

TEORIA DE LOS IMPEDIMENTOS PARA EL MATRIMONIO

POR

LUIS GOMEZ MORAN

DOCTOR EN DERECHO

NOTARIO Y SECRETARIO DE GOBIERNO DE AUDIENCIA TERRITORIAL

Consideramos la materia de los impedimentos que se oponen al matrimonio como una de las expuestas con más obscuridad por los tratadistas. No es que en las obras en circulación falte doctrina jurídica, que bien pudiera tenerse por completa, pero sí advertimos en ellas la ausencia de un orden, método o sistematización que lleva al estudiante, y aun al mismo profesional, a la más pavorosa incertidumbre, mucho más porque el tema de los impedimentos aparece tratado por el Código Civil y el Corpus Iuris con criterio que a veces no es igual, produciéndose por tanto un antagonismo de preceptos, o cuando menos una diferencia de actitudes, que es preciso aclarar y resolver.

A fin tan pedagógico se dedican estas líneas, interesados como estamos en procurar soluciones prácticas a los estudiosos del Derecho.

Gramaticalmente impedimento significa obstáculo, dificultad o interdicción para la ejecución de un acto cualquiera, y cuando ese obstáculo surge con referencia al matrimonio, se genera la teoría de los impedimentos conyugales.

Pero el impedimento no tiene el mismo significado, el mismo alcance o la misma trascendencia en el lenguaje familiar que en el del Derecho, pues en este último existen casos en que las relaciones jurídicas impedidas pueden ser establecidas, no obstante el impedimento, produciéndose todos los efectos que de ellas habrían de derivarse en situaciones normales.

Por otra parte, existe la posibilidad de anular o enervar en ciertos casos la interdicción legal por medio de la oportuna dispensa, como existe también la de restituir a nulidad aquellos otros que fueron realizados con las apariencias de un acto jurídico perfecto; nulidad que unas veces es absoluta y otras limitada en sus efectos, porque en la materia del matrimonio (y es ésta regla que no debe olvidarse nunca), rige más que en ninguna otra el principio de la buena fé.

Para el derecho civil los impedimentos pueden ser absolutos o relativos, refiriéndose los primeros a todas las personas y haciendo relación los segundos a las que se encuentren en determinadas circunstancias; y unos y otros pueden ser dirimentes e impedientes, según que anulen o no el vínculo conyugal establecido con omisión del obstáculo.

El Derecho Canónico admite igualmente la clasificación de impedientes y dirimentes; pero, además, pueden los impedimentos ser ocultos y públicos, de derecho natural, divino-positivo y canónicos, de grado mayor y de grado menor, etc., etc., según veremos al tratar de su dispensa.

Como impedimentos absolutos por el Derecho civil tenemos, de acuerdo con el artículo 83 del Código:

IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS

Primera: *La edad de los contrayentes.*

Por su virtud no podrán contraer matrimonio los varones menores de 14 años y las hembras menores de 12.

Atiende este precepto el momento habitual de la pubertad, sin que el hecho, por lo demás infrecuente, de que en unos casos se adelante o en otros se retrase, pueda ser motivo para que en cada uno de ellos se establezca un precepto especial, puesto que la Ley ha de hallar su fundamento en la generalidad de los casos y no en las excepciones que se puedan ofrecer.

La prohibición del matrimonio entre impúberes procede del derecho romano, según puede verse en el Título «De nuptiis princip», de la Instituta; la aceptó la Iglesia y pasó a nuestra legislación a través de la Ley 6.^a, Título I de la Partida cuarta, habiendo sido ratificada especialmente por el artículo 4.º de la Ley de 18 de junio de 1870.

Por otra parte, el precepto es tan general y común a todas las legislaciones, que aun aquéllas que se encuentran en estado de primitivas exigen determinada edad a los contrayentes, siendo en este sentido una excepción la práctica de los australianos, por ejemplo, quienes conciertan o toleran el matrimonio entre niños.

