consecuencia. Marcadé dice: *no hay matrimonio*; Pothier dice: el matrimonio es *nulo*, y por esto se entiende un matrimonio *anulable*, un matrimonio que puede ser confirmado, como él mismo lo explica (1). Pues bien, esta doctrina de Pothier está trasmisida literalmente en el art. 180: los términos son los de Pothier, los principios son los suyos. Por consiguiente, el error sobre la persona, no impide que exista el matrimonio, pero lo vuelve nulo.

¿Se dirá que la distinción que Pothier ignoraba ha sido introducida en el código, que está formulada en el art. 146, y que es imposible que el legislador haya dicho en el artículo 180 lo contrario de lo que acababa de decir en el art. 146? Tendría algún valor la objeción si los autores

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 308 y 309.  
P. de D.—Tomo II.—37

del código hubieran admitido claramente y con conocimiento de causa la distinción entre las actas nulas y las actas inexistentes. Pero apenas si puede decirse que el art. 146 tiene el sentido que le comunica la doctrina moderna. Y aun suponiendo, como creemos, que el art. 146 reciba esta interpretación, todavía sería necesario ver si, en materia de matrimonio, el legislador no ha tenido razón para derogar el rigor del derecho. Este es nuestro parecer. La cuestión se reduce á estos términos: hay error sobre la persona física; ¿este error hace *nulo* ó *inexistente* el matrimonio? Según los principios generales, el matrimonio debería ser *inexistente*; creemos que el legislador ha hecho bien en declararlo solamente *nulo*. Existe á este respecto una gran diferencia entre el matrimonio y los contratos ordinarios. Cuando os vendo el fundo A y vos creéis comprar el fundo B, es evidente que no hay venta; no podría haber ni la sombra de una duda acerca de nuestra intención, ninguno de nosotros quiere contratar. Por el contrario, cuando me caso con Juana creyendo casarme con María, una de las partes quiere contratar; ¿y quién puede saber si la otra no quiere? Sólo ésta es la que está en error. Desde ese momento, se necesita que haga conocer su verdadera voluntad, es necesario que declare si está ó no engañado. Y es preciso que lo declare en un corto plazo.

Tal es la teoría sancionada en los arts. 180 y 181 del código civil. ¿No es mil veces más razonable que la teoría del matrimonio inexistente? ¡Cómo! ¡os habeis casado con Juana, creyendo casaros con María; eso no os impide cohabitar con ella durante años, para que después vengáis á decir: No hay matrimonio! Tal sería, en efecto, la consecuencia del matrimonio inexistente. Hay en ello también otro absurdo. Un matrimonio inexistente puede ser combatido por cualquiera parte interesada. ¡Por consiguiente,

un colateral vendrá á pedir que vuestro matrimonio sea declarado inexistente, cuando vos, no obstante el error que os lo ha hecho contraer, quereis conservarlo! ¿Por qué no permitir al cónyuge que ha estado en el error, confirmar su matrimonio? Eso no es jurídico; ya lo sabemos, porque no se confirma la nada. Pero si no es jurídico, es moral, lo que vale más. Todavía hay aquí una diferencia enorme entre el matrimonio y los demás contratos. Cuando es inexistente una venta, no resulta de ello inconveniente alguno; lo más común es que no se hará nada en ejecución de ese contrato aparente; el vendedor guardará la cosa y el comprador el precio; porque cuando el pretendido vendedor quiera entregar la cosa, la otra parte se rehusará á recibirla y rehusará asimismo pagar el precio: esto será, literalmente, la nada. Con relación al matrimonio, pasan las cosas de otra manera; al menos así debe suponerse, porque la cuestión tiene un interés práctico. Escuchemos á Pothier: «Si después de haber reconocido el error, consiento en tomar por esposa á Juana, á quien de pronto había tomado por María, este consentimiento rehabilita mi matrimonio con esta mujer, el cual, antes de ese consentimiento, era nulo. Así fué rehabilitado el matrimonio de Jacob con Lia, cuando después de haber reconocido que la mujer que se le había dado, y que él creía ser Raquel, era Lia, y consintió en casarse con Lia.» ¿Quiere decir que se necesitará nueva celebración de matrimonio? No, dice Pothier: basta la bendición nupcial que procedió á mi consentimiento. Tales son también los principios del código. Este admite la confirmación del matrimonio cuando el cónyuge que reconoce su error continua cohabitando con su consorte.

292. Nuestra conclusión es que el error acerca de la persona física está previsto en el art. 180. Sentado esto, es imposible admitir que tal disposición se aplique al error

sobre las cualidades. Segun el derecho comun, el error sobre las cualidades sustanciales vicia el consentimiento. Ya hemos oido á Pothier. Pero Pothier no admite ese principio en materia de matrimonio. Por el contrario, dice: «Cuando el error no recae más que sobre alguna cualidad de la persona, este error no destruye el consentimiento necesario para el matrimonio, y no impide por consiguiente que sea válido el matrimonio.» Así seria aun cuando el error recayese sobre las cualidades más sustanciales. Se casa una mujer con un hombre á quien suponia en el goce de su estado civil, y que ha muerto civilmente por una sentencia que lo ha desterrado para siempre del reino, ó condenado á perpetuidad á presidio, de donde se ha evadido. ¿No podria asimilarse este caso con aquel en que el matrimonio es contraido por error con un esclavo? El esclavo no es una persona, y el muerto civilmente está despojado de su personalidad por la ley. Sin embargo, dice Pothier, no hay ley ni cánon que declare nulo el matrimonio contraido con esta clase de error; existen, por el contrario, sentencias que han declarado válido el matrimonio que una mujer habia contraido con un galeote, de quien ella ignoraba el estado. En el siglo XVIII ya no habia esclavos en Francia, pero habia siervos todavia en algunas provincias, sujetos á ciertos trabajos, poseidos de ciertas incapacidades. Pothier dice: Si me caso con una persona de esta condicion, creyéndola de condicion libre, mi error no hace nulo el matrimonio. Me he casado con María, á quien creia noble, siendo así que pertenece á la clase más llana; no obstante mi error, el matrimonio no deja de ser válido (1). Dupin, en la notable requisitoria pronunciado acerca de esta cuestion, insiste, y con justicia, en la gravedad que tenia en el antiguo régimen el error concer-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 310-313.

niente á la nobleza; aquel era un régimen aristocrático, el estado llano estaba considerado casi como una segunda especie de hombres; los nobles disfrutaban de privilegios tales que hacian de ellos un linaje completamente distinto de lo que con desden se llamaba la plebe. Es verdad que el que estaba en error acerca de la nobleza de su futuro cónyuge, no habria contraido matrimonio si hubiera conocido su condicion. Empero la cuestion de la validez del matrimonio no ha sufrido nunca la menor duda (1).

Se pretende que el consejo de Estado admitió un nuevo principio. Cítanse palabras del primer cónsul. Podriamos conformarnos con contestar que en las discusiones se encuentra todo lo que se quiere, todo lo que se busca; pero precisamente por esta razon no será intútil que nos detengamos aquí un instante. Réal, legista educado en los principios de Pothier, hizo notar que, segun la jurisprudencia, el error no viciaba el matrimonio, sino cuando se referia al individuo, y no cuando recaia sobre el nombre ó las cualidades. El primer cónsul contestó: «El nombre, las cualidades, la fortuna, entran en los motivos que determinan la elección de un esposo ó de una esposa; de consiguiente, el error acerca de estas circunstancias destruye el consentimiento, aun cuando no haya error respecto del individuo (2).» Hé ahí la teoria de las cualidades en toda su exageracion, digamos mejor, en toda su falsedad; y al mismo tiempo véase á qué absurdos se llegaría, si se insertara en el código civil todo lo que se dijo en el consejo de Estado. ¿De que Napoleon haya dicho que el error acerca de la fortuna vicia el consentimiento, deberá deducirse que tal es la doctrina del código? ¡Nadie se atrevería á

1 Véase la requisitoria de Dupin, en Dalloz, *Recopilación periódica* 1862, t. I, p. 154.

2 Sesión del consejo de Estado del 26 fructidor, año IX, n.º 17 (Loeré, t. II, p. 316 y siguientes).

hacerlo! Opongamos al primer cónsul á sí mismo. En otra sesion, pasando de un extremo á otro, rechazó todo error sobre las cualidades, aun aquellas que constituyen lo que se llama la persona civil. «El nombre y las cualidades civiles, dijo, no constituyen la persona. ¿Cómo admitir que las cualidades civiles tengan una influencia determinante sobre un acto de tanta importancia como el matrimonio? Por el carácter y por el exterior es por lo que los esposos se conciertoan, se prendan y se eligen. ¿Qué son, al lado de las cualidades naturales, las cualidades puramente civiles? Deben haber sido de gran peso cuando existian distinciones de raza; pero hoy que ya no se considera al hombre sino en sí y tal como es en la naturaleza, seria bárbaro destruir un matrimonio en el que cada uno de los cónyuges ha conocido perfectamente á aquel con el cual queria unirse (1).» Los expedientes de que tomamos estas palabras son de una esterilidad desesperante; en ellos no se encuentra ni una palabra que salga de la medianía, ni un grito del alma, ni un rayo de talento. Thibaudeau reprodujo el discurso del primer cónsul, con el colorido, el fuego que ponía en todo lo que hablaba: «Ni siquiera teneis idea de la institucion del matrimonio. Tratais el asunto como hombres de negocios. El dote no es más que el accesorio; la union de los cuerpos, el cambio de las almas, ¡hé ahí lo principal!»

Volvamos á nuestros expedientes. Los legistas que formaron el consejo de Estado estaban penetrados de los principios del derecho antiguo; ahora bien, si había allí un principio no puesto en duda, era que el error sobre las cualidades, cualesquiera que fuesen, no viviaba el consentimiento. No había más que el error en la persona, es decir, el error sobre la identidad, que consti-

1 Sesión del 24 frimario, año X, núm. 12 (Locré, t. II, p. 316).

tua una causa de nulidad. Pues bien, esta expresion del derecho antiguo quedó en el código; ¿se dirá que tiene un sentido contrario al que tenía en el derecho antiguo, y al que le daban los miembros del consejo de Estado? ¿Lo que siempre había significado error sobre el individuo físico, va a significar de repente error sobre las cualidades? ¡Habria sufrido, pues, un cambio radical, cuando el idioma permanecia el mismo y las ideas eran las propias! No, si la discussion tiene un sentido cierto, es que se queria conservar la doctrina antigua, la regla sancionada por una jurisprudencia de mil quinientos años. Tales son las expresiones de Cambacérès, y esa es la explicacion de Portalis. «El error en materia de matrimonio, dice éste, no se entiende un simple error sobre las cualidades, la fortuna ó la condicion de la persona con la que se verifica la union, sino un error de que fuera objeto la persona misma (1).» Eschuchemos tambien á Maleville, testigo ocular como Portalis: «Despues de muchas elucubraciones, se convino en no entrar en estos detalles, y las cosas quedaron tales como estaban en las leyes antiguas (2).»

Pueden citarse, sin duda, algunas palabras contrarias, entre otras el informe del tribuno Bouteville que admite el error sobre las cualidades morales como viciando el consentimiento. Tiempo es ya de oir la razon y los principios del derecho. Preténdese que hay una innovacion en el código, se dice que la antigua jurisprudencia era demasiado material, que no consideraba más que el cuerpo y la identidad física. ¿No es ante todo el matrimonio la union de las almas? Esto supuesto, ¿no debe ser el error sobre el alma tan sustancial como el error sobre el cuerpo? Si, el matrimonio es la union de las almas. ¿Es decir que las ilusiones no representan ningun papel? Las almas no lle-

1 Exposición de los motivos, núm. 43 (Locré, t. II, p. 392).

3 Maleville, *Ánalisis razonado*, t. I, p. 196.

gan á conocerse sino cuando el contacto cotidiano ha desvanecido el error inevitable en que se hallaban los futuros cónyuges ántes de haber participado de la vida comun. Por esta comunidad de ideas y sentimientos es por lo que las almas acaban por confundirse, con frecuencia, despues de dolorosos conflictos. Otras veces no se verifica la fusion. ¿Se dirá entonces que ha habido error, que el consentimiento ha sido viciado, y que debe anularse el matrimonio? Aquí tocamos el error de derecho en que descansa la teoria que combatimos. Ni aun en los contratos ordinarios se admite el error sobre los motivos como vicio de consentimiento. Comprais un libro bajo la fé de un informe que os ha inducido en error; es verdad que no lo habrás comprado sabiendo que se trataba de una obra mé nos que mediana. No podeis, sin embargo, exigir la nulidad de la venta. El legislador no lo ha permitido, porque el error sobre el móvil de la voluntad, no impide que haya voluntad; como somos seres falibles, casi siempre hay una parte de error en nuestras acciones; ¿dónde irian á parar las relaciones civiles si pudiera invocarse el error sobre los motivos que nos han impulsado á contratar, para anular así los contratos que hiciésemos? Pues bien, el matrimonio, más que cualquier otro contrato, está influenciado por esos errores de nuestra imaginacion. ¿Qué seria de él, qué de la sociedad, que descansa en el matrimonio, si las ilusiones perdidas ofrecieran una causa de nulidad? Pothier va á decirnos que eso seria contrario á los principios más elementales de derecho:

«Me he casado con María creyéndola virtuosa, aunque fuese prostituida, ó creyéndola de buena fama, aunque estuviese marcada por la justicia; no deja de ser válido el matrimonio, no obstante el error en que he estado á ese respecto. En vano se opondria que yo no habria querido casarme con María si hubiera sabido lo que ignoraba acerca

de su conducta; porque para que sea válido el matrimonio que he contraido con ella, no es necesario que hubiera querido casarme si hubiese tenido conocimiento de lo que he descubierto despues; basta que efectivamente haya querido casarme con ella. Ahora bien, el error en que he estado no impide que haya querido casarme; no destruye el consentimiento que he dado en mi matrimonio con María..... No es de la esencia del matrimonio que la mujer con quien me caso tenga las cualidades que creo que posee; basta que sea la misma con quien deseo casarme (1).»

Los autores que admiten el error sobre las cualidades como vicio del matrimonio, rechazan, por lo mismo, sin dudar de ello acaso, una doctrina jurídica que ha sido observada siempre, y es que el error sobre los motivos que determinan nuestra voluntad, no vicia el consentimiento que damos bajo el imperio de este error. M. Demolombe, que se ha constituido defensor de esta novedad, verdadera herejía jurídica, confiesa que la aplicación de su teoría será necesariamente *muy incierta* y *muy arbitraria*; confiesa que la decisión dependerá de las opiniones, de los sentimientos y hasta de las impresiones personales de cada intérprete.

«No vacilo en reconocerlo, dice, ¡es la verdad! ¡así ha sucedido! ¡Cómo! ¡el derecho se vuelve una cuestión de sentimiento? ¡Qué! ¡reinará la arbitrariedad más espantosa en una materia de la que el legislador ha querido desterrar toda arbitrariedad, no dejando nada al arbitrio del juez! Esto no espanta á M. Demolombe, acostumbrado como está á someter el derecho al hecho: «Los tribunales tendrán en consideración todas las circunstancias, la posición del cónyuge engañado, su carácter personal, toda la situación, en fin, para decidir en hecho si este error ha alte-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 310.

rado ó no de una manera profunda y esencial su consentimiento. Y así esperaré, para resolverlas en hecho, todas las hipótesis que pudieran proponerse (1).»

No vacilamos en decirlo: es una doctrina deplorable la que abdica ante los hechos, y que reduce el derecho al arbitrio del juez. ¿Para sancionar la omnipotencia de los magistrados, es para lo que los autores del código civil han formulado un capítulo entero sobre las demandas de nulidad de matrimonio? ¿Al decir que el matrimonio es nulo cuando hay error en la persona, han querido que los tribunales pudiesen anular el matrimonio, fundándose en el *carácter personal* del cónyuge? No, evidentemente no. Decimos que semejante doctrina es deplorable; en efecto, subordina el derecho al hecho; estimula al juez á decidir segun las circunstancias de la causa. Los tribunales sufren ya demasiado la influencia de los hechos; es inútil, mejor digamos, es peligroso excitar á hacer á un lado las leyes, para guiarse solo segun las impresiones individuales. ¿De qué serviría la ciencia del derecho si fuera tal el poder del juez?

Temores quiméricos, se ha dicho. No, esto no es una quimera. Ya los tribunales entran en el funesto sendero que se quiere ensanchar todavía, hasta que la arbitrariedad lo invada todo. En 1811, la corte de Colmar anuló un matrimonio contraido con un lego de una comunidad suprimida; volvemos á ocuparnos de esta extraña sentencia; en 1860, el tribunal de Agen casó á su vez un matrimonio con un monje español. En 1868, el tribunal de Chaumont, en virtud de la misma teoría, anuló un matrimonio, á causa de preñez disimulada de la mujer en el momento de la celebración. En 1853, el tribunal de Boloña, estableciendo como regla que el juez tenía, en esta materia, un poder soberano

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, ps. 400 y 406 núms. 451 y 453.

de apreciacion, declaró nulo un matrimonio de una hija adulterina, á quien el cónyuge habia considerado hija legítima (1). En presencia de estas aberraciones, forzoso es decidir con la corte de Paris: «La admision del error sobre las cualidades como causa de nulidad abriría la puerta á interpretaciones peligrosas y turbaria bastante la paz de las familias. Precisamente para evitar ese peligro, agrega la sentencia, la ley ha determinado de una manera especial las causas de nulidad de matrimonio, y no ha dejado esta obligacion bajo el imperio de las reglas generales establecidas para los demás contratos (2).

M. Dupin, en la requisitoria que ya hemos citado, refiere un hecho, curioso bajo muchos aspectos, que da una clara confirmacion á los temores manifestados por la corte de París. El Marqués de..... pidió la nulidad de su matrimonio, afirmando «que su mujer se había casado con la preconcebida determinacion de no contraer más que una union ficticia y la resolucion de no pertenecer á su esposo; que su mujer ha rehusado friamente la entrada al lecho conyugal. Ahora bien, dijo el abogado del demandante, si el Sr. Marqués hubiera podido prever semejante proceder, no se habria casado ciertamente con la Srita. Maria..... La ignorancia en que ha estado de esta resolucion calculada y preconcebida, lo ha inducido á error y ha invalidado su consentimiento (3).» El demandante se apoyaba en el

1 Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1853, 3, 56, y la nota de la misma *Recopilacion*, 1861, 1, 49.

2 Sentencia de 4 de Febrero de 1860 (Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1860, 2, 88).

3 La corte de París ha rechazado esta singular hipótesis en sentencia de 30 de Diciembre de 1861. Dice juiciosamente que, en el asunto, se invocaba no el error sobre una cualidad cualquiera, sino el error sobre la disposicion de espíritu en que se hallaba uno de los contrayentes. Eso prueba, dice muy bien la sentencia, cuán necesario es mantener estrictamente la ley, si quiere ponerse el matrimonio á cubierto de una arbitrariedad ilimitada. El recurso de casacion fué desechado con fecha 9 de Febrero de 1863 (Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1863, 1, 420).

derecho canónico; y para darle más autoridad se dirigió á Roma; un tribunal eclesiástico declaró nulo el matrimonio, y agregó, con la audacia que distingue á los hombres de iglesia, «que toda decisión contraria, de cualquiera autoridad que emanase, debía ser considerada como no dada.» Véase, añade Dupin, adónde nos conduce todo eso (1).

293. Si el error sobre las cualidades no vicia el matrimonio, no queda como vicio del consentimiento más que *el error en la persona*, como dice el art. 180. Pero ¿qué debe entenderse por persona? ¿La persona física, ó también la persona civil? Ya hemos dicho que Pothier no conoce más que el error sobre la identidad física. También en ese sentido explica Portalis el art. 180. «Mi intención declarada, dice, era casarme con tal persona; se me engaña ó yo soy engañado por un concurso singular de circunstancias y me caso con otra que la ha sustituido sin saberlo yo y contra mi deseo: el matrimonio es nulo.» Esa es igualmente la interpretación de Maleville; ha sido adoptada por Zachariæ, pero hoy está generalmente abandonada. Lo que Pothier dice de la persona física se extiende á la persona civil. Habría error sobre la persona civil, dice Proudhon, si alguien, con la ayuda de documentos falsos y apoyado en informes falaces, usurpara en un país lejano el nombre y el estado de un hombre determinado y distintamente conocido, para obtener en matrimonio á una mujer que creyera hacer una alianza honrosa, siendo así que en realidad abusaba de ella un falsario y un aventurero. Encontramos en la jurisprudencia un ejemplo singular de un error semejante que parece reproducir la hipótesis de Proudhon.

Un individuo hecho prisionero en la guerra de España,

1 Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1862, 1, 158.

estaba vigilado en Burges; llevaba el nombre de Ferry, y se titulaba coronel y baron. En 1824 solicitó la mano de la Srita. Beauger de Tulle. Presentó una pretendida acta de bautismo, por la que aparecía que había nacido en Capua, del baron de Ferry y de María Pozzi. El acta no estaba legalizada; esto dependía, según él, de que estando proscrito por sus opiniones, no podía pedir la legalización. Para suplicarla hizo levantar ante el juez de paz una acta de notoriedad, en la que siete individuos, seis de ellos prisioneros como él, atestiguaban la pretendida filiación de Ferry. Un año después de su matrimonio, desapareció, habiendo cometido diferentes fraudes. Se descubrió que su acta de nacimiento era falsa, y que las declaraciones de los siete testigos eran igualmente falsas. La corte de Burges declaró la nulidad del matrimonio, fundándose en que había error en la persona civil (1).

294. Necesitamos ver ante todo por qué la palabra *persona* es interpretada en el art. 180, en ese sentido, que no es el usual. Si se entiende por persona el individuo físico, debe suponerse una sustitución de persona verificada en el momento de la celebración; hipótesis casi quemérica, y tan difícil, dice Demolombe, que no tendría éxito ni aun en el teatro. El caso de Jacob, casándose con Lia cuando quería casarse con Raquel, es único en la historia. ¿Será que los redactores del código, personas eminentemente positivas y prácticas firmaron sólo una pura abstracción? Este argumento nos interesa poco; contestariamos: ¿Qué importa? ¿es tan necesario que sean anulados los matrimonios, para que se aumenten las causas de nulidad? Hay una respuesta concluyente que dar sobre este punto: el error acerca de la persona civil es a la vez una ficción cuando se la limita al error sobre la personalidad, como

1 Sentencia de 6 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 71).

debe hacerse, si se quiere estar dentro de los términos del art. 180. La jurisprudencia no nos ofrece más que el caso que acabamos de referir; tambien puede negarse que en ese caso haya habido error sobre la persona civil; más bien habia error sobre el *estado civil*, y en la opinion comun de los autores, este error no vicia el consentimiento. Por ultimo, la objecion se dirige tambien al derecho antiguo, y no ha detenido á Pothier, que es tambien persona muy positiva y muy practica.

Se alega otra razón. El art. 181 concede al cónyuge inducido en error un plazo de seis meses, contados desde el dia en que el error sea descubierto. No se necesita, en verdad, un plazo tan largo para descubrir el error sobre la identidad física; ésta se descubre inmediatamente. Si pues la ley concede un plazo de seis meses al cónyuge engañado, es porque supone que el error no puede descubrirse en el acto; luego es el error sobre la persona civil, la cual no puede ser comprobada sino despues de las informaciones y pesquisas. En esto hay un error: el art. 180 señala un plazo de seis meses, no para permitir al cónyuge engañado reconocer el error, sino para determinar el plazo despues del cual no puede ser solicitada la nulidad; en otros términos, define la confirmacion tácita. El error puede ser descubierto el mismo dia del matrimonio; el cónyuge tendrá, sin embargo, seis meses para proceder, pero deberá hacerlo dentro de este plazo; si no, se considerará haberse confirmado el matrimonio si ha habido cohabitacion durante ese plazo. De consiguiente, el art. 180 nada tiene de comun con la naturaleza del error.

Finalmente, se funda en los trabajos preparatorios. La corte de casacion había propuesto sustituir las palabras *error sobre el individuo* á las palabras *error en la persona*; lo que limitaba la nulidad en el caso en que hubiera error sobre el hombre considerado en el orden puramente

físico. Los autores del código no adoptaron el cambio; conservaron la expresión de *persona*, es decir, que consideran al hombre bajo el punto de vista de las cualidades que lo personalizan en el orden civil. Este argumento ha sido invocado en una sentencia de la corte de París; sería decisivo en efecto si evocásemos las razones por que no ha sido empleada la palabra *individuo*. En los expedientes no se encuentra ningún vestigio de estas razones; por forma de consecuencia, uno puede decirse que el código civil ha conservado la expresión admitida por la tradición? Pothier la emplea, y entiende por ello el error sobre la persona física.

La discusión fué muy confusa. Dupin la caracteriza perfectamente. Dice así: «Son opiniones cambiadas entre legisladores que presentan en réplica las ideas que de pronto se les ocurre. En estas conversaciones dialogadas se les ve alternativamente emitir de golpe una idea que de pronto abandonan luego, reducidas por las objeciones de otro: es un vaiven perpétuo, en sentido muy diverso con frecuencia.» ¿Qué hacer en medio de estas opiniones contradictorias? «Se necesita, dice Dupin, atenerse á los resultados, y no á tal o cual fragmento que nos ha quedado de más. Se trata de discernir la opinión que ha prevalecido definitivamente y que se traduce en el texto de una ley, al cual, en último resultado, todos deben conformarse (1).»

Muy difícil es precisar la opinión que prevaleció en el consejo de Estado sobre el error en la persona. Sólo puede decirse que la mayor parte de los miembros admitían el error acerca de la *persona civil*. Regnier quería conservar la doctrina de Pothier: decía «que no hay realmente error sobre la persona sino cuando se ha casado un individuo por otro.» Maleville contestó que el error en la

1 Dupin, Requisitoria, en Dalloz, *Répertoire périodique*, 1862, IV 155.

persona era en efecto lo único que viciaba el matrimonio, pero que no se podía restringir la aplicación de este regla á la persona física, que la regla tenía por principal objeto la persona social. El primer cónsul exigía la complicidad del cónyuge para que el error sobre la persona civil viciara el matrimonio. Insistió varias veces en esta idea, pero no encontró acogida en el consejo: ¿qué importa, decía Maleville, y con razon, que el cónyuge haya sido cómplice del engaño? Si en realidad ha sido engañado el otro cónyuge, hay error, y el error vicia el consentimiento (1).

La jurisprudencia se ha declarado por la interpretación que admite el error sobre la persona civil. Una sentencia de la corte de París dice que la palabra *persona* entraña el pensamiento de una individualidad civil. No obstante, la corte añade una restricción que nos parece esencial: «Se necesita que el error descansen en una personalidad completa y promueva una cuestión de identidad (2).» Limitando así el error sobre la persona civil, es realmente un error *en la persona*, como dice el art. 180. Precisemos la hipótesis. Tengo la intención de casarme con María, á quien nunca he visto, porque es hija del amigo de mi padre y las dos familias desean una alianza que perpetúe el afecto que las une. Otra María se presenta ante el oficial del estado civil como si fuera la hija de Pablo, con la que tengo intención de unirme. Aquí hay error sobre la persona civil y no sobre la persona física, pero el error sobre la persona civil entraña un error sobre la identidad. Desde ese momento hay error en la persona, como exige el artículo 180 (3).

1 Sesión del consejo de Estado del 24 de febrero, año X, núm. 12 (Liceré, t. II, p. 363).

2 Sentencia de 4 de Febrero de 1860 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1860, 2, 88).

3 Zacharié, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 462, p. 261 y notas 9 y 10.

295. Hay un peligro en la teoría que admite el error sobre la persona civil, y consiste en que se extiende á *cualidades civiles*, sociales. Esto es lo que han hecho Marcaudé y Demolombe. ¿Qué es, en definitiva, dicen estos autores, el error sobre la persona civil? Un error sobre ciertas cualidades. Ahora bien, ¿dónde está la razon para limitar el error á tales ó cuales cualidades? En el asunto del aventurero italiano juzgado por la corte de Burges, no había en realidad error más que sobre el estado civil, un avenedizo titulándose baron, nacido de una familia que ni siquiera existia: allí habia una filiacion falsa. Si el error sobre la filiacion basta para viciar el consentimiento, ¿por qué no ha de viciarlo cualquier otro error sustancial? Nosotros contestamos que ningún error sobre las cualidades anula el matrimonio, á no ser que tenga por resultado un error sobre la identidad. Y si se pregunta por qué, nuestra respuesta es muy sencilla y concluyente: el texto, puesto en relacion con la doctrina tradicional, y nada prueba que los autores del código hayan pretendido apartarse de él. Vamos á examinar algunos casos en los que la jurisprudencia ha admitido, injustamente segun nosotros, que había error en la persona cuando sólo había error sobre las cualidades.

296. En 1811, contrajo matrimonio en Estrasburgo un organista que antes había sido religioso profeso. La corte de Colmar lo anuló por el más extraño de los motivos. La mujer ignoraba que su futuro estuviese ligado por votos incompatibles con el estado del matrimonio; nunca habría consentido si hubiera tenido conocimiento de ello; el antiguo monje profeso, ocultando su condicion, obtuvo, pues, el consentimiento de su futura por una especie de hurto y de sorpresa. De aqui resulta un error sustancial, puesto que segun el art. 1110 del código de Napoleon el error es una causa de nulidad cuando la consideracion de la perso-

na es la causa principal del convenio (1). La corte no habia olvidado más que esto, el art. 180. ¿Habia allí error en la persona? Esa era la única cuestión, y la sentencia no dice ni una palabra á este respecto. Sin embargo, los autores aprueban esta extraña decisión; no faltando quienes vayan más lejos diciendo que tambien habria sido nulo el matrimonio, si la mujer habia conocido la posición del hombre con quien se casaba, suponiendo que más tarde se hubiera rebelado su conciencia; tales son las expresiones de Dalloz. ¡De esta suerte, los escrúulos de conciencia sobrevenidos despues del matrimonio, cuando no habia en él ningun error, viciarian el consentimiento! Hé ahí los excesos á que llegan los intérpretes cuan lo abandonan el texto de la ley para entregarse á su imaginacion.

Merlin se sorprende de que una corte haya podido dictar semejante sentencia. Eso es tanto más sorprendente, dice, cuanto que el defensor del marido habia *pulverizado* de antemano la hipótesis admitida por la corte. ¿Hay aquí error en la persona? preguntaba el abogado. No, en verdad. Efectivamente, ¿en qué descansa el error? La mujer ignoraba que su marido hubiese sido monje profeso, es decir, hermano sirviente, criado de una corporación suprimida por la Revolucion. Este error no prueba más que una cosa, que la mujer daba una importancia extrema á tal creencia religiosa. ¿Qué tienen de comun esas preocupaciones con la ley civil? La ley ignora las creencias religiosas y no se da ninguna cuenta de ellas, puesto que á sus ojos el matrimonio es un contrato puramente civil. ¿Que importa, pues, que los cónyuges estén penetrados de tal ó cual preocupación religiosa? ¿Acaso los escrúulos de conciencia son causas de nulidad del matrimonio (2)?

1 Sentencia de 6 de Diciembre de 1811 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 71).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimento de matrimonio*, § 5, art. I, núm. 5.

297. Existe una causa más célebre, que ha conmovido vivamente los ánimos, y que después de haber dividido á las cortes ha acabado por recibir una solución conforme con los principios verdaderos. Una mujer contrajo matrimonio con un presidiario cumplido; solicitó la nulidad de su matrimonio invocando el error en que estaba acerca de la condición de su futuro, en el acto en que había dado su consentimiento. ¿Había error sobre la persona civil? El tribunal del Sena y la corte de París decidieron que sólo había error sobre las cualidades, error que, en el particular, no entraña error sobre la identidad, y por tanto, no hay error sobre la persona (1). En el recurso de casación, la suprema corte casó la sentencia. No está muy clara la doctrina de la corte en esta primera decisión. Admite, con la corte de París, que el *error en la persona* debe entenderse no sólo el error en la persona física, sino también error en la persona civil. Dice después que la condenación á una pena corporal é insuficiente *disminuye* la persona civil del sentenciado, privándolo de una parte notable de sus derechos civiles y cívicos. De esto deduce bruscamente que es del deber de los tribunales examinar si, según los hechos y las circunstancias de la causa, el error ha recaído sobre condiciones sustanciales, constitutivas de la personalidad civil; lo que constituye un error sobre la persona, y por ende un vicio de consentimiento. Por último, la corte anuló la sentencia de la de París, porque establece en principio que el error debe recaer sobre una personalidad completa (2). La sentencia es una serie de afirmaciones sin fundamento alguno. Si tiene un sentido es el de que la cuestión de error es cuestión de circunstancias; de donde se seguiría

1 Sentencia de la corte de París, de 4 de Febrero de 1860 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1860, I, 88).

2 Sentencia de la corte de casación de 11 de Febrero de 1861 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1861, I, 56).

que los tribunales tendrían en esta materia un poder discrecional para decidir cuáles son las condiciones sustanciales, constitutivas de la personalidad. Ya hemos rechazado esta hipótesis que doblega el derecho ante los hechos, hipótesis que causa sorpresa ver consagrada por una corte que es el guardián del derecho.

La sentencia de la corte de casación no persuadió á la de Orleans á la que fué remitida la causa; esta corte resolvió en el sentido de la de París, que se necesitaba un error sobre la persona, ya fuera físico ó civil, para viciar el consentimiento; que el error en la persona civil no debe consistir en un simple engaño sobre las cualidades ó capacidades civiles de uno de los cónyuges, sino en cambio de personalidad tal, que por causa de este error uno de ellos se haya casado con una persona civil distinta de aquella con quien quería casarse. La corte invoca el texto y la discusión. Despues, entrando en el exámen de los hechos, dice la sentencia que la pérdida de los derechos de ciudadano en que incurrió el presidiario no tiene por efecto suprimir la personalidad civil inherente á su individualidad; que realmente la capacidad se ha disminuido, pero subsiste la personalidad civil; de donde se sigue que el error sobre este estado de incapacidad relativa no es un error en la persona (1).

Se interpuso nuevo recurso. La corte de casación, en tribunal pleno, fué llamada á resolver cuestión tan grave; no admitió la opinión admitida por la sala civil; se unió á la doctrina consagrada por las cortes de París y de Orleans, defendida con exquisito tacto por el procurador general Dupin. Reprodujose ante la corte la peligrosa hipótesis de las cualidades sustanciales que constituyen la personalidad civil. Dupin la rechazó en nombre del texto y el espíritu del

1 Sentencia de la corte de Orleans de 6 de Julio de 1861 [Dalloz, *Recopilacion*, 1861, 2, 132].

código; la rechazó tambien en nombre del buen sentido. Hay mucha gracia en la requisitoria del ingenioso magistrado. El mismo Dupin preguntó cuáles son las cualidades sustanciales que constituyen una persona civil distinta de una persona física. "Hasta hoy, dijo, había podido creerse que el hombre era uno; ahora se le divide; se apodera de la mitad de si mismo para formarle causa á la otra mitad, y no pudiendo combatir á la persona física, única que ha tomado en consideracion la ley, se combate á la que idealmente se llama persona civil. Es inadmisible esta fiction. No, no hay dos personas en el mismo individuo. Las calidades civiles separadas de la persona física, no constituyen una persona completa. Las calidades son abstractas, no tienen cuerpo ni alma; carecen de *yo*; no constituyen un sér aparte, un segundo sér. *¡Intentad sacar la fotografía de la persona civil!*"

Este dardo iba dirigido á la hipótesis admitida en la primera sentencia de la corte de casacion. Dupin no se limitó á hacerse el cultilocoente. La sala civil, al resucitar una expresion romana, habria dicho que la persona del presidiario estaba aminorada. ¿Aeaso este menoscabo de su capacidad tiene alguna relacion con los derechos y las obligaciones que resultan del matrimonio? pregunta el procurador general. ¿Impide esto al presidiario llenar los deberes de fidelidad, socorro y asistencia? ¿No puedo rodear á su mujer de la proteccion que le debe? ¿No puede proveer á sus necesidades con su trabajo? ¿Es un obstáculo su condicion de libertad para que su mujer le debe obediencia? Verdad es que el presidiario en libertad está afectado de ciertas incapacidades; pero la mayor parte dimanan del código penal de 1810; por consiguiente, no pueden ser invocadas para interpretar el código civil de 1802. Por otra parte, ¿conciernen al matrimonio? Esa es toda la cuestion. ¡Este hombre, se exclama, no podria ser testigo! ¿Y qué im-

porta? ¿es de la esencia del matrimonio que el marido sea capaz de ser testigo legal? ¡Este hombre no podria ser tutor de los hijos de otro! ¡Enhorabuena; sus bienes no estarán expuestos á ser gravados con hipoteca legal!

No prosigamos este análisis; podria creerse, en el tono ligero que á veces toma Dupin, que no se da cuenta alguna del elemento moral del debate. ¡Una mujer obligada á vivir juntamente con un presidiario! ¡Con esto habia para conmover aun á los antiguos magistrados de la suprema corte! El procurador general resirió en seguida por qué fatalidad aquel á quien se llamaba presidiario habia sido arrastrado a tomar parte, á pesar suyo, por decirlo así, en un homicidio, cuando apénas tenia diez y siete años de edad. Sentenciado como cómplice á quince años de trabajos forzados, fué conmutada su pena en la de reclusion casi inmediatamente; fuéreronle otorgados dos indultos sucesivos, y salió de la prision á los veintinueve años de edad. Es indudable que la delicadeza le ordenaba revelar su desgracia, lo mismo que su crimen, á la mujer que iba á participar de su destino. Al ménos, nada hizo para engañarla. Habria sido fácil á su futura obtener informes acerca del pasado de aquel que elegia para esposo; no lo hizo, sin embargo, y quizás habria permanecido en esa feliz ignorancia si un hombre ruin, que habia puesto su discrecion á un precio bastante elevado para podérsela comprar, no hubiera tenido la vileza de denunciar la condena del presidiario.

La corte de casacion, en su sentencia definitiva, comienza por afirmar el hecho tan importante de que el código de Napoleon reproduce los principios del derecho antiguo sobre el error en la persona; reconoce, con la doctrina y la jurisprudencia, que el art. 180 no debe ser restringido al caso único del error que provenga de una sustitucion fraudulenta de persona en el momento de la celebracion; admite que puede asimismo recibir su aplicacion cuando

el error recae sobre la persona civil, es decir, cuando uno de los cónyuges se ha hecho admitir al presentarse como miembro de una familia que no es la suya y se atribuye las condiciones de origen y filiación que corresponden á otro. Eso aparta ya la hipótesis que Marechal ha llevado adelante, que sostiene M. Demolombe, y que la corte de casación cometió el error de aceptar en su primera sentencia, rechazándola terminantemente en la segunda. «El texto y el espíritu del art. 180, dice la sentencia, disipan los errores de otra naturaleza; no admiten la nulidad sino por el error que recae sobre la identidad de la persona y por medio del cual una de las partes se ha casado con una persona distinta de aquella con quien creía unirse.» Así caen las teorías que imaginan calidades sustanciales constituyendo una personalidad civil tan ficticia como las razones en que se apoya. Citaremos los términos de la sentencia, por ser importantes: «La nulidad por error en la persona no puede extenderse á los simples errores sobre condiciones ó calidades de la persona ó sobre manchas que en su reputación hubiere sufrido.» Al hacer la aplicación de estos principios en la causa, decide la corte «que el error del cónyuge que ha ignorado la condena á penas afflictivas ó infamantes, pronunciada con anterioridad contra su consorte, no vicia el consentimiento; que la privación de los derechos civiles y políticos que de ello resulta en nada atañe á la identidad de la persona, y que por consiguiente no puede motivar una acción de nulidad del matrimonio por error en la persona (1).»

La corte de casación no contesta una objeción que á primera vista parece decisiva. Según el art. 232, la condena de uno de los cónyuges á una pena infamante, será causa de divorcio para el otro cónyuge. Si el legislador disuelve, en este

1 Sentencia de 24 de Abril de 1862 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1862, 1, 159).

caso, el matrimonio, si no ha querido obligar al otro esposo á que viva con un infame, ¿no es evidente que con sólo ese hecho autoriza la demanda de nulidad por esta causa, cuando era ignorada del otro cónyuge? Duranton insiste mucho en este argumento (1). Ya se había hecho valer cuando el primer recurso, y el abogado general dió acerca de él una respuesta concluyente, lo que no impidió que se reprodujera en el segundo recurso; así parecen perpetuarse las malas razones, y se está obligado á reputar lo que mil veces lo ha sido ya. Una de dos, dice M. de Raynal. Si el art. 232 habla sólo de una condena posterior al matrimonio, cuando se autoriza el divorcio, porque el cónyuge que ha sufrido la condena ha violado las obligaciones que había contraído al casarse; ha disuelto el contrato, como dice Gillet en su informe al Tribunado acerca del divorcio, al degradar con su propia falta su existencia civil, y cambiado la naturaleza de la asociacion. De aquí que el otro cónyuge deba tener el derecho de romper un contrato que ha roto ya el cónyuge culpable. Nada tiene de comun con la accion de nulidad esta primera hipótesis, que supone una condena anterior al matrimonio, ignorada del consorte inocente. Que si el art. 232 se aplica tambien á una condena anterior, ignorada del cónyuge, la objecion se vuelve un argumento en favor de nuestra doctrina; porque si, en ese caso, el divorcio es el que lo remedia, claro es que el matrimonio era válido, y el legislador no habria podido concebir el pensamiento de autorizar la demanda de nulidad (2).

298. ¿Es causa de nulidad del matrimonio la impotencia de uno de los cónyuges ignorada del otro? Lo que legitima el debate sobre esta delicada cuestion, es que, en

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 49, núm. 63.

2 Requisitoria de M. de Raynal (Dalloz, *Recopilación*, 1861, I, 55 y siguientes).

el derecho antiguo, la impotencia era un impedimento dírimente, y no se hacia distincion entre la impotencia natural y la accidental. La razon que da Pothier se aplica efectivamente á una y otra hipótesis. «Aunque la union de los cuerpos, dice este autor, no es de la esencia del matrimonio, como el fin principal de este es la procreacion de los hijos, se necesita para ser capaz de casarse tener al menos el poder de lograr esta union de los cuerpos (1).» En esta doctrina la impotencia es á la vez un impedimento para el matrimonio y una causa de nulidad. Todos están de acuerdo en que la impotencia no es un impedimento para el matrimonio; basta para decidirlo así el silencio del código de Napoleon. Pero está muy debatida la cuestión de saber si el matrimonio contraido puede ser anulado por causa de impotencia. Fuerza es, ante todo, precisar claramente el verdadero punto de la dificultad.

Si la impotencia es un vicio, habrá necesidad de decir que es un vicio esencial, que hace el matrimonio, más que nulo, inexistente. Es cierto que Pothier la considera sólo como una causa de nulidad, pero en este punto su autoridad carece de valor, porque en el derecho antiguo se desconocia la distinción de los actos inexistentes y de los actos nulos. Zacharie, que es quien primero la ha profesado, no vacila en decir que la impotencia trae consigo la inexistencia del matrimonio (2); y Merlin llega á la misma conclusión, aunque no emplea los términos de que nos hemos servido. En punto á matrimonio, dice, no sólo es necesario que haya dos personas cualesquiera para llevarlo á cabo, se necesita tambien que esas dos personas sean de distinto sexo. Si, pues, un individuo que se ha casado bajo el nombre de Pedro, no es hombre, ú otro que se

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 96 y 97.

2 Zacharie, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 212, nota 4, § 451.

haya casado bajo el nombre de Juana, no es mujer, habrá error sobre la persona. Hoy dirímos que el matrimonio es inexistente. Pues bien, continúa Merlin, si un individuo, bien por efecto de un accidente, bien por un capricho de la naturaleza, está privado del órgano sin el cual no puede ser hombre, ¿no habría igualmente, de parte de la mujer que con él se casara, error en su persona, es decir, matrimonio inexistente? en vano se diría que sólo hay error sobre la calidad; Merlin contesta que esta es una calidad que transforma al marido en un ser completamente distinto; lo que equivale á decir con energía que no hay hombre, y que por lo mismo no existe matrimonio (1).

Creemos que la impotencia no es una causa de inexistencia del matrimonio. El código civil no determina las condiciones que se requieren para que el matrimonio exista; debe, pues, decidirse la cuestión conforme á los principios generales de derecho. Hemos admitido, con Zachariæ, que para que haya matrimonio se necesitan un hombre y una mujer. Este es uno de los puntos que no se discuten. ¿Puede decirse que el hombre no es hombre y que la mujer no es mujer, cuando son impotentes? No; Merlin lo confiesa; la impotencia es la ausencia de una calidad. Por esencial que quiera llamársele, siempre es el error que recae sobre una calidad; desde ese momento habrá, si se quiere, error sobre la persona, como dice el art. 180, pero este error es sólo una causa de nulidad. La doctrina de Pothier nos conduce al mismo resultado. Dice que «la unión de los cuerpos no es precisa y absolutamente la esencia del matrimonio.» Eso decide la cuestión. Hoy decimos, con el primer cónsul, que el matrimonio es la unión de las almas; esta unión puede existir, á pesar de la impotencia, como puede existir á pesar de la esterilidad, y como

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impotencia*, núm. 2.

puede existir á pesar de la edad avanzada de los futuros cónyuges.

De consiguiente, debe eludirse la doctrina de Zachariæ, y decir, con Pothier y Merlin, que la impotencia es una causa de nulidad. Bajo el punto de vista teórico, esto puede sostenerse muy bien, y los nombres que acabamos de citar bastan para que su opinión sea tomada en serio. Pero la cuestión no es una dificultad de teoría, sino de texto. En punto á matrimonio, no hay nulidad sin ley. ¿Y existe ley que pueda aplicarse á la impotencia? Merlin invoca el art. 180; esto es decir que el error del cónyuge que se ha casado con un impotente es un *error en la persona*. Pero el error no es evidentemente un error sobre la identidad ni física ni moral; es un error sobre la calidad. Por grave que sea, en derecho no tiene más importancia que cualquiera otro error que no influya sobre la identidad del cónyuge. Eso decide la cuestión. Despues de la prolja discusion á que acabamos de entregarnos, es inútil insistir. El error sobre las calidades, por sustanciales que se les suponga, nunca vicia el consentimiento. La impotencia no es, pues, una causa de nulidad del matrimonio, ni tampoco una causa de inexistencia.

