

er constar su notificación. Si no está presente el hijo, se exigen dos actos; primero, la petición respetuosa, redactada en el oficio del notario, en presencia del hijo que lo requiere; después, el acto de notificación que se hace en el domicilio del ascendiente, y al cual no debe concurrir el hijo. Existen sentencias en ese sentido (1).

Nosotros preferimos la opinión contraria, sancionada en una sentencia de la corte de Bruselas (2). La petición de consejo y la notificación no constituyen más que un solo acto. ¿Qué cosa es, en efecto, el acto respetuoso? Nos lo dice el art. 151. Es el hijo de familia que pide consejo á sus ascendientes. ¿Cómo se hace esto? *Por medio de una petición respetuosa y formal.* ¿Quién redactará esta petición? El notario; este es quien la notifica, dice el artículo 154, y quien forma el expediente. ¿Qué es notificar la petición respetuosa? Pedir consejo al ascendiente en nombre del hijo. La solicitud de consejo es, pues, la esencia de la petición respetuosa; el expediente se requiere sólo para justificar que se ha solicitado el consejo. Todo se pasa, en consecuencia, al domicilio del ascendiente. Hay una contradicción en la opinión contraria. Se conforma con una petición, cuando el hijo está presente. Ahora bien, siempre lo está, ya sea en persona, ya representado por el notario. Para ser lógicos, es necesario exigir siempre dos peticiones. Esto sería absurdo cuando el hijo se presenta personalmente á pedir consejo. Todavía es más absurdo cuando se presenta por medio del notario (3).

330. ¿Si el hijo no acompaña al notario, deberá darle un poder por mandato expreso? Acerca de esta cuestión hay sentencias en pró y en contra. Las cortes de Bélgica

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 152.

2 Sentencia de 11 de Junio de 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).

3 Demolombe admite esta opinión, pero con un *puede ser* (*Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 105, núm. 75).

se declaran por la negativa (1). Es inútil decir que el notario debe ser requerido por el hijo, y en consecuencia, necesita un mandato. Pero la cuestión está en saber si se necesita que ese poder se compruebe con una acta. Recordemos que el notario sustituye al ugiere. Ahora bien, ¿se necesita que para cada acto que notifica al ugiere esté provisto del poder especial certificado por ante notario? Nadie ha pensado nunca en semejante exigencia, por la sencillísima razón de que los oficiales ministeriales imprimen autenticidad á las declaraciones que tienen la misión de hacer; así pues, cuando un ugiere hace una notificación declarando que obra en nombre de tal persona, merece fé esta declaración. Lo que es cierto respecto de los ugiere, lo es también respecto del notario. Eso está fuera de toda duda, dice Merlin (2).

Con mucha menos razón se necesita que el hijo se haga representar por apoderado especial. Sorprende que una corte haya decidido lo contrario. ¿No es la misión del notario representar al hijo? ¿Para qué entonces un segundo representante? En este sentido se han declarado la doctrina y la jurisprudencia (3).

331. Hasta aquí hemos supuesto que no se requería la presencia del hijo al notificarse la petición respetuosa. También está debatida la cuestión, y acerca de este punto hay cuando menos lugar a discutirse. Pothier doctrina terminantemente que el hijo debe trasladarse á la casa de sus padres con dos notarios, ó un notario y dos testigos, y solicitar su consentimiento, de cuya petición levantará una acta

1 Sentencia de Gante de 29 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 262. Sentencia de Lieja de 10 de Diciembre de 1828 y de 23 de Diciembre de 1829 (*Pasicrisie*, 1828, 370; 1829, 338). Sentencias de Bruselas de 25 de Marzo de 1820 y de 27 de Enero de 1827 (*Pasicrisie*, 1820, 94; 1827, 37).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 10ª cuestión.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 150.

el notario. Esto es lo que, al decir de Pothier, se llama una *notificacion respetuosa* (1). Es verdad que los hijos solicitan el consejo de sus ascendientes (art. 151). Así resulta de la exposicion de los motivos. “La ley, dice Bigot-Préameneu, trata de iluminar á los padres acerca de las preven- ciones y errores que puedan tener, y á los hijos acerca de la pasion que pueda extraviarlos. *Aproximar* varias veces *los unos á los otros*, dejar de una y otra parte á la razon y al efecto el tiempo de ejercer su influencia, es un medio que indica la misma naturaleza. Cuando los padres están *frente á frente de sus hijos, verse* y entrar en explica- ciones, es casi siempre disipar las nubes y restablecer la armonía (2).” Hay sentencias que fundándose en este co- mentario en cierta forma auténtica de la ley, han decidido que el hijo debe acompañar al notario (3).

