

Artículo 102.—La posesion constante de estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, harán prueba plena del matrimonio de aquéllos, si hubieran fallecido ó se hallaren impedidos de manifestar el lugar de su casamiento, á no constar que alguno de ellos estaba ligado con un matrimonio anterior.

ORÍGENES

Art. 81 Ley Matr. civil.

CONCORDANCIA

Concuerta con: Art. 119 Cód. Italia.

Artículo 103.—El matrimonio contraído en país extranjero, podrá probarse por cualquier medio de prueba, si en el país en que fué celebrado no estuvieren los matrimonios sujetos á registro.

ORÍGENES

Art. 82 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Con arreglo á la antigua legislacion, no se determinaban expresamente los medios de probar la existencia del matrimonio. Sin embargo, las partidas sacramentales y en su defecto todos los demas medios de prueba podían llevarse á los tribunales con este objeto.

La ley del Matrimonio civil respeta en cuan-

to á los matrimonios que precedieron á la misma; los medios de prueba establecidos anteriormente; pero tratándose de los posteriores marca taxativamente las pruebas que pueden presentarse y que no son otras, viviendo los contrayentes, y no estando imposibilitados de manifestar el lugar del casamiento, que las correspondientes actas del Registro civil, á no ser que éstas hubieren desaparecido, en cuyo caso bastarán las otras pruebas ó que los contrayentes hayan muerto ó estén imposibilitados de manifestar el lugar del casamiento, en cuyos casos, la posesion constante del estado de los padres, unido á las actas de nacimiento de los hijos en concepto de legítimos, harán prueba plena del matrimonio, pues sería injusto exigir á los hijos la misma prueba cuando ignoran en qué Registro se hallan las actas, si por otra parte sus padres no lo pueden manifestar.

La presuncion que nace de la posesion de estado y de las actas de nacimiento de los hijos, admite en contrario la prueba de que alguno de los contrayentes estuviere ligado con matrimonio anterior.

Varios casos dudosos pueden presentarse con este motivo. Si el vínculo matrimonial no es anterior sinó posterior ó simultáneo, ¿podrán considerarse aquellos hijos como legítimos.

Si correspondientes á un mismo tiempo, apareciesen actas de nacimiento de varios hijos en concepto de legítimos, constando todos ellos como hijos de un mismo padre, pero de diversas madres, pareciendo entónces que existen dos matrimonios, ¿se tendrá alguno por legítimo? ¿qué condicion seguirán los hijos?

PARTE TERCERA

DISPOSICIONES COMUNES DEL MATRIMONIO CANÓNICO Y CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO

DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES Ó CURADORES
PARA CONTRAER MATRIMONIO

Artículo 104.—El hijo de familia que no ha cumplido 23 años, y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tit. II, lib. III, Fuero Juzgo.

Ley 1.ª, tit. V, lib. V, Fuero Viejo.

Ley 1.ª, tit. III, Partida 4.ª

Ley 9.ª, tit. II, lib. X, Nov. Rec.

Art. 1.º Ley 18 Junio 1862.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Arts. 1058 y 1061 Cód. Portugal.—92 Holanda.—49 Austria.—5.º Rusia.—63 Italia.—Ley 19, tit. II, lib. XXIII, Digesto.

COMENTARIO

Dice Montesquieu que la edad coloca á los hijos en estado de ignorancia y las pasiones en el de embriaguez, por cuyo motivo los padres deben atemperar cuanto sea posible el fatal resultado de estas dos circunstancias.

Nada más oportuno que las palabras del señor Goyena comentando el proyecto de Código: «El matrimonio es entre todas las acciones humanas la más interesante y casi decisiva de la felicidad ó desdicha de la vida: debe, pues, rodeársele de todas las precauciones posibles, puesto que el error ó desacierto, una vez cometido, es irreparable.»

«Para tener derecho á contraer obligaciones,

conviene ántes conocerlas. Ninguna legislacion abandonó los hijos á sí mismos en la primera edad de las pasiones, para dar este paso resbaladizo sobre una alfombra de flores que encubre, muchas veces, un abismo de miserias; y naturalmente, hubo de apelar á la intervencion de los padres, tanto por la ternura con que aman á sus hijos, como por ser ellos mismos interesados, *ne ipsis in vitis agnascatur suus heres* (Ley 2.ª, tit. II, lib. XXII, Digesto.): el nieto ha de llevar el apellido y puede ser su heredero forzoso.»

