

pueblo cabeza del partido, lo sean tambien del juzgado, en sus oficios protocolizarán las informaciones que ante ellos pasen; y en los pocos casos en que el escribano del juzgado no lo sea del pueblo de la residencia de este, se cumplirá lo prescrito en el art. 1365: esto es, se protocolizará en el oficio del numerario que se designe por el juez, para que de ese modo sea conocido y seguro el lugar en donde se hallen los documentos, para cuando sean necesarios.

de parte de tercero; por esa causa, en una causa, en una parte de tercero en los expedientes de esta clase llevan siempre es-
pues la cláusula «sin perjuicio de tercero».

Muchas veces se protocolizan. Esta circunstancia denota el carácter distintivo de las informaciones para perenne memoria de las cosas. Efectivamente, todas aquellas que necesitan presentarse originales para producir los efectos á que se destinan no es dado protocolizarlas, porque el testimonio que de ellas se hiciera sería inútil. Nuestros lectores recordarán que en el Compendio al art. 1368 dijimos ya, que las informaciones de esta especie están comprendidas entre los actos de voluntaria jurisdicción no mencionados en la Ley de enjuiciamiento.

De un escribano público de la cabeza de partido judicial. Todos los escribanos son públicos, porque lo es el oficio que desempeñan; porque no pueden negar la autorización de las escrituras que las partes quieren otorgar, siempre que sean merecedoras de derecho. Por otra parte, los escribanos residen en las cabezas de partido se denominan numerarios, y son los que llevan dote de al registro de todos los instrumentos que pasan ante ellos. Si es que los hubiese, no obstante la prohibición de recibir notarios reales en los pueblos en que los haya numerarios. Así, pues, la cláusula presentada no consiste en una equivocación, sino en conformidad a las disposiciones de las leyes reales.

En nuestro sentir, al redactarse el art. 1365 se tuvo presente el pasamiento, predominantemente de carácter notarial, de ciertos expedientes para los juzgados, independientes y separados de los notarios ó escribanos, y como aquellos no habían protocolizado en registros, se manda que las informaciones se protocolicen en la numeraria de uno de los escribanos de esta clase de las cabezas de partido. Esto supuesto, mientras que aquel pueblo mismo no se realice, mientras que los escribanos numerarios del

TITULO IX.

DEL SUPLEMENTO DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES Ó CURADORES PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Observaciones.

La lectura del precedente epígrafe nos obliga á recordar algunas observaciones, espuestas al tratar del depósito de las jóvenes solteras por causa del disenso de los padres ó curadores para que aquellas contraigan matrimonio, tit. 4.º, Parte segunda de la Ley de enjuiciamiento. Decíamos entonces, que no éramos partidarios de la legislación que confía á los gobernadores de provincia la concesion de la licencia para casarse los hijos menores cuando sus padres se niegan á darla; y manifestamos tambien en aquella ocasion que nos parecia mucho mas acertada y conveniente la anterior jurisprudencia, que encomendó á las autoridades judiciales aquella facultad, de consecuencias tan graves como trascendentales para el bienestar y la paz de las familias.

Pues bien, las disposiciones que comprende el título 9.º, corroboran nuestras teorías, supuesto que reconocen en los jueces de primera instancia, y les confirman la facultad que tienen de suplir, en ciertos casos, el consentimiento de los padres ó curadores para que los menores contraigan matrimonio. ¿Y por qué, preguntamos, cuando el padre, la madre ó el curador se hallen ausentes, ó se ignora su paradero, ha de suplir el consentimiento de aquellos, á fin de que el matrimonio por la falta de aquel no adolezca de un vicio de nulidad, y no se les confía la concesion de la licencia para casarse cuando aquellos niegan á los menores el consentimiento para celebrar matrimonio? ¿Por ventura la diferencia en el origen ó en la causa ocasional de acudir á la autoridad para que conceda lo que falta, puede influir en la competencia de la misma de los jueces, ó de las autoridades?

CAPILLA ALFONSO

des? ¿Por qué razón en el un caso se ha de recurrir á la gubernativa y en el otro á la judicial, aunque sea bajo el carácter de asunto de jurisdicción voluntaria? ¿No son en la realidad una misma cosa suplir el consentimiento cuando se niega, ó darle cuando no se hallan en disposición de hacerlo, los que están facultados para consentir ú oponerse?