Puesto que la cuestión debe decidirse por el texto del código, necesitamos decir una palabra sobre la objecion que invoca el art. 312. La ley permite al marido desconocer al hijo nacido de su mujer, si prueba que estaba en la imposibilidad física de cohabitar con ella, por efecto de algun accidente, en la época de la concepcion. El art. 313 agrega que el marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia natural. Dedúcese de esto que la impotencia, al ménos, cuando es accidental, debe ser admitida como causa de nulidad del matrimonio. Si la ley permite al marido desconocer al hijo de su mujer, probando la imposibilidad física en que estaba de cohabitar con ella, jéomo

suponer que quiera conservar el matrimonio, á pesar de la imposibilidad física de la cohabitación de parte de este cónyuge? ¿No equivaldría esto á decir que la ley pretende hacer subsistir un matrimonio, dando al marido el derecho de desconocer á todos los hijos que nazcan de su mujer? ¿No sería obligar á uno de los cónyuges á buscar en otra parte los goces que no encuentra en su casa? ¿Pueden suponérse en el legislador ideas tan inmorales (1)?

Esta hábil argumentación prevaleció ante la corte de Trèves; pero la jurisprudencia se declaró en sentido contrario (2). El art. 312 está basado en una hipótesis muy diferente de la nuestra. Cuando una mujer da el sér á un niño, estando su marido en la imposibilidad de cohabitar con ella en la época de la concepción, la madre es culpable de adulterio, y el marido debe tener el derecho de desconocer un hijo adulterino que vendría á usurpar su nombre. Por el contrario, cuando uno de los cónyuges pide la nulidad del matrimonio, hay que examinar si había error en la persona ó sólo en una calidad; aquí no hay crimen en litigio, hay solamente el interés de un cónyuge engañado en su esperanza. El legislador no admite estas decepciones como causa de nulidad, porque en esto hay un interés que domina al del cónyuge, el interés de la sociedad. Cuando es la impotencia la que se invoca como vicio del consentimiento, hay un motivo particular que él solo justifica el silencio del legislador, y es el escándalo á que dan lugar esos procedimientos. Es preciso evitar esos debates vergonzosos, porque ofenden la moralidad. Es tan cierto eso, que apénas si se pueden tratar estas materias

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impotencia*, núm. 1.

2 Véanse las sentencias de las cortes de Génova y de Riom, en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 76 y 77. Debe agregarse una sentencia de la corte de Tolosa, de 10 de Marzo de 1858 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1859, 2, 40).

aun en una obra científica. En el artículo consagrado por el *Repertorio* de Merlin á la *impotencia* se lee que el jurisconsulto debe ser casto y puro como la ley; el autor pone allí toda la reserva posible, y sin embargo, los detalles en que entra hacen palpitar el corazón. ¿Qué acuerda con los debates judiciales? M. Demolombe, consecuente en su teoría de las calidades sustanciales, admite la impotencia como causa de nulidad del matrimonio. Pero se necesita probarla. ¿Cómo se rendirá esta prueba? ¿Por medio de una junta, como en los tiempos memorables en que imperaba el derecho canónico? No, se reconocerá al cónyuge impotente. ¿Y si se resiste al reconocimiento? Se empleará la fuerza. ¿Por ventura, la justicia no dispone de los gendarmes? ¡Los gendarmes violentando á una mujer para obligarla á que la reconozcan los peritos! Creíamos que estaba abolida la tortura (1).

## NUM. 3. LA VIOLENCIA.

299. El art. 180 dice que el matrimonio realizado sin el consentimiento libre de ambos cónyuges, puede ser impugnado por aquel de ellos cuyo consentimiento no haya sido libre. Este es el vicio de violencia. La violencia, como la explica muy bien Pothier, no impide que haya consentimiento. Aquel que hace algo por temor, consiente, por grande que sea la violencia que se emplee para atemorizarle, porque se determina á ello por un acto reflexivo de su voluntad. Prefiere ejecutar lo que se le obliga á hacer, más bien que exponerse al mal con que se le amenaza; prefiere, pues, hacerlo; de dos males elige el menor. Pothier aplica este principio al matrimonio. El que contrae

1 Domolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 410, número 254.

matrimonio por temor, da una especie de consentimiento, pero este consentimiento está viciado; efectivamente, el verdadero consentimiento supone la libertad. El consentimiento que se da bajo el imperio de la violencia, es imperfecto, y por lo mismo, el matrimonio es nulo (1).

De aquí se sigue que la violencia es únicamente una causa de nulidad del matrimonio; no trae consigo la inexistencia de éste. El primer cónsul sostuvo en el consejo de Estado que la violencia, segun las circunstancias, podia volver nulo ó inexistente el matrimonio. Cuando la violencia, dijo Napoleón, ha llevado á la persona violentada á la presencia del oficial del estado civil, y declara que consiente, hay en ese acto una apariencia de matrimonio que la casacion debe destruir. En todos los demás casos de violencia, ni siquiera hay matrimonio. El primer cónsul supone que la violencia continua hasta en presencia del oficial del estado civil, que se lleva por la fuerza ante el oficial público al cónyuge violentado, y que tambien por la fuerza se le arranca su consentimiento. Tambien debe suponerse, agrega Tronchet, que el mismo oficial público es violentado; que en tal caso, no habiendo consentimiento, tampoco hay matrimonio (2). En otros términos, la violencia física en el acto en que se da el consentimiento, hace que este no exista. Esto puede sostenerse en los contratos ordinarios. Si se obliga á mi mano á trazar los caractéres que constituyen mi firma, es evidente que no consiento, y que, en realidad, el contrato será inexistente. ¿Pero reciben estos principios una aplicacion en el matrimonio? Dudamos de ello. Los futuros cónyuges deben hacer una declaracion verbal, pronunciar si ó no. Desde ese momento, el que dice sí ejerce un acto de voluntad; elige entre dos

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 315.

2 Sesión del consejo de Estado del 4 vendimario, año X, núm. 38 (Loiré, t. II, p. 330).

males el menor; por lo tanto, consiente y hay matrimonio; es inútil decir que nulo, pero al fin hay matrimonio. Se aplicarán, pues, los principios que rigen la acción de nulidad, y no los principios sobre el matrimonio inexistente.

300. En el derecho antiguo el rapto estaba regido por reglas particulares. Justiniano decidió que el que se hubiera robado una mujer, nunca podría casarse con ella. Inocencio III corrigió este rigor excesivo, permitiendo á la persona robada contraer matrimonio con el raptor, si así lo determinaba libremente. Para asegurar su libertad, el concilio de Trento exigió que la persona robada fuera puesta lejos del poder del raptor. En el mismo sentido está concebida la declaración de 1639 (1). En el proyecto de código había una disposición análoga: «Si ha habido rapto, no hay consentimiento, á no ser que este haya sido dado por la persona después de haber recobrado su entera libertad.» Este artículo fué tachado como inútil; para decidir la cuestión bastaban los principios establecidos en el código. Si la persona robada ha recobrado su libertad en el momento en que consiente, su matrimonio será perfectamente válido. Si esté aún bajo el imperio de la violencia, procederá aplicar el art. 180; y en consecuencia, el matrimonio será nulo. El proyecto parecía expresar que el matrimonio era más que nulo, que no habiendo consentimiento no había matrimonio. Pero es necesario no tomar al pie de la letra las expresiones de que se sirvieron en esta materia los autores del código, porque ignoraban la distinción de los actos inexistentes y de los actos civiles. Por consiguiente, debe decidirse la cuestión según los principios. Ahora bien, los principios no dan lugar á duda. El código no habla del rapto; desde

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 227 y siguientes.

ese momento, la violencia por rapto permanece en el derecho comun, es decir, es una causa de nulidad como cualquiera otra violencia.

301. En el derecho antiguo se admitia un *rapto de seduccion*. Entendíase por esto los malos medios y los culpables artificios con que se persuade á una persona jóven á que consienta en un matrimonio. Aunque no había violencia alguna en la seduccion, se consideraba una especie de rapto, y se le llamaba *rapto de seduccion*. La seduccion se presumia de derecho cuando un menor se casaba sin el consentimiento de sus padres, tutor ó curador (1). Se pregunta si el rapto de seduccion existe aún en nuestro derecho civil. La cuestion fué promovida en el consejo de Estado. Portalis hizo notar que era inútil la disposicion del derecho antiguo. Esta tenia por objeto garantizar á las familias contra los atentados de un aventurero. Pues bien, tenemos un remedio eficaz contra ese peligro, y consiste en la necesidad del consentimiento de los ascendientes, y de la familia en su caso. La denegacion del consentimiento es bastante para anular el matrimonio. Cuando la futura es mayor de edad, se rige por el derecho comun; si cede á seducciones ó á artificios perversos, como dice Pothier, no es inémos válido el consentimiento que da. Efectivamente, ¿qué son estos artificios sino los manejos que llamamos dolo? Ahora bien, el dolo no vicia el consentimiento en punto á matrimonio. De aquí que ya no pueda ser cuestion de un rapto de seduccion. Esta es la opinion comun de los autores (2).

302. Sólo un autor ha reproducido la doctrina del derecho antiguo, bajo una nueva forma y dándole mayor extension todavía. Marcadé, al comparar el art. 180 con

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 228 y 229.

2 Dallez, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 56.

el 1109, hace notar que en el título del Matrimonio la ley no se sirve de la palabra *violencia*; permite anular el matrimonio desde el punto que *no ha sido libre* el consentimiento, lo que implica que pueda ser anulado, aun cuando no hubiera habido violencia propiamente dicha. La misma diferencia de redaccion hay entre los arts. 181 y 1304; este hace correr el plazo á contar del dia *en que ha cesado la violencia*, miéntras el primero lo hace correr desde el dia en que el cónyuge *ha adquirido su entera libertad*. Supongamos, dice Marcadé, que un jóven de veintiun años de edad, que ya no tiene ascendientes, se deja seducir por una cortesana hábil, que explota su ciega pasion para exigir el matrimonio. Ahí hay consentimiento, pero este no ha sido dado con entera libertad. ¿Si ese jóven, una vez desilusionado, quiere salir del abismo en que lo arrojó su inexperiencia, si pide la nulidad de su matrimonio, se le rechazará porque no hubo violencia? Esto seria impulsar al desdichado á contraer lazos adulterinos ó condenarlo á perpétuo celibato (1).

Esta teoria de la violencia no ha encontrado más eco que la del mismo autor sobre el dolo (2). Si la mencionamos es para dar á nuestros jóvenes lectores el desagrado de la palabrería jurídica y de las novelades temerarias. ¿Existe diferencia entre el consentimiento que no es libre y el arrancado por la violencia? Desde que se escribe sobre derecho, se enseña precisamente que el consentimiento debe ser libre, y que no es libre cuando se ha dado bajo el imperio del temor. De consiguiente, un consentimiento que no es libre está viciado por la violencia. Se nos preguntará por qué el legislador no se sirvió de la palabra *violencia*. Por una razon muy sencilla. Porque hay dos

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 460, núm. 1.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 395, número 250.

clases de violencia, la violencia material, que consiste en malos tratamientos, y la violencia moral, que consiste en amenazas; esta última, por decirlo así, es la única que se emplea en punto á matrimonio; para comprenderla en la disposicion de la ley, los autores del código han empleado la expresion más general. Eso era inútil, toda vez que la palabra *violencia* tiene un sentido sancionado por una tradicion secular, pero al fin tal es la intencion del legislador. El proyecto del art. 180 decia: *cuyo consentimiento ha sido forzado*. Se propuso decir: *cuyo consentimiento no ha sido libre*. ¿Cuál fué la razon de este cambio? El Tribunado nos lo dice: «Se piensa que este *ligero* cambio hará comprender mejor toda la esencia de la ley, en vista de que desde ese momento se aplicará la disposicion más claramente en defecto de *libertad moral*, como á falta de *libertad física* (1).» No se trataba, pues, de un cambio de sistema, de una innovacion; se queria únicamente hacer más clara la ley, marcando con la nueva redaccion que se aplicaba lo mismo á la violencia *moral* que á la *física*.

Esto en cuanto á los textos. Respecto de los principios, la teoria ideada por Marcadé confunde las nociones más elementales de derecho. La seduccion nunca es una violencia; si en el derecho antiguo se llamaba *rapto*, consistia en que, de cierto modo, eran robados á sus padres por el seductor los menores. Pero en cuanto al seductor, que tambien es seducido, los artificios que se han puesto en juego no destruyen su libertad, han obcecado su razon. Si consiente en el matrimonio, es por malos móviles, pero éstos, lejos de destruir su voluntad, la determinan. Quiere más firmemente, con tal fuerza, que ya no escucha la razon. Es una especie de locura, pero locura que no es vicio

1 Observaciones de la sesion de legislacion del Tribunado, número 15 (LoCré, t. II, p. 369).

de consentimiento. ¿Se dice que no es libre el que está loco? Tampoco puede decirse del joven á quien ciega su pasión.

¿Qué puede decirse de la extraña moral de Marcadé? ¡Cómo! Vuestro joven comienza por satisfacer su pasión; después, cuando está harto, se necesita que la justicia rompa el lazo que había formado para saciarla, necesita que lo ayude á satisfacer una nueva pasión. ¡Si no ese infeliz se verá compelido á entregarse á amores adulterinos, á no ser que por un heroísmo sublime se condene á celibato perpétuo! No podría contestarle la justicia: «Teneis una mujer legítima, á quien amabais hasta el punto de que para poseerla habeis atropellado todas las conveniencias. Al casaros con ella, sabiais que era una cortesana; os habeis empeñado en elevarla hasta vos; si sufrís molestia interior, componeos con ella, pero no pidais que os descarguemos de las obligaciones que habeis contraído. ¡La moral que invocáis exige, ante todo, ser fiel al deber!

303. El código no dice cuáles deben ser los caracteres de la violencia para que viole el consentimiento. Cuando es física, evidentemente es una cuestión de hecho. En cuanto á la violencia moral, el código se ocupa de ella en el título de las Obligaciones y señala algunas reglas que la caracterizan. Se pregunta si son aplicables al matrimonio los artículos 1111-1114. La mayor parte de los autores están de acuerdo en que deben ser aplicados y que si algún tribunal decidiera que no había lugar á hacer su aplicación al matrimonio, estaría sujeto á casación su fallo. Ya más de una vez hemos dicho que hay una notable diferencia entre el contrato de matrimonio y los demás contratos; el primer cónsul la formuló diciendo que el matrimonio es la unión de las almas, mientras que los contratos se celebran por motivos de interés pecuniario. De ahí se sigue que los principios generales no pueden aplicarse al matri-

monio sino con modificaciones. Por eso el código civil tiene un capítulo especial sobre las causas de nulidad. Basta leer los arts. 1111 y siguientes para convencerse de que no tienen relación alguna con el matrimonio.

Según el art. 1111 la violencia ejercitada contra aquel que ha contraido la obligación, es causa de nulidad aun cuando haya sido ejercitada por un tercero distinto de aquel en cuyo beneficio se haya celebrado el convenio (1). La ley supone lo que es elemental, un acreedor y un deudor. ¿Puede hablarse de acreedor y deudor en punto á matrimonio? ¿En beneficio de cuál de los cónyuges se celebra el convenio? Los mismos términos del texto se oponen á cualquiera aplicación al matrimonio. ¿Quiere decir que para que la violencia sea una causa de nulidad, debe ser ejercitada por el cónyuge? No, en verdad; pero no necesitamos el art. 1111 para decidirlo así; bastan el buen sentido y el silencio del art. 180. Poco importa, en efecto, que ejerçite la violencia; es bastante que ésta exista para que esté viciado el consentimiento. Tampoco distingue el art. 180, lo que decide la cuestión.

El art. 1112 dice «que hay violencia cuando ésta es de tal naturaleza que haga impresión en persona razonable y que pueda inspirar el temor de exponer su persona ó su fortuna á un mal considerable y presente. En esta materia hay que tener en cuenta la edad, el sexo y la condición de las personas.» ¿Acaso no es cierto esto también para el matrimonio? se pregunta. ¡Qué! se escucharía á un viejo de setenta años que llegara pidiendo la nulidad de su matrimonio, porque hubiera sido violentado! La disposición del art. 1112 se ha dado, sin embargo, para aquellos á quienes la edad debilita la fuerza de voluntad. ¿Se escucharía más á quien llegara diciendo que temería exponer

1 Demolombe, t. III, p. 191 y siguientes, núm. 248. Duranton, t. II, ps. 36 y siguientes, núms. 44, 46, 48 y 49.

*su fortuna* á un mal considerable si no se casara? Esto ni aun se concibe en punto á matrimonio; y si se concibiera se rechazaría al quejoso diciéndole que el matrimonio es la union de las almas. Se nos preguntará cuándo hay violencia que vicia el consentimiento de los cónyuges. El texto del art. 180 contesta la cuestión: cuando no ha sido libre el consentimiento. Cuestión de hecho como lo confiesan los mismos que dicen que en ese caso há lugar á la aplicación del art. 1112.

El art. 1113 dice: «La violencia es causa de nulidad del contrato, no sólo cuando se haya ejercido en la persona del contratante, sino también cuando han sido objeto de ella *cualquiera de los cónyuges, ó sus descendientes ó ascendientes.*» ¿Acaso el legislador pensaba en el matrimonio cuando escribía esta disposición? De tres casos que prevé hay dos que no corresponden á la jóven á quien se ha obligado á casarse con el hombre que no ama. ¿Y le es aplicable el tercero? Precisamente es un ascendiente, el padre, el que ha violentado su voluntad. ¿Se concibe una violencia ejercida para obligar á una hija á casarse? Sería necesario inventar una novela para hallar circunstancias en las que pudiera aplicarse el art. 1113.

Queda el art. 1114: «El temor respetuoso hácílo los padres ú otros ascendientes, sin que hayan aparecido los verdaderos actos de violencia, no basta por si sólo para anular el contrato.» Hé ahí la única disposición que por su naturaleza puede aplicarse al matrimonio. El juez podrá hacerlo por analogía, porque hasta hay razon para decídirlo. Pero no existiría el art. 1114 si los magistrados, dotados de juicio, hubieran decidido que no hay vicio de violencia cuando «no se ha ejercido violencia.» Casi es una simpleza decirlo.

§ 3º De las promesas de matrimonio.

304. Las promesas de matrimonio se acostumbraban mucho en el derecho antiguo bajo el nombre de espousales. Pothier dice que es costumbre preceder de espousales el matrimonio, aunque no sea necesario. Así define los *espousales*: «Un convenio por el que se prometen reciprocamente un hombre y una mujer que juntos contraerán matrimonio.» ¿Cuál era el efecto de esta promesa? ¿era obligatoria en el sentido de que los desposados podían ser obligados á consentir en el matrimonio? Los términos de la cuestión implican que debe resolverse negativamente; el consentimiento, en punto á matrimonio, no se da sino en el acto de la celebración, y ese consentimiento debe ser libre; un convenio anterior que destruyera esta libertad, sería esencialmente nulo. Además, los espousales no eran obligatorios en ese sentido; no producían más que una promesa moral. El juez eclesiástico, el oficial era el que conocía de los espousales; si se habían contraído válidamente, el oficial exhortaba á la parte á cumplir su promesa, pero no podía sentenciarlo á la ejecución ni á obligarlo con censuras eclesiásticas. Si la parte persistía en su negativa, el oficial declaraba la disolución de los espousales, imponiéndole una penitencia por su falta de fe, es decir, algunas preces ó una pequeña limosna. Es indudable, dice Pothier, que el que se niega á cumplir una promesa, falta á la fe dada y recibida; pero debe tolerarse esta falta de fe como un mal menor, para evitar el mayor de los males que podría ocasionar un matrimonio que fuera contraido por fuerza (1).

También se admitía, en el derecho antiguo, que los espousales, en caso de no ejecución, daria lugar á daños y perjuicios. Como era válida la promesa de matrimonio,

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 23 y 51.

se aplicaba el principio formulado en el art. 1142 del código de Napoleon, de que en toda obligacion de hacer se condena en daños y perjuicios, en caso de no ejecucion de parte del deudor. Habia, empero, un peligro en esta doctrina. Se concilie que en los contratos ordinarios, en que todo es cuestion de dinero, se sentencie al dendor al pago de daños y perjuicios; este es un medio legitimo de obligarlo á cumplir su compromiso. Pero los espousales, por válidos que fueran, no debian forzar la voluntad de los desposados. Por consiguiente, era necesario cuidar de que la condenacion al pago de daños y perjuicios no se convirtiera en una violencia indirecta.

Era costumbre que los desposados se diesen arras reciprocamete. Cuando una de las partes se negaba, sin motivo justo, á cumplir su promesa, debia devolver á la otra las arras que de ella habia recibido, y perder las que le habia dado. Pero Pothier agrega esta restriccion: con tal de que no sean demasiado considerables, teniéndose en cuenta la calidad y las facultades de las partes. ¿Cuál es la razon de esta reserva? Cuando las arras excedian con mucho de la suma á que se elevaban los daños y perjuicios que resultaran de la no ejecucion de las promesas, se permitia á la parte arrepentida, siendo esto sin motivo justo, reclamar las arras que habia dado, deduciéndose únicamente la cantidad que señalaba el juez por daños y perjuicios reales, que resultaban de la no ejecucion de la promesa de matrimonio. Dice Pothier que la razon de esto es que tiene suma importancia, para el bien de la sociedad civil, el que los matrimonios sean perfectamente libres; por consiguiente, no debe ser puesta una de las partes en la necesidad de contraer un matrimonio contra su gusto por el temor de sufrir una perdida enorme, si se niega á cumplir la promesa de matrimonio, para cuya ejecucion habia dado arras demasiado considerables. El

mismo principio se aplicaba á las cláusulas penales que estipulaban los desposados, con objeto de asegurar la ejecucion de sus promesas. Al decir de Pothier, los tribunales no daban mérito al asunto cuando la suma ó cosa prometida excedia de lo que pudiera importar los daños y perjuicios (1). En nuestro antiguo derecho belga, se iba más lejos; la cláusula penal era nula, aunque fuese licita la promesa de matrimonio (2). En esto no hay contradiccion; tambien el código civil admite que pueda ser nula la cláusula penal, aun cuando la obligacion principal sea válida (art. 1227). En el particular era nula la pena, porque comprometia la libertad del matrimonio, que es de orden público, miéntras que la simple promesa dejaba toda su libertad á los desposados.

Despues de todo, poco importa que la cláusula penal fuese considerada como nula ó como válida. Siempre daba lugar á daños y perjuicios. Pothier nos dice que tales eran las reglas á que el juez se sujetaba para valorizar el importe. Segun el mismo autor, los motivos más comunes de esos daños y perjuicios son los gastos originados por la solicitud de matrimonio, y la pérdida de tiempo que han ocasionado al que se queja de la no ejecucion de los espousales. Tambien puede entrar en esos motivos, el deshonor que sufre la parte á quien se ha saltado la fé, y á veces debe considerarse igualmente, agrega Pothier, si hay el temor de que se perjudique en su establecimiento con otro (3).

303. Los detalles en que hemos entrado sobre el derecho antiguo deciden de antemano la cuestion, calurosamente debatida, de saber si, bajo el imperio del código de

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 43 y 44.

2 De Ghewiet cita un decreto del consejo de Flandes y un fallo de los regidores de Tournai, que así lo han resuelto (*Instiuciones al derecho belga*, 1<sup>a</sup> parte, título II, § 16, art. 14).

3 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 53.

Napoleón, son válidas las promesas de matrimonio, si lo son las cláusulas penales, y si proceden los daños y perjuicios. Sabido es que no se acostumbran los espousales, lo que no impide que sean muy frecuentes las promesas de matrimonio, como se ve en el considerable número de sentencias dictada en esta materia. Toullier enseña que son válidas las promesas de matrimonio (1). Desiende muy bien su tesis, aunque, según nosotros, es insostenible. El código nada dice de las promesas de matrimonio ni del efecto de las cláusulas penales, que estarian comprendidas en él. De lo cual resulta, al decir de Toullier, que estas cuestiones deben resolverse segun los principios generales que el código establece. Estos principios son elementales. Toda obligacion de hacer, dice el art. 1142, se condena con daños y perjuicios, en caso de no ejecucion. Esa es la regla general. Las promesas de matrimonio son una obligacion de hacer; de consiguiente, están regidas por la disposicion que acabamos de citar; porque la ley es general, emplea las expresiones más lataz que pueden emplearse: *toda obligacion de hacer*. ¿Será necesario agregar que la palabra *hacer*, en el lenguaje jurídico, comprende toda clase de acción? Así lo dicen los jurisconsultos romanos, y no cabe duda alguna. Por forma de consecuencia, la cuestión queda decidida. Para que las promesas de matrimonio no fuesen regidas por el principio general del art. 1142, se necesitaría una excepción positiva; ahora bien, esa excepción no se encuentra en el código; y los jueces no pueden suplirla bajo pretexto alguno, porque es un axioma que las excepciones que no están en la ley no deben ser cumplidas.

El argumento parecía irresistible, y ha impresionado a un pensador muy lógico. Merlin se declara, sin vacilar,

1 Toullier, El derecho civil francés, t. VI, núms. 293-303, p. 305 y siguientes.

por la opinion de Toullier. Sin embargo, la corte de cassacion la había reprobado en el momento en que escribia Toullier; pero Merlin no duda de que acaben por triunfar las razones dadas por éste. Casi desafia á sus adversarios al contestarles. «¿Habrá quien se atreva, exclama, á establecer la conclusion de que las promesas de matrimonio están reprobadas en el código civil? ¿Habrá quien ose sacar del silencio del código civil sobre esas promesas, otra consecuencia que no sea la de que no las sujeta á reglas especiales, dejándolas bajo el imperio comun de los contratos (1)?» Hé ahí un ejemplo patente de la confusion que no cesamos de señalar, confusion que tiende á aplicar al matrimonio los principios del decrecho comun. Al reto de Merlin no vacilamos en contestar: Sí, nos atrevemos á sostener que el silencio del código relativamente á las promesas de matrimonio, bastan para decidir que no las admite. Son otros los principios generales que rigen los contratos de interés pecuniario, y otras las reglas que conciernen al matrimonio. La obligacion de hacer supone que hay un *deudor* y un *acrededor*; el art. 1142 dice que el *deudor* es sentenciado á daños y perjuicios si no ejecuta la obligacion, que ha contraido, de hacer. ¿Por ventura hay un *acrededor* y un *deudor* en las promesas de matrimonio y en el matrimonio? ¡Cosa notable! Toullier, al transcribir el art. 1142, omite las palabras: *de parte del deudor*. Su pluma se ha resistido á copiar palabras que chocan con la doctrina que sostiene. No, una promesa de matrimonio no es una promesa hecha por un *deudor* á su *acrededor*. El matrimonio es el lazo de dos almas; esta frase no es de un poeta ni de un filósofo; ha sido pronunciada en el seno del consejo de Estado por una persona eminentemente positiva, por el primer cónsul. ¿Qué es lo

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Pena derivada de un contrato*, § 1 (t. XXIII, p. 102).

que constituye la esencia de esta unión desde el punto de vista jurídico? La libertad más absoluta en el acto en que se celebra. De aquí el que la promesa de matrimonio no pueda engendrar un lazo de derecho; esto quiere decir que no es obligatoria; de consiguiente, es nula. Para admitirla se necesitaría una disposición expresa en el código; basta que este guarde silencio para que la promesa no sea válida.

306. Toullier y Merlin invocan el derecho antiguo. En verdad, el código de Napoleón sanciona los principios tales como los hemos expuesto según Pothier. Las promesas de matrimonio no eran civilmente obligatorias, no obligaban más que la conciencia; por si mismas no producían ningún efecto civil. El que no las llenaba sólo era sentenciado á una penitencia, á oraciones, á limosnas; Pothier agrega, *ligeras*. En cuanto á los daños y perjuicios no estaban declarados como saneamiento de la promesa, como una especie de compensación. Así sucede en los contratos ordinarios; no pudiendo ser obligado el deudor á hacer lo que no quiere, y debiendo, sin embargo, recibir una ejecución forzada la obligación que ha contraído, la ley *destruye* esta obligación condenando al pago de daños y perjuicios. Por consiguiente, estos equivalen á la ejecución directa de la obligación; el acreedor obtiene, bajo forma de daños y perjuicios, todo lo que ha estipulado. Tal es el verdadero sentido del principio formulado en el art. 1142. Eso es elemental. Pues bien, á nuestra vez, dirigimos un reto á Toullier y á Merlin: ¿Se concibe que la promesa de matrimonio se convierta en daños y perjuicios? ¿se concibe que aquel á quien su prometido ha faltado á la fe, solicite y obtenga, bajo forma de daños y perjuicios, la ejecución obligada de la promesa, es decir, el beneficio, la ventaja que le habría procurado el matrimonio? ¿Se concibe que el juez se ponga á calcular lo que puede valer, en piezas de cien

sueldos, la union de las almas? Por esta vez diremos con el primer cónsul: «No comprendeis lo que es el matrimonio.» Tratais el asunto como hombres de negocios, como legistas. «El matrimonio es la union de las almas.» Cuando dos almas se proponen unirse y una de ellas se niega, ya no procede el matrimonio, porque en vez de union hay desunion, antipatia, indiferencia. Siendo imposible la union, ¿cómo podria ser cuestion de darle una ejecucion forzada, bajo la forma de daños y perjuicios?

Decimos que el código de Napoleon reproduce los principios del derecho antiguo. Los espousales eran válidos en el fuero de la conciencia; ahora bien, el código no se ocupa de los derechos y deberes puramente morales; por lo mismo debia guardar silencio acerca de las promesas de matrimonio. Bajo el antiguo régimen, estando la Iglesia y el Estado estrechamente unidos, se comprende que los espousales hayan sido objeto del derecho; pero el juez eclesiástico era el que conocia de su validez y el que condenaba á una penitencia á la parte que faltaba á ellos. Desde la Revolucion, ya no hay juez eclesiástico á los ojos de la ley; ya no hay promesa moral que tenga efecto jurídico. Sentado esto, ¿qué debe hacer el legislador? Dejar pasar en silencio las promesas de matrimonio, no pudiendo existir ya el único efecto que tenian en el derecho antiguo. Basta pues, como decimos, el silencio del código para que ya no exista la promesa de matrimonio; es más que nula, el código no la conoce.

307. Existen varias sentencias en favor de la opinion de Toullier (1). La jurisprudencia, lo mismo que la doctrina, se ha declarado por la nulidad de las promesas de matrimonio. Así lo deciden por aplicacion de los principios generales de derecho. Ya los jurisconsultos romanos

1 Véanse las sentencias de Tolosa (1813) y de Colmar (1818) en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 83, 1º y 4º.

enseñaban que las cláusulas penales agregadas á una promesa de matrimonio eran nulas por ser contrarias á las buenas costumbres, porque el nudo del matrimonio debe ser enteramente libre (1). Las sentencias han aplicado el mismo principio á las promesas de matrimonio. Existen dos que están vigorosamente motivadas, una de la corte de Nimes (2) y la otra de la de Gante (3). En ellas se lee que de todos los actos el matrimonio es el que impone á los contrayentes las obligaciones más importantes y las somete á las más graves consecuencias, puesto que, de una parte, esos actos sirven de base al reposo de las familias, y de la otra, fijan para siempre la suerte de los cónyuges; que desde ese momento, la razon, las buenas costumbres y la ley exigen que el libre consentimiento de las partes, requerido para la validez de todos los contratos esté garantizado sobre todo á los futuros cónyuges hasta el momento en que quieran aunar su porvenir; que no seria así si pudieran hacerse promesas de matrimonio sin cláusula penal ó conteniendo tales daños y perjuicios; que las partes, para sustraerse á las consecuencias del no cumplimiento de su compromiso, se resolvieran á llenarlo á pesar suyo; lo que conduciría á encadenar un consentimiento, el cual, segun la ley, debe ser completamente libre; que desde ese momento la ley no podria prestar su apoyo y comunicar la fuerza obligatoria y coactiva á una promesa de matrimonio que sea hecha con ó sin cláusula penal. En efecto, dice la corte de Gante, ¿cuál seria el efecto directo de semejante promesa, si se considerara como válida? Una de las

1 L. 5, D., *de sponsalibus* (XXIII, 1): «Cum in contrahendis auptüs libera potestas esse debet.» La decision recae sobre la cláusula penal.

2 Sentencia de 29 de Noviembre de 1827 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 90, 79).

3 Sentencia de 19 de Junio de 1835 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 84).

partes deberia poder obligar á la otra á contraer á su pesar el matrimonio proyectado. Esta obligacion de casarse á pesar suyo es nula; desde ese momento, no puede en caso de no ejecucion producir por si misma efecto alguno; el que no la ejecuta no hace más que usar de su derecho; por eso á nadie causa perjuicio.

Estos principios han sido sancionados tambien por la corte de casacion, la cual ha fallado que toda promesa de matrimonio es nula en sí, porque atenta á la libertad ilimitada que debe existir en los matrimonios (1). En este sentido, esas promesas son contrarias á las buenas costumbres, y como tales, están señaladas de nulidad por los arts. 1131 y 1133. Toullier contesta que nada es contrario á las buenas costumbres más que las promesas cuyo objeto ofende la moral; ahora bien, ¿cuál es el fin y el objeto de las promesas de matrimonio? Sin contradiccion, el fin más honesto, el más loable, al más conforme á las leyes y á la moral, la verificacion de un matrimonio. Esto es verdad, pero con una condicion, la de que el matrimonio sea contraido con entera libertad, porque si un matrimonio contraido libremente es en realidad la union de las almas, es clarísimo que el matrimonio obligado es una fuente de desórdenes é inmoralidad. Toullier insiste (2), diciendo que sin duda el matrimonio debe ser contraido libremente, pero que esta libertad existe desde el momento en que se hizo la promesa. De aquí que la libertad debe estar encadenada como lo está por el matrimonio mismo; los cónyuges no pueden cambiar de parecer despues de casados; por igual razon no debe permitirseles romper su promesa; la libertad de romperla, seria la libertad de faltar á sus compromisos; favorecer esta libertad seria favorecer la infidelidad y la inmoralidad. ¿Se ignora acaso que las pro-

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1838 (Díaz, *Reportario*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 82, 89).

2 Toullier, *El Derecho civil francés*, t. VI, ps. 330, 334.

mesas de matrimonio se emplean con frecuencia como un medio de seducción contra la inocencia y el candor? ¿Corresponde al legislador alentar la seducción asegurándole la impunidad?

Hay mucho de exacto en lo que dice Toullier, pero no es verdad más que en el fuero de la conciencia. Si, desde el punto de vista de la moral debe señalarse al miserable que seduce a la inocencia con una promesa de matrimonio, sabiendo que no es obligatoria; pero ¿puede el legislador obligar al seductor a casarse con la desgraciada a quien ha engañado? Basta sentar la cuestión para resolverla. La ley exige la libertad de las partes contratantes en el acto en que se celebra el matrimonio; todo lo que precede permanece en el dominio de la moral. Faltar a la promesa por ligereza, inconsistencia e infidelidad, es sin duda una acción inmoral; más inmoral todavía es dar promesas con el intento de no cumplirlas, lo cual es una infamia. Toullier tiene razón de reprobar esas malas acciones; pero ¿puede hacerlo el legislador? ¿no favorecería a su vez la inmoralidad, declarando obligatorias las promesas de matrimonio que son tan fáciles de obtener de la pasión alucinada? ¿No prestaría su apoyo a especulaciones vergonzosas? Si existen seductores, también existen seductoras. ¿Qué debe hacer la ley? Debe cuidar, tanto como de ella depende, en que los desposados permanezcan libres y puros hasta el momento en que se celebre su unión; lo que quiere decir que no podría dar su sanción a ninguna promesa de matrimonio (1).

308. Siendo nula la promesa de matrimonio, es un hecho que es igualmente nula la cláusula penal que está agregada a ellas. Así ha sido fallado por la corte de casación (2);

1 Esta es la doctrina seguida generalmente (Marcade, t. I, ps. 114 y siguientes, núm. 5. Demolombe, t. III, ps. 42 y siguientes, números 28 y siguientes).

2 Sentencia de 21 de Diciembre de 1814 (Daloz, *Repetorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 90, 19).

y no podia sufrir la menor duda, toda vez que tenemos un texto expreso sobre el particular. "La nulidad de la obligacion principal, dice en el art. 1227, trae consigo la de la cláusula penal." Debe decirse más: aun cuando fuera válida la promesa, la pena seria nula, porque la pena es precisamente la que encadenaria la libertad; la simple promesa no da lugar á accion directa alguna, tendiendo á que se celebre el matrimonio á pesar del que se niega á llevarlo á cabo. El interés de la cuestión se concentra, pues, en la cláusula penal ó en los daños y perjuicios. Se trata de saber si la promesa de matrimonio da lugar por sí misma á indemnización de daños y perjuicios que podrían valorizar las partes en una cláusula penal, ó que á falta de pena determinaría el juez. En concepto nuestro, ni siquiera puede sentarse la cuestión. Siendo nula la promesa de matrimonio, no puede producir acción alguna. No se puede invocar el art. 1142, puesto que esta disposición es extraña al matrimonio (1). Y aun cuando se admitiera que este artículo recibe su aplicación en toda obligación de hacer, todavía sería necesario que fuese legal; ahora bien, la promesa de matrimonio está señalada de nulidad, por ser contraria á la libertad y por ende á las buenas costumbres (art. 1131, 1133).

¿Es decir, que nunca puede haber lugar á la acción de daños y perjuicios con motivo de una promesa de matrimonio? Hay numerosas sentencias que condenan á la indemnización de daños y perjuicios al que ha faltado á la promesa que había hecho. Desde luego, estas sentencias parecen estar en oposición con el principio de la nulidad de la promesa. Habría contradicción si se decidiera que la ejecución de una promesa de matrimonio da lugar á daños y

1 Decidido así por la cort<sup>a</sup> de Besançon, sentencia de 8 de Mayo de 1811 (*Dalloz, Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 82, 29).

perjuicios. La corte de Montpellier ha aceptado esta doctrina, pero su sentencia fué casada con la razon de que «el solo hecho de la no ejecucion de un matrimonio proyectado no puede por si mismo motivar una sentencia á daños y perjuicios, toda vez que esto seria, bajo una forma nueva, atentar á la libertad del matrimonio (1).» Si, pues, há lugar á condenar á daños y perjuicios al que ha faltado á una promesa de matrimonio, no se puede fundar esta sentencia en un compromiso que se deriva de un contrato. La verdadera razon para decidirlo se encuentra en el art. 1382, segun el cual «cualquier acto del hombre que cause daño á otro, obliga á reparar la falta al que la ha cometido.» Por consiguiente, en virtud de un delito civil ó de un cuasi-delito, es como se declara la indemnizacion de daños y perjuicios contra el que falta á una promesa de matrimonio; éste se halla obligado, no porque hizo una promesa, sino porque, á consecuencia de ella, la otra parte ha experimentado un daño, ya material, ya moral (2). No cabe duda en que en esto hay un perjuicio material; la jurisprudencia nos ofrece numerosos ejemplos. La corte de Metz ha concedido daños y perjuicios al prometido, porque la futura se negó á cumplir su promesa: caso bastante raro, como dice la sentencia; pero los principios no dejan duda alguna. Efectivamente, la sentencia afirma que, á consecuencia de la promesa de matrimonio, el jóven había hecho gastos y adquisiciones onerosas para él, que ahora se volvian inútiles. Evidentemente, procedia aplicar el art. 1382 (3).

La cuestion es más delicada cuando se trata de un perjuicio moral, lo que Pothier llama un *deshonor*. En el de-

1 Sentencia de 11 de Junio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 30, 49).

2 Sentencia de la corte de casacion de 30 de Mayo de 1838 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 82, 49).

3 Sentencia de 18 de Junio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 38, 29).

recho antiguo se admitia como causa legítima de daños y perjuicios; pero ¿no era esto porque las promesas de matrimonio se consideraban válidas? En nuestro derecho moderno son nulas; si no hay perjuicio material causado, ¿puede haber lugar á daños y perjuicios, fundados en que la joven que sufra una repulsa ruidosa encontrará más difficilmente un nuevo partido? ¿No equivale esto á dar un efecto á la promesa de matrimonio considerada en sí misma? La jurisprudencia determina daños y perjuicios, lo mismo para el daño moral que para el material. «Considerando, dice la corte de Colmar, que el notificado se ha negado á casarse con M. B. . . . , cuando ya estaban concluidos sus convenios matrimoniales y contenidos en un contrato auténtico y solemne; que esta negativa no está fundada en ningun motivo determinante; que el escándalo y la publicidad de que ha sido acompañada, son de tal naturaleza que mancharán gravemente la reputacion de la apelante en la opinion pública, y que pueden servir de obstáculo para que contraiga otros lazos (1).» Esta jurisprudencia está fundada en los principios generales del derecho. La mancha caida en la reputacion y en el honor de las personas da lugar á la accion de daños y perjuicios, fundada en el art. 1382 del código. Existe delito civil si hay dolo ó intencion de perjudicar; y quasi-delito si solo hay ligereza ó capricho; en ambos casos, los daños y perjuicios se derivan no de una promesa de matrimonio considerada válida, sino de un acto perjudicial (2).

Segun el derecho comun, los daños y perjuicios comprenden, además de la pérdida que reporta el acreedor, la ganancia de que se ve privado (art. 1149). M. Demolombe pregunta si deberia escucharse al futuro desamparado

1 Sentencia de 23 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 88, 4º).

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, ps. 47 y siguientes, núm. 30.

que llegara diciendo: «Yo iba á realizar un matrimonio brillante, el contrato me aseguraba una donacion de 100,000 francos, y por la deslealtad de mi futura pierdo ese beneficio; de consiguiente, debe indemnizárseme de esa pérdida.» No, nunca se ha oido ante el tribunal semejante lenguaje, y discutir estas cuestiones repugnantes es prestar un mal servicio á la ciencia del derecho, porque hacen degenerar en escolástica la jurisprudencia. Bastaria una frase para rechazar tales pretensiones, si se tuviera la imprudencia de producirlas legalmente; esa frase es la del primer cónsul: ¡El matrimonio no es un negocio, sino la union de las almas!

309. Puesto que con motivo de un delito ó de un quasi-delito es como se determinan los daños y perjuicios, se necesita que haya dolo, ó falta cuando menos, de parte del que no cumple su promesa. Si tenia razones justas para no llevarla á cabo, no hay ni delito ni quasi-delito; el que tiene derecho para ejecutar lo que hace, no está obligado á reparar el perjuicio que causa, porque á ninguno causa agravio. Este principio se aplicaba en el derecho antiguo, á pesar de que eran válidas las promesas de matrimonio; con mayor razon debe decidirse así en nuestro derecho civil moderno, que no da importancia alguna á la promesa, sino sólo al acto perjudicable. Citaremos algunas aplicaciones, segun Pothier y la jurisprudencia.

Cuando una de las partes ha faltado á la fé que habia dado, la otra está libre de su compromiso para con ella. Si, pues, dice Pothier, una de las partes puede probar que la otra ha cometido fornicacion despues de los espousales, puede romperlos, sin que haya lugar á indemnizacion por daños y perjuicios. Una sentencia de la corte de Rouen ha aplicado este principio en un caso en que la prometida se hizo embarazada despues de la promesa de matrimonio. Es esto, dice la sentencia, un motivo legitimo de parte del

futuro, para negarse á la ejecucion de las promesas contenidas en el contrato de matrimonio; lo cual basta para desechar la accion de daños y perjuicios (1).

Lo mismo es, al decir de Pothier, cuando con posteridad á los espousales, sobreviene un hecho que en realidad hubiera impedido contraerlos; se resuelve el contrato en el sentido de que no puede dar lugar á daños y perjuicios. Pothier aplica este principio hasta en un cambio de fortuna ó de posicion, en el supuesto de que de él resulte que los futuros no se hallen ya en estado de soportar las cargas del matrimonio. Entónces es un deber romper los compromisos que se han vuelto inejucatables. En nuestro derecho moderno, debe decirse que en esto no hay ni delito ni quasi-delito; en consecuencia, no podria ser cuestion de daños y perjuicios (2).

310. ¿Se admite al que intenta la accion de daños y perjuicios, que rinda por medio de testigos la prueba del acto perjudicial? Hay una razon para ponérlo en duda. Los daños y perjuicios son declarados no en ejecucion de la promesa de matrimonio, sino en virtud del art. 1382, es decir, en virtud de un delito ó de un quasi-delito. Aho-rra bien, segun el art. 1348, núm. 1, es admisible la prue-  
ba testimonial cuando la obligacion resulta de un delito ó de un quasi-delito. Este texto parece decidir la cuestion, y se ha llevado consigo á M. Demolombe (3). Creemos que esta interpretacion está en contradiccion con el principio en que descansa la disposicion que se invoca. El art. 1348 comienza por decir que las reglas acerca de la prohibicion de la prueba testimonial reciben excepcion cuando no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba literal de la

1 Sentencia de 20 de Marzo de 1813 (Daitoz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 86, 1º).

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 59 y siguientes. Demolombe, t. III, p. 44, núm. 29.

