

á falta de contrato, está regido por la comunidad legal. Está, sin embargo, incapaz para hacer contratos de interés pecuniario, y pudiera ser de interés suyo estipular otro régimen y no el de la comunidad legal. Hay anomalía, que acusa un vacío en la ley.

Quedan los pródigos y los débiles de espíritu. Pueden casarse, y pueden también contraer, en ciertos límites. La ley los declara capaces para enajenar (arts. 499 y 513); y la comunidad legal implica una enajenación, puesto que los esposos abdican en provecho de la comunidad el usufructo de sus inmuebles y la propiedad de su fortuna mueble. Se contesta que la enajenación es más aparente que real, los esposos adquiriendo como socios lo que pierden como propietarios. Para el marido, la respuesta es buena, pero la mujer puede perder toda su fortuna mueble si la comunidad es mala. Hay, pues, igualmente anomalía; es decir, vacío en la ley, imprevisión del legislador. (1) El Código supone que el régimen de la comunidad resguarda y concilia todos los intereses; esta suposición no está siempre fundada. En nuestro concepto, la comunidad de gananciales hubiera sido mejor para los incapaces; es seguro que, de hecho, forma el derecho común de aquellos que se casan redactando un contrato de matrimonio.

19. ¿Pudiendo los incapaces hacer un contrato tácito, deberá concluirse que también pueden hacer un contrato expreso? Nó; el contrato tácito está establecido por la ley, y la ley cuida ó se considera como cuidando los intereses de los esposos estipulando por ellos. Pero si los futuros esposos no quieren someterse á la comunidad legal, si quieren estipular otras cláusulas ó hacer donaciones por contrato de matrimonio, caen bajo el imperio del derecho común; contraen y deben ser capaces para ello. Si son incapaces, la ley cubre su incapacidad por una asistencia ó una protección

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 33, núm. 15 bis XIV.

cualquiera. Esto es lo que los autores del Código han hecho para el menor, pero han olvidado á los incapacitados y á las personas colocadas bajo consejo, y de ahí la gran dificultad. Comenzaremos por los menores.

### I. Los menores.

#### 1. ¿Bajo qué condiciones pueden hacer un contrato de matrimonio?

20. Se lee en el discurso del tribuno Siméon: «Como no hay menor edad para el matrimonio, no la hay para las convenciones que son su accesorio. Sería extraño que aquel que dispone de su persona no pudiera en esta ocasión disponer de sus bienes. La autorización del tutor ó de los padres, que consagra su compromiso, basta con más razón para consolidar los pactos y excluir todo arrepentimiento y toda restitución.» (1) La Corte de Casación se expresa en el mismo sentido, diciendo que la ley considera al menor como mayor de edad para el matrimonio y para las consecuencias de que es susceptible. (2) Esta es la traducción del art. 1,398, pero, en nuestro concepto, es una mala traducción, pues hace decir á la ley otra cosa de lo que dice. Para que el menor pueda hacer un contrato de matrimonio es necesario una condición que implica su incapacidad, es que las convenciones y disposiciones que él hace en su contrato solo son válidas cuando han sido asistidos por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio. La Corte de Casación ha reproducido esta condición que destruye los principios que ha formulado. No es, pues, verdad que el menor esté reputado como mayor de edad en cuanto á las convenciones matrimoniales. ¿Es que un mayor de edad tiene necesidad de una asistencia cualquiera para contraer? El menor debe ser asistido; luego es incapaz; luego no

1 Siméon, *Discursos*, núm. 16 (Loché, t. VI, pág. 461).

2 Casación, 22 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).





es mayor de edad. ¿Se quiere una prueba evidente? Los padres de un menor consienten por acta auténtica á su matrimonio: hélo aquí hábil para casarse. ¿Quiere esto decir que también lo está para hacer un contrato de matrimonio? Se presenta ante un notario provisto del acta de consentimiento de su matrimonio; ¿podrá el notario recibir sus convenciones matrimoniales, en virtud del acta que lo habilita para casarse? No seguramente; el notario le opondrá el final del art. 1,398, según los términos del que el menor debe ser asistido en su contrato de matrimonio, por las personas que ya consintieron en su casamiento. Se necesita, pues, un doble consentimiento: uno para el matrimonio y otro para el contrato de matrimonio, prueba de que el menor es siempre menor é incapaz.