Las leyes que rigieron en España hasta que se estableció por última vez el sistema de gobierno que rige en la actualidad, no se limitaron á autorizar á la justicia ordinaria para que supliese el consentimiento de los padres; en el caso de que estos no pudieran darle por causas independientes de su voluntad ni á la autorización para decidir los recursos que se entablasen con ocasión del irracional disenso de los padres; sino que la pragmática de 23 de marzo de 1776, inserta en la Novísima Recopilación, dijo que "prestando los expresados parientes (tutores ó curadores) su consentimiento deberán efectuarlo con aprobación del juez Real, é interviniendo su autoridad si no fuese interesado." Véase, pues, como es exacto que á la jurisdicción Real ordinaria competía la intervención en los asuntos matrimoniales, aun más allá de lo que debía permitir la influencia de su autoridad. Pero más tarde vino la titulada Administración de Participar de las funciones que competían á los jueces, que realmente ejercían facultades administrativas y de gobierno; y desde entonces se declaró que los recursos ocasionados por el disenso paterno para conceder á los hijos la licencia de casarse á los gobernadores. Pues bien, si este cambio de autoridades se creyó conforme al nuevo sistema de atribuciones; si se consideró que las cuestiones relativas á consentimiento para casarse no pertenecían al orden judicial siempre que procedían del disenso paterno; ¿por qué no se aplicó del mismo modo el suplemento de aquel consentimiento, cuando la causa de impetrarlo de la autoridad emane de la larga ausencia de los que tienen que darle, ó de ignorarse su paradero? Confesamos sinceramente que no alcanzamos la razón de diferencia; recordamos lo que acerca de este punto se ha dicho; nosotros sostuvimos siempre que en todo caso se debía confiar á las autoridades judiciales el reconocimiento de lo referente á la concesión de licencia á los menores para casarse; pero no se estimaron sin duda suficientes, en cuan-

to á los casos de disenso, que por cierto son los mas próximos á lo judicial, y sin embargo se ha convenido en conservar á los jueces civiles una parte de las atribuciones que anteriormente desempeñaban.

La Ley de enjuiciamiento ha introducido alguna novedad en el orden de proceder, ó mas bien lo ha regularizado determinando los trámites que ha de seguir el expediente; que con el intento de que se supla el consentimiento se ha de instruir. Lo mas notable en esta parte es el recurso de alzada hasta nuestros días desconocido; no porque no hubiese razón suficiente para concederle; sino porque careciendo de formas regulares el procedimiento, no era regular que se estableciesen las instancias ó recursos que se habían de consentir.

A mas de esta razón es preciso tener presente que segun la Real pragmática arriba citada, las facultades de que venimos hablando competían al Consejo ó á las Audiencias; que ejercían tambien facultades gubernativas; y como de las providencias dictadas por aquel ó estas no procedía recurso de apelación, no pudo legalmente conocerse esa instancia que ahora se establece para ante los tribunales que entonces intervenían en la única posible.

Asi como nos complacemos al observar que establece un sistema de sustanciación que uniformará los expedientes sobre el suplemento del consentimiento paterno, asi tambien aceptamos complacidos que se haya llevado hasta el extremo de respetar la autoridad doméstica, hasta cuando quiera que se presente el padre, la madre ó el curador; porque tratándose de asuntos de tanta trascendencia para la familia, nunca está demás la intervención de aquellas personas tan respetables como interesadas por el bienestar de sus hijos.

ART. 1367. En los casos en que con arreglo á las leyes de autoridad judicial deba dar su licencia á un menor para contraer matrimonio, deberá acreditarse, previa y cumplidamente por el que la solicitare, hallarse en alguno de los tres casos siguientes:

- 1.º No tener padre, madre ni curador.
- 2.º Hallarse los mismos en países con los cuales sea preciso invertir mas de un año, para comunicarse y obtener respuesta.

3.º *Ignorarse el paradero del padre, madre ó curador.* Fuera de estos tres casos, el Juez no podrá otorgar la licencia.