3 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 57, núm. 33.

obligacion que con él se ha contraido. De consiguiente, en razon de la imposibilidad de procurarse una prueba literal es como puede probar con testigos el demandante el delito ó el quasi-delito; de donde se sigue que la excepcion debe estar restringida dentro de los limites de esta imposibilidad. Si, pues, en un delito ó quasi-delito hay un acto del que puede procurarse una prueba por escrito, no estamos ya en el caso de la excepcion, sino que volvemos á entrar á la regla, que es la prohibicion de la prueba testimonial. Esto es elemental y decide la cuestion. Nada es mas posible que procurarse una prueba literal de una promesa de matrimonio; por lo mismo no há lugar á la excepcion, y no se admite la prueba testimonial. Respecto de los actos que han ocasionado el perjuicio, los gastos y pérdidas, es inútil decir que se pueden probar con testigos. Esta es la aplicacion de un principio general; los actos materiales que por sí mismos no prueban ni derecho ni obligacion, siempre pueden justificarse con la prueba testimonial.

### *SECCION III.—Del consentimiento de los ascendientes y de la familia.*

#### *§ 1º Consentimiento de los ascendientes.*

##### **NUM. 1. ¿EN QUÉ CASOS ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO?**

311. Segun el derecho canónico, no era necesario el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio, aun cuando los hijos fueren menores. Merlin dice que esta regla, sancionada por el concilio de Trento, no era observada en Francia: la ordenanza de Blois prohibia á los párrocos «llevar adelante la celebracion de dichos matrimonios si no se les presentaba el consentimiento de los

padres, tutores ó curadores, apercibidos de ser castigados como fautores del delito de rapto (1).» ¿Cuál es la razon de esta diferencia entre el derecho canónico y el derecho civil? Nos apresuraremos á decirlo: En este punto, el derecho civil es mucho más moral que el derecho canónico. La Iglesia lo sacrifica todo al sacramento; el hijo de doce años está considerado capaz de recibir el sacramento del matrimonio; desde ese momento, la Iglesia va más allá, menospreciando la autoridad paterna, mejor digamos, con perjuicio de los hijos que se casan hollando el respeto que deben á sus padres.

Existen razones concluyentes, muy poderosas, en interés de los mismos hijos, que se oponen á que éstos contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus ascendientes. Durante su minoría, la ley habria podido y debido prohibirles el casarse; incapaces para los actos ordinarios de la vida, no pudiendo disponer de la menor parte de sus bienes, ¿cómo estarian capaces para disponer de su libertad y de su porvenir? Si la ley permite el matrimonio á los menores, no puede ser más que por un interés de moralidad; pero si es cierto que la ley declara que el matrimonio puede verificarse á la edad de quince ó de diez y ocho años, no lo es ménos que los hijos de esta edad son incapaces de comprender la gravedad de los compromisos que contraen. Por consiguiente, es necesario suplir su incapacidad, cubrirla.

Tal es el objeto del consentimiento de los ascendientes mientras los hijos no han llegado á la mayor edad. Una vez mayores, son capaces para todos los actos de la vida civil, dice el art. 488; pero agrega, salvo la restriccion contenida en el título del Matrimonio. Efectivamente, la ley prolonga la mayoría para los hijos de familia; éstos no

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 5, art. 2º, núm. 2.

pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus ascendientes, mientras no hayan llegado á la edad de veinticinco años cumplidos. La ley conserva la mayoría ordinaria para las jóvenes; pero exige que unos y otros, aun cuando sean mayores para el matrimonio, soliciten consejo de sus ascendientes, cualquiera que sea la edad en que tomen estado. Hé ahí disposiciones completamente excepcionales, que corroboran lo que hemos dicho y repetido sobre que el matrimonio no es un contrato regido por los principios generales de derecho. ¿Por qué es incapaz para casarse el hijo de familia, mayor de veintiún años, y como tal, capaz para todos los actos de la vida civil? ¿Por qué las hijas y los hijos deben solicitar siempre el consejo de sus ascendientes? Portalis contesta: «Porque de todos los actos de la vida, los matrimonios son de los que depende la felicidad ó la desgracia de toda la vida de los cónyuges, y los que ejercen mayor influencia en la suerte de las familias, en las costumbres generales y en el orden público (1).» Es buena esta razon, pero demasiado absoluta. En efecto, hay casos en que los hijos mayores de veintiún años pueden casarse sin consentimiento de ninguno y sin solicitar el consejo de nadie: esto es, cuando no tienen ascendientes (art. 160). De consiguiente, es necesario que haya además otra razon que justifique el principio en virtud del cual se prolonga la mayor edad. Es, en primer lugar, por el respeto que los hijos deben siempre á sus ascendientes, respeto que los obliga á solicitar su consentimiento, ó cuando menos su consejo, al ir á tomar estado. Está despues el interés moral que tienen los ascendientes en la union que se proponen contraer sus hijos. Tienen para ellos la expericencia y el afecto; con este doble título deben ser llamados á dar su consentimiento ó su

1 Exposición de los motivos, núm. 12 (Loctré, t. II, p. 382).

consejo. Es, pues, una garantía para los hijos, lo mismo que para la familia, y por ende, para la sociedad. Si la ley vuelve á la mayor edad ordinaria cuando se trata del consentimiento del consejo de familia, es porque no podia tener la misma confianza en los colaterales que en los ascendientes.

312. El art. 148 dice: «El hijo que no tenga veinticinco años cumplidos y la mujer que no haya cumplido veintiun años de edad, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus *padres*. En caso de disenso, bastará el consentimiento del padre.» Resulta del texto que la madre debe consentir tanto como el padre. Es cierto que sólo el padre ejerce la patria potestad durante el matrimonio (art. 373), pero el consentimiento del padre y de la madre no se requiere en razon de la patria potestad; la prueba de ello es que los ascendientes que no tienen esta potestad, están llamados, sin embargo, á consentir en el matrimonio. ¿Por qué basta el consentimiento del padre en caso de disenso? Portalis contesta á la pregunta: «En una sociedad de dos personas, se haria imposible toda deliberacion y toda decision, si no se concediera la preponderancia al sufragio de uno de los socios. La preeminencia del sexo ha dado en todas partes esta ventaja al padre (1).» Puede añadirse que aquí reaparece la idea de potestad. Entre los dos socios que están en desacuerdo, la ley debe decidirse por el que ejerce á la vez la potestad paterna y la potestad marital. ¿De qué sea bastante el consentimiento del padre, en caso de disenso, deberá deducirse que el hijo no debe presentar más que el consentimiento de su padre? No, porque la ley exige que el oficial del estado civil exprese en el acta de matrimonio el consentimiento de los padres (art. 76, núm. 4). Es ne-

1 Exposición de los motivos, núm. 12 (Loqué, t. II, p. 382):

cesario, de consiguiente, que el hijo que no presente más que el consentimiento del padre, pruebe que ha solicitado el de la madre, y que ésta lo ha negado. Así resulta del texto: *en caso de disenso*, dice el art. 148. Ahora bien, para que haya disenso, es necesario que la madre se haya negado á consentir. Por fuerza de consecuencia, ese hecho debe probarse. Se pregunta cómo se establecerá el disenso, y se contesta que el hijo dirigirá una petición respetuosa (1). Nos parece que deben observarse para el disenso las mismas fórmulas que para el consentimiento; la madre puede, pues, manifestar su disenso compareciendo ante el oficial del estado civil ó por acta auténtica. Si se negare á justificar su disenso, habrá necesidad de recurrir á un apremio. Los notarios no serían competentes; sólo por excepción tienen calidad para notificar actos respetuosos, y la solicitud de consentimiento no es un acto respetuoso.

¿Qué deberá hacer el oficial del estado civil, si el hijo no presenta la prueba del disenso de su madre? No podrá proceder al matrimonio. Si obrase de otra manera, incurriría en la pena que establece el art. 264 de nuestro código penal, en cuyos términos el oficial del estado civil es castigado con una multa de veintiseis á quinientos francos si ha procedido á la celebración de los matrimonios sin estar asegurado de la existencia de los consentimientos. La ley habría debido agregar: ó de la negativa de la madre en consentir; sin embargo, nos parece aplicable el texto á la negativa de consentimiento, porque en principio la madre debe consentir; de consiguiente, el oficial del estado civil debe asegurarse de su consentimiento.

Se pregunta si la madre puede presentar oposición al

1 Valette acerca de Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 396, nota 5, seguido por Demolombe, t. III, p. 62, número 38.

matrimonio, en el caso de que el hijo no haya solicitado su consentimiento. La cuestion es debatida, y la examinaremos más adelante, al tratar de la oposición. En concepto nuestro, la madre no tiene ese derecho. Todo lo que podría hacer sería dar conocimiento de ese hecho al oficial del estado civil. Pero aun cuando guardara silencio, el oficial debería sobreseer. La opinión contraria de Duranton es inadmisible. Hay presunción, dice, de que le es agradable el matrimonio, por el sólo hecho de que no presenta oposición (1). Es necesario desconfiar de las presunciones que los autores imaginan para la necesidad de su causa. Cuando la ley prescribe formas solemnes, no caben las presunciones. Ahora bien, el consentimiento, en materia de matrimonio, es un acto solemne. Ya volveremos á ocuparnos de esto.

313. Segun el art. 149: «si ha muerto uno de los padres, ó está imposibilitado de manifestar su voluntad, bastará el consentimiento del otro.» ¿Cuándo está imposibilitado de manifestar su voluntad? Primero, en caso de ausencia, es decir, si uno de los padres ha desaparecido de su domicilio sin dar noticias de su persona. ¿Cómo se probará la ausencia? Cuando haya declaración de ausencia, el fallo que la declara probará evidentemente la imposibilidad de consentir. ¿Cómo se rendirá la prueba cuando haya sólo presunción de ausencia? Acerca de este punto hay alguna incertidumbre en la doctrina. El art. 155 prevé la dificultad para el caso en que tengan que hacerse peticiones respetuosas, y decide que bastará para justificar la ausencia un auto de notoriedad librado por el juez de paz. ¿Se puede aplicar esta disposición, por analogía, al caso en que el padre, llamado á consentir, se presumiera ausente? No, porque no hay analogía; siendo necesario el consentimien-

1 Duranton, *Curso de derecho civil francés*, t. II, p. 62, nota 3, número 77.

to para la validez del matrimonio, en tanto que este no seria nulo con la falta de peticiones respetuosas. ¿Deberá irse más lejos y decidir que durante la presuncion de ausencia, es requerido el consentimiento del ausente, y que si no puede obtenerlo el hijo, deberá esperar la declaracion de ausencia, ó la época de su mayor edad? Nos parece que eso seria ir más allá de las exigencias de la ley. Esta se conforma con el consentimiento de uno de los padres, cuando el otro está imposibilitado de manifestar su voluntad. Ahora bien, ¿no es evidente que el padre que ha desaparecido, aquel cuya residencia se ignora, que no da noticias suyas, está imposibilitado de manifestar su voluntad? ¡Surgen ya algunas dudas sobre su existencia, y no puede exigirse el consentimiento de una persona que puede haber muerto! Hay, pues, imposibilidad de consentir. Falta saber cómo se rendirá la prueba. Si ha habido sentencias de por medio en virtud del art. 112, estas probarán la presuncion de ausencia, y por ende, la imposibilidad de consentir. Si no ha habido sentencia, el hijo deberá dirigirse al tribunal para que la ausencia se compruebe judicialmente (1).

¿Qué debe decidirse si no está presente uno de los padres, si está viajando por países lejanos? ¿Bastará el consentimiento del cónyuge presente? M. Demolombe comienza por establecer que en este caso no hay *imposibilidad* en el sentido de la ley; cita la sentencia dada en el famoso asunto de la Srita. Summaripa, que se casó sin el consentimiento de su padre, ausente, es verdad, en el acto del matrimonio, pero sin que estuviese dudosa su existencia; el matrimonio fué anulado veintitres años despues, por falta del consentimiento del padre. Despues de haber establecido tan bien el principio, M. Demolombe se des-

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 302 y siguientes, núm. 2.

vía, segun su costumbre, subordinando el derecho al hecho. «Si, no obstante, dice, las comunicaciones estaban interrumpidas, *si había imposibilidad de procurarse el consentimiento del ascendiente*, aun cuando fuese cierta su existencia, creo que correspondería á los magistrados apreciar las circunstancias y autorizar la celebracion del matrimonio con sólo el consentimiento del ascendiente presente (1).» M. Demolombe cita una ley romana, cuando tenia á la vista el texto del código que condena su opinion. El art. 148 no dice que basta el consentimiento del ascendiente presente, *cuando sea imposible procurarse el consentimiento del otro*; dice que uno de los padres debe estar *imposibilitado de manifestar su voluntad*, lo cual es muy diferente. Ahora bien, cuando el padre está lejos, cualquiera que sea la dificultad de las comunicaciones, ¿puede decirse que esté imposibilitado de manifestar su voluntad? Podrá serle difícil y hasta imposible *trasmitir* la expresion de su voluntad, pero no le es imposible ciertamente *manifestarla*. Si se consultara el texto de la ley, en vez de dejarse dominar por los hechos y las circunstancias, habria cuestiones que dejarían de ser debatidas.

314. La enajenacion mental es tambien una causa de *imposibilidad* para manifestar su voluntad. Pero hay dificultades acerca del método de prueba. Cuando el padre ó la madre están incapacitados, se decide que la sentencia que ha declarado la incapacidad es una prueba de la imposibilidad *legal* para manifestar su voluntad. Demante dice que eso es *incontestable* (2); en efecto, dice Marcadé, el fallo de incapacidad es una prueba *evidente* de la imposibilidad, no real, sino legal en que está el incapacitado para manifestar su voluntad, puesto que la incapaci-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 66, núm. 42.

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 312, núm. 213, bis, IV.

dad lo hace á los ojos de la ley, incapaz de tener una voluntad (1). Eso no nos parece tan evidente ni tan incontestable. El código no dice que el incapacitado esté afectado de incapacidad legal para tener una voluntad; dice sólo que si el incapacitado verifica actos posteriores a la incapacidad, estos actos son nulos de derecho. ¿Cuáles son esos actos? La ley trata de impedir al incapacitado que se arruinen él y su familia; trátase, pues, de actos concernientes á su patrimonio, de actos de interés pecuniario. ¿Qué tiene de común esta incapacidad con la facultad de consentir en el matrimonio? Si el incapacitado tiene intervalos de lucidez, no puede decirse que esté imposibilitado para manifestar su voluntad; la jurisprudencia admite que pueda casarse, ¡y no podría consentir en el matrimonio de sus hijos!

Se va más lejos; se decide que la incapacidad legal trae consigo la imposibilidad de manifestar su voluntad (2). Abramos nuestro código penal. En él leemos que la incapacidad legal priva al incapacitado del ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos; no puede ser tutor, ni formar parte de un consejo de familia. ¿Quizás impide esto tener una voluntad y manifestarla? ¿No es de principio elemental que la capacidad de consentir es la regla y que las incapacidades son de estricta interpretación? Verdaderamente se necesitaría un texto bastante expreso para que una persona estuviese afectada de la incapacidad legal de manifestar su voluntad. ¿Dónde está ese texto?

La enajenación mental da también margen á otra dificultad. Es raro que sea declarada la incapacidad; si el enajenado no está incapacitado, permanece bajo el imperio del derecho común. Así es que puede consentir en el matri-

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 393, núm. 3.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 69, núm. 44.

monio de sus hijos cuando se halle en un intervalo lúcido. Si no hay este intervalo, estará imposibilitado de manifestar su voluntad; pero ¿cómo se probará? La mayor parte de los enajenados están asilados en un hospital ó en un establecimiento privado; la ley cuida de que no se recurra al asilo sino cuando es cierta la enfermedad; bastaría, pues, un certificado que justificara la admision, para probar la enajenacion mental, y por lo mismo la imposibilidad de consentir. Sólo que, en concepto nuestro, debe agregarse esta reserva, que el enajenado podria consentir si tuviera intervalos lúcidos.

Puede suceder que el enajenado permanezca en el seno de su familia; en este caso, ¿cómo se comprobará la imposibilidad en que se encuentra de manifestar su voluntad? Están divididos los autores. Unos se conforman con un testimonio de notoriedad expedido por el juez de paz, y otros exigen un juicio de incapacidad. Creemos que esto es exigir demasiado poco ó muchísimo. Trátase de comprobar una enfermedad mental; ahora bien, ya se sabe cuán difícil es esto. A la verdad, el juez de paz y los testigos que examinaria éste no tienen ninguna mision para ello. Un juicio de incapacidad sería ciertamente la prueba más segura; pero no exigiéndolo la ley, sería sobrepujar el rigor de ella más que formar una condicion. Nosotros creemos que sería bastante un fallo que comprobara la enajenacion mental y por ende la imposibilidad de expresar su voluntad (1). En este sentido ha decidido la cuestion la corte de Poitiers (2).

315. ¿Conserva el derecho de consentir el supérstite de los padres, aun cuando no sea tutor? Nos parece que apénas si puede establecerse la cuestion. Al padre y á la

1 Esta es la opinion de Demolombe, t. III, p. 67, núm. 43.

2 Sentencia de 11 de Marzo de 1830 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 105).

madre es á quienes da la ley el derecho de consentir. ¿Qué importa, pues, que no ejerzan la tutela? ¿Pierden por eso su calidad de padre y de madre? Seria necesario un texto para privarlos de un derecho que la naturaleza les concede y la ley sanciona. Así sucederia aun en el caso en que contrajera segundas nupcias el superviviente; puede ser retirada, en ese caso, la tutela á la madre; pero, insistimos otra vez, ¿qué importa? Permanece siendo madre, aunque no sea tutora. Eso decide la cuestion. Es indudable que la ley habria podido prescribir medidas especiales para ese caso; pero no lo ha hecho, y el intérprete no puede, á la verdad, hacerlo.

Esta es la opinion general. Se ha hecho, sin embargo, una objecion, acerca de la cual debemos decir algo, puesto que los autores se ocupan de ella extensamente. La viuda, no tutora, consiente en el matrimonio de su hijo; el menor, ayudado de su madre, hace donaciones á su consorte. ¡Qué anomalía! exclama Delvincourt. No siendo tutora la madre, no puede autorizar á su hijo á disponer del objeto más insignificante, y vedla ahí que lo autoriza á disponer de todos sus bienes. La anomalía no es más que aparente; es la consecuencia del principio de que aquel que es hábil para contraer matrimonio, tambien lo es para celebrar los convenios matrimoniales. El matrimonio y los convenios que lo acompañan están regidos por reglas especiales. Como en eso se procede conforme al derecho comun, no es el tutor el que figura en ellos, sino el menor. Pero como es incapaz, la ley exige que sea ayudado. ¿Por quién? Por sus ascendientes. Su concurso debe, pues, ser bastante para los convenios matrimoniales, lo mismo que para el matrimonio. Efectivamente, en el contrato de matrimonio no se trata de obligaciones comunes ó de intereses ordinarios; son arreglos de familia, que tienen un lazo íntimo con la union de las personas, y determinan con fre-

cuencia esta union; desde ese punto, es natural que el padre ó la madre consientan, y no el tutor (1).

316. «Si los padres han muerto ó sé encuentran impossibilitados de manifestar su voluntad, los sustituyen los *abuelos y abuelas*.» Se pregunta si el art. 150 comprende en las palabras *abuelos y abuelas* á todos los ascendientes, cualquiera que sea el grado en que estén. Es indudable la afirmativa. En primer lugar, puede invocarse el espíritu de la ley: ¿acaso el hijo debe menos respeto á su bisabuelo que á su abuelo? Empero, el espíritu de la ley no es decisivo en una materia en que todo es rigor, puesto que la falta de consentimiento trae consigo la nulidad del matrimonio; ¿y puede anularse un matrimonio sin texto? Se necesita, por consiguiente, un argumento de texto que demuestre que, en el lenguaje de la ley, las palabras *abuelos y abuelas* comprenden á todos los ascendientes. Los arts. 173 y 174 nos suministran este argumento. Segun el art. 173, el derecho de presentar oposición al matrimonio, corresponde al padre; á falta de éste, á la madre, y en su defecto, á los *abuelos y abuelas*. Hé ahí la misma expresión y en una materia conexa, puesto que el derecho de presentar oposición al matrimonio, así como el derecho de consentir en él, son conferidos á los padres, *abuelos y abuelas* en razon de su calidad. Y bien, ¿qué significa la expresión de *abuelos y abuelas* en el art. 173? El art. 174 contesta la cuestión: á *falta de algun ascendiente*, dice, el derecho de oposición puede ser ejercitado por ciertos colaterales. Así, pues, en los *abuelos y abuelas*, la ley comprende á *todos los ascendientes* (2).

317. ¿En qué orden están llamados á consentir los as-

1 Consultese á Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 70, número 90.

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 306, núm. 211.

cendientes? El código establece algunas reglas en el artículo 150, pero no prevé todos los casos. De ahí el que surjan algunas dificultades. Para resolverlas, es necesario distinguir de antemano si no hay ascendientes más que en una línea ó si los hay en ambas líneas.

Si no hay ascendientes más que en una línea, el ascendiente más próximo es el que está llamado a consentir. La ley no lo expresa, pero tiene que decidirse así por analogía. La ley no llama á los abuelos sino á falta de los padres; la proximidad del grado es, en consecuencia, la decisiva; si lo es para el primer grado, debe serlo para el segundo. No hay que distinguir si es una abuela ó un abuelo el más próximo en grado; siempre por una razon de analogia: la madre excluye á los abuelos; de consiguiente, la abuela debe excluir al bisabuelo. ¿Qué debe decidirse si existen el abuelo y la abuela en una misma línea? El código contesta: «Si hay disenso entre el abuelo y la abuela de la misma linea, bastará el consentimiento del abuelo (artículo 150).» En esto la ley aplica por sí misma el argumento de analogía, decidiendo para el abuelo y la abuela, lo que decidió para el padre y la madre; autoriza por eso al intérprete á decidirse igualmente por identidad de razon.

Si hay ascendientes en ambas líneas, es necesario distinguir si son de grados iguales ó desiguales. Si son iguales en grado, cada línea será llamada á dar su consentimiento; el código lo dice, porque prevé el caso en que consienta una linea, mientras la otra se niega á consentir, y decide que esta decision trae consigo el consentimiento. La ley no admite en este punto preponderancia por la linea paterna, como la admite por el padre. Estriba esto en que ya no existe la misma razon; hay, por el contrario, un motivo para interpretar el disenso en favor del matrimonio. De ahí se sigue que si consiente una abuela materna,

y se niegan los abuelos paternos, puede llevarse á cabo el matrimonio. Esta es una derogacion del derecho antiguo. En la antigua jurisprudencia, dice Portalis, la necesidad del consentimiento tenia por origen la patria potestad, que era una especie de derecho de propiedad; este derecho no pertenecia á la madre durante la vida del jefe, ni á los ascendientes de la linea materna, miéntres existieran ascendientes paternos. En muestra época esas ideas de potestad han cedido su lugar á los sentimientos de afecto. De ahí proviene el concurso de los parientes de igual grado para llenar los mismos deberes y ejercer la misma vigilancia (1).

¿Si hay ascendientes de grados desiguales en ambas líneas, los más próximos en grado se sobrepondrán á los más lejanos? El código no prevé la dificultad. Demante dice que deben seguirse, por analogía, los principios que el código establece para la tutela; ahora bien, el código confiere la tutela á los abuelos ántes de conferirla á los bisabuelos (2) (arts. 402 y siguientes). ¿Existe en esto realmente analogía? No, porque la tutela es una carga, carga que no debe imponerse á los ascendientes de edad muy avanzada, cuando para ello hay jóvenes, y por tanto, más capaces de ejercerla; miéntres que para consentir es bastante el afecto y algo de inteligencia. Desde ese momento, no hay razon para dar una preponderancia al grado cuando dos líneas están á la vista: cada línea tiene un derecho. Esa es tambien la opinion general (3).

318. El código civil no expresa cómo deben probar los futuros cónyuges la muerte del padre, de la madre, ó del

1 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 14 (Locré, t. II, p. 382).

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 307, núm. 211, *bis*, II, seguido por Valetto sobre Proudhon, t. I, p. 397, nota *n.*

3 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 279 y nota.

ascendiente, en su caso. Consonante al rigor de los principios, deberán presentar el acta de defuncion. Empero, el mismo código se aparta de este rigor cuando se trata de un acto mucho más importante. El acta de nacimiento de los futuros cónyuges puede ser sustituida con un testimonio de notoriedad. Con mucha más razon debe mostrarse fácil para la prueba de defuncion. Sin embargo, se necesitaría una regla emanada del poder que, bajo el imperio de la constitucion del año VIII, estuviera encargada de interpretar las leyes: tal es el objeto del parecer del consejo de Estado del 4 termidor, año XIII (1). El consejo decide que no es necesario exhibir las actas de defuncion de los padres cuando los abuelos atestiguan dicha defuncion: que si han muerto los ascendientes cuyo consentimiento es requerido, y estándose en la imposibilidad de presentar el acta de su defuncion, por no conocer su último domicilio, puede procederse á la celebracion del matrimonio de los mayores, en vista de su declaracion, bajo juramento, de que les es desconocido el lugar de la defuncion de sus ascendientes. Esta declaracion debe estar certificada, bajo juramento, por cuatro testigos del acta de matrimonio, los cuales afirmarán que aunque conocen á los futuros cónyuges, ignoran el lugar de la defuncion de sus ascendientes. Los oficiales del estado civil deben hacer mención de dichas declaraciones en el acta de matrimonio.

El dictámen del consejo de Estado no determina más que sobre los mayores. ¿Qué debo decidirse respecto de los menores, que en caso de defuncion de sus ascendientes, necesitan del consentimiento de familia? Se ve, por los considerandos del dictámen del 4 termidor, que en la mente del consejo de Estado, la marcha que indica para la prueba de la defuncion debe aplicarse á todos los casos:

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 116.

está exenta de peligro, dice el consejo, con relacion al matrimonio de los mayores, para los cuales el consentimiento no es de una necesidad absoluta y dirimente; y en cuanto á los menores, nada hay que temer, toda vez que á falta de ascendientes, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del consejo de familia.

Se pregunta si la defuncion de uno de los padres podria ser atestiguada por el superviviente. Están divididos los autores. La mayor parte se conforman con la declaracion del padre ó de la madre. Esto es dudoso. Segun el rigor de los principios, podria decirse que no corresponde á los oficiales del estado civil suplir el silencio de la ley y sustituir una prueba legal con otra prueba. No obstante, el dictámen del consejo de Estado del año XIII, los autoriza para ello en sus considerandos. Se lee allí que los oficiales del estado civil no discieren con bastante cuidado los diversos casos que la ley ha tratado de reglamentar, aquellos que ha dejado á disposicion de los principios generales y del derecho comun. El consejo dice en seguida que en París los oficiales del estado civil se han conformado con testimonios de notoriedad y aun con la simple declaracion de los cuatro testigos; que de esto no ha resultado ningun inconveniente ni queja, mientras de que, por el contrario, resultan muchos cuando en casos semejantes se ha querido ser más riguroso y exigir mucho más. De consiguiente, el consejo aprueba á los oficiales del estado civil que apliquen la ley de manera que se faciliten los matrimonios, y parece dejarles cierta latitud. No nos atreveríamos, sin embargo, á establecer como regla que uno de los cónyuges pudiera atestigar, en todos los casos, la defuncion del otro. ¿Es creible, en efecto, que un cónyuge ignore el lugar en que ha fallecido su consorte? Si lo conoce, debe, cuando ménos, en general, presentar el acta de defuncion, á no ser que el

oficial del estado civil se conforme con su declaracion, si, de hecho, le es imposible exhibir ese testimonio (1).

NUM. 2. COMO DEBE DARSE EL CONSENTIMIENTO.

319. Cuando los ascendientes concurren al matrimonio, otorgan su consentimiento en presencia del oficial del estado civil, cuyo funcionario lo hace constar en el acta que levanta al efecto. Pero puede acontecer que el ascendiente llamado á consentir no pueda ó no quiera presentarse personalmente. En este caso se necesita que otorgue su consentimiento por medio de una acta auténtica: así parece exigirlo el art. 73 al expresar que «el acta *auténtica* del consentimiento de los padres ó abuelos, contendrá los nombres, apellidos, profesion y domicilio del futuro esposo y de todos los que concurran al acto, así como el grado de su parentesco.» Siempre se ha entendido esta disposicion en el sentido de que era necesaria una acta auténtica; de donde se deduce que el consentimiento no puede otorgarse de otra manera, ni por simple poder, ni tácitamente. La corte de Pau, en tribunal pleno, ha decidido, por el contrario, que el consentimiento de los ascendientes está regido por el derecho comun; que por lo mismo, puede ser expresado por cualquiera clase de actas, ya auténticas, ya con firma privada; que tambien puede ser tácito y resultar de un conjunto de hechos y circunstancias propios para dar á conocer la intencion del ascendiente. En vano, dice la sentencia, se invocaria el art. 73; esta disposicion expresa, en verdad, lo que debe contener el acta auténtica del consentimiento, pero no está redactada en forma directa é imperativa, y sobre todo, no declara la nulidad para el caso

1 Demolombe, t. III, p. 63, núm. 40. Marcadé, t. I, p. 397, número 2.

de inobservancia de las formalidades que prescribe. Desde ese momento, se permanece en el derecho comun (1).

Nos es imposible admitir esta interpretacion. Si el consentimiento de los ascendientes estuviera regido por el derecho comun, seria inútil el art. 73. ¿Habla la ley de una acta auténtica, cuando admite el consentimiento tácito? ¡Cómo! ¡puede darse tácitamente el consentimiento, y la ley enumera prolijamente las enunciaciones que debe contener el acta auténtica! Es cierto que el art. 173 no está redactado en una forma imperativa. Pero tampoco era necesaria. No existiría esta disposicion en el código, aun cuando debiera decidirse que el consentimiento de los ascendientes es un acto solemne. En efecto, ¿cómo se da, por lo regular? Por una declaracion que recibe el oficial público; de consiguiente, en una forma solemne. Si no comparece el ascendiente, puede sustituir su consentimiento verbal con uno literal, pero naturalmente el escrito que sustituye una acta solemne debe ser solemne tambien, es decir, auténtica. Así lo exige el espíritu de la ley. Las más graves consideraciones del orden social hacen que la ley exija el consentimiento de los ascendientes; se necesita, por lo mismo, que no pueda surgir duda alguna acerca de este hecho; se necesita, además, que el consentimiento sea dado de una manera reflexiva y como resultado de una prolija deliberacion: lo cual excluye un consentimiento tácito. Si la ley exige una acta auténtica, es porque en punto de matrimonio todo es solemne, lo mismo el consentimiento de los ascendientes como el de los futuros cónyuges.

Una sentencia de la corte de Tolosa falló, conforme á estos principios, que el consentimiento otorgado por los padres en los convenios matrimoniales de su hijo, no po-

1 Sentencia de 24 de Marzo de 1859, (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1860, 2, 157).

dia ser considerado bastante para la celebracion del matrimonio (1). M. Demolombe, profesando por completo la idea de que el art. 73 *exige* que el consentimiento sea dado en forma auténtica, dice refiriéndose á la sentencia de la corte de Tolosa: «No quiero erigir en principio esta decision; prefiero limitarne á decir que eso será una cuestion de hecho (2).» ¡Cómo! ¡la cuestion de saber si el consentimiento es un acto solemne, ó si se permanece bajo el imperio del derecho comun, es una cuestion de hecho! ¿Si es cierto que la ley exige que se dé el consentimiento en la forma auténtica, como lo enseña M. Demolombe, puede admitirse un consentimiento tácito? ¿Si el derecho debe abdicar ante el hecho, de qué sirve entonces, y á qué fin pasamos nuestra vida en enseñarlo, y nuestros desvelos en interpretarlo?

320. ¿Debe indicar el acta del consentimiento dado por el ascendiente, el nombre de la persona con la cual va á contraerse el matrimonio? ¿Puede otorgarse al hijo el poder de casarse con quien quiera, ó dejarse en blanco el nombre? Causa sorpresa ver que sea discutida semejante cuestion y que haya autores que vacilen en contestarla negativamente. Hay una razon decisiva para decidirlo así. ¿Qué es el acta de consentimiento? Equivale al consentimiento oral otorgado en presencia del oficial del estado civil; de consiguiente, debe contener las declaraciones que el ascendiente daria ante el oficial público, si se presentara personalmente. Y bien, ¿por ventura en esta solemnidad dice el padre que consiente en el matrimonio de su descendiente con un hombre ó una mujer *en blanco*? Hablemos seriamente. Consentir es aprobar el matrimonio, despues de madura-

1 Sentencia de 23 de Julio de 1828 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, n.º 16<sup>a</sup>).

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, ps. 84 y 78, números 55 y 52.

deliberacion; ¿y sobre qué recae esta deliberacion? Sobre las cualidades del futuro ó de la futura. Dar un consentimiento general ó en blanco, seria, en consecuencia, una majadería. Duranton cree, sin embargo, que no podria ser anulado el matrimonio, si fuera dado el consentimiento en esta forma irregular (1). ¿Existe, empero, ese pretendido consentimiento? Hé ahí la verdadera cuestion, y la cuestion no es una. No, un consentimiento general ó dado en blanco, no es un consentimiento; de consiguiente, entraña nulidad. M. Demolombe es de este parecer, pero agrega: «Bien sé con qué repugnancia acogen los magistrados las demandas de nulidad de matrimonio, y no niego que podrá suceder con frecuencia, en caso semejante, que el matrimonio, una vez celebrado, se confirme (2).» Si los tribunales encuentran conveniente pasar por encima de la ley, cometan un error, y el deber del intérprete es llamar incessantemente á la observancia de la ley; mejor dicho, ni siquiera debe suponer que podrían violarla.

321. ¿Cuándo debe darse el consentimiento? En el acto de la celebracion del matrimonio es cuando el hijo menor debe estar acompañado de su ascendiente, á título de incapaz. Si el consentimiento es otorgado por acta, se necesita que el ascendiente la conserve hasta el momento de la celebracion. Hasta entonces puede revocarla, porque se trata de una manifestacion de voluntad puramente unilateral. De ahí se sigue que si llegase á morir el ascendiente ó fuese atacado de enajenacion mental, cesaria su consentimiento, y el hijo necesitaria el del ascendiente llamado á consentir en el matrimonio, en defecto del que falleció ó está imposibilitado de manifestar su voluntad. Todos están de acuerdo acerca del principio, y

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 76, num. 91 y 92.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 82, número 53.

no podría haber en él la menor duda. Empero, en la aplicación, hay autores que vacilan y que acaban por separarse del rigor de los principios que tienen la misión de conservar. Uno supone que el ascendiente revoca su consentimiento por acta certificada, pero sólo al hijo notifica su revocación; el matrimonio se celebra. M. Demolombe es de parecer que no podrá ser anulado ese matrimonio, en razón de la buena fe del otro cónyuge (1). ¿Qué tiene de común la buena fe con el consentimiento? Existe ó no éste; si es revocado, no hay consentimiento; y puede ser válido el matrimonio sin el consentimiento de los ascendientes?

Marcadé supone que el padre muere después de haber consentido. La madre está llamada á consentir, y guarda silencio; este silencio, dice Marcadé, es una confirmación del consentimiento otorgado por el padre (2). M. Demolombe y Zacharie tienen razón de rechazar esta opinión más que extraña. El consentimiento debe darse al celebrarse el matrimonio, y ese consentimiento es un acto solemne; se necesita ó una declaración en presencia del oficial del estado civil ó una acta auténtica; de consiguiente, el consentimiento no puede otorgarse por vía de silencio. Se dice que este silencio equivale á la confirmación. Nosotros contestamos que la confirmación supone un acto viciado y nulo en razón del vicio que lo infecta. ¿Dónde está, en este punto, el vicio que anula el consentimiento del padre? No existe ese consentimiento; y ¿puede confirmarse la nada? Si se admitiera la confirmación, sería el padre el que consentiría. Ahora bien, el padre ha muerto. ¿Por ventura un muerto consiente?

1 Demolombe, *Cursus del código de Napoleón*, t. III, p. 85, número 57.

2 Marcadé, t. I, p. 396, núm. 5. Demolombe, t. III, p. 85, núm. 58. Zacharie, t. II, p. 267, nota 38. § 462.

322. ¿Há lugar á recurrir ante los tribunales, si niega su consentimiento el ascendiente llamado á consentir? En el derecho antiguo se decidia que podia el juez, en vista de un parecer del consejo de familia, autorizar al menor á proceder á la celebracion del matrimonio, cuando los padres no daban razon ninguna de su negativa ó eran malas las que daban. Pero no se admitia como regla esta especie de recurso; no se permitia al juez anular la negativa sino en el caso en que fuera notoria la injusticia. Pothier presenta algunos ejemplos (1). Eso era contrario á los principios verdaderos; porque de ello resultaba que el juez consentia en el matrimonio, miéntras que segun la ley, el ascendiente es quien debe consentir. Bajo el imperio del código, ni siquiera puede establecerse la cuestión. Nuestros tribunales no gozan ya de la extension de poder que se les reconocia bajo el antiguo régimen: la ley es su regla, y nunca les es permitido separarse de ella.

### § 2º Del consentimiento de los ascendientes.

#### NUM. 1. DE LAS PETICIONES RESPETUOSAS.

323. Los hijos necesitan el consentimiento de sus ascendientes hasta que hayan llegado á la edad de veinticinco años cumplidos, y las hijas necesitan ese consentimiento hasta la edad de veintiún años. Cuando han llegado á esta mayoría, ya no se requiere el consentimiento para la validez del matrimonio. Sin embargo, la ley exige que ántes de casarse, soliciten los hijos el consejo de sus padres ó el de sus abuelos cuando aquellos hayan muerto ó estén imposibilitados de manifestar su voluntad (art. 151). ¿Por qué obliga la ley á los hijos á solicitar el consejo de sus

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 332.

ascendientes, cuando han llegado á la edad en que pueden casarse sin su consentimiento? No todas las razones que se dan son igualmente concluyentes. Desde luego debe eludirse la autoridad paterna, toda vez que, en nuestro derecho, acaba ésta á la mayoría de los hijos. Tampoco es un motivo determinante el respeto que los hijos deben á sus ascendientes, al menos desde el punto de vista legal. Se dice que, á cualquiera edad, los hijos deben consideracion y respeto á sus ascendientes. La ley lo dice respecto á los padres (art. 37<sup>1</sup>), pero no en cuanto á los abuelos. El respeto moral es, pues, el que debe invocarse para justificar, desde este punto de vista, la necesidad del consejo. Existen para ello otras razones, y ante todo, el interés del hijo. Aun á la edad de veintiuno ó de veinticinco años, puede dejarse arrastrar por la pasion que ciega, y contraer lazos que serán quizás objeto de amargos pesares. Lo que prueba que es este uno de los motivos determinantes es que la ley exige que la solicitud de consejo se renueve tres veces, mientras los hijos ó las hijas no han llegado á la edad de treinta ó de veinticinco años respectivamente, en tanto que, despues de esta edad, se conforma con una sola solicitud (arts. 152 y 153). Por último, el legislador ha tenido en cuenta el interés de la familia, de la cual los ascendientes son los representantes por excelencia. En el informe del tribuno Gilet se lee lo siguiente: «Puesto que el matrimonio está destinado á extender las ramas de la familia, y que por medio de él los padres ven nacer de sus hijos un nuevo orden de descendientes, justo es que no permanezcan extraños á ese contrato, del cual depende la existencia de su posteridad (1).»

En el derecho antiguo se daba el nombre de *notifica-*

1 Gillet, Informe al Tribunado, núm. 1 (Loeré, t. II, p. 429) Consultese la Exposición de los motivos de Bigot-Prémeneu, núm. 1 (Loeré, t. II, ps. 422 y siguientes).

*cion respetuosa* á estas solicitudes de consejo (1). El código de Napoleón dice que los hijos solicitarán el *consejo* de sus ascendientes en una petición *respetuosa y formal*; de ahí proviene la expresión de *peticiones respetuosas* que ha sustituido á la de *notificación respetuosa*. Debe evitarse, dice Bigot-Préameneu, aun el vocablo *notificación*, que designa mal un acto de sumisión y respeto. Efectivamente, la palabra *notificación* despierta la idea de un acto judicial que trae consigo violencia; los oficiales ministeriales son los encargados de ejecutar las rigorosas órdenes de la justicia que *notifica* á los deudores cumplan sus obligaciones. Aquí no se trata ni de deuda ni de deudor. Hé ahí por qué ha querido la ley apartar toda apariencia de fórmulas judiciales. No son los ugieres los que notifican las peticiones respetuosas; la ley confía á los notarios esta misión delicada; por la naturaleza misma de sus funciones, los notarios son los depositarios de los secretos de las familias; son amigos que servirán de intermediarios entre los hijos y sus padres, y podrán, con su influencia, calmar las pasiones y llegar á una reconciliación, restableciendo la paz y la concordia (2).

324. ¿A quién deben pedir consejo los hijos? El artículo 151 contesta: «A sus padres.» Eso supone la repulsa de éstos. Si consiente el padre, puede verificarse el matrimonio, á no ser que se pruebe el disenso de la madre; y esta prueba no exige peticiones respetuosas propiamente dichas (3). Si los padres se niegan, debe el hijo dirigir á uno y otro una petición respetuosa. El texto es terminante. Es cierto que para el matrimonio basta el consentimiento del padre; pero aquí no se trata ya de consentimiento, se trata del *consejo* de los ascendientes; ahora

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Notificación respetuosa*.

2 Exposición de los motivos, núm. 5 (Loeré, t. II, p. 426).

3 Véase más arriba, núm. 312.

bien, los motivos por que exige la ley el consejo del padre, se aplican igualmente á la madre.

Dice el art. 151 que cuando los padres han muerto ó están imposibilitados de manifestar su voluntad, deben los hijos solicitar el consejo de sus abuelos. La ley prevé sólo el caso de ascendientes del mismo grado; en ese caso, todos deben ser consultados. Es inútil decir que si hay bisabuelos y abuelos, no debe solicitar el hijo más que el consejo de los últimos, es decir, de los que estarían llamados á consentir en su matrimonio, si fuera menor de veinticinco ó de veintiuna años.

325. La ley prevé el caso de ausencia del ascendiente á quien deberia dirigirse la peticion respetuosa; y decide que se procederá á la celebracion del matrimonio, presentando el fallo que declaró la ausencia, ó en su defecto, el que ordenó la informacion; si no ha habido fallo todavía, es decir, si se encuentra en el primer periodo de la ausencia, será bastante un testimonio de notoriedad expedido por el juez de paz del lugar en que el ascendiente haya tenido su último domicilio conocido; este testimonio debe contener la declaracion de cuatro testigos llamados de oficio por el juez de paz (art. 155).

El parecer del consejo de Estado del 4 termidor, año XIII, ofrece una nueva facilidad para la prueba de la ausencia de los ascendientes. Si no puede probarse conforme al art. 155 del código, porque se ignore el último domicilio de los ascendientes, en tal caso se procederá al matrimonio por la declaracion, bajo juramento de los futuros cónyuges, de que les es desconocido el último domicilio de los ascendientes. Esta declaracion debe ser certificada, tambien bajo juramento, por los cuatro testigos que concuerren al matrimonio.

Siguense igualmente las disposiciones del mismo pa-

recer, en cuanto á la prueba de la defuncion de los ascendientes.

326. El art. 155 ha dado márgen á extrañas cuestiones (1). Supóngase que la madre ha muerto, y que el padre está ausente, pero que vive el abuelo; se pregunta si pueden casarse los futuros cónyuges probando la ausencia de su padre y sin dirigir peticiones respetuosas á su abuelo. Segun el texto de la ley, dicese, debe decidirse la cuestión afirmativamente. En efecto, el art. 155 dice: «En caso de ausencia del ascendiente á quien hubiera debido dirigirse la petición respetuosa, se procederá á la celebración del matrimonio, presentando el fallo, etc.» Nosotros decimos que esta es una extraña cuestión. ¿Cuál es el objeto del art. 155? ¿Determinar á qué ascendientes debe pedir consejo el hijo? Por lo demás, el art. 151 es el que decide este punto, y su decisión, conforme al buen sentido, es que si los padres han muerto ó están imposibilitados de manifestar su voluntad, el hijo debe pedir consejo á sus abuelos. Falta comprobar esta imposibilidad cuando se trata de ausencia. Tal es el objeto del art. 155, perfeccionado con el parecer del consejo de Estado del año XIII.

Se pregunta tambien si pueden casarse los hijos sin dirigir peticiones respetuosas cuando no haya ascendiente en estado de manifestar su voluntad. Cuestión más extraña todavía. ¿A quién se dirigirian los hijos cuando no hay nadie que pudiera contestarles? ¿Pedirán consejo á un ausente, á un enajenado? La imposibilidad de manifestar su voluntad está asimilada á la muerte, y cuando han muerto todos los ascendientes, nos parece que es inútil decir que los futuros cónyuges no necesitan ni de su consentimiento

1 Consultese á Marcadó, *Curso elemental*, t. I, ps. 403 y siguientes, núms. 1 y 2.

ni de su consejo. Ni siquiera deberian promoverse semejantes cuestiones.

327. Las peticiones respetuosas deben hacerse tres veces por los hijos mayores de veinticinco años y menores de treinta, y por las hijas mayores de veintiuno y menores de veinticinco. Despues de los treinta ó de los veinticinco respectivamente, no es necesaria más que una peticion respetuosa. Tal es la decision de los arts. 152 y 153. En este ultimo hay un defecto de redaccion; dice asi: «Despues de la edad de treinta años, se podrá, á falta de consentimiento, con motivo de una peticion respetuosa, proceder, un mes despues, á la celebracion del matrimonio.» La ley no distingue entre los hijos y las hijas; desde ese momento, podria decirse, el interprete no puede distinguir, y debe, en consecuencia, deducir de los terminos generales del art. 153, que las hijas deben dirigir tres peticiones respetuosas miéntras no hayan llegado á la edad de treinta años. Esta interpretacion es rechazada, y con justicia, por la doctrina y la jurisprudencia. La distincion que ha desciudado hacer el art. 153 se encuentra en el art. 152, el cual dice claramente que la hija no debe renovar las peticiones respetuosas, sino desde la edad de veintiun años hasta la de veinticinco. De consiguiente, la hija, lo mismo que el hijo, puede casarse, despues de una peticion respetuosa, cuando ha llegado á la edad en que ya no está obligada á repetirla. Así es como ha explicado la ley Rigot-Préameneu, y bastaria el buen sentido para justificar esta interpretacion (1).

