

to establecido entre cuñados por el art. 162 antes de la ley de 28 de Febrero de 1831, y en Francia antes de la ley de 16 de Abril de 1832. La Corte de Paris ha sentenciado que el contrato de matrimonio redactado antes de esta ley era válido si el matrimonio fué celebrado después de la ley con dispensa. Se ha criticado esta decisión; la creemos muy jurídica. El contrato es también condicional en el sentido de que su eficacia depende de un cambio en la legislación. Las leyes pueden ser cambiadas; de hecho, el art. 163 ha sido modificado en Francia y en Bélgica; ¿por qué las partes no pudieran contraer en previsión ó si se quiere en la esperanza de una ley nueva? Las objeciones que se han hecho contra la sentencia de la Corte de Paris no nos parecen serias. Se ataca el principio en el que se funda. La sentencia pudiera ser redactada mejor, pero el principio que aplica es incontestable. No hay, como se ha pretendido, una causa ilícita en el contrato de matrimonio hecho en un momento en que el matrimonio era legalmente imposible, pues si la ley prohíbe el casamiento, no prohíbe el contrato de matrimonio. Inducir la prohibición del contrato de la prohibición del matrimonio, es crear una prohibición y una nulidad; el intérprete no tiene este derecho. (1)

12. Hemos supuesto siempre que el contrato de matrimonio era válido; puede suceder que esté viciado por causas que le son propias y que el matrimonio también tenga vicios que lo hagan nulo. Hay entonces dos acciones de nulidad, independientes una de otra. La nulidad del matrimonio puede cubrirse si no es más que relativa. En este caso, el matrimonio será válido, aunque el contrato sea nulo; la confirmación del matrimonio no implicará la confirmación del contrato; ambas actas son regidas por principios diferentes, aunque el uno sea preliminar del otro, como lo vamos

1 Paris, 9 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 73, y la nota del sentenciista). El matrimonio había sido celebrado, en el caso, antes de la nueva ley, pero hubo una segunda celebración después de la publicación de la ley.

á decir al tratar de la capacidad para contraer que se requiere para la validez del contrato de matrimonio. El principio, tal como lo acabamos de presentar, está admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Troplong lo ha combatido estableciendo como principio la indivisibilidad del matrimonio y de las convenciones matrimoniales; esta opinión no ha encontrado eco. Vamos á volver sobre el principio y las objeciones que se han hecho. (1)

## § II.—CAPACIDAD PARA CONTRAER.

### Núm. 1. Principio.

13. La capacidad para casarse ¿basta para hacer un contrato de matrimonio, ó es preciso además la capacidad para contraer y consentir las estipulaciones comprendidas en el contrato de matrimonio? Estos son ordinariamente los términos con los que se presenta la cuestión, y, en nuestro concepto, está así mal presentada. La capacidad para casarse, como lo acabamos de decir (núms. 7-12), no es una condición propiamente dicha de la validez del matrimonio; solo que como las convenciones matrimoniales no se conciben sin matrimonio, el contrato está necesariamente subordinado á la celebración del casamiento; de donde resulta que la nulidad del matrimonio arrastra la caducidad de las convenciones matrimoniales. En este sentido puede decirse que aquel que quiere hacer un contrato de matrimonio debe ser capaz para casarse; pero lo que prueba que esto no es una condición verdadera, es que el contrato puede ser válido aunque el matrimonio sea nulo, lo que sucede cuando éste, aunque viciado, no está anulado, ó cuando la nulidad se cubre por la confirmación. ¿Cuál es, pues, la capacidad necesaria para hacer un contrato de matrimonio? En teoría, la respuesta es bien sencilla. Aquel que hace un contrato de matrimonio

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 231 y siguientes, y nota 10, pfo. 501.



aun no se casa; luego no necesita de la capacidad para casarse. ¿Qué hace? Contrae; luego debe tener capacidad para contraer. Ordinariamente hace más que obligarse, enajena disponiendo de sus bienes muebles ó inmuebles; debe, pues, tener capacidad para enajenar.

¿El Código consagra esta teoría? Cosa notable, nada dice de la capacidad requerida para hacer un contrato de matrimonio; esto decide la cuestión. En efecto, por esto solo que la ley no deroga á los principios generales que rigen á los contratos en general, ésta los mantiene. ¿Cuáles son estos principios? En el título *De las Obligaciones*, hay un capítulo titulado: *De las condiciones esenciales para la validez de las convenciones*. Una de estas condiciones es la capacidad para contraer. Esta es una condición general y esencial de todo contrato; no se concibe que la ley declare á un incapaz propio para contraer. La ley envuelve á los incapaces con una protección especial; determina las condiciones y las formas que deben ser observadas cuando contrae un incapaz, con el fin de resguardar los intereses de aquellos que no pueden por sí vigilar sus derechos. ¿Puede suponerse que haya olvidado esta solicitud cuando se trata del contrato más importante, del contrato de matrimonio que rige á las partes contratantes durante toda su vida, y que no pueden ni revocar ni modificar su consentimiento mútuo?