Pero dependiendo ese impedimento de que se haya o no llegado a la pubertad, es lógico existan diferencias entre las leyes de los distintos países, siendo más precoces las meridionales que las del Norte, porque en aquellos pueblos el sexo se desarrolla con más rapidez.

Por eso, frente a los preceptos orientales que autorizan el matrimonio de los que por su edad serían considerados impúberes en otros países, o frente a la misma disposición de nuestro Código Civil que también establece una edad temprana, el Código alemán fija la nubilidad en los 16 años y el suizo en los 18.

Sin embargo, aún prohibido el matrimonio de impúberes en nuestro Código, en dos casos queda ratificado el que se contrajo

contra la prohibición legal, de acuerdo con la Ley VI, Título VIII, de la Partida IV, cuyos conceptos encontramos también en el artículo 110 del Código Civil italiano y en el 185 del francés:

a).—Cuando los cónyuges continúan viviendo juntos un día después de haber llegado a la pubertad sin haber reclamado en juicio contra la validez del acto, y

b).—Cuando la mujer concibe antes de llegar a la pubertad o entablado su reclamación.

En ambos casos se deja a salvo la consecuencia legal, porque los dos suponen la existencia de pubertad, ya por haber llegado el tiempo preciso para ella o ya por haber concebido la mujer fuera de plazo, lo que acredita que quedó cumplido el mencionado requisito.

No hay que decir que en estas hipótesis el matrimonio queda convalidado «ipso facto» y sin necesidad de declaración expresa de parte de los contrayentes.

Pero la circunstancia de la edad trae aparejado otro problema: el relativo a la licencia o consejo que deben mediar para que puedan contraerse matrimonio y de cuyo requisito nos ocuparemos más adelante.

Segunda: *El estado mental.*

Como consecuencia de este precepto, recogido también por el artículo 61 italiano, queda prohibido el matrimonio de los que no estén en el pleno uso de su razón al casarse.

Se hallan los precedentes de este artículo en la Ley VI, Título II de la Partida IV, y su criterio ha prevalecido en todas las modernas legislaciones, en muchas de ellas aún con mayor severidad que en la nuestra, pues el Código francés, por ejemplo, prohíbe el matrimonio de los dementes en términos tan absolutos en sus artículos 146 y 489, que no deja ámbito, al entender de la jurisprudencia, para que se suponga realizado en un momento de lucidez. Por lo contrario, el matrimonio es válido entre nosotros en tales circunstancias, al decir de la Ley de Partida que queda mencionada y que

sigue siendo aplicada por analogía con lo que dispone el artículo 665 respecto a la eficacia del testamento otorgado por el loco en un instante de lucidez.

Lo difícil, cuando no imposible, será acreditar la existencia de ese estado lúcido entre dos momentos de demencia anterior y posterior; pero con señalar la hipótesis queda cumplida a este respecto nuestra obligación.

El derecho italiano, como se ha dicho, prohíbe el matrimonio del demente, y celebrado el acto puede ser impugnado por los parientes del interesado o por el Ministerio público, siempre que al verificar aquél hubiera recaído sentencia firme de interdicción y el demente estuviera sometido a ella a la fecha en que tuvo lugar el enlace.

Tales preceptos constituyen una garantía procesal, un poco descuidada en nuestro derecho.

Además, se admite la convalidación tácita, por cuanto el párrafo 2.º del artículo 112 establece que no procede la acción de nulidad cuando los cónyuges vivan juntos durante tres meses después de revocada la interdicción.

Nada de esto dice nuestro Código Civil, donde más bien se considera el matrimonio inexistente que nulo, por falta de un requisito esencial, cual es el consentimiento.

Tercera: *La virilidad.*

Queda prohibido por esta razón el matrimonio de los que adolezcan de impotencia física absoluta o relativa para la procreación con anterioridad a su celebración, siempre que ese defecto sea *patente, perpetuo e incurable*.