Los romanos, y ántes los griegos, los hebreos y en general todos los pueblo orientales, exigieron el consentimiento paterno para que fuesen válidos los matrimonios, y así, se tenían por nulos todos los verificados sin aquel requisito.

En el cristianismo se mitigó un tanto este rigor de derecho, pudiendo recurrirse á los prócsules contra el disenso inmotivado del padre, y posteriormente, en el siglo XII, se introdujo la funesta doctrina de que si bien los hijos faltaban gravemente en casarse sin el consentimiento paterno, los matrimonios eran, no obstante, válidos.

El Fuero Juzgo prohibia absolutamente estas uniones: *aquesto non lo sofrimos por nenguna manera*, cuyo principio se repitió en el Fuero Real y Fueros Municipales, siendo la infraccion de esta regla motivo para entenderse desheredada la hija.

En Francia se fija la edad de 21 y 25 años para las hijas é hijos respectivamente. El Código de Vaud señala indistintamente la edad de 23 años, y el de Prusia exige el consentimiento, como el Sardo, en toda edad.

Varias son las dudas á que da lugar el artículo de que nos ocupamos.

En primer lugar, ¿será necesario el consentimiento paterno cuando se trate de contraer esponsales? Hé aquí lo que dice Gutierrez sobre este punto: «La ley habló del consentimiento como requisito previo para el matrimonio: este acto, que había de decidir de la suerte de un individuo, era el que convenía rodear de formalidades y precauciones: por eso dijo «necesitan para casarse.» El sponsal no produce los mismos compromisos: así es, que hasta se ha permitido contraerlos sin tener uso de razón: la Iglesia, considerándolos como un compromiso de conciencia, ha excusado todas las formalidades; y las de la pragmática de 1803 podrían considerarse virtualmente derogadas por la ley posterior que exige el consentimiento en el único caso en que puede ser útil, que es el matrimonio.» A nuestro entender, el consentimiento paterno debe acompañar al otorgamiento de los esponsales; de otra manera aludirían los hijos fácilmente el precepto legal.

¿Será suficiente la licencia general para contraer matrimonio? Escriche opina que basta la licencia general: Gutierrez cree, por el contrario, que el consentimiento ha de referirse á un matrimonio concreto que haya de celebrarse con persona determinada; lo que es más conforme con nuestra opinion.

El consentimiento de que habla la ley, ¿se refiere solamente al primer matrimonio, ó habrá de impetrarse del mismo modo cuando se pase á segundas nupcias dentro de la edad marcada en el artículo?

El Tribunal Supremo, evacuando una consulta, manifestó que el viudo no necesitaba impetrar el consentimiento paterno. Algunos juriscónsultos de reconocida ilustración sustentan idéntica teoría. En contra de esta doctrina se han hecho, no obstante, algunas consideraciones, no desprovistas de importancia. En primer lugar, se dice, esta ley no es de las que deban restringirse: conduce directamente á la utilidad del menor, por lo cual éste debe ser el primer interesado en que se cumpla, además del interés general que debe tener la sociedad en que se reverencie el padre como es debido. En segundo lugar, el fundamento de este requisito

no es la patria potestad, ni esta facultad forma parte de los derechos del padre; por el contrario, es independiente de ellos, y buena prueba es que no se exige más que hasta los 20 y 23 años respectivamente; que han de prestarlo en su caso personas que no tienen la patria potestad sobre el menor, como son los abuelos, el curador, el juez y la junta de parientes ó de vecinos, y por último, que si no el consentimiento, por lo ménos el consejo ha de impetrarse en toda edad, y aun cuando los hijos estén emancipados. En tercer lugar, el verdadero objeto de esta formalidad es, no sólo el respeto que debemos tributar á quienes nos dieron el sér, sinó la presunción fundadísima de que se carece en tal edad del discernimiento preciso para comprender la conveniencia ó inconveniencia del enlace que se proyecta; falta de discernimiento que no es de presumir desaparezca con sólo haber estado casado brevísimo tiempo, ni debe entenderse que el consentimiento dado para el primer matrimonio demuestre la creencia del padre de que tenía el hijo el discernimiento necesario para apreciar la gravedad de todos los matrimonios.

