

DEL CONSENTIMIENTO

QUE NECESITAN OBTENER

LOS HIJOS

DE FAMILIA Y MENORES,

PARA CONTRAER MATRIMONIO.

POR

EL LIC. D. JOSÉ M.^o MONTOTO,

Abogado de los tribunales de la Nacion, del Ilustre Colegio de esta Ciudad.



SEVILLLA.—1864.

IMPRENTA Y LITOGRAFIA DE LAS NOVEDADES,
calle de Tetuan núms. 26 y 27.

LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY

FOR MONTANA OFFICIALS

100-11100

DE FAMILIA Y MENORES

Y LA COMISIÓN DE FAMILIA

Y

EL DR. R. JOSE M. MONZOTO

Abogado de los tribunales de la Nación, del Estado Co-
legio de esta ciudad.

1900

1900

Impreso en el Establecimiento de la imprenta de la ciudad de México, D. F.

152-2 Caja 373
17

DEL CONSENTIMIENTO

QUE NECESITAN OBTENER

LOS HIJOS DE FAMILIA Y MENORES,

PARA CONTRAER MATRIMONIO.

POR

María
EL LIC. D. JOSÉ M. MONTOTO, Y LÓPEZ VIGIL

Abogado de los tribunales de la Nación, del Ilustre Colegio de esta Ciudad.



SEVILLA 1864:

IMPRESA Y LITOGRAFIA DE LAS NOVEDADES,
calle de Tetuan números 26 y 27.

-11842-



L.

Que los hijos, para contraer matrimonio, deben obtener el consentimiento de sus padres, dice Justiniano en sus Instituciones, que no solo es de derecho civil, sino que lo persuade tambien la razon natural.

En efecto, es de derecho natural todo aquello que por instinto ó por racionamiento reconocemos como bueno. Es bueno todo lo que es conforme á la recta razon; y atendiendo á la naturaleza de la sociedad que existe entre los padres y los hijos, á su objeto y á sus límites, nadie habrá que pueda sostener que no es conforme á la recta razon el que los hijos, para casarse, necesiten obtener el consentimiento de sus padres.

Es deber de los padres el dirigir bien las acciones de los hijos y para dirigirlos, les compete la patria potestad, con la que puedan obligarlos á obrar de cierta manera, mas bien que de otra. Sin esa potestad no podrian educarlos y si de ella se les despoja-se, equivaldria á imposibilitarles de cumplir la mision que el Ser Supremo les ha confiado.

«Quiere Dios, dice Heinecio, que los hijos se conserven y vivan felizmente; no pueden ser conservados ni ser felices, sino se les educa de una manera conveniente y no pueden ser debidamente educados, si no se dirigen sus acciones. Luego Dios quiere que las acciones de los hijos sean dirigidas por aquellos que los educan; y como el derecho de dirigir las acciones de los hijos es lo que constituye la potestad sobre ellos, quiso Dios que los padres ejerzan potestad sobre los hijos.»

Acaso no haya accion que mas pueda influir en la felicidad ó desventura del hombre que el casamiento, y la sana razon y el buen sentido dictan que no debe dejarse á los jóvenes inespertos y ciegos por las pasiones el arbitrio de atraerse su desgracia y la sana razon y el buen sentido dictan que no se debe obligar á los

padres á presenciar y no poder impedir la perdicion de sus queridos hijos.

Parece, pues, fuera de duda que la necesidad del consentimiento paterno en el casamiento de los menores es de derecho natural.

Por eso la mayor parte de los teólogos moralistas creen que pecan los hijos que se casan sin el consentimiento de los padres y sabida es la célebre disposicion del Arcipreste de Ager, en que se dice que «faltan los hijos de familia que sin el consejo y bendicion de sus padres tratan de contraer matrimonio y que estando en pecado mortal, no se les puede admitir á la participacion de los sacramentos y por lo tanto se les debe dilatar hasta practicarse esta diligencia.» (1)

No faltan otros que sostengan lo contrario, apoyados en el siguiente texto de Santo Tomás «Tenetur autem homo homini obedire in iis quæ exterius per corpus sunt agenda; in quibus tamen secundum ea quæ ad naturam corporis pertinent homo homini obedire non tenetur, sed solum Deo; quia omnes homines natura sunt pares puta in iis quæ pertinent ad corporis sustentationem et prolis generationem. Unde non tenentur nec servi dominis, nec filii parentibus obedire de matrimonio contrahendo vel virginitate servanda.»

El fundamento de esta sentencia dicen que consiste en que, como quiera que el hombre por el matrimonio se obligue á una perpétua servidumbre, la razon pide que sea completamente libre en contraerlo, pues aun cuando sea de derecho natural el que los hijos obedezcan y reverencien á sus padres, tambien es de derecho natural y mas atendible el que en los casamientos haya entera libertad. Confieso ingénuamente que no me convencen estas razones, ni juzgo que sea admisible esa explicacion de la doctrina de Santo Tomás. Por lo mismo que el hijo va á sugetarse á una perpétua servidumbre, parece muy racional, aun cuando se prescinda del respeto y obediencia que á los padres se les deben, el que haya quien los aparte del precipicio en que pueden caer. Santo Tomás habla del caso en que el

(1) L. 14, tit. 2, lib. 10. N. R.

señor ó el padre quieran obligar á su siervo ó á su hijo á casarse ó á conservar la virginidad y dice que entonces ni el siervo, ni el hijo tienen obligacion de obedecer; lo cual es evidente y muy conforme al derecho natural: pero de obligar á casarse ó no casarse en absoluto, á obligar á no casarse en ciertos y determinados casos, hay una distancia inmensa.