Troplong cita las palabras de Siméon y las toma al pie de la letra. Da singulares razones para justificar el pretendido principio de la capacidad del menor. (1) "El matrimonio hace al hombre más prudente y más sábio." El autor desarrolla este pensamiento á su manera, sin apercibirse que la sabiduría que sigue al matrimonio no prueba la sabiduría que lo precede. Y es en el momento en que el menor contrae, cuando debe ser sábio y prudente, si no se preparará á menudo amargos desengaños. Troplong agrega que la presencia y el consentimiento de los padres salva todos los inconvenientes. Supongamos que así sea: esto equivale á decir que los padres contraen y no el menor. Así sucede desgraciadamente con el mismo matrimonio; ¿acaso una niña de quince años, de doce, entiende la gravedad de la unión que contrae? Mucho menos entiende las estipulaciones relativas á sus bienes; ni siquiera entiende los términos y el lenguaje del acta que firma. En realidad, no es ella quien consiente, sino sus padres. En el derecho antiguo se sentía lo que tiene de extraño y peligroso semejante contrato; por eso no se

1 Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. 1, pág. 136, núms. 268-271.

permitían á los menores estipulaciones derogando á la comunidad legal, y que pudieran ser peligrosas, ó si se permitían, esto era con restricciones; así, el menor no podía amueblar sus inmuebles sino hasta concurrencia de la tercera parte. El Código no admitió estas restricciones; da al menor asistido la misma capacidad que al mayor de edad. Esto nos parece excesivo. No aprobamos una ley que permita á jóvenes comprometer todo su porvenir contrayendo matrimonio, y tampoco aprobamos una ley que les permite disponer de sus bienes. No toca á los padres consentir, pues ellos no son los que se casan, toca á los hijos, luego se debiera exigirles edad de razón; es decir, su mayor edad. Todo cuanto puede decirse para justificar el art. 1,398, es que es una consecuencia lógica del principio que rige el matrimonio: si el menor puede casarse á los quince años, y en caso de necesidad á los doce, es también necesario permitirle hacer toda clase de convenciones matrimoniales; las restricciones podían impedir la unión ó hacerla fracasar, y el objeto de la ley es precisamente favorecer el matrimonio dejando en plena libertad á las partes interesadas. (1)

21. El Código deroga el derecho común en lo que se refiere á las convenciones matrimoniales de los menores; permite al menor asistido de sus padres hacer toda clase de estipulaciones en su contrato de matrimonio, particularmente donaciones (art. 1,398). El art. 1,095 contiene á este respecto, la siguiente disposición: "El menor no podrá, por contrato de matrimonio, dar al otro esposo sino con el consentimiento y la asistencia de aquellos cuyo consentimiento está requerido para la validez de su matrimonio; y con este consentimiento podrá dar todo lo que la ley permite dar al otro cónyuge." La derogación es grave, pues en principio, el menor no puede dar entre vivos, ni el tutor en su nombre

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 25, núm. 15 bis I.



(arts. 903 y 904). Se aplica lógicamente, como acabamos de hacerlo (núm. 20); pero es una extraña anomalía que un joven que no pueda dar un céntimo á un extraño ó á un pariente cercano, pueda disponer de toda su fortuna en provecho de la cónyuge.

Según el derecho común, el tutor representa al menor en todos los actos civiles (art. 450), mientras que según los términos del art. 1,398, el menor consiente las convenciones matrimoniales; el es quien habla en el contrato, el tutor solo figura para autorizarlo. Se da como razón de esta excepción que el menor interviniendo personalmente en el contrato que se perfecciona ante el oficial del estado civil, es natural el hacerlo hablar también en el accesorio de este contrato que el notario recibe. (1) La razón es débil; se concibe que el menor deba consentir en el matrimonio sin intermedio de su tutor, pero el contrato de matrimonio, relativo á los bienes y á los intereses pecuniarios del menor, entra en la categoría de los actos que el tutor tiene misión de desempeñar. Hay otra razón que explica la derogación. El tutor no puede representar al menor en actos que no tiene derecho de hacer; tales son las donaciones, y no hay muchos contratos de matrimonio sin donación.

