

decir cuál es el destino ó aplicación de los objetos adquiridos; por donde resulta, ó la solución de que aquel de los dos esposos que mantuvo su palabra enfrente del otro disidente haga suyos los objetos comprados y, además, las sumas que por los gastos de su adquisición deba reintegrarle éste, ó que el obligado á resarcir esos gastos adquiera los objetos que mediante ellos se compraron.

Á manera de restricción y garantía ofrece el Código las de que la *promesa* sea otorgada en documento público ó privado, por un mayor de edad ó por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio y aun, por lo visto, á estas circunstancias tasadas, inspiradas en cierta prudencia y restricción, para derivar de ellas la existencia de aquella obligación de resarcir gastos, agrega, como equivalente, la de «ó si se hubieren publicado las proclamas»; es decir, que declara la existencia de la obligación á indemnizar *en cualquiera* de esas hipótesis, y releva de ella en *todas*, si el que rehusare casarse alegase y probase *justa causa para ello*.

Entendemos, aunque el Código no lo diga, y precisamente porque no lo dice, que no fijando una edad especial de capacidad para contraer *esponsales*, y sí sólo el requisito de que el menor sea asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, si ha de tener la promesa incumplida la consecuencia de obligar al reintegro de gastos de que habla el art. 44, comprendido en la Sección 2.^a, cap. 1.^o, tit. 4.^o, lib. I, bajo el epígrafe de «Disposiciones comunes á las dos formas de matrimonio», resulta la inevitable anomalía, en buena hermenéutica jurídica, de considerar capaces de celebrar *esponsales* á los mayores de siete años y menores de doce ó catorce, con la asistencia de aquella persona que ha de otorgar la licencia familiar, siempre que se trate del matrimonio *canónico*, y reconocer á dicha escasa edad la capacidad suficiente para este acto; pero cuando se trate del matrimonio *civil*, si no ha de aplicarse la regla general de que sólo puede contraer obligaciones el que está emancipado, todo lo más que cabrá inducir acerca de la capacidad *especial* para este caso, en razón de la edad, será la de que los contrayentes sean menores de veintitrés años, pero mayores de doce ó catorce, que es cuando tienen aptitud para contraer matrimonio, ya que no cabe admitir el absurdo de que para el acto preparatorio de otro principal se exija mayor capacidad que para la celebración de este mismo matrimonio.

De igual modo repútase evidente que el incumplimiento de los *esponsales* no origina la responsabilidad de esa reparación, si las personas entre quienes se celebró no tuvieran capacidad para contraer el matrimonio, ó si existiera entre ellas algún impedimento, puesto que éste sería ya una *justa causa* para rehusar su celebración.

Fué de uso muy general la incorporación de donaciones que los esposos se otorgaban con motivo de la celebración de los *esponsales*, y á la determinación de sus efectos se refería, según las hipótesis, la conocida *ley del ósculo*, de tradición no interrumpida en el Derecho español,

cuya historia se hace en otro lugar (1), remitiéndonos, por lo que á este punto se refiere, á la doctrina allí expuesta (2), importando tan sólo dejar consignado aquí, que si la promesa de futuro matrimonio, ó sean los *esponsales*, no produce la obligación de contraer el proyectado, puede, sin embargo, dicha promesa constituir materia de una donación de las llamadas por *razón de matrimonio*.

41. LA LICENCIA Y EL CONSEJO FAMILIARES. — Ni tiene novedad el reconocimiento del principio, ni pudo dejar de hacerse en el Código, el de la intervención de la familia en la celebración del matrimonio de alguno de sus miembros, ó sea la doctrina del *consentimiento* y del *disenso* paterno como requisito previo al matrimonio de los hijos, y con el mismo sentido comprensivo *familiar*, y no con el exclusivo de una atribución *paterna*, ni siquiera del padre ó de la madre, á nombre de la *patria potestad* que ejercen, porque no se deriva de ella, sino de la naturaleza y trascendencia del acto matrimonial, por el interés *familiar* que toda nueva unión ha de tener para los miembros de las familias de los contrayentes, y por una racional prevención, que tiende á evitar irreflexiones de la juventud ó del apasionamiento.

La novedad en el Código acerca de esta doctrina consiste, no en su fundamento, sino en su *reglamentación*, á saber:

Cambia el nombre de *consentimiento paterno* por el de *licencia* (3), y conserva el de *consejo* de la ley de 1862.