Es más generalmente seguida la opinion contraria, por la doctrina y por la jurisprudencia. Merlin la ha puesto á cubierto de toda contestacion en una de sus luminosas requisitorias. La práctica del derecho antiguo no esta ba conforme con la opinion de Pothier; casi nunca va el no- tario acompañado de los hijos, dice Houard. Siendo este el uso general, se necesitaria un texto expreso para poder ad- mitir que el legislador ha innovado. Ahora bien, en el código no hay una palabra por la que pueda infe- rirse que debe estar presente el hijo. El art. 151 no dice, como se le hace decir, que el hijo es quien pide consejo; dice que el hijo debe solicitar consejo *en una peticion res- petuosa y formal*, y el art. 154 agrega que esta peticion se notificará por dos notarios ó por un notario y dos testi- gos. Por consiguiente, segun el Código, todo se hace por medio del notario. Hay más. El art. 154 exige que el no-

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 340.

2 Exposicion de los motivos, núm. 4 (Loché, t. II, p. 426).

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 148.

tario haga mencion de la respuesta en el expediente que for- ma; si debiera estar presente el hijo, oiría por sí mismo la respuesta; porque no es necesaria su presencia, de- termina la ley esta mencion, por la que sabrá cuáles son las objeciones de su ascendiente contra la union que se propone contraer. En cuanto á la interpretacion que da á la ley Bigot-Préameneu, debe decirse que no está en armo- nía con el texto, y que por tanto no tiene valor alguno (1).

332. ¿Debe notificar el notario las peticiones respetuosas á la persona del ascendiente, ó puede hacer la notificacion á domicilio? Segun el derecho comun, no procedería la cuestion, pudiendo notificarse cualquier acto en el domici- lio. Pero la peticion respetuosa es un acto especialísimo. Es una peticion de consejo; ahora bien, ¿se pide consejo al domicilio? ¿Por qué hace intervenir la ley á un notario me- jor que á un ugiar? Porque se promete que como amigo de la familia podrá restablecer en su seno la paz y la armo- nía. ¿Podrá ser así si el notario se limita á notificar la pe- ticion respetuosa al domicilio? Por último, el art. 154 exi- ge que se haga mencion de la respuesta del ascendiente. ¿No es esto decisivo? Sí, lo es en cuanto al espíritu de la ley. Es cierto que el notario debe solicitar ver al ascendien- te, porque no es un acto de procedimiento el que notifica, sino que pide una deliberacion, una discusion. Pero tam- bien es evidente que si el ascendiente se niega á recibir al notario, ó si se ausenta para no recibirlo, el notario podrá limitarse á hacer la notificacion al domicilio. El hijo tiene el derecho de casarse sin el consentimiento del ascendien- te; está obligado sólo á pedirle consejo; si se niega á en- trar en explicaciones, recobra toda su fuerza el derecho del hijo; la obstinacion ó mala voluntad del ascendiente no po-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Notificacion respetuosa*, núm. 3. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 149.

dria impedir su ejercicio. Tal es la doctrina, y tambien la jurisprudencia está en ese sentido (1).

333. Sin embargo de lo expuesto, existen sentencias que han ido más allá de la ley, más bien dicho, que han formado una nueva ley. La corte de Montpellier decidió que los tribunales pueden ordenar que la hija se traslade, por un tiempo determinado, al domicilio que le indicarán sus padres, y en el que éstos tendrán la libertad de verla y darle sus consejos; en el caso, la hija se habia acogido á la casa de aquel con quien se proponia casarse. De igual modo, la corte de Paris ha juzgado que si una hija abandonó la casa paterna para refugirse en la de parientes que están en desacuerdo con sus padres, el tribunal puede ordenar que se traslade á una casa designada por el presidente (2). M. Demolombe sigue la jurisprudencia en un sendero peligroso; imagina una especie de contrato por el cual la hija se obliga á retirarse á un convento durante cierto plazo, para recibir allí los consejos de su padre; declara obligatorio este contrato, y decide que, ántes del vencimiento de dicho plazo, no podrá celebrarse el matrimonio, sin la aquiescencia del padre (3).

Nosotros contestamos, con la corte de Bruselas, á estas extrañas doctrinas: «Es preciso que el juez no sea más sábio ni más severo que la ley (4).» Por nuestra parte agregaremos que se necesita sobre todo que el intérprete no viole la ley, queriendo ser más sábio que el legislador. La corte de casacion tiene razon en decir que hay exceso de poder de parte de un tribunal cuando ordena á una hija mayor de edad que abandone la residencia que ha elegido, y trasladarla á la casa de un pariente, para que en seguida

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 172.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 165.