Tal es también la razón por la que el menor no está asistido por su tutor en el contrato de matrimonio; lo está por aquellos cuyo consentimiento le es necesario para casarse. La asistencia del tutor sería una autorización, y ¿cómo el autor autorizaría al menor para hacer una acta que él mismo no tiene derecho de hacer en su nombre? Se dice, con razón, que el contrato de matrimonio es un pacto entre dos familias; es, pues, natural que la familia intervenga por intermedio de los parientes más cercanos del menor.

22. ¿A qué edad puede el menor hacer un contrato de matrimonio? El art. 1,398 exige que esté hábil para casarse; y

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 26, núm. 15 bis I.

se sabe que el hombre no puede contraer matrimonio antes de diez y ocho años cumplidos y la mujer antes de quince. Le permite, sin embargo, al Jefe del Estado conceder dispensa de edad; las dispensas habilitando al menor para casarse, lo habilitan por esto mismo para hacer un contrato de matrimonio, se entiende que con asistencia. (1)

¿Debe considerarse como menor, en cuanto al matrimonio, al hijo de familia que tiene veintiun años? Odier dice que esto es evidente. (2) Hay que meditar antes de pronunciar la palabra *evidente*, en derecho. Odier ha quedado solo con su opinión, y puede decirse, sin presunción, que su error es evidente. El art. 1,398, el único que habla de la capacidad requerida para casarse, dice que el menor puede hacer un contrato de matrimonio desde que tiene la edad de quince ó diez y ocho años; la ley nada dice del mayor de edad; éste queda bajo el imperio del derecho común; y á la mayor edad se es capaz para todos los actos de la vida civil (artículo 489). Esto decide la cuestión en cuanto al texto y á los principios. ¿Se invocará el espíritu de la ley? El artículo 1,398 extiende la capacidad del menor; ¿puede prevalecerse de una disposición *extensiva*, en lo que toca á la capacidad del menor, para *restringir* la capacidad del mayor? Esto sería absurdo.

23. El menor, dice el art. 1,398, debe estar asistido por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio. ¿Quién debe consentir en el matrimonio? Transladamos á lo que fué dicho en el título que es el sitio de la materia.

Regularmente los padres están llamados á consentir en el matrimonio y en las convenciones matrimoniales; á falta de éstos los abuelos. Consienten en calidad de ascendientes,

1 Durantou, t. XIV, pág. 13, núm. 14. Bastia, 3 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 459).

2 Odier, t. II, pág. 15, núm. 607. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 26, núm. 15 bis II.



por consiguiente, aunque no sean tutores. El art. 1,398 no menciona al tutor; éste, como tal, no tiene, pues, calidad para asistir al menor en su contrato de matrimonio. Lo mismo pasa con el padre que se excusa y con la madre que el consejo no mantiene con la tutela, ó que la ley la ha declarado decaída de ella. (1) Aunque el ascendiente fuera destinado á la tutela, no por eso dejaría de tener el derecho y el deber de asistir al hijo menor. Esto es una anomalía, como se encuentran muchas en esta materia.

El principio conduce á otras consecuencias. Según los términos del art. 420, el tutor no puede representar al menor cuando hay oposición de intereses entre él y su pupilo; es el subrogado tutor quien lo substituye. Se pregunta si el ascendiente cuyos intereses están en conflicto con los del menor puede asistirlo en su contrato de matrimonio. La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Casación, y no es dudosa. (2) Se debe apartar el art. 420, puesto que el ascendiente, suponiendo que sea tutor, no interviene como tal. Queda el art. 1,398 que no hace excepción al poder del ascendiente, y el intérprete no puede crear excepciones. Esto es una nueva anomalía: Cuando el ascendiente está colocado entre su interés y su deber, su intervención es una garantía insuficiente para el menor, puede constituir un peligro. La Corte de Casación procura justificar la ley diciendo que si el ascendiente, á pesar de la oposición de intereses que existe entre él y el menor, puede autorizarlo para casarse; es decir, á hacer el acto más importante de su vida y que compromete en el más alto grado los intereses del menor, presenta cuando menos las mismas garantías para habilitarlo para hacer convenciones matrimoniales. Sin duda la ley debe descargarse en el afecto del ascendiente; sin embargo, cuando es tutor la ley no quiere colocarlo entre su deber y su interés,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 242, nota 19, pfo. 502 (4.ª edición).