Como que si el padre tiene el derecho de conceder ó negar su consentimiento al hijo que quiere casarse es porque está á su cargo la educacion y direccion de las acciones del mismo hijo, es consiguiente que tengan igual derecho los demás que, sin ser padres, egerzan idéntico oficio respecto á los menores; y como ese cargo cesa desde luego que los hijos han sido educados y han adquirido el suficiente discernimiento, para dirigir por sí solos sus acciones, de aqui que el derecho de conceder ó negar el consentimiento y la obligacion de pedirlo y obtenerlo tengan un límite, que las leyes civiles señalan.

II

Pero la autoridad civil ¿puede legislar en esta materia? Hay quien lo niega; y aunque parecia que semejante negativa no debiera refutarse, por estar en evidente contradiccion, no solo con la práctica de todos los siglos, sino tambien con las nociones mas tribiales del derecho, he visto que algunas personas la sostienen y lo que es mas, que un autor sapientísimo, refiriéndose á las leyes, que desheredan á las hijas, que contraen matrimonio sin el consentimiento de los padres, se espresa en estos términos: «A nadie hace injuria la hija que contrae matrimonio permitido por el derecho: es así que el derecho canónico permite contraer sin el consentimiento del padre, puesto que para el consorcio solo requiere el libre consentimiento de los contrayentes; luego el padre no puede desheredar por esa razon á la hija, porque, si pudiera, ya ella, acosada por el temor de perder la herencia, dejaria de ser libre para casarse con quien quisiera. Las leyes civiles que disponen lo contrario están derogadas por el derecho canónico, en cuanto por ellas se imponen penas á los que se casan sin el consentimiento paterno, pues aun cuando los príncipes las hayan dado para persuadir cuán honesto es

el que los hijos pidan el consentimiento de sus padres, no tienen fuerza de ley en cuanto al contrato conyugal, pues que el sancionar respecto de este, pertenece à los Romanos Pontífices. Los príncipes legos nada pueden establecer que impida el libre consentimiento de los hijos.» Esta doctrina, por mas que parezca increíble, es del Sr. Cobarrubias y en vista de ella no puede uno menos de exclamar, ¿cómo tan profundo sábio, admiracion de todos, se ha distraído hasta el punto de afirmar que el derecho canónico, porque constituye la validez del consorcio en el libre consentimiento de los contrayentes, lo permite contra el consentimiento de los padres? En efecto, aquel grande hombre no podia ignorar lo que todos sabemos, esto es, que la Iglesia siempre ha reprobado tales matrimonios, como contrarios al cuarto precepto del decálogo; y así es que, antes del concilio de Trento, la duda no versaba en si eran ó nó permitidos; sino que, dándose por incuestionable que no lo eran, unos sostenian que adolecian del vicio de nulidad, al paso que otros profesaban la opinion de que, aunque ilícitos eran validos; y este parecer fué el que confirmó el Santo Concilio, conviniendo con las declaraciones de algunos Sumos Pontífices, que reformaron en esta parte el derecho canónico, segun el cual y en armonia con el Romano, eran nulos los matrimonios contraídos por los hijos de familia contra la voluntad de sus padres, como puede verse en la excelente obra del Sr. Benedicto XIV de Syn Diœc. (1)

El mismo Sr. Cobarrubias dice que es honesto y muy conveniente à la república el que los hijos se casen con el consentimiento de los padres y siéndolo, es imposible que el derecho canónico permita lo que à la honestidad y pública conveniencia se opone. Lo que yo creo que hizo el derecho canónico fué optar entre dos males necesarios por el menor y dijo: malo es, contrario à la honestidad, contrario al respeto filial, contrario à la conveniencia de la sociedad el que los hijos se casen sin el consentimiento paterno; pero de tolerar tales matrimonios se siguen me-

(1) Con pesar me he separado en este punto de la opinion de Berardi, à quien respeto mucho; pero despues de examinada la materia detenidamente, me ha parecido mas aceptable la del señor Benedicto XIV.

nos perjuicios, que de anularlos y por lo tanto los consiento, los tolero y los considero válidos. De esto, á permitirlos, veo que hay mucha distancia.

Por otra parte, la libertad del consentimiento no puede entenderse que sea una licencia omnímota para casarse uno con quien, como y cuando quiera. Cuando el derecho canónico y todos los derechos requieren para el matrimonio el libre consentimiento de los contrayentes, no requieren que se les deje á su arbitrio y capricho, sino que no se les obligue, que no se les haga casarse á la fuerza. Que lo contraigan con el consentimiento paterno, no quiere decir que lo contraigan aun cuando no quieran, si quieren los padres.

Por consiguiente, no puede sostenerse que las leyes civiles, que imponen penas á los que se casan sin el consentimiento paterno son contrarias al derecho canónico y menos que éste las ha derogado y mucho menos que no tengan fuerza de tales leyes, por estar dictadas por una autoridad incompetente.

Apenas se concibe cómo el Sr. Cobarrubias diga que el imponer penas respecto al contrato conyugal no puede hacerse por la autoridad civil. Nadie ignora que la Iglesia es la única legisladora en materia de matrimonio, considerado como sacramento; pero que, siendo el matrimonio no solo un sacramento, sino tambien un contrato civil, tan esclusiva es la autoridad civil para legislar é imponer penas respecto al matrimonio en cuanto se refiere á lo temporal, como lo es la Iglesia en cuanto se refiere á la santidad é indisolubilidad del vínculo y por consiguiente que tan absurdo será el afirmar que el soberano temporal, no puede imponer penas á los que se casen sin el consentimiento paterno, como que la Iglesia no puede establecer impedimentos dirimentes. Muchos males han venido al mundo por la confusión de ideas respecto á los límites de ambas potestades, cuando ellos están naturalmente tan marcados, que solo se necesita de buena fé para distinguirlos y ojalá se distinguieran siempre, para que los pueblos católicos fueran el modelo de las mejor ordenadas repúblicas.