El orador del gobierno nos dice tambien por qué debe ser renovada la peticion respetuosa hasta los veinticinco ó treinta años, y por qué basta una sola peticion despues de esa edad. Segun el art. 152, la renovacion se hace de mes

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Peticion respetuosa*, § 2, 3<sup>a</sup> cuestión.

en mes, y no puede celebrarse el matrimonio sino un mes después de la tercera petición. Es necesario, dice Bigot-Préameneu, dar á los padres y á los hijos la ocasión y el tiempo de explicarse; pero, por otra parte, se necesita que el matrimonio no se suspenda por un tiempo demasiado largo. No olvidemos que ya no es necesario el consentimiento de los ascendientes, que los hijos son mayores por lo que respecta al matrimonio, y que por lo mismo tienen el derecho de casarse. Es forzoso que no se estorbe y aca-  
so se impida con plazos demasiado largos, el ejercicio de ese derecho. Para conciliar todos los intereses prescribe la ley la renovación de las peticiones respetuosas, pero fijando plazos cortos. El objeto del legislador es cuidar de que los hijos no se dejen arrebatar del primer impulso de su pasión. Es menos de temer ese peligro á medida que los hijos avanzan en edad; hé ahí por qué después de treinta ó veinticinco años, puede procederse á la celebración del matrimonio en vista de una sola petición respetuosa (1).

328. ¿Cómo se contará el plazo de un mes que debe trascurrir entre cada petición respetuosa? Merlin ha tratado esta cuestión con la ciencia y la amplitud que le son peculiares (2); nos limitaremos á resumir sus decisiones. El art. 1033 del código de procedimientos previene que no se cuenten el día de la notificación ni el del vencimiento en el cálculo de los plazos señalados para los llamamientos, citaciones, *notificaciones* y otros actos hechos en lo personal ó á domicilio. ¿Debe aplicarse esta regla á las peticiones respetuosas que están calificadas también de *notificaciones*? No, porque el art. 1033 no concierne más que

1 Exposición de los motivos, núm. 4 (Loeré, t. II, p. 426).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 1<sup>a</sup> cuestión; *Reperitorio*, en la palabra *Plazo*, sección 1<sup>a</sup>, § 3, y en la palabra *Mes*. Consultese á Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, números 142 y 143.

á los actos de procedimientos y por lo mismo es extraño á las peticiones de consejo, para cuyos actos se ha querido evitar toda forma judicial. Esto supuesto, la cuestion debe decidirse por el texto del art. 152 y por los principios generales. Ahora bien, al decir la ley que las peticiones se renovarán *de mes en mes*, debe contarse de fecha á fecha, de modo que una petición respetuosa hecha el 1º de Junio, puede renovarse el 1º de Julio siguiente, mientras que, segun el código de procedimientos, no podria serlo sino el 2.

¿Se necesita que sea el mes rigurosamente de treinta dias? No; se observa el calendario gregoriano, segun el cual los meses tienen duracion desigual. De fecha á fecha, pues, es como se cuentan los meses: la petición respetuosa hecha el 3 de Febrero puede renovarse el 3 de Marzo.

A pesar de esto, las peticiones respetuosas pueden hacerse despues de la expiracion del mes; es cierto que eso es irregular, pero la ley no declara la nulidad, y la irregularidad no es bastante grave para que pudiese admitir la nulidad el intérprete, fundándose en la voluntad del legislador. De la misma manera, puede celebrarse el matrimonio más de un mes despues de la ultima petición respetuosa. La ley no contiene ninguna disposicion prohibitiva, y el juez no puede establecerla.

#### NUM. 2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PETICIÓN RESPETUOSA?

329. ¡Cosa singular! no se sabe en qué consiste la petición respetuosa; al ménos, está debatida la cuestion, no obstante que, en concepto nuestro, no cabe la controversia. En la práctica del notariado se distingue el acto de notificación de la petición respetuosa. Cuando los notarios van acompañados del hijo que pide consejo á su ascendiente, basta un solo acto para expresar la solicitud y ha-

cer constar su notificacion. Si no está presente el hijo, se exigen dos actos; primero, la peticion respetuosa, redactada en el oficio del notario, en presencia del hijo que lo requiere; despues, el acto de notificacion que se hace en el domicilio del ascendiente, y al cual no debe concurrir el hijo. Existen sentencias en ese sentido (1).

Nosotros preferimos la opinion contraria, sancionada en una sentencia de la corte de Bruselas (2). La peticion de consejo y la notificacion no constituyen más que un solo acto. ¿Qué cosa es, en efecto, el acto respetuoso? Nos lo dice el art. 151. Es el hijo de familia que pide consejo á sus ascendientes. ¿Cómo se hace esto? *Por medio de una peticion respetuosa y formal.* ¿Quién redactará esta peticion? El notario; este es quien la notifica, dice el articulo 154, y quien forma el expediente. ¿Qué es notificar la peticion respetuosa? Pedir consejo al ascendiente en nombre del hijo. La solicitud de consejo es, pues, la esencia de la peticion respetuosa; el expediente se requiere sólo para justificar que se ha solicitado el consejo. Todo se pasa, en consecuencia, al domicilio del ascendiente. Hay una contradiccion en la opinion contraria. Se conforma con una peticion, cuando el hijo está presente. Ahora bien, siempre lo está, ya sea en persona, ya representado por el notario. Para ser lógicos, es necesario exigir siempre dos peticiones. Esto seria absurdo cuando el hijo se presenta personalmente á pedir consejo. Todavia es más absurdo cuando se presenta por medio del notario (3).

330. ¿Si el hijo no acompaña al notario, deberá darle un poder por mandato expreso? Acerca de esta cuestion hay sentencias en pró y en contra. Las cortes de Bélgica

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 152.

2 Sentencia de 11 de Junio de 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).

3 Domolombe admite esta opinion, pero con un *puede ser* (*Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 105, núm. 75).

se declaran por la negativa (1). Es inútil decir que el notario debe ser requerido por el hijo, y en consecuencia, necesita un mandato. Pero la cuestión está en saber si se necesita que ese poder se compruebe con una acta. Recorremos que el notario sustituye al ugier. Ahora bien, ¿se necesita que para cada acto que notifica al ugier esté provisto del poder especial certificado por ante notario? Nadie ha pensado nunca en semejante exigencia, por la sencillísima razón de que los oficiales ministeriales imprimen autenticidad á las declaraciones que tienen la misión de hacer; así pues, cuando un ugier hace una notificación declarando que obra en nombre de tal persona, merece fe esta declaración. Lo que es cierto respecto de los ugieres, lo es también respecto del notario. Eso está fuera de toda duda, dice Merlin (2).

Con mucha menos razón se necesita que el hijo se haga representar por apoderado especial. Sorprende que una corte haya decidido lo contrario. ¿No es la misión del notario representar al hijo? ¿Para qué entonces un segundo representante? En este sentido se han declarado la doctrina y la jurisprudencia (3).

331. Hasta aquí hemos supuesto que no se requería la presencia del hijo al notificarse la petición respetuosa. También está debatida la cuestión, y acerca de este punto hay cuando menos lugar á discutirse. Porthier doctrina terminantemente que el hijo debe trasladarse á la casa de sus padres con dos notarios, ó un notario y dos testigos, y solicitar su consentimiento, de cuya petición levantará una acta

1 Sentencia de Gante de 29 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 262. Sentencia de Lieja de 10 de Diciembre de 1828 y de 23 de Diciembre de 1829 (*Pasicrisie*, 1828, 370; 1829, 338). Sentencias de Bruselas de 25 de Marzo de 1820 y de 27 de Enero de 1827 (*Pasicrisie*, 1820, 94; 1827, 37).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 10<sup>a</sup> cuestión.

3 Dallez, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, num. 150.

el notario. Esto es lo que, al decir de Pothier, se llama una *notificación respetuosa* (1). Es verdad que los hijos solicitan el consejo de sus ascendientes (art. 151). Así resulta de la exposición de los motivos. “La ley, dice Bigot-Prémeneu, trata de iluminar á los padres acerca de las preventiones y errores que puedan tener, y á los hijos acerca de la pasión que pueda extraviarlos. *Aproximar* varias veces *los unos á los otros*, dejar de una y otra parte á la razón y al efecto el tiempo de ejercer su influencia, es un medio que indica la misma naturaleza. Cuando los padres están *frente á frente de sus hijos*, verse y entrar en explicaciones, es casi siempre disipar las nubes y restablecer la armonía (2).” Hay sentencias que fundándose en este comentario en cierta forma auténtica de la ley, han decidido que el hijo debe acompañar al notario (3).

Es más generalmente seguida la opinión contraria, por la doctrina y por la jurisprudencia. Merlin la ha puesto á cubierto de toda contestación en una de sus luminosas requisitorias. La práctica del derecho antiguo no estaba conforme con la opinión de Pothier; casi nunca va el notario acompañado de los hijos, dice Houard. Siendo este el uso general, se necesitaría un texto expreso para poder admitir que el legislador ha innovado. Ahora bien, en el código no hay una palabra por la que pueda inferirse que debe estar presente el hijo. El art. 151 no dice, como se le hace decir, que el hijo es quien pide consejo; dice que el hijo debe solicitar consejo en una petición respetuosa y formal, y el art. 154 agrega que esta petición se notificará por dos notarios ó por un notario y dos testigos. Por consiguiente, según el Código, todo se hace por medio del notario. Hay más. El art. 154 exige que el no-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 340.

2 Exposición de los motivos, núm. 4 (Loqué, t. II, p. 426).

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 148.

tario haga mención de la respuesta en el expediente que forma; si debiera estar presente el hijo, oiría por sí mismo la respuesta; porque no es necesaria su presencia, determina la ley esta mención, por la que sabrá cuáles son las objeciones de su ascendiente contra la unión que se propone contraer. En cuanto á la interpretación que da á la ley Bigot-Préameneu, debe decirse que no está en armonía con el texto, y que por tanto no tiene valor alguno (1).

332. ¿Debe notificar el notario las peticiones respetuosas á la persona del ascendiente, ó puede hacer la notificación á domicilio? Segun el derecho comun, no procederia la cuestión, pudiendo notificarse cualquier acto en el domicilio. Pero la petición respetuosa es un acto especialísimo. Es una petición de consejo; ahora bien, ¿se pide consejo al domicilio? ¿Por qué hace intervenir la ley á un notario mejor que á un ugier? Porque se promete que como amigo de la familia podrá restablecer en su seno la paz y la armonía. ¿Podrá ser así si el notario se limita á notificar la petición respetuosa al domicilio? Por último, el art. 154 exige que se haga mención de la respuesta del ascendiente. ¿No es esto decisivo? Sí, lo es en cuanto al espíritu de la ley. Es cierto que el notario debe solicitar ver al ascendiente, porque no es un acto de procedimiento el que notifica, sino que pide una deliberación, una discusión. Pero también es evidente que si el ascendiente se niega á recibir al notario, ó si se ausenta para no recibarlo, el notario podrá limitarse á hacer la notificación al domicilio. El hijo tiene el derecho de casarse sin el consentimiento del ascendiente; está obligado sólo á pedirle consejo; si se niega á entrar en explicaciones, recobra toda su fuerza el derecho del hijo; la obstinación ó mala voluntad del ascendiente no po-

<sup>1</sup> Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Notificación respetuosa*, núm. 3. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 149.

dria impedir su ejercicio. Tal es la doctrina, y tambien la jurisprudencia está en ese sentido (1).

333. Sin embargo de lo expuesto, existen sentencias que han ido más allá de la ley, más bien dicho, que han formado una nueva ley. La corte de Montpellier decidió que los tribunales pueden ordenar que la hija se traslade, por un tiempo determinado, al domicilio que le indicarán sus padres, y en el que éstos tendrán la libertad de verla y dárle sus consejos; en el caso, la hija se había acogido á la casa de aquél con quien se proponía casarse. De igual modo, la corte de París ha juzgado que si una hija abandonó la casa paterna para refugirse en la de parientes que están en desacuerdo con sus padres, el tribunal puede ordenar que se traslade á una casa designada por el presidente (2). M. Demolombe sigue la jurisprudencia en un sendero peligroso; imagina una especie de contrato por el cual la hija se obliga á retirarse á un convento durante cierto plazo, para recibir allí los consejos de su padre; declara obligatorio este contrato, y decide que, ántes del vencimiento de dicho plazo, no podrá celebrarse el matrimonio, sin la aquiescencia del padre (3).

Nosotros contestamos, con la corte de Bruselas, á estas extrañas doctrinas: «Es preciso que el juez no sea más sabio ni más severo que la ley (4).» Por nuestra parte agregaremos que se necesita sobre todo que el intérprete no viole la ley, queriendo ser más sabio que el legislador. La corte de casación tiene razon en decir que hay exceso de poder de parte de un tribunal cuando ordena á una hija mayor de edad que abandone la residencia que ha elegido, y trasladarla á la casa de un pariente, para que en seguida

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 172.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 165.

3 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 105, número 74.

4 Sentencia de 11 de Junio de 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).

comparezca ante el presidente, y allí sea oída en presencia de su padre. (1). ¿No puede el mayor de edad elegir domicilio? ¿Con qué derecho le ordenaría el juez que lo abandonara? Si los hijos mayores de edad, por lo que respecta al matrimonio, pueden casarse á pesar de la oposición de sus padres, ¿con qué derecho los sometería el juez á nuevas pruebas? ¿con qué facultad dilataría los plazos después de los cuales puede celebrarse el matrimonio? Se dice que no es libre la voluntad del hijo y que en consecuencia el acto respetuoso está viciado en su esencia. Si realmente no es libre el hijo, que se combata el acto y se pruebe la falta de libertad; el tribunal podrá anularlo. ¿Qué diremos del convenio singular imaginado por M. Demolombe? ¿No es de orden público el matrimonio? ¿Son libres los particulares para derogar con sus convenios las leyes que interesan al orden público? A fuerza de querer proceder mejor que la ley, se acaba por olvidar los principios más elementales de derecho. Recomendamos á los autores y á los tribunales esta máxima de Merlin acerca de las cuestiones que promovemos: «La ley, toda la ley, nada más que la ley (2).

### NUM. 3. DE LA NULIDAD DE LAS PETICIONES RESPETUOSAS.

334. ¿Hay formalidades prescritas so pena de nulidad? ¿Y si hay nulidad, cuál es su consecuencia? El código no contiene ninguna disposición relativamente á estas cuestiones. Por consiguiente, deben decidirse segun los principios generales. Al tratar la cuestión de las nulidades, hemos dicho que la jurisprudencia y la doctrina admiten nulidades virtuales, quiere decir, nulidades fundadas en la voluntad tácita del legislador; y se decide que hay voluntad tácita

1 Sentencia de 21. de Marzo de 1809 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 167, 59).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 14<sup>a</sup> cuestión. En este sentido hay muchas sentencias (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 166).

cuando no se han llenado en el acto las formas sustanciales (1). La corte de Gante ha aplicado estos principios á las peticiones respetuosas, juzgando que pueden declararse nulas cuando no se han observado las formalidades que constituyen su sustancia (2). Falta saber qué formalidades son sustanciales.

335. Hay un caso en que no puede haber duda. Si la petición respetuosa no fuera comunicada por un notario, seria nula; mejor dicho, seria inexistente. Ya hemos dicho por qué razones encarga la ley á los notarios esta misión delicada; tales razones forman la esencia de las peticiones respetuosas. Y como un oficial público es el que debe intervenir, resulta que el acto es solemne. Ahora bien, en los actos solemnes se requiere la presencia del oficial designado por la ley para la existencia del acto. Esto es elemental. Tampoco la jurisprudencia ofrece ejemplo de la inobservancia de esta fórmula sustancial.

Puesto que un notario es el que notifica la petición respetuosa y el que debe formar el expediente de esta notificación (art. 154), resulta que esa petición es un acto testificado, en cuya redacción el notario debe observar las formalidades que establece la ley de ventoso. De lo cual se deduce que el acto será nulo si no está llenada alguna de las formalidades prescritas, so pena de nulidad. La jurisprudencia es invariable; declara la nulidad, por poco importantes que parezcan las formalidades. Cuando la ley ha declarado, el juez no tiene ya que examinar la importancia de las formas. Por esto se ha fallado que es nula una petición respetuosa cuando los testigos no están domiciliados en el cantón en que se ha redactado la petición (3). Con

1 Véase el tomo I de estos *Príncipios*, núm. 68.

2 Sentencia de 29 de Diciembre de 1854 (*Passcrisie*, 1858, 2, 262). Consultese á Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3 (t. I, p. 70).

3 Sentencia de Angers de 20 de Enero de 1809 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 158).

más razon hay nulidad cuando la peticion respetuosa no menciona la existencia de los dos testigos requeridos por el código de Napoleon, lo mismo que por la ley de ventoso (1). La observancia de las formalidades debe comprobarse con la misma peticion; de manera que habria que declarar nula la peticion respetuosa que no indicara el domicilio de los testigos, aun cuando hubiera probabilidades, resultantes de las diversas peticiones respetuosas, de que se habia observado la ley. Esto es lo que con mucho juicio establece Merlin contra una sentencia de la corte de Bruselas que habia dado valor al acto, fundándose en presunciones (2).

336. El notario debe entregar al ascendiente una copia de la peticion, y si esta es notificada á varios ascendientes, necesita remitir una copia á cada uno; porque cada uno debe ser consultado, y se necesita una prueba de que se ha solicitado el consejo de cada uno. En esto hay una doble causa de nulidad. Supongamos de antemano que la peticion respetuosa sólo se hace al padre y no á la madre; seria nula aun cuando expresara que se habia hecho tanto para él como para ella. Contendria nulidad. Efectivamente, el art. 154 exige que la peticion respetuosa se notifique á aquel ó á aquellos de los ascendientes designados en el art. 151, y este artículo dice que los hijos de familia que hayan llegado á la mayor edad fijada en el articulo 148 están obligados á solicitar el consejo de sus padres. De consiguiente, es necesario que la notificacion se haga á la madre lo mismo que al padre; si sólo se hace á uno de los dos, es nula (3). Poco importa que se hiciera

1 Sentencia de Lyon de 23 de Diciembre de 1831 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 142, 2º).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Peticion respetuosa*, 7ª cuestión.

3 Sentencia de Caen de 7 de Enero de 1814 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 171, 1º).

la notificación al padre, tanto en su nombre como en el de su esposa; esto no sería una petición de consejo dirigida á la madre, y no siendo consultada ésta, no puede dar su consejo; en consecuencia, en lo que á ella concierne, no existe petición respetuosa; esto es más que nulidad (1).

No basta que se pida el consejo; se necesita, además, una prueba legal de que se ha pedido. Eso es de derecho común para toda notificación. Por consiguiente, si há lugar á pedir el consejo de los padres, es necesario, so pena de nulidad, que se deje una copia á cada uno de ellos (2). Cuando los padres no se presenten en el acto de la notificación, debe dejar el notario una copia para cada uno; una sola copia dejada para los dos, no llenaría el precepto legal. La madre y el padre tienen un derecho individual de dar á su hijo los consejos que éste debe pedirles; poco importa que estén ausentes; es necesario por lo menos que se justifique legalmente que el hijo los ha puesto en aptitud de aconsejarlo (3). Esto es lo que Merlin asienta muy bien contra una sentencia de la corte de Bruselas, que partió del falso principio de que basta una sola copia, cuando se notifica un acto á varios individuos que tienen el mismo domicilio, en un asunto que les es común, aun cuando tenga cada uno un interés distinto y personal. Hay más que un interés, hay un derecho, y cuando este es desconocido, debe decirse que el acto es más que nulo; en realidad, no existe, porque un acto solemne no existe sino cuando ha sido legalmente comprobado (4).

1 Sentencia de Donai de 25 de Enero de 1815 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 171, 39)

2 Sentencia de París de 10 de Marzo de 1825 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 177).

3 Sentencia de Amiens de 18 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 180).

4 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3 3<sup>a</sup> cuestión.

337. La petición respetuosa es en esencia un acto por el cual el hijo solicita el consejo de sus ascendientes. Así, pues, el hijo que es parte principal, es el que debe hablar, el que debe suplicar á sus ascendientes que le aconsejen acerca del matrimonio que se propone contraer, y al que ellos se niegan consentir. Si la ley no le impone la obligación de requerir personalmente ese consejo, es porque tome dar lugar á escenas enojosas entre un padre irritado y un hijo á quien domina la pasión. Empero, se necesitará cuando menos que el notario hable en nombre del interesado y ponga en los labios del hijo el requerimiento hecho al padre. Sin petición directa de consejo, el acto es nulo. Por consiguiente, si el hijo ha dado poder al notario para solicitar el consejo de sus ascendientes, y el notario se limita á leer este mandato, no habrá con ello realmente petición respetuosa. Acerca de este punto están de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia (1).

La petición de consejo se *renovará* dos veces, dice el art. 152, cuando el hijo no haya cumplido la edad de veinticinco ó de treinta años. ¿Qué se entiende por esta renovación? La misma palabra lo dice: es una nueva solicitud de consejo. No basta, pues, como lo decidió una corte, dar copia de la primera. La doctrina y la jurisprudencia se muestran más exigentes, mejor dicho, el texto y el espíritu de la ley exigen que el notario haga cada vez una *nueva* petición. En el espíritu de la ley está que esas nuevas peticiones no sean la simple repetición de la primera; las conveniencias exigen que el hijo dé á conocer las razones por qué persiste en su proyecto á pesar de la negativa del ascendiente. Por lo mismo, habrá nulidad, si el nota-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 1<sup>a</sup> cuestión. Véanse las sentencias en Dalloz, *Reptorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 160).

rio se circumscribe á notificar copia de la primera petición (1).

Los tribunales están dispuestos, en esta materia, á pasar por encima de las exigencias de la ley; casi siempre se les ve tomar parte con los ascendientes en contra de los hijos. Este es un sentimiento loable, pero el juez no tiene el derecho de escuchar á su corazón; debe ser impasible como la ley; si le fuera lícito apartarse de ella, podría ceder, á veces, á malas inspiraciones. Se ha fallado que las peticiones respetuosas hechas en virtud de un poder general para renovarlas, son nulas como irreverenciales; dar poder de antemano para renovar las peticiones, ¿no equivale á declarar la voluntad de permanecer sordo á todas las observaciones que pudiera hacer el ascendiente? Existen varias sentencias en este sentido; pero las hay también por la opinión contraria, que es la de Merlin. Si resultara realmente del poder general otorgado por el hijo que había irreverencia de su parte, sería nula la petición, porque dejaría de ser respetuosa. Empero, el solo hecho de un poder general no implica una falta de respeto. Es necesario ponerse en la realidad de las cosas. Cuando el hijo hace peticiones respetuosas es después de una prolongada lucha con sus padres; los ascendientes están resueltos á no ceder, y el hijo lo está en persistir. El hijo sabe todo lo que le dirán sus padres; ¿qué hay más natural entonces que encargar á un notario que haga todas las peticiones respetuosas? Eso no impedirá que el notario le comunique las respuestas del ascendiente; así, pues, en rigor, el hijo podrá volver á abrigar mejores sentimientos, y revocar el poder que ha dado (2).

1 Sentencia de Reunes de 9 de Octubre de 1818 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 168).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 19<sup>a</sup> cuestión. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 156 y 157.

338. Tambien es de la esencia de la peticion respetuosa que se redacte en términos que den testimonio del respeto que el hijo debe conservar hacia sus ascendientes, aun cuando éstos se opongan á sus deseos. He ahí por qué evita la ley servirse de la palabra *intimacion*; el hijo suplica, no exige. ¿Es reverencial ó no la peticion? Esta es una cuestión de hecho que los tribunales juzgan sin apelación. En este punto deben tambien mantenerse en guardia contra un rigor excesivo. No basta que el hijo manifieste la firme voluntad de persistir en su proyecto de matrimonio, diciendo que su felicidad estriba sólo en esa unión, para que se le pudiese tildar de irreverente. Como se ha dicho, la peticion respetuosa no es otra cosa que la expresión de la voluntad del hijo decidido á seguir adelante. Todo lo que puede exigirselo es que exprese su voluntad en términos respetuosos. Si fuere irrespetuoso el lenguaje, el acta sería nula; la misma palabra *peticion respetuosa* lo dice. Se ha sostenido que si el notario se sirviera de la palabra *intimacion*, habría nulidad á causa de irreverencia. La corte de casación, en vista de las conclusiones de Merlin, ha rechazado esas exigencias. En el derecho antiguo se hacía uso de la palabra *intimacion*; así, pues, esta es una de esas palabras técnicas que no implican por sí mismas ninguna irreverencia. Con el bien entendido que el lenguaje que emplea el hijo no debe ser el del acreedor que intimá á su deudor cumpla sus obligaciones. En el caso sometido á la corte, el hijo, con todo y emplear la palabra ofensiva de *intimacion*, añadía que rogaba y suplicaba humildemente á sus padres, con todo el respeto posible, consentieran en su matrimonio. Este lenguaje corregía lo que tiene de inconveniente la palabra *intimacion* (1).

1 Merlin, *Reperitorio*, en la palabra *Intimacion respetuosa*, num. 3. Consultense las sentencias referidas en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 164.

339. Los padres se quejan con frecuencia de que la petición respetuosa no es la expresión de la libre voluntad de su hijo. Se han anulado peticiones respetuosas, como ejecutadas sin libertad, por la única razón de que la hija que las dirigía á sus padres se había trasladado á la casa de su pretendiente. Esta hija, dice la corte de Montpellier, ha ofendido las buenas costumbres y renunciado á toda libertad por la influencia que ha dejado ejercer sobre su voluntad. Basta eso, dice la corte de Aix, para que nazcan dudas sobre su verdadera voluntad, puesto que se ha colocado bajo la dependencia de un hombre que ya había probado su ascendiente sobre ella, obteniendo dos veces que abandonara por él el domicilio paterno; por lo mismo, debe creerse que más que la suya propia, la manifestación de ese hombre es la expresada en las peticiones respetuosas (1). Hay una parte de verdad en estas decisiones. La petición respetuosa debe ser ciertamente la expresión de la libre voluntad del hijo. La falta de libertad, la vicia, pues, y la anula. Pero debe probarse la violencia moral; ahora bien, las cortes de Montpellier y de Aix, en vez de pedir la prueba de los actos de violencia, decidieron, por vía de presunción, que no había habido libertad. Eso es contrario á los principios más elementales sobre las pruebas. El hijo mayor es libre de dejar el domicilio de su padre; ¿puede decirse que no es libre cuando ejecuta lo que tiene el derecho de hacer? Nosotros preferimos una decisión de la corte de Gante. Una madre, á quien se habían notificado peticiones respetuosas, sostenia que su hija no gozaba de la libertad de ánimo y de acción, esencialmente necesarias cuando se trata de matrimonio; y citaba hechos que parecieron á la corte oportunos y concluyentes. Dice la corte: si estaba probado que la hija no era libre, debería consider-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 165, 1º

rarse como no hecha la peticion respetuosa. En consecuencia, la corte admite la prueba de las acciones afirmadas (1). En este sentido es muy exacto decir que la peticion respetuosa es nula, si no es libre el hijo en cuyo nombre la hace el notario.

340. ¿Cuál es la consecuencia de la anulacion de las peticiones respetuosas? Las peticiones anuladas no producen efecto alguno; no podrá celebrarse el matrimonio. Es inútil decir que el hijo cuyas peticiones respetuosas han sido anuladas, puede hacerlas de nuevo, y, si fueren regulares, se procederá á la celebracion del matrimonio. Si el oficial del estado civil celebrase este á pesar de la anulacion de las peticiones respetuosas, no podria combatirse el matrimonio, como diremos más adelante; pero el oficial incurria en las penas que señala el código penal. Vamos á ver en qué consiste esta sancion.

#### § 2º De los hijos naturales.

341. El derecho antiguo era durisimo para los hijos naturales; no les otorgaba ninguna protección, aun cuando en su menor edad quisieran contraer matrimonio; podian casarse sin consentimiento de nadie; la ley, dice Portalis, los abandonaba á su libre albedrio, en una edad en que es tan difícil defenderte de los demás y de sí mismo. Este abandono en que se dejaba á los hijos naturales contenía la idea de la patria potestad que reinaba en la jurisprudencia; el consentimiento para el matrimonio estaba considerado como un efecto del dominio que el derecho romano reconocia en el padre sobre sus hijos; ahora bien, esta singular propiedad no resultaba más que del matrimonio; los hijos naturales estaban fuera de la potestad de sus padres,

1 Sentencia de 27 de Diciembre de 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 39).

y en consecuencia, no necesitaban de su consentimiento para casarse.

Portalis tiene razon de calificar de inaudito ese pretendido derecho de propiedad que el padre tenia sobre sus hijos. Nuestra legislacion moderna procede por un principio muy diferente: la patria potestad es un deber más que un derecho, deber de educar al hijo, deber de protegerlo. El hijo tiene el derecho de ser guiado y aconsejado, sobre todo cuando se trata del acto más importante de su vida. Desde el punto de vista del consentimiento requerido para el matrimonio, no hay, pues, razon alguna para hacer diferencia entre los hijos naturales y los hijos legítimos (1). En ese sentido es en el que el art. 158 dice: «Las disposiciones contenidas en los arts. 148 y 149 y las de los artículos 151, 152, 153, 154 y 155, relativas á la peticion respetuosa que debe hacerse á los padres en los casos previstos en dichos artículos, son aplicables á los hijos naturales legalmente reconocidos.»

Hay, sin embargo, una diferencia entre los hijos naturales y los legítimos. Por el texto que acabamos de transcribir se ve que la ley les declara aplicables las disposiciones que conciernen al consentimiento de los padres y á las peticiones respetuosas que deben hacerles. A este respecto, hay paridad completa entre los hijos naturales y los legítimos. Pero la ley no menciona el art. 150, que exige el consentimiento de los abuelos. Esto es porque los hijos naturales no tienen otros ascendientes que los padres que los reconocen, como veremos al tratar de la filiacion. De aquí resulta que los hijos naturales cuyos padres han muerto ó están imposibilitados de manifestar su voluntad, pueden casarse sin consentimiento á los veintiún años, aun cuando

1 Portalis, Exposición de los motivos (Loctré, t. II, p. 383, número 16).

tengan abuelos; no deberán hacer ya más peticiones respetuosas, por la razon de que esos abuelos les son extraños.

342. La ley no habla más que de los hijos naturales *legalmente reconocidos*. Si no están reconocidos, no tienen filiación, y por ende, están en la imposibilidad de pedir consentimiento ó consejo á sus padres. En defecto de la protección paterna de que carecen, la ley les asegura una protección especial; segun el art. 159, «el hijo natural que no haya sido reconocido y el que despues de haberlo sido haya perdido á sus padres, ó no puedan éstos manifestar su voluntad, no podrá casarse ántes de haber cumplido veintiún años, siu obtener préviamente el consentimiento de un tutor nombrado *ad hoc.*» La ley no llama al consejo de familia á consentir en el matrimonio del hijo natural, porque el hijo natural no reconocido no tiene familia. Ilé ahí por qué, dice Portalis, se les nombra un *tutor especial*, encargado de satisfacer á este respecto la deuda de la naturaleza y de la patria.

Ni el código ni Portalis dicen quién nombrará este tutor. Casi todos los autores enseñan que lo nombra el consejo de familia, y que ese consejo se compone de personas que hayan tenido relaciones amistosas con el padre ó la madre; ó, si el hijo no ha sido reconocido, se formará el consejo con personas conocidas por el interés que demuestren al hijo (1). Eso es completamente arbitrario. Verdad es que cuando se trata del consejo de familia de hijos legítimos, la ley permite llamar á él á ciudadanos conocidos por haber llevado relaciones habituales de amistad con los padres del menor, caso de que no haya para ello parientes en número bastante. De consiguiente, no es más que para completar el consejo por lo que se autoriza al juez de paz á convocar á los amigos de los padres. Pero, en el particular, el hijo natu-

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 407.

ral no tiene padres; en consecuencia, aquel sería un consejo de familia compuesto de miembros que ninguno de ellos pertenece á una familia que legalmente no existe. Eso nos parece inadmisible. Hay una autoridad más competente que ese pretendido consejo de familia; esa autoridad es el tribunal. ¿Por qué no habían de servir los magistrados de protectores al hijo que no los tiene (1)? Existe un vacío en la ley, y en el silencio de ésta los tribunales están llamados á determinar.

#### § 4º Consentimiento del consejo de familia.

343. El art. 160 dice: «Si no existieren padres ni abuelos ó estuviesen imposibilitados de manifestar su voluntad, los hijos ó hijas menores de veintiún años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del consejo de familia.» Para las hijas, el art. 160 conserva el derecho comun; desde que han llegado á la edad de veintiún años, pueden casarse sin el consentimiento de sus ascendientes, salvo pedirles consejo, lo que se hace imposible cuando los ascendientes han muerto, se hallan ausentes ó en estado de demencia. Respecto de los hijos, el art. 160 vuelve á entrar al derecho comun, del cual la ley se aparta cuando hay ascendientes. La mayoría de veinticinco años se reduce á la mayoría ordinaria, cuando á falta de ascendientes, el hijo necesita el consentimiento de la familia. Se concibe la razon de la diferencia: el hijo no debe á los colaterales el respeto que á sus ascendientes, y los colaterales no tienen el interés moral que los ascendientes tienen por el matrimonio de su descendiente (2).

1 Esta es la opinion de Ducanrroi, Bonnier y Roustain, *Comentario teórico y práctico del código civil*, t. I, p. 155.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 5, art. 2º, núm. 14. Demolombe, t. III, p. 116, núm. 86.

344. ¿Debe motivarse la deliberacion del consejo de familia que niega el consentimiento, y procede en tal caso la apelacion? Mantiéñense las dos cuestiones. Segun el art. 883 del código de procedimientos, cuando no son de un mismo parecer las deliberaciones del consejo de familia, se menciona en el expediente la opinion de cada uno de los miembros. La ley agrega que el tutor, segundo tutor ó curador, y aun los miembros de la asamblea, podrán pedir contra la deliberacion. Se pregunta si esta disposicion se aplica á la deliberacion que contiene la negativa de consentimiento para el matrimonio. Preciso es decidir que en ningun caso debe motivarse la negativa del consejo, y que nunca procede un recurso contra esta negativa. La razon es sencillissima. El código no exige que el consejo funde los motivos de su negativa, y no autoriza al hijo para que reclame. Eso decide la cuestion. El intérprete no puede prescribir condiciones que la ley no establece, ni abrir recursos que la ley no autoriza. En cuanto al código de procedimientos, no recibe aplicacion en la negativa del consentimiento; habla de los *pareceres* de parientes; ahora bien, el consentimiento no es un parecer, sino un acto de autoridad, ó, si se quiere, de proteccion, por el que el consejo de familia sustituye á los ascendientes; siendo decisiva la negativa de éstos, tambien debe serlo la de la familia. Por fuerza de consecuencia, no cabe ni motivarla, ni interponer apelacion. Esta es la opinion más generalmente seguida.

Se objeta que en el derecho antiguo se procedia de otra manera. Verdad es; pero debe agregarse que tambien habia un recurso contra la negativa de consentimiento de los ascendientes. Así, pues, el recurso era de derecho comun, mientras que en el derecho moderno no hay apelacion contra lo decidido por los ascendientes; el recurso contra la negativa de la familia seria, pues, una excepcion; ahora bien,

las excepciones no existen sino en virtud de un texto expreso. Toullier dice que la negativa de los colaterales podría reconocer por causa un interés personal para los opositores (1). Es cierto que en los colaterales no puede haber la misma confianza que en los ascendientes; la misma ley establece una considerable diferencia entre unos y otros, en materia de oposición al matrimonio. Pero cuando se trata del consentimiento, no hace otra cosa que lo que ya hemos afirmado, y es volver á la mayoría ordinaria para los hijos. En consecuencia, el silencio del código es decisivo.

La corte de Lieja había fallado primero en el sentido de Toullier; pero cambió de opinión, declarándose por la doctrina de Merlin, que acabamos de exponer (2).

#### § 5º Sancion.

345. Las disposiciones que exigen el consentimiento de los ascendientes ó de la familia tienen doble acción. Si se ha celebrado el matrimonio sin que se haya otorgado el consentimiento, hay nulidad. Existe además de esto una sanción penal.

Si no se han hecho las peticiones respetuosas, el oficial del estado civil no puede proceder á la celebración del matrimonio. Este es un impedimento prohibitivo, pero no dirimente. No podría ser combatido el matrimonio. En ese caso no hay más que una sanción penal.

En el capítulo de las nulidades hablaremos de la sanción civil. Por ahora, sólo tenemos algo qué decir de las penas pronunciadas contra el oficial del estado civil que no observe la ley. Los arts. 156 y 157 del código civil han sido sustituidos por los arts. 264 y 265 del nuevo código penal

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 460, núm. 547,

2 Sentencia de la corte de Lieja de 10 de Abril de 1848 (*Pasiersie*, 1848, 178).

belga, Nos limitaremos á trascibirlos. El art. 264 dice así:

«Se castigará con multa de veinticinco á quinientos francos al oficial del estado civil que haya descuidado expresar en el acta de matrimonio los consentimientos, ó insertar en ella las peticiones respetuosas que previene la ley;

“Al que haya procedido á la celebracion de un matrimonio sin haberse asegurado de la existencia de esos consentimientos ó de esas peticiones respetuosas.»

El art. 265 dice:

«Se castigará con tres meses á un año de prision y multa de cincuenta á quinientos francos, al oficial del estado civil que celebre un matrimonio contra la voluntad de las personas cuyo consentimiento se requiere.»

#### *SECCION IV.—De los impedimentos para el matrimonio.*

346. Los impedimentos para el matrimonio se dividen en prohibitivos y dirimentes. Estas denominaciones provienen del derecho canónico. El código no los sanciona, porque evita lo que es de pura doctrina, lo que pertenece á la escuela más bien que á la legislacion. Sin embargo, hoy, lo mismo que antes, hay impedimentos que sirven de obstáculo para que se contrate el matrimonio, y dan derecho á formar oposición para que se celebre este; más si el oficial del estado civil procediese á la celebración, no podría ser combatido el matrimonio: estos son los **impedimentos prohibitivos**. Hay otros que son juntamente un obstáculo para la celebración, y una causa de nulidad: de ahí el que se les llame dirimentes.

§ 1º Del parentesco y la alianza.

NUM. 1. PRINCIPIOS GENERALES.

347. El parentesco es un lazo que une á dos personas por relaciones que se derivan de la naturaleza ó de la ley. Se divide en natural, civil y mixto.

El parentesco natural une á los hijos naturales y sus descendientes con sus padres. Por regla general, este parentesco no se extiende á los parientes de los padres. La ley hace excepcion de este principio en materia de matrimonio por motivos de honestidad y moralidad públicas. El parentesco natural es simple cuando se deriva del comercio de dos personas que podrian casarse; es adulterino cuando se deriva del comercio de dos personas de las cuales una por lo ménos está ligada por los lazos de un matrimonio anterior; es incestuosa cuando resulta del comercio entre dos personas que no podrian casarse porque son parientes ó allegados en el grado prohibido por la ley.

El parentesco civil resulta de la adopcion; es obra sólo de la ley; tiene lugar entre el adoptante, el adoptado y los descendientes de éste; no se extiende á los parientes del adoptante.

El parentesco mixto es á la vez natural y civil; tambien se le llama legitimo porque nace del matrimonio; existe entre los hijos, sus padres y todos los parientes de estos últimos.

348. El parentesco no es un impedimento para el matrimonio, sino hasta cierto grado, cuando se trata de parientes colaterales, miéntras que sí lo es para todos los parientes en linea recta. De ahí la necesidad de distinguir los grados y las líneas. El código define los grados, las líneas y la manera de contar los grados en linea recta y en linea colateral. Nos remitimos á los arts. 735-738. En el

título de las Sucesiones examinaremos las dificultades á que dan lugar esas disposiciones.

349. Tambien la afinidad es un impedimento para el matrimonio. Este es el lazo que une á uno de los cónyuges con los parientes del otro. En la afinidad no hay, propiamente hablando, grados ni líneas, toda vez que los grados resultan de la generacion, lo mismo que las líneas, y entre afines no hay generacion. Empero, ha sido necesario aplicar la distincion de los grados y de las líneas á la afinidad, puesto que el matrimonio no está prohibido más que entre ciertos afines. Como la afinidad se deriva del parentesco, y es, por decirlo así, su imágen, se han extendido á los afines los principios que rigen á los padres.

350. Tales son las nociones elementales. Dan márgen á grandes dificultades en lo que concierne al parentesco natural y á la afinidad. Se necesita que el parentesco esté probado para que constituya un impedimento legal. El parentesco legitimo se prueba con el matrimonio; el código trata de la prueba del matrimonio; ya volveremos á ella. La prueba del parentesco natural descansa en principios particulares. Resulta del reconocimiento de los hijos naturales; este reconocimiento se hace voluntariamente, por acta auténtica, o es obligado cuando el hijo busca á sus padres. Por regla general, está vedada la inquisicion de la paternidad; la ley permite la de la maternidad, pero sometiéndola á condiciones rigorosas. El código prohíbe todo reconocimiento de los hijos adulterinos é incestuosos. La ley deduce de esto que sólo los hijos naturales simples tienen una filiacion; pero no la tienen más que por el reconocimiento voluntario ó obligado. ¿Reciben estos principios su aplicacion en el matrimonio? ¿No hay impedimento que resulte del parentesco natural cuando está justificado éste, bien con una acta auténtica de reconocimiento?

miento, bien por un fallo? La cuestion está muy debatida.

Nosotros, sin vacilar, decimos que deben aplicarse, en materia de impedimentos para el matrimonio, las reglas establecidas en los arts. 334 y siguientes. El código civil tiene un título sobre la filiación; ese título asienta cómo se prueba la filiación de los hijos legítimos y cómo la de los naturales. Nunca se ha pensado en negar que sean generales las reglas sobre la prueba de la filiación legítima; es evidente que se aplican á todas las materias de derecho; así lo dice la ley, cuando exige que se descansen en el rigor de los principios que establece. ¿Por qué habría de ser de otra manera con las reglas que el código establece sobre la prueba de la filiación natural? ¿Hay alguna razon para que unas sean generales y las otras no? El texto de los arts. 334 y siguientes está concebido en los términos más generales. ¿Hay algún motivo en el espíritu de la ley para no aplicarlo al matrimonio? Vano sería buscarlo. El código establece el principio de que la filiación de los hijos naturales resulta de su reconocimiento voluntario ó obligado, de donde se sigue que los hijos naturales no reconocidos no tienen filiación. La ley establece ese principio para evitar procesos escandalosos que llevan la confusión á las familias sin producir nunca una certidumbre completa. Hé ahí motivos que por su propia naturaleza no toleran excepción. Así, pues, el texto es general, y las razones generales también; por eso mismo está decidida la cuestión.

Se objeta que esta doctrina conduce á legitimar la inmoralidad más espantosa. El hermano podrá casarse con su hermana natural, porque no se probará legalmente la filiación natural, aunque se justifique con la posesión de estadio. En rigor, el padre podrá casarse con su hija adulterina, porque estando prohibido el reconocimiento, nunca

puede tener filiacion el hijo adulterino ó incestuoso. Querríamos admitir esta objecion, que á pesar nuestro rechazamos, pero á ello nos obligan los principios elementales de derecho. La censura se dirige al legislador, y sólo él puede tenerla en cuenta. Ha establecido una regla general sobre la prueba de la filiacion natural; ¿cabe hacer una excepcion en los impedimentos para el matrimonio? Puede sostenerse; mas si tal hubiera sido la mente de los autores del código, habrian debido formular la excepcion y decir qué prueba admiten. ¡Cómo! ¡Despues de haber puesto tanto rigor en limitar la prueba de la filiacion natural, abandonaria el legislador á la arbitrariedad del juez cuando se trata del matrimonio! Prohibe en los términos más absolutos la inquisicion de la paternidad (art. 340); ¡y la admitiria luego sin decir cómo se hará! ¿Es admisible, sin texto, semejante excepcion? ¡Se invoca la moralidad pública! Olvidase que tambien por razones de moralidad prohíbe el código la inquisicion de la paternidad natural. Tocaba, pues, al legislador, y sólo á él, ver si la moralidad que ha hecho prohibir, en general, la inquisicion de la paternidad, exige que en materia de matrimonio se permita esta inquisicion. No lo ha hecho; su silencio es decisivo.

Hágense otras objeciones; vamos á referirlas con agrado, porque no deseamos otra cosa que convencernos de que hay un medio legal de prevenir la vergüenza y el escándalo de un matrimonio incestuoso. Oigamos á Merlin. La corte de apelacion de Lyon habia pedido que el impedimento que se deriva del parentesco natural fuese limitado á los hijos *legalmente reconocidos*, «á fin de prevenir las inquisiciones frecuentemente caluniosas y escandalosas siempre que el odio ó la avidez podrian hacer de una paternidad ó de una maternidad ignorada ó supuesta.» Esta distincion, dice Merlin, no se encuentra ni en el art. 161,

ni en el 162. ¿Por qué fué omitida? No es posible suponer que lo haya sido por inadvertencia. Era de bastante alta importancia para que no impresionara á los que tomaron parte en la redaccion definitiva de esos articulos. De conseguiente, no puede haberse omitido sino con la intencion formal de no insertarla, porque se ha querido que el parentesco natural formase un impedimento para el matrimonio, aun cuando no estuviera legalmente justificado (1). Hé ahí un fundamento bastante débil para la opinion que quisiéramos admitir, si pudiésemos. Merlin está obligado á crear una excepcion por vía de suposicion. ¿Quién no ve que la suposicion contraria tambien es muy admisible? Puede ser, y esta suposicion es la más probable, que haya pasado inadvertida la observacion de la corte de Lyon; si, como Merlin dice, ha impresionado á los autores del código por su alta importancia, gno habrian hecho mención de ella, ya en el curso de la discusion, ya en los discursos y los informes? Pues bien, ni una palabra se dijo acerca de la cuestion. ¿No destruye este silencio absoluto toda la argumentacion de Merlin? Tambien puede suceder que los autores del código hayan juzgado inútil formular en la ley la observacion de la corte de Lyon. En efecto, era inútil. Cuando el legislador establece una regla general, esta regla debe recibir su aplicacion en todos los casos, á no ser que él mismo admita una excepcion. Bastaria, pues, que la ley hubiese prohibido, en el titulo de la Filiacion, que no hay parentesco natural sin reconocimiento legal. Este principio recibe su aplicacion por el solo hecho de que la ley no lo deroga.

