

rio se circunscribe á notificar copia de la primera petición (1).

Los tribunales están dispuestos, en esta materia, á pasar por encima de las exigencias de la ley; casi siempre se les ve tomar parte con los ascendientes en contra de los hijos. Este es un sentimiento loable, pero el juez no tiene el derecho de escuchar á su corazón; debe ser impassible como la ley; si le fuera lícito apartarse de ella, podría ceder, á veces, á malas inspiraciones. Se ha fallado que las peticiones respetuosas hechas en virtud de un poder general para renovarlas, son nulas como irreverenciales; dar poder de antemano para renovar las peticiones, ¿no equivale á declarar la voluntad de permanecer sordo á todas las observaciones que pudiera hacer el ascendiente? Existen varias sentencias en este sentido; pero las hay también por la opinión contraria, que es la de Merlin. Si resultara realmente del poder general otorgado por el hijo que había irreverencia de su parte, sería nula la petición, porque dejaría de ser respetuosa. Empero, el solo hecho de un poder general no implica una falta de respeto. Es necesario ponerse en la realidad de las cosas. Cuando el hijo hace peticiones respetuosas es después de una prolongada lucha con sus padres; los ascendientes están resueltos á no ceder, y el hijo lo está en persistir. El hijo sabe todo lo que le dirán sus padres; ¿qué hay más natural entonces que encargar á un notario que haga todas las peticiones respetuosas? Eso no impedirá que el notario le comunique las respuestas del ascendiente; así, pues, en rigor, el hijo podrá volver á abrigar mejores sentimientos, y revocar el poder que ha dado (2).

1 Sentencia de Rennes de 9 de Octubre de 1818 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 168).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Petición respetuosa*, § 3, 19ª cuestión. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 156 y 157.

338. También es de la esencia de la petición respetuosa que se redacte en términos que den testimonio del respeto que el hijo debe conservar hacia sus ascendientes, aun cuando éstos se opongan á sus deseos. Hé ahí por qué evita la ley servirse de la palabra *intimación*; el hijo suplica, no exige. ¿Es reverencial ó no la petición? Esta es una cuestión de hecho que los tribunales juzgan sin apelación. En este punto deben también mantenerse en guardia contra un rigor excesivo. No basta que el hijo manifieste la firme voluntad de persistir en su proyecto de matrimonio, diciendo que su felicidad estriba sólo en esa unión, para que se le pudiese tildar de irreverente. Como se ha dicho, la petición respetuosa no es otra cosa que la expresión de la voluntad del hijo decidido á seguir adelante. Todo lo que puede exigírsele es que exprese su voluntad en términos respetuosos. Si fuere irrespetuoso el lenguaje, el acta sería nula; la misma palabra *petición respetuosa* lo dice. Se ha sostenido que si el notario se sirviera de la palabra *intimación*, habría nulidad á causa de irreverencia. La corte de casación, en vista de las conclusiones de Merlin, ha rechazado esas exigencias. En el derecho antiguo se hacía uso de la palabra *intimación*; así, pues, esta es una de esas palabras técnicas que no implican por sí mismas ninguna irreverencia. Con el bien entendido que el lenguaje que emplea el hijo no debe ser el del acreedor que intima á su deudor cumpla sus obligaciones. En el caso sometido á la corte, el hijo, con todo y emplear la palabra ofensiva de *intimación*, añadía que rogaba y suplicaba humildemente á sus padres, con todo el respeto posible, consintieran en su matrimonio. Este lenguaje corregía lo que tiene de inconveniente la palabra *intimación* (1).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Intimación respetuosa*, núm. 3. Consúltense las sentencias referidas en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 164.

