

futuro para negarse á la ejecución de las promesas contenidas en el contrato de matrimonio; lo cual basta para desechar la acción 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 posición, en el supuesto de que de él resulte que los futuros no se hallen ya en estado de soportar las cargas del matrimonio. Entonces 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 cuasidelito; en consecuencia, no podría ser cuestión de daños y perjuicios. (2)

310. ¿Se admite al que intenta la acción de daños y perjuicios que rinda por medio de testigos la prueba del acto perjudicial? Hay una razón para ponerlo en duda. Los daños y perjuicios son declarados no en ejecución de la promesa de matrimonio sino en virtud del art. 1382; es decir, en virtud de un delito ó de un cuasidelito. Ahora bien, según el art. 1348, núm. 1, es admisible la prueba testimonial cuando la obligación resulta de un delito ó de un cuasidelito. Este texto parece decidir la cuestión, y se ha llevado consigo á M. Demolombe. (3) Creemos que esta interpretación está en contradicción con el principio en que descansa la disposición que se invoca. El art. 1348 comienza por decir que las reglas acerca de la prohibición de la prueba testimonial reciben excepción 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, 1.º).

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 59 y siguientes. Demolombe, t. III, p. 44, núm. 29.

3 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 57, núm. 33.

obligación que con él se ha contraído. De consiguiente, en razón de la imposibilidad de procurarse una prueba literal es como puede probar con testigos el demandante el delito ó el cuasidelito; de donde se sigue que la excepción debe estar restringida dentro de los límites de esta imposibilidad. Si, pues, en un delito ó cuasidelito hay un acto del que puede procurarse una prueba por escrito no estamos ya en el caso de la excepción sino que volvemos á entrar á la regla que es la prohibición de la prueba testimonial. Esto es elemental y decide la cuestión. Nada es más posible que procurarse una prueba literal de una promesa de matrimonio; por lo mismo, no há lugar á la excepción, 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 aplicación de un principio general; los actos materiales que por sí mismos no prueban ni derecho ni obligación siempre pueden justificarse con la prueba testimonial.

SECCION III.—*Del consentimiento de los ascendientes y de la familia.*

§ I.—CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES.

Núm. 1. *¿En qué casos es necesario el consentimiento de los ascendientes para la validez del matrimonio?*

311. Según 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 prohibía á los párrocos «llevar adelanté la celebración de dichos matri-

monios si no se les presentaba el consentimiento de los padres, tutores ó curadores, apercibidos 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 apresuramos 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 dieciocho años no lo es menos 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 restricción contenida en el título *Del Matrimonio*. Efectivamente, la

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

ley prolonga la mayoría para los hijos de familia; éstos no 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 veintiún 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 veintiún 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 menos su consejo al ir á tomar estado. Está después el interés moral que tienen los ascendientes en la unión 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 Exposición 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 podía tener la misma confianza en los colaterales que en los ascendientes.

312. El artículo 148 dice: "El hijo que no tenga veinticinco años cumplidos y la mujer que no haya cumplido veintiún 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 requieren en razón 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 haría imposible toda deliberación y toda decisión 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? Nó, 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 Exposición 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 petición 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 serían competentes; sólo por excepción 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 incurriría 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 veintiséis á quinientos francos si ha procedido á la celebración de los matrimonios sin estar asegurado de la existencia de los consentimientos. La ley habría 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 oposición 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 cuestión es debatida y la examinaremos más adelante al tratar de la oposición. En concepto nuestro la madre no tiene ese derecho. Todo lo que podría hacer sería dar conocimiento de ese hecho al oficial del estado civil. Pero aun cuando guardara silencio el oficial debería sobreseer. La opinión contraria de Durantón es inadmisibles. Hay presunción, dice, de que le es agradable el matrimonio por el solo hecho de que no presenta oposición. (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. Según 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 declaración de ausencia el fallo que la declara probará evidentemente la imposibilidad de consentir. ¿Cómo se rendirá la prueba cuando haya sólo presunción de ausencia? Acerca de este punto hay alguna incertidumbre en la doctrina. El art. 155 prevee 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 disposición por analogía al caso en que el padre llamado á consentir se presumiera ausente. Nó, porque no hay analogía, siendo necesario el consentimiento

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

to para la validez del matrimonio, en tanto que este no sería nulo con la falta de peticiones respetuosas. ¿Deberá irse más lejos y decidir que durante la presunción de ausencia es requerido el consentimiento del ausente y que si no puede obtenerlo el hijo deberá esperar la declaración de ausencia ó la época de su mayor edad? Nos parece que eso sería 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 éstas probarán la presunción 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 veintitrés años después por falta del consentimiento del padre. Después 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 Napoleón*, 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 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 común 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) Abrams 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. ¿Quizá 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 común. Así es que puede consentir en el matri-

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 393, núm. 3.
2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 69, número 44.

monio de sus hijos cuando se halle en un intervalo lúcido. Si no hay este intervalo estará imposibilitado de manifestar su voluntad; pero ¿cómo se probará? La mayor parte de los enajenados están asilados en un hospital ó en un establecimiento privado; la ley cuida de que no se recurra al asilo sino cuando es cierta la enfermedad; bastaría, pues, un certificado que justificara la admisión para probar la enajenación mental y, por lo mismo, la imposibilidad de consentir. Sólo que, en concepto nuestro, debe agregarse esta reserva: que el enajenado podría consentir si tuviera intervalos lúcidos.