No, se dice, no es así como proceden los autores del código; cuando quieren conservar las reglas sobre el parentesco natural, lo dicen. Véase el art. 331; dice *legalmen-*

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 4, art. 4º

*te reconocidos.* Igual expresion hay en los arts. 383, 756 y 158, miéntras que no se encuentra en los arts. 161 y 162. Tendria algun valor el argumento si se pudiera probar que se ha omitido adrede esta expresion. Pero faltando una declaracion del legislador, nada hay que deducir de que unas veces añade una expresion inútil, y otras la omite.

Tenemos la fortuna de añadir que no existen sentencias sobre este tema en las Recopilaciones de jurisprudencia, y los autores no citan ningun ejemplo de un matrimonio incestuoso que hubiera agitado la conciencia pública. Eso demuestra que las costumbres son el verdadero suplemento de la ley. ¿Se necesitará decir, con M. Demolombe, que los magistrados no vacilarian en apartarse del rigor de los principios si se tratara de impedir un incesto abominable? Si, como confiesa M. Demolombe, es cierto que la opinion que defendemos es la más racional y la más jurídica, lo es tambien, por eso mismo, que la ley la sanciona; ¿y deberá alentarse á los magistrados á que pasen por encima de la ley (1)?

351. La afinidad da lugar á una dificultad que interesa igualmente á las buenas costumbres. En el derecho antiguo se admitia una afinidad natural. Cuando dos personas, dice Pothier, han cometido juntas una fornicacion, nace de ese concubinato una especie de afinidad entre una de esas personas y los parientes de la otra. Esta afinidad natural está fundada en una razon de analogía. ¿Qué importa que el comercio sea lícito ó ilícito? El concubinato tanto como el matrimonio une al hombre y á la mujer para hacer de ellos una sola carne. El concilio de Trento sancio-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 141, número 107. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, número 240, 241.

na esta afinidad natural y el impedimento que resulta de ella (1). ¿Subsiste en el código de Napoleon?

Es cierto que hay una afinidad natural, lo mismo que hay una afinidad legítima. Así, si mi padre natural se casa, su esposa será mi afine natural, y habrá impedimento para el matrimonio. ¿Por qué? En razon del lazo que crea el matrimonio. Acerca de este punto todos están de acuerdo; pero ¿produce el mismo lazo el concubinato? Tal es la cuestión. Nos parece que el silencio del código la decide. La afinidad natural producida por el concubinato era una institución de derecho canónico. Este derecho fué derogado con toda la antigua jurisprudencia. Desde ese momento, ya no podemos admitir una afinidad establecida por los concilios. En vano se dice que no definiendo el código la afinidad natural, debe entenderse esta tal como se entendía en el derecho antiguo (2). Para que tuviese algún valor este argumento histórico, se necesitaría que el legislador hubiese manifestado la intención de conservar ese principio tradicional; ahora bien, ni una palabra hay en los trabajos preparatorios que pueda hacer suponer que los autores del código hayan pensado en la afinidad natural, tal como la admite el concilio de Trento. Hay más; no era en razon de una verdadera afinidad por lo que se prohibía el matrimonio, sino más bien por un motivo de honestidad pública. Efectivamente, no bastaba el concubinato, se exigía que fuese notorio; la notoriedad era la que producía el escándalo, y por ende, un impedimento para el matrimonio. Eso estaba en armonía con los principios del derecho antiguo, segun el cual había impedimentos fundados en la

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 162 y siguientes.

2 Esta es la opinión de Zacharie, t. III, § 461, p. 251, nota 12, seguida por Marcadé, t. I, p. 409, y Demante, t. I, ps. 316 y siguientes.

honestidad pública. El código no reproduce esta teoría; de consiguiente, habría necesitado una disposición expresa para conservarla en un solo caso, el de la afinidad canónica. Cuando menos se necesitaría una manifestación cualquiera de voluntad; ahora bien, el silencio de los autores del código es tan completo como el del texto de la ley. Desde ese momento, es necesario deducir con Merlin que ya no conocemos la afinidad canónica. La afinidad, en todos nuestros textos, es tal como la definen los jurisconsultos romanos (1). Agregaremos que esta es la verdadera doctrina. No es exacto decir, como los canonistas, que el comercio ilegítimo une al hombre y á la mujer, como si no formaran más que una sola carne; eso sólo es verdad en cuanto al matrimonio, el cual, si no es indisoluble, al menos es contraido en un espíritu de perpetuidad; y no es ciertamente exacto respecto de esas uniones fortuitas ó pasajeras que atan y desatan los hombres al capricho de sus pasiones del momento.

La corte de Nimes ha dictado acerca de esta cuestión una sentencia que puede ser invocada contra la opinión que sostengamos. Un padre, para justificar su oposición al matrimonio que su hija mayor se disponía á contraer, ofrecía probar que su esposa, madre de esa hija, había mantenido relaciones ilícitas con el hombre que ella quería dar por marido á su hija. La corte decidió que el art. 161, que prohíbe el matrimonio entre los ascendientes legítimos y naturales y los afines en la misma línea, debe interpretarse tanto respecto de los ascendientes y descendientes *afines naturales*, como respecto de los *legítimos*; pero es necesario, agrega la sentencia, que la afinidad sea constante y *legalmente establecida* en la época en que se oponga el impedimento; ahora bien, esta prueba no existe

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 4, art. 3º, núm. 3.

en el presente caso (1). De esto puede deducirse que la corte de Nimes habria admitido la oposicion del padre si éste hubiera probado el concubinato de la madre con una sentencia que la hubiera condenado por adultera lo mismo que á su cómplice. La sentencia habria sido muy moral, dice Merlin; pero, ¿habria estado de acuerdo con la ley? La critica es justa, y se dirige á los autores y magistrados que quieren ser más morales que el legislador.

352. ¿Subsiste la afinidad, y el impedimento que de ella resulta, cuando muere sin hijos el cónyuge que la produce? Hay un antiguo adagio que dice: *Muerta mi hija, muerto mi yerno* (2). El art. 206 del código civil parece sancionar ese principio; dice que la obligacion de dar alimentos cesa entre aliados cuando hayan muerto el cónyuge que producia la afinidad y los hijos nacidos de su nuevo matrimonio. ¿Si en ese caso acaba la obligacion de dar alimentos entre afines, no es porque acaba la misma afinidad? Así se ha dicho; pero nosotros creemos, con M. Demolombe, que es un error. En principio, no se ve por qué acabaria la afinidad con la muerte del cónyuge y los hijos; el matrimonio ha producido entre las dos familias lazos que no rompe la muerte. Se concibe que cesen ciertos efectos producidos por la afinidad, tales como la obligacion de dar alimentos; pero de que cesa un efecto seria muy poco lógico decidir que deben cesar todos. Si hay una razon para que cese la obligacion de dar alimentos, hay igualmente razones en contrario para que subsista el impedimento para el matrimonio. La afinidad produce otros efectos, y la jurisprudencia decide invariablemente que subsisten despues de la muerte del cónyuge sin hijos. Así,

1 Sentencia de 3 de Diciembre de 1811 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 229).

2 Loysel, *Institutos de las costumbres*, t. I, p. 166 (edicion de Dupin).

pues, el art. 206 es una excepcion, y este es el caso de decir que la excepcion confirma la regla (1).

353. Se pregunta además si subsiste el impedimento para el matrimonio, en el caso en que se anula el matrimonio que produce la afinidad. Es cierto que en ese caso cesa la afinidad; efectivamente, la afinidad resulta del matrimonio; ahora bien, el matrimonio anulado se considera como si nunca hubiera existido. ¿Puede ser cuestion de afinidad donde no hay matrimonio? ¿Y si está destruida la afinidad, cómo continuarian sus efectos? Se oponen las buenas costumbres: ¿no se ofenderian estas si un hombre, despues de haberse casado con la madre y vivido públicamente con ella, pudiese casarse con la hija (2)? Indudablemente, pero diremos con Merlin que el intérprete no debe tener la pretension de ser más moral que el legislador. Para hacer producir un efecto en el matrimonio anulado, la ley habria debido organizar el matrimonio putativo. Se necesitaria igualmente una disposicion para conservar la afinidad, cuando se interrumpe el matrimonio. Zachariæ da otra forma á la objecion. La anulacion del matrimonio no destruye el hecho de la cohabitacion; ahora bien, el comercio de los dos cónyuges, notorio, confessado, basta para establecer una afinidad natural, y por ende, un impedimento para el matrimonio (3). Eso supone que en derecho francés subsiste la afinidad canónica. Como nosotros no admitimos esta doctrina, debemos rechazar la aplicacion que hace de ella Zachariæ en punto á la anulacion del matrimonio.

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*; t. III, p. 158, número 117.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 119, núm. 159.

3 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 461, nota 9 p. 251.

NUM. 2. IMPEDIMENTOS PRODUCIDOS POR EL PARENTESCO  
Y LA AFINIDAD.

354. «En linea recta, está prohibido el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes legítimos ó naturales y los afines en la misma linea (art. 161).» «La ley natural, dice Pothier, ha formado este impedimento, y todos los pueblos están de acuerdo en mirar como incestuosa y abominable la union carnal entre parientes de esta linea.» «En todo tiempo, dice Portalis, ha estado prohibido el matrimonio entre los hijos y los autores de sus días; trastornaría entre ellos todos los derechos y todos los deberes y causaría horror.»

La prohibicion se extiende al parentesco natural, en todos los grados. En esto hay algo especial para el matrimonio. En principio, los hijos naturales no son la familia de sus padres; no son ni herederos de los parientes de esta familia, y ni siquiera están ligados entre si por ningun derecho ni por ninguna obligacion. Estos son los términos de una sentencia de la corte de casacion. Segun ese principio, no debería existir el impedimento para el matrimonio sino entre el hijo y sus padres. ¿Por qué lo extiende el código á todos los grados? Unicamente, como dice la misma sentencia, por razones de moral y honestidad públicas (1). En punto á impedimentos para el matrimonio, la ley considera los lazos de la sangre, y no los que crea el matrimonio; sentado esto, no habria lugar á hacer una diferencia entre el parentesco legítimo y el natural. Tambien por razones de moral y honestidad públicas se ha extendido la prohibicion á la afinidad.

355. «En la linea colateral se prohíbe el matrimonio entre hermanos legítimos ó naturales, y los afines del

1 Sentencia de 7 de Julio de 1817 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 626).

mismo grado (art. 162).» Portalis nos explicará el motivo de esta prohibición. «El horror del incesto del hermano y la hermana, y de los aliados en el mismo grado, se deriva del principio de la honestidad pública. La familia es el santuario de las costumbres; en su seno es donde debe evitarse con sumo cuidado todo lo que pudiera corromperlas. El matrimonio no es indudablemente una corrupción; pero la esperanza del matrimonio entre sacerdos que viven bajo el mismo techo y que están ya invitados por tantos motivos á aproximarse y unirse, podría encender deseos criminales y arrastrarían á desórdenes que mancillarian la casa paterna, ajarian la inocencia, y perseguirían á la virtud hasta su último asilo.» Estos mismos motivos han hecho extender la prohibición al parentesco natural.

La ley de 1792 permitía el matrimonio entre cuñado y cuñada. Esta legislación encontró partidarios en el consejo de Estado. Se invocaba el interés de los hijos que hallaban en su tía una segunda madre. Cambacérès contestó que ese no era cierto más que en casos rarísimos. Motivos mucho menores respetables, dijo, determinaban de ordinario esta clase de uniones. En un país en que está permitido el divorcio, debe temerse que la posibilidad de romper el matrimonio existente, unida á la facultad de casarse, conduzca al concubinato á los cuñados, turbando el interior de las familias (1).

356. «También se prohíbe el matrimonio entre tíos y sobrinas y entre sobrinos y tíos (art. 163).» Pothier da como razón que el tío hace veces de padre para con su sobrina, y la tía veces de madre para con su sobrino. Los deberes del tío, agrega Portalis, y los cuidados de la tía, casi nunca podrían avenirse con los procedimien-

<sup>1</sup> Sesión del consejo de Estado del 25 fructidor, año IX (Locre, t. II, p. 320, núm. 33).

los ménos serios que preceden al matrimonio y lo preparan.

¿Se extiende la prohibicion al parentesco natural? Maleville contesta que por lo regular no hay parentesco natural fuera de los padres; de consiguiente, basta que la ley no mencione el parentesco natural para que deje de ser un impedimento. Merlin dice que esta razon es mala: «En todo lo que concierne á la honestidad pública, el parentesco natural está asimilado al legitimo.» Se extiende hasta decir que habria existido el impedimento entre parientes naturales en linea recta, aun cuando la ley no lo hubiese establecido. Desde el punto de vista de la teoria, eso es verdad, pero la teoria compete al legislador; en cuanto al interprete, no puede decidirse, si no es por causas legales; por lo mismo debe discurrir como lo hace Maleville. Merlin agrega con éste, que no existe otra razon para decidirlo así, y esa razon es concluyente. Los dos articulos que preceden al 163 se sirven de la expresion *legitimos ó naturales*, miéntras de que este artículo no reproduce esas palabras. ¿Por qué? Porque no quiere dar la misma extension al impedimento del matrimonio entre tio y sobrina ó entre sobrino y tia, sin duda por la razon de que ofende ménos á la honestidad pública (1).

Merlin da la misma solucion para la afinidad; no hablando de los *afines* el art. 163, le parece evidente que está permitido el matrimonio entre tio y sobrina ó entre sobrino y tia por afinidad. Esta nunca se halla asimilada de pleno derecho al parentesco; no lo está sino en virtud de leyes expresas, y estas leyes deben estar siempre restringidas á sus casos precisos. Merlin dice que no es posible adoptar otra opinion. Se ha tratado, sin embargo, de sorprender á la jurisprudencia una interpretacion extensiva

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 4, art. 29, núm. 3.

del art. 163; se ha invocado la honestad pública, y la paridad de razon que existe para cuñados y cuñauas de una parte y para tios y sobrinas de otra. La fracasado esta tentativa; la corte de casacion decidió que los impedimentos para el matrimonio son de estricto derecho, y que no pueden resultar si no es de una declaracion expresa de la ley. Ahora bien, el silencio que guarda el art. 163 respecto de la afinidad, comparado con los arts. 161 y 162 que extienden expresamente la prohibicion á los afines, manifiesta de una manera evidente la voluntad del legislador (1). En consecuencia, no procede invocar el espíritu de la ley contra un texto expreso.

337. Se ha preguntado si la prohibicion que establece el art. 163 se aplica al tio abuelo y á la sobrina nieta. La cuestion fué sometida, en 1808, al consejo de Estado por el ministro de justicia; el consejo fué de opinion que, no prohibiendo ningun artículo del código el matrimonio entre un tio abuelo y una sobrina nieta, está permitido el matrimonio. Puede objetarse que esos matrimonios serian muy desproporcionados, en razon de la gran diferencia de edad que existe de ordinario entre el tio abuelo y la sobrina nieta; pero para autorizarlos basta establecer que no están probibidos por ninguna ley. El emperador no aprobó esa opinion, y decidió que no podia verificarse el matrimonio entre un tio abuelo y una sobrina nieta, sino en virtud de una dispensa concedida conforme al art. 164 del código (2). Esta decision se ha citado á veces como un parecer del consejo de Estado, aprobado por el emperador y teniendo como tal, fuerza obligatoria. Zachariæ dice con fundamento que la decision de 1808 no tiene autoridad alguna, porque no se dió en la forma ordinaria de los decre-

1 Sentencia de 10 de Noviembre de 1858 Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1869, I, 457).

2 Resolucion de 7 de Mayo de 1808 (Loçré, t. II, p. 439).

tos, ni está autorizada con la firma del emperador ó de uno de sus ministros. La cuestión permanece, pues, inflexible. ¿Qué interpretación debe seguirse, la del consejo de Estado ó la del emperador?

Hay autores que sostienen que sin considerar como acto legislativo la decisión de 1808, debe admitirse la interpretación que sanciona como si estuviera conforme con el texto y el espíritu de la ley. ¿Qué dice el texto? Se prohíbe el matrimonio entre el tío y la sobrina. ¿Por ventura el *tío abuelo* no es *tío*? En cuanto al espíritu de la ley, no deja duda alguna; el *tío* hace veces de padre; ¿no las hace también el *tío abuelo* (1)? Nosotros preferimos aplicar el principio formulado por la corte de casación en su sentencia de 1858. Los impedimentos para el matrimonio son de estricto derecho; se necesita una declaración expresa del legislador para prohibir un matrimonio. Eso decide la cuestión. El texto no habla más que del *tío*; aplicarlo al *tío abuelo* es extender la prohibición á un grado más; esta interpretación extensiva no está admitida en materia de prohibición. ¿Qué importa que haya paridad de razon? Los motivos dados para justificar una ley no bastan para crear nuevas prohibiciones (2).

358. El art. 164 faculta al emperador para levantar, por causas graves, la prohibición establecida para el matrimonio entre *tío* y *sobrina* y *sobrino* y *tía*. Una ley francesa de 16 de Abril de 1832 extendió el beneficio de la dispensa para el matrimonio entre *cuñado* y *cuñada*. Una ley belga de 28 de Febrero de 1831 faculta igualmente al rey para levantar, por causas graves, el impedimento para el matrimonio entre *afines* en el grado de hermano y hermana. Cuando se discutió esta ley en el Congreso, se

1 Zacharie, *Curso de derecho civil francés*, t. III, § 464, p. 289.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 138, núm. 105.  
Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 411.

hizo la observacion de que era inútil, puesto que la facultad de dispensar existia ya en virtud de la ley de 23 de Abril de 1827 (1). La observacion es justa; lo que hay en esto de más singular, es que el decreto de 1831 fué propuesto por un sábio magistrado: ¡M. Raikem habia olvidado la ley de 1827!

La ley belga agrega que las dispensas no pueden concederse sino despues de que el matrimonio se ha disuelto por la muerte natural de los cónyuges. Esta restriccion responde al argumento que Cambacérès hizo valer en el consejo de Estado para justificar la prohibicion. Nuestra legislacion admite el divorcio; no se necesita que la esperanza del matrimonio, tras un divorcio escandaloso, favorezca pasiones bastardas.

El código de Napoleon y la ley belga no permiten conceder dispensas sino por *causas graves*. ¿Cuáles son esas causas graves? La más frecuente, dice Marcadé, es el embarazo de la mujer. Si así fuera, tendría razon Marcadé para censurar el sistema de las dispensas, que nos viene del derecho canónico. Efectivamente, interpretada de esa manera, la ley es inmoral; favorece y provoca á la seducción y al escándalo (2). Apresurémonos á añadir que no es ese el espíritu de nuestra legislación. Marcadé habría podido convencerse de ello con sólo leer las circulares emanadas del ministerio de justicia en 1824 y 1832. «Con demasiada frecuencia, dice el ministro, se ha creido poder invocar como un título la existencia anterior de un comercio escandaloso.» El favor otorgado á causas semejantes seria un aliciente para la corrupcion de las costumbres . . . . Las circunstancias que sobre todo merecen ser tomadas en consideracion son aquellas que deben hacer provechosas para las familias los matrimonios. Es necesario colocar en pri-

1 *Discusiones del Congreso nacional de Bélgica*, t. II, p. 612.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 411 y siguientes.

mera linea el interés de los hijos, que vuelven á encontrar en su tio la protección de un padre, en una tia los cuidados de una madre. Conviene también facilitar un matrimonio que diera por resultado conservar un establecimiento ó una explotacion cuya ruina destruiria intereses de importancia. Finalmente, se conciliaria la aprobacion de la autoridad en un matrimonio que debiera procurar medios de existencia á uno de los cónyuges ó el que tuviera por mira arreglos de familia (1).

Interpretada así la facultad de dispensar, nada tiene de inmoral. Esta es la excepcion á la regla. Es indudable que hay reglas que no toleran excepcion. ¿Quién ha pensado nunca en permitir el matrimonio entre hermano y hermana, entre ascendientes y descendientes? Miéntras que la ley de 92 admitia el matrimonio entre cuñado y cuñada. Lo que prueba que á este respecto la moralidad pública no está ya interesada en que se conserve la prohibicion absoluta.

359. El parentesco puramente civil produce tambien impedimentos para el matrimonio. Segun el art. 348, «está prohibido entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes, entre los hijos adoptivos del mismo individuo; entre el adoptado y los hijos que puedan sobrevenir al adoptante; entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, y reciprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado.» En verdad, no hay parentesco civil más que entre el adoptante y el adoptado; pero la ley extiende las relaciones que nacen de la adopcion, cuando se trata del matrimonio, por razones análogas á las que se dan para la afinidad; y consisten en el temor de que la vida comun haga nacer relaciones culpables, si la ley diera la esperanza de ampararlas luego con el matrimonio.

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 228.

## NUM. 3. IMPEDIMENTOS DE UN MATRIMONIO PREEXISTENTES.

360. El art. 147 dice: «No se puede contraer segundo matrimonio ántes de la disolucion del primero.» Portalis nos dirá por qué razones nuestras leyes reprobuan la poligamia. «La diversidad de maridos ó de mujeres puede estar autorizada en ciertos climas; pero en ninguno es legítima; esa diversidad trae consigo necesariamente la esclavitud de un sexo y el despotismo del otro; no podria ser solicitada para las necesidades reales del hombre, que teniendo toda la vida para conservarse, sólo tiene instantes para reproducirse; introduciría en las familias una confusión y un desorden que se comunicarian muy pronto al cuerpo entero de la sociedad; ofende á todas las ideas, desnaturaliza todos los sentimientos; despoja al amor de todos sus encantos, quitándole todo lo que tiene de exclusivo; finalmente, repugna á la esencia misma del matrimonio, es decir, á la esencia de un contrato por medio del cual dos esposos se dan todo, el cuerpo y el corazón. Cuando se aproxima uno á los países en que está permitida la poligamia, parece que se aleja uno de la moral.»

¿De qué sirven, se dirá, esas prolijas razones para justificar la reprobación de la poligamia, que rechazan nuestros sentimientos y nuestras ideas? Porque la cuestión es de bastante importancia; la solución que le da el código nos demuestra la superioridad de la ley civil sobre la ley religiosa en el dominio de la moral. Hay religiones que admiten la poligamia. No hablamos del Corán ni de la parodia de religión que se denomina mormonismo. Una ley que se llamó revelada, la del pueblo de Dios, sanciona la poligamia. Pothier se encuentra cruelmente embarazado cuando trata de conciliar la santa Escritura con el derecho natural. Este autor enseña, como Portalis, que la poliga-

mia es contraria á la esencia del matrimonio; y sin embargo, católico sincero, se ve obligado á decir que los santos patriarcas contraian matrimonio con varias mujeres á la vez con el permiso y la aprobacion de Dios (1). ¡Cómo! ¡Dios aprueba lo que condena el derecho natural! ¿El derecho natural no tiene su principio en Dios? ¡Hé ahí, pues, á Dios, que aprueba y reprueba juntamente la poligamia! Pothier se parapeta detrás de la omnipotencia divina. «Dios, dice Pothier, habria podido, si hubiese querido, establecer el matrimonio, sin que este debiera ser la union de una sola mujer con un solo hombre. De la misma manera ha podido permitir á un pueblo entero tener varias mujeres. Dios, que habia prometido á los santos patriarcas multiplicar su raza como las arenas del mar, les permitió tener varias mujeres á la vez..» ¡Extraña moral la que declara lícito y moral un acto que por sí mismo es inmoral, invocando la autoridad de Dios! ¿Acaso Dios habría practicado la doctrina que justifica el medio por el fin? No, Dios no ha podido justificar la poligamia, porque quisiera multiplicar la raza de los patriarcas como las arenas del mar! No, Dios no puede hacer que la poligamia, ilegítima en todas partes, se vuelva legítima para un pueblo de que se declara especial protector! ¡Singular preferencia la que autoriza al pueblo elegido á practicar una ley que desnaturaliza nuestros sentimientos y vicia en su esencia un contrato en que descansa la moral!

361. Deducimos que la ley civil es más moral de lo que era una ley que se llamó revelada. Por consiguiente, reclamamos, con razon, para la ley civil la preeminencia sobre el órden religioso. El código penal belga castiga con reclusión al que obligado por los lazos del matrimonio, contrae otro ántes de la disolución del primero (art. 391).

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 99 y 100.

¿Quizás un mahometano ó un mormon podria casarse con varias mujeres á la vez, invocando la libertad religiosa sancionada en nuestra constitucion, en los términos más ilimitados? No, en verdad; hay un derecho superior al de las religiones: el derecho, ó mejor dicho, el deber que la sociedad tiene de conservarse. ¿Y cómo se conservaria, si, so pretexto de religion, se pudieran cometer crímenes, por la razon de que place á una religion considerar el crimen como un derecho?

¿Podria casarse en el extranjero con varias mujeres el belga que se hiciera mormon ó mahometano? Tampoco, porque la ley que prohíbe la poligamia es una ley personal que le rige aun cuando resida en país extranjero (art. 3º). A no ser que al cambiar de religion, tambien cambie de nacionalidad.

362. ¿Si el primer matrimonio es nulo, puede contraer matrimonio, ántes de que se pronuncie la anulacion, el que tiene el derecho de pedir la nulidad? No, por cierto. Porque el matrimonio nulo existe y produce sus efectos hasta que haya sido anulado; ahora bien, uno de esos efectos es impedir una uneva union. Si se contrajera, sin embargo, el nuevo matrimonio, seria válido, en el caso en que los cónyuges obtuvieran la anulacion del primero (art. 189).

¿Qué debe decidirse si el primer matrimonio es inexistente? ¿Puede el cónyuge que lo contrajo casarse sin haber obtenido un fallo? En ese caso, ya no puede decirse que el primer matrimonio produce sus efectos hasta que un fallo declare que no ha habido matrimonio; porque lo que caracteriza los actos inexistentes es que no pueden surtir efecto alguno (art. 1131). Si, pues, era reconocida y notoria la inexistencia, el oficial del estado civil podria proceder, sin necesidad de fallo, á la celebracion del matrimonio. Pero seria bastante que hubiera una duda acerca

de la inexistencia para que debiese negar su ministerio. En ese caso, el que pretenda contraer matrimonio, deberá pedir al tribunal que declare inexistente el primero. Existe disputa, y toda disputa debe ser decidida por el juez.

#### NUM. 4. DE LA VIUDA O DIVORCIADA.

363. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino despues de dicz meses contados desde la disolucion del matrimonio anterior (art. 228). Este impedimento es particular para la mujer; el marido puede casarse inmediatamente despues de la disolucion del matrimonio. Por lo mismo debe haber razones especiales respecto de la mujer que motiven la prohibicion establecida en el art. 228. El legislador ha querido evitar lo que se llama la *confusion de parte*. Si una mujer se casara inmediatamente despues de la muerte de su marido y pariere despues de ciento ochenta dias y ántes de trescientos contados desde la disolucion del matrimonio, el hijo podria pertenecer al primer marido ó al segundo: esta es la consecuencia de las presunciones establecidas por el código sobre la duracion del embarazo. De esto resultaria que la filiacion del hijo seria incierta. Para prevenir esta incertidumbre y las disputas á que daria lugar, la ley prohíbe el matrimonio hasta que hayan transcurrido los trescientos dias. Hay además un motivo secundario que se alega para explicar esta prohibicion, y son los sentimientos de conveniencia que deben impedir á la viuda casarse inmediatamente despues de la muerte de su esposo. Decimos que ese motivo es secundario; en primer lugar, no se aplica á la mujer divorciada; despues, tambien deberia aplicarse al marido; porque digase lo que se quiera, el hombre debe respetar las conveniencias tanto como la mujer.

De aquí resulta que si la mujer pariese al siguiente dia de la muerte de su marido, deberia aplicárselo, sin embargo, el art. 228. Verdaderamente, en ese caso, ya no es posible la *confusion de parte*, y se podria decir que, cesando la causa, debe cesar el efecto. Así seria si el impedimento no reconociera otra causa que el temor de una *confusion de parte*. Pero aun cuando desapareciera ese peligro, queda la razon de conveniencia que basta para impedir el matrimonio. Tal es tambien la opinion general (1).

364. Se pregunta si existe el impedimento establecido en el art. 228 en el caso en que sea anulado el matrimonio. La cuestion nos parece dudosa. En general, se decide afirmativamente, porque hay igual razon para ello. Pero, ¿se puede raciocinar por vía de analogía en esta materia? No lo creemos; ante todo, es una cuestion de texto, ¿y no decide este la dificultad? El art. 228 dice que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino despues de diez meses contados desde la *disolucion* del primero. ¿Qué entiende la ley por *disolucion*? El art. 227 nos lo dice: «El matrimonio se *disuelve* por la muerte de uno de los cónyuges y por la declaracion legal del divorcio.» Así, pues, el art. 228 no concierne más que á la mujer viuda ó divorciada. Por lo demás, en derecho, hay una gran diferencia entre la *disolucion* y la anulacion. Cuando se *disuelve* el matrimonio, ha existido, y puede, por lo mismo, producir efectos jurídicos. Cuando se anula, se considera que no existió nunca; y por eso el matrimonio anulado no produce efecto alguno.

Se objeta que si los cónyuges ó uno de los dos son de buena fé, el matrimonio anulado es putativo y que en ese caso há lugar á aplicar el art. 228 en favor del hijo que puede na-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, ps. 166 y siguientes, núms. 122 y 123.

cer, á fin de asegurar su estado. Es cierto que si nace un hijo despues de la anulacion, puede invocar el beneficio del matrimonio putativo; puede hacerlo, se haya vuelto á casar ó no su madre. De aquí que el matrimonio putativo nada tenga de comun con el impedimento para el matrimonio. ¿Qué es, en efecto, un matrimonio putativo? El que surte sus efectos *en favor* del cónyuge y los hijos (artículo 202). Esta fiction ha sido creada, pues, en favor de la mujer; miéntras de que si se aplicara al caso del artículo 228, se volveria en su contra (1).

365. El art. 228 tiene una sancion penal. Si el oficial del estado civil celebra el matrimonio ántes del termino prescrito por la ley, se le castiga con una multa de veintiseis á seiscientos francos (código belga, art. 264).

#### NUM. 5. IMPEDIMENTOS QUE NACEN DEL DIVORCIO.

366. Los esposos divorciados, por cualquiera causa que sea, no pueden ya reunirse (art. 295).

En caso de divorcio por mutuo consentimiento, ninguno de los cónyuges puede contraer nuevo matrimonio sino tres años despues de la declaracion del divorcio (artículo 297).

En caso de divorcio por causa de adulterio, el cónyuge culpable nunca puede casarse con su cómplice (artículo 298).

367. Se pregunta si el art. 298 se aplica á la separacion de cuerpos. La corte de Tolosa decidió que el impedimento establecido para los cónyuges divorciados no se aplicaba á los esposos separados de cuerpo. Esta es la opinion general. En concepto nuestro, la cuestion ni siquiera es du-

<sup>1</sup> Véase, en sentido contrario, á Demolombe, t. III, p. 167, número 124, y una sentencia de la corte de Trévoz de 30 de Abril de 1806 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 968).

dosa. Los impedimentos son de estricto derecho, no pueden extenderse de un caso á otro, aun cuando fuese por identidad de motivos. Con mucha menos razon puede hacerse cuando los motivos no son idénticos. Ahora bien, en el asunto no hay ni siquiera analogia. No se funda el art. 298 sobre el solo hecho del adulterio, porque el adulterio, aun judicialmente establecido, no es un impedimento para el matrimonio. En el divorcio declarado por causa de adulterio es donde se necesitan buscar los motivos del impedimento. Como dice muy bien la corte de Tolosa, el legislador ha querido impedir que el cónyuge adúltero buscase en su propia vergüenza un medio para disolver el matrimonio con que estaba sujeto, y quedar libre para contraer una union escandalosa. No es de temer ese peligro cuando se trata de la separacion de cuerpos, puesto que no rompe el lazo conyugal; subsistiendo el matrimonio, el cónyuge culpable no puede ya especular con su vergüenza. La sentencia de Tolosa añade que el mismo texto del código establece esta diferencia entre el divorcio y la separacion de cuerpos. Efectivamente, el art. 298, en el capítulo del Divorcio, comienza por decir que el cónyuge culpable nunca podrá casarse con su cómplice; luego agrega que la mujer adúltera será sentenciada á la reclusion. Pues bien, el art. 308 reproduce esta segunda disposicion para la mujer separada de cuerpos, pero omite la primera. Eso es decisivo (1).

#### NUM. 6. IMPEDIMENTOS QUE RESULTAN DEL SERVICIO MILITAR.

368. Un decreto de 16 de Junio de 1808. previene que los oficiales no pueden casarse sino despues de haber obteni-

1 Sentencia de Tolosa del 10 de Junio de 1852 (*Dalloz, Recopilacion periódica*, 1852, 2, 169). Consultese á Demolombe, t. III, p. 172, número 126.

do permiso por escrito del ministro de guerra; los sargentos y soldados deben obtener el permiso del consejo de administracion de sus cuerpos. Los decretos de 3 y de 28 de Agosto de 1808 han generalizado estas disposiciones aplicándolas á todos los cuerpos que forman parte del ejército.

El decreto de 16 de Febrero de 1814 conserva la legislacion francesa para los oficiales; en cuanto á los sargentos y soldados, sustituye los consejos de administracion con los jefes de cuerpo. Segun la ley belga de 8 de Enero de 1817, los que pretenden contraer matrimonio deben justificarse que han cumplido con las leyes sobre la milicia (articulo 197). Esta disposicion está sancionada en el art. 464 del código penal belga.

#### NUM. 7. ¿CONSTITUYE UN IMPEDIMENTO EL Sacerdocio?

369. Esta cuestion, tan calurosamente debatida en Francia, no lo está ya en Bélgica. Nuestra constitucion no sólo establece la libertad religiosa más ilimitada, sino que sanciona además, con ciertos límites, la separacion de la Iglesia y el Estado. Segun el art. 16, el Estado no tiene el derecho de intervenir en el nombramiento ni en la posesion de los ministros de ningun culto. Esto quiere decir que ante la ley, ya no hay ministros del culto. M. Notthomb, ardiente partidario del principio de la separacion, ha proclamado esta consecuencia en términos enérgicos, diciendo que el sacerdote no es, ante la ley, más que un individuo; y dedujo de esto que el sacerdocio no es un impedimento para el matrimonio (1). Así se admite sin disputa alguna. En Bélgica se casan los sacerdotes; si algunas veces han encontrado oposicion estos matrimo-

1 *Discusiones del Congreso nacional de Bélgica*, t. I, p. 597.

nios, los tribunales siempre han acordado quitar el impedimento.

370. Creemos que no es lo mismo en derecho francés. Como la cuestion no interesa á nuestros lectores helgas, nos limitaremos á resumir rápidamente el debate. El derecho canónico consideraba las órdenes como un impedimento dirimente, y, como resultado de la union íntima que existia bajo el antiguo régimen, entre la Iglesia y el Estado, el impedimento canónico se volvió impedimento civil. Los magistrados más distinguidos no hablaban del matrimonio de los sacerdotes sino con una especie de horror. Oigamos á Talon: «Todo el que sirve al altar es incapaz para el matrimonio. La opinion contraria á esta máxima es una herejía en un reino cristianísimo, y la acción contraria es un delito capital conforme á nuestras costumbres (1).»

Las costumbres cambiaron de improviso despues de 89. Tal vez debería decirse que el legislador fué más allá de los sentimientos y las ideas: de ahí la triste reaccion que se verifica en la patria de Voltaire. Un decreto de 19 de Febrero de 1790, reproducido en la constitucion de 1791, declara que la ley no reconoce ya votos religiosos ni ningún otro vinculo contrario á los derechos naturales. Esto equivalia á decir, tan claramente como era posible, que el vinculo contraido por los sacerdotes, fuera de su ordenacion, de vivir en continencia, nada significaria en lo sucesivo ante la ley civil; tampoco la ley de 20 de Septiembre de 1792 coloca el sacerdocio entre los impedimentos para el matrimonio. La Convencion nacional expidió varios decretos en ese sentido; nos limitaremos á citar el de 19 de Julio de 1793, que condenó á la deportacion á los obispos que opusieran, directa ó indirectamente, obstáculos al matrimonio de los sacerdotes.

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Celibato*, núm. 3.

¿Al restaurar el culto divino, fué la mente del concordato restablecer el impedimento legal que resulta del sacerdocio? Portalis, agente del concordato, contestará á nuestra pregunta: «Para los ministros que conservamos, dice, la prohibicion que del matrimonio les hacen los reglamentos eclesiásticos, no está sancionada como impedimento dirimente en el órden civil. Por lo mismo, su matrimonio, si lo contraen, no seria nulo ante las leyes políticas y civiles, y los hijos que de él nacieren serian legítimos.»

¿Ha modificado el código este estado de cosas? El mismo Portalis expuso los motivos del título del Matrimonio. Allí proclama, aunque católico sincero, la independencia absoluta de la ley civil ante la Iglesia. «Segun ese principio, dice Portatis, el vínculo de las órdenes sagradas, el voto monástico y la disparidad de culto, que en la antigua jurisprudencia eran impedimentos dirimentes, no lo son ya. Lo eran ántes por las leyes civiles que habian sancionado los reglamentos eclesiásticos. Han dejado de serlo desde que la libertad de conciencia se ha vuelto por sí misma una ley del Estado (1).»

Concluiremos con Merlin, que ya no existe el impedimento para el matrimonio originado por el sacerdocio, y que basta una palabra para demostrarlo; y es que el código no habla de ese impedimento, y que segun el art. 7º de la ley de 30 ventoso, año XII, su solo silencio equivale á la derogacion de la jurisprudencia antigua. ¿Cómo se comprende entonces que la cuestión continúe debatiéndose en Francia? Esto depende de los preocupados católicos que con la reaccion han vuelto á despertar. Pero los jurisconsultos no deberian olvidar las gloriosas tradiciones de su órden: siempre han sido y deben seguir siendo los defenso-

1 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 27 (Locré, t. II, p. 386).

res de la autoridad civil contra las usurpaciones de la Iglesia.

#### NUM. 8. DE LA MUERTE CIVIL.

371. El art. 25 del código civil dice: «Por la muerte civil el condenado no puede contraer un matrimonio que produzca efectos civiles.» Esta execrable legislacion de la muerte civil está derogada en Bélgica y en Francia. Nuestra constitucion, al abolir la muerte civil, agrega que no puede ser restablecida (art. 13). De consiguiente, la cuestion de saber si la muerte civil es todavía un impedimento para el matrimonio, sólo puede establecerse para los extranjeros. En el *Repertorio del derecho administrativo* se lee que el extranjero que hubiese sido condenado en su país á una pena que tuviese aparejada la muerte civil, no podria casarse en Bélgica. La razon de esto, dice M. Fielemans, es que las leyes que conciernen al estado y á la capacidad, rigen á las personas, aun cuando éstas residan en país extranjero (1). Verdad es que este principio está sentado en el art. 3º del código de Napoleon; pero es tambien de principio que no puede invocarse el estatuto personal cuando está en oposicion con una ley fundamental de órden politico (2). Ahora bien, el art. 13, que abolió la muerte civil, está puesto en el titulo II de nuestra constitucion, es decir, entre los derechos de los belgas. De consiguiente, esta es una de esas disposiciones que atañen á la libertad y que prevalecen sobre el estatuto del extranjero.

#### NUM. 9. DE LA INCAPACIDAD LEGAL.

372. El que es condenado á la pena de muerte ó á presidio queda incapacitado, cuando la sentencia que lo con-

1 Fielemans. *Repertorio de la administración*, t. I, p. 211.

2 Véase el tomo 1º de mis *Principios*, núm. 85.

dena pronuncia en su contra la incapacidad para ciertos derechos. ¿Entraña esta incapacidad legal, la de contraer matrimonio? Bajo el imperio del código penal francés podia sostenerse esto con alguna razon, y en ese sentido la opinion es, en efecto, bastante general (1). El art. 29 del código de 1810 dice que el que es sentenciado á presidio ó á reclusión se halla en estado de *incapacidad legal*. Podíase, pues, asimilar esta incapacidad á la que declaran los tribunales civiles, y deducir de ella una capacidad general y absoluta. El código penal belga determina los efectos de la incapacidad legal; conciernen sólo á los bienes (art. 22). Eso decide la cuestión; siendo de estricta interpretación las incapacidades, tambien las penas deben interpretarse restrictivamente.

#### NUM. 10. EFECTOS DE LOS IMPEDIMENTOS.

373. Todo impedimento para el matrimonio trae consigo la prohibición de celebrarlo. ¿Cuál es la sanción de esta prohibición? Existe, para la mayor parte de los casos, una sanción penal; ya hemos hecho mención de ella al referir los diversos impedimentos. Ni el código civil ni el penal establecen pena para los impedimentos que nacen del divorcio. Este es un vacío; no sabemos por qué lo ha dejado subsistir el nuevo código belga. Existe además una sanción civil para los impedimentos que constituyen un incesto: esa sanción es la nulidad del matrimonio. ¿Hay tambien nulidad para los demás impedimentos? Al tratar de las nulidades examinaremos esta cuestión.

<sup>1</sup> Zachariæ, *Curso d: derecho civil francés*, t. III, § 464, p. 284.

*SECCION V.—De las oposiciones al matrimonio.*

374. El código civil trata de la oposición en el capítulo III, y en el capítulo II, de las formalidades relativas á la celebración del matrimonio. Hay, en efecto, en ese lugar formalidades prescritas para la validez del matrimonio; lógicamente se necesitaría, pues, relacionar esta materia con la de las condiciones requeridas para la validez del matrimonio. Si nos separamos de este orden, es porque hay formalidades que tienen su razon de ser en el derecho de oposición; conviene, pues, comenzar por esta última materia.

El código concede á ciertas personas el derecho de oponerse al matrimonio, lo que equivale á decir que pueden prohibir por acto de ujier, al oficial público la celebración. En vista de esta oposición, el oficial del estado civil debe suspender el acto hasta que se le comunique haberse quitado el impedimento. ¿Cuáles son los motivos por que la ley permite suspender la celebración del matrimonio por vía de oposición? Hay motivos generales; y tambien los hay que son particulares á los ascendientes.

El oficial del estado civil no puede celebrar el matrimonio sino cuando los futuros cónyuges hayan llenado todos los requisitos prescritos por la ley. ¿Cómo se asegurará de este hecho? Las partes contratantes deben entregarle las piezas que justifiquen haber cumplido con todas las prescripciones legales. Las partes pueden, empero, ignorar un impedimento ó engañar al oficial público. Se necesitaría, pues, permitir á los parientes más cercanos informar al oficial del estado civil acerca de los impedimentos, ya prohibitivos, ya dirimentes, que constituyan un obstáculo para la celebración del matrimonio. Ese es el objeto de la oposi-

sicion. Para los impedimentos prohibitivos es la única sancion eficaz. Para los dirimentes, hay una sancion severa, la nulidad del matrimonio; pero la anulacion turba la paz de las familias y compromete el porvenir de los cónyuges, y sobre todo el de los hijos. Por lo mismo, es necesario decir con Portalis que es más expeditivo prevenir el mal; pero nunca puede repararse del todo.

Es inútil decir que si hay un impedimento para el matrimonio puede ejercerse el derecho de oposicion que la ley concede á los ascendientes. Pero tambien puede serlo cuando no hay ningún impedimento legal. En ese caso, el objeto de la oposicion es suspender el matrimonio, al menos durante algun tiempo, hasta que los tribunales declaren que se quita el impedimento de la oposicion. ¿Por qué da la ley á los ascendientes el derecho de poner trabas á un matrimonio y hacer acaso que no se realice, cuando no hay ninguna causa legal para el impedimento? Es cierto que el hijo llegado a cierta edad puede casarse sin el consentimiento de sus ascendientes; pero puede suceder que ese matrimonio ocasione la desgracia del hijo y la vergüenza de la familia, si lo ofusca una pasion funesta. Por lo mismo, la ley ha debido dar á los ascendientes un medio extremo para salvar al que corre á su ruina. No teme que los ascendientes abusen de ese derecho; supone y debe suponer que éstos nunca obran más que por afecto.

### § 1º ¿Quién puede formular oposicion?

375. En el derecho antiguo no estaba limitado á ciertos parientes el poder de formular oposicion; la jurisprudencia abria, en cierto modo, una *accion popular*, como dice Portalis (1). Esto era una fuente de abusos. La avaricia

1 Exposicion de los motivos, núm. 36 (Loqué, t. II, p. 388).

impulsaba á unos, y la malicia á otros, á oponerse á un matrimonio que quebrantaria sus intereses ó que los desagrada. Portalis nos enseña que la vanidad del rango y de la fortuna representaba un papel importante en esas oposiciones quisquilloosas ó ruines. El orador del gobierno confia en que, bajo el régimen de la igualdad, podrán los cónyuges ceder á las suaves inspiraciones de la naturaleza, y no tendrán ya que luchar contra las preocupaciones del orgullo y contra las vanidades sociales que ponian en las alianzas la tortura, la necesidad ó la fatalidad del mismo destino. Aunque nosotros participamos de esas esperanzas, consideramos que el legislador ha hecho bien en oponer una barrera legal á las malas pasiones. En efecto, ha restringido el derecho de oposición; primero, limitándolo á determinadas personas, y es de principio que la oposición no puede ser formulada más que por aquellos á quienes el código da ese poder. En seguida, el legislador ha determinado las causas por que puede ejercerse el derecho de oposición, y estas causas son igualmente limitadas, y por consiguiente, de estricta interpretación. No hay excepción á esta regla sino para los ascendientes, cuyo derecho, por su naturaleza, es ilimitado.