2 Casación, 22 de Febrero de 1869 (Daloz, 1869, 1, 179).

y tiene razón. ¿Por qué tendrá la ley más confianza en el ascendiente cuando está llamado á asistir al menor en su contrato de matrimonio?

No es necesario decir que el art. 1,398 dejaría de ser aplicable si las convenciones del contrato de matrimonio fueran extrañas á la asociación conyugal. El ascendiente, como tal, no tendría ninguna calidad para consentirlas; la disposición del art. 1,398 es excepcional; luego de estricta interpretación. Fuera de las convenciones matrimoniales, se entra en el derecho común, y, por consiguiente, el menor debe ser representado por su tutor; si hay oposición de intereses entre el ascendiente tutor y el menor, se aplica el artículo 420. La Corte de Casación ha hecho la aplicación de este principio á un contrato de casamiento por el que un padre instituía á su hija heredera universal de todos sus bienes, con cargo de darle una renta vitalicia de 20,000 francos anuales, y de pagar las deudas del donante, importando 850,000 francos. La institución contractual es esencialmente una convención, puesto que no puede ser hecha sino por contrato de matrimonio. Pero, en el caso, la Corte de Apelación había resuelto que la pretendida donación solo era una liberalidad en la forma, que en realidad era un contrato aleatorio por el que la hija menor se encargaba á sus riesgos, liquidar la situación crítica de su padre, operación que implicaba una lesión enorme en su perjuicio. No era, pues, una donación, ni una convención matrimonial, por lo tanto, el art. 1,398 no era aplicable. (1)

24. El art. 1,398 quiere que el menor esté *asistido en su contrato*. ¿Qué se entiende por asistencia? Es más que consentimiento; aquel que asiste en un contrato consiente en presencia de las partes y en el momento del contrato. Decimos que la asistencia es más que el consentimiento; la ley misma lo dice; el art. 1,095 que contiene una disposición

1 Misma sentencia y denegada, Sala Civil, 10 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 475).



idéntica con la del art. 1,398, exige el *consentimiento y la asistencia*; luego un consentimiento que se da asistiendo. Esto implica la presencia. El art. 1,398 contiene una expresión igualmente significativa que presenta el mismo sentido: las personas cuyo consentimiento es requerido para la validez del matrimonio, deben asistir al menor *en el contrato*, conteniendo las convenciones matrimoniales. ¿Puede decirse del que no está presente que *asiste en el contrato*? Nó; luego el consentimiento dado por acta no bastaría. Esto también está fundado en la razón. Cuando se trata del matrimonio celebrado ante un oficial del estado civil, el consentimiento puede darse por acta auténtica (art. 74), porque consiste en decir: sí; no hay otra deliberación, ningún debate. No sucede lo mismo con las convenciones matrimoniales; éstas se discuten en el estudio del notario, por la excelente razón que el notario tiene misión de ilustrar á las partes acerca de las convenciones que se proponen hacer; desde luego, importa que aquellos que deben *asistir* al menor estén presentes; aprovecharán de las luces de la discusión y ellos mismos necesitan de ilustrarse, pues es necesario ser juriconsulto, y juriconsulto consumado para entender la importancia y los efectos de las convenciones matrimoniales. (1)

La interpretación que damos á la palabra *asistencia* no es admitida por todos. Uno de nuestros buenos autores, Colmet de Santerre, dice que esta expresión comprende la ayuda, el socorro, la aprobación, lo que necesariamente no implica la presencia; se puede ayudar con consejos escritos tanto como con consejos orales. Es lógico, se dice, que la ley que admite la autorización por escrito en materia de matrimonio, no se muestre más exigente cuando se trata del contrato accesorio. (2) La lógica es engañadora en el caso,

1 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 28, núm. 42.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 27, núm. 15 bis III.

porque el contrato accesorio relativo á los bienes, difiere esencialmente del contrato principal referente á las personas; el primero exige una deliberación, mientras que el otro se hace cuando la decisión está tomada, solo exige un simple: *sí*.