En una palabra, idénticos son los motivos de la ley tratándose del soltero que del viudo, y prueba de ello es que el mismo Sr. Escriche á que nos hemos referido, dice que si el padre da su consentimiento para que el hijo se case con determinada persona, y ésta muriera ántes de que se celebre el matrimonio, deberá el hijo solicitar de nuevo el consentimiento si intentare casarse con otra persona.

Otra duda hace posible la ley. Dictada ésta en época en que la sola razón de la edad no era causa de emancipación, parece como que el consentimiento y el consejo habían de impetrarse siempre que la emancipación no tuviese lugar. Mas el art. 64 de la ley del Matrimonio civil estableciendo la emancipación *ipso facto*, al cumplirse la edad de 25 años, hace dudar de si habrá derogado en parte la ley del consentimiento paterno, y por consiguiente, si una vez llegado el hijo á la mayor edad, no será ya necesario obtener el consejo de los padres. Si se toma como base de la ley, el principio de que sólo están sujetos á sus preceptos los hijos no emancipados, es indudable que el art. 64 de la ley del Matrimonio civil hace innecesario el consejo paterno, una vez emancipado el hijo por ser mayor de edad. Mas para esto, es preciso partir de esta base, y esta base no la hallamos en la ley; en primer lugar porque ésta no habla de eman-

cipación, y al establecer el precepto, no hace distinción ninguna entre el hijo emancipado y no emancipado, lo cual nos prohíbe hacer distinciones que la ley no consigna: en segundo lugar, el hijo que ha perdido el padre y la madre (y que por lo tanto está verdaderamente emancipado, ha salido de la patria potestad y es *sui juris*), tiene que solicitar el consejo de los abuelos cualquiera que sea su edad, lo cual contradice la opinion de los que afirman que la emancipación hace innecesario el consejo.

Si el padre diere su consentimiento ántes de comenzarse el expediente matrimonial, y los parientes llamados por la ley para prestar consentimiento se opusieran al matrimonio, ¿valdría esta oposición? «En tal caso,—dice Escriche,—no podría invalidarse el consentimiento paterno, dado en cualquier tiempo y constanding por los medios legales, porque el derecho de los demás parientes nace de no haber ejercitado el padre su derecho; pero desde el momento en que éste lo ejercitó, aunque despues muera ó se inhabilite para manifestar su voluntad, aquel punto quedó resuelto irrevocablemente.»

«Pero,—añade el mismo juriscónsulto,—y si la madre ó alguno de los llamados á suplir el consentimiento paterno, al oponerse al enlace consentido ántes de incoadas las diligencias matrimoniales, alegaren que tenían pruebas de que el padre había mudado de voluntad, ¿podría sobre esto admitirse justificación, é incoarse un litigio y sujetarse á sus resultados la celebración del matrimonio?» Dudoso es en verdad el caso: creemos, sin embargo, que no deben admitirse más justificaciones sobre este hecho que las que la ley marca como indudables, á saber, declaración ante notario, que hubiere hecho el padre ántes de morir ó inhabilitarse.

«Si el padre se hallase ausente, en lejanos países (véase art. 1367 ley de Enjuiciamiento), creemos que deberá aplicarse el artículo siguiente, es decir, considerar que el padre se halla imposibilitado de prestar el consentimiento.

«Si el padre se halla sufriendo la interdicción civil como despojado de todos los derechos familiares (véase art. 43 del Código penal), no podrá prestar su consentimiento. «Si como padre tiene derechos, la ley civil no puede sancionarlos en favor de un hombre que ha sido separado de la sociedad: á otras manos más puras ha de encomendarse derecho tan sagrado: no puede disponer de un escudo en favor del patrimonio comun: no tiene autoridad ninguna

sobre su esposa, ¿cómo ha de disponer de la felicidad y del porvenir de sus hijos?»

La obligación de pedir al padre ó á la madre el consentimiento para el matrimonio de sus hijos, existe aunque aquéllos pasaren á segundas nupcias, y sin que la madre que ejerce un derecho emanado del matrimonio anterior, necesite para ello de la licencia del segundo marido.