#### NUM. 1. DERECHO DEL CONYUGE.

376. «El derecho de oponerse á la celebracion del matrimonio, dice el art. 172, corresponde á la persona casada ya con una de las partes contratantes.» Esta es la más legítima y grave de todas las causas de oposición. El cónyuge que la formula, desiente su derecho, reclama la ejecucion de la fé prometida y previene un delito vergonzoso, la bigamia. Se necesita naturalmente que pruebe su derecho, es decir, «que está unido en matrimonio con una de

las dos partes contratantes.» *Unido en matrimonio*, dice nuestro texto; en consecuencia, no basta la simple promesa de matrimonio para dar el derecho de oposición, aun suponiendo que fuera válida esa promesa, lo que no admitimos. Esto es una derogación del derecho antiguo. También se necesita que el matrimonio sea legal, celebrado ante el oficial del estado civil. Se ha fallado que la celebración de un matrimonio religioso ante un sacerdote no daba el derecho de oposición (1). Eso no admite la menor duda. ¿Qué es, en efecto, el matrimonio religioso, cuando no le precede la celebración ante el oficial del estado civil? M. Nothomb lo dijo en el Congreso; es un concubinato, porque la ley no reconoce el matrimonio religioso. Finalmente, se necesita la prueba legal del matrimonio, es decir, una acta de su celebración, asentada en los libros del estado civil (art. 194). La ley no admite la prueba por la posesión de estado (art. 195); es cierto que la posesión de estado no autoriza al que la invoca á oponerse á la celebración del matrimonio (2).

## NUM. 2. DE LOS ASCENDIENTES.

377. «El padre, dice el art. 173, y en su defecto, la madre, y á falta de ambos, los abuelos, pueden oponerse á la celebración del matrimonio de sus hijos y descendientes, aun cuando éstos hayan cumplido veinticinco años de edad.» ¿Del principio que hemos establecido sobre el derecho de oposición, deberá deducirse que sólo los ascendientes designados en el art. 173 tienen el derecho de oposición? Si así fuera, los bisabuelos carecerían de ese derecho. Pero ya hemos hecho notar que la ley entiende por abuelos los as-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 222, número 139.

2 Sentencia de 16 de Octubre de 1809 (Dalloz, en la palabra *Culto*, núm. 115, 2º).

cendientes en todos los grados. Así resulta de la evidencia de la combinación del art. 173 con el siguiente, que dice: «A falta de *cualquier ascendiente*, el hermano ó la hermana, etc.» En consecuencia, cualquier ascendiente tiene el derecho de oponerse á la celebración del matrimonio de sus descendientes, sin distinción de grados. Pero los ascendientes no ejercen en concurrencia ese derecho; la ley no se los confiere más que gradualmente. El padre está llamado en primera línea; en su defecto, la madre, es decir, si el padre ha muerto ó se halla imposibilitado de manifestar su voluntad. De igual manera, sólo en defecto de los padres, se concede ese derecho á los abuelos. La ley exige que el derecho de oposición se ejerza gradualmente, porque supone que si guarda silencio el ascendiente más cercano, ya no hay motivo para oponerse á la celebración del matrimonio. Tiende, pues, á prevenir las oposiciones difíciles. Si importa que los ascendientes tengan el derecho de oposición, no importa menos que lo ejerzan formalmente; porque también los descendientes tienen un derecho, el de contraer matrimonio, cuando han llegado á la mayoría legal, y no hay motivo de impedimento.

378. Si los padres tienen igual interés en el matrimonio de su hijo, debe suponerseles el mismo afecto; ¿por qué entonces la madre no tiene el derecho de oposición, sino cuando el padre ha muerto ó no puede manifestar su voluntad? Parece que si el padre es un hombre indiferente ó descuidado, debería la madre tener el derecho de oponerse á la celebración del matrimonio. Así debería ser desde el punto de vista del interés y del afecto, pero hay un principio de derecho que se opone á ello. El padre es el que ejerce la patria potestad durante el matrimonio, con exclusión de la madre (art. 373). Basta su consentimiento para la validez del matrimonio, cuando la madre se niega á consentir en él (art. 148). De aquí el que su silencio sea decisivo.

sivo; legalmente, la madre no puede intentar la accion, cuando el padre se calla, y por ese solo hecho aprueba.

¿Qué deberá decidirse si el hijo no pide el consentimiento ni el consejo de su madre? ¿Puede en eso caso oponerse la madre á la celebracion del matrimonio? Preciso es responder negativamente, como ya lo hemos hecho; porque el texto es expreso: «En defecto del padre, la madre.» El legislador habria debido distinguir. Se concibe que, por lo regular, no pueda proceder la madre cuando el padre aprueba con su silencio el matrimonio. Pero cuando el hijo ha faltado a su deber y á las conveniencias, hasta el punto de ni siquiera consultar á su madre, hay un motivo legal de oposicion. Efectivamente, el oficial del estado civil no pue de proceder á la celebracion del matrimonio si el hijo no ha solicitado el consentimiento de su madre. ¿Por qué no permitir que ésta tenga conocimiento de ese hecho para que se oponga? Hay tribunales que han acogido la oposicion de la madre, en el sentido de determinar, ántes de declarar la supresion del impedimento, que sea puesto el hijo, durante algunos dias, en comunicacion con su madre. Merlin aprueba ese medio: equivale, dice, á dejar todo su efecto al art. 148, sin violar el 173 (1). ¿Es cierto que no se viola el art. 173? Se viola por el solo hecho de que el juez no declara inmediatamente que se quite el impedimento de una oposicion presentada por una persona sin calidad. ¿Qué le queda entonces que hacer á la madre? Puede denunciar ante el oficial del estado civil el hecho de que su hijo no ha solicitado su consentimiento ó consejo. Si se entabla una demanda en vista de la peticion de la madre, ésta puede denunciar su accion al oficial, como lo decidió el tribunal de Gante en una sentencia confirmada en apelacion (2).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposicion á un matrimonio*, número 4.

2 Sentencia de Gante do 27 do Diciembre de 1850 (*Pasicrisie, 1851, 2, 39*).

Esto seria una oposicion indirecta; habria sido mejor conceder el derecho de proceder directamente.

379. «En defecto de los padres, los *abuelos* pueden oponerse á la celebracion del matrimonio.» ¿Si hay abuelo y abuela en una misma linea, puede oponerse la abuela cuando guarda silencio el abuelo? Si nos atenemos á la letra de la ley, debe reconocérsele ese derecho, porque no dice *la abuela en defecto del abuelo*, dice *los abuelos*. Pero si se interpreta así la ley se pone en contradiccion con los principios sobre la potestad marital que acabainos de recordar, principios que la ley aplica en el art. 173. La abuela es la esposa del abuelo; de consiguiente, cuando éste calla, aquella no debe tener el derecho de hablar. Locré nos enseña que así se comprendió en el consejo de Estado. Tambien en ese sentido explican los autores el texto (1). Si sólo hubiera abuela en una linea, y abuelo en la otra, entonces la abuela tendría naturalmente el derecho de oponerse como representante de su linea.

¿Qué deberá decidirse si consiente una linea? ¿Tendrá la otra, sin embargo, el derecho de oponerse? Así lo admiten los autores. Hay, no obstante, una duda en el particular. Efectivamente, para los ascendientes del primer grado, la ley no permite á la madre oponerse cuando consiente el padre, aun cuando no haya sido consultada la madre. ¿No debe aplicarse el mismo principio á los ascendientes del segundo grado, es decir, á ambas líneas? ¿No hay contradiccion en negar á la madre el derecho de oponerse, y concederlo á los abuelos maternos, y á una abuela en caso necesario? Se dice que esta abuela representa á su linea, y que con este titulo debe tener el derecho de oponerse. Verdad es que para consentir la representa, pero su negativa no impide el matrimonio si consiente la linea paterna. No

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, ps. 224 y siguientes, núm. 149.

hay más que una razon en favor de la opinion general, y es el texto que llama en concurrencia á los abuelos y abuelas. ¿Pero no debe interpretarse el texto, en lo que concierne á los abuelos, por los principios que rigen el derecho de oposicion de los padres? Se verifica en cada linea, no se permite á la abuela oponerse cuando el abuelo calla, y esto, no obstante la generalidad de los términos del art. 173. ¿Por qué no admitir el mismo sistema de interpretacion para ambas líneas (1)?

### NUM. 3. DE LOS PARIENTES COLATERALES.

380. Si no existe ningun ascendiente, la ley concede el derecho de oposicion á los hermanos, á los tios y á los primos carnales. Estos parientes colaterales tienen el derecho individual de oponerse en razon de su grado de parentesco y en el afecto que la ley supone en ellos. Todos tienen el mismo derecho, y pueden ejercerlo unidamente. La ley no dice: la hermana en defecto del hermano, el tio á falta de los hermanos, etc.; llama á todos los colaterales con el mismo título, de suerte que el primo hermano puede oponerse aun cuando guarden silencio el hermano ó el tio. ¿Cuál es la razon de esta diferencia que hace la ley entre los ascendientes y los colaterales? Cuando se trata de los ascendientes, la ley toma en consideracion el derecho que les corresponde de consentir en el matrimonio y regula el derecho de oposicion por el derecho de consentir. Los colaterales, como tales, nunca están llamados á dar su consentimiento para el matrimonio; de consiguiente, no habia motivo alguno legal para establecer diferencia entre ellos. No hay, por lo demás, ningun peligro en darles el derecho de oposicion sin considerar la proximidad del grado, porque su

1 Véase en sentido contrario á Demolombe, t. III, p. 225, número 140.

oposicion está limitada á ciertas causas que constituyen un impedimento legal para el matrimonio.

381. Los parientes colaterales no pueden oponerse á la celebracion del matrimonio, «sino á falta de cualquier ascendiente.» Se necesita, pues, que todos los ascendientes hayan muerto ó estén imposibilitados de manifestar su voluntad. Si existe un ascendiente, y éste guarda silencio, carecen de derecho los colaterales. La ley supone que en este caso no existe causa legal de impedimento. ¿No es esto llevar demasiado lejos la confianza que el legislador muestra á los ascendientes? ¿Cuál seria el inconveniente de permitir á los colaterales oponerse por causas legales de impedimento, aun cuando hubiera ascendientes? La antigua jurisprudencia era demasiado débil; la nueva legislacion restringe dentro de límitos demasiado estrechos á la oposicion.

La ley exige tambien que los parientes colaterales sean mayores de edad. Sólo á la mayoria permite el ejercicio de los derechos civiles, y no habria razon para exceptuar este principio cuando se trata de un derecho que pone trabas al matrimonio y que puede hacer que no se realice. Por otra parte, era imposible concederlo al tutor del colateral menor, porque ese derecho es esencialmente personal. Por esta razon la ley no lo concede sino á los colaterales más cercanos, á los que en razon de su grado de parentesco se considera que proceden por afecto y no por interés.

Finalmente, la ley limita las causas por las que son admitidos á oponerse los colaterales. No pueden hacerlo, dice el art. 174, más que en dos casos: cuando no se ha obtenido el consentimiento del consejo de familia, y cuando el futuro cónyuge se halla en estado de demencia. ¿Por qué no permite la ley á los colaterales oponerse cuando hay otra causa legal que sirva de obstáculo á la celebracion del matrimonio, en caso de bigamia, por ejemplo? No

existe razon para ello, hay sólo el temor al abuso; pero no habria abuso que temer desde el momento que el derecho de oposicion se limitaba á los impedimentos dirimentes. Los excesos de la jurisprudencia antigua son los que han hecho caer al legislador en un exceso contrario.

382. La primera causa de oposicion es concluyente, y no da márgen á dificultad alguna. Si un menor, que ya no tiene ascendientes, quiere casarse, necesita del consejo de la familia, so pena de nulidad. Este es el caso de decir con Portalis: Más vale prevenir el mal que tener que repararlo. La segunda, más delicada aún, es la demencia del futuro cónyuge. ¿No es de temerse que colaterales ambiciosos invoquen la locura para poner trabas á un matrimonio que va á desvanecer sus esperanzas? El legislador ha previsto el peligro y ha puesto el remedio. «El tribunal, dice el art. 174, puede desestimar sin forma de juicio esta oposicion.» El tribunal es el que desestima la oposicion. Esto supone, pues, que el futuro cónyuge ha solicitado que se desestime el impedimento. En ese caso, corresponde al oponente justificar su oposicion. Para ello no basta que alegue de una manera vaga el estado de locura. Una sentencia de la corte de París decide que el oponente debe afirmar por escrito los actos de imbecilidad, demencia ó furor. El art. 493 prescribe esta explicacion, cuando hay una demanda de incapacidad; ahora bien, según el articulo 174, el colateral que funda su oposicion en el estado de locura del futuro cónyuge, está obligado á promover la incapacidad y á hacerla declarar en el plazo que fije el tribunal. Se necesita, pues, un fallo; desde ese momento, el oponente debe hacer conocer los hechos que permitan decidir al juez, ya declarando la supresion del impedimento, si los hechos articulados no le parciieren pertinentes, ya recibiendo la oposicion, con la condicion de promover la incapacidad. De aquí resulta que el oponente no está obli-

gado á promover la incapacidad en el momento en que se opone; y tampoco está obligado á afirmar los actos de demencia, imbecilidad ó furor en el acta de oposición, porque esta acta se dirige al oficial del estado civil: no es ante éste, sino ante el tribunal donde empieza el debate; de consiguiente, hasta este momento es cuando el oponente debe afirmar los hechos y promover la incapacidad (1).

383. La ley no concede el derecho de oposición á los hijos, á los sobrinos, ni á los nietos, aunque son parientes más cercanos que los colaterales, que pueden oponerse. Del silencio de la ley debo deducirme que no les corresponde eso derecho. Verdad es que no son restrictivos los términos del art. 174: es una simple enumeración. También es verdad que puede haber una causa justa de oposición, la demencia; ahora bien, cuando hay hijos, no obrarán los parientes colaterales, puesto que no tienen en ello interés alguno; ¿no convendría, en ese caso, que pudiesen oponerse los hijos? La cuestión se ha llevado ante los tribunales. Esto sería, como dice Merlin, una lucha contra el texto de la ley; además, nunca han sido acogidas semejantes pretensiones (2). La corte de Tolosa dice fundadamente que el derecho de oposición al matrimonio, es un derecho exorbitante, una excepción á la libertad que tiene cada cual para contraer matrimonio; que por lo mismo no puede reconocerse ese derecho sino á aquellos á quienes la ley lo ha concedido especial y nominativamente. De aquí se sigue que el silencio de la ley implica que niega ese

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 270. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposición al matrimonio*, núm. 4, 50.

2 Véase la jurisprudencia en Merlin, en la palabra *Oposición*, número 4, y en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 285. Debo agregar una sentencia de Lyon de 11 de Diciembre de 1850 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1851, 2, 243), y una sentencia de Bruselas de 3 de Septiembre de 1831 (*Pasicrisie*, 1831, 252).

derecho á los hijos y á los sobrinos. Hay, por otra parte, una razon para esa negativa. La deferencia y el respeto que los hijos deben tener hacia los autores de sus dias no permiten que ejerzan el derecho de oposicion. Respecto de los sobrinos, si la ley no les da un derecho que concede á colaterales más lejanos, los primos, es porque siempre se ha considerado que los tios ocupan el lugar de los padres para con sus sobrinos. Basta esta imágen de la paternidad para que se niegue á los sobrinos un derecho que la ley no ha querido conceder á los hijos. Huelga decir que con mayor razon carecen del derecho de oponerse los demás colaterales que están enumerados en el art. 174.

384. Esta opinion está admitida por todos. El art. 490 da lugar, sin embargo, á una seria objecion. Autoriza á cualquier pariente á promover la incapacidad de su parente. Se pregunta si esta disposicion no deroga el articulo 174. A primera vista, parece evidente la contradiccion de las dos disposiciones. Los hijos y sobrinos no pueden oponerse á la celebracion del matrimonio, ni aun por causa de demencia, ni aun promoviendo la incapacidad de su padre ó de su tio: se los veda el respeto filial. Y hé ahí al art. 490 que, á pesar de ese respeto, permite á los hijos pedir la incapacidad de su padre y da el mismo derecho á los sobrinos. Si pueden promover la incapacidad de su padre ó de su tio por causa de demencia, gno se debe, por vía de consecuencia, concederles el derecho de oponerse al matrimonio, por igual causa, promoviendo la incapacidad?

Así se ha sostenido ante los tribunales, pero es inadmissible. No puede admitirse que un artículo del código derogue otro artículo. De consiguiente, debe decirse que el derecho de promover la incapacidad no da el derecho de oponerse á la celebracion del matrimonio. Hay efectiva-

mente una razon para la diferencia. La incapacidad tiene por objeto proteger los intereses pecuniarios del que se halla en estado de demencia y de su familia. Esto supuesto, la accion debe corresponder á cualquier pariente. No sucede lo mismo con la oposicion al matrimonio; esta no se halla fundada en un interéss pecuniario, sino en un interéss moral; ahora bien, ¿conviene que los hijos lleguen á dar una lección de moral á su padre ó los sobrinos á su tío? ó hablando en lenguaje jurídico, ¿es conveniente que los hijos y los sobrinos pretexten un interéss moral, cuando en realidad obran por interéss pecuniario? El respeto filial se los prohíbe. Hay además otra diferencia entre la incapacidad y la oposicion al matrimonio. La incapacidad se declara, aun cuando haya intervalos lúcidos, mientras que el enajenado puede casarse si tiene un intervalo de lucidez. En consecuencia, nunca es concluyente la oposicion que se funda en la demencia. ¿Es conveniente que los hijos se opongan al matrimonio de su padre si éste tiene intervalos lúcidos? Otra vez más se los prohíbe el respeto filial (1).

Lo que acabamos de decir no responde todavía á la dificultad que presenta la combinación de los arts. 174 y 490. El hijo no puede oponerse al matrimonio de su padre. Está bien, no lo hará, pero puede promover la incapacidad de su padre, y lo hace. Despues de haberse instaurado la demanda, el padre hace las publicaciones del matrimonio; el hijo no puede oponerse á este, y nadie presenta oposición. ¿Deberá celebrarse el matrimonio, á pesar del juicio de incapacidad, y á pesar de la prueba adquirida de que el padre está enajenado realmente? M. Demolombe pretende que en ese caso el hijo podrá oponerse á la celebración del

1 Esta es la opinión general (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 275).

matrimonio, á título de medida conservatoria (1). Esto parece racional, porque ¿de qué serviría la incapacidad, si el padre se casara haciendo locas liberaciones en su contrato de matrimonio? Sin embargo, nos parece inadmisible. La oposición no corresponde más que á las personas á quienes la ley concede ese derecho. Hé ahí un principio absoluto: los hijos no pueden obtener indirectamente un derecho que la ley les niega, promoviendo la incapacidad: esto sería darles un medio de eludir la ley. Todo lo que pueden hacer los hijos es denunciar el juicio de incapacidad al oficial del estado civil, y, en caso necesario, al ministerio público. El oficial del estado civil no puede celebrar el matrimonio de una persona incapaz de consentir; si ese es el estado del padre, el oficial público debe negar su ministerio. En la opinión que permite oponerse al procurador imperial, la denuncia que se le haga podrá hacer que se suspenda el matrimonio. Se presenta otra dificultad. Los hijos comienzan por oponerse á la celebración del matrimonio; luego, previendo que no se recibirá su oposición, promueven la incapacidad. ¿Deberá recibir el tribunal esta demanda? La corte de Bruselas ha decidido que no es admisible: sería tanto, dice la sentencia, como permitir que se eludiera el art. 174, permitiendo no sólo á los hijos, sino á todos los parientes colaterales, que hicieran de una manera indirecta lo que la ley les prohíbe hacer directamente. Merlin aprueba esta decisión; ve en el art. 174 un motivo insuperable para no admitir (2). Pero interpretando así el art. 174 se anula el 490. Es forzoso conciliar las dos disposiciones, y la conciliación se hace por sí misma, si se admite, como acabamos de decir, que la demanda de incapacidad intentada por los hijos, y con más razon por los parientes colla-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, ps. 239 y siguientes, núm. 145.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposición*, núm. 4.

terales, no les dé el derecho de oponerse. La corte de Bruselas y Merlin suponen que la demanda de incapacidad equivale á la oposición. No es así; esa demanda no hace más que despertar la atención del oficial del estado civil y del ministerio público. Y nada más legítimo.

#### NUM. 4. DEL TUTOR Y DEL CURADOR.

385. El art. 175 dice: «En los dos casos previstos en el artículo que precede, el tutor ó curador no podrá oponerse, mientras dure la tutela ó curatela, á no ser con la autorización de un consejo de familia, que podrá convocar.» ¿En el matrimonio de quién se aplica esta disposición? El tutor ó curador es el que puede oponerse. Segun el código de Napoleón, los menores se hallan bajo tutela ó curatela, segun estén ó no emancipados. Tambien están bajo tutela los mayores ó menores incapacitados. No hay dificultad en asegurar que el art. 175 debe recibir su aplicación respecto de los menores, emancipados ó no, para el primero de los dos casos previstos en el art. 174, es decir, cuando el menor quiera casarse sin haber obtenido el consentimiento del consejo de familia. Hay entonces un obstáculo legal para el matrimonio, y es natural que el tutor ó el curador del menor impidan á éste que contraiga un matrimonio que entraña nulidad. Tambien es bastante lógico que la ley haga intervenir al consejo de familia, porque éste y no el tutor está llamado á dar el consentimiento para el matrimonio, é igualmente el consejo, y no el tutor, tiene el derecho de pedir la nulidad. Lo que decimos respecto del tutor, se aplica con más fundamento al curador del menor emancipado.

Falta el segundo caso previsto en el art. 174, la demencia. Segun el texto del art. 175, el tutor y el curador pue-

den oponerse á la celebracion del matrimonio si el menor se halla en estado de demencia. Esto es difícil de comprender. Se trata de un menor que no puede casarse sino con el consentimiento del consejo de familia. Si ese menor se halla en estado de demencia, es evidente que el consejo de familia no consentirá en su matrimonio, y si no consiente, podrá oponerse el tutor de por sí: ¿de qué sirve, en ese caso, fundarse en la demencia, lo cual necesitaría una demanda de incapacidad, cuando el tutor ó el curador pueden invocar la falta de consentimiento, que es un medio concluyente y bastante sencillo? Si por acaso el consejo de familia hubiera consentido en el matrimonio, aunque el menor estuviese demente, lo que por cierto acaecerá rara vez, puede en este caso revocar el consentimiento, y tambien será inútil oponerse por causa de demencia. En definitiva, si el futuro cónyuge es menor, no se concibe la aplicacion de los arts. 174 y 175, en caso de demencia.

386. Todos están de acuerdo en este punto (1). Se ha apurado el ingenio buscando hipótesis extraordinarias por las que podria aplicarse, en caso de demencia, el art. 175. Confesamos que no son de nuestro agrado esos esfuerzos, que hacen degenerar en escolástica la ciencia del derecho. Atengámonos á la realidad de las cosas, en la que sólo ha pensado el legislador, y convengamos en que si es menor el futuro cónyuge, permanecen sin aplicacion nuestros textos en lo que corresponde á la demencia. Veamos si pueden aplicarse al mayor incapacitado. En rigor, los textos reciben esta interpretacion. Supongamos un mayor incapacitado por causa de demencia. ¿No podrían los parientes colaterales oponerse á su matrimonio en virtud del art. 174? Se ha dicho que no, porque este artículo supone

<sup>1</sup> Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 422, nota a, Duranton, t. II, núm. 199, p. 147.

evidentemente que no está incapacitado el futuro cónyuge, punto que obliga á los oponentes á promover la incapacidad. No carece de réplica el argumento. ¿En qué se funda la oposición en el segundo caso que prevé el articulo 174? En la demencia. En cuanto á la demanda de incapacidad que prescribe la ley, no es más que un medio de asegurarse de que la oposición es seria y que la locura es real. Ahora bien, si ya está declarada la incapacidad, hay una prueba legal de la demencia, un fallo. ¿Se negará á los parientes colaterales el derecho de oposición por causa de demencia, cuando esta se halla probada judicialmente, siendo así que se les concede ese derecho cuando no tienen ninguna prueba legal, y ellos deben ministrarla? Eso sería absurdo. De consiguiente, debe decirse que los colaterales pueden oponerse, si está incapacitado el futuro cónyuge, y por tanto, el tutor también podrá hacerlo en virtud del art. 175. Esa es la opinión de Marcadé y de M. Demolombe (1).

Contra esta interpretación del art. 175 se ha hecho una objeción que de pronto parece decisiva. Al discutirse el título del Matrimonio no había aún *tutela* por causa de demencia, los enajenados estaban bajo *curatela*; el proyecto de código conservaba ese principio. De consiguiente, se dice, al hablar del tutor, los autores del código no podían pensar en los mayores (2). ¿No puede contestarse que el art. 175 nombra también el curador y que en la mente del legislador, la curatela comprendía á los enajenados? Hay otra objeción que hacer á la opinión de M. Demolombe. No se ve por qué, si se trata de un mayor incapacitado, hace intervenir el código al consejo de familia. Una de dos, ó el incapacitado es capaz de casarse ó no lo es; si

1 Demolombe, t. III, p. 244, núm. 148. Marcadé, t. I, p. 441, número 2.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 319, nota.

es capaz, puede casarse sin consentimiento alguno: si es incapaz, seguramente el consejo de familia no le dará la capacidad que le falta. Por lo mismo, en ninguna hipótesis puede intervenir el consejo de familia en el matrimonio de un incapacitado; de aquí el que no se vea con qué título puede oponerse á la celebracion.

¿Deberá deducirse de esto que el tutor del incapacitado podrá oponerse á su matrimonio sin autorizacion del consejo de familia? Esa es la opinion de Duranton (1), pero es difícil de admitirse. No hay derecho de oposicion sin texto, y ¿dónde está el texto que permite al tutor de un incapacitado oponerse á su matrimonio? Más aun. En la opinion que hemos sostenido, el incapacitado puede casarse si se halla en un intervalo lúcido. Desde ese momento, ya no há lugar á oponerse á su matrimonio por la única razon de que está incapacitado; la oposicion debe fundarse en que el futuro cónyuge se halla en estado de demencia y en que su enfermedad no tiene intervalos de lucidez. ¿Quién puede hacer esta oposicion? Esa es la única dificultad. Segun las explicaciones en que acabamos de entrar, creemos que el art. 175 no concierne al mayor incapacitado. Lo que nos confirma en esta opinion es que el Tribunado, en la proposicion por que fué agregado al proyecto el art. 175, no habla más que de la demencia y no de la incapacidad. No hay, pues, más texto que el art. 174. Nuestra conclusion forzosa es que los parientes colaterales de un mayor incapacitado sólo pueden oponerse á su matrimonio fundándose en la demencia; pero no será bastante que aleguen el fallo de incapacidad; se necesitará que prueben que el estado de demencia del futuro cónyuge no le deja ningun intervalo lúcido.

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, núm. 199, p. 147.

## NUM. 5. DEL MINISTERIO PUBLICO.

387. ¿Tiene el derecho de oponerse al matrimonio el ministerio público cuando hay un impedimento, ya sea prohibitivo, ya dirimente? Esta es una cuestión debatida y bastante dudosa. La jurisprudencia de la corte de casación ha variado; después de haber denegado al ministerio público el derecho de oposición, ha acabado por reconocérselo (1), y en igual sentido se declaran las cortes imperiales (2). Véanse los motivos en que se apoya esta opinión. La razón que hay para dudar consiste en que el derecho de oposición no corresponde más que á aquellos á quienes los concede un texto expreso. Este principio fundamental ha sido manifestado por la corte de casación. Ahora bien, el código civil no concede el derecho de oposición al ministerio público, lo que parece decidir la cuestión. La corte de Rennes, fundándose en este principio, falló que el ministerio público no tiene el derecho de oponerse por causa de existencia de un matrimonio anterior no disuelto todavía. Su sentencia fué casada. La corte de casación cita dos textos, que, segun ella, autorizan la oposición del ministerio público. Primero, el art. 184 del código de Napoleón. Segun este artículo, el oficial del ministerio público tiene el derecho de proceder para pedir judicialmente la nulidad del segundo matrimonio contraido ántes de la disolución del primero; con mayor razon debe tener el derecho de oponerse á la celebración de un matrimonio que sería un crimen. ¿No es absurdo, á la vez que inmoral, pretender que el ministerio público, que ve que se comete

1 Sentencia de denegación de 2 de Diciembre de 1851 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1852, 1, 81). Sentencia de casación de 21 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 209).

2 Sentencias de las cortes de Limoges y de Tolosa. (Dalloz, *Recopilación*, 1846, 2, 34; 1852, 2, 169).

un delito, debe dejar que se cometa, reservándose pedir la represión cuando se haya consumado? ¿No es mejor prevenir la bigamia, oponiéndose al matrimonio? El argumento es concluyente, en tanto que se dirige al legislador. Este habría debido, en verdad, conceder al ministerio público el derecho de oponerse, al menos cuando haya un impedimento dirimente: por lo mismo que la ley le permite intentar la demanda de nulidad, debía autorizarlo á oponerse á la celebración del matrimonio. ¿Pero ha hecho el legislador lo que habría debido hacer? Eso es más que dudoso.

La ley ha organizado el derecho de oposición con el objeto de prevenir los matrimonios nulos. Empero, no concede el derecho de oponerse al matrimonio á todos los que tienen calidad para pedir la nulidad del mismo. Cuando la nulidad es absoluta, toda persona interesada puede hacerla valer, mientras que no se admite á toda persona interesada para oponerse á la celebración del matrimonio, aun cuando existiera un impedimento dirimente que diera origen á una nulidad absoluta. La bigamia es ciertamente la más grave de las causas de nulidad; el impedimento que resulta de un matrimonio preexistente, es, pues, el más grave de los impedimentos, y, sin embargo, no pueden fundar en esta causa su oposición los parientes colaterales autorizados para oponerse; podrán intentar la demanda de nulidad, mientras no pueden oponerse. Eso parece ilógico; hay, no obstante, una razón que explica esta diferencia. La acción de nulidad, caso que se frustre, no causará ningún perjuicio á los cónyuges; no sucede lo mismo con la oposición; aun cuando no esté fundada, puede hacer que no se realice el matrimonio. La conclusión es evidente, y es que en esta materia no se puede raciocinar á *fortiori*; no se puede, porque se necesita un texto para fundar el derecho de oposición, y las razones más poderosas del mundo no son un texto; no

se puede, porque hay una diferencia entre el derecho de pedir la nulidad y el derecho de oponerse; de aquí que el argumento por analogía ó *á fortiori* no tenga ningun valor.

La corte de casacion invoca además otro texto, el art. 46 de la ley de 20 de Abril de 1810 que encarga al ministerio público la vigilancia de la ejecucion de las leyes, y promover de *oficio* esta ejecucion en las disposiciones que interesan al *orden público*. Ahora bien, dice la corte, la disposicion de la ley que prohíbe contraer segundo matrimonio ántes de la disolucion del primero, interesa en el más alto grado al *orden público*; y lo mismo puede decirse, en cierto sentido, de todos los impedimentos dirimentes y aun de los prohibitivos. Hé ahí, pues, el texto que buscamos. Por desgracia el sentido del art. 46 de la ley de 1810, está algo más que dudoso. La sentencia de 1856 supone que esta disposicion da al ministerio público el derecho de proceder de *oficio* en todos los casos en que esté interesado el *orden público*. Pero ese mismo art. 46 dice: «El ministerio público *procede de oficio*, en materia civil, *en los casos que especifica la ley*.» Se necesita por consiguiente que, en cada caso, decida el legislador si el ministerio público tiene ó no el derecho de proceder de oficio. ¿Se concibe que despues de haber establecido ese principio restrictivo, lo derogue el legislador en el mismo articulo, concediendo al ministerio público el derecho de proceder de oficio desde el punto en que está interesado el *orden público*, y sin que los *casos estén especificados*? La cuestion es de las más difíciles. Desde 1856 se han presentado dos ocasiones ante la corte de casacion. En 1860, la sala de las reclamaciones lo decidió expresamente contra el ministerio público; la sala ha conservado el principio de que, aun en las materias de *orden público*, se necesita un texto especial para autorizar al ministerio pú-

blico á proceder de oficio. En 1862, la sala civil tuvo que examinar la misma cuestión, y la dejó indecisa (1).

¿Es posible, en ese estado de la jurisprudencia, invocar la ley de 1810 para autorizar al ministerio público á oponerse á la celebración del matrimonio? No lo creemos. En concepto nuestro, la cuestión debe decidirse, no por la ley de 1810, sino por el código civil. En principio, es incontestable que el ministerio público no tiene derecho para proceder de oficio en materia civil. El legislador no quiere que, sin motivo grave, intervenga el ministerio público en los debates que se agitan en materia civil, debates que si bien pueden interesar á la sociedad, interesan ante todo á los particulares. Sin duda hay casos en que por excepción debe tener el ministerio público el derecho de proceder de oficio; pero por lo mismo que son excepcionales, se necesita que los especifique la ley; de lo contrario, habría el temor de que la sociedad interviniese sin causa bastante en los asuntos de los individuos. Pues bien, el código civil aplica al matrimonio esos principios. El matrimonio es de orden público. ¿Quiere decir esto que el ministerio público puede intervenir de oficio en todas las acciones concernientes al matrimonio? No, en verdad. La ley organiza la oposición al matrimonio y la acción de nulidad. Cuando se trata de oposición al matrimonio, no designa al ministerio público. Cuando se trata de la acción de nulidad, distingue la ley; no permite al oficial público proceder de oficio cuando son relativas las nulidades, aunque estas interesen, en cierto sentido, al orden público; pero este interés no ha parecido bastante grande al legislador para derogar la regla que prohíbe al ministerio público proceder de oficio en materia civil. Por igual razón no le concede el derecho de oponerse á la celebración del matrimonio, ni aun por un

1 Véanse las sentencias citadas ántes, núm. 32, p. 44.

impedimento dirimente. Nosotros queríamos que la ley le hubiese concedido ese derecho. Reconocemos, sin embargo, que no era indispensable. Hay otro oficial público cuya intervencion basta para amparar los intereses de la sociedad, y es el oficial del estado civil. Puede ignorar, se dice, la existencia de un impedimento dirimente; de ahí la necesidad de la oposicion. Por cuanto á los parientes, si era necesario decir quién puede oponerse á la celebracion del matrimonio y por qué causas; pero respecto del ministerio público, no era de rigorosa necesidad. ¿No puede informar oficialmente el oficial del estado civil sobre la existencia del impedimento que pone obstáculo al matrimonio (1)?

Decimos que la cuestion debe decidirse por el código civil y no por la ley de 1810. Admitimos, con la corte de casacion, que la ley de 1810 establece el principio de que el ministerio público puede proceder de oficio cuando esté interesado el orden público. ¿Resultará de esto que el ministerio público puede proceder de oficio, en nombre del orden público, en cualquiera materia civil y sin excepcion alguna? Crecemos que es forzoso hacer una distincion, que resulta de la naturaleza de las cosas. En los casos en que pueda proceder judicialmente cualquiera parte que tenga un interés, tambien podrá hacerlo el ministerio público, en nombre del interés social, en la hipótesis de la sentencia de 1856. Pero hay casos en los que la ley no admite que proceda cualquiera parte interesada; tal es la materia de la oposicion al matrimonio. No es bastante tener interés para oponerse, se necesita ser del número de las personas á las que concede la ley ese derecho. En verdad, el hijo tiene interés en oponerse al matrimonio de su pa-

1 Esta es la opinion de Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposicion*, cuestión 3<sup>a</sup>, sobre el art. 174 (t. XXII, p. 103, 39). Véase en sentido contrario á Demolombe, t. III, p. 249, núm. 151.

dre, si éste se halla en estado de demencia; y, sin embargo, no puede hacerlo. Pues bien, cuando no pueden obrar las mismas partes interesadas, á no ser que les dé ese derecho un texto, ¿se dirá que el ministerio público tiene un derecho ilimitado para proceder? ¡Cómo! ¡tendría el ministerio público, en materia civil, un derecho más extenso que las partes interesadas, cuando la ley le deniega, por regla general, toda acción de oficio! Esto no es admisible, porque es ilógico y contradictorio en grado sumo. De consiguiente, suponiendo que la ley de 1810 concede al ministerio público el derecho de proceder de oficio en nombre del orden social, todavía sería necesario hacer una restricción en las materias en que la ley limita la acción de las partes interesadas, y por tanto, también la del ministerio público. Tal es la oposición al matrimonio. No puede presentar oposición más que aquél á quien la ley concede ese derecho. La ley no se lo da al ministerio público; en consecuencia, no lo tiene.

### § 2º Formas de la oposición.

388. El art. 176 determina las formas en que debe hacerse la oposición: «Toda acta de oposición expresará la *calidad* que da al oponente el derecho de hacerla; contendrá la *elección de domicilio* en el lugar en que deba celebrarse el matrimonio; contendrá igualmente los *motivos de la oposición*, á no ser que se haya hecho por requerimiento de un ascendiente: todo *con pena de nulidad* y con la suspensión del oficial ministerial que haya firmado el acta de oposición.» La ley no expresa quién sea este oficial ministerial; los ujieres, segun nuestra legislación, son los únicos que tienen la misión de notificar los actos. De aquí se sigue que además de las formas especiales prescritas por el

código civil, deben observarse tambien las formas exigidas por el de procedimientos (art. 61).

389. Estando prescritas con pena de nulidad las formas establecidas en el art. 176, es importante precisarlas. En primer lugar se necesita que el acta exprese la *calidad* del oponente, es decir, si es el cónyuge de uno de los futuros esposos, su ascendiente, su pariente en línea colateral en el grado exigido por el código, su tutor ó su curador, y en este último caso, debe mencionar además el acta la autorización del consejo de familia. De esa manera, con la lectura del acta, el oficial del estado civil y los futuros cónyuges sabrán si el oponente tiene el derecho de oponerse. Este es un punto esencial, puesto que la ley ha querido impedir que la oposición se vuelva una acción popular. No hay más personas que tengan el derecho de oponerse que las designadas en los arts. 172 173. Toda acta emanada de otra persona se considerará como no hecha.

390. El acta de oposición debe expresar los motivos en que esté fundada. Efectivamente, no basta que el oponente sea del número de las personas á quienes concede la ley el derecho de oponerse. Estas no tienen un derecho ilimitado. El código define los motivos que pueden invocar; el cónyuge, su matrimonio; los parientes colaterales, el tutor y el curador, una de las dos causas previstas en el art. 174. Sólo los ascendientes pueden oponerse, aun cuando no exista causa alguna legal de impedimento; así resulta ya del art. 173, segun el cual pueden ellos oponerse al matrimonio de sus descendientes, aunque éstos tengan veinticinco años cumplidos, es decir, aunque puedan contraer matrimonio, no obstante que se los niegue el consentimiento. Teniendo los ascendientes el derecho de oponerse sin que haya motivo legal para ello, no podía estrecharlos la ley á motivar su oposición. No obstante ser el texto tan expreso como es posible, ha sido llevada la cuestión ante los tribu-

nales. No podía ser dudosa la decisión; bastaba trascibir el art. 176 (1).

391. Finalmente, el acta de oposición contendrá una elección de domicilio. Por lo regular sigue á la oposición una demanda de desestimación del impedimento; de consiguiente, era necesario determinar ante qué tribunal debe llevarse esta acción. Con ese objeto exige la ley que se elija el domicilio en el lugar en que deba celebrarse el matrimonio. En el espíritu de la ley, el debate debe ser evacuado con prontitud; si se permite la oposición es principalmente para prevenir los matrimonios nulos; si no hay impedimento dirimente, importa que el matrimonio pueda celebrarse en seguida; los retardos podrían ocasionar que no se realizara. Ahora bien, el matrimonio es un derecho, y un derecho del cual favorece el ejercicio el legislador. Hé ahí por qué exige la ley que se elija el domicilio en el lugar en que debe celebrarse el matrimonio, es decir, en el lugar en que estén domiciliados los futuros cónyuges. De consiguiente, podrán, sin trasladarse, pedir en seguida que se levante el impedimento de la oposición.

La ley dice que debe elegirse ese domicilio en el lugar en que deberá celebrarse el matrimonio. ¿Cuál es este lugar? Han transcurrido cerca de setenta años desde la publicación del código civil y todavía es debatida la cuestión de saber dónde debe celebrarse el matrimonio. El art. 165 dice que se celebrará ante el oficial civil del domicilio de una de las partes, y el art. 174 dice que, respecto del matrimonio, se establecerá este domicilio por seis meses de habitación continua en la misma municipalidad. En concepto nuestro, el matrimonio debe celebrarse en el domicilio especial que resulta de la residencia, tal como está definido en el art. 74. La opinión que se sigue con más ge-

1 Sentencia de Montpellier do 12 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 300).

neralidad admite que tambien puede ser en el domicilio de derecho que define el art. 102. En este último sistema puede suceder que haya cuatro municipalidades diferentes donde pueda celebrarse el matrimonio. Habrá cuando menos dos, si los futuros cónyuges no viven en la misma municipalidad. De aquí la cuestión de saber en qué lugar debe elegir domicilio el oponente.

La dificultad fué prevista á la hora de la discusión. Defermon propusoq que se eligiera el domicilio en el lugar en que estuviera domiciliado el futuro cónyuge contra el cual se dirigiera la oposición. Eso era sencillo y lógico. Boulay contestó que no había en ello dificultad alguna, puesto que las publicaciones hacían conocer el lugar de la celebración. Esto es un error (art. 63). Emmery agregó que el oponente podría elegir domicilio en el de cada uno de los futuros cónyuges. En vista de esto fué desechada la proposición de Defermon (1). Es indudable que la prudencia manda seguir el consejo de Emmery. Pero la dificultad promueve una cuestión de derecho. Las formalidades prescritas en el art. 176 lo son bajo pena de nulidad. ¿Se necesitará que, so pena de nulidad, el oponente elija domicilio en dos ó cuatro municipalidades? No, en verdad: no dice eso la ley. El oponente puede, invocando el artículo 74, limitarse á elegir domicilio en el lugar en que uno de los futuros cónyuges haya residido seis meses; su acta será válida. Si quiere penetrar en el espíritu de la ley, elegirá domicilio, como proponía Defermon en el lugar en que esté domiciliado el futuro cónyuge contra el cual se dirija la oposición (2).

1 Sesión del consejo de Estado del 4 [vendimiaro, año X, núm. 31 (Loeré, t. II, núm. 329)].

2 Consultese á Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 153, número 208.

392. El acta de oposicion es nula si no expresa la calidad del oponente, si no contiene los motivos en que se funda, y si carece de eleccion de domicilio. Además, está prohibido el ujier. ¿Implica esta última sancion que el oficial ministerial pueda negar su ministerio, si el oponente no tiene la calidad que exige el código, si no indica los motivos de su oposicion, y si no elige domicilio. Creemos que debe contestarse afirmativamente. Si el código declara la suspension del oficial ministerial, en caso de nulidad, lo hace sin duda para prevenir oposiciones ilegales, dificultosas y ruines. De consiguiente, el ujier debe tener el derecho de negar su ministerio para un acto que, si lo firmara, ocasionaria su suspension. ¿Quiere decir esto que el ujier se constituye juez de la validez de la oposicion? No, en verdad; porque inmediatamente despues de haber declarado la suspension del oficial ministerial que ha suscrito el acto nulo, agrega el código: «El tribunal pronunciará su fallo sobre la demanda de desembarazo del impedimento (art. 177). Todo lo que el ujier tiene el derecho de exigir es que el oponente le haga conocer la calidad que le da el derecho de oponerse; en consecuencia, si un sobrino quisiera oponerse al matrimonio de su tío, el ujier tendrá el derecho de negar su ministerio. De igual manera debe exigir el motivo de la oposicion, puesto que está obligado á consignarlo en su acta. Tratándose de un ascendiente, el motivo, si indica alguno, es indiferente; pero tratándose de un pariente colateral, se necesita que éste exponga uno de los dos motivos determinados en el art. 174; si se negase á motivar su oposicion por una de esas causas, tendrá el derecho el ujier, por su parte, de negar su ministerio. Lo mismo sucederia si el oponente no hiciera eleccion de domicilio. Pero el oficial público no es juez de la validez de esta elección, ni de la realidad del motivo alegado por el oponente, ni aun del título que le da calidad para oponerse. Todas las

cuestiones litigiosas son de la exclusiva competencia del tribunal (1).

393. Segun el art. 66, el acta de oposicion se firmará, tanto la original como la copia, por el oponente ó por su apoderado especial. Esta formalidad es particular para el acta de oposicion; en general, las notificaciones no deben llevar la firma de la persona en cuyo nombre se hacen. Si la ley se ha mostrado más severa para las actas de oposición al matrimonio, es porque quiere prevenir las oposiciones ilegales. El ujier puede no conocer al oponente; desde el momento en que éste alega una calidad legal, la de parente colateral, por ejemplo, en el grado prescrito por la ley, el oficial público debe autorizar el documento, aun cuando el oponente no tenga la calidad que alega; pero como éste debe firmar, y contrae una responsabilidad con su firma, se cuidará de poner una calidad que no le corresponda.