Las leyes civiles que prescriben el consentimiento paterno, dice un sábio Jesuita (1) no tanto restringen la libertad de los

(1) Schmalzgrueber Jus Eccl, Part. 2 tit. 25, par. 56.

hijos, cuanto el inconsiderado abuso de la libertad. Ni la Iglesia aprueba los matrimonios sin el consentimiento del padre de tal manera, que los escuse de pecado, ni las leyes civiles los reprueban de tal suerte, que se juzguen inválidos; aprueban dichas leyes el valor, pero reprueban el medio y por lo tanto imponen pena, sin que en ello los legisladores vindiquen para sí el derecho de conocer de las causas eclesiásticas.

Si las espresadas leyes fueran injustas é inválidas, no serian toleradas por los magistrados eclesiásticos en muchas provincias donde se hallan en práctica. De estas leyes se sigue una gran utilidad á la república, pues le interesa que las familias nobles y honestas no se manchen con casamientos indignos, que no se desprecien los justos consejos de los padres, que se quiten las ocasiones de odios, discordias y otros graves inconvenientes, que nacen muchas veces de semejantes nupcias, temerariamente contraidas; todo lo cual se quita con dichas leyes. Si estas por otra parte no repugnan, son del todo justas y no aparece causa para que repugnen, toda vez que ninguna injuria infieren al sacramento del matrimonio, puesto que, aun cuando se contraiga contra la voluntad de los padres, vale. El magistrado secular puede imponer pena á los actos ilícitos, prohibidos por el derecho natural y divino, por mas que él no pueda prohibirlos ni irritarlos; es así que los matrimonios contraidos contra el justo disenso paterno están prohibidos por derecho canónico y por el natural y divino, luego etc.»

Veamos por último, consultando la brevedad que me he propuesto, al formar estos apuntes, lo que dice otro autor de reconocido mérito. «En mi teoría y practica del derecho canónico enseñé que pueden las constituciones régias oponer obstáculos civiles contra los matrimonios que se contraen, ignorándolo ú oponiéndose los padres. Por lo demás, en estas leyes no se toca al vigor y validez del sacramento, ni esto pueden hacerlo; pero sí pueden los legisladores civiles prohibir semejantes nupcias, como que lo están, no solo por derecho humano, sino tambien por el divino, puesto que son contrarias al precepto de Dios de honrar á los padres, aun cuando subsista respecto de ellas la razon del sacramento.» (1)

(1) Cabasucio. Notitia Eccl. Conc. Trid. n. 56.

III.

Por mas que dijera Justiniano que el que debieran los hijos obtener para casarse el consentimiento paterno, lo persuadía la razon natural, es lo cierto que entre los romanos el derecho de conceder ó negar ese consentimiento se consideraba como originario de la pátria potestad civil. En prueba de esto, baste recordar la cuestion que se agitó entre los jurisconsultos sobre si podian casarse los hijos de los furiosos. Decian los que lo negaban que el furioso no perdía la pátria potestad, pero se hallaba imposibilitado de prestar su consentimiento; y como este era necesario para que el hijo se casára, de aquí el que no pudiera hacerlo. El consentimiento, segun Theófilo, existe cuando el padre dice espresamente «me agrada el que se haga;» y esto no podia decirlo el furioso, por no permitírsele su enfermedad; y aunque quiera suponerse que tambien hay consentimiento cuando el padre, viendo al hijo contraer nupcias, no se opone, tampoco esto puede admitirse respecto al furioso, porque, el que este calle, no prueba que consiente, sino que el mal lo tiene vencido. Era, pues, lógica la consecuencia de que el hijo del furioso no podia casarse; pero Justiniano, dejando á un lado el derecho quiritarío, decidió la controversia, mandando se aplicase á los hijos de los furiosos la misma disposicion, que rejía ya respecto á los de los mentecatos, esto es, que pudieran casarse, si bien observándose ciertos requisitos. (1)

Mientras duraba la pátria potestad, existia la necesidad de obtener el consentimiento paterno, cualquiera que fuese la edad que tubieran los hijos. Las hijas eran en esto, como en todo, de mucho peor condicion y bien puede decirse que en este particular no concluyó para ellas aquella perpetua tutela, á que en lo antiguo estaban sometidas. La emancipacion no las libraba de la necesidad de obtener el consentimiento paterno; y en verdad que no sé, porque sobre esto no cuestionaron tambien los jurisconsultos, pues, adoptado el principio

(1) L. 25. C. de nupt.

de que en tanto estaban obligados los hijos á obtener dicho consentimiento, en cuanto se hallaban bajo la pátria potestad, tan consiguiente era, por no decir más, el establecer que las hijas emancipadas no lo necesitaban, como lo fué que no lo necesitaban los hijos. «¿Si seria, pregunta Vinnio, por la vergüenza del sexo y de la edad? ¿Si seria, que solo por honestidad pidiera la hija el consentimiento paterno, sin que este fuera necesario?» Cuando aquel sabio no halló una razon satisfactoria, bien se puede decir que no la habia. No es una ley sola la que establece que los hijos no puedan ser obligados á casarse; pero en cuanto á las hijas, segun el derecho antiguo, podia el padre depositarlas á su arbitrio con quien quiesse y solo se les permitia disentir, cuando el padre les elegia por esposo una persona torpe é indigna. (1) Era negocio exclusivamente de los padres y no solo entre los romanos, sino tambien en los demás pueblos.