Se admite generalmente que hay asistencia suficiente cuando las personas llamadas á asistir al menor dan su consentimiento en una acta auténtica, relatando los pormenores de las convenciones y disposiciones á las que entienden conceder su adhesión. (1) Es verdad que semejante acta es más que un simple consentimiento; el acta supone una deliberación que se hace fuera de la presencia del oficial público, sin contradicción de la parte adversa, no presenta para el menor la ventaja de un debate contradictorio; luego el objeto de la ley no se alcanza; no puede decirse que el menor esté *asistido en su contrato*. Hay otra objeción contra esta interpretación, es que no está en armonía con el texto del Código. Se contesta que la aplicación literal de la ley arrastra dificultades casi insuperables, cuando es el consejo de familia quien debe asistir al menor. ¿Se concibe que un consejo de familia, presidido por el juez, delibere en presencia del notario y de las partes contratantes? (2) La dificultad es real, pero decir que es *casi* insuperable, es confesar que puede superarse; es decir, que la ley entendida en su sentido literal es practicable; desde luego, no hay ya razón para apartarse del texto.

25. En la opinión general, se presentan nuevas dificultades. ¿Cómo el ascendiente ó el consejo de familia formulan su consentimiento? ¿Pueden hacerse representar por un mandatario? Se ha sostenido así, pero esta opinión no encontró eco. (3) Sin duda, se puede generalmente hacer por

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 244, y nota 28, y las autoridades que allí son citadas.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 224, nota 29. Colmet de Santerre, t. VI, página 28, núm. 15 bis IV.

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 29 núm. 42. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 244 y nota 29.



medio de un mandatario lo que se puede hacer personalmente. Pero este principio no es ya aplicable cuando se trata del ejercicio de un poder; éste no se delega. Y la ley da un poder á los ascendientes y á la familia por razón de la liga de afectos que los unen al menor; el afecto y la liga de la sangre no se transmiten por vía de poder: ¿se concebiría que el padre diese mandato para consentir el casamiento de su hijo? Puede consentirlo por acta, pero él es quien consiente, no delega su poder. Hay igual razón para decidir por lo que se refiere á las convenciones matrimoniales. Si, pues, se quiere conformarse con un consentimiento por escrito, es menester una acta redactada de manera á dar al menor la misma garantía que con la asistencia personal, en tanto como esto sea posible. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que el acta debe contener una aprobación pormenorizada de las convenciones matrimoniales que el menor está autorizado á consentir. Si á consecuencia de los debates ante el notario, las partes modificasen el proyecto tal cual fué aprobado por el ascendiente ó por el consejo de familia, habría necesidad de un nuevo consentimiento y, por consiguiente, una nueva deliberación del consejo de familia.

26. La jurisprudencia está en este sentido y se demuestra muy severa en lo que se refiere á la asistencia de los consejos de familia. Una hija menor, de diez y siete años de edad, hace un contrato de matrimonio por el que el superviviente de los esposos, en caso de muerte de los hijos, era donatario del usufructo de los bienes del difunto; y el marido solo aportaba 2,000 francos, mientras que la mujer poseía varios inmuebles. La menor estaba asistida por tres delegados del consejo de familia encargados por deliberación para autorizarla en las actas civiles que debían preceder al matrimonio. La mujer murió cinco meses después de la celebración del matrimonio; sus herederos atacaron la dona-

ción; la Corte de Douai pronunció su anulación por motivo que el consejo de familia no había aprobado la donación, de la que ni siquiera tenía conocimiento. En el recurso intervino una sentencia de denegada; la Corte invoca las circunstancias de la causa que acabamos de relatar y concluye que los miembros del consejo delegados no habían recibido poder para autorizar la donación y no habían podido representar válidamente al consejo de familia; la donación era, pues, nula como hecha por una persona incapaz. (1)

