

Legl. Casaderna /
p. 464
461
Consentimiento para el
Matrimonio.
DISCURSO

LEIDO EN

LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR

DON RAFAEL DE ORTIZ MORAN,

en el acto de recibir la investidura de Doctor

EN LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA.

MADRID :

Imprenta de José M. Ducazal, Plaza de Isabel II, núm. 6.

1853.

214

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0461

DEPARTAMENTO
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

**DEL CONSENTIMIENTO QUE HA DE OBTENERSE
PARA LA CELEBRACION DEL CONTRATO SACRAMENTAL:**

EL MATRIMONIO.

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0461

U/Bc LEG 6-1 n°461 HTCA



1>0 0 0 0 2 7 9 7 9 7

DISCURSO

LEIDO

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR

DON RAFAEL DE ORTIZ MORAN,

en el acto de recibir la investidura de Doctor

EN LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA.

MADRID:

Imprenta de JOSÉ M. DUCAZCAL, Plaza de Isabel II, núm. 6.

1853.



Excmo. é Ilmo. Señor:

Al levantar mi voz en este santuario del saber, quisiera poder dar una prueba de la atención con que he escuchado por espacio de largos años las máximas sublimes del derecho y de la justicia; de esa ciencia que regula el orden en las sociedades, que dá á cada uno lo que le pertenece, y que por medio de su acción eficaz mantiene el constante equilibrio que debe existir entre las obligaciones y los derechos, que con razón ha sido definida por Ulpiano: *Divinarum atque humanarum rerum notitia justi atque injusti sciencia* (1), que es aplicable á todas las cosas cuya regulacion y gobierno está bajo la salvaguardia de las leyes, y aplicable, en fin, á todos los derechos, á todas las obligaciones y á todo lo que sobre la tierra puede llamarse justo ó injusto. El que hoy tiene la honra de dirigiros la palabra, ha escuchado religio-

(1) Esta definición se encuentra así en el Digesto (párrafo 2, de la ley 10, tit. 4, lib. 4), como en las Instituciones (párrafo 4, tit. 4, lib. 1).

samente los sanos principios de esta ciencia, y cada día se gloria mas de haberse dedicado á ella bajo las esplicaciones de tan entendidos é ilustrados maestros. Espero me dispenséis vuestra indulgencia en el acto en que me veo precisado á cumplir con el deber que el Reglamento de Estudios me impone, de examinar algun punto de esa vasta ciencia. En la precision de fijarme en alguno determinado, con que ocupe por un momento vuestra benévola atencion, he procurado elegir uno de constante aplicacion, de importancia suma y de reconocida utilidad; habiendo dado la preferencia entre las varias proposiciones que ofrece á mi vista ese vasto y dilatado campo del derecho, á la DEL CONSENTIMIENTO QUE HA DE OBTENERSE PARA LA CELEBRACION DEL CONTRATO SACRAMENTAL: EL MATRIMONIO.

Para ilustrar esta proposicion, echaré una rápida ojeada sobre su filosofía é historia: examinaré nuestras principales disposiciones, con otras de algunos códigos estranjeros, indicando á la vez la necesidad que en esta parte tiene nuestra legislacion de ser reformada, como ya se ha proyectado.

El Matrimonio es el principio de las relaciones mas íntimas entre los hombres, y el que mas los une en sus afeciones, siendo á la vez el que forma la base de las sociedades. En todos los pueblos medianamente cultos se ha conocido esta grande y alta institucion, habiendo ocupado en todos los códigos un lugar muy preferente. El Matrimonio es un vínculo de dulce union y fraternidad, y es fácil que si no se toman todas las precauciones debidas, se convierta en motivos de discordia: no debe formarse sino para los fines á que está instituido, y á los cuales nada hay mas opuesto que la violencia. Las leyes relativas á él influyen poderosamente en la suerte de las naciones. Ningun acto de la vida es tan trascendental, ninguno de tan graves consecuencias:

esculpido con el sello de la perpetuidad, decide para siempre de la suerte venidera de los esposos y aun de los hijos. Hay una época en la vida para conocer el mundo, que no es la de la juventud; por cuya razón la legislación romana, sabia en todas sus disposiciones, estableció: Que nada pudieran hacer los hijos sin consultar antes la voluntad del padre y obtener su consentimiento (1). Si para todos los contratos que el menor celebra, se necesita la manifestación de la voluntad hecha de cierto modo, y además el consentimiento del curador, con mayor razón debe exigirse para el matrimonio; pues la importancia del acto y los peligros que le cercan exigen mayor cuidado, y además la reguladora intervención de la prudencia, del cariño y de la autoridad. El Matrimonio es el plantel del Estado y de la Iglesia, por cuya razón los canonistas le llamaron *magnum sacramentum*, el de mayores consecuencias y sumamente grave.