En el capítulo sétimo del Deuteronomio se dice: «No darás tu hija á su hijo, ni tomarás su hija para tu hijo.» En la Epístola primera de San Pablo á los Corintios no dice el Apóstol que la vírgen que se casa hace bien y la que no se casa hace mejor, sino que *el que casa á su vírgen* hace bien y el que no la casa hace mejor.

Cuando el criado de Abraham pidió á Rebeca para muger de Isaac, el padre y el hermano de la doncella contestaron: «ahí está delante de tí Rebeca; tómala y vete.» Despues, cuando llegó el caso de partir, le dijeron: ¿quieres ir con ese hombre? y ella respondió: «iré.» (2) Sobre esto se dice en el capítulo 13, causa 32, cuest. 2.^a: «honorantur parentes Rebecæ muneribus, consulitur puella, non de sponsalibus (*illa enim iudicium spectat parentum: non est enim virginalis pudoris eligere maritum*) sed jam sponsata viro, de profectionis consulitur die.» Hácese en el mismo capítulo mérito de las siguientes palabras puestas por Eurípides en boca de una de las personas de su tragedia Andrómaca: «Sponsaliorum meorum pater meus curam subibit. Hoc enim non est meum.»

(1) L. 12 D. De sponsal.

(2) Gen. cap. 24.

Lo mismo se deduce de algunas disposiciones de nuestros antiguos fueros, tanto generales, como particulares. (1)

Pero en el caso de que la hija rehusase formalmente casarse con quien le proponia el padre, creo que no podia ser compelida; al menos despues de la ley 14. C. de nupt; y aún cuando en nuestros primitivos códigos no hallo terminante una ley igual, no vacilo en afirmar que tambien se observaba en España, no solo por ser tan conforme á la naturaleza del acto, sino por estar tambien en consonancia con las disposiciones de la Iglesia. Vemos que el concilio tercero de Toledo (2) mandó que las viudas y doncellas casasen con quien ellas quisiesen; disposicion, que debe considerarse como un nomo-canon, pues, segun el Maestro Florez, intervino el Rey por lo civil. (3) Vemos tambien en el C. 3.º causa 31, cuest. 2.ª que el papa Urbano II dice al Rey D. Sancho Ramirez, I de Aragon y IV de Navarra, que no obligue á su nieta á que se case con quien ella rehusase y dá la razon siguiente: «quorum enim unum corpus est, unus debet esse animus: ne forte virgo, cum fuerit alicui invita copulata, contra domini, apostolique preceptum, aut reatum dissidii, aut crimen fornicationis incurrat.» Otras disposiciones aparecen en igual sentido en el cuerpo del derecho canónico (4) y por eso la ley 10 tit. 1.º de la Partida 4.ª consigna esta doctrina como corriente, cuando dice: «pero si aquel con quien el padre quisiere casar alguna de ellas (hijas) fuesse atal que conviniesse é que seria asaz bien casada con él, magüer que *la non puede apremiar* que cumpla lo que él habia prometido, puédela desheredar, por quel non agradeisce á su padre el bien que fizo é facele pesar non le obedesciendo.»

(1) Leyes 8.ª y 9.ª tit. 5.º Fuero juzgo. L. 6. tit. 1.º lib. 3.º Fuero Real, Tit. de los casamientos. Fuero de Sepúlveda.

(2) Cánón 10.

(3) España sagr. tom. 6.

(4) Canones: Cum locum, requisivit, Gemma. De spons et matr.

IV.

Como en ningun pueblo era considerada la patria potestad cual lo era entre los romanos, no es de estrañar que desde los principios de nuestra legislacion se adviertan disposiciones contrarias á las del Digesto y del Código. Asi es, que en el Fuero Juzgo hallamos que, muerto el padre, incumbia á la madre la prestacion del consentimiento, para el casamiento de los hijos y lo mismo estableció el Fuero Real, donde además se dispuso que la viuda pudiera casarse sin el consentimiento paterno y que tambien lo pudiera hacer la soltera que hubiese cumplido treinta años.

Pero á pesar de esas disposiciones, los resabios del derecho romano estaban tan arraigados, que no se reconocieron los verdaderos principios, hasta que se consignaron en la famosa pragmática de 23 de marzo de 1776. (1)

Desde que se publicó aquella sabia ley no hay arbitrio para dejar de convenir en que la facultad que tienen los padres de prestar á sus hijos el consentimiento para casarse, nace de la patria potestad que el derecho natural concede y que les corresponde, no solo y precisamente porque son padres, sino porque siéndolo, ellos y no otros, tienen á su cargo la educacion de los hijos y por consiguiente, que esa potestad no es exclusiva en los padres, sino que la tienen tambien las madres, los abuelos, los parientes y aun los curadores. El oficio de educar á los hijos y dirigir sus acciones, esa es la patria potestad, de la que nace el derecho de conceder ó negar el consentimiento, para que los menores contraigan matrimonio; el que ejerce ese oficio, ese es el que tiene el derecho, sea el padre ó no lo sea; pues tiene para ello todas las facultades, que el derecho natural concede á los padres sobre sus hijos.

En la citada pragmática se espresaron las razones que habia tenido el legislador para exigir el consentimiento paterno, cuales fueron: que se guardase el respeto debido á los

(1) L. 9. Tít. 2. Lib. 10. N. R.

padres y demás personas que hacen sus veces y que se evitasen los matrimonios desiguales, que ceden en perjuicio de los mismos contrayentes y en desdoro de sus familias, en las que suelen introducir turbaciones, que refluyen despues en todo el estado.

Como se vé, el consentimiento paterno no es un derecho con que las leyes civiles han aumentado la natural pátria potestad; y en el mero hecho de haberse fijado por la pragmática la edad de 25 años en los hijos como límite de ese derecho, se comprende tambien que la pátria potestad civil no fué lo que exclusivamente se tubo en cuenta; y por eso, á la espresion: *hijos de familia*, se añade: *y menores*.

