

Por otras disposiciones posteriores se reencargó la observancia de la Real pragmática, y por primera vez se habló del *suplemento de la justicia* en la Real resolución de 3 de julio y cédula de 18 de setiembre de 1788, *ley 17, tit. 2.º, lib. 10 de la Nov. Recop.*; pero con referencia á las declaraciones que recaían en los expedientes formados con ocasión de la solicitud de los hijos contra el irracional disenso de los padres. Insistiendo en el propósito de regularizar esta materia, y teniendo presente no dejaron los tribunales eclesiásticos de tener una parte principal en las perturbaciones que se sucedían, por Real pragmática del señor D. Carlos IV, *ley 18, tit. 2.º, lib. 10 de la Nov. Recop.* se fijó el orden sucesivo de las personas, á quienes se confería el derecho de negar ó conceder el consentimiento para casarse á los hijos de familia menores de ciertas edades, y en la parte que á nuestro objeto se refirió, ordenó que á falta de los padres y abuelos paterno y materno sucediesen en aquel derecho los tutores: y á falta de estos el juez del domicilio, todos sin obligación de explicar la causa. Obsérvase, pues, que también la Real pragmática de 1803 calla absolutamente en cuanto á la intervención de la autoridad para permitir la celebración de matrimonios de aquellos que tuvieren padres; y aun lleva sus disposiciones mucho más allá que la de 1776, supuesto que no exige como está la aprobación del consentimiento que dieran los tutores ó curadores, por parte del juez del domicilio del menor, lo cual debe tenerse presente, porque en esta parte varía el derecho establecido por la pragmática de 1776.

Así, pues, por mas que hemos registrado las leyes que rigen en España referentes á la materia de que se trata, no hemos encontrado alguna que determine los casos que presupone el *párrafo 1.º del art. 1367*. De modo que, ó ha de convenirse en que esa referencia es inexacta, ó debe suponerse que esos casos son los de disenso de los padres y las demás personas á quienes la Ley confiere el derecho de suplir el consentimiento en el de disenso irracional. Si esto es así, la redacción del artículo sería oscura, y por consiguiente defectuosa.

Nos hemos detenido por tanto tiempo en recorrer la antigua legislación, porque el asunto es grave y trascendental; porque importa mucho fijar el verdadero sentido del *art. 1367*, á fin de

determinar si introduce una reforma en la jurisprudencia establecida, ó en la realidad establece un derecho nuevo. Pudiera deferirse á la primera opinion, si se creyera que esos casos que presupone son los de irracional disenso; pero como no es así, porque las doctrinas establecidas por la *Ley de enjuiciamiento*, reconocen en la autoridad gubernativa la facultad de autorizar la celebración de matrimonios contra el disenso de los padres, claro es que ese caso no es de aquellos en que se dice que la autoridad judicial está facultada para suplir el consentimiento que debieran dar los padres.

De todo lo espuesto deducimos, si bien temerosos de incurrir en error, que el *art. 1367* establece un derecho nuevo; que reconociendo la necesidad de no oponer obstáculos, que causen perjuicios á los intereses de los hijos, toda vez que se puedan suplir por medios que las leyes reconocen seguros y ventajosos en circunstancias dadas; y teniendo ademas presente que entre el caso de ausencia de los padres, de los curadores y de mas facultados para prestar el consentimiento al matrimonio, y el de que no los tengan, existe cierta semejanza, cierta razón de identidad, se ha creído conveniente facultar á la autoridad judicial para suplir el consentimiento, que aquellos no pueden prestar en los casos y por las causas de que mas adelante se hará mérito.

*La autoridad judicial.* Esta frase representa toda la magistratura en sus diferentes categorías; lo mismo es aplicable á los juzgados de primera instancia que á las Audiencias y Tribunal Supremo; de modo que señalándose como punto de partida, como objeto de referencia, cualesquiera que fuesen los juzgados y tribunales facultados para suplir el consentimiento, servirían hoy como supuesto para conocer si procedía la aplicación del *art. 1367*. Así, pues, si se pudiera aceptar la opinion que no admitimos de que se haga referencia á los casos de disenso, serian el Tribunal Supremo de Justicia y las Audiencias, las citadas en el artículo de que nos ocupamos.