14. Hay una opinión contraria según la que la capacidad para casarse basta para consentir las convenciones matrimoniales; de manera que los incapaces á los que la ley permite casarse, serían por esto mismo hábiles para hacer un contrato de matrimonio. (1) Se invoca en apoyo de esta doctrina, un antiguo adagio que se formula de diferentes modos: *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias*; ó: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. El adagio

1 Demante, t. VI, pág. 25, núm. 15. "El favor de las convenciones matrimoniales es tal, que toda persona capaz para casarse debe ser por esto mismo capaz para consentirlas."

es verdad en cierto sentido; es falso si se entiende como acabamos de decirlo. Hay personas que la ley declara incapaces para contraer: éstas son los menores y los incapacitados (art. 1,124). Las personas colocadas bajo consejo judicial no están marcadas de incapacidad absoluta, pero el Código les prohíbe consentir las convenciones más importantes sin la asistencia de su consejo (art. 499, 513). Aunque declarados incapaces para contraer, los menores y las personas colocadas bajo consejo pueden casarse; se admite generalmente que los incapacitados tienen el mismo derecho. Pudiendo casarse los incapaces, la ley debió autorizarlos para hacer un contrato de matrimonio, pues no hay matrimonio sin convenciones matrimoniales expresas ó tácitas. Si se casan sin haber redactado una acta de sus convenciones matrimoniales, estarán casados bajo el régimen de la comunidad legal que, en este caso, será su contrato de matrimonio. Si pueden consentir tácitamente un régimen, deben de tener el derecho de hacer un contrato ante notario. ¿Es esto decir que los incapaces pueden, sin condición ninguna y sin ninguna garantía, consentir toda clase de convenciones matrimoniales? Desde que se presentan ante un notario para hacer un contrato de matrimonio, deben tener capacidad para contraer. Esta capacidad no la tienen; no pueden, pues, hacer un contrato de matrimonio, á no ser que llenen las condiciones y formas que la ley prescribe para cubrir su incapacidad y resguardar sus intereses. Esto es el derecho común; y como la ley no lo deroga en lo que concierne á las convenciones matrimoniales, los incapaces quedan sometidos á él. De esto resulta cierta anomalía; los incapaces pueden casarse bajo el régimen de la comunidad legal, sin observar ninguna forma; luego sin ninguna garantía; y no podrían consentir una comunidad reducida á los gananciales, aunque esta comunidad sea un régimen más favorable á los esposos que la comunidad legal. Se contesta, y legalmente la contestación



es perentoria, que la ley, al hacer de la comunidad llamada legal, el régimen del derecho común, la consideró por esto mismo como el régimen más favorable; se concibe, pues, que este régimen haya sometido á los incapaces á la naturaleza de este contrato garantizando suficientemente sus intereses. Pero desde que quieren derogar, la derogación pudiéndoles ser perjudicial, la ley quiere que estén protegidos por la observación de las condiciones y de las formas que tiene establecidas en su favor.

Es en este sentido que el Código aplica el adagio á los menores. El art. 1,398 comienza por decir que «el menor hábil para contraer matrimonio está hábil para consentir *todas las convenciones* de que es susceptible este contrato. Hé aquí la tradición del adagio latino. Si el artículo no dijera otra cosa, se podía deducir que la ley liberta á los incapaces, cuando menos á los menores, de la incapacidad que los aflige cuando se trata de convenciones matrimoniales. Pero el art. 1,398 agrega una restricción á lo que acabamos de decir, esta restricción consagra la incapacidad tal como acabamos de aplicarla. «Y las convenciones y donaciones que hace en él son válidas *siempre que lo hayan asistido* en su contrato las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio». Así, no es verdad que el menor pueda consentir las convenciones matrimoniales por el solo hecho de estar hábil para contraer matrimonio; queda incapaz para contraer, y es porque es incapaz como la ley quiere que esté asistido; esta asistencia cubre su incapacidad. Si, pues, el menor puede hacer un contrato de matrimonio, no es porque esté hábil para contraer matrimonio, es porque está asistido.