Se mandó, pues, por la citada pragmática que los hijos é hijas de familia, para contraer esponsales, siendo menores de veinte y cinco años, estuviesen obligados á pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre y en su defecto, de la madre, y á falta de ambos, de los abuelos, y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos que se hallasen en mayor edad y no fuesen interesados ó aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores, estos y los parientes con aprobacion del juez é interviniendo su autoridad. Contra el irracional disenso de los padres y demás personas espresadas se admitia libremente recurso á la justicia real ordinaria.

En 1803 se dictó otra real pragmática, (1) que solo se diferenciaba de la de 1776 en que no concedia á los parientes el derecho de prestar el consentimiento, sino á los padres, abuelos, curadores y jueces subcesivamente; en que se fijó respecto de las hijas la edad de 23 años, y en que, segun faltaban las personas designadas, adquirian los hijos un año antes la libertad de casarse á su arbitrio. Esta ley derogó espresamente todas las anteriores y contiene la prohibicion, bien singular por cierto, de toda glosa, interpretacion ó comentario.

Rijó esta disposicion hasta que en veinte de junio de 1862 se publicó sancionada la ley decretada por las Córtes, cuyo proyecto habia presentado el diputado Sr. Moyano, y es la siguiente:

Art. 1.º El hijo de familia que no ha cumplido 23 años,

(1) L. 18, tít. 2, lib. 10, N. R.

y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno.

Art. 2.º 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 materno.

Art. 3.º A falta de la madre y del abuelo paterno y materno, corresponde la facultad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio al curador testamentario y al juez de primera instancia sucesivamente. Se considerará 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 union con los parientes mas próximos, y cesará la necesidad de obtener sus consentimientos si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de 20 años.

Art. 4.º La junta de parientes de que habla el artículo anterior se compondrá:

1.º De los ascendientes del menor.

2.º De sus hermanos mayores de edad, de los maridos de las hermanas de igual condicion, viviendo estas. A falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número de cuatro vocales con los parientes mas 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 mas edad. El curador, aun cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta.

Art. 5.º La asistencia á la junta de parientes será obligatoria respecto de aquellos que residan en el domicilio del huérfano ó en pueblo que no diste mas 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 exceda de diez duros. Los parientes que residan fuera de dicho rádio, pero dentro de la península é islas adyacentes, serán tambien citados, aunque les podrá servir de justa excusa la distancia. En todo caso formará parte de la junta el pariente de

grado y condicion preferentes, aunque no citado, que espontáneamente concurra.

Art. 6. ° 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.

Art. 7. ° La reunion se efectuará dentro de un término breve, que se fijará en proporcion á las distancias, y los llamados comparecerán personalmente ó por apoderado especial que no podrá representar mas que á uno solo

Art. 8. ° La junta de parientes será convocada y presidida por el juez de primera instancia del domicilio del huérfano cuando le toque por la ley prestar el consentimiento: en los demás casos lo será por el juez de paz. Dichos jueces calificarán la escusa de los parientes, impondrán las multas de que habla el artículo 4. °, y elegirán los vecinos honrados llamados por el artículo 6. °

Art. 9. ° Las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó inclusion de algun pariente, se resolverán en acto prévio y sin apelacion por la misma junta, en ausencia de las personas interesadas. Solo podrá solicitar la admision el pariente que se crea en grado y condiciones de preferencia. Las recusaciones de los mismos se propondrán únicamente por el curador ó por el menor, y siempre con espresion del motivo. Cuando de la resolucion de la junta resulte la necesidad de una nueva sesion, se fijará por el presidente el dia en que deba celebrarse.

Art. 10. El curador deberá asistir á la junta y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes respecto á la ventaja ó inconvenientes del enlace proyectado; pero votará con separacion, lo mismo que el juez de primera instancia en su caso. Cuando el voto del curador ó el del juez de primera instancia no concuerde con el de la junta de parientes, prevalecerá el voto favorable al matrimonio. Si resultare empate en la junta presidida por el juez de primera instancia, dirimirá este la discordia. En la presidida por el juez de paz dirimirá la discordia el pariente mas inmediato; y si hubiere dos en igual grado, ó cuando la junta se componga solo de vecinos, el de mayor edad.

Art. 11. Las deliberaciones de la junta de parientes serán absolutamente secretas. El escribano y secretario del juzgado intervendrá solo en las votaciones y extension del acta, la cual deberán firmar todos los concurrentes y contendrá únicamente la constitucion de la junta y las resoluciones y voto de la misma, y los del curador ó juez en sus casos respectivos.

Art. 12. Los hijos naturales no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos; tampoco de la intervencion de los parientes, cuando el curador ó juez sean llamados á darles el permiso.

Art. 13. Los demás hijos ilegítimos solo tendrán obligacion de impetrar el consentimiento de la madre: á falta de esta, el del curador, si lo hubiese; y por último, el del juez de primera instancia. En ningun caso se convocará á los parientes. Los gefes de las casas de espósitos serán considerados para los efectos de esta ley como curadores de los hijos ilegítimos recojidos y educados en ellas.

Art. 14. Las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesitan espresar las razones en que se funden para rehusarlo, y contra su disenso no se dará recurso alguno.

Art. 15. Los hijos legítimos mayores de 23 años, y las hijas mayores de 20, pedirán consejo para contraer matrimonio á su adre ó abuelos por el orden prefijado en los artículos 1. ° y 2. ° Si no fuese el consejo favorable, no podrán casarse hasta despues de trascurridos tres meses desde la fecha en que le pidieron. La peticion del consejo se acreditará por declaracion del que hubiere de prestarlo ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal. Los hijos que contraviniesen á las disposiciones del presente artículo incurrirán en la pena marcada en el 483 del Código penal, y el párroco que autorizare tal matrimonio en la de arresto menor.