Unifica la edad en los sexos, respecto de la necesidad del consentimiento, desapareciendo la diferencia poco justificada, que acerca de este punto ofrecía el Derecho anterior.

Suprime el tipo legal de edad *especial* que para las aplicaciones á esta materia existían también en el Derecho anterior, y el Código, con más lógica, toma igual tipo que para las otras aplicaciones civiles, es decir, la mayor y la menor edad. Durante la menor, considera indispensable el consentimiento paterno, ó sea su *licencia*, ó de otras personas, en defecto del padre. Establece de modo general y terminante la necesidad del *consejo* para *todos* los mayores de edad, y contiene notables variaciones, tanto en la determinación de las personas que han de otorgar la *licencia* y el *consejo*, como en las diversas clases de hijos que deben cumplir uno ú otro requisito; pues aunque emplea esta palabra *hijos* en el artículo siguiente, 46, para determinar que no sólo los legítimos, sino los naturales reconocidos ó legitimados, y aun los adoptivos hayan de cumplir estas condiciones previas, es lo cierto que, al establecer la obligación legal, el art. 45 usa sólo las de *menor* y *mayor de edad*, en lugar de las de *hijos de familia*, consignadas en la ley de 1862.

(1) Cap. 20 de este tomo, al explicar los arts. 1.327 al 1.335 del Código civil.

(2) Principalmente en la explicación del art. 1.333.

(3) Así denomina la institución en el art. 45 que la establece; pero en el siguiente, 46, y otros varios del Código, como el 1.318, 1.329, 1.333 y 1.340, conserva el nombre anterior de *consentimiento*.

Dados los términos generales é indistintos en que está concebido el precepto del núm. 1.º del art. 45 del Código, es evidente que esta intervención de la representación de la familia en los matrimonios de los miembros de ella, menores ó mayores, por medio de la *licencia* ó del *consejo*, no es, y mejor dicho, *no debió ser* para el Código, respecto de los que conceden una ú otro, atributo de la patria potestad, ni para los que la necesitan, consecuencia de estar sometidos á aquel poder paterno, ni resultado siquiera de la generación ó de la paternidad y ascendencia: su fundamento consiste sólo en ser miembros de la familia, y menores ó mayores, esto es, del *estado familiar* y de las *condiciones de necesidad* presunta por la edad, de los que proyectan casarse, para que sea precisa una ú otra circunstancia, independientemente, por tanto, de la misma cualidad de *emancipados*, obtenida ya generalmente por el cumplimiento de la mayor edad para los efectos del *consejo*, ya por los otros medios de emancipación, incluso el del matrimonio, variando con ello notablemente el criterio del Derecho anterior que, según se declaró alguna vez (1), y viene practicado por la Iglesia (2), consideraba innecesario este requisito del consentimiento ó consejo paterno para los que contrajeran segundas nupcias.

La *licencia* ó el *consejo* han de otorgarse, no de modo general, sino de modo concreto para un proyecto matrimonial determinado, y es preciso que se mantenga su otorgamiento hasta que éste se celebre, pues en cualquier tiempo anterior en que se revocase la licencia ó el consejo, debe producir esta revocación el efecto prohibitivo impediendo para el matrimonio que establece el núm. 1.º del art. 45, así como la contravención de ese efecto, si el matrimonio se llevase á cabo á pesar de él, traería consigo la misma responsabilidad que si nunca se hubiera solicitado y obtenido tal licencia ó consejo. Así lo hacen indudable la naturaleza de esta facultad de otorgar semejante venia por el arbitrio y libre estimación de las personas en quienes se reconoce sin restricción alguna, y la consideración de que pueden sobrevenir hechos ó noticias de que no tuviera conocimiento el que otorgó el permiso al tiempo de concederlo y que adquirió después, aunque antes, todavía, de celebrarse el matrimonio.

El art. 46 se consagra á la determinación de las personas ó entidades á quienes corresponde prestar la licencia, según la condición familiar de los que la solicitan, los cuales son designados con el nombre genérico de *hijos*, y calificados de legítimos, naturales reconocidos; legitimados por concesión real, adoptivos y demás hijos ilegítimos y expósitos; siendo de advertir, en primer término, que esta denominación de *hijos* que el ar-

(1) R. O. de 7 de Febrero de 1863, de conformidad con el dictamen del Tribunal Supremo en cierto caso consultado por el arzobispo de Valencia.