Supone este artículo, repitiendo conceptos que proceden del más antiguo derecho, que el fin propio, casi exclusivo del matrimonio, es la procreación. Cuando aquel fin no puede ser normalmente conseguido por falta de edad en los cónyuges o por su impotencia para el acto, el matrimonio se halla prohibido.

En tal sentido, los números 1.º y 3.º del artículo 83 del Código guardan entre sí estrecha relación.

La procreación está atribuída al matrimonio como fin primordial por el Canon 1.013 del Corpus Iuris, no diserepando de este propósito el resto de las legislaciones positivas, unas veces por disposición expresa, como ocurre con el Landrecht prusiano y el artículo 44 del Código Civil austriaco, o por nuestras Leyes de Partidas, donde al hablar de que «pro viene del matrimonio» se dice que «uno de esos bienes es el de facer hijos para crescer derechamente el linaje de los omes», y en otras ocasiones de manera indirecta, según hemos visto establecía el Código español y reiteran todas las legislaciones, aun las más primitivas, al exigir una determinada edad para el matrimonio.

Pero lo curioso en este aspecto es que no exista precepto alguno que prohíba el matrimonio entre ancianos, prohibido como se halla entre impúberes, siendo así que unos y otros se encuentran en las mismas malogradas condiciones en cuanto a las posibilidades de concepción.

Una ley, pues, que aspirase a ser perfecta debería señalar la edad de la menopausia como límite propio para la mujer, y algo de esto hallamos en la Ley IV, Título I, Libro del III del Fuero Juzgo, bajo el epígrafe: «Que las mujeres de gran edad no casen con hombres de pequeña edad»; pero la doctrina y la Jurisprudencia establecen criterio distinto, según puede verse en la Sentencia de 25 de octubre de 1907, y el derecho canónico ha preceptuado también sus reservas sobre el particular, como comprobaremos en lugar oportuno.

El derecho francés es original en este sentido, por cuanto la impotencia no constituye causa de nulidad de matrimonio, salvo que sea de tal naturaleza que por la conformación física del sujeto no pueda determinarse su sexo, pues en este caso nos encontraremos en el de inexistencia del matrimonio por identidad de sexos, aunque la hipótesis ha sido resuelta de manera contradictoria por la jurisprudencia de aquel país.

Cuarta: *Los ordenados in sacris y las profesos de una orden religiosa, canónicamente aprobada y ligados por votos solemnes de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa.*

No es preciso advertir que tal impedimento procede del derecho canónico, habiendo sido incorporado a nuestra legislación por la Ley VII, Título I, Libro III del Fuero Juzgo, y por la XI, Título II de la Partida IV, tantas veces mencionada. Su ratificación se halla en la Ley de 18 de junio de 1870.

La demagogía de los preceptos republicanos suprimió este impedimento dos veces: la primera por Decreto de 1.º de mayo de 1873, y la segunda por Ley de 23 de junio de 1932.

Al quedar anulada por disposición del Gobierno Nacional toda la legislación del Frente Popular, se restableció la vigencia del precepto que comentamos; pero, a mayor abundancia, se dictó la Ley de 12 de marzo de 1938, declarando la ineficacia de dichos matrimonios, aunque determinado producirían efectos respecto al cónyuge de buena fe y a sus hijos.

Aclaremos que, al decir de la Dirección General de los Registros (Resolución de 20 de septiembre de 1871), no basta el acto de la apostasía, aun cuando ésta sea comunicada en manifiesto público, para quedar al margen de la prohibición legal, sino que el hecho debe ser acreditado por los medios de prueba establecidos en derecho, y que, según opina Sánchez Román, en tal materia mucho más exigente que otros autores, la dispensa canónica no puede ser substituída por nada, ni siquiera por la abjuración de la fé religiosa y el estado sacerdotal, o por el abandono de los votos, cualquiera que sea la forma que para ello se utilice.

Quinta: *Libertad anterior de los contrayentes.*

Se prohíbe en este número el matrimonio de los ligados por vínculo matrimonial anterior, quedando así ratificadas las notas de unidad e indisolubilidad del vínculo, características de nuestro matrimonio y opuestas en esencia a la bigamia, al repudio y al divorcio, al menos en cuanto a éste sin justa causa.

