

monio de sus hijos cuando se halle en un intervalo lúcido. Si no hay este intervalo, estará imposibilitado de manifestar su voluntad; pero ¿cómo se probará? La mayor parte de los enajenados están asilados en un hospital ó en un establecimiento privado; la ley cuida de que no se recurra al asilo sino cuando es cierta la enfermedad; bastaría, pues, un certificado que justificara la admision, para probar la enajenacion mental, y por lo mismo la imposibilidad de consentir. Sólo que, en concepto nuestro, debe agregarse esta reserva, que el enajenado podria consentir si tuviera intervalos lúcidos.

Puede suceder que el enajenado permanezca en el seno de su familia; en este caso, ¿cómo se comprobará la imposibilidad en que se encuentra de manifestar su voluntad? Están divididos los autores. Unos se conforman con un testimonio de notoriedad expedido por el juez de paz, y otros exigen un juicio de incapacidad. Creemos que esto es exigir demasiado poco ó muchísimo. Trátase de comprobar una enfermedad mental; ahora bien, ya se sabe cuán difícil es esto. A la verdad, el juez de paz y los testigos que examinaria éste no tienen ninguna mision para ello. Un juicio de incapacidad seria ciertamente la prueba más segura; pero no exigiéndolo la ley, seria sobrepujar el rigor de ella más que formar una condicion. Nosotros creemos que seria bastante un fallo que comprobara la enajenacion mental y por ende la imposibilidad de expresar su voluntad (1). En este sentido ha decidido la cuestion la corte de Poitiers (2).

315. ¿Conserva el derecho de consentir el supérstite de los padres, aun cuando no sea tutor? Nos parece que apenas si puede establecerse la cuestion. Al padre y á la

1 Esta es la opinion de Demolombe, t. III, p. 67, núm. 43.

2 Sentencia de 11 de Marzo de 1830 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 105).

madre es á quienes da la ley el derecho de consentir. ¿Qué importa, pues, que no ejerzan la tutela? ¿Pierden por eso su calidad de padre y de madre? Seria necesario un texto para privarlos de un derecho que la naturaleza les concede y la ley sanciona. Así sucederia aun en el caso en que contrajera segundas nupcias el superviviente; puede ser retirada, en ese caso, la tutela á la madre; pero, insistimos otra vez, ¿qué importa? Permanece siendo madre, aunque no sea tutora. Eso decide la cuestion. Es indudable que la ley habria podido prescribir medidas especiales para ese caso; pero no lo ha hecho, y el intérprete no puede, á la verdad, hacerlo.

Esta es la opinion general. Se ha hecho, sin embargo, una objecion, acerca de la cual debemos decir algo, puesto que los autores se ocupan de ella extensamente. La viuda, no tutora, consiente en el matrimonio de su hijo; el menor, ayudado de su madre, hace donaciones á su consorte. ¡Qué anomalía! exclama Delvincourt. No siendo tutora la madre, no puede autorizar á su hijo á disponer del objeto más insignificante, y vedla ahí que lo autoriza á disponer de todos sus bienes. La anomalía no es más que aparente; es la consecuencia del principio de que aquel que es hábil para contraer matrimonio, tambien lo es para celebrar los convenios matrimoniales. El matrimonio y los convenios que lo acompañan están regidos por reglas especiales. Como en eso se procede conforme al derecho comun, no es el tutor el que figura en ellos, sino el menor. Pero como es incapaz, la ley exige que sea ayudado. ¿Por quién? Por sus ascendientes. Su concurso debe, pues, ser bastante para los convenios matrimoniales, lo mismo que para el matrimonio. Efectivamente, en el contrato de matrimonio no se trata de obligaciones comunes ó de intereses ordinarios; son arreglos de familia, que tienen un lazo íntimo con la union de las personas, y determinan con fre-

cuencia esta union; desde ese punto, es natural que el padre ó la madre consientan, y no el tutor (1).