3 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. III, p. 105, número 74.

4 Sentencia de 11 de Junio de 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).

comparezca ante el presidente, y allí sea oida en presencia de su padre. (1). ¿No puede el mayor de edad elegir domicilio? ¿Con qué derecho le ordenaria el juez que lo abandonara? Si los hijos mayores de edad, por lo que respecta al matrimonio, pueden casarse á pesar de la oposicion de sus padres, ¿con qué derecho los someteria el juez á nuevas pruebas? ¿con qué facultad dilataria los plazos despues de los cuales puede celebrarse el matrimonio? Se dice que no es libre la voluntad del hijo y que en consecuencia el acto respetuoso está viciado en su esencia. Si realmente no es libre el hijo, que se combata el acto y se pruebe la falta de libertad; el tribunal podrá anularlo. ¿Qué diremos del convenio singular imaginado por M. Demolombe? ¿No es de órden público el matrimonio? ¿Son libres los particulares para derogar con sus convenios las leyes que interesan al órden público? A fuerza de querer proceder mejor que la ley, se acaba por olvidar los principios más elementales de derecho. Recomendamos á los autores y á los tribunales esta máxima de Merlin acerca de las cuestiones que promovemos: «La ley, toda la ley, nada más que la ley (2).

NUM. 3. DE LA NULIDAD DE LAS PETICIONES RESPETUOSAS.

334. ¿Hay formalidades prescritas so pena de nulidad? ¿Y si hay nulidad, cuál es su consecuencia? El código no contiene ninguna disposicion relativamente á estas cuestiones. Por consiguiente, deben decidirse segun los principios generales. Al tratar la cuestion de las nulidades, hemos dicho que la jurisprudencia y la doctrina admiten nulidades virtuales, quiere decir, nulidades fundadas en la voluntad tácita del legislador; y se decide que hay voluntad tácita

1 Sentencia de 21 de Marzo de 1809 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 167, 50).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Peticion respetuosa*, § 3, 14ª cuestion. En este sentido hay muchas sentencias (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 166).

cuando no se han llenado en el acto las formas sustanciales (1). La corte de Gante ha aplicado estos principios á las peticiones respetuosas, juzgando que pueden declararse nulas cuando no se han observado las formalidades que constituyen su sustancia (2). Falta saber qué formalidades son sustanciales.

335. Hay un caso en que no puede haber duda. Si la peticion respetuosa no fuera comunicada por un notario, seria nula; mejor dicho, seria inexistente. Ya hemos dicho por qué razones encarga la ley á los notarios esta mision delicada; tales razones forman la esencia de las peticiones respetuosas. Y como un oficial público es el que debe intervenir, resulta que el acto es solemne. Ahora bien, en los actos solemnes se requiere la presencia del oficial designado por la ley para la existencia del acto. Esto es elemental. Tampoco la jurisprudencia ofrece ejemplo de la inobservancia de esta fórmula sustancial.

Puesto que un notario es el que notifica la peticion respetuosa y el que debe formar el expediente de esta notificacion (art. 154), resulta que esa peticion es un acto testimoniado, en cuya redaccion el notario debe observar las formalidades que establece la ley de ventoso. De lo cual se deduce que el acto será nulo si no está llenada alguna de las formalidades prescritas, so pena de nulidad. La jurisprudencia es invariable; declara la nulidad, por poco importantes que parezcan las formalidades. Cuando la ley ha declarado, el juez no tiene ya que examinar la importancia de las formas. Por esto se ha fallado que es nula una peticion respetuosa cuando los testigos no están domiciliados en el canton en que se ha redactado la peticion (3). Con

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 68.

2 Sentencia de 29 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 262). Consúltese á Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Peticion respetuosa*, § 3 (t. I, p. 70).

3 Sentencia de Angers de 20 de Enero de 1809 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 158).

más razon hay nulidad cuando la peticion respetuosa no menciona la existencia de los dos testigos requeridos por el código de Napoleon, lo mismo que por la ley de ventoso (1). La observancia de las formalidades debe comprobarse con la misma peticion; de manera que habria que declarar nula la peticion respetuosa que no indicara el domicilio de los testigos, aun cuando hubiera probabilidades, resultantes de las diversas peticiones respetuosas, de que se habia observado la ley. Esto es lo que con mucho juicio establece Merlin contra una sentencia de la corte de Bruselas que habia dado valor al acto, fundándose en presunciones (2).

