

1824 se lee que es también 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 *máximum* de edad. En el derecho antiguo los matrimonios llamados *in-extremis* no producían efectos civiles. La ordenanza de 1639 privaba del derecho de sucesión á los hijos de mujeres á quienes los padres de aquéllos habían sostenido y con las que se casaban al llegar al término de la vida. Se adivina cuál era el objeto del legislador. Quería impedir la inmoralidad de los celibatos repugnantes en que el hombre busca las dulzuras del matrimonio rechazando las obligaciones de una unión legítima 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 disposición los autores del Código. Entre dos males han escogido el menor. La ordenanza de 1639 no prevenía los desórdenes ó impedía repararlos asegurando un estado á los infelices hijos fruto de aquellos enlaces vergonzosos. (2)

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

§ I.—DE LA CAPACIDAD DE CONSENTIR.

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

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

2 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 40 (Loché, 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 pródigos 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 (artículos 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 esta-

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

blece la ley sobre los efectos de la inhabilitación? ¿Debe decirse que el matrimonio es inexistente? La cuestión está muy debatida y es harto dudosa.

286. Según el art. 502 son nulos de derecho todos los actos dispuestos por el incapacitado con posterioridad al fallo que produce la inhabilitación. Del fallo resulta una presunción legal de incapacidad, presunción 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 lúcido. ¿Reciben su aplicación en el matrimonio estos principios? No lo creemos.

La inhabilitación es declarada cuando una persona se encuentra en estado habitual de imbecilidad, de demencia ó de furor. La enajenación mental no es por sí misma una incapacidad absoluta de consentir. El art. 489 supone que el enajenado tiene intervalos lúcidos; 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 cuestión está en saber si la inhabilitación tiene por objeto despojar al incapacitado del derecho que tenía de casarse durante un intervalo lúcido.

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

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

las circunstancias de la causa; sería, 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 artículo 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 apreciación, que no puede darse cuenta de ninguna circunstancia. En consecuencia, debe tomar su partido ó aplicar el artículo 502 en todos los casos posibles, ó apartarse de él como si no recibiera aplicación en cuanto al matrimonio. Creemos que en este último sentido es como debe ser decidida la cuestión.

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 á preguntar cuál es el objeto de la inhabilitación. La inhabilitación no tiene más que un solo 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 inhabilitación. Supóngase que nada posee el inhabilitado: en ese caso no tiene razón de ser la inhabilitación. La enajenación es una enfermedad, el enajenado debe ser puesto bajo el cuidado de un médico; ¿tiene acaso la inhabilitación algo de común con el tratamiento de un enfermo? Siendo así bastaría 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. Te-

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

niendo esto en consideración por lo regular no se inhabilitará al enajenado, y en este caso podrá casarse. ¿Por qué no podría hacerlo estando inhabilitado? ¿De que posea bienes para cuya conservación se toman medidas deberá deducirse que está privado de un derecho que recibe de la Naturaleza, derecho de que gozaría si careciera de bienes? Esto sería altamente ilógico. ¿Qué importa, según eso, que la ley diga que *todos los actos* son nulos de derecho? Sí, todos los actos que pueden comprometer la fortuna del incapacitado; no el matrimonio, que no es un contrato pecuniario sino la unión de las almas.

Hay otra consideración que nos parece decisiva para eludir el art. 502. Si se aplica al matrimonio es necesario decidir que el contraído por el incapacitado es *nulo de derecho*, como lo son todos los actos ejecutados por él. De consiguiente, habrá lugar á una acción 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; éstas 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 contraído por el incapacitado? Según la teoría del Código sobre las nulidades de matrimonio deberá decirse que es relativa, puesto que corresponde á una incapacidad de consentir. Así, pues, no habría 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 acción de nulidad no pertenece más que á aquellos á quienes la ley la concede. Ahora bien, la ley es muda. ¿Existe, pues, una acción de nulidad y no se sabe por quién será intentada! ¿Por el tutor acaso? Se admite, á

menos que se exija la autorización 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 contraído por el inhabilitado? Si se invocan los principios de la inhabilitación para anular el matrimonio del inhabilitado también deberán aplicarse estos mismos principios á la acción 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 límites á la acción 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 inhabilitación. Eso decide la cuestión en contra de los colaterales. Así lo ha fallado la Corte de Casación, (2) y la cuestión 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 inhabilitación, y se encuentra que es imposible aplicar estos principios á la acción de nulidad. Tendríamos entonces una acción de nulidad sin saber por quién puede ser intentada. La Corte de Casación, rechazando completamente la acción 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) También eso es inad-