Art. 16. Quedan derogadas todas las leyes contrarias á las disposiciones contenidas en la presente.

Las novedades introducidas por esta ley fueron: que señaló la edad de 23 años en los varones y 20 en las hembras, en vez de los 25 y 23 respectivamente, que señalaba la pragmática de 803; que, segun esta, contra el irracional disenso de los padres

y demas personas, llamadas á prestar el consentimiento, se daba recurso á los presidentes de las Audiencias y por la ley de 20 de Junio no se dá recurso alguno contra el disenso; que á falta de padres y abuelos, ningun curador puede prestar el consentimiento, á no ser que lo sea por testamento; que no necesitan obtener consentimiento los huérfanos de padre, que carezcan tambien de madre y abuelos, si han cumplido 20 años; que los curadores y jueces han de prestar el consentimiento en junta de parientes y á falta de estos, de vecinos honrados; y por último, que los hijos legítimos, mayores de 20 y 23 años respectivamente, necesitan obtener el consejo de sus padres ó abuelos.

V.

Muchas fueron las dudas que se ofrecieron y se consultaron sobre las disposiciones contenidas en los artículos que quedan copiados, siendo dos las principales y las únicas de que voy á ocuparme, por parecerme las demas de tan fácil solucion, que juzgo innecesario el detenerme en su exámen.

Los viudos, menores de 23 años y las viudas, menores de 20, ¿necesitan obtener el consentimiento paterno, para casarse de nuevo?

Recien publicada la ley, tube el honor de ser consultado por el Sr. Provisor, que entonces era de este Arzobispado y contesté, que los viudos menores de las edades espresadas necesitaban del consentimiento paterno, lo mismo que los solteros. Despues he tenido el desconsuelo de ver que nadie opinaba de acuerdo conmigo. En circulares de RR. Prelados, en periódicos de jurisprudencia y hasta en contestaciones dadas por el Tribunal Supremo de justicia se ha dicho lo contrario de lo que yo habia respondido; por manera que, si la verdad de una doctrina jurídica consistiese en el número y calidad de las personas que la profesan, nada me quedaria que hacer, sino confesar que he padecido una equivocacion; y ciertamente que lo confesaria, sin que mi amor propio sufriese lo mas mínimo. Empero, si esa doctrina en tanto será verdadera, en cuanto lo sean las razones en que se funde, mientras yo pueda demostrar que no lo son las que se alegan de contrario, no creo

que haya quien me moteje, porque permanezca en mi opinión. Veamos esas razones.

Es la primera, que los viudos ya cumplieron con la ley, cuando se casaron. Mas como quiera que la ley no preceptúa el consentimiento paterno en los casamientos de los menores, cuando por primera vez los contraen, sino cuando los contraen y son tales menores, me parece que esa razon no es muy concluyente. ¿Que se diria del que sostubiera la validéz de la enagenacion de una finca de un menor, en la cual no se hubiesen observado los requisitos legales y la sostubiera, dando por razon, que ya en otra enagenacion de finca del mismo menor se habian observado aquellos requisitos y por consiguiente, ya se habia cumplido con la ley? Si no se tiene presente el fin que el legislador se propuso, cualquiera razon será bastante para sostener que los viudos no necesitan del consentimiento paterno; pero si se considera que, si se ha preceptuado el consentimiento, ha sido, para que los hijos den esa muestra de respeto á sus padres y para que los menores por su debilidad no contraigan matrimonios, que, al par que les hagan infelices para toda su vida, cedan en deshonor de sus parientes é introduzcan la discordia en las familias; entonces inútil es que se busquen razones, que abonen semejante parecer. Mientras no se pruebe que el viudo está dispensado de respetar á sus padres; mientras no se demuestre que el viudo de quince ó diez y seis años tiene mas juicio, mas entendimiento y mas cordura que un soltero de veinte y dos; en una palabra, mientras no se haga ver que la razon de la ley, que preceptua el consentimiento paterno, no es aplicable en los casamientos de los viudos menores, todo cuanto se diga carecerá de fundamento. ¿Que los viudos ya han cumplido con la ley cuando se casaron! Pero el que una vez cumplió con la ley, ¿quedó dispensado de volver á cumplir, siempre que se halle en el mismo caso? *Ubi eadem est ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet.* Esta es una de las reglas mas tribiales de interpretacion, pero que se olvida con sobrada frecuencia y ciertamente que en esta materia para nada se ha atendido por los que llevan una opinion contraria á la que sustento. Voy á presentar un ejemplo, por el que se verá que, si por pedir y obtener una

vez el consentimiento paterno, se ha cumplido con la ley de tal manera, que ya en lo sucesivo es innecesaria la petición, no serán solo los viudos, sino que se dará caso en que tampoco los solteros, aun cuando tengan quince años, estén obligados á pedir y obtener dicho consentimiento. Supongamos que un menor quiere casarse y pide para ello y obtiene el consentimiento de su padre y que luego, aun despues de amonestado y próximo á recibir las bendiciones nupciales, se arrepiente y no se casa. Al mes quiere casarse con otra. ¿Será preciso que obtenga antes el consentimiento paterno? Él ya habia cumplido con la ley cuando intentó por primera vez casarse y aunque no se casó, eso no quita que la petición del consentimiento, que es de lo que la ley trata, haya tenido lugar. Si se ha de discurrir lógicamente, no parece que queda arbitrio para dejar de sostener que ese niño, soltero, de edad de quince años, no necesita para casarse del consentimiento paterno, como no lo necesita, por igual razon, un niño de la misma edad, que no sea soltero, sino viudo.