336. El notario debe entregar al ascendiente una copia de la peticion, y si esta es notificada á varios ascendientes, necesita remitir una copia á cada uno; porque cada uno debe ser consultado, y se necesita una prueba de que se ha solicitado el consejo de cada uno. En esto hay una doble causa de nulidad. Supongamos de antemano que la peticion respetuosa sólo se hace al padre y no á la madre; seria nula aun cuando expresara que se habia hecho tanto para él como para ella. Contendria nulidad. Efectivamente, el art. 154 exige que la peticion respetuosa se notifique á aquel ó á aquellos de los ascendientes designados en el art. 151, y este artículo dice que los hijos de familia que hayan llegado á la mayor edad fijada en el artículo 148 están obligados á solicitar el consejo de sus padres. De consiguiente, es necesario que la notificacion se haga á la madre lo mismo que al padre; si sólo se hace á uno de los dos, es nula (3). Poco importa que se hiciera

1 Sentencia de Lyon de 23 de Diciembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 142, 2º).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Peticion respetuosa*, 7ª cuestion.

3 Sentencia de Caen de 7 de Enero de 1814 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 171, 1º).

la notificación al padre, tanto en su nombre como en el de su esposa; esto no sería una petición de consejo dirigida á la madre, y no siendo consultada ésta, no puede dar su consejo; en consecuencia, en lo que á ella concierne, no existe petición respetuosa; esto es más que nulidad (1).

No basta que se pida el consejo; se necesita, además, una prueba legal de que se ha pedido. Eso es de derecho común para toda notificación. Por consiguiente, si há lugar á pedir el consejo de los padres, es necesario, so pena de nulidad, que se deje una copia á cada uno de ellos (2). Cuando los padres no se presenten en el acto de la notificación, debe dejar el notario una copia para cada uno; una sola copia dejada para los dos, no llenaría el precepto legal. La madre y el padre tienen un derecho individual de dar á su hijo los consejos que éste debe pedirles; poco importa que estén ausentes; es necesario por lo ménos que se justifique legalmente que el hijo los ha puesto en aptitud de aconsejarlo (3). Esto es lo que Merlin asienta muy bien contra una sentencia de la corte de Bruselas, que partió del falso principio de que basta una sola copia, cuando se notifica un acto á varios individuos que tienen el mismo domicilio, en un asunto que les es común, aun cuando tenga cada uno un interés distinto y personal. Hay más que un interés, hay un derecho, y cuando este es desconocido, debe decirse que el acto es más que nulo; en realidad, no existe, porque un acto solemne no existe sino cuando ha sido legalmente comprobado (4).

1 Sentencia de Douai de 25 de Enero de 1815 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 171, 39).

2 Sentencia de París de 10 de Marzo de 1825 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 177).

3 Sentencia de Amiens de 18 de Enero de 1840 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 180).

4 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3 3ª cuestion.

337. La petición respetuosa es en esencia un acto por el cual el hijo solicita el consejo de sus ascendientes. Así, pues, el hijo que es parte principal, es el que debe hablar, el que debe suplicar á sus ascendientes que le aconsejen acerca del matrimonio que se propone contraer, y al que ellos se niegan consentir. Si la ley no le impone la obligación de requerir personalmente ese consejo, es porque teme dar lugar á escenas enojosas entre un padre irritado y un hijo á quien domina la pasión. Empero, se necesitará cuando ménos que el notario hable en nombre del interesado y ponga en los labios del hijo el requerimiento hecho al padre. Sin petición directa de consejo, el acto es nulo. Por consiguiente, si el hijo ha dado poder al notario para solicitar el consejo de sus ascendientes, y el notario se limita á leer este mandato, no habrá con ello realmente petición respetuosa. Acerca de este punto están de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia (1).

La petición de consejo se *renovará* dos veces, dice el art. 152, cuando el hijo no haya cumplido la edad de veinticinco ó de treinta años. ¿Qué se entiende por esta renovación? La misma palabra lo dice: es una nueva solicitud de consejo. No basta, pues, como lo decidió una corte, dar copia de la primera. La doctrina y la jurisprudencia se muestran más exigentes, mejor dicho, el texto y el espíritu de la ley exigen que el notario haga cada vez una *nueva* petición. En el espíritu de la ley está que esas nuevas peticiones no sean la simple repetición de la primera; las conveniencias exigen que el hijo dé á conocer las razones por qué persiste en su proyecto á pesar de la negativa del ascendiente. Por lo mismo, habrá nulidad, si el nota-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 1ª cuestion. Véanse las sentencias en Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 160).