*Deberá acreditarse previa y cumplidamente.* Este precepto de la Ley, hace referencia á la determinación definitiva de los expedientes que se instruyan sobre suplemento del consentimiento paterno; porque mal puede aludirse al origen de esto es, al prin-

cipio de la instrucción de aquel, en razón á que la prueba de cualquiera de las circunstancias de que despues se hará mencion, tiene que ser la materia del expediente mismo que se instruya para dar la licencia por via de suplemento de la que en presencia dieran los padres, ó curadores.

Supliendo en esta parte el silencio de la *Ley*, conviene admitir, que, como en todos los demas asuntos de jurisdicción voluntaria, tiene que solicitar el menor por medio de escrito firmado por el mismo el suplemento de la licencia para casarse, espresando en él, cual es su estado social y de familia, como el de si tiene padres ó no, ó se halla en poder de curador; manifestando ademas en el caso de tenerlos en donde se hallan, si es que le consta su paradero, ó que le ignora; y por último, acompañará al escrito los documentos que acrediten los extremos referidos, ofreciendo dar la informacion que corresponda, segun las circunstancias.

Nada dice la *Ley* respecto á la intervencion del Ministerio fiscal, en los expedientes sobre suplemento del consentimiento paterno; pero como en la *regla 5.ª del art. 1208* se dispone, que cuando el asunto de jurisdicción voluntaria se refiera á persona ó cosa, cuya proteccion ó defensa compete á las autoridades constituidas, debe intervenir el promotor fiscal, como que las personas de los menores no tan solo merecen sino que reciben constantemente el amparo protector de las leyes y de las autoridades en nombre de estas, creemos que la *Ley* ha callado en el *título 9.º* que nos ocupa, porque á virtud de lo dispuesto en el *art. 1209* debe tener aplicacion la *regla 5.ª* citada, sin necesidad de espresarlo de nuevo; asi como tambien la tendrán las demas reglas, supuesto que no se determina el orden de proceder esplicitamente en la instrucción de esos expedientes, y no es de presumir que se haya dejado al arbitrio de los jueces.

En efecto, presentada la solicitud por el menor acordará el juez que se comuniqué al promotor fiscal para que proponga lo que estime procedente, y con vista de su dictámen acordará el juez que se admita la informacion solicitada. Creemos escusado repetir que para el exámen de los testigos, si se presentaren, ha de procederse en la forma establecida por las leyes. Dada aquella se mandarán comunicar de nuevo los autos al promotor para

que emita dictámen sobre el fondo, y devuelto el expediente acordará el juez la providencia que corresponde con arreglo á lo dispuesto en el *art. 1368*, de que mas adelante hablaremos con la detencion necesaria.

1.º *No tener padre, madre ni curador.* Dos observaciones se ocurren á primera vista del caso primero transcrito literal del *art. 1367*, á saber: 1.ª, que no se hace mencion de los abuelos paternos y maternos, no obstante que segun la Real pragmática de 10 de abril de 1803 tienen en su caso y lugar que dar el consentimiento á los nietos para contraer matrimonio; y 2.ª, que tampoco nombra á los tutores; de modo que lógicamente pudiera deducirse que su existencia no se tiene en cuenta para los efectos de ninguno de los tres casos del *art. 1367*.

A primera vista podrán considerarse de algun mérito las observaciones precedentes, y en algunas circunstancias no carecen de fundamento. Efectivamente, la posicion de los abuelos con relación á sus nietos dependerá de la última disposición de los padres ya difuntos. Si estos, usando del derecho que las leyes los confieren, hubiesen nombrado curador al menor, como la curatela testamentaria es preferida á la legítima, acontecerá que el elegido ejerce el cargo de curador, no obstante la existencia de los abuelos, en tanto que éstos serán los que hayan de dar su consentimiento para la celebracion del matrimonio segun la escala sucesiva consignada en la *ley 17, tit. 2.º, lib. 10 de la Nov. Recop.*

En este caso, no sólo posible sino probable, ¿podrá el juez suplir el consentimiento de los abuelos, supuesto que se hallen comprendidos en los casos de los *arts. 1367*? Mas claro; si el menor no tiene padre, ni madre, ni tutor, aunque vivan los abuelos paternos y maternos, ¿podrá el juez suplir el consentimiento de conformidad con el caso primero del *art. 1367*? Supuesto que se hallen los abuelos ausentes, y que se consideren comprendidos en los casos del artículo citado, ¿podrá el juez suplir el consentimiento de aquellos, no teniendo padre ni madre el menor y ni curador nombrado en testamento? En otro caso, ¿será por ventura el tutor el que haya de dar su consentimiento para que el huérfano contraiga matrimonio, supuesto que se halle presente al solicitarle?