15. Se da también otro sentido al adagio según el que aquel que está hábil para casarse lo está para consentir todas las convenciones matrimoniales; esto es, que los incapaces que pueden casarse quedan por esto mismo habilita-

dos para hacer un contrato de matrimonio, de manera que la capacidad para el matrimonio cubre la incapacidad para contraer. Se funda esta doctrina en el principio de la indivisibilidad de las convenciones matrimoniales y del matrimonio. Desechamos el pretendido principio, así como las consecuencias que se deducen de él. Lejos de ser indivisible, el matrimonio y el contrato son dos convenciones de naturaleza esencialmente diferente y regidas por principios diferentes. El contrato de matrimonio es una convención relativa á los bienes de los futuros esposos, convención de interés pecuniario de la que se trata en el libro que se refiere á las obligaciones convencionales. La clasificación marca la voluntad del legislador: puesto en la misma línea que la venta, el contrato de matrimonio está sometido á las reglas que rigen á todos los contratos; luego al art. 1,108 que coloca la capacidad entre las condiciones esenciales para la validez de las convenciones. El matrimonio también es un contrato; pero, cosa notable, la ley no le da este nombre: trata de él en el primer libro, consagrado á las personas. La clasificación separa, pues, los dos contratos, el matrimonio y las convenciones matrimoniales, bien que estén unidos por un lazo estrecho. Y la separación es muy significativa. El matrimonio es un contrato de estado personal; todo en él es de orden público, por eso la ley reglamenta todo lo que se refiere á las condiciones y efectos del matrimonio, nada se deja á las convenciones de las partes interesadas. Toda derogación que hicieran éstas á las leyes de orden público están por esto mismo heridas de nulidad. De otra manera pasa con el contrato de matrimonio; la primera regla que tiene el título dice que la ley no rige la asociación conyugal en cuanto á los bienes sino á falta de convenciones especiales que los esposos pueden hacer como gusten. Esta es la regla general para todos los contratos de interés pecuniario; la ley no impone su



voluntad á aquellos que contraen, solo reglamenta los efectos de su voluntad presunta, á reserva que las partes manifiesten una voluntad contraria.

Dos contratos de una naturaleza esencialmente diferente, regidos por principios diferentes, ¿pueden ser indivisibles? Esto implica contradicción, pues esto sería aplicar á un orden de cosas, principios que han sido establecidos para un orden de cosas enteramente distinto. La ley organiza el matrimonio en vista del interés general; es la base de la moralidad; hé aquí por qué la ley lo autoriza en una edad en que en nuestros climas se es niño todavía; lo favorece no admitiendo la demanda por nulidad sino en los casos que ella prevee; aunque obra la acción de nulidad, limita á ciertas personas el derecho de intentarla, y cuando no hay un interés social en causa, permite fácilmente cubrir la nulidad por una confirmación. ¿Se aplican estos principios al contrato de matrimonio en virtud de la pretendida indivisibilidad de las dos convenciones? Esto no sería aplicar la ley, sería violarla, pues se extenderían reglas escritas en interés social á un orden de cosas en que se trata de intereses pecuniarios.

16. ¿Qué dice Troplong en apoyo de la indivisibilidad de que solo es defensor? (1) Pregunta si las dotes no se ligan al interés público; pregunta si no es en vista del orden público que la ley declara el contrato de matrimonio sagrado é inmutable. Nó, las dotes no son de orden público; dota quien quiere, y las partes arreglan sus dotes como lo entienden. ¿Qué importa que el contrato de matrimonio no pueda ser modificado? Dirémos más adelante cuáles son las razones de esta inmutabilidad. Nada tienen de común con la indivisibilidad del contrato y del matrimonio; aun en lo que se refiere á la inmutabilidad, ambos contratos difieren esencialmente. El matrimonio no puede ser disuelto sino por las causas las más graves; mientras que el contrato de

1 Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. I, pág. 90, núm. 112.

matrimonio puede romperse á pedimento de la mujer, cuando sus intereses pecuniarios están comprometidos. Así, las razones que se alegan nada prueban ó testifican en contra del principio de la indivisibilidad.