Examinando en conjunto el artículo precedente, acaso se considere redactado con oscuridad, si es que no se nota cierta contradicción. Analicémosle, y no parecerá infundada esta observación, ni mucho menos improcedente ú oficiosa bajo ningún punto de vista. Presupone en su primera parte el artículo mencionado que con arreglo á las leyes compete á la autoridad judicial, en ciertos casos, conceder á los hijos menores la licencia para contraer matrimonio. Por ahora no necesitamos averiguar mas sobre este particular; participamos de esta opinion, y aun la adoptamos como doctrina corriente. Pero continuando el mismo artículo exige, que para que la autoridad judicial pueda conceder aquella licencia, en los casos en que la corresponda darla, es preciso que el que la pida acredite que se halla en uno de los tres casos que el mismo artículo espresa; y por último concluye prohibiendo que fuera de esos tres casos conceda licencia la autoridad judicial. Pues bien, si al caso de poder esta conceder la licencia es preciso que se agregue el hallarse el solicitante en uno de los otros tres que enumera, se infiere segun las reglas de la lógica, que estos tres casos son distintos, son otros que aquéllos en que la autoridad judicial puede facultar al menor para celebrar matrimonio; porque á no ser estos los pensamientos que encierra el art. 1367, hubiera dicho únicamente que la autoridad judicial podria tan solo otorgar permiso á los menores para celebrar matrimonio, cuando no tengan padre, madre ó curador; cuando estos se hallen en países, en los cuales sea preciso invertir mas de un año para comunicarse y obtener respuesta, ó cuando se ignore el paradero del padre, la madre ó el curador.

Reconocida la fuerza de esta observación, menester es recordar la jurisprudencia vigente hasta la publicación de la *Ley de enjuiciamiento* para averiguar, si segun ella competia á la autoridad judicial conceder las licencias en algunos casos; porque de ese modo podrá interpretarse rectamente el artículo que nos ocupa. Al mismo tiempo se acreditará si ha producido derogación de leyes anteriores, cuya observancia podria invocarse.

Las leyes españolas de todos los tiempos exigieron el consentimiento de los padres ó de los guardadores de los menores para que pudiesen estos celebrar matrimonio; pero no en todas las épocas fué uno mismo el derecho establecido, cuando sin la concurrencia de aquel se casaban los que necesitaban impetrarle. Efectivamente, tratando de esta materia la *ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 3.º* del Fuero dice, "que si alguno desposare la manceba de voluntad de su padre, é la manceba contra la voluntad de su padre quisiere casar con otro, é non con aquel á quien la prometa su padre, aquesto non lo sofrimos por nenguna manera, que ella lo pueda hacer." Esa misma ley impone tambien la pena de una libra de oro á la madre y á los hermanos que consintieren, en que la manceba se case con otro, que aquel á quien el padre la hubiere prometido.

La *ley 8 de los mismos libro y título citados* dispuso que muerto el padre, correspondiese á la madre el derecho de casar á los hijos y á las hijas; y si la madre es muerta, continúa aquella, ó se casase con otro marido, los hermanos deben casar la hermana, si son de edad cumplida; é si non son de tal edad, el tio los debe casar. Mas si el hermano es de edad, cumplida, é non se quiere casar por consejo de sus parientes, puede casar por sí. Mas la hermana, si algun home convenible la demanda, el tio ó los hermanos fallen con sus parientes mas propincuos, assi que comunialmente lo reciban ó lo dejen. Por último, la *ley 9, tit. 1, lib. 3 del Fuero-Juzgo*, dispuso lo que estimó mas conveniente, para el caso en que los hermanos tardasen en casar á la hermana, y reconoció la validación y eficacia del matrimonio celebrado sin el consentimiento de aquellos, cuando por su tardanza en casarla lo hiciese por sí misma. Nótese, pues, que en ninguna de las leyes á que nos referimos, se hace mención de la autoridad judicial para el efecto de conceder licencia á los menores, á fin de que celebren matrimonio válidamente.

Determinando la *ley 8.ª, tit. 2, lib. 3 del mismo Código* los efectos del casamiento de la hija, sin haber obtenido el que con ella lo celebra el consentimiento paterno, dispone que la que asi se casare, ni ella ni sus hijos deban heredar en la buena de los padres, porque se casó sin voluntad dellos, pero que puedan darla alguna cosa, si quisieren.