316. «Si los padres han muerto ó se encuentran impossibilitados de manifestar su voluntad, los sustituyen los *abuelos y abuelas*.» Se pregunta si el art. 150 comprende en las palabras *abuelos y abuelas* á todos los ascendientes, cualquiera que sea el grado en que estén. Es indudable la afirmativa. En primer lugar, puede invocarse el espíritu de la ley: ¿acaso el hijo debe ménos respeto á su bisabuelo que á su abuelo? Empero, el espíritu de la ley no es decisivo en una materia en que todo es rigor, puesto que la falta de consentimiento trae consigo la nulidad del matrimonio; ¿y puede anularse un matrimonio sin texto? Se necesita, por consiguiente, un argumento de texto que demuestre que, en el lenguaje de la ley, las palabras *abuelos y abuelas* comprenden á todos los ascendientes. Los arts. 173 y 174 nos suministran este argumento. Segun el art. 173, el derecho de presentar oposicion al matrimonio, corresponde al padre; á falta de éste, á la madre, y en su defecto, á los *abuelos y abuelas*. Hé ahí la misma expresion y en una materia conexa, puesto que el derecho de presentar oposicion al matrimonio, así como el derecho de consentir en él, son conferidos á los padres, *abuelos y abuelas* en razon de su calidad. Y bien, ¿qué significa la expresion de *abuelos y abuelas* en el art. 173? El art. 174 contesta la cuestion: *á falta de algun ascendiente*, dice, el derecho de oposicion puede ser ejercitado por ciertos colaterales. Así, pues, en los *abuelos y abuelas*, la ley comprende *á todos los ascendientes* (2).

317. ¿En qué orden están llamados á consentir los as-

1 Consúltese á Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 70, número 90.

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 306, núm. 211.

endientes? El código establece algunas reglas en el artículo 150, pero no prevé todos los casos. De ahí el que surjan algunas dificultades. Para resolverlas, es necesario distinguir de antemano si no hay ascendientes más que en una línea ó si los hay en ambas líneas.

Si no hay ascendientes más que en una línea, el ascendiente más próximo es el que está llamado á consentir. La ley no lo expresa, pero tiene que decidirse así por analogía. La ley no llama á los abuelos sino á falta de los padres; la proximidad del grado es, en consecuencia, la decisiva; si lo es para el primer grado, debe serlo para el segundo. No hay que distinguir si es una abuela ó un abuelo el más próximo en grado; siempre por una razon de analogía: la madre excluye á los abuelos; de consiguiente, la abuela debe excluir al bisabuelo. ¿Qué debe decidirse si existen el abuelo y la abuela en una misma línea? El código contesta: «Si hay disenso entre el abuelo y la abuela de la misma línea, bastará el consentimiento del abuelo (artículo 150).» En esto la ley aplica por sí misma el argumento de analogía, decidiendo para el abuelo y la abuela, lo que decidió para el padre y la madre; autoriza por eso al intérprete á decidirse igualmente por identidad de razon.

Si hay ascendientes en ambas líneas, es necesario distinguir si son de grados iguales ó desiguales. Si son iguales en grado, cada línea será llamada á dar su consentimiento; el código lo dice, porque prevé el caso en que consienta una línea, mientras la otra se niega á consentir, y decide que esta decision trae consigo el consentimiento. La ley no admite en este punto preponderancia por la línea paterna, como la admite por el padre. Estriba esto en que ya no existe la misma razon; hay, por el contrario, un motivo para interpretar el disenso en favor del matrimonio. De ahí se sigue que si consiente una abuela materna,

y se niegan los abuelos paternos, puede llevarse á cabo el matrimonio. Esta es una derogacion del derecho antiguo. En la antigua jurisprudencia, dice Portalis, la necesidad del consentimiento tenia por origen la patria potestad, que era una especie de derecho de propiedad; este derecho no pertenecia á la madre durante la vida del jefe, ni á los ascendientes de la línea materna, miéntras existieran ascendientes paternos. En nuestra época esas ideas de potestad han cedido su lugar á los sentimientos de afecto. De ahí proviene el concurso de los parientes de igual grado para llenar los mismos deberes y ejercer la misma vigilancia (1).

¿Si hay ascendientes de grados desiguales en ambas líneas, los más próximos en grado se sobrepondrán á los más lejanos? El código no prevé la dificultad. Demante dice que deben seguirse, por analogía, los principios que el código establece para la tutela; ahora bien, el código confiere la tutela á los abuelos ántes de conferirla á los bisabuelos (2) (arts. 402 y siguientes). ¿Existe en esto realmente analogía? No, porque la tutela es una carga, carga que no debe impónerse á los ascendientes de edad muy avanzada, cuando para ello hay jóvenes, y por tanto, más capaces de ejercerla; miéntras que para consentir es bastante el afecto y algo de inteligencia. Desde ese momento, no hay razon para dar una preponderancia al grado cuando dos líneas están á la vista: cada línea tiene un derecho. Esa es tambien la opinion general (3).

318. El código civil no expresa cómo deben probar los futuros cónyuges la muerte del padre, de la madre, ó del

1 Portalis, Exposicion de los motivos, núm. 14 (Loché, t. II, p. 382).

2 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 307, núm. 211, bis, II, seguido por Valette sobre Proudhon, t. I, p. 397, nota a.