339. Los padres se quejan con frecuencia de que la petición respetuosa no es la expresión de la libre voluntad de su hijo. Se han anulado peticiones respetuosas, como ejecutadas sin libertad, por la única razón de que la hija que las dirigía á sus padres se había trasladado á la casa de su pretendiente. Esta hija, dice la corte de Montpellier, ha ofendido las buenas costumbres y renunciado á toda libertad por la influencia que ha dejado ejercer sobre su voluntad. Basta eso, dice la corte de Aix, para que nazcan dudas sobre su verdadera voluntad, puesto que se ha colocado bajo la dependencia de un hombre que ya había probado su ascendiente sobre ella, obteniendo dos veces que abandonara por él el domicilio paterno; por lo mismo, debe creerse que más que la suya propia, la manifestación de ese hombre es la expresada en las peticiones respetuosas (1). Hay una parte de verdad en estas decisiones. La petición respetuosa debe ser ciertamente la expresión de la libre voluntad del hijo. La falta de libertad, la vicia, pues, y la anula. Pero debe probarse la violencia moral; ahora bien, las cortes de Montpellier y de Aix, en vez de pedir la prueba de los actos de violencia, decidieron, por vía de presunción, que no había habido libertad. Eso es contrario á los principios más elementales sobre las pruebas. El hijo mayor es libre de dejar el domicilio de su padre; ¿puede decirse que no es libre cuando ejecuta lo que tiene el derecho de hacer? Nosotros preferimos una decisión de la corte de Gante. Una madre, á quien se habían notificado peticiones respetuosas, sostenía que su hija no gozaba de la libertad de ánimo y de acción, esencialmente necesarias cuando se trata de matrimonio; y citaba hechos que parecieron á la corte oportunos y concluyentes. Dice la corte: si estaba probado que la hija no era libre, debería conside-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 165, 1º

rarse como no hecha la petición respetuosa. En consecuencia, la corte admite la prueba de las acciones afirmadas (1). En este sentido es muy exacto decir que la petición respetuosa es nula, si no es libre el hijo en cuyo nombre la hace el notario.

340. ¿Cuál es la consecuencia de la anulación de las peticiones respetuosas? Las peticiones anuladas no producen efecto alguno; no podrá celebrarse el matrimonio. Es inútil decir que el hijo cuyas peticiones respetuosas han sido anuladas, puede hacerlas de nuevo, y, si fueren regulares, se procederá á la celebración del matrimonio. Si el oficial del estado civil celebrase este á pesar de la anulación de las peticiones respetuosas, no podría combatirse el matrimonio, como diremos más adelante; pero el oficial incurriría en las penas que señala el código penal. Vamos á ver en qué consiste esta sanción.

§ 3º De los hijos naturales.

341. El derecho antiguo era durísimo para los hijos naturales; no les otorgaba ninguna protección, aun cuando en su menor edad quisieran contraer matrimonio; podían casarse sin consentimiento de nadie; la ley, dice Portalis, los abandonaba á su libre albedrío, en una edad en que es tan difícil defenderse de los demás y de sí mismo. Este abandono en que se dejaba á los hijos naturales contenía la idea de la patria potestad que reinaba en la jurisprudencia; el consentimiento para el matrimonio estaba considerado como un efecto del dominio que el derecho romano reconocía en el padre sobre sus hijos; ahora bien, esta singular propiedad no resultaba más que del matrimonio; los hijos naturales estaban fuera de la potestad de sus padres,

1 Sentencia de 27 de Diciembre de 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 39).

y en consecuencia, no necesitaban de su consentimiento para casarse.

Portalís tiene razón de calificar de inaudito ese pretendido derecho de propiedad que el padre tenía sobre sus hijos. Nuestra legislación moderna procede por un principio muy diferente: la patria potestad es un deber más que un derecho, deber de educar al hijo, deber de protegerlo. El hijo tiene el derecho de ser guiado y aconsejado, sobre todo cuando se trata del acto más importante de su vida. Desde el punto de vista del consentimiento requerido para el matrimonio, no hay, pues, razón alguna para hacer diferencia entre los hijos naturales y los hijos legítimos (1). En ese sentido es en el que el art. 158 dice: «Las disposiciones contenidas en los arts. 148 y 149 y las de los artículos 151, 152, 153, 154 y 155, relativas á la petición respetuosa que debe hacerse á los padres en los casos previstos en dichos artículos, son aplicables á los hijos naturales legalmente reconocidos.»

Hay, sin embargo, una diferencia entre los hijos naturales y los legítimos. Por el texto que acabamos de transcribir se ve que la ley les declara aplicables las disposiciones que conciernen al consentimiento de los padres y á las peticiones respetuosas que deben hacerles. A este respecto, hay paridad completa entre los hijos naturales y los legítimos. Pero la ley no menciona el art. 150, que exige el consentimiento de los abuelos. Esto es porque los hijos naturales no tienen otros ascendientes que los padres que los reconocen, como veremos al tratar de la filiación. De aquí resulta que los hijos naturales cuyos padres han muerto ó están imposibilitados de manifestar su voluntad, pueden casarse sin consentimiento á los veintiun años, aun cuando

1 Portalís, Exposición de los motivos (Loché, t. II, p. 383, número 16).

tengan abuelos; no deberán hacer ya más peticiones respetuosas, por la razón de que esos abuelos les son extraños.