Habiendo un interés en no abandonar á los jóvenes en sus primeros años, porque su poca reflexión les conduciría á su ruina, esta diligencia es más necesaria en el acto de irse á obligar para un vínculo de tanta trascendencia, á que acaso podían ser conducidos por una pasión formidable, que ejerciendo con ilusiones seductoras poderosa influencia sobre su corazón, les reservara una cadena de infortunios. Empero los padres, en este caso, deben obrar con prudencia guiados del sentimiento de cariño.

El hijo debe sumisión y respeto á los que le dieron el ser, á los que velaron por su existencia prodigándole en la

(1) A las personas que contraían matrimonio sin obtener el consentimiento paterno, y á los sacerdotes que los autorizaban, se les imponía en España la pena de confiscación de bienes y la de espatriación, según lo dispuesto en la ley 48, tit. 2, lib. 40, Nov. Recop. Abolida la confiscación de bienes, no se aplica ya esta pena á las personas contra quienes se fulmina en la ley citada, y solo tiene lugar la de espatriación, que cesa en este caso en virtud de los artículos 405 y 399 del código penal reformado.

niñez toda clase de cuidados , aconsejándole en la juventud, guiando de este modo su pasos por el sendero de la virtud, como mas seguro camino para llegar á obtener su bienestar y felicidad.

Las leyes, teniendo en cuenta estos sentimientos y la poca experiencia de los primeros años , generalmente han exigido el consentimiento del padre.

En Roma hubo necesidad de apelar para esto á los sentimientos de amor y de cariño , como en general se ha apelado en todos los pueblos ; pero en su forma , es exclusivamente de cada derecho : el derecho de propiedad era entre los primitivos romanos la base de la constitucion de la familia ; el jefe de la pequeña sociedad es dueño de las personas como de las cosas : de aquí el inmenso poder de que estaban revestidos *nulli enim alli sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus* ; asi es , que solo por consideracion á él gozaban de esta preeminencia. Especiales los romanos como siempre , tuvieron presente que el matrimonio , continuando la obra de la creacion , introduce en la familia nuevos seres que nacen con derechos correlativos y obligaciones que pesan sobre ella , y por lo mismo tuvieron cuidado con lo que se refiere á el consentimiento paterno y aun á otras disposiciones con las que éste pudiera hallarse en contacto : así es que cuando el hijo estaba constituido en la potestad del abuelo , despues de cuya muerte habia de recaer en la del padre , se requeria además el consentimiento de este , pues de lo contrario le podian nacer herederos contra su voluntad ; cosa que el derecho civil repugnaba ciertamente. En el matrimonio de la hija no se observaba lo mismo , pues sus descendientes no gozaban del derecho de agnacion.

Con el discurso del tiempo apreciaron tambien los ro-

manos la prudencia de los padres y su amor á la descendencia, como poderosos medios y motivos de evitar los peligros á que el furor de las pasiones pudiera conducir á la juventud. La antigua jurisprudencia sufrió por lo mismo algunas alteraciones, y vemos que á falta de padres, la hija mayor de 25 años habia de alcanzar el consentimiento de la madre y de sus mas próximos parientes.

Vengamos á el derecho español: varias son las disposiciones civiles en que se previene que la solemnidad del consentimiento paterno preceda á el matrimonio. Prescindiendo de las antiguas, hablaré de las recientes. No es entre nosotros el consentimiento una emanacion de la patria potestad como fué en Roma, por cuya razon los hijos á los 25 años y las hijas á los 23, adquieren la libertad de casarse sin necesidad de él. Hasta cierto tiempo tambien deben obtenerlo de personas que sobre ellos no ejercen aquel poder. La pragmática publicada en 1776 (1), la de 28 de abril de 1803 (2) y el Real decreto de las Córtes de 1813, restablecido en 1836, son las leyes que lo rigen.

Segun estas leyes, los hijos menores de 25 años no pueden contraer matrimonio sin obtener antes el consentimiento paterno, disponiéndose en la pragmática de 1776 (3), que no teniendo padre habia de obtenerse el consentimiento de la madre (4), y á falta de ambos el de los abuelos por ambas lí-

(1) Es la ley 9, tit. 2, lib. 40, de la Nov. Recop.

(2) Es la ley 48, tit. 2, lib. 40, de la Nov. Recop.

(3) Una gradacion análoga á la que se observa en esta pragmática, se halla contenida en algunos códigos extranjeros. El código Francés la establece en los art. 148, 149, 150 y 160; el Napolitano, en los arts. 165, 164 y 174; el Sardo, art. 106; el de Vaud, en los artículos 63, 64, 65 y 66; el Holandés, en los artículos 92, 95, 94 y 93; el Bávaro, en el art. 110, núm. 4, cap. 6, lib. 1, y el Prusiano en los artículos 50 y 54.