Un consejo de familia nombra á uno de sus miembros con el fin de representarlo en el contrato de matrimonio de una joven menor y para estipular todas las cláusulas que le parezcan favorables á los intereses de la futura. El contrato contenía donación del usufructo de los bienes del primero que se muriera; los primeros jueces la mantuvieron por el motivo que la asistencia del consejo era regular, la ley no exigiendo que la deliberación especifique todas las cláusulas del contrato. Recurso de casación. La Corte asienta en principio que la ley no exige que la asistencia del consejo de familia se manifieste por una intervención personal de todos sus miembros á la redacción del contrato; que puede, pues, hacerse representar en él por un delegado. Pero, dice la Corte, el objeto de protección que se ha propuesto el legislador no se alcanzaría si las convenciones matrimoniales consentidas por el menor no hubiesen sido sometidas al consejo de familia y aprobadas por él en términos formales. Y en el caso, el consejo había dado un poder general á su delegado; no se ve por su deliberación que haya tenido conocimiento de las estipulaciones del régimen convencional adoptado por la menor. La Corte concluye que dicha menor no había sido asistida por el consejo de familia y que, por consiguiente, todas las convenciones matrimoniales eran

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 468).



nulas. (1) Esta es una sentencia de principios, y es tanto más notable cuanto que la Corte de Apelación había sentenciado de hecho que el contrato de matrimonio, lejos de lesionar á la menor en sus eventualidades para preveer, le era favorable. (2)

La jurisprudencia está fijada en este sentido. Ha sido resuelto que un contrato de matrimonio estipulando el régimen dotal con comunidad de ganancias era nulo por falta de asistencia. El contrato era redactado en un país de derecho escrito en el que el régimen dotal forma de hecho el derecho común; este régimen está allí considerado como inminentemente protector de los intereses de la mujer. Sin embargo, el contrato fué anulado porque el consejo de familia se había hecho representar por un delegado provisto de poder general, sin haber tomado conocimiento de las estipulaciones del contrato y sin haberlas aprobado. La Corte de Limoges decidió terminantemente que no pertenece al consejo de familia delegar el poder que la ley le da. (3)

27. ¿Qué convenciones puede hacer el menor asistido? El art. 1,398 contesta que el menor hábil para contraer matrimonio es hábil para consentir *todas las convenciones de que es susceptible el contrato*. El art. 1,309 está concebido en el mismo sentido, dice que el menor no es de restituir contra las *condiciones puestas en su contrato de matrimonio*, cuando han sido hechas con el consentimiento y la asistencia de aquellos cuyo consentimiento esta requerido para la validez del matrimonio. En fin, el art. 1,095 permite al menor asistido dar por contrato todo lo que un esposo mayor de edad pueda dar á su cónyuge. A este respecto se puede decir que el menor es considerado como mayor de edad. El Código Civil hacía una excepción á la capacidad del menor: según

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1838 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 468).

2 Casación, 15 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1858, 1, 439).

3 Limoges, 17 de Abril de 1869 (Daloz, 1871, 2, 167).

los términos del art. 2,140, los futuros esposos podían, por contrato de matrimonio, convenir que no se tomarían inscripciones por hipoteca legal de la mujer sino en uno ó ciertos inmuebles del marido, lo que libertaba los demás inmuebles; pero la ley exige terminantemente que las partes sean mayores de edad, de manera que la mujer menor no podía consentir á la reducción de su hipoteca legal. (1) La ley hipotecaria belga ha resuelto poner á la mujer y á los menores bajo el imperio del derecho común; no solo permite especializar la hipoteca legal de la mujer restringiéndola á los inmuebles necesarios para garantizar sus intereses, sino lo prescribe, toda hipoteca siendo sometida al principio de especialidad (art. 64). Traducimos para los pormenores al título que es el sitio de la materia.

28. La aplicación del principio hace nacer algunas dificultades. Una mujer menor se casa bajo el régimen dotal: ¿Puede declarar enajenables sus inmuebles dotales? Sí, y sin duda alguna; los textos deciden la cuestión. Según los términos del art. 557, el inmueble dotal puede ser enajenado cuando la enajenación ha sido permitida por el contrato de matrimonio; el art. 1,398 sienta como regla que la mujer menor asistida es hábil para consentir todas las consecuencias matrimoniales; los arts. 1,309 y 1,095 la asimilan á un mayor de edad. Esto es decisivo. Esta regla no tiene excepción (núm. 27); solo pudiera admitirse una si la no enajenabilidad de la dote fuera de orden público. Antaño se consideraba como tal en algunos países de derecho escrito. Tal no es el espíritu del Código; lo no enajenable es contrario al interés general; luego también es de orden público; la ley no lo ve con favor, solo lo admite en pro del matrimonio y como consecuencia de la libertad ilimitada que reconoce á los futuros esposos para hacer tales estipulaciones que juzguen convenientes; la inenajenabilidad no es, pues, si-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 24, pfo. 502 (4.ª edición).



