

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

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

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

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

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

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

1 Exposicion de los motivos, núm. 12 (Loché, t. II, p. 382).

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

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

1 Exposicion de los motivos, núm. 12 (Loché, t. II, p. 382).

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

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

Se pregunta si la madre puede presentar oposicion al

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

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

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

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

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

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

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 392 y siguientes, núm. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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