

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.

inobservancia de las formalidades que prescribe. Desde ese momento se permanece en el derecho común. (1)

Nos es imposible admitir esta interpretación. Si el consentimiento de los ascendientes estuviera regido por el derecho común sería inútil el art. 73. ¿Habla la ley de una acta auténtica cuando admite el consentimiento tácito? ¿Cómo! ¿puede darse tácitamente el consentimiento y la ley enumera prolijamente las enunciaciones que debe contener el acta auténtica! Es cierto que el art. 173 no está redactado en una forma imperativa. Pero tampoco era necesaria. No existiera esta disposición en el Código, aun cuando debiera decidirse que el consentimiento de los ascendientes es un acto solemne. En efecto, ¿cómo se da por lo regular? Por una declaración que recibe el oficial público; de consiguiente, en una forma solemne. Si no comparece el ascendiente puede substituir su consentimiento verbal con uno literal, pero naturalmente el escrito que substituye una acta solemne debe ser solemne también; es decir, auténtica. Así lo exige el espíritu de la ley. Las más graves consideraciones del orden social hacen que la ley exija el consentimiento de los ascendientes; se necesita, además, que el consentimiento sea dado de una manera reflexiva y como resultado de una prolija deliberación; lo cual excluye un consentimiento tácito. Si la ley exige una acta auténtica es porque en punto de matrimonio todo es solemne, lo mismo el consentimiento de los ascendientes que el de los futuros cónyuges.

Una sentencia de la Corte de Tolosa falló, conforme á estos principios, que el consentimiento otorgado por los padres en los convenios matrimoniales de su hijo no po-

1 Sentencia de 24 de Marzo de 1859 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1860, 2, 157).

día ser considerado bastante para la celebración del matrimonio. (1) M. Demolombe, profesando por completo la idea de que el art. 73 exige que el consentimiento sea dado en forma auténtica, dice, refiriéndose á la sentencia de la Corte de Tolosa: "No quiero erigir en principio esta decisión, prefiero á limitarme á decir que eso será una cuestión de hecho." (2) ¿Cómo! ¿la cuestión de saber si el consentimiento es un acto solemne ó si se permanece bajo el imperio del derecho común es una cuestión de hecho! ¿Si es cierto que la ley exige que se dé el consentimiento en la forma auténtica, como lo enseña M. Demolombe, puede admitirse un consentimiento tácito? ¿Si el derecho debe abdicar ante el hecho de qué sirve entonces y á qué fin pasamos nuestra vida en enseñarlo y nuestros desvelos en interpretarlo?

320. ¿Debe indicar el acta del consentimiento dado por el ascendiente el nombre de la persona con la cual va á contraerse el matrimonio? ¿Puede otorgarse al hijo el poder de casarse con quien quiera ó dejarse en blanco el nombre? Causa sorpresa ver que sea discutida semejante cuestión y que haya autores que vacilen en contestarla negativamente. Hay una razón decisiva para decidirlo así. ¿Qué es el acta de consentimiento? Equivale al consentimiento oral otorgado en presencia del oficial del estado civil; de consiguiente, debe contener las declaraciones que el ascendiente daría ante el oficial público si se presentara personalmente. Y bien, ¿por ventura en esta solemnidad dice el padre que consiente en el matrimonio de su descendiente con un hombre ó una mujer *en blanco*? Hablemos seriamente. Consentir es aprobar el matrimonio después de madura

1 Sentencia de 29 de Julio de 1828 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 109).

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, ps. 84 y 78, núms. 55 y 52.

deliberación; ¿y sobre qué recae esta deliberación? Sobre las cualidades del futuro ó de la futura. Dar un consentimiento general ó en blanco sería, en consecuencia, una majadería. Durantón cree, sin embargo, que no podría ser anulado el matrimonio si fuera dado el consentimiento en esta forma irregular. (1) ¿Existe, empero, ese pretendido consentimiento? Hé ahí la verdadera cuestión, y la cuestión no es una. Nó, un consentimiento general ó dado en blanco no es un consentimiento; de consiguiente, entraña nulidad. M. Demolombe es de este parecer, pero agrega: «Bien sé con qué repugnancia acogen los magistrados las demandas de nulidad de matrimonio y no niego que podrá suceder con frecuencia, en caso semejante, que el matrimonio, una vez celebrado, se confirme.» (2) Si los tribunales encuentran conveniente pasar por encima de la ley cometen un error, y el deber del intérprete es llamar incessantemente á la observancia de la ley; mejor dicho, ni siquiera debe suponer que podrían violarla.

321. ¿Cuándo debe darse el consentimiento? En el acto de la celebración del matrimonio es cuando el hijo menor debe estar acompañado de su ascendiente á título de incapaz. Si el consentimiento es otorgado por acta se necesita que el ascendiente la conserve hasta el momento de la celebración. Hasta entonces puede revocarla porque se trata de una manifestación de voluntad puramente unilateral. De ahí se sigue que si llegase á morir el ascendiente ó fuese atacado de enajenación mental cesaría su consentimiento y el hijo necesitaría el del ascendiente llamado á consentir en el matrimonio en defecto del que falleció ó está imposibilitado de manifestar su voluntad. Todos están de acuerdo acerca del principio, y

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 76, núms. 91 y 92.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 82, número 53.

no podría haber en él la menor duda. Empero en la aplicación hay autores que vacilan y que acaban por separarse del rigor de los principios que tienen la misión de conservar. Uno supone que el ascendiente revoca su consentimiento por acta certificada, pero sólo al hijo notifica su revocación; el matrimonio se celebra. M. Demolombe es de parecer que no podrá ser anulado ese matrimonio en razón de la buena fe del otro cónyuge. (1) ¿Qué tiene de común la buena fe con el consentimiento? Existe ó no éste; si es revocado no hay consentimiento, ¿y puede ser válido el matrimonio sin el consentimiento de los ascendientes!