no una garantía, á la que la mujer puede renunciar. Esta renuncia, en lugar de ser vista desfavorablemente, la ley la favorece porque es un regreso al derecho común. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

Cuando el contrato de matrimonio de una mujer menor declara un inmueble dotal enajenable, la enajenación ¿podrá hacerse sin la observación de las formas prescriptas para la venta de los bienes de los menores? Se distingue: la simple estipulación que tales bienes dotales podrán enajenarse, no tiene por efecto dispensar al marido de la observación de las formas legales, vuelve á poner los bienes en el derecho común; y el derecho común para los bienes poseídos por menores sujeta la venta á formalidades que la ley juzgó necesarias para resguardar los intereses de los incapaces. Acerca de este punto, no hay ninguna duda; (3) la mujer tiene dos garantías: la inenajenabilidad y las formas protectoras en caso de enajenación; si renuncia á la garantía de la inenajenabilidad no renuncia la otra garantía. La dificultad está en saber si puede renunciarla dando á su marido el poder para vender sin observar las formalidades legales; acerca de este punto hay alguna duda. Se puede decir que estas formalidades son de orden público, puesto que están establecidas por razón de la incapacidad de los menores; y ¿puede el incapaz renunciar á una protección que la ley le concede por razón de su incapacidad? Nos parece que debe decirse de las formalidades protectoras establecidas para la venta, lo que decimos de la hipoteca legal: el consejo de familia llamado á especializar no puede renunciarla; la mujer menor que se casa no puede renunciar á la hipoteca que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 25 y las autoridades que allí son citadas.

2 Agen, 10 de Julio y 25 de Abril de 1831 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 445); Denegada, 7 de Noviembre de 1826 (*ibid.*, núm. 446).

3 Grenoble, 16 de Diciembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 189). Compárese Denegada, 7 de Noviembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 446) que nos parece contrario, pero es solo una opinión enunciada en su considerando.

la ley le concede para sus derechos que nacen cuando el matrimonio, en nuestro concepto, excepto las eventualidades. El art. 6 marca de nulidad toda renuncia á un derecho que es de orden público. Se objeta que la mujer menor asistida está reputada de mayor edad. Sí, para las convenciones matrimoniales; pero las formalidades prescriptas para la enajenación de los bienes de un menor, nada tienen de común con las cláusulas del contrato de matrimonio. (1)

29. El art. 1,398 declara al menor asistido hábil para consentir las convenciones matrimoniales; esta es una excepción al derecho común, y á este título es de rigurosa interpretación. Tal es también el espíritu de la ley: quiere favorecer el matrimonio favoreciendo las convenciones relativas al matrimonio. Las convenciones extrañas al matrimonio quedan bajo el imperio del derecho común; es decir, que el menor es incapaz para consentirlas, no podría libertarse de esta incapacidad insertando sus convenciones en su contrato de matrimonio; esto sería eludir y, por consiguiente, violar una ley de orden público. (2)

Una mujer menor da por contrato de matrimonio, asistida por su padre, poder á su marido para proceder solo y sin la observación de las formalidades prescriptas por la ley, al reparto definitivo de una sucesión que le toca. La Corte de Burdeos resolvió que este reparto era provisional en virtud del derecho común (art. 840). «Sí, dice la sentencia, el menor asistido es hábil para consentir todas las convenciones de que su contrato de matrimonio es susceptible; este principio no es aplicable sino á las convenciones que se refieren al matrimonio, y no puede ser extendido á las actas por las que el menor está sometido á formalidades especiales determinadas por la ley.» (3)

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 243, nota 26 y las autoridades que citan.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 27, núm. 39.

3 Burdeos, 25 de Enero de 1826 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 453).