Los precedentes de estas disposiciones son remotísimos. En cuanto significan monogamia fueron admitidas por los germanos, según nos refiere Tácito, aunque también se daba entre ellos la costumbre opuesta.

Dentro de nuestra legislación confirma la misma teoría la Ley VIII, Título I, Libro III del Fuero Real, bajo el epígrafe: «Que ninguno sea osado casarseyendo viva su mujer»; criterio ratificado por otras varias leyes del Código de Partidas, entre las que debemos señalar: La Ley IX, Título I de la misma Partida, y la Ley XVI, Título XVII de la Partida séptima.

Las sanciones establecidas para el caso eran distintas, si bien en todas ellas se declaraba la nulidad del segundo matrimonio. Así, el Fuero Real se conformaba con imponer al bigamo la multa de cien maravedís, a distribuir por partes iguales entre el Rey y el cónyuge preterido; pero si el delito fuese cometido por mujer casada quedaban los cónyuges bajo el poder del primer esposo, quien podía disponer libremente de ambos («muerte afuera»), incluso venderles. Lo preceptúa así la Ley XI, Título I, Libro III del Fuero Real.

El Código de Partidas, por su parte, ordena el destierro del cónyuge culpable a una isla durante cinco años y la confiscación de sus bienes, que pasarían a poder de sus hijos si los hubiere, y en otro caso, a manos del cónyuge y de la Cámara del Rey, por mitades.

Por la Novísima Recopilación (Ley VIII, Título XXVIII, Libro XII), se dispone que la pena de destierro establecida por el Código de Partidas sea cumplida en galeras; y por la Ley IX, dada por Felipe II en Madrid, en virtud de Pragmática de 1556, las penas corporales que hubieran de imponerse serían conmutadas por las de vergüenza pública y diez años de servicio en galeras.

Entre esas penas corporales merecen señalarse las previstas por don Juan I en las Cortes de Briviesca (año de 1387), ordenando que el culpable fuese «herrado en la frente con fierro caliente, que sea hecho a señal de Q.»

Por último, el Código Penal castiga con pena de prisión mayor

a quien contraiga segundo o posterior matrimonio sin estar disuelto el primero.

Ahora bien; la disolución del matrimonio solo tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Código, de acuerdo con los vers. 11 y 12, C.º VII de la Epístola a los Corintos, y los Cánones 2, 6 y 7 de la Sesión XXIV del Concilio de Trento.

Por consiguiente, no ya la ausencia de los esposos (causa de disolución de desposorios, admitida por la Ley VIII, Título I, de la Partida IV cuando duraba tres años, y que fué resuelta negativamente por la Base sexta de la Ley de 11 de mayo de 1888), sino que el propio divorcio es incapaz de disolver el vínculo, pues sus efectos se limitan a la suspensión de la vida en común de los casados, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 104 del Código.

Sin embargo, la ausencia como causa de disolución del matrimonio requiere un examen especial.

Ausencia.

No la ausencia propiamente dicha, pero sí la presunción de muerte que en ella se funda, permite en Alemania la celebración de segundo matrimonio, siempre que dicha declaración no haya sido impugnada. Debemos advertir que este segundo matrimonio prevalece sobre el primero en cuanto no haya habido mala fé por parte de los cónyuges, aun cuando la persona a quien se reputó muerta se presente más tarde.

En Suiza la declaración de ausencia permite el ejercicio de la acción de divorcio y posteriormente la celebración de nuevo enlace, siendo éste el mismo sistema que rige en los Países Escandinavos cuando uno de los esposos se ausenta durante tres años.

El derecho francés sigue un criterio un tanto confuso. En principio la ausencia no produce la disolución del matrimonio, por cuyo motivo el cónyuge presente no puede volver a casarse en tanto no se pruebe la defunción del ausente.