(2) Por entender que el que una vez se casa dejó de pertenecer á la clase de hijos de familia, pasando á ser jefe ó cabeza de una familia nueva, según lo advertía el obispo de Salamanca en circular dirigida á los párrocos de su diócesis.

tículo 46 emplea, no destruye el motivo de la necesidad de la licencia que existe en el *menor* de edad y de la del consejo en el *mayor*, subsistiendo todo lo dicho en *explicación* del artículo anterior, en cuanto al fundamento y naturaleza de la *licencia* y del *consejo* paterno, que no se derivan sólo de la condición de hijo, sino de la menor ó mayor edad.

Á pesar de la llana apariencia de este art. 46, necesita todavía la *exégesis* poner en claro su sentido en alguno de sus pasajes y la *crítica* juzgar de ciertos absurdos resultados de contradicción entre este artículo 46 y algún otro del Código, como el 69 y el 47.

El primero de sus párrafos refiérese al supuesto de matrimonios de hijos legítimos, determinando el orden de personas á quienes corresponde otorgar la licencia, á saber: padre, madre, abuelo *paterno* y *materno* y consejo de familia.

La *explicación* de este precepto exige determinar: 1.º, cuándo se entiende que se halla impedido el padre, para que su facultad de licencia corresponda á las personas llamadas en su defecto; 2.º, si la circunstancia de hallarse impedido el padre, que sólo respecto de éste se menciona en el artículo, debe entenderse suplida, ya que no esté expresada en todos los demás casos, excepto en el de ser llamado á prestar la licencia el consejo de familia; 3.º, si debe reputarse causa especial de impedimento, para prestar la licencia por la madre, el hecho de haber ésta contraído segundas nupcias; 4.º, si tal derecho á otorgarlo en el lugar en que la ley les llama corresponde sólo á los *abuelos*, ó también á las *abuelas*; 5.º, cuál es el resultado contradictorio que puede ofrecer el art. 46, comparado con algunos otros del mismo Código.

Con relación al *primero* de los problemas anteriores, debe considerarse que se halla impedido el padre de prestar la licencia, siempre que haya motivos puramente físicos ó jurídicos para ello; de la primera clase serán toda circunstancia de ausencia física, no legal, del padre en ignorado paradero ó frecuentes viajes, con dificultad de comunicación y falta de noticias acerca de la fecha probable del regreso, ó con cualquiera otro obstáculo material, imposible de vencer racionalmente, aunque dicha *ausencia física* no llegue á constituir en el padre el *estado civil* de *ausente*, porque, dada la verosimilitud de esta hipótesis, ninguna razón aconseja, y mucho menos habiendo personas que suplan el requisito de la venia familiar para el matrimonio del menor, que éste se vea privado de celebrarlo, á virtud de la incertidumbre respecto de la posibilidad ó presencia del padre para prestar aquélla.

Más concreto en este punto era el Derecho anterior al Código, constituido por el núm. 1.º del art. 1.919 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto dispone que la autoridad judicial otorgará el consentimiento cuando las personas llamadas con anterioridad á otorgarlo se hallaran en países en los cuales fuera preciso invertir más de un año para comunicarse y obtener respuesta; pero este precepto debe reputarse derogado, aunque expresamente no haya sido todavía reformada la ley de Enjuiciamiento civil en concordancia con el Código, á pesar de lo apre-

miente de la necesidad, porque además de ser posterior el Código y no haberlo establecido así, aquella ley tiene como base precisamente lo que el Código ha negado, que es la intervención de la autoridad judicial, como medio supletorio de prestar el consentimiento en algunos casos para el matrimonio de las personas que no tuvieran padre, madre, abuelo paterno, ni materno, ni curador testamentario, ó que, teniéndolos, se hallaran en dichas condiciones.