Las preguntas precedentes nos obligan á examinar una cuestion prévia, á fin de sentar la doctrina legal que importa tener presente para contestarlas con sujecion á los principios del derecho. Puede muy bien acontecer que viviendo el padre, la madre y los abuelos del menor se halle ausente el primero, y presentes la madre y los abuelos; y tambien es fácil que suceda que ausentes el padre y la madre, el menor resida con los abuelos ó á lo menos en el lugar de su domicilio. En estos casos, y supuesta la necesidad de suplir el consentimiento, ya porque residan aquellos en pais distante, de tal modo que no puedan comunicarse y recibir respuesta dentro de un año, ó bien que se ignore su paradero ¿quién ha de conceder la licencia supletoria, la madre, ó en su caso los abuelos, ó el juez del domicilio del menor?

El art. 1367, supone que el menor no tenga ni padre, ni madre, ni tutor para que proceda el suplemento del consentimiento del juez; su espíritu tiende á impedir que, existiendo alguna de las personas facultadas para dar á los menores la licencia para casarse, se entrometan los jueces á concederlo; y como viviendo los abuelos, aunque no existan los demas, á aquellos corresponde dar ó negar el consentimiento; inferimos que no compete al juez intervenir en el espediente sobre suplemento, ni prestar el consentimiento para casarse, mientras existan los abuelos paternos y maternos.

Ayudados en los mismos principios juzgamos que, en el caso de existir los parientes ó el curador de que hace mencion el número 1.º del art. 1367, se suplirán por el mismo orden que se hallan colocados en la Real pragmática de 10 de abril de 1803; esto es, que cuando por hallarse ausente el padre en pais en que no pueda recibir la comunicacion por la que se le pida el consentimiento, y contestarla para que llegue á manos del solicitante dentro de un año, ó cuando se ignore su paradero, otorgará la madre la licencia. Cuando el padre y la madre se hallen en alguno de aquellos casos, le concederán los abuelos; y si todos estos se encuentran impedidos por las causas referidas, el curador suplirá el consentimiento; de modo que la autoridad judicial, entrará á ejercer las funciones que la confirió la Real pragmática citada, únicamente cuando faltan todos los que segun

la misma tienen que ser consultados por los menores para que manifiesten si se le autoriza para casarse, ó siempre que se hallen impedidos por cualquiera de las dos causas espresadas en los números 2 y 3, art. 1367.

No hace mencion de los tutores el artículo referido, sin duda porque como los que impetren la licencia para casarse, han de ser mayores de 14 años siendo varones, y de 12 si fueren hembras; y unos y otras á esa edad salen de la tutela, no podría darse el caso de pedir el consentimiento al tutor, porque no le tenian.

2.º *Hallarse los mismos* (el padre, la madre ó el curador) *en paises con los cuales sea preciso invertir, mas de un año para comunicarse y obtener respuesta.* Anticipadamente hemos espuesto las observaciones mas importantes y mas difíciles de resolver que se desprenden de la letra del caso segundo, consignado en el art. 1367; al presente nos ceñiremos á esplicar el motivo en que se funda para permitir que el juez supla el consentimiento paterno ó el del curador.

Comparando la Ley los perjuicios que pueden resultar al menor de suspenderse la celebracion de su matrimonio por largo tiempo, con los que sentirian los que gozan segun las leyes del derecho de oponerse al casamiento de los menores, y aun el que estos sufririan por carecer del prudente consejo de personas á quienes se supone justamente interesadas en el bienestar y porvenir de aquellos, se inclinó al lado de los menores; porque bien fundada la Ley reconoció que los daños que pudiera irrogar la primera causa eran mas probables, mas trascendentales, y mas difíciles de reparar.

Resuelto el legislador en este sentido, debia sin embargo prescindir de los padres ó curadores, únicamente cuando fuese de temer el perjuicio que podria sentir el menor; preciso era para cerrar la entrada á la arbitrariedad, señalar un término cierto, un plazo fijo y comun para todos los casos; necesitaba no olvidarse que por medio de las comunicaciones podria hacerse aquello, que es tan fácil en presencia; y por ese motivo se buscó en la dilacion en los medios de comunicarse la base sobre la que se habia de fijar el plazo que se concediera. Pudo la Ley sin apartarse de este sistema haber prefijado un término dentro

del cual recibiera el menor la respuesta á la demanda que hiciera al padre, á la madre ó al curador, determinando que de no obtenerla dentro del tiempo señalado pudiese ya acudir al juez en solicitud de suplemento de la licencia para casarse.