¿Será nula el acta de oposicion si no está suscrita por el oponente? Los autores enseñan que hay nulidad en ese caso: invocan la gravedad de los motivos por los cuales exige la ley la firma; dicen que al declarar el art. 176 la nulidad por inobservancia de las formalidades que prescribe, la nulidad está en el espíritu de la ley, y que, en consecuencia, procede admitirla por identidad de razon (2). Eso nos parece muy dudoso. Las nulidades no se extienden por vía de analogia. Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia admiten nulidades virtuales, fundadas en la voluntad tácita del legislador. ¿Pero no debe decirse, en el particular, que el legislador ha manifestado su voluntad de una manera expresa? El código determina en dos ar-

1 Consultense á Demolombe, t. III, p. 253, núm. 155. La corte de Bruselas ha fallado conforme á nuestro sentido (sentencia de 13 termodor, año XI, en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 277).

2 Marcadé, t. I, p. 444, núm. 2. Demolombe, t. III, p. 252, número 154.

tículos las formalidades con que debe hacerse el acta de oposición; en uno declara la pena de nulidad (art. 176), en el otro no la declara (art. 66); ¿no revela el silencio de la ley la voluntad del legislador? Finalmente, y esto nos parece decisivo, el art. 1030 del código de procedimientos, dice que no podrá declararse nula *ninguna notificación*, si la nulidad no está declarada *expresamente* en la ley. De aquí se sigue que en materia de notificaciones no puede aplicarse el principio de las nulidades virtuales; se necesita un texto, de lo contrario, no hay nulidad; ahora bien, el acta de oposición al matrimonio es una notificación; es el primer acto que conduce al procedimiento del desembarazo del impedimento. Sentado esto, el art. 1030 debe recibir su aplicación.

394. El art. 66 exige, además, que el acta de oposición se notifique á la persona ó al domicilio de las partes, así como al oficial del estado civil. Eso es de la esencia del acta: una notificación que no se hace, no existe, y en consecuencia, no puede producir efecto alguno. Supongamos que la oposición se notifique á las partes, y que no lo sea al oficial del estado civil. ¿Podría proceder este á la celebración del matrimonio? Podrá y deberá hacerlo, porque en su conciencia no hay oposición. Si el acta se había notificado al oficial público y no á las partes, creemos que aquél debe abstenerse, porque hay una oposición. ¿Es válida esta cuando no se ha notificado á las partes? Esta es una cuestión litigiosa de la que no es juez el oficial público. El tribunal es el que decidirá, y decidirá evidentemente que la oposición es nula, ó, como dice una sentencia de la corte de Lieja, que la oposición debe considerarse como no acontecida (1). Una oposición que no se notifica á la parte interesada no existe en lo que le concierne.

1 Sentencia de Lieja de 17 de Julio de 1817 (*Pasicrisie*, 1817, 461).

¿A quién debe hacerse la notificación? A las partes, dice el art. 66; la ley no dice al futuro cónyuge contra el que se hace; el acta debe, pues, notificarse á las dos partes; cada una de éstas tiene, en efecto, interés en conocer el obstáculo que detiene su unión. Con todo eso, ¿si la oposición no fuera notificada más que á aquel contra quien se dirige, podría éste sostener que no había acontecido tal oposición? De ninguna manera, porque en ese caso existe oposición notificada al principal interesado. La cuestión de saber si esta oposición es válida, aunque no haya sido notificada á la otra parte, no es ya una cuestión de existencia de la oposición, sino una cuestión de validez. Ahora bien, la ley no declara la nulidad; de aquí el que no haya lugar á aplicar el art. 1030 del código de procedimientos.

Según el art. 66, también debe notificarse el acta de oposición al oficial del estado civil. ¿Cuál es este oficial? La ley no agrega, como lo hace en el art. 176, «del lugar en que deba celebrarse el matrimonio.» Pero evidentemente ese es el sentido de la disposición; porque no es *á los oficiales* del estado civil á los que debe hacerse la notificación, sino *al oficial*; de consiguiente, es á uno solo, y naturalmente ese uno es el que está llamado á celebrar el matrimonio. ¿Cuál es este oficial? Como acabamos de decir, es el oficial de dos ó cuatro municipalidades. Como la ley no decide la dificultad, debe aplicarse al art. 66 lo que hemos dicho del art. 176.

393. El art. 66 agrega que el original debe ir *visado* por el oficial del estado civil. Esta es una formalidad que debe llenar todo oficial público cuando recibe una notificación (código de procedimientos, art. 68); tiene por objeto, en el particular, comprobar que realmente se ha notificado una oposición al oficial del estado civil. Este podría negar el hecho, sin su *visto bueno* puesto en el original. Al prescribir el *visto bueno*, la ley previene una competencia

entre el oficial del estado civil y el ujier, y al mismo tiempo asegura el derecho de oposicion.

Segun el art. 67, el oficial del estado civil debe mencionar, sin demora, las oposiciones en el libro de las publicaciones. Esta es una medida de orden que justifica la oposicion e impide, en consecuencia, al oficial publico proceder á la celebracion del matrimonio.

### § 3º Efectos de la oposicion.

#### NUM. 1. PRINCIPIO GENERAL.

396. ¿Debe siempre y en toda hipótesis suspender la celebracion del matrimonio, el oficial del estado civil á quien se notifique una oposicion? Cuestion es esta que está muy debatida. En el derecho antiguo no cabia duda. «La oposicion, dice Pothier, por infundada que parezca, debe impedir que el cura párroco proceda á la celebracion del matrimonio, hasta que se haya quitado el impedimento por la parte oponente ó por el juez (1).» Así correspondia en los principios de la antigua jurisprudencia sobre el derecho de oposicion. La accion era *popular*; nada habia limitado, ni en cuanto á las personas, ni en cuanto á las causas; de aqui el que toda oposicion deba suspender el matrimonio. La ley de 20 de Septiembre de 1792 establecio el principio diametralmente opuesto. «Todas las oposiciones, dice la ley, que se hagan fuera de los casos, sin las formalidades y por otras personas que las señaladas antes, se consideraran como no hechas, y el oficial público podrá proceder á la celebracion del matrimonio (Tit. IV, secc. III, art. 9º).»

¿Cuál es el sistema del código? El art. 68 dice: «En caso

<sup>1</sup> Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, nám. 82.

de oposición, no podrá el oficial del estado civil celebrar el matrimonio ántes de que se le remita el fallo en que se desestime dicha oposición, so pena de trescientos francos de multa y pago de daños y perjuicios.» Comparando este texto con el pasaje de Pothier y con la ley de 1792, cabría la tentación de creer que los autores del código han sancionado la doctrina antigua. En este sentido ha interpretado el art. 68 una sentencia de la corte de Bruselas (1), y ese es tambien el parecer de Zacharie (2). ¿Cuál es el efecto de la oposición? El art. 68 contesta que en caso de oposición, el oficial público debe suspender; no distingue entre las oposiciones legales y las ilegales. Ahora bien, el legislador tenía á la vista la ley de 1792, que autorizaba expresamente al oficial público á proceder cuando la oposición era ilegal; ¿por el solo hecho de que los autores del código no reprodujeron ese principio, debe decirse que lo han rechazado? El mismo texto de la ley, se dice, prueba que esa ha sido su voluntad; el tribunal es el que está llamado á juzgar de la legalidad ó ilegalidad de la oposición, no el oficial del estado civil. Tambien Tronchet y Thibaudieu sostuvieron en el acto de la discusion en el consejo de Estado, que las actas de oposición no debian motivarse, puesto que el oficial del estado civil no era juez de los motivos. Si no es juez de los motivos, tampoco lo es de la calidad de los oponentes ni de la forma del acta: se le notifica una oposición, y su deber es detenerse.

Tanto el texto como el espíritu de la ley parecen decisivos, y sin embargo, ni uno ni otro lo son. Ante todo es necesario ver cuál es el sistema del código en materia de oposición: ¿ha seguido la doctrina del derecho antiguo? ¿siguió la de 1792? De antemano hemos contestado la

1 Sentencia de 6 de Julio de 1816 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 301 y *Pasterisie*, 1816, 164).

2 Zacharie, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 236, § 546.

cuestión. Portalis nos dice que el legislador no ha querido acción popular; hé ahí por qué determinó con extrema severidad cuáles son las personas que pueden oponerse, las causas en que puede fundarse la oposición, y la forma en que debe ser redactada. Todas estas disposiciones son limitativas, restrictivas; eso no es dudoso. Se ve claramente en ellas el sistema de la ley de 92. Los autores del código han querido prevenir los abusos á que había dado lugar el derecho antiguo. Pues bien, si se admite que el oficial del estado civil debe detenerse ante cualquiera oposición, volverían á nacer los abusos, y, de cierta manera, los autorizaría la ley, cuando lo que ha querido es impedirlos. La ley prohíbe al hijo oponerse al matrimonio de su padre; presentará oposición, y el oficial público deberá respetarla: producirá el mismo efecto que una oposición legal, puesto que suspenderá el matrimonio hasta que se haya fallado la desestimación (1).

Eso es inadmisible. Los mismos autores que doctrinan que el oficial del estado civil no es juez de la legalidad de la oposición, retroceden ante las consecuencias de su doctrina. ¿Podrá formular oposición un individuo cualquiera? No, dice M. Demolombe. ¿Puede producirse oposición en toda forma, aun por carta, hasta verbalmente? Tampoco. Aun cuando el acta fuese regular en la forma, dice Marzádó, podría el oficial público no tomarla en consideración si no fuera *cierta y evidentemente* grave. ¿Y quién decidirá si es ó no grave? El oficial del estado civil; ¡hé ahí, pues, á éste constituido en juez, por declaración de los mismos que dicen que no lo es! ¿Quiere decir que el oficial público siempre es juez de la oposición? No, en verdad, porque el código dice que el tribunal es el juez. Debe, pues, rechazarse y sin vacilar, la doctrina contraria

1 Mourlon, *Répeticiones*, t. I, ps. 323 y siguientes.

que autorizaria al oficial del estado civil á constituirse en juez de la oposicion. Y si tambien debe rechazarse la doctrina contraria que le manda respetar cualquiera oposicion, ¿qué debe decidirse en definitiva, y qué es lo que puede y no puede hacer el oficial público?

Creemos que se necesita interpretar el texto por el espíritu de la ley. ¿Qué ha querido impedir ésta? Que la oposicion no degenere en accion *popular*. Ahora bien, no hay más que un medio para impedirlo, y es dar al oficial del estado civil la facultad de proceder cuando carezca de calidad el oponente. De consiguiente, no se detendrá ante una oposicion hecha por un sobrino ó por un pariente colateral del quinto grado. Así lo exige el espíritu de la ley y aun el texto. Cuando la oposicion es producida por el que carece de derecho para hacerla, no hay oposicion. ¿Se dirá que esto es dar al oficial del estado civil el derecho de rechazar la oposicion del ministerio público, puesto que el código no lo nombra? No, porque el ministerio público invoca una ley, la de 1810; en consecuencia, hay un texto. Y el oficial del estado civil no es el que tiene que resolver si el texto es aplicable á la oposicion; porque no es juez de las cuestiones litigiosas.

¿Qué debe decidirse de las formas? Las hay prescritas so pena de nulidad; ¿si se omite una de estas formas, puede proceder el oficial del estado civil? Creemos que es necesario distinguir. Los mismos autores que niegan al oficial público el derecho de rechazar una oposicion ilegal, dicen que no debe detenerse ante una oposicion imperfecta, tal como seria una oposicion por carta. ¿Por qué? Porque en ese caso no hay realmente oposicion. Tampoco la habria si no fuese hecha por acta de ujier. La oposicion es un acto solemne; ahora bien, los actos solemnes no existen si no los extiende el oficial público competente. Hechos por cualquier otro oficial, no existen ante la

ley. Pero desde que la oposición se notifica por recado de ujier, el oficial del estado civil debe detenerse; no es juez de la validez del acto, porque esta es una cuestión litigiosa sobre la que no están de acuerdo los autores.

Para los motivos también hay que hacer una distinción. Hay oposiciones que deben motivarse, tales son las de los parientes colaterales. Si uno de éstos presentase una oposición sin motivo alguno, el oficial público podría proceder, en concepto nuestro, porque los motivos son de la esencia de esta oposición. Empero, el oficial no es juez de la validez de esos motivos, porque esta cuestión es susceptible de controversia. ¿El sacerdocio, por ejemplo, es motivo legal de impedimento? No; sin embargo, está tan calurosamente debatida en Francia la cuestión, que cuando menos debe ser controvertible en Bélgica; ahora bien, desde que hay posibilidad de litigio, es incompetente el oficial del estado civil.

En apoyo de nuestra opinión citaremos las palabras de Siméon, en su informe al Tribunal: «En virtud del principio de que los oficiales del estado civil son ministros y no jueces, los detendrán las oposiciones, *con tal de que estén en forma regular* (1). Esa es también la opinión de Merlin.

## NUM. 2. DE LA DESESTIMACION DE LAS OPOSICIONES.

397. El art. 66 dice que el oficial del estado civil no puede celebrar el matrimonio antes de que se le envíe el fallo de la desestimación. Los que produjeron la oposición pueden desistir de ella voluntariamente. ¿Está sometida á

1 Siméon, Informe núm. 27 (Locté, t. II, p. 98). Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposición*, cuestión 1<sup>a</sup> sobre el art. 177. Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 419, nota.

formas la desestimacion voluntaria? Al decir que las partes deben remitir la desestimacion al oficial público, parece que la ley exige una acta. El art. 67 es más explícito; exige que el oficial del estado civil haga mención, en el libro de las publicaciones y al margen de la inscripción de las oposiciones de los fallos ó de las *actas de desestimacion*, cuya *expedicion* se le haya remitido. De ahí se sigue que por lo regular se necesita una acta recibida por notario y en minuta. Existe una razon para ello. Siendo la oposición un acto solemne, se concibe que tambien debe ser auténtica la desestimacion, á fin de que el oficial del estado civil no esté en el caso de celebrar un matrimonio en vista de una desestimacion que podria ser impugnada. Sin embargo, no prescribiendo la ley el acta notariada, so pena de nulidad, se decide, y con razon, que basta una acta equivalente con tal de que sea auténtica. Tal seria una acta de ujier; y tambien la declaracion del oponente recibida por el oficial del estado civil en el acto de la celebracion del matrimonio (1).

398. Si se niega á desistirse el oponente, debe pedir la desestimacion al tribunal el futuro cónyuge en cuya contra se haya dirigido la oposición. Se ha decidido juiciosamente que sólo él tiene ese derecho, porque él es quien está en litigio; si guarda silencio, no pueden obrar ni la otra parte ni los parientes; el derecho de proseguir la desestimacion, lo mismo que el de casarse, deben ejercerse por la persona interesada (2).

¿Ante qué tribunal debe llevarse la demanda de desestimacion? La corte de París ha decidido que ante el tribunal del domicilio del oponente, por aplicacion de la regla general que obliga al demandante, en materia personal, á

<sup>1</sup> Esta es la opinion general (Demolombe, t. III, p. 262, número 164).

<sup>2</sup> Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 304.

citar al demandado ante el tribunal en cuyo resorte tiene éste su domicilio. ¿Pero es este el caso de aplicar el derecho común? La negativa es clara. Segun el art. 176, el acta de oposición debe contener una elección de domicilio, so pena de nulidad. Ahora bien, la elección de domicilio es atributiva de jurisdicción. Así lo dice el artículo 111 hablando de la elección voluntaria. Lo mismo debe ser cuando la elección es ordenada por la ley, porque la elección no cambia de naturaleza por ser legal. Ese es, por otra parte, el único objeto de la elección de domicilio prescrito en el art. 176. El Tribunal fué el que propuso este artículo; y ¿cómo motiva su proposición en lo que concierne á la elección de domicilio? «Importa, dice, que las partes no estén obligadas á ir á buscar al oponente en lugar distinto del en que debe celebrarse el matrimonio.» Eso decide la cuestión. La jurisprudencia y la doctrina se han declarado en ese sentido (1).

399. ¿Cuándo debe declarar el tribunal la desestimación? Debe hacerlo desde que no existe impedimento para el matrimonio, ya sea dirimente, ya prohibitivo. El principio es evidente y está admitido por todos. Sin embargo, ha dado lugar á dificultades en su aplicación á los ascendientes. Su oposición no debe motivarse en un impedimento legal. ¿No quiere decir esto que pueden establecer oposición por un impedimento moral, y que los tribunales tienen el poder discrecional de acoger ó rechazar esta oposición? Diferentes cortes han interpretado en este sentido la ley, y en circunstancias tan desgraciadas, tan dolorosas, que á penas se atreve uno á criticar sus sentencias. Dos ocasiones ha pasado que una joven, mayor para el matri-

1 Véanse los testimonios en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 305. Debo agregarse una sentencia de derecho de la corte de cassación de 16 de Marzo de 1859. Dalloz, *Recopilación periódica*, 1859, 1, 316.

monio, ha sido seducida por un presidiario cumplido que servia en calidad de criado en la casa del padre. Esta oposicion fué acogida por las cortes de Caen y de Bourges. «En la jurisprudencia antigua, dice la sentencia de esta última corte, ese miserable habria pagado con la vida el crimen de seduccion; si la ley ha moldeado semejante severidad, no se debe al menos reducir á un padre á ese estadio horrible de ver mancillado su nombre con una alianza infame, señalado á su nieto por la opinion publica, aun antes de nacer, y á su propia hija reducida, cuando se haya calmado el extravio de sus sentidos, á llorar el resto de su vida la infamia y la desgracia que le acharrearia tal matrimonio.»

Este es un grito escapado del corazon, pero las sentencias de la justicia no son materia de sentimientos; se necesitan causas juridicas para admitir la oposicion á un matrimonio; y, confesémoslo, los motivos alegados por las cortes de Caen y de Bourges son completamente fútiles. La ley, dicen esas cortes, permite la oposicion del padre sin determinar los motivos que puedan causarla; de aquí el que no pueda limitarse á los impedimentos legales; siendo el padre el mejor amigo de sus hijos, el mas interesado en su felicidad y el guardian de la honra de su familia, la ley ha querido investirlo de una magistratura ilimitada, dejando á los tribunales el examinar si están fundadas las razones que alega. Este singular razonamiento no encontró eco ante la corte de casacion, que casó la sentencia de Bourges. La interpretacion que da á los arts. 173 y 176 es inadmisible, dice la suprema corte. Efectivamente, de ello resultaria que el ascendiente tendría tambien el derecho de impedir el matrimonio, cuando el hijo mayor puede contraerlo á pesar de su negativa; resultaria aun que los tribunales estarian llamados indirectamente á otorgar ó negar el consentimiento de un matrimonio, para cuya celebracion

no lo necesita el futuro cónyuge. En vano se dice que el derecho de oposición de los ascendientes sería ilusorio, si el tribunal debiese declarar la desestimación cuando no existe impedimento legal para el matrimonio. No, ese derecho no es ilusorio; los oradores del gobierno y del Tribunal han explicado muy bien que el objeto de esta oposición no motivada era suspender el matrimonio, dando así á las malas pasiones el tiempo necesario para calmarse. «El padre, dice Portalis, se constituye en oponente porque sabe que el tiempo es el mejor auxiliar contra las determinaciones que pueden proceder de la vivacidad del carácter ó de la fogosidad de las pasiones.» «La prudente lentitud de los tribunales, dice Gillet, puede asimismo, entre la impetuositud de las pasiones y la celebración del matrimonio, procurar útiles intervalos en beneficio de la reflexión (1).»

Merlin se sorprende de que las cortes de apelación hayan admitido una interpretación de la ley que es una verdadera violación de ella; por fortuna, dice, la corte de casación ha reprimido este exceso de poder. Con frecuencia hay luchas entre el grito de la conciencia y las exigencias de la legalidad; harto frecuentemente se dejan arrastrar los magistrados por el poder de los hechos, y tratan de escapar al rigor de la ley con razones tales como esas. Esta es una tendencia peligrosa; hé ahí por qué aplaudimos con Merlin la prudente severidad de la corte de casación. Es preciso que los jueces no abriguen la pretensión de ser más sabios que el legislador. Nosotros agregamos: en el caso y á pesar de la rebeldía de la corte, el legislador tiene razón. Está de por medio el bien máspreciado del hombre, la libertad. Llega á una edad el hombre en que debe ser li-

1 Véanse las sentencias en Dalloz, núms. 264-265. Debe añadirse una sentencia de Pau de 18 de Junio de 1867 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1867, 2, 144). Consultese á Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposición*, art. 173, núm. 2 (t. XXII, ps. 95 y siguientes).

bre para gobernar su persona y dirigir su destino. Se dirá que el hombre puede abusar de su libertad. Bien, esto tiene sus riesgos y peligros. Vale más la libertad con sus excesos que una eterna servidumbre.

400. Ya hemos hecho notar que los tribunales prefieren ponerse de parte de los padres contra los hijos. Este es un sentimiento muy loable, pero es necesario no olvidar que por su parte los hijos tienen un derecho; llegados á cierta edad pueden casarse sin el consentimiento de sus ascendientes. Ahora bien, los derechos están colocados bajo la protección de la justicia; el juez tiene por lo mismo el deber de respetar y hacer respetar el derecho del hijo. La corte de París ordenó á una hija mayor de edad que saliera del domicilio de su futuro cónyuge, con quien vivía en concubinato, y fuera á vivir en la casa de un tío suyo. ¡Cosa rara! La sentencia invoca la libertad de la joven: dominada, dice, por la seducción diaria, incesante, no es libre de escuchar los consejos de sus padres; para asegurar su libertad le ordenó el juez retirarse á una casa en la que podrá ver libremente á las personas de su familia (1). La corte no ve que destruye la libertad con el pretexto de garantizarla. El mayor es libre de disponer de su persona; impedirle usar de esta libertad, es violarla. Es indudable que puede abusarse de ella. ¿Pero la libertad, por su esencia, no implica la facultad del abuso? La libertad de no ejecutar más que un bien, equivaldría á la servidumbre, porque el hombre necesitaría un guía que le impidiese separarse del sendero del deber. ¿Qué sería entonces su libertad? Una servidumbre encubierta.

La cuestión se ha resuelto en ese sentido por la corte de casación. Una joven, mezclada desde su más tierna infan-

1 Sentencia de 21 de Febrero de 1825 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 322).

cia en las querellas que dividian á la familia de sus padres, vivió separada del autor de sus días desde la edad de nueve años, bajo el dominio de su abuela materna, quien conservó siempre las animosidades y los rencores que habría debido extinguir la muerte de su hija. Llegada á la mayor edad, exigió de su padre que consintiera en el matrimonio que quería contraer bajo la inspiración de su abuela. El padre se opuso al matrimonio. Bajo el imperio de los hechos que acabamos de resumir, la corte de Montpellier decidió que se disiriera por tres meses la celebración del matrimonio; que durante ese tiempo de prueba la joven se trasladaría á la casa de su padre ó á la de un tercero, á su elección, y que recibiría á su padre cada vez que éste creyera conveniente darle sus consejos. La corte dijo, en apoyo de esta decisión, que los tribunales, estrechados por la oposición y pudiendo ejercer derecho en ella, tienen la facultad de prescribir las medidas necesarias para proteger á la autoridad paterna y garantizar la libertad del consentimiento. Esto era una vez más una lucha entre los hechos y la ley. La corte de casación casó la sentencia de Montpellier por exceso de poder. Verdad es que la autoridad paterna estaba injustamente invocada. Cuando el hijo ha llegado á la mayor edad, ya no hay patria potestad. Es cierto que siempre debe respeto á sus padres, pero la ley ha tenido cuidado de definir á qué está obligado el hijo, en razón de ese respeto, cuando se casa; desde el momento en que ha presentado peticiones respetuosas, tiene el derecho de contraer matrimonio. El padre puede á su vez formular oposición, pero la ley exige que la demanda de desestimación sea fallada en los plazos más cortos; la ley no da al tribunal el derecho de suspender la celebración del matrimonio durante un tiempo más ó menos largo, ni de prescribir nuevas pruebas. Semejante decisión, dice la suprema corte, ataca la libertad que tiene el hijo para con-

traer matrimonio cuando ha llenado todas las prescripciones legales (1).

401. Un padre presenta oposición contra el matrimonio de su hija á causa de demencia; ¿puede el tribunal, por aplicación del art. 174, declarar la desestimación lisa y llanamente de la oposición, ó debe admitir al oponente que promueva la incapacidad? A primera vista podría crearse que tanto el texto como el espíritu de la ley deciden la cuestión en favor del ascendiente. En efecto, el código da á los ascendientes un poder ilimitado de oposición, mientras que circunscribe el derecho de los colaterales dentro de límites muy estrechos; temeroso de que aun dentro de esos límites abusen los colaterales del derecho que les concede, alegando la locura, permite al tribunal reprimir este abuso declarando inmediatamente la desestimación. Pero, dice una sentencia de la corte de Bruselas, estas limitaciones no están ni en el texto ni en el espíritu de la ley, cuando se trata de la oposición de los ascendientes; el legislador presume que por parte de éstos sólo el afecto dicta la oposición que formulan, mientras que los colaterales no escuchan, con demasiada frecuencia, más que su interés. Merlin dice que esta sentencia parece haber interpretado el verdadero espíritu del código civil (2). La jurisprudencia francesa se ha declarado en sentido contrario, lo mismo que la doctrina, y creemos que con justicia. Si el texto no habla de los ascendientes es por una razón muy obvia; éstos no deben motivar su oposición, y ordinariamente no lo hacen; de aquí el que la ley no pudiera prever el caso en que un padre motivara su oposición en la demencia del futuro cónyuge. Pero si lo hace, ¿no puede el tribunal rechazar de

1 Sentencia de 5 de Diciembre de 1856 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1856, I, 436).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Oposición*, art. 174, núm. 6 (t. XXII, ps. 105 y siguientes).

plano esta oposicion si la cree mal fundada? Este es el derecho comun en materia de oposicion, y aun en cualquiera otra materia. ¿Por qué habia de permitir el juez entablar un procedimiento cuando está convencido de antemano de que la oposicion no es grave? Seria obligarlo á suspender un matrimonio, cuando el verdadero espíritu de la ley es permitir su celebracion (1).

402. La oposicion de los ascendientes ha hecho nacer ademas otra dificultad. Un padre se opone al matrimonio de su hijo mayor de veinticinco años, fundandola en una demanda intentada judicialmente, y que tiene por objeto dar un consejo á su hijo por motivo de prodigalidad. La oposicion fué acogida por la corte de Caen, en el sentido de que se suspenderia la celebracion del matrimonio durante cuatro meses, tiempo bastante para determinar acerca de la instancia. Verdad es que la prodigalidad no es un impedimento para el matrimonio, pero cuando el pródigo está puesto bajo consejo no puede disponer de sus bienes sino con su concurso. Ahora bien, ¿no es importante que este concurso esté asegurado al pródigo, precisamente en el contrato en que su debilidad le llevaria á disponer erroneamente y sin seso de su fortuna? Verdad es; pero autoriza esto al tribunal para suspender la celebracion del matrimonio cuando no hay impedimento legal? La sentencia de Caen invoca el texto y el espíritu de la ley. Texto, no lo hay; en cuanto al espíritu de la ley, no es dudoso. La ley exige que el procedimiento de desestimacion se lleve á cabo con una rapidez completamente excepcional (articulos 177, 178). De aqui que sea un deber en el juez declarar de plano la desestimacion cuando no hay impedimento legal. Dalloz, que aprueba la decision de la corte de Caen,

1 Decidido así en dos sentencias de Caen, de 12 de Octubre de 1857 y 5 de Enero de 1858 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1859, 2, 82). Consultese á Demolombe, t. III, p. 233, núm. 141.

confiesa que contiene algo de arbitrariedad; pero, agrega, será demasiado, cuando se trata de la felicidad de los hijos, conceder, bajo la tutela de los tribunales, semejante efecto á la patria potestad (1)? Esto se llama decidir con palabras las cuestiones de derecho. Repetimos que la patria potestad no estaba en litigio, puesto que el hijo era mayor de veinticinco años. Queda, pues, confesada la arbitrariedad. ¿Qué importa que sea poca ó mucha? El juez que se permite la menor arbitrariedad, es culpable; y el jurisconsulto no debe olvidar que las leyes se han hecho para evitar la arbitrariedad.

### NUM. 3. DEL FALLO DE DESESTIMACION.

403. El art. 177 dice que el tribunal de primera instancia pronunciará dentro de diez días el fallo sobre la demanda de desestimación. Si hubiere apelación, agrega el art. 178, se presentará esta dentro de diez días, contados desde el de la citación. ¿Por qué prescribe la ley esta celeridad completamente excepcional? Las disposiciones que acabamos de trascibir prueban que el legislador tiende á garantizar el derecho de aquellos contra quienes se dirige la oposición. Si hay un impedimento legal, es justo que se suspenda la celebración del matrimonio. Pero si no lo hay, también es justo que pueda celebrarse. Esto es más que una cuestión de equidad. Cuando no existe impedimento, ni dirimente, ni prohibitivo, es absoluto el derecho de contraer matrimonio; ahora bien, este derecho podría quedar comprometido con un largo retardo, demostrando la experiencia, como dice Toullier, que los retardos hacen fracasar muchas veces los matrimonios. Esto prueba que los tribunales, lejos de servirse de la oposición para sus-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 266.

pender los matrimonios, deben desviar los obstáculos mal fundados que se les oponga; y con mayor razon deben no establecer obstáculos que la ley desconoce.

¿Debe deducirse de los arts. 177 y 178 que ha prescrito la instancia por el sólo hecho de que no se promovió dentro de los diez dias? La corte de casacion ha decidido con justicia la negativa; efectivamente, la ley no declara la prescripcion, ni habia lugar á declararla; porque sólo en interés de los que piden la desestimacion, señala la ley plazos cortos. De donde se sigue que no pueden prevaleserse de ello los que se oponen á la celebracion del matrimonio (1).

404. Se pregunta si es suspensivo el recurso de casacion. La ley que instituyó la corte de casacion contesta á la pregunta. Esa ley dice que «la demanda de casacion no suspende la ejecucion del fallo, y que en ningun caso y bajo ningun pretexto podrá concederse la suspension.» Es cierto que esta regla tiene algunas excepciones. Hay una en materia de divorcio (art. 263). De ella hanse prevalido para sostener que debe ser lo mismo, por identidad de razon, en materia de oposicion. En efecto, ¿qué se hará si la sentencia llega á casarse y el matrimonio ha sido celebrado? ¿Se anulará éste? ¡Qué confusion para las familias! ¿Se le mantendrá? ¡Hé ahí un matrimonio declarado ilegal por la suprema corte, qué será legal! ¡Qué atentado contra la autoridad de la ley!

Merlin da una respuesta concluyente á este razonamiento. En materia de leyes excepcionales no se raciocina por analogía ni por identidad de motivos. Por otra parte, ¿hay analogía en esto? No. El legislador no ha autorizado el divorcio sino con repugnancia; de consiguiente, debia suspender la ejecucion de la sentencia que lo admite. Por el

1 Sentencia de 4 de Noviembre de 1807 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 312).

contrario, favorece el matrimonio, y se apresura de cierta manera á quitar las oposiciones que lo embarazan; debia, pues, conservar la regla en cuya virtud no es suspensivo el recurso de casacion. La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina (1).

405. ¿Se anulará tambien el matrimonio, si despues de una sentencia que declara la desestimacion, se celebra éste y luego casa la sentencia la corte de casacion? Así lo ha sostenido Marcadé. La casacion de una sentencia, dice, coloca á ésta en la nada, y la hace reputar como si no se hubiera dado; produce, por lo mismo, la nulidad de todo lo que se ha hecho en virtud de la sentencia casada. Ahora bien, el matrimonio se ha celebrado en virtud de la sentencia que declaró la desestimacion; de consiguiente, esta debe caer en dicha sentencia (2). Esta opinion es una de esas doctrinas singulares que ha ideado Marcadé y que le ha hecho adquirir la reputacion de un talento original. Hay una originalidad de mala ley en esto, y es que se va en busca de opiniones nuevas; la ciencia del derecho tolera pocas innovaciones, es esencialmente tradicional, y cuando procede innovar, lo hace el legislador y no el intérprete. La mision del jurisconsulto no es, en consecuencia, perseguir las novedades; es más modesta, pero al mismo tiempo más segura: debe aplicar los principios á las cuestiones que se presenten en la aplicacion de la ley, y esos principios los basa en la ley y en la tradicion. Veamos, pues, si Marcadé ha hecho una justa aplicacion de los principios.

Su opinion no ha encontrado eco. Hásela combatido señalando los graves inconvenientes y las consecuencias ab-

1 Merlin, *Repetitorio*, en la palabra *Oposición*, art. 178, núm. 3 (t. XXII, p. 111). En ese sentido se ha decidido la cuestión en una sentencia de Ruan de 7 de Diciembre de 1859 (*Dalloz, Recopilación periódica*, 1861, 5, 308, núm. 9).

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 447, núm. 2 del art. 178

surdas que resultan de ella. ¡Cómo! se dice, una sentencia desestima una oposición, ya no hay obstáculo para el matrimonio, el oficial del estado civil lo celebra y está obligado á celebrarlo. Despues interviene una sentencia de casacion que casa y anula el matrimonio. ¡Cuánta confusión y cuánto trastorno en las familias! No es esto todo. La corte ante la cual se ha llevado el asunto puede declarar de nuevo la desestimacion, y nuevamente podrá y deberá celebrarse el matrimonio, y será válido hasta que venga á anularlo por segunda vez una nueva sentencia de casacion. ¿Se juega así con un contrato que es la base de la moralidad, el fundamento del orden social? Supongamos que se celebra un matrimonio, á pesar de una sentencia que sostiene la oposición; no obstante esto, será válido, á no ser que haya un impedimento dirimente que lo anule; ¡y se quiere que se case el matrimonio, cuando se ha celebrado en virtud de una sentencia (1)!

Todo esto es cierto, pero Marcadé no podria contestar: «Los inconvenientes que señalaís se derivan del principio de que el recurso de casacion no es suspensivo en materia de oposición. Al legislador corresponde poner el remedio. En cuanto al intérprete, no tiene que preocuparse de las ventajas ni de los inconvenientes que presenta una ley, debe aplicarla tal como es. De consiguiente, no es por las consecuencias que se derivan de la casacion como debe combatirse mi opinion; probadme que es falso mi razonamiento.» Nosotros creemos efectivamente que la argumentacion de Marcadé tiende á la falsedad. Es indudable que la casacion de la sentencia trae consigo la anulacion de todo lo que se ha hecho en ejecucion de ella. ¿Pero qué se entiende por ejecucion? La ejecucion obligada que un acreedor prosigue contra su deudor, y á la que éste no puede

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 267, número 170.

escapar, puesto que no es suspensivo el recurso. Cuando despues se casa la sentencia, las cosas se reponen, y pueden serlo, en el estado en que estaban ántes de la sentencia, porque solo se trata de arreglar intereses pecuniarios. ¿Puede decirse lo mismo de una sentencia que desestima una oposicion? ¿Hay en esto una ejecucion obligada que una de las partes prosigue contra la otra? No, en verdad, porque sólo uno de los futuros cónyuges está en litigio, y la sentencia se limita a decidir que no hay obstáculo legal para su matrimonio. ¿Quiere decir que si se celebra éste, será la ejecucion forzosa de la sentencia? No puede ni establecerse la cuestion. De aqui que cuando se casa la sentencia, no puede decirse que deba quedar insubsistente el matrimonio como si se hubiera celebrado en ejecucion de la sentencia. Tambien esto está fundado en razon. Concibese que la casacion anule lo que ha debido hacerse como consecuencia de la ejecucion forzosa de la sentencia; pero no se concibe que anule lo que habria podido hacerse sin la sentencia. De consiguiente, se sostendrá el matrimonio.

406. ¿Puede renovarse la oposicion, si se desecha como nula en la forma? Con bastante generalidad se admite la afirmativa, y con razon. Este es el derecho comun. Se necesitaria, en consecuencia, una disposicion expresa que prohibiera cualquiera nueva oposicion. Citanse los articulos 177 y 178 que prescriben fallar en los plazos más cortos las demandas de desestimacion: de consiguiente, el espíritu de la ley prohíbe, se dice, que se renueven incessantemente las oposiciones. La consecuencia no es lógica. Que la ley exija que se despache prontamente una instancia, no es prueba de que no pueda haber nueva instancia.

Nosotros creemos que lo mismo sucede si se desecha en el fondo la demanda de desestimacion. Este punto es debatido, sin embargo; se dice que no es posible admitir

oposiciones sucesivas que retardarian indefinidamente la celebracion del matrimonio. Nosotros contestamos que este argumento se dirige al legislador; en el silencio de la ley, los tribunales deben admitir cualquiera accion, y no pueden oponerse mas que aquellas que por sancion legal no deben admitirse. De consiguiente, se necesitaria un texto, que no existe. ¿Pero es verdad que la ley permite oposiciones renovadas incesantemente? Hay oponentes que no pueden alegar mas que una sola causa: tal es el cónyuge; si se desecha su oposicion, no puede, ciertamente, renovarla, porque se rechazaría por excepcion de cosa juzgada. Los parientes colatorales, el tutor y el curador, pueden oponerse por dos causas únicamente; en consecuencia, podrá, á lo sumo, haber dos oposiciones, lo cual será más raro todavía. Quedan los ascendientes: si no está motivada su oposicion, no podrán hacerla de nuevo sin motivarla; de lo contrario, se desechará tambien por autoridad de cosa juzgada. Si ellos alegan un impedimento, y son vencidos, podrán, en rigor, alegar otro, pero tambien tienen término estas disputas, porque son limitados y poco numerosos los impedimentos (1).

#### NUM. 4. DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

407. «Si la oposicion fuere desechada, podrán ser sentenciados á indemnizacion de daños y perjuicios, los que se hayan opuesto y no sean ascendientes (art. 179).» La oposicion puede ser embrolladora y ruin; en este caso, hay dolo, y por lo tanto, responsabilidad. Tambien puede acontecer que no sea dolosa la oposicion, lo cual no impedirá que el tribunal sentencie al oponente á la indemniza-

1 Consultese á Demolombe, t. III, p. 274, núm. 176. Véase, en sentido contrario, una sentencia de Gante de 27 de Junio de 1834 (*Patsicrisie*, 1834, 151).

ción de daños y perjuicios. Portalis dice: «No importa que no haya habido más que imprudencia ó error de parte de la persona que ha creido deber constituirse en oponente: no hay que vacilar entre el que se engaña y el que padece.» La ley está concebida en ese sentido, y da á los tribunales un poder discrecional. Para los ascendientes hay excepcion. No porque su oposición no pueda ser injusta; los padres pueden tener sus preocupaciones como sus pasiones los hijos. Si la ley no exige que se les sentencie á la indemnización de daños y perjuicios, dice Portalis, es porque el padre tiene ya bastante desgracia con la resistencia de su hijo y con la unión que va á contraer. Castigarlo todavía imponiéndole una sentencia, equivaldría á castigarlo por haber hecho lo que considera un deber (1).

Se ha sostenido que no deben ser condenados en costas los ascendientes, ó que cuando menos, se dividan las costas por mitad. Hé ahí otra vez una de esas opiniones que, á fuerza de querer favorecer la oposición de los ascendientes, violar la ley. El código de procedimientos no puede ser más explícito. «Toda parte que fuere vencida, dice el art. 130, será condenada en costas.» ¿Hay excepción en favor de los ascendientes? No habiéndola, ¿puede el intérprete establecer una, diciendo que, no pudiendo ser condenados los ascendientes á la indemnización de daños y perjuicios, tampoco pueden serlo en costas? Esto equivaldría á redactar la ley ó á modificarla, lo cual viene á ser lo mismo. Una cosa son las costas y otra los daños y perjuicios. El art. 179 del código civil es, pues, muy conciliable con el art. 130 del código de procedimientos, lo que decide la cuestión, si es que cuestión existe. En cuanto á la compensación de las costas, debe decirse que es fa-

1 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 36 (Locré, t. II, p. 388).

cultativa, pero no obligatoria. Tenemos, además, un texto; segun el art. 131, las costas podrán compensarse en todo ó en parte, entre ascendientes y descendientes. Corresponde al tribunal ver si procede ó no hacer uso de esta facultad (1).

408. ¿Para la valorizacion de los daños y perjuicios, deben aplicarse los principios establecidos en el título de las Obligaciones? Una sentencia de la corte de Bruselas decide que no ha lugar á la aplicacion de los principios generales (2). Para convencerse de ello, basta leer el articulo 1149. En él se lee que «los daños y perjuicios debidos al acreedor son, en general, por la perdida que ha sufrido, y la ganancia de que ha sido privado.» ¿Puede decirse que el futuro cónyuge es un acreedor? ¿Puede decirse que ha sido privado de una ganancia? Supongamos que la oposicion ha hecho que no se verifique el matrimonio; ¿es este el caso de calcular el beneficio que habria procurado esta union? No son una cuestion de deuda ni de crédito el matrimonio y la oposicion que de él se ha hecho; se trata de intereses morales. Si la ley permite que se condene á los oponentes á daños y perjuicios, es en razon de que declara una especie de pena contra los que por malicia ó ligereza estorban un matrimonio. Los tribunales fallarán segun su prudencia.

#### *SECCION IV.—De las formalidades prescritas para la celebracion del matrimonio.*

##### § 1º Principios generales.

409. El matrimonio es un contrato, en el sentido de que exige el concurso del consentimiento de los futuros

1 Demolombe, t. III, p. 273, núm. 175, Sentencia de Bruselas de 26 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 176).

2 Sentencia de 29 de Julio de 1835 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 331).

cónyuges. No basta, empero, sólo el consentimiento; este debe ser expresado en las formas prescritas por la ley. De consiguiente, el matrimonio es un acto solemne. En presencia del oficial público es como deben consentir los futuros cónyuges; el oficial público es el que declara que estos quedan unidos. Así, pues, no basta el consentimiento; se necesita la solemnidad. Inútil es insistir por qué razones ha hecho el legislador un acto solemne del matrimonio. También hay contratos y actos de interés privado que la ley prescribe se admitan en las formas que ella establece; tales son los contratos de donación y de hipotecas; lo son igualmente los contratos matrimoniales y los testamentos. Si para los contratos que conciernen á los bienes de los futuros cónyuges, exige la ley solemnidades, con mayor razon debe prescribir formas solemnes para el matrimonio, que es el fundamento de la sociedad, la base de la moralidad privada y pública.

¿Deben aplicarse al matrimonio los principios que figen los contratos y actos solemnes? El código, al hablar de las donaciones nulas en la forma, dice que deben rehacerse en la forma legal, que el donante no puede por ningún acto confirmativo reparar los vicios que la infectan. Lo cual quiere decir que se requieren las solemnidades para la existencia de la donación. ¿Recibe su aplicación este principio para el matrimonio? De antemano hemos contestado la pregunta al tratar de las condiciones que se requieren para la existencia del matrimonio (núms. 271 y siguientes). Es de la esencia del matrimonio que el consentimiento de los futuros cónyuges sea recibido por un oficial del estado civil y que la unión sea declarada por éste. Las demás formas no son sustanciales en el sentido de que no están prescritas para que exista el matrimonio. ¿Pero lo son para la validez de éste? ¿deben observarse, so pena de nulidad?

410. No; el matrimonio interesa en grado elevadísimo la felicidad de las familias y la conservacion de la sociedad, para que el legislador haya permitido que se anule en razon de la falta de cumplimiento de la menor formalidad. La anulacion del matrimonio produciría más mal que el que resultaria de su conservacion, aunque se hiciese violando la ley. Al legislador corresponde ver cuáles son las formalidades cuya observancia es bastante importante para señalar por su omision la pena de nulidad. No existen más que dos: la publicidad y la competencia del oficial del estado civil. ¿Por qué permite la ley anular el matrimonio cuando no ha sido celebrado públicamente ni ante el oficial competente? El matrimonio debe ser público, en primer lugar, porque la publicidad impide los matrimonios para los que habria un impedimento dirimente; y la sociedad está interesada en prevenir uniones que la ley reprueba y anula. En segundo lugar, la publicidad asegura la estabilidad de los matrimonios: contraidos con un espíritu de perpetuidad, importa que se celebren delante de la sociedad, á fin de que estén al abrigo de las pasiones móviles del hombre. Esta es la razon de que las diversas religiones los coloquen bajo la invocacion de Dios. Ahora bien, la sociedad es el órgano de Dios; da su sancion solemne á la union indisoluble contraída por los cónyuges. Finalmente, el matrimonio interesa á los terceros, y por ende, á la sociedad, porque modifica el estado ó los derechos de los futuros cónyuges. La mujer, capaz ántes de casarse, es señalada de incapacidad jurídica despues del matrimonio; todos los que tratan con ella están interesados en conocer ese cambio de estado. Por su parte, el marido adquiere derechos sobre los bienes de la mujer, y sus inmuebles quedan afectos á una hipoteca legal en beneficio de la esposa. Los terceros tienen interés en conocer esos derechos y esas cargas. De ahí la alta importancia de la publicidad. La

competencia del oficial público, como más adelante diremos, representa tambien un papel en la publicidad; esta es la razon de que la ley permita anular el matrimonio celebrado por un oficial incompetente.

411. ¿Cuál es la sancion de las formalidades cuya inobservancia no trae consigo la nulidad del matrimonio? Hay unas que el legislador sanciona con una multa (arts. 192, 193); y otras que no tienen sanción penal (arts. 75, 66). ¿Tienen sanción civil? Si una irregularidad causare algun perjuicio á los cónyuges ó á los terceros, será responsable el oficial público que la hubiere cometido. El acta de matrimonio, por ejemplo, debe rectificarse; si el oficial del estado civil ha cometido la irregularidad, es responsable en virtud del principio general establecido en los artículos 1382 y 1383. La responsabilidad civil puede concurrir con la sanción penal (art. 52).