Artículo 105.—En el caso del artículo anterior, si falta el padre ó se halla impedido para prestar el consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre y sucesivamente en iguales circunstancias al abuelo paterno y al materno.

ORÍGENES

Art. 2.º Ley 18 Junio 1862.

CONCORDANCIAS

Concuera con: Arts. 149 y 150 Cód. Francia.—64 Italia.

COMENTARIO

Refiérese el artículo al caso en que faltare el padre, esto es, hubiere fallecido, ó en que se halle impedido para prestar el consentimiento: ¿cuándo podremos afirmar que ha llegado este caso? ¿qué justificación será necesaria?

Nada dice la ley sobre este punto. En nuestro concepto las mismas razones que otras leyes determinan incapacidades para contratar ó llevar á cabo otros actos de esta naturaleza, habrán de servirnos de guía para el caso de que nos ocupamos. En este sentido la locura, imbecilidad y todas las demás que se enumeran en otras leyes, serán las que deban tener aplicación.

No existirá esta imposibilidad cuando el padre sea mudo, ó sordo, ó paralítico, porque en cualquiera de estos casos, pueden hallarse medios seguros de penetrar en la voluntad del impedido (véase art. 1208 ley de Enjuiciamiento civil).

¿Podrá interpretarse que falta el padre ó la madre por pasar á segundas nupcias? De ninguna manera, y si en algun tiempo pudo esto ser más ó ménos discutible en lo que á la madre se refiere, la ley del Matrimonio civil, declarando á favor de ésta la patria potestad, ha hecho imposible esta duda.

En defecto del padre y de la madre llama la ley á los abuelos, excluyendo á las abuelas,

«acaso por haberse creído que será más poderoso su cariño que su juicio para aconsejar en tan delicado acto.»

Por Derecho romano, la madre no era llamada nunca á prestar su consentimiento; mas cuando el juez estaba encargado de ello, exploraba su juicio, como el de los demás parientes.

El Fuero Juzgo proclamó la patria potestad de la madre, con casi tanta amplitud como la correspondiente al padre: «*Si el padre es muerto, la madre puede casar los hijos e las hijas.*»

¿A quién convenía llamar en defecto de los padres?

El Fuero Juzgo llamaba á los hermanos, y en su defecto al tío paterno. La pragmática de 1796 llamaba á los abuelos y demás parientes: la de 1803 llamaba también á los abuelos, pero callaba sobre los demás parientes.

El proyecto de Código, después de la madre llama al tutor con acuerdo del consejo de familia. Sin embargo, como en el art. 182 llama á ser tutores legítimos á los abuelos paterno y materno en primer lugar, con arreglo á dicho proyecto serían también los abuelos, en gran número de casos, los llamados á prestar el consentimiento. Únicamente,—observa Goyena,—en el caso (que será raro) de haber tutor testamentario no serían llamados los abuelos, y entonces la preferencia vendrá del padre ó madre que le nombró: ¿y cómo contrariar este juicio respetable?

Nuestra ley de 1862, vigente, da la preferencia á las abuelas. En nuestro sentir, su sistema y el del proyecto de Código no discrepan gran cosa, si se atiende al fondo de la cuestión.

Artículo 106.—A falta de la madre y del abuelo paterno y materno, corresponde la facultad de prestar consentimiento para contraer matrimonio al curador testamentario y al juez de primera instancia sucesivamente.

Se considera inhábil al curador para prestar el consentimiento, cuando el matrimonio proyectado lo fuese con pariente suyo dentro del cuarto grado civil.

Tanto el curador como el juez, procederán en unión con los parientes más próximos, y cesará la necesidad de obtener su consentimiento, si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de 20 años.

ORÍGENES

Art. 3.º Ley 18 Junio 1862.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 65 Cód. Italia.

COMENTARIO

Señálanse en este artículo cuatro principios: 1.º, que á falta de los designados en los artículos anteriores, corresponda esta facultad al curador testamentario, y al juez en su defecto; 2.º, que tanto el uno como el otro obren en unión del consejo de familia; 3.º, que el curador sea inhábil cuando se trate de un matrimonio con pariente suyo dentro del cuarto grado civil, y 4.º, que en estos casos sólo será necesario el consentimiento hasta los 20 años.

