

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).

ción respetuosa á estas solicitudes de consejo. (1) El Código de Napoleón dice que los hijos solicitarán el *consejo* de sus ascendientes en una petición *respetuosa y formal*; de ahí proviene la expresión de *peticiones respetuosas* que ha substituido á la de *notificación respetuosa*. Debe evitarse, dice Bigot-Prámeneu, aun el vocablo *notificación*, que designa mal un acto de sumisión y respeto. Efectivamente, la palabra *notificación* despierta la idea de un acto judicial que trae consigo violencia; los oficiales ministeriales son los encargados de ejecutar las rigurosas órdenes de la justicia que *notifica* á los deudores cumplan sus obligaciones. Aquí no se trata ni de deuda ni de deudor. Hé ahí por qué ha querido la ley apartar toda apariencia de fórmulas judiciales. No son los ugières los que notifican las peticiones respetuosas, la ley confía á los notarios esta misión delicada; por la naturaleza misma de sus funciones los notarios son los depositarios de los secretos de las familias; son amigos que servirán de intermediarios entre los hijos y sus padres y podrán, con su influencia calmar las pasiones y llegar á una reconciliación restableciendo la paz y la concordia. (2)

324. ¿A quién deben pedir consejo los hijos? El artículo 151 contesta: «A sus padres.» Eso supone la repulsa de éstos. Si consiente el padre puede verificarse el matrimonio, á no ser que se pruebe el disenso de la madre; y esta prueba no exige peticiones respetuosas propiamente dichas. (3) Si los padres se niegan debe el hijo dirigir á uno y otro una petición respetuosa. El texto es terminante. Es cierto que para el matrimonio basta el consentimiento del padre, pero aquí no se trata ya de consentimiento, se trata del *consejo* de los ascendientes; ahora

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Notificación respetuosa*.

2 Exposición de los motivos, núm. 5 (Loché, t. II, p. 426).

3 Véase más arriba, núm. 312.

bien, los motivos por que exige la ley el consejo del padre se aplican igualmente á la madre.

Dice el art. 151 que cuando los padres han muerto ó están imposibilitados de manifestar su voluntad deben los hijos solicitar el consejo de sus abuelos. La ley prevee sólo el caso de ascendientes del mismo grado; en ese caso todos deben ser consultados. Es inútil decir que si hay bisabuelos y abuelos no debe solicitar el hijo más que el consejo de los últimos; es decir, de los que estarían llamados á consentir en su matrimonio si fuera menor de veinticinco ó de veintiún años.

325. La ley prevee el caso de ausencia del ascendiente á quien debería dirigirse la petición respetuosa y decide que se procederá á la celebración del matrimonio presentando el fallo que declaró la ausencia ó, en su defecto, el que ordenó la información; si no ha habido fallo todavía, es decir, si se encuentra en el primer período de la ausencia será bastante un testimonio de notoriedad expedido por el juez de paz del lugar en que el ascendiente haya tenido su último domicilio conocido; este testimonio debe contener la declaración de cuatro testigos llamados de oficio por el juez de paz (art. 155).

El parecer del Consejo de Estado de 4 Termidor, año XIII, ofrece una nueva facilidad para la prueba de la ausencia de los ascendientes. Si no puede probarse conforme al art. 155 del Código porque se ignore el último domicilio de los ascendientes en tal caso se procederá al matrimonio por la declaración, bajo juramento de los futuros cónyuges de que les es desconocido el último domicilio de los ascendientes. Esta declaración debe ser certificada, también bajo juramento, por los cuatro testigos que concurran al matrimonio.

Síguense igualmente las disposiciones del mismo parecer de D. TOMO II—65

cer en cuanto á la prueba de la defunción de los ascendientes.

326. El artículo 155 ha dado margen á extrañas cuestiones. (1) Supóngase que la madre ha muerto y que el padre está ausente, pero que vive el abuelo; se pregunta si pueden casarse los futuros cónyuges probando la ausencia de su padre y sin dirigir peticiones respetuosas á su abuelo. Según el texto de la ley, dicese, debe decidirse la cuestión afirmativamente. En efecto, el artículo 155 dice: «En caso de ausencia del ascendiente á quien hubiera debido dirigirse la petición respetuosa se procederá á la celebración del matrimonio presentando el fallo, etc.» Nosotros decimos que esta es una extraña cuestión. ¿Cuál es el objeto del art. 155? ¿Determinar á qué ascendientes debe pedir consejo el hijo? Por lo demás el artículo 151 es el que decide este punto, y su decisión, conforme al buen sentido, es que si los padres han muerto ó están imposibilitados de manifestar su voluntad el hijo debe pedir consejo á sus abuelos. Falta comprobar está imposibilidad cuando se trata de ausencia. Tal es el objeto del artículo 155, perfeccionado con el parecer del Consejo de Estado del año XIII.

Se pregunta también si pueden casarse los hijos sin dirigir peticiones respetuosas cuando no haya ascendiente en estado de manifestar su voluntad. Cuestión más extraña todavía. ¿A quién se dirigirían los hijos cuando no hay nadie que pudiera contestarles? ¿Pedirán consejo á un ausente, á un enajenado? La imposibilidad de manifestar su voluntad está asimilada á la muerte, y cuando han muerto todos los ascendientes nos parece que es inútil decir que los futuros cónyuges no necesitan ni de su consentimiento

1 Consúltese á Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 403 y siguientes, núms. 1 y 2.

ni de su consejo. Ni siquiera deberían promoverse semejantes cuestiones.