Este pretendido principio no encontró eco. La jurisprudencia lo rechaza terminantemente, así como á las consecuencias que de él proceden. Las cortes invocan un argumento perentorio, esto es, el texto. El Código ignora el principio de la indivisibilidad; ignora la máxima: *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*, cuando menos en el sentido que se le quiere dar. La Corte de Agen dice muy bien: «el matrimonio y el contrato de matrimonio, aunque íntimamente ligados, no siendo actas de igual orden y de igual importancia, están sometidas á reglas propias y particulares. Ninguna ley lo ha confundido á tal punto que sea imposible mantener el matrimonio sin mantener también las convenciones civiles. No hay más indivisibilidad entre el matrimonio y el contrato que la que hay en las diversas disposiciones del mismo contrato de matrimonio. Se concibe muy bien que el contrato encierre cláusulas de las que unas están conformes con la ley y otras contrarias á ella y que, por consiguiente, haya lugar á mantener las primeras y anular las segundas.» Así mismo, el matrimonio puede ser válido ó validado, mientras que las convenciones son y quedan nulas. (1)

17. Dirémos más adelante las consecuencias diferentes que proceden de ambos principios opuestos. Por ahora, basta recordar las diferencias elementales que están escritas en la ley. El mayor de edad, dice el art. 488, es capaz para todos los actos de la vida civil, excepto la restricción citada en el título *Del Matrimonio*. ¿Cuál es esta restricción? Es que el hijo de familia que no llega á veinticinco años no puede contraer matrimonio sin el consentimiento de sus pa-

1 Agen, 21 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 168). Compárese Pau, 31 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249).



dres. ¿Es que esta restricción existe también para las convenciones matrimoniales? Nó, el art. 488 no translada al título *Del Contrato de Matrimonio*, y no se encuentra en él ninguna disposición que restrinja la capacidad del mayor de edad. Así, aquel que está hábil para casarse lo está para hacer un contrato de matrimonio; el matrimonio contraído sin el consentimiento de los padres sería nulo, mientras que el contrato de matrimonio sería válido. Lo que prueba que no hay indivisibilidad entre ambas convenciones.

Mencionaremos todavía una diferencia que resulta del art. 187 para citar una excelente sentencia de la Corte de Casación. Cuando la nulidad del matrimonio es de orden público, todos aquellos que tienen interés en él pueden intentar la acción, á reserva que los colaterales no puedan promover sino cuando tienen un interés nato y actual. ¿Esta restricción se aplica también á la nulidad del contrato de matrimonio? La negativa es segura; la Corte de Casación la ha establecido en términos que condenan á la doctrina de Troplong: "El matrimonio y el contrato de matrimonio, aunque íntimamente ligados, no siendo actas de igual orden y de igual importancia, tienen cada uno sus reglas propias y particulares." De esto sigue: "que las disposiciones hechas por contrato de matrimonio pueden ser argüidas de nulidad, sin que por esto el matrimonio, cubierto con la protección de la ley, sea susceptible de ser atacado por la misma persona y en el mismo plazo." La Corte concluye: "que no se puede prevalecerse de las denegadas establecidas por el Código Napoleón, contra la acción de los colaterales por nulidad de matrimonio, para sostener que estos colaterales no son admisibles para atacar las disposiciones hechas en el contrato de matrimonio. (1)

*Núm. 2. De los incapaces.*

18. Un menor, un incapacitado, una persona colocada ba-

<sup>1</sup> Denegada, Sala Criminal, 23 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 17).

jo consejo, se casan sin hacer contrato de matrimonio: ¿bajo qué régimen están casados? Bajo el de la comunidad legal. Los arts. 1,393 y 1,400 lo deciden así para todos aquellos que se casan sin contrato; la ley, siendo general, hay que aplicarla á todas las personas, á las que son incapaces como á las que son capaces. Se objeta que la comunidad legal que existe entre los esposos, á falta de contrato, resulta de su voluntad tácita, lo que supone que son capaces para querer. Lógicamente así debía de ser; ¿se concibe que aquel que no está capaz para consentir de un modo expreso, lo esté para consentir tácitamente? Contestarémos que los principios del Código, en materia de contrato de matrimonio, así lo quieren. Los que se casan deben necesariamente optar por un régimen cualquiera (núm. 2); de esto, las disposiciones de los arts. 1,400 y 1,393. Esto es verdad para los incapaces como para las personas capaces. Por otro lado, la ley no obliga á los incapaces á redactar un contrato de matrimonio; pueden casarse sin contrato, y, por consiguiente, están casados bajo el régimen de la comunidad que la ley estableció á falta de contrato.

La respuesta es legal más bien que racional. Cuando se trata de un menor, la razón está de acuerdo con el derecho, en este sentido, que los padres que consienten á su matrimonio sin contrato, consienten por esto mismo á que se casen bajo el régimen de la comunidad legal, siendo tal el derecho común para todos aquellos que se casan sin hacer contrato; y la ley da á las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio, el poder de habilitar al menor para consentir toda clase de convenciones matrimoniales; su consentimiento tácito debe, pues, bastar para validar el régimen de la comunidad legal que el menor adopta al casarse sin contrato.

En cuanto al incapacitado, todo está controvertido. Si se admite que pueda casarse, hay que admitir también que,