Pero la imposibilidad es más jurídica que práctica, y celebradas

nuevas nupcias (previstas incluso por el artículo 139 del Código), éstas serán válidas y prevalecerán sobre las anteriores, salvo que el cónyuge ausente (y precisamente este cónyuge) comparezca más tarde y reclame contra ellas.

El derecho canónico autoriza la apertura de una información a fin de acreditar la muerte del esposo que se ausentó, conforme a la Instrucción del Santo Oficio de 13 de mayo de 1868, y solo en el caso de que se llegue al convencimiento, por lo menos moral, de la defunción, se permite el segundo matrimonio.

Nuestro Código Civil tampoco autoriza las segundas nupcias, según dejamos indicado, ratificando este criterio el párrafo 3.º del artículo 195 de la Ley de 8 de septiembre de 1939.

Divorcio.

En cuanto al divorcio existe la excepción representada por la ley de 2 de marzo de 1932, que si no autoriza la unión simultánea con varias mujeres (poligamia) o con varios hombres (poligandría), permite el matrimonio de uno o de una con varios esposos sucesivos, aún viviendo los anteriores. Derogada esta ley por Decreto de 2 de marzo de 1938 y Ley de 3 de septiembre de 1939, quedaron restablecidos los preceptos del Código Civil, decretándose la nulidad de los segundos matrimonios contraídos al amparo de la legislación anterior, a instancia de parte.

Así, pues, el principio de indisolubilidad es igualmente aplicable al matrimonio civil que al canónico cuando éste es rato y consumado, según enseña una larga tradición consagrada por el Canon 1.118 del Corpus, donde se lee: «El matrimonio rato y consumado por ninguna humana potestad y por ninguna causa, que no sea la muerte, puede disolverse».

Disolución.

Pero lo categórico de esta afirmación admite tres excepciones, que, consignadas de antiguo en los documentos y prácticas cristianas, fueron más tarde recogidas por nuestra legislación medie-

val, inspirada, como se sabe, tanto en el derecho romano como en el canónico.

Estas excepciones corresponden al matrimonio rato no consumado, es decir, al matrimonio legítimo pero sin cópula, el cual se disuelve por la profesión religiosa de cualquiera de los dos esposos o por la dispensa pontificia que obtengan. Así lo establece el Canon VI de la Sesión XXIV del Concilio de Trento bajo anatema, y lo confirman la Ley VIII, Título I de la Partida Cuarta; la Ley III, Título II de la misma Partida, y la IX, Título I, Libro III del Fuero Real, bajo la rúbrica de: «Como antes de la cópula carnal habida, el marido o la mujer pueden entrar en Religión».

A su vez, la posibilidad de dispensa pontificia está reconocida por el Canon 1.119 del Corpus, en el que se recogen y sancionan preceptos que proceden de los Papas Martino V, Eugenio IV, Paulo III, Clemente VII, Urbano VIII, Gregorio XII, Pío VII y Pío XI.

De la misma manera pueden disolverse los matrimonios consumados, no ratos, esto es, las uniones con cópula que no integren legítimo matrimonio, cuando uno de los cónyuges se convierte al Catolicismo perseverando el otro en el error (vers. 12-15, C.º VII, Epístola a los Cor. de San Pablo; Ley IV, Título X, de la Partida IV), o cuando una persona que se halla casada con varias esposas hace con una de ellas profesión de fé Católica, en cuyo caso puede el varón rechazar las mujeres restantes y deshacer el vínculo que con ellas tenía contraído, conforme a la Constitución de S. Pío V, de «Romanis Pontificiis», si bien con la obligación por parte de los nuevos esposos de renovar el consentimiento prestado a la fecha del matrimonio tras de recibir el bautismo, de acuerdo con lo previsto por el S. C. del S. O. de 1.º de agosto de 1753.

