

por la opinion de Toullier. Sin embargo, la corte de casacion la habia reprobado en el momento en que escribia Toullier; pero Merlin no duda de que acaben por triunfar las razones dadas por éste. Casi desafía á sus adversarios al contestarles. «¿Habr  quien se atreva, exclama,   establecer la conclusion de que las promesas de matrimonio est n reprobadas en el código civil?  Habr  quien ose sacar del silencio del código civil sobre esas promesas, otra consecuencia que no sea la de que no las sujeta   reglas especiales, dejándolas bajo el imperio comun de los contratos (1)?» H  ahí un ejemplo patente de la confusion que no cesamos de señalar, confusion que tiende á aplicar al matrimonio los principios del derecho comun. Al reto de Merlin no vacilamos en contestar: Si, nos atrevemos   sostener que el silencio del código relativamente   las promesas de matrimonio, bastan para decidir que no las admite. Son otros los principios generales que rigen los contratos de inter  pecuniario, y otras las reglas que concierne al matrimonio. La obligacion de hacer supone que hay un *deudor* y un *acreedor*; el art. 1142 dice que el *deudor* es sentenciado   daños y perjuicios si no ejecuta la obligacion, que ha contraido, de hacer.  Por ventura hay un acreedor 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   copiar palabras que chocan con la doctrina que sostiene. No, una promesa de matrimonio no es una promesa hecha por un deudor   su *acreedor*. 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.  Qu  es lo

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

que constituye la esencia de esta union desde el punto de vista juridico? 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 necesitaria una disposicion 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 Napoleon sanciona los principios tales como los hemos expuesto segun Pothier. Las promesas de matrimonio no eran civilmente obligatorias, no obligaban más que la conciencia; por sí mismas no producian ningun efecto civil. El que no las llenaba sólo era sentenciado   una penitencia,   oraciones,   limosnas; Pothier agrega, *ligeras*. En cuanto á los daños y perjuicios no estaban declarados como sancion de la promesa, como una especie de compensacion. Así sucede en los contratos ordinarios; no pudiendo ser obligado el deudor   hacer lo que no quiere, y debiendo, sin embargo, recibir una ejecucion forzada la obligacion que ha contraido, la ley *destruye* esta obligacion condenando al pago de daños y perjuicios. Por consiguiente, estos equivalen   la ejecucion directa de la obligacion; 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   Toullier y   Merlin:  Se concibe que la promesa de matrimonio se convierta en daños y perjuicios?  se concibe que aquel á quien su prometido ha faltado   la f , solicite y obtenga, bajo forma de daños y perjuicios, la ejecucion obligada de la promesa, es decir, el beneficio, la ventaja que le habria procurado el matrimonio?  Se concibe que el juez se ponga   calcular lo que puede valer, en piezas de cien

sueños, la union de las almas? Por esta vez diremos con el primer cónsul: «No comprendéis 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 podría 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 esponsales 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 esponsales 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 sería 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 podría 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 sería el efecto directo de semejante promesa, si se considerara como válida? Una de las

1 L. 5, D., de *spansalibus* (XXIII, 1): «Cum in contrahendis auptus 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, 7º)

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

partes debería 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 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 82, 8^o)

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

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

Hay mucho de exacto en lo que dice Toullier, pero no es verdad más que en el fuero de la conciencia. Sí, desde el punto de vista de la moral debe señalarse al miserable que seduce á la inocencia con una promesa de matrimonio, sabiendo que no es obligatoria; pero ¿puede el legislador obligar al seductor á casarse con la desgraciada á quien ha engañado? Basta sentar la cuestion 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 á la promesa por ligereza, inconstancia é infidelidad, es sin duda una accion inmoral; más inmoral todavía es dar promesas con el intento de no cumplirlas, lo cual es una infamia. Toullier tiene razon de reprobar esas malas acciones; pero ¿puede hacerlo el legislador? ¿no favorecería á su vez la inmoralidad, declarando obligatorias las promesas de matrimonio que son tan fáciles de obtener de la pasion alucinada? ¿No prestaría su apoyo á especulaciones vergonzosas? Si existen seductores, tambien existen seductoras. ¿Qué debe hacer la ley? Debía cuidar, tanto como de ella depende, en que los desposados permanezcan libres y puros hasta el momento en que se celebre su union; lo que quiere decir que no podría dar su sancion á 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 á ellas. Así ha sido fallado por la corte de casacion (2);

1 Esta es la doctrina seguida generalmente (Marcade, t. I, ps. 414 y siguientes, núm. 5. Demolombe, t. III, ps. 42 y siguientes, números 28 y siguientes).

2 Sentencia de 21 de Diciembre de 1814 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 90, 1^o).

y no podía sufrir la menor duda, toda vez que tenemos un texto expreso sobre el particular. “La nulidad de la obligación principal, dice en el art. 1227, trae consigo la de la cláusula penal.” Debe decirse más: aun cuando fuera válida la promesa, la pena sería nula, porque la pena es precisamente la que encadenaría la libertad; la simple promesa no da lugar á acción 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 no ejecución de una promesa de matrimonio da lugar á daños y

1 Decidido así por la corte de Besançon, sentencia de 8 de Mayo de 1811 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 82, 2º).

perjuicios. La corte de Montpellier ha aceptado esta doctrina, pero su sentencia fué casada con la razón de que «el solo hecho de la no ejecución de un matrimonio proyectado no puede por sí mismo motivar una sentencia á daños y perjuicios, toda vez que esto sería, 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 razón para decidirlo se encuentra en el art. 1382, según 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 indemnización 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 joven había hecho gastos y adquisiciones onerosas para él, que ahora se volvían inútiles. Evidentemente, procedía aplicar el art. 1382 (3).

La cuestión 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 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 30, 4º).

2 Sentencia de la corte de casación de 30 de Mayo de 1838 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 82, 4º).

3 Sentencia de 18 de Junio de 1818 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 38, 2º).

recho antiguo se admitia como causa legitima 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 jóven que sufra una repulsa ruidosa encontrará más difícilmente 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 caída 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 cuasi-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 oído 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 cuasi-delito es como se determinan los daños y perjuicios, se necesita que haya dolo, ó falta cuando ménos, de parte del que no cumple su promesa. Si tenia razones justas para no llevarla á cabo, no hay ni delito ni cuasi-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 esponsales, 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 posterioridad á los esponsales, 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 inejecutables. En nuestro derecho moderno, debe decirse que en esto no hay ni delito ni cuasi-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 ponerlo 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 cuasi-delito. Ahora bien, segun el art. 1348, núm. 1, es admisible la prueba testimonial cuando la obligacion resulta de un delito ó de un cuasi-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 (Daloz, 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 contraído. De consiguiente, en razon de la imposibilidad de procurarse una prueba literal es como puede probar con testigos el demandante el delito ó el cuasi-delito; de donde se sigue que la excepcion debe estar restringida dentro de los límites de esta imposibilidad. Si, pues, en un delito ó cuasi-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 más 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 fuesen 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