Á la segunda clase de causas legales que impiden al padre prestar el consentimiento, corresponden: 1.º, la *ausencia*, en su sentido legal (1); 2.º, la *locura*, salvo los casos probados de intervalos lúcidos, que deberán justificarse sumariamente por medio de información, con arreglo á los artículos 1.848, y núm. 3.º del 1.910 y 1.920 de la ley de Enjuiciamiento civil, en lo que puedan reputarse *subsistentes* para los meros efectos del procedimiento en relación con el art. 218 del Código, y sin que sea obstáculo lo prevenido en el 219 del mismo (2), puesto que no es procedente detener la celebración del matrimonio hasta que se sustancie y resuelva en definitiva la demanda ordinaria que puede interponerse contra el auto declarando sumariamente la incapacidad, debiendo reputarse bastante para esta materia dicha declaración sumaria; 3.º, la pena de *interdicción civil* (3), más bien que por suspender los derechos de la patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia (4), lo cual podría ser un fundamento de analogía en cuanto á semejante resultado de reputarse impedido al padre de prestar la licencia para el matrimonio del hijo, porque su cualidad de *penado* le coloca fuera de condiciones normales para estimar con el debido conocimiento de causa las circunstancias del matrimonio proyectado por aquél, y mucho más en el caso de haber interdicción civil especial que nace de ciertos delitos, como los cometidos contra la honestidad, corrupción de menores, etc. (5); claro es que el sobrevenir impedimento legal al padre después de prestar la licencia, aunque antes de haber sobrevenido se celebre el matrimonio para que se prestó, no parece motivo suficiente para considerar necesaria una nueva licencia de las personas llamadas á prestarla en defecto de aquél.

En cuanto al *segundo* de los problemas antes formulados, no puede ofrecer dudas, puesto que, así como el hallarse impedido el padre hace que pase la facultad de otorgar la licencia, para el matrimonio del hijo, á la madre, debe entenderse establecida sucesivamente igual salvedad para todos los llamamientos ulteriores de personas á quienes se atribuya subsidiariamente esta facultad en todos los casos análogos, aunque el

(1) Estudiada en el t. II, 2.ª edic., cap. 15, págs. 377 á 422.

(2) Explicados ambos al tratar de la tutela de los incapacitados en este volumen.

(3) Estudiada, como causa que modifica la capacidad civil, en el cap. 12, págs. 275 á 282, t. II, 2.ª edic.

(4) Art. 43, Cód. pen.

(5) Arts. 466 y concordantes, Cód. pen.

Código no lo expresa más que respecto del padre; es decir, cuando se *hallen impedidos* los de los llamamientos precedentes.

Respecto al *tercero* de dichos problemas, si bien el art. 168 del Código, priva á la madre que ha contraído segundas nupcias de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, fuera del caso previsto de autorización del primer marido para conservarla, como la facultad de otorgar licencia para el matrimonio del hijo no se deriva de la patria potestad, es evidente que las segundas nupcias de la madre no la hacen perder este derecho, ni autorizan á los hijos para celebrar matrimonios sin ese previo requisito, que no pueden suplir las personas llamadas *subsidiariamente*, en cuanto no hay fundamento legal para reputar que dichas segundas nupcias sean causa de *hallarse impedida* la madre de prestar dicha venia, y más bien se encuentran en algún otro lugar del Código preceptos que autorizan el criterio opuesto, como sucede con el núm. 2.º del art. 63, al decir que la madre podrá sin licencia de su marido «ejercer los derechos y cumplir los deberes que le corresponden respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos, que hubiese tenido de otro...»

En orden al *cuarto* de aquellos problemas, á pesar de la opinión de ilustrados comentaristas (1), entendemos que, en defecto de la madre, sólo al *abuelo* paterno ó al materno, pero de ninguna manera á las *abuelas* paterna ni materna, ni menos á los bisabuelos y bisabuelas de ambas líneas, corresponde la facultad de otorgar licencia para el matrimonio á los nietos legítimos. No á las *abuelas*, porque, aparte de que en nuestro Derecho anterior (2), sólo á los *abuelos* se otorgaba con exclusión de la línea femenina en este grado de la ascendencia, su tenor literal lo hace evidente, puesto que se dice en plural *abuelos* y en singular *paterno* y *materno*, y caso de haber querido significar con la frase general de *abuelos* los *abuelos* y las *abuelas*, y no el *abuelo paterno* y el *materno*, en vez de emplear estos singulares, hubiese dicho *abuelos paternos* y *maternos* (3). El mismo artículo es una nueva demostración de este sentido de su primer párrafo, si se observa que en el segundo se emplea la palabra genérica *ascendientes*, y en el cuarto la de los *abuelos maternos*, pues si puede ser más ó menos justificable este cambio de llamamientos en cada una de las hipótesis de esas diversas clases de hijos á quienes se refiere, esto no autoriza para variar la propia significación de cada dicción legal, ni subordinar la del primer párrafo á la de los posteriores, ó viceversa.