(4) Concuerda en esta parte con nuestra legislacion el código Prusiano, art. 50 y 54; señala á la madre un lugar esclusivo despues del padre; á la vez que el código Austriaco nunca exige el consentimiento materno.

neas, y no teniéndolos, el de los dos parientes mas cercanos que se hallasen en la mayor edad y fueren agenos á el matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, habian de obtenerlo de los guardadores con intervencion del juez real, y en los dos últimos casos con recurso á la misma justicia contra el irracional disenso.

Esta pragmática fué corregida y suplida por la de 1803. En está se dispone que los hijos menores de 23 años y las hijas menores de 23, á cualquiera clase del estado á que pertenezcan, no puedan contraer matrimonio sin obtener antes el consentimiento del padre, quien en caso de oponerse á que sus hijos ó hijas se casen, no estará obligado á dar la razon ni á esplicar la causa de su disenso. Cuando los hijos hayan cumplido las edades mencionadas, podrán casarse sin necesidad de pedir ni obtener el consejo ni consentimiento de sus padres (1). A falta de padre tendrá la misma facultad la madre; en su defecto recaerá este derecho en los abuelos paternos y maternos; no existiendo unos ni otros recaerá en los tutores, y en último caso en el juez del domicilio, todos sin esplicar la causa de su disenso; pero adquiriendo los menores la libertad de casarse respectivamente en cada una de las personas mencionadas, un año antes. Cuando los padres, y en su defecto los demás, se negasen á consentir en el matrimonio, la ley dá facultad á los interesados para recurrir á los presidentes de las chancillerías y audiencias y al regente de la de Asturias; y á estas autoridades, para que por medio de los informes que á el efecto tomasen en

(1) Los legisladores han fijado una edad, pasada la cual no se necesita el consentimiento; el código francés, tit. 5, art. 148; el del canton de Vaud, art. 65; el de las Dos Sicilias, 165; el de la Luisiana, 99; el Napolitano, 165; el de Austria, 49; el de Baviera, 110, núm. 4, cap. 6, lib. 1; habiendo otros como el Prusiano, 46 y 907, y el Sarado 109 y 110, que nunca entienden estinguida la necesidad de obtener el consentimiento paterno.

sus respectivos casos, concedieran ó negaren el permiso ó habilitacion correspondiente, á fin de que estos matrimonios pudieran tener efecto. Hoy deberá acudirse para obtener esta licencia, á el gobernador civil del domicilio del menor, segun lo dispuesto en el Real decreto de 30 de agosto de 1836, en que se restableció el de Córtes de 14 de abril de 1813 (1).

En las disposiciones citadas, que son las que componen nuestro derecho constituido, echamos de menos algunas que en otros paises estan consignadas, y que desearíamos ver en práctica en nuestra nacion. La pragmática de 1803, teniendo en cuenta que el desarrollo físico y moral es mas prematuro en la mujer que en el hombre, que la flor lozana de su juventud pierde mas pronto el brillo que la hermosea, el cual forma gran parte de los atractivos naturales, que está privada de la facultad de elegir siendo para ella la ocasion pérdida irreparable, distinguió la edad entre los dos sexos, dispensando á la mujer de obtener este consentimiento dos años antes. En esta ley tambien se escusó á el padre de explicar los motivos de su negativa, en lo que el legislador apareció sumamente prudente, y á la vez se concedió á el menor la facultad de acudir á la autoridad pública. Si en esta última parte vemos á la ley por demás benigna concediendo á el hijo un recurso contra la negativa del padre, la cual podia ser tal vez una oposicion sistemática, no por eso es menos cierto que la autoridad política no puede penetrar ni aun por medio de informes los arcanos del corazon, las tradiciones de las familias, ni las causas secretas que mueven á los padres para coartar la vo-

(1) Disposiciones análogas se contienen en el código Napolitano, art. 465; Holandés, art. 95 y 99; Prusiano, art. 68, part. 2.ª, tit. 4.º; el de Austria en el art. 53, cap. 2.º lib. 4.º, y el de Vaud art. 66.