Los estudiados hasta ahora son impedimentos absolutos, prohibiendo, por consiguiente, su existencia la celebración de matrimonio entre los que se hallen incurso en ellos. Trataremos ahora de los impedimentos relativos, procedentes unos del respeto que se debe a la moral en atención al parentesco; otros tendentes a evitar

la degeneración de la especie que se produciría como consecuencia de las uniones próximas; algunos dictados para garantizar la libre expresión de voluntad de los futuros cónyuges, sustrayéndoles a la coacción o sugestión de las personas interesadas en su matrimonio, y los demás (como ocurre con las prohibiciones previstas en los números 7.º y 8.º del artículo 84), emanados de la conveniencia de imponer una sanción con fines de ejemplaridad a quienes disolvieron o ayudaron a disolver violentamente el vínculo conyugal anterior.

De acuerdo con tales principios, el artículo 84 del Código prohíbe el matrimonio:

IMPEDIMENTOS RELATIVOS

Primero: Entre los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural, cualquiera que sea su grado.

Este precepto puede resumirse así: los matrimonios en línea recta legítima o natural están prohibidos en absoluto, como dicen los artículos 161 del Código francés y el 58 del italiano.

Precedentes de esta disposición hallamos en todas las legislaciones, siendo excepcional en este sentido la autorización que se concede en las Islas Melanesias para el matrimonio del padre con sus hijas legítimas; hecho en el que, por otra parte, tanto influye la organización de los pueblos salvajes según el sistema de clanes.

Entre los habitantes de aquellas islas, en efecto, la circunstancia de que los hijos pertenezcan al clan de la madre hace sean mirados como extraños por el progenitor, lo cual explica, aunque no justifique, la unión conyugal de aquél con sus descendientes.

En nuestra legislación histórica encontramos preceptos que se relacionan con la materia en la Ley VII, Título V, Libro III del Fuero Juzgo; en la XIII, Título II de la Partida cuarta, y en la I, Título XXIX, Libro XII de la Novísima Recopilación.

Y en cuanto el acto integra el delito de incesto aparece sancionado por las Leyes I y II, Título V, Libro III del Fuero Juzgo; Le-

yes I y III, Título VIII, Libro IV del Fuero Real; Ley VI, Título XVIII de la Partida primera; Ley XIII, Título II y Ley V, Título VI de la Partida cuarta; Proemio y Leyes del Título XVIII; Ley IX, Título XXIV de la Partida séptima, y Ley V, Título XV, Libro VII de las O. O. R. R.

Segundo: *Entre colaterales hasta el cuarto grado.*

Son aplicables a este precepto las mismas consideraciones que hicimos al anterior, por más que, según sabemos, no siempre ni en todas las legislaciones se ha procedido con rigor idéntico.

Aparte las uniones conyugales incestuosas, que aparecen toleradas por algunos pueblos salvajes y que para nuestro objeto no tienen más valor que el meramente etnográfico, el estudio del Derecho canónico nos muestra la mutabilidad de tales principios.

Así, permitidos los matrimonios por aquel Derecho entre primos carnales antes de Teodorico, según resulta de la lectura del Capítulo XVI, Libro XV de «La Ciudad de Dios», de San Agustín, en el siglo XIII se prohíben hasta el séptimo grado de parentesco, y en la época del Concilio de Letrán, bajo el Papado de Inocencio III, se deja reducido el impedimento al cuarto grado. (Capítulo VI.I-X, V, 14.)

El mismo criterio sigue el Concilio de Trento en su Capítulo V de la Sesión XXIV, de «Reforma matrim».

Entre nosotros, y sin perjuicio de otros antecedentes ya enumerados al relacionar las leyes históricas de España, la XII del Título II de la Partida cuarta consagra para la legislación civil las disposiciones del Concilio de Trento, considerando como incesto el matrimonio contraído más acá del cuarto grado de parentesco.

Solo la ley de 28 de junio de 1932 (hoy derogada) redujo el impedimento al tercer grado.