Puede suceder que el enajenado permanezca en el seno de su familia; en este caso ¿cómo se comprobará la imposibilidad en que se encuentra de manifestar su voluntad? Están divididos los autores. Unos se conforman con un testimonio de notoriedad expedido por el juez de paz y otros exigen un juicio de incapacidad. Creemos que esto es exigir demasiado poco ó muchísimo. Trátase de comprobar una enfermedad mental; ahora bien, ya se sabe cuán difícil es esto. A la verdad el juez de paz y los testigos que examinaría éste no tienen ninguna misión para ello. Un juicio de incapacidad sería ciertamente la prueba más segura; pero no exigiéndolo la ley sería sobrepujar el rigor de ella más que formar una condición. Nosotros creemos que sería bastante un fallo que comprobara la enajenación mental y, por ende, la imposibilidad de expresar su voluntad. (1) En este sentido ha decidido la cuestión la Corte de Poitiers. (2)

315. ¿Conserva el derecho de consentir el supérstite de los padres, aun cuando no sea tutor? Nos parece que apenas si puede establecerse la cuestión. Al padre y á la

1 Esta es la opinión de Demolombe, t. III, p. 67, núm. 43.

2 Sentencia de 11 de Marzo de 1830 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 105).

madre es á quienes da la ley el derecho de consentir. ¿Qué importa, pues, que no ejerzan la tutela? ¿Pierden por eso su calidad de padre y de madre? Sería necesario un texto para privarlos de un derecho que la naturaleza les concede y la ley sanciona. Así sucedería aun en el caso en que contrajera segundas nupcias el superviviente; puede ser retirada, en ese caso, la tutela á la madre; pero, insistimos otra vez, ¿qué importa? Permanece siendo madre aunque no sea tutora. Eso decide la cuestión. Es indudable que la ley habría podido prescribir medidas especiales para ese caso; pero no lo ha hecho y el intérprete no puede, á la verdad, hacerlo.

Esta es la opinión general. Se ha hecho, sin embargo, una objeción acerca de la cual debemos decir algo, puesto que los autores se ocupan de ella extensamente. La viuda, no tutora, consiente en el matrimonio de su hijo; el menor, ayudado de su madre, hace donaciones á su consorte. ¡Qué anomalía! exclama Delvincourt. No siendo tutora la madre no puede autorizar á su hijo á disponer del objeto más insignificante, y vedla ahí que lo autoriza á disponer de todos sus bienes. La anomalía no es más que aparente; es la consecuencia del principio de que aquel que es hábil para contraer matrimonio también lo es para celebrar los convenios matrimoniales. El matrimonio y los convenios que lo acompañan están regidos por reglas especiales. Como en eso se procede conforme al derecho común no es el tutor el que figura en ellos sino el menor. Pero como es incapaz la ley exige que sea ayudado. ¿Por quién? Por sus ascendientes. Su concurso debe, pues, ser bastante para los convenios matrimoniales lo mismo que para el matrimonio. Efectivamente, en el contrato de matrimonio no se trata de obligaciones comunes ó de intereses ordinarios, son arreglos de familia que tienen un lazo íntimo con la unión de la persona y determinan con fre-

cuencia esta unión; desde ese punto es natural que el padre ó la madre consientan y no el tutor. (1)

316. «Si los padres han muerto ó se encuentran impossibilitados de manifestar su voluntad los substituyen los *abuelos y abuelas*.» Se pregunta si el art. 150 comprende en las palabras *abuelos y abuelas* á todos los ascendientes, cualquiera que sea el grado en que estén. Es indudable la afirmativa. En primer lugar puede invocarse el espíritu de la ley; ¿acaso el hijo debe menos respeto á su bisabuelo que á su abuelo? Empero el espíritu de la ley no es decisivo en una materia en que todo es rigor, puesto que la falta de consentimiento trae consigo la nulidad del matrimonio; ¿y puede anularse un matrimonio sin texto? Se necesita, por consiguiente, un argumento de texto que demuestre que, en el lenguaje de la ley, las palabras *abuelos y abuelas* comprenden á todos los ascendientes. Los arts. 173 y 174 nos suministran este argumento. Según el art. 173 el derecho de presentar oposición al matrimonio corresponde al padre, á falta de éste á la madre y, en su defecto, á los *abuelos y abuelas*. Hé ahí la misma expresión, y en una materia conexas, puesto que el derecho de presentar oposición al matrimonio, así como el derecho de consentir en él, son conferidos á los padres, *abuelos y abuelas* en razón de su calidad. Y bien, ¿qué significa la expresión de *abuelos y abuelas* en el artículo 173? El art. 174 contesta la cuestión: *á falta de algún ascendiente*, dice, el derecho de oposición puede ser ejercitado por ciertos colaterales. Así, pues, en los *abuelos y abuelas* la ley comprende á todos los ascendientes. (2)