Observemos ahora lo que disponen las leyes de otras naciones. Por los artículos del código francés, que tratañ del matrimonio (1), se ve desde luego que los hijos hasta los 25 años y las hijas á los 21, deben obtener precisamente el consentimiento de los padres, prefiriendo, caso de discordia, el del gefe de la familia. Si uno de los dos hubiese muerto ó estuviese imposibilitado de manifestar su voluntad, basta el consentimiento del otro. Cuando los dos hubiesen muerto ó estuviesen impedidos de manifestar su voluntad, racaerá esta facultad en los abuelos y las abuelas; y si discordasen el abuelo y la abuela de una linea, basta el consentimiento del abuelo. Si se hallasen discordes los abuelos de las dos lineas, este hecho supondrá el consentimiento. Cuando los hijos hayan llegado á la prefijada edad, estan obligados, antes de contraer matrimonio, á solicitar, por medio de una peticion respetuosa, el consentimiento de sus padres, ó en su defecto el de los abuelos en el caso de que aquellos hayan muerto ó esten imposibilitados de manifestar su voluntad. Desde la mayor edad hasta los 25 años en las hembras, y 30 en los hombres (2), si en vista de la peticion respetuosa de que se acaba de hacer mencion, no se hubiese dado el consentimiento, se renovará la misma dos veces mas, de mes en mes, y despues de pasado un mes mas desde la tercera, podrá procederse á la celebracion del matrimonio (3). Cuando no haya padre, ni madre, ni abuelos, ó estos se hallen impedidos de manifestar su voluntad, los hijos ó hijas menores de 24 años no podrán pasar á celebrar matrimo-

(1) Art. 148, 149, 150, 151, 152 y 155.

(2) El código de Baviera establece que los hijos mayores de 50 años, y las hijas mayores de 25, pueden casarse sin el consentimiento de nadie, y el Austriaco art. 49, impone la obligacion de obtenerlo solo á los menores y entredichos.

(3) Art. 160, y concuerdan con él los arts. 168 y 174 del código de las Dos Sicilias.

no sin obtener antes el consentimiento del consejo de familia (1).

Esta sencilla esposicion de lo que contienen las reglas francesas, creo que sea suficiente para convencernos de la proposicion antes indicada. En el libro de Napoleon no hallamos el juicio de disenso. En este código no puede menos de alabarse la directa y saludable intervencion que se concede á el consejo de familia, y la peticion respetuosa que los hijos están obligados á hacer á sus padres, pues en el hombre no creemos que haya edad que le exima de la sumision que debe á sus ascendientes, y por lo mismo el consultar con ellos esta clase de negocios es el justo tributo del respeto filial.

La falta de estas disposiciones no puede menos de notarse y sentirse en nuestra legislacion. Con ellas se evitarián las funestas consecuencias á que han sido arrastrados muchos jóvenes por el juicio de disenso irracional, habiendo dado motivo para que cesen las relaciones de amor que deben existir entre los padres y los hijos, ocasionando á la vez la desunion de familias que por espacio de mucho tiempo han vivido en constante armonía. Podemos felicitarlos de que los autores del proyecto del código civil han comprendido bien las tristes y funestas consecuencias á que conduce el juicio de disenso, y han hecho que desaparezca en su totalidad, sin esplicacion alguna de parte de los que puedan negar el consentimiento. En lo demás parece que han estendido demasiado la vista sobre el temprano

(1) En el caso de contravencion á los artículos que exigen el consentimiento paterno para la celebracion del matrimonio, puede anularse este en Francia segun el art. 182 de su código, así como en Baviera, segun el art. 40, núm. 4, cap. 6, lib. 4.º, y en Prusia segun el art. 994; en Suecia segun el código de 1734, art. 42, cap. 2.º, tit. del matrimonio, es nulo el que se contrae sin auencia del giftoman: en el canton de Berna se necesita para su validez que consientan los padres y abuelos de los menores, y otreddichos art. 52, sec. 4.º, tit. 2.º, parte 4.ª

desarrollo físico y moral, y observando una proporción entre el hombre y la mujer, han creído que esta á los 20 años y aquel á los 23 no necesitan ya del consentimiento, emancipándolos por consiguiente del poder paternal para contraer el empeño mas grave y el de mayores consecuencias. Avanzando mas, han combinado la capacidad de los aspirantes con la autoridad del que ha de prestar el consentimiento, resultando de aquí, que cuando esta facultad desciende á el tutor y á el consejo de familia, cesa en el pupilo la necesidad de obtener el consentimiento á los 20 años, equiparando en esto á varones y mujeres.

Rendimos veneración en general á los principios de la reforma, aunque nos atrevemos á echar de menos, que el hijo, aun en la edad en que adquiere la libertad de contraer matrimonio sin necesidad del consentimiento del padre, no tenga obligación de presentar la petición respetuosa que indicára ese culto que nunca perece, y de la que hemos hecho mención en la legislación francesa.

He concluido, Excmo. Sr., el exámen sobre consentimiento paterno. Las doctrinas espresadas en el fondo de este discurso, son resultado de los sanos principios que en esta Universidad y en la de Granada se me inculcaron, y no puedo menos de manifestar á todos mi agradecimiento, hoy que me veo elevado á el grado de doctor, mas bien por vuestra bondad que por mi suficiencia.

Madrid 40 de enero de 1855.



UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0461