3 Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 279 y nota.

ascendiente, en su caso. Conforme al rigor de los principios, deberán presentar el acta de defuncion. Empero, el mismo código se aparta de este rigor cuando se trata de un acto mucho más importante. El acta de nacimiento de los futuros cónyuges puede ser sustituida con un testimonio de notoriedad. Con mucha más razon debe mostrarse fácil para la prueba de defuncion. Sin embargo, se necesitaria una regla emanada del poder que, bajo el imperio de la constitucion del año VIII, estuviera encargada de interpretar las leyes: tal es el objeto del parecer del consejo de Estado del 4 termidor, año XIII (1). El consejo decide que no es necesario exhibir las actas de defuncion de los padres cuando los abuelos atestiguan dicha defuncion: que si han muerto los ascendientes cuyo consentimiento es requerido, y estándose en la imposibilidad de presentar el acta de su defuncion, por no conocer su último domicilio, puede procederse á la celebracion del matrimonio de los mayores, en vista de su declaracion, bajo juramento, de que les es desconocido el lugar de la defuncion de sus ascendientes. Esta declaracion debe estar certificada, bajo juramento, por cuatro testigos del acta de matrimonio, los cuales afirmarán que aunque conocen á los futuros cónyuges, ignoran el lugar de la defuncion de sus ascendientes. Los oficiales del estado civil deben hacer mencion de dichas declaraciones en el acta de matrimonio.

El dictámen del consejo de Estado no determina más que sobre los mayores. ¿Qué debe decidirse respecto de los menores, que en caso de defuncion de sus ascendientes, necesitan del consentimiento de familia? Se ve, por los considerandos del dictámen del 4 termidor, que en la mente del consejo de Estado, la marcha que indica para la prueba de la defuncion debe aplicarse á todos los casos:

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 116.

está exenta de peligro, dice el consejo, con relacion 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 defuncion de uno de los padres podria ser atestiguada por el superviviente. Están divididos los autores. La mayor parte se conforman con la declaracion del padre ó de la madre. Esto es dudoso. Segun el rigor de los principios, podria decirse que no corresponde á los oficiales del estado civil suplir el silencio de la ley y sustituir una prueba legal con otra prueba. No obstante, el dictámen 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 disposicion de los principios generales y del derecho comun. 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 declaracion de los cuatro testigos; que de esto no ha resultado ningun inconveniente ni queja, mientras de 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 atreveriamos, sin embargo, á establecer como regla que uno de los cónyuges pudiera atestiguar, en todos los casos, la defuncion del otro. ¿Es creible, en efecto, que un cónyuge ignore el lugar en que ha fallecido su consorte? Si lo conoce, debe, cuando ménos, en general, presentar el acta de defuncion, á no ser que el

oficial del estado civil se conforme con su declaracion, si, de hecho, le es imposible exhibir ese testimonio (1).

NUM. 2. COMO 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, profesion 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 disposicion 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 comun; que por lo mismo, puede ser expresado por cualquiera clase de actas, ya auténticas, ya con firma privada; que tambien puede ser tácito y resultar de un conjunto de hechos y circunstancias propios para dar á conocer la intencion del ascendiente. En vano, dice la sentencia, se invocaria el art. 73; esta disposicion 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

1 Demolombe, t. III, p. 63, núm. 40. Marcadé, t. I, p. 397, número 2.

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

Nos es imposible admitir esta interpretacion. Si el consentimiento de los ascendientes estuviera regido por el derecho comun, seria 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 existiria esta disposicion 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 declaracion que recibe el oficial público; de consiguiente, en una forma solemne. Si no comparece el ascendiente, puede sustituir su consentimiento verbal con uno literal, pero naturalmente el escrito que sustituye una acta solemne debe ser solemne tambien, 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, por lo mismo, que no pueda surgir duda alguna acerca de este hecho; se necesita, además, que el consentimiento sea dado de una manera reflexiva y como resultado de una prolija deliberacion: 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 como 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, *Recopilacion periódica*, 1860, 2, 157).

dia ser considerado bastante para la celebracion 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 decision; prefiero limitarme á decir que eso será una cuestion de hecho (2).» ¡Cómo! ¿la cuestion de saber si el consentimiento es un acto solemne, ó si se permanece bajo el imperio del derecho comun, es una cuestion 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 entónces, 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 cuestion y que haya autores que vacilen en contestarla negativamente. Hay una razon 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 daria 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, despues de madura

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

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