342. La ley no habla más que de los hijos naturales *legalmente reconocidos*. Si no están reconocidos, no tienen filiación, y por ende, están en la imposibilidad de pedir consentimiento ó consejo á sus padres. En defecto de la protección paterna de que carecen, la ley les asegura una protección especial; según el art. 159, «el hijo natural que no haya sido reconocido y el que después de haberlo sido haya perdido á sus padres, ó no puedan éstos manifestar su voluntad, no podrá casarse antes de haber cumplido veintiun años, sin obtener previamente el consentimiento de un tutor nombrado *ad hoc*.» La ley no llama al consejo de familia á consentir en el matrimonio del hijo natural, porque el hijo natural no reconocido no tiene familia. Hé ahí por qué, dice Portalís, se les nombra un *tutor especial*, encargado de satisfacer á este respecto la deuda de la naturaleza y de la patria.

Ni el código ni Portalís dicen quién nombrará este tutor. Casi todos los autores enseñan que lo nombra el consejo de familia, y que ese consejo se compone de personas que hayan tenido relaciones amistosas con el padre ó la madre; ó, si el hijo no ha sido reconocido, se formará el consejo con personas conocidas por el interés que demuestren al hijo (1). Eso es completamente arbitrario. Verdad es que cuando se trata del consejo de familia de hijos legítimos, la ley permite llamar á él á ciudadanos conocidos por haber llevado relaciones habituales de amistad con los padres del menor, caso de que no haya para ello parientes en número bastante. De consiguiente, no es más que para completar el consejo por lo que se autoriza al juez de paz á convocar á los amigos de los padres. Pero, en el particular, el hijo natu-

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 407.

ral no tiene padres; en consecuencia, aquel seria un consejo de familia compuesto de miembros que ninguno de ellos pertenece á una familia que legalmente no existe. Eso nos parece inadmisibile. Hay una autoridad más competente que ese pretendido consejo de familia; esa autoridad es el tribunal. ¿Por qué no habian de servir los magistrados de protectores al hijo que no los tiene (1)? Existe un vacío en la ley, y en el silencio de ésta los tribunales están llamados á determinar.

§ 4º Consentimiento del consejo de familia.

343. El art. 160 dice: «Si no existieren padres ni abuelos ó estuviesen imposibilitados de manifestar su voluntad, los hijos ó hijas menores de veintiun años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del consejo de familia.» Para las hijas, el art. 160 conserva el derecho comun; desde que han llegado á la edad de veintiun años, pueden casarse sin el consentimiento de sus ascendientes, salvo pedirles consejo, lo que se hace imposible cuando los ascendientes han muerto, se hallan ausentes ó en estado de demencia. Respecto de los hijos, el art. 160 vuelve á entrar al derecho comun, del cual la ley se aparta cuando hay ascendientes. La mayoría de veinticinco años se reduce á la mayoría ordinaria, cuando á falta de ascendientes, el hijo necesita el consentimiento de la familia. Se concibe la razon de la diferencia: el hijo no debe á los colaterales el respeto que á sus ascendientes, y los colaterales no tienen el interés moral que los ascendientes tienen por el matrimonio de su descendiente (2).

1 Esta es la opinion de Ducaurroi, Bonnier y Roustain, *Comentario teórico y práctico del código civil*, t. I, p. 155.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Impedimentos de matrimonio*, § 5, art. 2º, núm. 14. Demolombe, t. III, p. 116, núm. 86.