317. ¿En qué orden están llamados á consentir los as-

1 Consúltese á Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 70, número 90.

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 306, núm. 211.

endientes? El Código establece algunas reglas en el artículo 150, pero no prevee todos los casos. De ahí el que surjan algunas dificultades. Para resolverlas es necesario distinguir de antemano si no hay ascendientes más que en una línea ó si los hay en ambas líneas.

Si no hay ascendientes más que en una línea el ascendiente más próximo es el que está llamado á consentir. La ley no lo expresa, pero tiene que decidirse así por analogía. La ley no llama á los abuelos sino á falta de los padres; la proximidad del grado es, en consecuencia, la decisiva; si lo es para el primer grado debe serlo para el segundo. No hay que distinguir si es una abuela ó un abuelo el más próximo en grado; siempre por una razón de analogía: la madre excluye á los abuelos; de consiguiente, la abuela debe excluir al bisabuelo. ¿Qué debe decidirse si existen el abuelo y la abuela en una misma línea? El Código contesta: «Si hay disenso entre el abuelo y la abuela de la misma línea bastará el consentimiento del abuelo» (artículo 150). En esto la ley aplica por sí misma el argumento de analogía, decidiendo para el abuelo y la abuela lo que decidió para el padre y la madre; autoriza por eso al intérprete á decidirse igualmente por identidad de razones.

Si hay ascendientes en ambas líneas es necesario distinguir si son de grados iguales ó desiguales. Si son iguales en grado cada línea será llamada á dar su consentimiento; el Código lo dice porque prevee el caso en que consienta una línea mientras la otra se niega á consentir, y decide que esta decisión trae consigo el consentimiento. La ley no admite en este punto preponderancia por la línea paterna como la admite por el padre. Estriba esto en que ya no existe la misma razón; hay, por el contrario, un motivo para interpretar el disenso en favor del matrimonio. De ahí se sigue que si consiente una abuela materna,

y se niegan los abuelos paternos, puede llevarse á cabo el matrimonio. Esta es una derogación del derecho antiguo. En la antigua jurisprudencia, dice Portalis, la necesidad del consentimiento tenía por origen la patria potestad, que era una especie de derecho de propiedad; este derecho no pertenecía á la madre durante la vida del jefe ni á los ascendientes de la línea materna mientras existieran ascendientes paternos. En nuestra época esas ideas de potestad han cedido su lugar á los sentimientos de afecto. De ahí proviene el concurso de los parientes de igual grado para llenar los mismos deberes y ejercer la misma vigilancia (1)

¿Si hay ascendientes de grados desiguales en ambas líneas los más próximos en grado se sobrepondrán á los más lejanos? El Código no prevee la dificultad. Demante dice que deben seguirse, por analogía, los principios que el Código establece para la tutela; ahora bien, el Código confiere la tutela á los abuelos antes de conferirla á los bisabuelos (2) (arts. 402 y siguientes). ¿Existe en esto realmente analogía? Nó, porque la tutela es una carga, carga que no debe imponerse á los ascendientes de edad muy avanzada cuando para ello hay jóvenes y, por tanto, más capaces de ejercerla; mientras que para consentir es bastante el afecto y algo de inteligencia. Desde ese momento no hay razón para dar una preponderancia al grado cuando dos líneas están á la vista: cada línea tiene un derecho. Esa es también la opinión general. (3)

318. El Código Civil no expresa cómo deben probar los futuros cónyuges la muerte del padre, de la madre ó del

1 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 14 (Loché, t. II, p. 382).

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 307, núm. 211 bis, II, seguido por Valette sobre Proudhon, t. I, p. 397, nota a.