327. Las peticiones respetuosas deben hacerse tres veces por los hijos mayores de veinticinco años y menores de treinta y por las hijas mayores de veintiuno y menores de veinticinco. Después de los treinta ó de los veinticinco, respectivamente, no es necesario más que una petición respetuosa. Tal es la decisión de los arts. 152 y 153. En este último hay un defecto de redacción; dice así: «Después de la edad de treinta años se podrá, á falta de consentimiento con motivo de una petición respetuosa, proceder un mes después á la celebración del matrimonio.» La ley no distingue entre los hijos y las hijas; desde ese momento podría decirse: el intérprete no puede distinguir y debe, en consecuencia, deducir de los términos generales del art. 153 que las hijas deben dirigir tres peticiones respetuosas mientras no hayan llegado á la edad de treinta años. Esta interpretación es rechazada, y con justicia, por la doctrina y la jurisprudencia. La distinción que ha descuidado hacer el art. 153 se encuentra en el art. 152, el cual dice claramente que la hija no debe renovar las peticiones respetuosas sino desde la edad de veintiún años hasta la de veinticinco. De consiguiente, la hija, lo mismo que el hijo, puede casarse, después de una petición respetuosa, cuando ha llegado á la edad en que ya no está obligada á repetirla. Así es como ha explicado la ley Bigot-Prémeneu, y bastaría el buen sentido para justificar esta interpretación. (1)

El Orador del Gobierno nos dice también por qué debe ser renovada la petición respetuosa hasta los veinticinco ó treinta años y por qué basta una sola petición después de esa edad. Según el art. 152 la renovación se hace de mes

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, pfo. II, 3ª cuestión.

en mes y no puede celebrarse el matrimonio sino un mes después de la tercera petición. Es necesario, dice Bigot-Préameneu, dar á los padres y á los hijos la ocasión y el tiempo de explicarse; pero, por otra parte, se necesita que el matrimonio no se suspenda por un tiempo demasiado largo. No olvidemos que ya no es necesario el consentimiento de los ascendientes, que los hijos son mayores por lo que respecta al matrimonio, y que, por lo mismo, tienen el derecho de casarse. Es forzoso que no se estorbe y acaso se impida con plazos demasiado largos el ejercicio de ese derecho. Para conciliar todos los intereses prescribe la ley la renovación de las peticiones respetuosas, pero fijando plazos cortos. El objeto del legislador es cuidar de que los hijos no se dejen arrebatar del primer impulso de su pasión. Es menos de temer ese peligro á medida que los hijos avanzan en edad; hé ahí por qué después de treinta ó veinticinco años puede procederse á la celebración del matrimonio en vista de una sola petición respetuosa. (1)

328 ¿Cómo se contará el plazo de un mes que debe transcurrir entre cada petición respetuosa? Merlin ha tratado esta cuestión con la ciencia y la amplitud que le son peculiares; (2) nos limitaremos á resumir sus decisiones. El art. 1033 del Código de Procedimientos previene que no se cuenten el día de la notificación ni el del vencimiento en el cálculo de las plazos señalados para los llamamientos, citaciones, notificaciones y otros actos hechos en lo personal ó á domicilio. ¿Debe aplicarse esta regla á las peticiones respetuosas que están calificadas también de notificaciones? Nó, porque el art. 1033 no concierne más que

1 Exposición de los motivos, núm. 4 (Loaré, t. II, p. 426).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, pfo. II, 1.ª cuestión; *Repertorio*, en la palabra *Plazo*, sec. 1.ª, pfo III, y en la palabra *Mes*. Consúltese Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms 142 y 143.

á los actos de procedimientos y, por lo mismo, es extraño á las peticiones de consejo para cuyos actos se ha querido evitar toda forma judicial. Esto supuesto la cuestión debe decidirse por el texto del art. 152 y por los principios generales. Ahora bien, al decir la ley que las peticiones se renovarán *de mes en mes* debe contarse de fecha á fecha, de modo que una petición respetuosa hecha el 1.º de Junio puede renovarse el 1.º de Julio siguiente, mientras que, según el Código de Procedimientos, no podría serlo sino el 2.

¿Se necesita que sea el mes rigurosamente de treinta días? Nó; se observa el calendario gregoriano, según el cual los meses tienen duración desigual. De fecha á fecha, pues, es como se cuentan los meses: la petición respetuosa hecha el 3 de Febrero puede renovarse el 3 de Marzo.

Apesar de esto las peticiones respetuosas pueden hacerse después de la expiración del mes; es cierto que eso es irregular, pero la ley no declara la nulidad, y la irregularidad no es bastante grave para que pudiese admitir la nulidad el intérprete fundándose en la voluntad del legislador. De la misma manera puede celebrarse el matrimonio más de un mes después de la última petición respetuosa. La ley no contiene ninguna disposición prohibitiva, y el juez no puede establecerla.

Núm. 2. ¿En qué consiste la petición respetuosa?

329. ¡Cosa singular! no se sabe en qué consiste la petición respetuosa; al menos está debatida la cuestión no obstante que, en concepto nuestro, no cabe la controversia. En la práctica del notariado se distingue el acto de notificación de la petición respetuosa. Cuando los notarios van acompañados del hijo que pide consejo á su ascendiente basta un solo acto para expresar la solicitud y ha-