Por último, en cuanto al *quinto*, se observa cierta falta de la necesaria concordancia de fundamentos, ó de expresión entre la mente que

(1) D. José Maria Manresa, ob. cit. t. I, págs. 233 y 238.

(2) Arts. 1.º, 2.º y 3.º de la ley de 20 de Junio de 1862, y núm. 1.º del art. 1.919 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(3) Así lo confirman otros preceptos del Código, en los que se menciona expresamente á las *abuelas* cuando se quieren incluir, ó se usa la misma frase cuando quieren excluirse; ejemplos de lo primero son los arts. 211 y 220, y de lo segundo el 227.

inspiró el primer párrafo del art. 46 y necesidad de la aplicación indistinta, según su texto, á toda clase de *hijos legítimos*, y el criterio á que obedece y resultados á que puede dar lugar el tenor literal del art. 69. En efecto: el 46 establece la necesidad de que todos los hijos legítimos obtengan del padre, en primer término, la licencia para casarse, y sólo en su defecto de la madre, etc.; y el 69 atribuye plenos efectos civiles al matrimonio nulo, respecto del cónyuge que obró con buena fe y de los hijos, ó para éstos sólo, si la mala fe hubiese intervenido por parte de ambos; de lo cual resulta que, en todo caso, los hijos del matrimonio nulo se reputan *legítimos*, y en tal concepto están comprendidos en aquella regla general é indistinta del primer párrafo del art. 46. Con tal falta de coordinación de estos dos textos, por defecto de las debidas salvedades en el primero y exceso de generalidad en las declaraciones del segundo, podría creerse que se produciría el absurdo resultado de que, con sujeción á aquél, los hijos de matrimonio nulo por falta de buena fe del padre, cualquiera que fuese la causa de la nulidad, han de solicitar, sin embargo, de éste, antes que de nadie, la indicada licencia para su matrimonio, cuando esto sería, á todas luces, de lo más injustificado, inconveniente, inmoral muchas veces, según la causa que hubiera producido la nulidad, y siempre injusto respecto de la madre, que por obrar de buena fe conservó al hijo en su patria potestad, y hasta perjudicial para éste por falta del debido conocimiento de causa en el padre, que no lo es para la ley civil, á pesar de la consideración de *legítimo* en el hijo y que no puede tener, por tanto, con él connivencia ni influjo alguno en su educación. Lo propio podría decirse con relación á la madre, si hubiera intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges en el matrimonio declarado nulo.

Ahora bien; á pesar de estas legítimas apariencias de resultados contradictorios y absurdos á que podrían dar lugar los dos textos legales comparados, entendemos que, establecido por el art. 69 que el matrimonio nulo no producirá efectos civiles respecto del contrayente que obró de mala fe, y siendo un indudable efecto de la ley civil el derecho de otorgar la licencia que el párrafo primero del art. 46 reconoce en los padres para el matrimonio de los hijos legítimos, aunque gocen de la consideración de tales los procedentes de los matrimonios nulos, subsistirá, respecto de su padre ó madre que obraron de mala fe al contraer el matrimonio de que aquéllos proceden, la privación de todo efecto civil que les impone el art. 69, y, por consiguiente, dentro del texto del Código, que pudiera ser más explícito y coordinado en sus diversos artículos, triunfará sin violencia la solución legal de considerar inaplicable á tales casos la generalidad con que está formulado el texto del expresado art. 46, en su párrafo primero.

Lo propio puede decirse de los casos en que se decreta divorcio de que sea culpable el padre, suspensión ó pérdida de la patria potestad por delito de aquél ó por decreto judicial. El texto del primer párrafo del art. 46 mejoraría en claridad conteniendo la salvedad de estos su-

puestos, mediante la cita de los artículos del Código que á los mismos se refieren, ó con la adición de una frase genérica bastante á expresar el concepto ó supuesto de todas estas salvedades de casos en los que, no obstante ser los hijos *legítimos*, no necesitan reclamar del padre, ó en su defecto de la madre, la licencia para su matrimonio.