344. ¿Debe motivarse la deliberacion del consejo de familia que niega el consentimiento, y procede en tal caso la apelacion? Mantiénense las dos cuestiones. Segun el art. 883 del código de procedimientos, cuando no son de un mismo parecer las deliberaciones del consejo de familia, se menciona en el expediente la opinion de cada uno de los miembros. La ley agrega que el tutor, segundo tutor ó curador, y aun los miembros de la asamblea, podrán pedir contra la deliberacion. Se pregunta si esta disposicion se aplica á la deliberacion que contiene la negativa de consentimiento para el matrimonio. Preciso es decidir que en ningun caso debe motivarse la negativa del consejo, y que nunca procede un recurso contra esta negativa. La razon es sencillísima. El código no exige que el consejo funde los motivos de su negativa, y no autoriza al hijo para que reclame. Eso decide la cuestion. El intérprete no puede prescribir condiciones que la ley no establece, ni abrir recursos que la ley no autoriza. En cuanto al código de procedimientos, no recibe aplicacion en la negativa del consentimiento; habla de los *pareceres* de parientes; ahora bien, el consentimiento no es un parecer, sino un acto de autoridad, ó, si se quiere, de proteccion, por el que el consejo de familia sustituye á los ascendientes; siendo decisiva la negativa de éstos, tambien debe serlo la de la familia. Por fuerza de consecuencia, no cabe ni motivarla, ni interponer apelacion. Esta es la opinion más generalmente seguida.

Se objeta que en el derecho antiguo se procedia de otra manera. Verdad es; pero debe agregarse que tambien habia un recurso contra la negativa de consentimiento de los ascendientes. Así, pues, el recurso era de derecho comun, mientras que en el derecho moderno no hay apelacion contra lo decidido por los ascendientes; el recurso contra la negativa de la familia seria, pues, una excepcion; ahora bien,

las excepciones no existen sino en virtud de un texto expreso. Toullier dice que la negativa de los colaterales podría reconocer por causa un interés personal para los opositores (1). Es cierto que en los colaterales no puede haber la misma confianza que en los ascendientes; la misma ley establece una considerable diferencia entre unos y otros, en materia de oposicion al matrimonio. Pero cuando se trata del consentimiento, no hace otra cosa que lo que ya hemos afirmado, y es volver á la mayoría ordinaria para los hijos. En consecuencia, el silencio del código es decisivo.

La corte de Lieja habia fallado primero en el sentido de Toullier; pero cambió de opinion, declarándose por la doctrina de Merlin, que acabamos de exponer (2).

§ 5º Sancion.

345. Las disposiciones que exigen el consentimiento de los ascendientes ó de la familia tienen doble accion. Si se ha celebrado el matrimonio sin que se haya otorgado el consentimiento, hay nulidad. Existe además de esto una sancion penal.

Si no se han hecho las peticiones respetuosas, el oficial del estado civil no puede proceder á la celebracion del matrimonio. Este es un impedimento prohibitivo, pero no dirimente. No podría ser combatido el matrimonio. En ese caso no hay más que una sancion penal.

En el capítulo de las nulidades hablaremos de la sancion civil. Por ahora, sólo tenemos algo qué decir de las penas pronunciadas contra el oficial del estado civil que no observe la ley. Los arts. 156 y 157 del código civil han sido sustituidos por los arts. 264 y 265 del nuevo código penal

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 460, núm. 547.

2 Sentencia de la corte de Lieja de 10 de Abril de 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 178).

belga. Nos limitaremos á transcribirlos. El art. 264 dice así:

«Se castigará con multa de veintiseis á quinientos francos al oficial del estado civil que haya descuidado expresar en el acta de matrimonio los consentimientos, ó insertar en ella las peticiones respetuosas que previene la ley;

«Al que haya procedido á la celebracion de un matrimonio sin haberse asegurado de la existencia de esos consentimientos ó de esas peticiones respetuosas.»

El art. 265 dice:

«Se castigará con tres meses á un año de prision y multa de cincuenta á quinientos francos, al oficial del estado civil que celebre un matrimonio contra la voluntad de las personas cuyo consentimiento se requiere.»

SECCION IV.—De los impedimentos para el matrimonio.

346. Los impedimentos para el matrimonio se dividen en prohibitivos y dirimentes. Estas denominaciones provienen del derecho canónico. El código no los sanciona, porque evita lo que es de pura doctrina, lo que pertenece á la escuela más bien que á la legislacion. Sin embargo, hoy, lo mismo que ántes, hay impedimentos que sirven de obstáculo para que se contrate el matrimonio, y dan derecho á formar oposicion para que se celebre este; más si el oficial del estado civil procediese á la celebracion, no podría ser combatido el matrimonio: estos son los impedimentos *prohibitivos*. Hay otros que son juntamente un obstáculo para la celebracion, y una causa de nulidad: de ahí el que se les llame dirimentes.