### § 2º Dónde debe celebrarse el matrimonio.

412. Quéjase un autor francés de que no obstante haber transcurrido tantos años desde la publicacion del código, aún no se esté de acuerdo acerca de esta cuestión de interés comun: ¿Dónde debe celebrarse el matrimonio (1)? La queja es fundada, pero ¿de quién es la culpa? ¿El legislador es el culpable? ¿lo son los intérpretes? Nosotros creamos que la ley no puede ser más clara; si con eso y todo es tan debatida la cuestión que desespera la doctrina de llegar á una solución definitiva, será preciso echar la culpa á los que interpretan la ley. Sucedo con esta controversia lo mismo que con otras; si los intérpretes tuvieran más respeto al texto de la ley, si no hicieran fuerza de remos para encontrar en ella lo que desean encontrar, habría

1 Vallette, *Explicación sumaria del libro Iº del código de Napoleón*, p. 91.

ménos cuestiones debatidas; ganaría nuestra ciencia en certidumbre y en autoridad, porque precisamente lo que se tacha á los legistas, son sus eternas discusiones; discuten tanto, se dice, que acaban por dudar de todo, aun de las verdades más evidentes. Nosotros ofrecemos un remedio contra este mal á los jóvenes doctores, abogados ó magistrados, y es el respeto al texto y á los principios; siempre encontrarán dificultades, pero pocas serán aquellas cuya decisión sea dudosa.

Nosotros preguntarnos dónde *debe* celebrarse el matrimonio, no preguntamos dónde *puede* efectuarse la celebración. Si es verdad, y en eso no cabe duda, que el matrimonio debe ser rodeado de la mayor publicidad, se necesita que la ley determine el lugar en que debe celebrarse, á fin de que tenga toda la publicidad posible. No puede tratarse en este punto de una facultad dejada á las partes; no es esta una cuestión de libertad, es cuestión de interés social. Hé ahí lo que nos dice la naturaleza de las cosas, y ese principio está confirmado en nuestros textos. El art. 74 dice: «El matrimonio será celebrado en la municipalidad en que tenga su *domicilio* uno de los cónyuges.» Será, dice la ley; este es el estilo imperativo, una orden que no deja nada á la arbitrariedad de las partes. ¿Cuál es ese domicilio? ¿Es el domicilio de derecho, definido en el art. 102, el lugar en que todo francés tiene su principal establecimiento, el punto en que ejerce sus derechos civiles? El art. 74 contesta á nuestra pregunta: «Ese domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*, se establecerá con seis meses de habitación continua en la misma municipalidad.» De consiguiente hay un domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*, lo que indica un domicilio especial, y por tanto, una excepción al art. 102. Efectivamente, la ley dice que ese domicilio especial se establece *con seis meses de habitación continua*: así, pues, por la residen-

cia, á diferencia del domicilio de derecho que, en rigor, puede existir sin residencia alguna; que, en todo caso, existe, aun cuando no hubiere más que la residencia de un dia (1). Combinemos ahora la definicion que el art. 74 da del domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*, con el principio que establece el mismo articulo sobre el lugar en que el matrimonio *será* celebrado, y llegaremos á esta consecuencia clara como la luz del meridiano: el matrimonio *debe* celebrarse en la municipalidad en que uno de los cónyuges tenga una habitacion continua de seis meses.

Tal es la regla establecida en el art. 74; ciertamente no hay texto más claro en todo el código civil. Forzoso es decir tambien las razones de que la ley establezca un domicilio especial *por lo que respecta al matrimonio*. La misma definicion de este domicilio nos hace conocer el motivo por el que la ley ha hecho una excepcion del domicilio general; *la habitacion continua durante seis meses* es la que lo determina, miéntras que el domicilio de derecho es independiente de la habitacion, en el sentido de que puede tenerse el domicilio de derecho donde no se tenga habitacion. ¿Por qué en vez de conservar el domicilio de derecho para la celebracion del matrimonio, el legislador ha prescrito un domicilio especial, que se establece con la residencia? Ha elegido el lugar en que son conocidos los futuros cónyuges, porque el matrimonio no seria realmente público si no se celebrara en el punto en que todos los interesados conocen á los consortes. ¿Deberá preguntarse si ese lugar es el de la *residencia* ó el del *domicilio de derecho*? Son menores los que se casan; habitan en Gante, miéntras que su tutor está domiciliado en Bruges, donde nunca han estado los futuros cónyuges. ¿Dónde serán co-

1 Véanse las páginas anteriores, núm. 79.

nocidos éstos? ¿en Gante ó en Bruges? El domicilio de derecho puede ser desconocido, á veces es ficticio; se necesita ser jurisconsulto para decir dónde está. ¡Y en un domicilio desconocido, ficticio, disputado y disputable, es en el que ordenaria la ley que se celebrara el matrimonio, cuando exige que la celebracion sea conocida de todos los que tienen interés en conocerla! El legislador ha sido más lógico; no ha querido que el matrimonio fuese celebrado en el domicilio de derecho, porque con mucha frecuencia no habria tenido publicidad. Ha querido que el matrimonio se celebre en el lugar que habitan los futuros desde seis meses ántes; en él es donde debe conocérseles, puesto que se les ve todos los dias. Empero, para tener la seguridad de que se les conoce allí, la ley prescribe que la habitacion sea *continua*; nueva regla especial para el domicilio, *respecto del matrimonio*, excepcion que prueba otra vez más que estamos, acerca de este punto, fuera del derecho comun (1).

413. Podríamos invocar tambien el derecho antiguo y la ley de 1792, que no ha hecho más que reproducir el código. Pero tambien hay controversia sobre el derecho antiguo; para no embarazar el debate, mezclando en él otro, preferimos atenernos al código civil. ¿Qué se opone al texto tan claro del art. 74 y al espíritu de la ley igualmente clara? Preténdese que tambien puede celebrarse el matrimonio en el domicilio de derecho; citase el art. 165, que dice: «El matrimonio será celebrado públicamente, ante el oficial civil del *domicilio* de una de las dos partes.» Esta disposicion, se dice, es tambien tan clara y tan expresa como el art. 74. No habla ni de la residencia ni de la habitacion durante seis meses; habla del *domicilio*, y en el lenguaje del código, el *domicilio* siempre es el domicilio de

1 Duranton, t. II, p. 163, núms. 220-224. Marcadé, t. I, p. 433, número 1 del art. 74.

derecho, tal como está definido en el art. 102. Si por la palabra *domicilio*, en el art. 165, el legislador hubiera entendido el domicilio especial que estableció en el art. 74, *por lo que respecta al matrimonio*, lo habría dicho. No puede admitirse que se haya referido á él tácitamente. «Semejante combinación de textos, dice M. Valette, tan *embozada como supuesta*, sería una verdadera asechanza para los intérpretes y para las personas sometidas á la autoridad de un juez (1).» A nuestra vez diremos que con semejante sistema de interpretación, las cuestiones más claras deben volverse oscuras. Dirijamos la mirada á los dos artículos entre los que se pretende que hay antinomia. El art. 74 empieza diciendo: «El matrimonio será celebrado en la municipalidad en que uno de los dos cónyuges tenga su *domicilio*.» Casi son los mismos los términos del artículo 165: «El matrimonio será celebrado ante el oficial del estado civil del *domicilio* de una de las dos partes.» Hé ahí dos disposiciones idénticas: una y otra exigen que el matrimonio sea celebrado en el *domicilio* de las partes. ¿Pero cuál es este domicilio? A esta pregunta contesta el art. 74: «Este *domicilio, por lo que respecta al matrimonio*, se establecerá con seis meses de habitación continua en la misma municipalidad. De consiguiente, el código define el *domicilio, por lo que respecta al matrimonio*. ¿Debia repetir en el art. 165 lo que acaba de decir en el art. 74? ¿Con qué objeto? ¿No se trata de *domicilio, por lo que respecta al matrimonio*, en el artículo 165? ¿Y este domicilio no estaba definido de antemano en el art. 74? ¿Deben repetirse incesantemente las definiciones? ¿se necesitará hacerlo en dos disposiciones idénticas? ¿Habian cesado los motivos por que estableció el legislador un domicilio especial, *por lo que respecta al*

<sup>1</sup> Valette, *Explicación sumaria del libro 1º del código civil*, ps. 92 y siguientes.

*matrimonio*, en el art. 74, cuando se ocupa de ese mismo domicilio en el art. 165? ¿Se necesitaba referirse expresamente al art. 74? ¿Por qué entonces, no hacer un solo artículo de esos dos?

¡Cosa notable! Los que se quejan de que el art. 165 encierra una asechanza, si lo interpretaran por el art. 74 estarían obligados a alterar este para encontrarle sentido. Segun ellos, el art. 165 establece la regla: el matrimonio se celebra en el domicilio de derecho; pero tambien es posible casarse en el lugar en que no se ha tenido más que una simple residencia de seis meses. Este es un *favor* que concede el art. 74. Nosotros decimos que se altera éste si se le considera como un favor. Efectivamente, esta disposicion está concebida en términos imperativos; dice que el matrimonio *será* celebrado en la municipalidad en que uno de los cónyuges tenga una habitacion real de seis meses. ¿Acaso se concede un favor por vía de mandato? Singular favor el que consiste en decir: «Exijo que celebreis vuestro matrimonio en vuestro domicilio, y éste no es vuestro domicilio de derecho, sino vuestra residencia.» Cuando el legislador habla en términos imperativos, es porque tiene razones para ello. Ya dijimos cuáles son esas razones. Ellas excluyen toda idea de favor; implican una necesidad, porque el interés de la sociedad está de por medio, y cuando se trata del interés social, la ley ordena ó prohíbe, y no deja nada al arbitrio de las partes contratantes.

414. Se pretende que, en opinion nuestra, hay un artículo del código que se hace completamente inaplicable. El art. 166 dice que las publicaciones deben hacerse en el domicilio de las partes. Viene luego el art. 167, que dice: «Sin embargo, si el domicilio actual no está determinado sino por seis meses de residencia, las publicaciones se harán, además, en la municipalidad del último domicilio.» La locucion *sin embargo*, se dice, implica una excepcion;

la regla es, pues, que las publicaciones no se hagan en el último domicilio. Ahora bien, si el matrimonio debe celebrarse necesariamente en el lugar de la residencia, las publicaciones deberán hacerse *siempre* en el último domicilio. De manera que, segun el texto expreso de la ley, seria la *excepcion* la que se volveria *regla* (1). Más adelante explicaremos los arts. 166 y 167, y nos será muy fácil interpretarlos respetando el texto. No, las publicaciones en el último domicilio no se convierten en la regla, siguen siendo la excepcion; porque la regla es que la residencia de seis meses se confunde con el domicilio de derecho, y en este caso no se harán ciertamente las publicaciones en el último domicilio. Tambien es verdad que con demasiada frecuencia se confunden la *habitacion* y el *domicilio*, que la cuestion que tanto embaraza la teoria no se presenta, por decirlo así, en la práctica. ¡No hay una sola sentencia sobre la materia desde hace cerca de setenta años!

415. Por último, se encuentra un argumento decisivo contra la opinion que sostenemos, en las consecuencias que de ella resultan. ¡Las consecuencias! Estas corresponden al legislador; el intérprete no tiene por qué preocuparse: aun cuando fuese absurda la ley, tambien habria que aplicarla. Pero veamos si es cierto que nuestra opinion conduce á tan grandes absurdos. Se pregunta si el que tiene una residencia de seis meses en una municipalidad y en otra su domicilio de derecho, puede casarse en una ó en otra. En concepto nuestro, es evidente que el matrimonio deberá celebrarse en el lugar en que el futuro cónyuge haya tenido una residencia de seis meses; no podrá serlo en el domicilio. Ya hemos dicho los motivos; lejos de ser absurda es muy racional esta decision. Es impor-

1 Demolonbe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, ps. 305 y siguientes, núm. 200.

tante que se celebre el matrimonio en la residencia en que necesariamente son conocidos los futuros cónyuges, más bien que en el domicilio donde quizás nadie los conoce.

Otra cuestion: ¿Puede celebrar su matrimonio, ya sea en su antiguo domicilio, ya en el nuevo, el que ha dejado el domicilio real que tenia en una municipalidad, y todavía no ha adquirido una habitacion de seis meses en el lugar en que ha fijado su nuevo domicilio? En concepto nuestro debe contestarse, sin vacilar, que no podrá casarse ni en una ni en otra municipalidad. No puede hacerlo en el antiguo domicilio, puesto que ya no ha habido en él una habitacion continua de seis meses; y tampoco en el nuevo, puesto que todavía no hay una residencia de seis meses en el lugar. ¡Hé ahí un absurdo! se exclama. Pueden encontrarse las dos partes en esta posicion; de consiguiente, será imposible la celebracion de su matrimonio, hasta que hayan adquirido una residencia de seis meses. Esto no puede ser; cuando dos personas son capaces de casarse, es preciso tambien que puedan celebrar su matrimonio. Se conviene en que rara vez llegará el caso, no se dice que nunca se ha presentado, pero basta que sea posible, dícese, para que deba rechazarse una interpretacion que conduce á semejante resultado. Reproducimos la objecion, porque M. Demolombe la encuentra decisiva; pero en verdad, nosotros no la hallamos ni siquiera seria. Es indudable que si yo deseo casarme, debo poder celebrar mi matrimonio, pero con una condicion, la de conformarme con la ley. Si pues la ley exige que tenga yo una residencia continua de seis meses en una municipalidad, se necesita que llene yo esta condicion lo mismo que debo llenar las otras. ¿Dónde está el absurdo?

Para escapar de este pretendido absurdo, Marcadé ha ideado que la antigua residencia de seis meses, continua hasta que se ha adquirido otra de igual tiempo, lo mismo

que se conserva el antiguo domicilio hasta que se ha adquirido uno nuevo. Marcadé se apoya en el derecho canónico. Nosotros creemos que el remedio es peor que la enfermedad. Esta consiste en esperar algunos meses, mientras que el remedio implica una violacion a la ley. El articulo 74 exige una habitacion *continua* durante seis meses; ahora bien, si se deja el lugar en que se tenia una habitacion de seis meses para establecerse en otra parte, no se tiene ya esa residencia continua que constituye el domicilio, *por lo que respecta al matrimonio*; para conservarlo en el lugar que se deja se necesitaria una disposicion expresa que derogara el art. 74; esta disposicion no existe; ¿corresponde crearla al intérprete, resuictando el derecho canónico derogado por el código de Napoleon?

416. Nada hemos dicho acerca de la discusion; en ella todas las opiniones pueden encontrar apoyo; lo cual quiere decir que para ninguna es un argumento serio. Existe, empero, un documento legislativo que decide la cuestion en sentido de la opinion nuestra; ese documento es el dictámen del consejo de Estado del 2º dia complementario, año XIII, aprobado el 4º La cuestion sometida al consejo estaba formulada en estos términos: «¿No pueden los militares contraer matrimonio si no es ante el oficial del estado civil del domicilio de uno de los cónyuges? ¿debe adquirirse por el militar este domicilio con seis meses de habitacion en el lugar en que se celebre el matrimonio?» Nótese que la cuestion reprodujo el texto del art. 74. ¿Qué contestó el consejo de Estado? «Que los militares, cuando se encuentren en el territorio del imperio, *no pueden* contraer matrimonio *sino* ante el oficial del estado civil de las municipalidades en que hubieren residido *sin interrupcion* durante seis meses, ó ante el oficial del estado civil de la municipalidad en que sus futuras consortes hayan adquirido *el domicilio señalado en el art. 74 del código civil.*» Háse

dicho que este dictámen no decide la dificultad, puesto que el consejo no había sido consultado más que acerca del matrimonio de los militares. Enhорабуена; pero el consejo emitió el parecer de que los militares están sometidos al derecho común cuando se encuentran en el territorio del imperio, lo cual es evidente. ¿Y cuál es ese derecho común? La decisión del consejo de Estado es tan clara y tan evidente como el texto del código: la residencia de seis meses es lo único que constituye el domicilio por lo que respecta al matrimonio. Así lo dicen los considerandos; y lo que es decisivo, interpretan el art. 165 por el art. 74: «Considerando que el art. 165 del código civil expresa que el matrimonio será celebrado por el oficial del estado civil del *domicilio* de una de las partes; que este *domicilio*, segun el art. 74, se adquiere con seis meses de habitacion continua en la misma municipalidad.» Esta es precisamente la doctrina que acabamos de enseñar.

417. Pregúntase cuál es el domicilio de los menores, *por lo que respecta á su matrimonio*. En concepto nuestro, la respuesta es sencillísima: el domicilio definido en el art. 74. Este artículo establece una regla general; ¿por qué no ha de aplicarse á los menores? Hay alguna excepcion en el código, en lo que á éstos concierne? Dícese que los menores no pueden adquirir un domicilio que les sea propio, que necesariamente tienen el domicilio de sus padres ó tutor (art. 108). Así es efectivamente en cuanto al domicilio de derecho que define el art. 102; pero no lo es respecto del domicilio especial establecido en el art. 74, y consiste en una habitacion continua de seis meses. ¿No puede tener el menor una residencia de hecho? De consiguiente, tambien puede tener un domicilio *por lo que respecta al matrimonio*. Y debe tenerlo. Objétanse otra vez los inconvenientes que resultarian de la aplicación del artículo 74; no podrían casarse las jóvenes que salen del con-

vento ó del colegio, para volver á la casa paterna, si no era despues del plazo de seis meses. ¡Tardanza perjudicial! exclama M. Demolombe. En verdad, si el plazo de seis meses no estuviera determinado por la ley, seria preciso inventarlo para las jóvenes que se casan al salir del colegio. ¡Cómo! ¿seria perjudicial darles el plazo de seis meses para conocer al hombre con quien van á unir su destino con un lazo indisoluble?

Varias veces hemos expresado el peligro que hay separándose del texto de la ley; primero, se la viola; despues, el intérprete se convierte en legislador. M. Demolombe dice que el matrimonio de los menores podrá tambien celebrarse en el lugar en que sus padres ó tutor tuvieren una residencia de seis meses; cree que esta residencia deberia ser *legalmente reputada* la del menor por lo que respecta al matrimonio (1). ¡Así es que con esto habria una presuncion *legal sin ley!* ¡Y qué presuncion! ¡Un domicilio de *hecho*, establecido por la ley con motivo de la habitacion continua del futuro cónyuge, seria determinado por la residencia de los padres ó del tutor! ¡De consiguiente, habria un domicilio de *hecho sin hecho* (2)!

#### § 3º De las publicaciones.

418. El art. 63 dice: «Antes de la celebracion del matrimonio, el oficial del estado civil hará dos *publicaciones*, con ocho dias de intervalo, en domingo, al frente de la puerta de la casa municipal.» La ley agrega que se le antará acta de las publicaciones y que un extracto de ella

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 312, numero 204.

2 Duranton comienza por decir que, respecto de los menores, debemos tenerse en cuenta su domicilio de derecho, y concluye decidiendo que los menores pueden invocar el art. 74! (*Curso de derecho francés*, t. II, p. 172, núm. 225).

permanecerá fijado á la entrada de la casa municipal durante los ocho días de intervalo de una á otra publicación (art. 64). Se ve que la *publicación* es un anuncio oral del matrimonio; sustituye, desde el punto de vista civil, á las amonestaciones publicadas ántes en la plática de la misa mayor. De hecho no hay publicación; los oficiales del estado civil se circunscriben á fijar en el lugar público un *extracto del acta*. Esto es completamente irregular, porque el *acta* no es más que un escrito que comprueba la publicación. De aquí que no se conciba una *acta* sin que hayan sido hechas las publicaciones. La costumbre ha pasado por encima de la ley. Sin embargo, el legislador daba suma importancia á las publicaciones; el primer elemento de la publicidad es con el que se quiere rodear al matrimonio; son indispensables sobre todo para poner el proyecto de matrimonio en conocimiento de los que tienen derecho para oponerse á su celebración. Hé ahí por qué exige la ley que las publicaciones se verifiquen en domingo (1). ¿De qué sirven los anuncios para los que no saben leer? ¡Y desgraciadamente es tan grande el número de éstos!

Pothier dice que las amonestaciones de matrimonio no deben publicarse si no es con el consentimiento de las dos partes que quieran contraer matrimonio (2). Si el oficial del estado civil hiciese las publicaciones á pedimento de una de las partes, y sin asegurarse del consentimiento de la otra, podría ésta contradecirle y reclamar indemnización de daños y perjuicios contra el que hubiere dispuesto de su nombre sin su aquiescencia, y aun contra el oficial público que se hubiera hecho culpable de la misma falta. Esta es la opinión común, y no admite duda alguna (3).

1 Thibaudeau, en la sesión del consejo de Estado del 14 fructidor año IX (Locré, t. II, p. 42, núm. 6).

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 76.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 334.

El art. 63 indica las constancias que debe contener la publicacion. Se ha advertido que la ley no exige la indicacion de la edad, conformándose con que se haga mencion de que los futuros cónyuges son mayores ó menores. Este hecho es el que más interesa á las personas que tienen derecho de presentar oposicion; sin embargo, como para los hijos hay una mayoría especial, habria sido mejor exigir que se expresara la edad. Si no lo ha hecho la ley, habrá sido quizás para halagar la delicadeza de los que se casan á una edad más ó menos avanzada.

Las actas de publicacion se inscriben en un libro especial; á diferencia de los demás libros del estado civil, ese es llevado en simple original, y se incorpora, al terminar el año, con los duplicados de los libros que se depositan en el archivo del tribunal (art. 63).

419. Las ordenanzas antiguas exigian tres publicaciones con objeto de prevenir los matrimonios clandestinos; la ley de 1792 se conformó con una sola publicacion; el código civil prescribe dos. De hecho, no hay ninguna. La publicidad que precede al matrimonio se reduce al aviso que se fija á la entrada de la casa municipal; este aviso no se renueva, sino que se deja subsistir hasta el dia en que, segun la ley, puede celebrarse el matrimonio. Eso no responde ciertamente á la exigencia de la ley. En el acto de la discussión, objetóse contra la formalidad de un doble anuncio, que podria poner trabas á la celebración y aun hacerla imposible. Para remediar este inconveniente, la ley permite al emperador ó á los oficiales que á este efecto propone, dispensar la segunda publicacion, por causas graves. Segun el decreto de 20 pradial, año XI, el procurador imperial es el que está investido de esta mision. Como puede haber causas graves que determinen apresurar la celebración del matrimonio, se necesitaba naturalmente otorgar el derecho de dispensa á un magistrado de

fácil acceso y que pudiese concederla sin dilacion. ¿Cuáles son esas causas graves? En la discusion se señalaron dos: el matrimonio *in-extremis*, que no admite plazo alguno, y el matrimonio de un oficial público, civil ó militar, obligado á dirigirse sin pérdida de tiempo á su destino á donde lo llaman circunstancias urgentes. Bajo el antiguo régimen, las dispensas eran cuestion de orgullo: desdeñábanse, dice Tronchet, de dejar que se pronunciara en público su nombre (1). Esta vanidad necia seria muy impropia hoy que la ola ascendiente de la democracia iguala todas las condiciones. Por lo demás, no hay publicaciones propiamente dichas; el único objeto de la dispensa es, pues, apresurar el matrimonio. La ley no permite que se dispensen las dos publicaciones, ni aun para un matrimonio *in-extremis*: el interés de la publicidad domina á todos los demás.

420. ¿Dónde deben hacerse las publicaciones? Tres artículos tenemos acerca de esta cuestión, y todos ellos dan margen á controversias que tienden á la incertidumbre de la doctrina sobre el lugar en que puede ó debe celebrarse el matrimonio. Nuestra opinión es que el matrimonio debe celebrarse siempre en la municipalidad en que los futuros cónyuges tengan una residencia continua de seis meses. En este punto de partida vamos á colocarnos para interpretar los arts. 166 y 167. Despues de haber dicho en el art. 165 que el matrimonio se celebrará ante el oficial civil del domicilio de una de las partes, dice la ley en el artículo 166: «Las dos publicaciones señaladas en el art. 63 se harán en la municipalidad del lugar en que tenga su *domicilio* cada una de las partes contratantes.» ¿Qué debe entenderse por la palabra *domicilio* en el art. 166? ¿El domicilio de derecho del art. 102, ó el domicilio de hecho

1 Sesión del consejo de Estado del 4 vendimario, año X (Loiré, t. III, p. 324, núm. 11).

del art. 74? Nos parece que la cuestión debe decidirse en el último sentido. Efectivamente, el art. 166 es la continuación del art. 165; se relacionan ambas disposiciones no sólo por el lugar que ocupan, sino principalmente por el motivo que las ha dictado. ¿Por qué exige el art. 165 que se celebre el matrimonio en el lugar en que los futuros cónyuges tengan una residencia de seis meses? ¿Por qué en este domicilio de hecho más bien que en el de derecho? Ya lo hemos dicho; con el objeto de que se rodee al matrimonio de la mayor publicidad posible. ¿Y cuál es el objeto de las dos publicaciones que, según el art. 166, también deben hacerse en el domicilio de cada una de las partes contratantes? El objeto es idéntico, la publicidad. De aquí que el medio de llegar al fin deba ser también el mismo. Lo cual quiere decir que en interés de la publicidad, deben hacerse las publicaciones en el domicilio de hecho, de preferencia al de derecho, si difieren ambos domicilios.

Tal es la regla. El art. 167 viene á complementarla; dice así: «Sin embargo, si el *domicilio actual no está determinado sino por seis meses de residencia*, las publicaciones se harán además en la municipalidad del *último domicilio*.» Esta disposición ha dado margen á muy diversas interpretaciones. ¿Qué debe entenderse por *el domicilio actual que no está determinado sino por seis meses de residencia*? Evidentemente el domicilio de hecho definido en el art. 74. De consiguiente, la ley supone que va á celebrarse el matrimonio en ese *domicilio de hecho*. También supone la ley que las partes tienen un *domicilio de derecho* diferente de ese domicilio de hecho. Pues bien, en esta hipótesis, la ley exige que se hagan las publicaciones en ambos domicilios, en el de hecho y en el de derecho. Este es el que el art. 167 denomina el *último domicilio*; lo han dejado las partes para tomar un do-

lio de hecho, y en ese sentido su domicilio de derecho es su último domicilio. ¿Por qué exige la ley esta doble publicación? La prescribe porque el domicilio de derecho es el lugar en que tienen las partes su principal establecimiento, en él es donde por lo regular se halla el asiento de sus negocios; de consiguiente, allí hay personas interesadas en conocer su matrimonio; de aquí que deba ser anunciado en él por vía de publicación. Esta, lo mismo que la celebración del matrimonio en el domicilio de hecho, no bastaría para hacerlo público en el domicilio de derecho. Hé ahí por qué prescribe la ley doble publicación.

Pregúntase cuándo no deben hacerse las publicaciones en el último domicilio. Se ha pretendido que nuestra opinión es que siempre deben hacerse en él. No es así. Por las palabras: *si el domicilio actual no está determinado sino por seis meses de residencia*, la ley entiende el domicilio de hecho. En consecuencia, si las partes contratantes han conservado su domicilio de derecho, al adquirir un domicilio de hecho, siempre deberán hacer sus publicaciones en el de derecho, por larga que haya sido su residencia en el lugar en que viven. Esto está fundado en razon. La ley exige que se publique el matrimonio en el lugar en que estén relacionados los futuros cónyuges; por fuerza de consecuencia deben estarlo regularmente en el lugar en que tienen su domicilio de derecho, puesto que en él está su principal establecimiento. De ahí la necesidad de dobles publicaciones. ¿Cuándo terminará esta necesidad? Cuando queden confundidos el domicilio de derecho y el domicilio de hecho. Es decir, si los futuros cónyuges tienen una residencia de seis meses en la misma municipalidad en que estén domiciliados. En ese caso no es aplicable el art. 167; ya no puede decirse «que el domicilio actual no está determinado sino por seis meses de

residencia;» porque además de la habitación de hecho, los cónyuges tienen también allí su domicilio de derecho. Y, en justicia, ya no es procedente hacer publicaciones en el antiguo domicilio, porque ya no tienen allí las partes el asiento de sus negocios (1).

421. El art. 168 dice: «Si las partes contratantes ó una de ellas, están, por lo que al matrimonio se refiere, bajo la potestad de otro, se harán también las publicaciones en la municipalidad del domicilio de aquellos bajo cuya potestad se hallen.» ¿Qué debe entenderse por estas palabras: *estar bajo la potestad de otro?* El sentido literal no deja duda alguna: los hijos están bajo la potestad de sus ascendientes hasta la edad de veintiún ó de veinticinco años, puesto que para contraer matrimonio necesitan su consentimiento. Despues de esta edad termina la *potestad* de los ascendientes. Es cierto que los hijos quedan obligados todavía á solicitar el *consejo* de sus ascendientes; pero no resulta de ello que estén bajo su *potestad*, porque pueden casarse á pesar de su negativa; esto no se llama ciertamente hallarse bajo potestad. También es la opinión común que las hijas mayores de veintiún años y los hijos mayores de veinticinco no deben hacer publicaciones en el domicilio de sus ascendientes. Sólo Marcadé es de parecer contrario (2); pero su opinión no ha encontrado eco. Es verdad que habría utilidad y conveniencia en hacer publicaciones, aun cuando los futuros cónyuges sean mayores, por lo que respecta al matrimonio, en el domicilio de los ascendientes; pero no se trata de lo que es útil y conveniente; trátase de saber si los hijos se hallan bajo la potestad de sus ascendientes cuando pueden menospreciar esta pretendida potestad: establecer la cuestión, es re-

1 Véanse las diversas opiniones de los autores sobre esta cuestión en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 343.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 425, art. 168, núm. 2.

solverla. De consiguiente, el texto es decisivo; desde ese momento todas las consideraciones que puedan invocarse competen al legislador; el intérprete no conoce más que la ley.

422. ¿Qué debe entenderse por domicilio en el artículo 168? Evidentemente el domicilio de derecho que define el art. 102. Aquí ya no se trata del domicilio de los futuros cónyuges por lo que respecta á su matrimonio; trátase del domicilio de los ascendientes. Ahora bien, el domicilio, en el lenguaje del código, es el domicilio de derecho, y en él es donde, en principio, deben verificarse todos los actos jurídicos concernientes al francés. La ley hace de esto una excepción respecto de los futuros cónyuges, pero no la hace en cuanto á los ascendientes de éstos. Se permanece, pues, bajo el imperio de la regla general.

Empero, la cuestión es dudosa cuando los hijos menores de veintiún años, y que carezcan de ascendientes, pretendan contraer matrimonio. Hállanse ciertamente, por cuanto á su matrimonio, bajo la potestad del consejo de familia; de consiguiente, conforme al art. 168, deberían hacerse las publicaciones en el domicilio del consejo (1). Tal es, en efecto, la opinión común. ¿Pero cuál es ese domicilio? Los autores contestan: el lugar en que el consejo se reúne y donde tiene su asiento. Ese sería un domicilio especial, diferente del domicilio general definido en el artículo 102; ahora bien, ¿no se necesita una ley para admitir un domicilio especial? La afirmativa es manifiesta. Proudhon tiene razón, pues, al decir que el consejo de familia no tiene domicilio. No solo no hay texto en este particular, sino que el espíritu de la ley está en pugna con la opinión común. Los publicaciones se hacen, en virtud del art. 168, para advertir á los que están llamados á con-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 294, número 190.

sentir en el matrimonio. En consecuencia, á los parientes colaterales es á los que se debe prevenir individualmente; quedará prevenidos éstos, si el hijo hace las publicaciones en el lugar en que se reunió el consejo de familia, es decir, en su propio domicilio? Podría suceder que ninguno de los miembros del consejo tuviese su domicilio en este lugar: ¿de qué servirían entonces las publicaciones? Finalmente, las publicaciones que, según los autores, deberían hacerse en el domicilio del consejo de familia, se confundirían casi siempre con las que deben hacerse en cumplimiento de los arts. 166 y 167. En efecto, si el menor reside en el lugar en que está su domicilio, en ese caso, se harán las publicaciones en el domicilio del menor, que es el mismo en que se reúne el consejo de familia: Si el menor tuviere un domicilio distinto de su residencia, las publicaciones deberán hacerse también en el domicilio, es decir, en el lugar en que se reúne el consejo de familia. De consiguiente, con arreglo al art. 168, en lo concerniente al consejo de familia, se harán las publicaciones que determinan los arts. 166 y 167.

423. ¿Cuándo podrá celebrarse el matrimonio? El artículo 64 contesta que no podrá ser antes del tercer día, pasado y no comprendido el de la segunda publicación. Como esta se hace ó se considera que se hará el domingo, el matrimonio podrá celebrarse el miércoles siguiente. Si ha habido dispensa de la segunda publicación, podrá celebrarse el matrimonio el tercer día después de la primera. Esta es la opinión común. Pero no podrá celebrarse antes, diga lo que quiera Marcadé, quien, también acerca de este punto, ha ideado una opinión nueva. En caso de absoluta necesidad, dice este autor, podría celebrarse el matrimonio después de un plazo de veinticuatro horas. Esto, claramente, es redactar la ley; porque la ley no es muda, como se pretende: el art. 64, combinado con el art. 168, decide

la cuestión. De cualquiera manera que la decida, es imposible admitir un plazo de veinticuatro horas, que es puramente imaginario (1).

Según el art. 65, si no se ha celebrado el matrimonio dentro de un año contado desde la espiración del *plazo de las publicaciones*, no podrá celebrarse ya sino después de que se hagan nuevas publicaciones. Se comprende la necesidad de proceder así. Por lo regular, el matrimonio se celebra luego que ha transcurrido el plazo de las publicaciones; si no se celebra, si las partes permanecen un año en la inacción, debe creerse que han abandonado el proyecto de matrimonio; de aquí el que, si insisten, sea necesario dar nueva publicidad, porque ya quedaron olvidadas las publicaciones antiguas. ¿Qué debe entenderse por el *plazo de las publicaciones*? El plazo espira el tercer día que sigue a la segunda publicación. Estos tres días están comprendidos en el plazo, puesto que, antes del tercer día, no puede celebrarse el matrimonio. Estando comprendido ese tercer día en el plazo de las publicaciones, resulta que el matrimonio no podría celebrarse el miércoles respectivo del año siguiente (2).

#### § 4º Entrega de los documentos.

**424.** Las partes contratantes deben entregar al oficial del estado civil diversos documentos. Estos serán la justificación de que los futuros cónyuges llenan todas las condiciones prescritas para poder contraer matrimonio. Los documentos de que se trata son los siguientes:

1º El acta de nacimiento de cada uno de los futuros cónyuges (art. 70). Esta acta comprueba su edad y su si-

1 Véanse las diversas interpretaciones en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 341.

2 Acerca de este punto existen diferentes opiniones. Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 342.

llacion, dos hechos que está interesado en conocer el oficial público, puesto que de ellos puede resultar un impedimento diriamente ó prohibitivo. La ley prevé el caso en que las partes se hallen en la imposibilidad de procurarse el acta de su nacimiento; permite suplirla con una acta de notoriedad expedida por el juez de paz del lugar del nacimiento ó el del domicilio. El art. 71 determina las declaraciones que debe contener el acta de notoriedad, y el art. 72 exige que ésta sea autorizada por el tribunal, el que puede negar su autorización si encuentra insuficientes los testimonios.

2º El acta en que conste el consentimiento de los ascendientes ó el del consejo de familia. Ya dijimos que esta acta debe ser auténtica (art. 73), y no hay para qué decir que no es necesaria más que cuando no asisten á la celebración del matrimonio los padres llamados á dar el consentimiento.

3º El expediente de las peticiones respetuosas que hayan debido hacerse en el caso en que los ascendientes nieguen su consentimiento al futuro cónyuge, mayor por lo que respecta al matrimonio (art. 157).

En el caso de que hubieren fallecido ó se encontraren imposibilitados de manifestar su voluntad, los padres que deben consentir ó dar su consejo, deben los futuros cónyuges presentar las actas que justifiquen la defunción, la ausencia ó la enajenación mental. Ya mencionamos el dictámen del consejo de Estado del 24 mesidor, año XIII, que tiene por objeto facilitar esta prueba. Existe otro, fecha de 19 de Marzo de 1808, que permite corregir ligeras irregularidades en las actas del estado civil, sin recurrir al procedimiento de rectificación (1).

1 Véanse estos dictámenes en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 356, 357.

4º Una constancia auténtica de las dispensas de edad, parentesco ó alianza que hubieren sido concedidas.

5º El acta en que conste la defuncion del primer cónyuge ó el divorcio, si el futuro cónyuge contrajo matrimonio anterior.

6º Los certificados exigidos para los militares y los que justifiquen que el futuro cónyuge ha dado cumplimiento á la ley sobre la milicia.

7º El acta ó el fallo que contenga la desestimacion de la oposicion, si se hubiere establecido esta.

8º El certificado en que conste que se han hecho las publicaciones con arreglo á la ley, y si ha habido dispensa de ellas, el acta que la concede.

#### § 5º Celebracion del matrimonio.

425. El matrimonio se celebra, el dia señalado por las partes, en la casa municipal (art. 75). En el proyecto sometido al consejo de Estado habia un artículo concebido en los siguientes términos: «En caso de impedimento, podrá el sub-prefecto autorizar al oficial del estado civil para que se traslade al domicilio de las partes con objeto de recibir sus declaraciones y celebrar el matrimonio.» Esta disposicion fué suprimida. ¿Qué debe deducirse de ello? Que por lo regular el matrimonio debe celebrarse en la casa de ayuntamiento; eso es manifiesto, toda vez que lo expresa la ley. Tambien es cierto que el oficial público no puede estar obligado á celebrar el matrimonio en el domicilio de las partes. ¿Pero tiene la facultad de hacerlo? Hay un caso en que es clara la afirmativa, cuando se trata de un matrimonio *in-extremis*. Puede haber tambien otros impedimentos, por ejemplo, una enfermedad que no sea mortal. En el campo suele aconocer que no haya casa mu-

nicipal; un figura hace veces de casa de ayuntamiento. Siempre que haya un motivo legítimo, cualquiera que sea, puede celebrarse el matrimonio en el domicilio de las partes. Esta es la opinión general (1), fundándose en los principios que rigen la nulidad del matrimonio. Volveremos á ocuparnos de este asunto.

426. «El matrimonio se celebrará públicamente», dice el art. 165, es decir, abiertas las puertas, de manera que el público pueda asistir á su celebración. Para dar asimismo publicidad al matrimonio, exige la ley la presencia de cuatro testigos (art. 75), los cuales deben reunir las condiciones prescritas en el título de las Actas del estado civil (art. 37).

El oficial civil lee á las partes, en presencia de los testigos, los documentos que deben haberle entregado: estos documentos justifican su estado y el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley. Es importante que las partes tengan la prueba de que nada se opone á la validez de su matrimonio. Es preciso igualmente que conozcan las obligaciones que van á contraer; hé ahí la razón de que la ley exija que el oficial público lea á los futuros cónyuges el capítulo VI del título del Matrimonio sobre *los derechos y los deberes respectivos de los cónyuges*.

Todas estas solemnidades tienen por objeto llamar seriamente la atención de los futuros cónyuges acerca de las obligaciones que van á contraer, ilustrándolos y asegurándoles á la vez su libertad. Esta es la razón de que todo se lleve á cabo á la clara luz de la publicidad, en presencia de un oficial público, órgano de la sociedad, delante de testigos, y con asistencia de los conciudadanos de las partes contratantes. Hay un punto esencial, la libertad com-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 313, número 206.

pletea de los futuros cónyuges, porque su consentimiento es el que constituye el matrimonio. El primer cónsul insistió acerca de este punto al discutirse en el consejo de Estado. «Si sólo se tratara de hacer constar el matrimonio, dijo, bastaría emplear el ministerio de un notario; mas un contrato que establece una nueva familia debe celebrarse con solemnidad: la hija á quien se hubiera violentado en sus inclinaciones, podrá reclamar delante del público, protegida con la presencia del oficial del estado civil y con la de los testigos (1).»

Finalmente, el oficial público recibe de cada parte, sucesivamente, la declaración de que es su voluntad aceptarse por marido y mujer; en seguida declara en nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio (art. 75). «Esto es muy áspero, dice el primer cónsul: ¡ved á los sacerdotes! Hay una verdad profunda en esas palabras. El matrimonio no se contrata únicamente en presencia de la sociedad humana, se contrata ante todo en presencia de Dios. Ante Dios se unen los futuros esposos ántes de presentarse ante el oficial del estado civil. Hé ahí por qué se necesita que acompañen al matrimonio ceremonias religiosas; y no vacilamos en decirlo, esas solemnidades tienen más valor á nuestros ojos que el ceremonial árido de la ley. No es que pretendamos dar al sacerdote una autoridad que le niega la razon. No decimos que el matrimonio se haga por el sacerdote, se hace por Dios; Dios es el que une las almas, y este lazo de las almas es lo que constituye el matrimonio.

427. Pregúntase si los futuros cónyuges deben comparecer personalmente ante el oficial del estado civil, ó si pueden hacerse representar por una persona competentemente autorizada. Merlin dice que todo individuo puede,

<sup>1</sup> Sesión del consejo de Estado del 14 fructidor, año IX, núm. 24 (Loeré, t. II, p. 47).

en tesis general, hacer por medio de un apoderado especial lo que por sí mismo puede hacer, á menos que lo prohiba la ley. Nuestra cuestión se reduce, de consiguiente, á saber si la ley hace una excepción en cuanto al matrimonio. Ahora bien, en el derecho antiguo estaba permitido el matrimonio por poder, y en el código no hay texto que lo prohíba. Por fuerza de consecuencia, el matrimonio permanece en la regla general (1). ¿Es verdaderamente cierto que no hay texto en el código? Primero, el art. 36 supone que *hay casos* en que las partes interesadas están obligadas á comparecer personalmente; el art. 294 establece una de esas excepciones, y el art. 75 sanciona otra respecto del matrimonio. Es verdad que el art. 75 no dice en términos expresos que no puede llevarse á cabo el matrimonio por apoderado; pero no hay ni una formalidad prescrita por la ley que no implique la presencia de los futuros cónyuges. No insistiremos sobre este punto, pero es esencial. Ha dicho el primer consul que las solemnidades del matrimonio tenían por objeto garantizar la libertad de las partes contratantes; ¿y cómo estaría asegurada esta libertad si pudiera hacerse representar por un apoderado especial el cónyuge violentado? Esto es decisivo (2). Existe otra consideración que nos parece igualmente decisiva. En general, los menores no intervienen en los actos que les conciernen; el tutor es quien los representa en todos los actos civiles, dice el art. 450. Sin embargo, cuando el menor se casa, no está representado por su tutor; la ley no permite que éste hable en nombre del menor cuando se trata de los contratos matrimoniales concernientes á los

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección IV, § 1, art. 1º, cuestión 4º.

2 Esta es la opinión común (véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 372; está sancionada en una sentencia de la corte de Bastia de 2 de Abril de 1849 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1849, 2, 80).

bienes; el menor es quien da su consentimiento para esos contratos, y no es acompañado de su tutor, sino de las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio (art. 1398). Hé ahí, de esta suerte, incapaces que tienen un mandatario legal para *todos los actos de la vida civil*; y sin embargo, la ley no permite á este mandatario general proceder en nombre del menor cuando éste se casa, ni aun cuando el menor celebre un contrato por ante notario. ¿No prueba esto, hasta la evidencia, que, en el espíritu de la ley, debe contraerse personalmente el matrimonio? Si admitiera este por apoderado, habría debido admitirlo respecto de los menores, que siempre proceden por apoderado. Si no permite que el menor sea representado por su tutor, ¿se concibe que permita hacerse representar por un apoderado especial? ¿Y si no lo permite á los menores, lo permitirá á los mayores?

428. El art. 75 dice que el oficial del estado civil levantará inmediatamente el acta de la celebración del matrimonio. ¿Se requiere esta acta para la existencia ó para la validez del matrimonio? En el derecho antiguo admitíase, sin duda alguna, que el matrimonio se perfeccionaba con el consentimiento de las partes, con tal de que se diera en presencia del oficial que tiene la misión de recibarlo. Síguese de ahí, dice Pothier, que el matrimonio existe ántes de que se redacte el acta; ésta no es más que un requisito para la prueba (1). Estos principios son también los de nuestro derecho moderno. Ni el texto ni el espíritu de la ley hacen del acta de celebración una condición requerida, ya sea para la existencia, ya para la validez del matrimonio. La falta del acta no traería consigo la nulidad del matrimonio; así resulta de los principios que establece el código sobre la nulidad del matrimonio,

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 378.

y que acabamos de exponer. En cuanto á la influencia que el acta de celebracion pueda ejercer en la existencia del matrimonio, nada dice el código: en las páginas anteriores hemos tratado la cuestión (núm. 279).

429. El art. 76 enumera las inserciones que debe contener el acta de matrimonio. Nos remitimos al texto. ¿Es nula el acta por inobservancia de las formalidades prescritas en el art. 76? Esta cuestión se decide por los principios que rigen las actas del estado civil. Las hemos expuesto al principio de este tomo (níms. 21-27). La regla es que no hay nulidad. Una sentencia de la corte de Montpellier decidió que no es nula el acta de matrimonio, sino cuando no está firmada por alguna de las partes comparecientes. Los considerandos implican que habría sido distinta la decisión de la corte si no hubiera firmado el oficial público (1). Efectivamente, sin la firma del oficial que tiene la misión de imprimir autenticidad al acta, no hay acta. Una sentencia de la corte de Lieja decidió que no había nulidad cuando el acta no designara la municipalidad en que se celebró el matrimonio (2). Esto es clarísimo; el art. 76 no prescribe esta inserción; ¿y cómo podría ser nula una acta por la falta de una inserción que no exige la ley? La ley hipotecaria belga agrega una inserción á las que debe contener el acta con arreglo al art. 76. Exige que el acta exprese «la fecha de los contratos matrimoniales de los cónyuges, y la indicación del notario que los haya recibido.» Al explicar la ley hipotecaria, volveremos á tratar de esta disposición.

1 Sentencia de 4 de Febrero de 1840 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 568, 59).

2 Sentencia de 4 de Febrero de 1819 (*Pasicrisie*, 1819, 283).