En *explicación* de los restantes párrafos del art. 46 que se examina, bastará observar:

1.º Que, con mayor claridad que la ley de 1862 y en términos más completos, establece la necesidad de la *licencia* para los hijos naturales, siempre que sean reconocidos (1); suple la omisión que en el Derecho anterior existía respecto á los legitimados por concesión Real, que equipara á los naturales reconocidos; y establece, respecto de ambas clases de hijos, que hayan de pedir el consentimiento á los que les reconocieron y legitimaron, los cuales pueden ser el padre y la madre, ó uno solo de ellos, y en su defecto, dice, á sus *ascendientes*, en cuya genérica denominación deben considerarse incluidos los de los dos sexos de ambas líneas en todos sus grados. Por último, ha de impetrarse la licencia del consejo de familia, constituido con arreglo al primer párrafo del artículo 302, para el caso de hijos *naturales*, si bien no añade *reconocidos*; y conforme al 294, en el supuesto de hijos *legitimados* por *concesión real*, no existiendo acerca de ellos regla alguna para la organización especial del consejo de familia, es procedente asemejarles en este punto á los hijos legítimos.

Cómo el Código no dice sino «*ascendientes*», en general, aunque parece claro que, entre los que vivan, los de grado más próximo excluyan á los de más remoto, resultan las dudas de si dentro del mismo grado han de preferirse los de la *línea paterna* á los de la *materna*, cualquiera que sea el *sexo* de los que existan de una y otra, y si el *sexo* ha de ser también motivo de preferencia entre los ascendientes de la misma línea y grado, ó si han de concurrir ambos á la prestación del consentimiento. Nada resuelve el Código, y parece que por la analogía de los principios en que se inspira cuando del matrimonio de los descendientes legítimos se trata, el criterio será preferir el grado más próximo al más remoto, la línea paterna á la materna, y dentro de cada línea el sexo masculino al femenino, siendo siempre *individual* la función de otorgar la licencia en el ascendiente, á quien, según aquel criterio, corresponde prestarlo, á pesar del plural *ascendientes* que emplea el Código.

2.º Que, supliendo la omisión del Derecho anterior, se provee de regla el caso de matrimonio de hijos *adoptivos*, determinando que pidan el consentimiento *al padre adoptante*, que lo mismo podrá ser la madre, puesto que no subsiste en el Código la prohibición de adoptar las mujeres (2), «y en su defecto á las personas de la familia natural, á quienes corresponda», que serán las que el mismo Código establece por el orden

(1) Conforme á las disposiciones de los arts. 129 y sigs.

(2) Arts. 173 y 174, núm. 4.º

que señala, según la clase de hijos que sean, dentro de su familia natural, aquellos adoptivos.

3.º Que, respecto de los demás hijos ilegítimos, entre los cuales debe considerarse incluidos hasta los *naturales* que no hayan sido *reconocidos*, se modifica el Derecho precedente, que en cuanto á ellos prohibía se convocara en ningún caso á los parientes (1), y se declara preciso que obtengan el consentimiento de su madre, cuando fuera legalmente conocida, y *en este caso*, y en su defecto, de los *abuelos maternos*, que tampoco se dice si le han de prestar *conjuntamente* abuelo y abuela, ó por analogía y dado lo individual de la función por regla general, excepto cuando el consejo de familia es el llamado á prestar el consentimiento, ha de ser primero el abuelo materno y después la abuela materna, «y á falta de unos y otros»—que mejor diría *una y otros*,—el consejo de familia, constituido en la forma excepcional ya indicada que establece el art. 302 en su primer párrafo, si se trata de hijos ilegítimos que sean *naturales*, pero no *reconocidos*, y en la que dispone el segundo párrafo del mismo artículo, si dichos *ilegítimos* no son *naturales*.

4.º Que parece racional entender el final de este artículo, mediante el cual «á los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas», limitando su aplicación á los casos en los que falte todo antecedente de persona de la familia natural á quien correspondería, según el párrafo anterior, por el concepto general de hijos *ilegítimos*, prestar dicho consentimiento para la celebración de su matrimonio; es decir, que los jefes de dichas casas de expósitos asumirán esta facultad en el único caso de que suplan toda condición de parentesco y tutela respecto de estos infelices, de los cuales se ignora todo antecedente de paternidad, maternidad ó ascendencia; cuya inteligencia parece concordar con el sentido de otros artículos del Código (2).