Marcadé supone que el padre muere después de haber consentido. La madre está llamada á consentir y guarda silencio; este silencio, dice Marcadé, es una confirmación del consentimiento otorgado por el padre. (2) M. Demolombe y Zachariæ tienen razón de rechazar esta opinión más que extraña. El consentimiento debe darse al celebrarse el matrimonio, y ese consentimiento es un acto solemne; se necesita: ó una declaración en presencia del oficial del estado civil ó una acta auténtica; de consiguiente, el consentimiento no puede otorgarse por vía de silencio. Se dice que este silencio equivale á la confirmación. Nosotros contestamos que la confirmación supone un acto viciado y nulo en razón del vicio que lo infecta. ¿Dónde está, en este punto, el vicio que anula el consentimiento del padre? No existe ese consentimiento; y ¿puede confirmarse la nada? Si se admitiera la confirmación sería el padre el que consentiría. Ahora bien, el padre ha muerto. ¿Por ventura un muerto consiente?

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 85, número 57.

2 Marcadé, t. I, p. 396, núm. 5. Demolombe, t. III, p. 85, número 58. Zachariæ, t. III, p. 267, nota 38, pfo. 462.

322. ¿Há lugar á recurrir ante los tribunales si niega su consentimiento el ascendiente llamado á consentir? En el derecho antiguo se decidía que podía el juez, en vista de un parecer del consejo de familia, autorizar al menor á proceder á la celebración del matrimonio cuando los padres no daban razón ninguna de su negativa ó eran malas las que daban. Pero no se admitía como regla esta especie de recurso; no se permitía al juez anular la negativa sino en el caso en que fuera notoria la injusticia. Pothier presenta algunos ejemplos. (1) Eso era contrario á los principios verdaderos, porque de ello resultaba que el juez consentía en el matrimonio, mientras que, según la ley, el ascendiente es quien debe consentir. Bajo el imperio del Código ni siquiera puede establecerse la cuestión. Nuestros tribunales no gozan ya de la extensión de poder que se les reconocía bajo el antiguo régimen: la ley es su regla y nunca les es permitido separarse de ella.

§ II.—DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES.

*Núm. 1. De las peticiones respetuosas.*

323. Los hijos necesitan el consentimiento de sus ascendientes hasta que hayan llegado á la edad de veinticinco años cumplidos y las hijas necesitan ese consentimiento hasta la edad de veintiún años. Cuando han llegado á esta mayoría ya no se requiere el consentimiento para la validez del matrimonio. Sin embargo, la ley exige que antes de casarse soliciten los hijos el consejo de sus padres ó el de sus abuelos cuando aquellos hayan muerto ó estén imposibilitados de manifestar su voluntad (art. 151). ¿Por qué obliga la ley á los hijos á solicitar el consejo de sus

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 332.

ascendientes cuando han llegado á la edad en que pueden casarse sin su consentimiento? No todas las razones que se dan son igualmente concluyentes. Desde luego debe eludirse la autoridad paterna, toda vez que, en nuestro derecho, acaba ésta á la mayoría de los hijos. Tampoco es un motivo determinante el respeto que los hijos deben á sus ascendientes, al menos desde el punto de vista legal. Se dice que á cualquiera edad los hijos deben consideración y respeto á sus ascendientes. La ley lo dice respecto á los padres (art. 371), pero no en cuanto á los abuelos. El respeto moral es, pues, el que debe invocarse para justificar desde este punto de vista la necesidad del Consejo. Existen para ello otras razones y, ante todo, el interés del hijo. Aun á la edad de veintiuno ó de veinticinco años puede dejarse arrastrar por la pasión que ciega y contraer lazos que serán quizá objeto de amargos pesares. Lo que prueba que es este uno de los motivos determinantes es que la ley exige que la solicitud de consejo se renueve tres veces mientras los hijos ó las hijas no han llegado á la edad de treinta ó de veinticinco años, respectivamente, en tanto que después de esta edad se conforma con una sola solicitud (arts. 152 y 153). Por último, el legislador ha tenido en cuenta el interés de la familia, de la cual los ascendientes son los representantes por excelencia. En el informe del tribuno Gillet se lee lo siguiente: «Puesto que el matrimonio está destinado á extender las ramas de la familia y que por medio de él los padres ven nacer de sus hijos un nuevo orden de descendientes justo es que no permanezcan extraños á ese contrato del cual depende la existencia de su posteridad.» (1)

En el derecho antiguo se daba el nombre de *notifica-*

1 Gillet, Informe al Tribunado, núm. 1 (Loché, t. II, p. 429). Véase la Exposición de los motivos de Bigot-Prémeneu, núm. 1 (Loché, t. II, ps. 422 y siguientes).