Un título de Castilla ha contraído matrimonio, obteniendo antes, al efecto, real licencia; queda viudo y vá á casarse de nuevo; ¿necesitará pedirla y obtenerla otra vez? No seria yo, ordinario eclesiástico, quien le casára sin ella. De un oficial del ejército, que se halla en el mismo caso ¿que diremos? Tampoco seria yo, subdelegado castrense, quien autorizase el matrimonio, mientras no viese una nueva licencia real. Sobre estos casos y otros semejantes nadie ha tenido la menor duda; todos están persuadidos de que se necesita la real licencia tantas veces, cuantas se contraiga matrimonio; sin que á ninguno se le haya ocurrido el decir, que ya han cumplido con la ley una vez por todas. Se ha reservado este inaudito privilegio para los viudos menores. Lo inconcebible es, que á ese viudo menor se le deja en absoluta libertad para casarse á su arbitrio, al paso que, para vender una vara de terreno, se le obliga á hacer informacion de necesidad y utilidad y obtener la autorizacion de un juez. Sin duda serán mucho mas graves, mucho mas trascendentales los perjuicios que pueden seguirse de vender un pedazo de tierra, que de contraer matrimonio; ó se supondrá que, como respecto á matrimonios ya el viudo menor

tiene experiencia, porque lo ha contraído una vez, para nada necesita de que haya quien le guíe, quien le aconseje y advierta lo que le conviene. Si á alguno le pareciese esto un absurdo, yo no tengo la culpa.

No resiste mejor el exámen de la crítica la segunda razon, que dan los que sostienen, que los menores viudos no necesitan del consentimiento paterno, para contraer segundas nupcias. Consiste en que el artículo primero de la ley de veinte de Junio habla solo de hijos de familia y los viudos propiamente no lo son. Sobre esto he dicho lo suficiente en una comunicacion, que se publicó en un periódico político de la córte; y como no se ha rebatido, al menos que yo sepa, creo que bastará reproducirlo aquí, para que esa segunda razon tenga la suerte que la primera.

El artículo primero de la ley habla solo de hijos de familia, porque trata del caso en que es el padre el que ha de dar el consentimiento; y claro es, que entonces el que va á casarse es hijo de familia. ¿Porqué en los demás artículos, cuando nombra al contrayente, le llama *menor ó huérfano*, y no, hijo de familia?

Que el viudo no es propiamente hijo de familia, es una verdad; pero ninguno que carece de padre es propiamente hijo de familia y no por eso está dispensado, si es menor, de obtener el consentimiento, sino del padre, porque no existe, del que haga sus veces. Que se me diga si el que no tiene padres ni abuelos, ni aun curador es hijo de familia, propiamente dicho; y si hay quien lo diga y quien lo pruebe, yo concederé de buen grado, que la ley de 20 de Junio solo habla de hijos de familia y no comprende á los viudos. ¿Quien podrá llamar, ni propia, ni impropriamente, hijo de familia á un espósito? Pues, sin embargo, ese menor necesita del consentimiento.

La verdad es, que se han confundido los verdaderos principios; que se ha atendido á la patria potestad, que procede del derecho civil, en vez de atender á la que compete por derecho natural; que se ha desconocido el objeto que el legislador se propusiera ¿Que extraño es que, cuando se trate de explicar la ley, se incurra en contradicciones?

No me hago la ilusion de que en esta materia prevalezca en la práctica mi dictámen. Es el verdadero sin duda alguna; solo con él tienen fácil esplicacion las disposiciones de la ley; pero ¿quien ha de hacer caso de mi humilde opinion, al ver la contraria de tantas y tan respetables eminencias? ¿Acaso el mundo se ha regenerado en tales términos, que la verdad, solo por ser verdad, se hace lugar y se ve reconocida y respetada? No, eso no sucede, no ha sucedido hasta ahora, ni sucederá jamás. Todos preferirán errar con aquellos sabios, á acertar conmigo. Gracias, si se me tolera con dolerme de ello.

Diré, para concluir este punto, que, si se adoptase mi opinion, quedaria cumplido el objeto de la ley, y que, de adoptarse la contraria, se pueden seguir, se seguirán sin duda en muchos matrimonios de viudos todos los males que la ley se propuso evitar. Ahora, que cada uno juzgue segun su conciencia.

Los que creen que la ley de 20 de Junio no habla con los viudos, claro es, que lo mismo les dispensan de pedir el consejo, que de obtener el consentimiento. En esto, al menos, me parece que discurren lógicamente. No tengo para que decir que creo todo lo contrario, sin necesidad de manifestar las razones en que me fundo; pues se le ocurrirán á cualquiera que se tome la molestia de examinar las que movieron al legislador á preceptuar la petition del consejo. (1) Unicamente quisiera se me dijese de buena fé, si no es hasta ridículo el que se obligue á un hombre de sesenta años á pedir á su padre consejo para casarse y se dispense de esa obligacion á un niño de quince ó diez y seis. Y para que se vea hasta donde llega mi desgracia; cuando todos, sin escepcion, critican el artículo 15 de la ley, yo lo considero como una de las disposiciones mas plausibles. Pero ¿que digo, el artículo quince? Toda la ley de 20 de Junio es mirada con malos ojos; y yo la conceptúo la mejor de cuantas se han dictado en la materia, porque me parece la mas conforme con el espíritu de la Iglesia, del cual jamas deberian separarse las disposiciones civiles.

(1) Están consignadas en la real orden de 16 de diciembre de 1863.

VI.