Á la vista del texto del art. 47, no ofrece duda que *todos* los hijos mayores de edad, cualquiera que sea su clase de *legítimos*, *ilegítimos* ó *adoptivos*, y estado, incluso el de viudez respecto de la celebración de unas segundas nupcias, están obligados á solicitar la venia que se llama *consejo*, del padre y, en su defecto, de la madre, puesto que la ley no distingue y emplea aquella denominación genérica de *hijos mayores de edad*, sin excluir ni á los *emancipados* que gozan de una consideración legal relativa de mayores de edad, aunque naturalmente sean menores (3) y que de lo único que están dispensados, en virtud de la emancipación, es de la necesidad de la *licencia* ó consentimiento á que se refieren los artículos 45 y 46. El Código se aparta del Derecho anterior,

(1) Art. 13, ley de 20 de Junio de 1862.

(2) 212 y 303.

(3) Art. 317, «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor».

limitando esta facultad del *consejo* al padre y á la madre, y privando de ella á los abuelos, que antes la tenían (1).

Lo que no tiene satisfactoria explicación, es que, según el párrafo cuarto del art. 46, cuando son menores de edad los hijos ilegítimos que no sean naturales, no necesiten el consentimiento ó licencia del padre, sino de la madre ó el de los abuelos maternos y consejo de familia, y estos mismos hijos necesiten, cuando son mayores, el consejo, en primer término, del padre, puesto que en el art. 47 dice indistintamente «hijos», sin diferenciar los legítimos de los ilegítimos, ni menos éstos en sus distintas especies. Probablemente la intención con que este artículo se redactó, sería la de referirse sólo á los hijos *legítimos*, pero su texto no autoriza á semejante restricción en sus aplicaciones.

Es también, por supuesto, aplicable al art. 47, por lo que al *consejo* se refiere, cuanto se ha dicho en la exégesis comparada del párrafo primero del 46 con las declaraciones del 69 y supuestos del núm. 2.º del 73, causa 5.ª del 105, del 169 y del 171, á los que allí se alude.

El efecto único legal que el consejo desfavorable produce, es el de retardar la celebración del matrimonio hasta tres meses *después de hecha la petición*, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la negativa ó la aptitud evasiva (2) de dar ó negar el consejo por parte de los padres. Para garantir la libertad de las hijas en tales circunstancias, la ley de Enjuiciamiento civil (3) provee á las reglas del depósito de las mismas durante dicho plazo legal de los *tres meses*.

En favor de la conservación de la doctrina del llamado *consejo* á los hijos mayores de edad, como requisito previo para su matrimonio, con el único efecto dilatorio antes indicado, se pueden invocar dos consideraciones, una histórica y otra racional. La primera tuvo su valor mientras nuestras leyes civiles no admitieron la edad como causa de emancipación, porque se compadecía mal que, en el matrimonio de personas sometidas á la patria potestad no se concediera ninguna intervención legal al padre; y, en cierto modo, limitado el consejo á un mero efecto de retardo de dicho matrimonio por el brevísimo plazo de tres meses, no obstante ejercerse esta facultad á nombre del poder paterno aun subsistente, más bien representaba una atenuación del mismo y un mejoramiento introducido en favor de la libertad del hijo. Pero desde el momento en que por cumplir el hijo la mayor edad se produjo su emancipación por ministerio de la ley, esa razón histórica en favor del consejo no sólo no subsiste, sino que es contraproducente. La segunda se refiere

(1) Art. 15, ley de 20 de Junio de 1862.

(2) El Derecho anterior previó esta situación, primero por Real orden de 16 de Diciembre de 1863, considerándola como una negativa del consejo; el art. 1.936 de la ley de Enjuiciamiento civil, prohibió que se admitiera evasiva ni excusa de ninguna clase, bajo la prevención de que en otro caso se entendiese dado el consejo favorable, y el mismo Código, en su art. 47, no autoriza la doctrina contraria.

(3) Núm. 3.º, arts. 1.880, 1.901 á 1.909, concordado su texto con las modificaciones de edad que en el suyo establece el Código.