Respecto del primer principio sólo diremos, que vino á resolver el problema de si debían ó no ser los parientes colaterales del menor los que habían de aconsejarle á falta de los arriba designados, optando la ley por el curador testamentario, persona interesada en el bien del menor, puesto que ha merecido el nombramiento del padre ó madre; pero asesorado con la junta de parientes, con lo cual se ha procurado suplir con la madurez y solemnidad lo que falte de cariño.

Segun ha declarado la Comisión á quien se encargó la redacción de la ley, por curador testamentario se entiende, no sólo el nombrado por el padre ó madre, sino también el nombrado por los abuelos ó por un extraño que hubiere instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia.

En cuanto á la inhabilidad del curador expresada en el segundo párrafo del artículo, es una medida prudencial muy digna de tenerse en cuenta.

También nos parece justo que se limite en estos casos la edad en que sea preciso el consentimiento.

Artículo 107.—La junta de parientes de que habla el artículo anterior se compondrá: Primero. De los ascendientes del menor. Segundo. De sus hermanos mayores de edad y de los maridos de las hermanas de igual condición viviendo éstas.

A falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número

ro de cuatro vocales con los parientes más allegados varones y mayores de edad, elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre.

En igualdad de grado, serán preferidos los parientes de más edad.

El curador, aún cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta.

ORÍGENES

Art. 4.º Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

El consejo de familia, institución reconocida en varios Códigos de Europa, adquirió por esta ley carta de naturaleza en España. Este artículo se limita á exponer la composición del consejo ó junta de parientes, determinando que la constituyan los ascendientes del menor, los hermanos mayores de edad y los maridos de sus hermanas de igual condición, es decir, los cuñados. Y á falta de unos y otros, ó siendo menos de tres, se completará la junta hasta cuatro vocales con los parientes más allegados elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre.

Artículo 108.—La asistencia á la junta de parientes será obligatoria respecto de aquellos que residan en el domicilio del huérfano ó en otro pueblo que no diste más de seis leguas del punto en que haya de celebrarse la misma, y su falta, cuando no tenga causa legítima, será castigada con una multa que no excederá de diez duros.

Los parientes que residan fuera de dicho radio, pero dentro de la Península ó islas adyacentes, serán también citados, aunque les podrá servir de justa excusa la distancia.

En todo caso, formará parte de la junta el pariente de grado y condición preferente, aunque no citado, que espontáneamente concurra.

ORÍGENES

Art. 5.º Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

La facultad de dar consentimiento al menor para que se case, no es sólo un derecho, sino

también una obligación, y obligación sagrada, de que no deben excusarse los parientes, á menos de concurrir alguna de las circunstancias que cita el artículo.

La falta á lo preceptuado en este artículo se penará con una multa de diez duros.

Pero como la facultad de asistir á la junta es también un derecho reconocido por la ley, el pariente que concurra, no habiendo sido citado, formará parte de ella, si es de los de grado y condición preferente.

Artículo 109.—A falta de parientes se completará la junta con vecinos honrados, elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.

ORÍGENES

Art. 6.º Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

Ha conceptuado la ley de tal gravedad el acto de contraer matrimonio, ha puesto tanto cuidado en corregir los inconvenientes que pudieran nacer de un enlace, imprevisto, ó fatal, que ha buscado entre los parientes, los curadores y jueces garantías contra la inexperiencia; y en último caso acude á los vecinos honrados, imponiéndoles la obligación de preocuparse un poco por la suerte futura de un semejante, hijo tal vez del amigo de toda la vida. Nada más noble y más santo que el desempeño de las funciones familiares que las leyes imponen en ciertos casos á los ciudadanos; pero entre todas ellas ninguna tan delicada, y por lo mismo ninguna que merezca mayor escrúpulo y cuidado que esta de que nos ocupamos. Pueden faltar y desaparecer padres y parientes, pero siempre quedarán cuatro honrados vecinos que guien los inseguros pasos de un menor, en un terreno que desconoce.

El recurso de la ley tal vez no sea completo; pero no hay otro, y abandonar al huérfano que más que nadie necesita consejos, no nos parece aceptable.

Artículo 110.—La reunión se efectuará dentro de un término breve que se fijará en proporción á las distancias, y los llamados comparecerán personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar más que á uno solo.