Los fueros municipales que se observaron en varios pueblos de Castilla y de Leon, siguieron el sistema consignado en el fuero de los Godos; porque así como este creyeron que era de gran interés social mantener ileso la autoridad doméstica, como también preservar á la juventud inconsiderada por causa de la inesperienza, de la precipitacion, de la ignorancia y de la ceguedad de las pasiones de contraer matrimonios notoriamente perjudiciales. Entre las disposiciones mas notables de los fueros municipales se cuenta la del de Alcalá que determinó, que á la hija emparentada la casaren el padre ó la madre; y que si uno de los padres fuese muerto, la casare el otro con consejo de los parientes del fallecido; y en el caso en que ambos padres no existieren, los parientes de ambas líneas precisamente la casaren, de tal modo que los unos sin la concurrencia de los otros no tuviesen poder para casarla; pero que si aconteciese lo contrario, esto es, si los parientes de cualquiera de las líneas casaren á la hija, incurririan en la pena de cincuenta maravedis para los parientes de la otra. Nótase, pues, en esta ley, que el poder para casar á los menores se trasmite por el mismo orden que el de la sucesion en las herencias; pero llevándole mas allá, en tales términos que la autoridad de cada uno de los padres se trasmitia á los parientes del muerto, á pesar de la supervivencia del otro.

El Fuero de Sepúlveda consignó mas espresamente que ninguno de los otros la estrecha relacion entre el poder para casar á los hijos ó parientes y el derecho hereditario. Dice, pues, la ley 56 del citado Fuero, publicado por el señor D. Feliciano Callejas, digno juez de primera instancia de aquel partido, no la 55 citada en el Ensayo histórico-crítico sobre la legislacion publicado por el inmortal Martinez Marina, tom. 1.º, pág. 298; "toda mujer virgen que á casar hobiere, así case: si padre non hobiere, la madre non haya poder de casarla, á menos de los parientes del padre que la habrien de heredar; é si non hobiere madre, el padre non haya poder de casarla, á menos de los parientes de la madre que la habrien de heredar. E si non hobiere padre nin madre, los parientes de la una parte é de la otra que la hobiérén de heredar la casen. Et cualquier que la casare á menos de como aquí es escripto, peche ocho maravedis á los parientes, é vaya por enemigo á amor de aquellos parientes que non fuesen pla-

centeros del casamiento." Esta ley se reprodujo en los fueros de Leon, de Salamanca, de Zamora, de Cáceres y otros. Obsérvase, pues, en esa ley que de propósito trascribimos con un objeto especial, que reconocido el principio de troncalidad para las sucesiones por el Fuero de Sepúlveda, al mismo se sometió la autorización necesaria para contraer matrimonio; porque produciendo la celebracion de este efectos considerables en las sucesiones intestadas, era necesario que los parientes llamados por la ley del Fuero á participar de la herencia interviniesen en la concesion de la licencia para contraer matrimonio. Pero no ha sido ese el objeto principal que nos hemos propuesto al transcribir la ley del Fuero; hemos tenido presente para hacerlo, que el de Sepúlveda figura en primer término entre los Códigos españoles, en todos aquellos pueblos en que sea usado y guardado; y como el art. 1367 hace referencia á las leyes vigentes, que reconozcan en la autoridad judicial la facultad de conceder á los menores licencia para casarse, necesitábamos averiguar si el Fuero la encomendaba alguna vez á los jueces; porque en ese caso tendria que procederse con arreglo al mismo, toda vez que se probase que se hallaba en práctica en el pueblo en donde residiere ó se hallare domiciliado el menor. Pero ni la ley trascrita ni ninguna otra del Fuero de Sepúlveda hablaron de la autoridad judicial con el objeto de autorizar á los menores para casarse, cuando tuvieren padres ó parientes, ni tampoco para determinar que no teniéndolos, pudieran libremente celebrar el matrimonio que intentaran contraer.

Resulta, pues, de todo lo espuesto con referencia á las leyes que los godos importaron de los pueblos germanos, y que fueron prohibidas por los fueros de Castilla y de Leon, que la autoridad paterna ejercia en primer término el derecho esclusivo de casar á sus hijos; y que en defecto de los padres intervenian los parientes, siguiendo ordinariamente el orden de proximidad que servia de base á las sucesiones legítimas; y que asimismo, en ninguna de las leyes de aquellos códigos se hacia mérito siquiera de la autoridad judicial con el objeto de suplir el consentimiento ó de prestar la licencia para casarse á los hijos de familia mientras vivian los padres, ni tampoco despues que estos ó los demas parientes hubiesen fallecido. Jamás nombraron si-

quiera la autoridad de los jueces para nada que tuviese relacion con el matrimonio.