Como el cómputo de grados ha de hacerse según las reglas de los artículos 915 y siguientes del Código, siempre que no se trate del matrimonio canónico (artículo 919), quedan comprendidos en la interdicción del número 2.º del artículo 84 del Código los

hermanos, tíos, primos y sobrinos carnales, sea el parentesco entre ellos de doble vínculo o de vínculo sencillo.

Por lo contrario, en el Derecho francés (artículos 162 y 163), y en el italiano (artículo 39), el matrimonio entre primos carnales no aparece prohibido, aunque sí entre hermanos y entre tíos o tías y sobrinos.

Además, se excepcionan expresamente los derechos de la familia Real.

A su vez, en el D.^o Canónico los grados no se cuentan por generaciones, sino por personas, suprimiendo la que representa el tronco común igual de trato de la línea recta descendente o ascendente que de la colateral.

Este sistema de computación produce efectos análogos a la preceptuada por el D.^o Civil, pues lo mismo que en éste el hijo dista un grado del padre, dos del abuelo, y no tres, como hemos visto afirmar a algunos autores, etc.; el hermano dos de su hermano, y así sucesivamente.

Tercero: *Entre colaterales por afinidad hasta el segundo grado.*

Se prohíbe, por consiguiente, el matrimonio entre hermanos políticos o cuñados, igual en nuestro Código Civil que en el francés o en el italiano, conforme a los artículos que acabamos de mencionar.

En nuestra legislación tiene como precedente este artículo la Ley XII, Título II de la Partida cuarta, en la que se habla «De la cuñadía que embarga el casamiento»; y más remotamente, la Ley I, Título V, Libro III del Fuero Juzgo, reiterada por la I, Título XXIX, Libro XII de la Novísima Recopilación.

En el versículo XVIII del Levítico, se lee: «No tomarás a la hermana de tu esposa por esposa secundaria»; de donde pudiera inferirse que el inconveniente habría de desaparecer en el caso de que fuese tomada por esposa principal.

Sin embargo, la opinión de la Iglesia, que ha recogido nuestra legislación histórica, ha sido la de prohibir el matrimonio entre parientes colaterales por afinidad.

Sobre el particular pueden verse: el Canon 61 de la Sesión IV del Concilio de Elvira y los Cánones 10 y 11, Sesión V del Romano, celebrado en tiempos de Inocencio III.

Tratan de la materia y con igual criterio: el Cp. 8, X, IV, 14 del mismo Inocencio, y el Cap. IV, de la Sesión XXIV del Concilio de Trento.

Cuarto: *Entre el padre o madre adoptantes y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.*

El impedimento que en tal concepto se crea mediante la adopción es de carácter permanente, es decir, constante e invariable, y tiene su fundamento en la ficción de paternidad que se crea en su virtud.

En cambio, resulta temporal o circunstancial el impedimento previsto en el número siguiente de este artículo, ya que desaparece al dar la adopción por terminada.

Estos preceptos proceden del Derecho canónico, en tal concepto afecto a las doctrinas romanas, y pasaron a nuestra legislación a través de los Códigos medievales.

Sin embargo, y aunque el impedimento está admitido por la Iglesia desde los tiempos más antiguos, (según acredita el Capítulo 5, Canon XXX, g.3, de Graciano), hasta el siglo VII no aparece ningún documento escrito sobre el particular, hallándose el tal documento en el Capítulo X, IV, 12 de la Colección de San Raimundo de Peñafort.

Quinto: *Entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción.*

Esto quiere decir, según queda expuesto, que concluída la adopción es lícito el matrimonio.

La tan repetida Ley de 18 de junio de 1932 permitía al juez autorizar el matrimonio entre los descendientes del adoptante con el adoptado, sin limitación de ninguna clase, pero dicha Ley ha quedado derogada.

Lo que no parece prohibirse por este artículo, ni por ningún otro del Código Civil, es el matrimonio entre los descendientes le-



gítimos del adoptante con los descendientes del adoptado, aunque de persistir la ficción de paternidad que supone toda adopción resultarían parientes entre sí en cuarto grado, y, por consiguiente, incurso en la prohibición del número dos de este artículo.