Cuando el padre se halle ausente y se ignore su paradero, ¿quien habrá de prestar el consentimiento? Al ocurrir el primer caso practico en el juzgado eclesiástico de este Arzobispado, opiné que el juez de primera instancia era á quien competia la prestacion del consentimiento. Convino con mi dictámen el Sr. Provisor y, en su consecuencia, la parte interesada acudió á uno de les señores jueces de esta ciudad, quien, en auto que sobre el particular dictó, dijo, que no á él, sino á la madre era á quien correspondia prestar el consentimiento; pues así estaba terminantemente dispuesto en el artículo segundo de la ley. Al mismo tiempo apareció en el boletin eclesiástico de cierta diócesis una circular, en que se decia, que el artículo segundo no hablaba del caso en cuestion; que la ley no lo habia previsto; mas que si al legislador se le hubiera ocurrido, sin duda habria dado la facultad á la madre. Veamos cual de estas tres distintas opiniones es la verdadera.

Que el artículo segundo de la ley no habla del caso propuesto es para mi tan evidente, como lo es que el sol alumbraba. El espresado artículo dice que «*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 materno.*» No hay mas que entender bien nuestro idioma, para comprender que, faltar el padre, es lo mismo que no existir y que no existir, no es lo mismo que hallarse ausente. Para que se entendiese el artículo segun lo entendió el señor juez de primera instancia, era necesario que hubiera dicho, á falta del padre en el pueblo en que resida el menor, corresponde la misma facultad á la madre; pero solo dice; «*si falta el padre*; y esto es lo mismo que si hubiese dicho: «*si no hubiere padre, si no existiese el padre, si el padre hubiese fallecido.*» Es cuestion puramente gramatical, que puede resolverse sin otro auxilio, que el del diccionario de la lengua castellana.

Lo mismo digo de la cláusula «*ó se halla impedido,*» de que usa el artículo de la ley. El asegurar, como he oido á algu-

nos, que la ignorancia del paradero del padre hace que el hijo no pueda pedirle el consentimiento y, por consiguiente, él esta impedido de prestarle, es manifestar una completa confusion de ideas. Cuando se ignora el paradero, ciertamente hay impedimento, hay imposibilidad; pero ¿quien es el impedido ó imposibilitado? El hijo, no el padre. Si este no presta el consentimiento, no es porque haya obstáculo que se lo impida, sino porque nadie se lo ha pedido. No estará demas el presentar un ejemplo, que no deje lugar á la duda en el entendimiento mas obcecado.

Supongamos que Juan se encuentra en el extranjero y su padre quiere que para el dia primero de octubre se halle en Madrid; mas, como ignora en que punto reside el hijo, no puede enviarle el oportuno aviso y pasa el dia primero de octubre, sin que Juan, ignorante de la voluntad de su padre, haya venido á Madrid.

Supongamos, en segundo lugar, que el padre, sabiendo cual es la residencia de su hijo, le escribe para que se halle en Madrid el dia primero de octubre; que Juan recibe la carta, y está dispuesto á emprender la marcha; pero una grave enfermedad le postra en el lecho hasta el mes de noviembre, sin que, por consiguiente, haya podido hallarse en Madrid para el dia que su padre deseaba.

¿Hay identidad en uno y otro caso? Ciertamente que no. En el primero, si no vino á Madrid, fué, porque ignoraba el deseo de su padre. En el segundo, si no vino, fué porque se hallaba impedido. En el primero *dejó de venir, no vino*; en el segundo *estubo impedido de venir, no pudo venir*. Para los que no comprendan la diferencia, es inútil que yo insista en demostrarla. En cuestiones de sentido comun, lo que acostumbro hacer, si no se me quiere dar la razon, es cruzarme de brazos.

Convieniendo la circular, de que antes he hecho mérito, en que el artículo segundo de la ley no comprende el caso de que el padre se halle ausente y se ignore su paradero, dice, que el legislador no lo previó; pero en esto hay, á mi ver, equivocacion. Lo que se puede asegurar es, que en la ley de 20 de Junio nada se dice del caso en que el padre se halle au-

sente, ignorándose su paradero; pero que, si nada se dice, es porque el legislador no lo previó, eso no puede sostenerse en manera alguna. Antes de esa ley reja la pragmática sancion de 1803, que decia, «en defecto del padre, tendrá la misma facultad la madre;» mas como el defecto de padre, es decir la no existencia de éste, no es lo mismo que hallarse ausente, ignorándose su paradero, cuando sucedia este caso, no era la madre quien daba la licencia, sino el juez de primera instancia; y así está terminantemente dispuesto en el caso 3.^o del artículo 1367 de la ley de enjuiciamiento civil. Sirva esto de golpe de gracia para los que creen que faltar el padre, es igual á estar ausente é ignorarse el paradero. Creo, pues, que, si el caso no está prevenido en la ley de 20 de Junio, es, porque ya con anterioridad lo estaba en la de enjuiciamiento civil y no porque á los legisladores no se les hubiese ocurrido. Y como quiera que la ley de 20 de Junio no derogó ninguna de las anteriores, mas que en lo que fuesen contrarias, claro es, que dejó subsistente el citado artículo de la de enjuiciamiento, así como lo que dice la pragmática sancion de 1803 sobre la licencia real, que necesitan los Grandes y otros, sobre los infantes y demas personas reales, sobre admision de demanda de esponsales, etc.

He tenido ocasion de hablar con el Sr. Juez de primera instancia á que antes me he referido y se convenció de que las razones espuestas no podian contradecirse; y en efecto, he visto despues que, no solo dicho Sr. Juez, sino otros de esta capital han prestado el consentimiento, cuando los padres se hallaban ausentes, ignorándose su paradero. Afortunadamente, ya en esto no estoy solo con mi razon.

Facultad de Teología de Granada
Compañía de Jesús



1019223