Las leyes de Partida transmitieron á sus páginas la jurisprudencia romana, y exigieron el consentimiento paterno para la celebracion de los matrimonios. Pero si bien señalaron penas para aquellos que se casaren clandestinamente sin sabiduría de los parientes de ellos, como dice el epígrafe de la *ley 5.ª, tit. 3.º, Part. 4.ª*, el matrimonio era sin embargo válido, á pesar de que según la espresion de la misma ley, si alguno se casare sin sabiduría del padre ó de la madre de aquella con quien quiere casar si los hobiere; si non de los otros parientes más cercanos, sea metido en poder de estos con todo lo que hubiere. Tampoco en esas leyes se hace mencion del suplemento de la autoridad judicial en cuanto al consentimiento paterno para casarse: en esta parte se hallan de acuerdo las leyes de los códigos anteriores á las de Partida: todas ellas fueron rigurosas en cuanto al reconocimiento de la autoridad doméstica; y para nada invocaron la de los jueces.

Notorias son para todos las novedades que el Concilio de Trento introdujo en materia de matrimonios; y que á consecuencia de ellas sufrió tambien nuestra legislacion reformas considerables, especialmente en fines del siglo pasado; así como también que el señor D. Carlos III se propuso regularizar los asuntos matrimoniales en sus relaciones con el consentimiento paterno, para la celebracion de esos contratos que constituyen al mismo tiempo un sacramento.

Lamentábase el Monarca citado en su pragmática de 23 de marzo de 1776 de los abusos que se observaban en la celebracion de matrimonios desiguales por no esperar los hijos de familia el consentimiento paterno, ó de los parientes que se hallasen en el lugar de los padres; atribuyendo esos abusos á la falta de declaracion de las penas civiles en que incurrian los contraventores. Con el fin saludable de fijar la jurisprudencia, mandó examinar la materia en una junta de ministros, encargándola que le propusiese el remedio más conveniente y justo, en orden al contrato civil del matrimonio y á sus efectos temporales. Hecha la propuesta y consultada con el Consejo pleno, el cual asimismo dió su parecer, se espidió la Real pragmática arriba citada, por

la que se manda que los hijos de familia menores de 25 años hayan de pedir y obtener para celebrar matrimonio el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y á falta de ambos de los abuelos por ambas líneas respectivamente, y no teniéndolos, de los parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores; bien entendido que prestando los espresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento deben ejecutarlo *con aprobacion del juez Real*, é interviniendo su autoridad sino fuera interesado; y siéndolo se devolverá esa autoridad al corregidor ó alcalde mayor realengó más cercano al pueblo del que debiera darle.

Obsérvase, pues, que en la pragmática de 1776 se hace ya mencion de la autoridad Real, no para que preste el consentimiento por sí, y sin que preceda el de los parientes á quienes conferian las leyes anteriores esa facultad, sino para que apruebe el dado por aquellos, interviniendo su autoridad. Pero podrá decirse que este es uno de los casos aludidos por el *párr. 1.º del art. 1367*. Para contestar á esa pregunta debe tenerse muy á la vista el período de la Real pragmática, que habla de la aprobacion del juez Real; porque en él se observará que se refiere á los parientes, tutores ó curadores, y no á los padres ó á las madres ó á los abuelos que figuran sucesivamente en primer término para el efecto de que se trata. Así, pues, si bien podrá sostenerse que entre los casos comprendidos en el citado artículo se cuenta el de la pragmática de 1776, en cuanto se refiere á los tutores y curadores, no alude de modo alguno al en que tengan padre ó madre los menores; porque ni aquella Real disposicion exige la aprobacion del juez secular, cuando el padre ó la madre existan y hayan de prestar su consentimiento, ni tampoco se acordó de autorizar al juez mencionado para prestar en nombre de aquellos la autorizacion para casarse, cualquiera que fuese el estado ó situacion en que se hallaran los padres; si bien tuvo presente el caso de disenso, y estableció las reglas que habian de observarse para evitar los gravísimos perjuicios temporales y espirituales, que resultarían de la temeridad de los padres en negar el consentimiento, cuando los hijos quisiesen un matrimonio ventajoso.