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

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

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

misible. El art. 180 no habla del incapacitado ni de la incapacidad de consentir, sólo 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 también la Corte de Casación en su sentencia de 1844 está dedicado un capítulo entero á las demandas de nulidad de matrimonio, y allí están previstos todos los derechos. De consiguiente, en ese capítulo es donde debe buscarse la solución de la cuestión 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 contraído durante un intervalo de lucidez, ó es inexistente. Esta última hipótesis es la de Marcadé; la funda en lo histórico de la redacción. 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. Después de algunas discusiones fué rechazado el artículo, 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, referir-

se al art. 146, que declara que no hay matrimonio cuando no hay consentimiento; y, consiguientemente, en la mente del Consejo de Estado, el matrimonio contraído 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 Tribunal 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 Tribunal pidió que se agregara al artículo 146 un párrafo que dijera: «El inhabilitado por causa de demencia no puede contraer matrimonio.» No fué acogida esta proposición, que no hacía más que reproducir una disposición rechazada ya como inútil. (1)

La hipótesis de Marcadé también debe ser rechazada, á juicio nuestro. Desde luego pugna con los principios que rigen la inhabilitación. Supone que el inhabilitado está poseído de una incapacidad absoluta para consentir, absoluta en el sentido de que los actos que ejecutara serían 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 sería 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 habría matrimonio. ¿No se necesitaría 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 excepción. ¿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, núm. 2.

rimonio? No es el art. 502; aun suponiendo que se aplique al matrimonio resultaría de ello que el matrimonio sería nulo, pero no inexistente. Tampoco es el artículo 146: esta disposición supone la ausencia de consentimiento ó la incapacidad absoluta para consentir. Ahora bien, el inhabilitado no está poseído de esta incapacidad absoluta; puede consentir si tiene intervalos lúcidos. Marcadé invoca la discusión: ésta 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 cuestión de hecho y no de derecho, porque no hay texto que establezca la incapacidad. Aun suponiendo que la discusión 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 discusión está lejos de decidir la cuestión. Para que fuese decisiva se necesitaría, 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 distinción de las actas inexistentes y las actas nulas. Todos los demás confundían la inexistencia con la nulidad. En este espíritu estaba concebida la disposición del proyecto que invoca Marcadé, y no se ve que el Tribunal haya tenido otra intención al pedir que el inhabilitado fuese declarado incapaz de casarse. En definitiva, la discusión nos deja en presencia de los textos y de los principios. Textos aplicables al inhabilitado no hay más que dos: el art. 502, que no puede ser invocado, y el art. 146, que deja que se trate toda la cuestión 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 existente 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 implícitamente que el inhabilitado no está en lo absoluto incapaz de contraer matrimonio en los intervalos lúcidos. (1) Tal es también la opinión de Zachariæ; sólo que que éste exige para la validez del matrimonio que el incapaz tenga el consentimiento de las personas bajo cu-

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

ya 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 artículo 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 artículo 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 necesita ninguna toda vez que el incapacitado permanece bajo el imperio del derecho común; si se casa en un intervalo lúcido su matrimonio será del todo válido: si está en estado de demencia el matrimonio será inexistente en virtud del artículo 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

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, pfo. 554, página 283.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 189, número 128. Consúltese el núm. 127, ps. 175 y siguientes.

del Código de Napoleón. Este era, ciertamente, el parecer de los que formularon el proyecto de Código, era el parecer del Tribunado; y en el seno de 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 Tribunado 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.

§ II.—DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Núm. 1. ¿Cuáles son los vicios del consentimiento en materia de matrimonio?

289. 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 Emmerý, Exposición de los motivos del título *De la Inhabilitación* (Loeré, t. III, p. 472, núm. 7).