3 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, p. 279 y nota.

ascendiente en su caso. Conforme al rigor de los principios deberán presentar el acta de defunción. Empero el mismo Código se aparta de este rigor cuando se trata de un acto mucho más importante. El acta de nacimiento de los futuros cónyuges puede ser substituida con un testimonio de notoriedad. Con mucha más razón debe mostrarse fácil para la prueba de defunción. Sin embargo, se necesitaría una regla emanada del poder que, bajo el imperio de la constitución del año VIII, estuviera encargada de interpretar las leyes: tal es el objeto del parecer del Consejo de Estado de 4 Termidor, año XIII. (1) El consejo decide que no es necesario exhibir las actas de defunción de los padres cuando los abuelos atestiguan dicha defunción; que si han muerto los ascendientes cuyo consentimiento es requerido, y estándose en la imposibilidad de presentar el acta de su defunción por no conocer su último domicilio, puede procederse á la celebración del matrimonio de los mayores en vista de su declaración, bajo juramento de que les es desconocido el lugar de la defunción de sus ascendientes. Esta declaración debe estar certificada bajo juramento por cuatro testigos del acta de matrimonio, los cuales afirmarán que aunque conocen á los futuros cónyuges ignoran el lugar de la defunción de sus ascendientes. Los oficiales del estado civil deben hacer mención de dichas declaraciones en el acta de matrimonio.

El dictamen del Consejo de Estado no determina más que sobre los mayores. ¿Qué debe decidirse respecto de los menores que en caso de defunción de sus ascendientes necesitan del consentimiento de familia? Se ve por los considerandos del dictamen de 4 Termidor que en la mente del Consejo de Estado la marcha que indica para la prueba de la defunción debe aplicarse á todos los casos:

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 116.

está exenta de peligro, dice el Consejo, con relación al matrimonio de los mayores, para los cuales el consentimiento no es de una necesidad absoluta y dirimente; y en cuanto á los menores nada hay que temer toda vez que á falta de ascendientes no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del consejo de familia.

Se pregunta si la defunción de uno de los padres podría ser atestiguada por el superviviente. Están divididos los autores. La mayor parte se conforman con la declaración del padre ó de la madre. Esto es dudoso. Según el rigor de los principios podría decirse que no corresponde á los oficiales del estado civil suplir el silencio de la ley y substituir una prueba legal con otra prueba. No obstante, el dictamen del Consejo de Estado del año XIII los autoriza para ello en sus considerandos. Se lee allí que los oficiales del estado civil no disciernen con bastante cuidado los diversos casos que la ley ha tratado de reglamentar, aquellos que ha dejado á disposición de los principios generales y del derecho común. El Consejo dice en seguida que en París los oficiales del estado civil se han conformado con testimonios de notoriedad y aun con la simple declaración de los cuatro testigos; que de esto no ha resultado ningún inconveniente ni queja, mientras que, por el contrario, resultan muchos cuando en casos semejantes se ha querido ser más riguroso y exigir mucho más. De consiguiente, el Consejo aprueba á los oficiales del estado civil que apliquen la ley de manera que se faciliten los matrimonios, y parece dejarles cierta latitud. No nos atreveríamos, sin embargo, á establecer como regla que uno de los cónyuges pudiera atestiguar en todos los casos la defunción del otro. ¿Es creíble, en efecto, que un cónyuge ignore el lugar en que ha fallecido su consorte? Si lo conoce debe, cuando menos, en general, presentar el acta de defunción, á no ser que el

oficial del estado civil se conforme con su declaración si de hecho le es imposible exhibir ese testimonio. (1)

Núm. 2. Cómo debe darse el consentimiento.

319. Cuando los ascendientes concurren al matrimonio otorgan su consentimiento en presencia del oficial del estado civil, cuyo funcionario lo hace constar en el acta que levanta al efecto. Pero puede acontecer que el ascendiente llamado á consentir no pueda ó no quiera presentarse personalmente. En este caso se necesita que otorgue su consentimiento por medio de una acta auténtica: así parece exigirlo el art. 73 al expresar que «el acta auténtica del consentimiento de los padres ó abuelos contendrá los nombres, apellidos, profesión y domicilio del futuro esposo y de todos los que concurren al acto, así como el grado de su parentesco.» Siempre se ha entendido esta disposición en el sentido de que era necesaria una acta auténtica; de donde se deduce que el consentimiento no puede otorgarse de otra manera, ni por simple poder, ni tácitamente. La Corte de Pau, en tribunal pleno, ha decidido, por el contrario, que el consentimiento de los ascendientes está regido por el derecho común; que, por lo mismo, puede ser expresado por cualquiera clase de actas, ya auténticas ya con un firma privada; que también puede ser tácito y resultar de conjunto de hechos y circunstancias propios para dar á conocer la intención del ascendiente. En vano, dice la sentencia, se invocaría el art. 73: esta disposición expresa, en verdad, lo que debe contener el acta auténtica del consentimiento, pero no está redactada en forma directa é imperativa, y, sobre todo, no declara la nulidad para el caso de

1 Demolombe, t. III, p. 63, núm. 40. Marcadé, t. I, p. 397, número 2.