Contra ese sistema obraba una razon poderosísima; alegábase que en ciertos casos era tan evidente, que dentro de un término dado no podia recibirse la contestacion favorable ó contraria al deseo del menor, que fuera hasta risible solicitarla. Si por ejemplo, se creia que solamente por un año se podia obligar al menor á que esperase por la contestacion del padre, ¿á qué fin dilatar por ese tiempo la celebracion del matrimonio, cuando fuera evidente que no podia recibirse la respuesta dentro de ese término? Prevalció, pues, con justo motivo el sistema opuesto; prefijó la *Ley* un plazo dilatado, y tanto que rara vez acontecerá que no sea posible la comunicacion y la respuesta dentro del término; se señaló, pues, el de un año cumplido, y en verdad que muy pocos son los países que no se comuniquen con España y contesten dentro de un año.

¿A quién incumbe la prueba de la imposibilidad de comunicarse el hijo con el padre, y de contestar este dentro del término mencionado? El interesado, el que trata de pedir el suplemento del consentimiento al juez, es el que tiene que acreditar previa y cumplidamente, que aquel que habia de prestarle reside en país extranjero, y la circunstancia mencionada de la in-comunicacion anual.

No obstante la expresion genérica é indefinida del *art. 1367*, creemos que interesa fijar el sentido de las palabras para no incurrir en error. El padre ó la madre pueden hallarse en país lejano en el dia en que el hijo solicite el suplemento de la licencia, pero sin ánimo de permanecer; puede el padre, llevado á aquel país por asuntos de comercio, parar una semana, y regresar inmediata y directamente á su domicilio. En este caso no existe en nuestro entender la razon de la *Ley*; esta quiso evitar que la permanencia ilimitada, impidiese por tiempo indeterminado la celebracion del matrimonio, y por consiguiente, cuando esos motivos no existan, siempre que se sepa que el padre, la madre ó el tutor regresarán sin detencion, no podrán los jueces suplir el consentimiento.

3.º *Ignorarse el paradero del padre, madre ó curador.* Las mismas observaciones espuestas en los casos anteriores tienen exacta aplicacion en el que trascribimos, por lo que juzgamos officioso reproducirlas.

Fuera de estos tres casos el juez no podrá otorgar la licencia. Acatamos y aconsejaremos siempre el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, por mas que alguna vez nos parezca que no se conforman con los principios de justicia ó de conveniencia social. Casos podrán ocurrir ciertamente, en los que concurra la misma razon que en los tres espresos en el *art. 1367*, para facultar á los jueces á fin de que suplan el consentimiento paterno. Supóngase que un padre se halla cautivo ó prisionero de guerra en país, que si se le permitiera recibir comunicaciones contestara dentro del término de un año, pero que impedida toda relacion, aunque se sabe de su paradero, el hijo que intenta casarse no puede dirigirse á él, ¿habrá de sufrir el perjuicio de no celebrar el matrimonio, supuesto que se le cierran todos los caminos por los que hubiera de acudir en demanda del consentimiento? Ese caso como otros muchos semejantes no se halla comprendido en la *Ley*, y por consiguiente, vista la prohibicion terminante del párrafo último del *art. 1367*, ¿habrá de permanecer soltero hasta que cumpla la edad en que no lo necesita, ó hasta que el padre se halle en libertad? Nosotros que aconsejamos los primeros el religioso y estricto cumplimiento de las leyes, no sostendríamos la opinion negativa; no creemos que aquello que es absolutamente conforme con el espíritu de la *Ley*, deba rechazarse como no comprendido en ella por el simple hecho de no haberse espresamente nombrado en ella. Sin embargo, esta opinion conforme á las reglas de interpretacion, no puede admitirse en el caso del *art. 1367*, supuesto en él se comprende una prohibicion general.

ART. 1368. Acreditado hallarse en cualquiera de dichos casos el que pidiere la licencia, el Juez, previos los informes y datos que reunirá, y resultando de ellos no haber obstáculo que legalmente pueda impedir el matrimonio, otorgará su licencia, ó la denegará si estimare haberlo.