Tampoco está prohibido el matrimonio del hijo o hija legítima del adoptante con el cónyuge viudo del adoptado; ni el de éste con el cónyuge viudo de aquél, ni, finalmente, el de aquéllos con el cónyuge viudo de éste.

Y no lo están, decimos, porque en otro caso, en el de su prohibición, el legislador lo hubiera consignado expresamente en el texto del número 5.º del artículo 84, donde tan minuciosamente se regula la materia.

Por consiguiente, tampoco estarán prohibidos esta clase de matrimonios por el Derecho canónico, que en tal punto se ajusta a lo que preceptúe el Civil.

• • •

El artículo 491 del Código penal castiga con pena de arresto mayor el matrimonio que celebre el adoptante con el adoptado sin dispensa para ello; pero guarda silencio, en cambio, respecto a las sanciones que deben imponerse en los demás casos.

¿Se entenderá por esto que tales matrimonios han de quedar sin penalidad? La justicia parece exigir se apliquen por analogía las reglas establecidas por el precitado artículo para el tipo de matrimonio que en él se castiga, pero no debemos olvidar que las Leyes penales son solo aplicables a los casos expresamente determinados en ellas, por cuyo motivo no creemos quepa sanción, al menos ajustándose estrictamente a la hermenéutica legal.

• • •

Tampoco creemos pueda constituir obstáculo para el matrimonio el llamado «acogimiento», establecido por las Ordenes de 30 de diciembre de 1936 y 1.º de abril del 37, ya que por medio de él no se crea parentesco alguno entre los protagonistas del acto.

Otra cosa ocurriría por aplicación de la Ley italiana de 31 de julio de 1919, dictada como complemento de la de 18 de julio de

1917, semejante a la francesa de 27 de julio del mismo año, puesto que por virtud de aquellos preceptos se crea un estado de verdadera adopción entre las partes; estado que no concurre, según creemos, en el «ahijamiento», regulado por el título XI del libro I del moderno Código Civil, y cuya naturaleza es análoga a la de nuestro acogimiento, ya que no se trata más que de una forma de prestación de asistencia a los menores que carezcan de ella.

Sexto: *Entre adúlteros que hubieran sido condenados por sentencia firme.*

Subrayamos la circunstancia de la *sentencia*, porque este requisito es indispensable. En otro caso para la ley no existe adulterio y, por consiguiente, no hay impedimento.

Emplea la Ley el número plural, porque, en efecto, siendo preceptivo que el marido agraviado deduzca su querrela contra los dos culpables del delito, según dispone el artículo 449 del Código penal, no pudiendo accionar contra uno de ellos si es que perdona al otro o consiente su adulterio, la sentencia que en su día se dicte debe comprender a ambos como reos de la infidelidad.

Advertiremos que no es preciso que el acto sea realizado «sub spe futuri matrimonii», o lo que es igual, con la esperanza de casarse que alienten los autores del adulterio, según exigía el antiguo Derecho canónico, pues en la actualidad rige la materia el Canon 1.075, en cuyo párrafo tercero prescinde de la intención de casarse, la cual se da por supuesta.

En su aspecto civil la disposición que nos ocupa tiene un rancio abolengo entre nosotros, pues quedó consignada en la Ley XII, Título I, Libro III del Fuero Real, cuya confirmación se encuentra en la Ley XIX, Título II de la Partida cuarta, en la que se prohíbe, justificándolo, el matrimonio de la adúltera y su cómplice.

Por su parte, el Código Penal en el artículo 448 castiga a los adúlteros con pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo; grados que alcanzan de dos años y un día a seis años.

No cabe duda que en este sentido se han suavizado extraordinariamente las disposiciones de nuestro derecho histórico, puesto que en la mayoría de aquéllas se autorizaba al marido para dis-

poner libremente de la esposa adúltera y del que con ella hubiese cohabitado. Así lo establecía la Ley III, Título IV, Libro III del Fuero Juzgo, confirmada por la Ley I, Título VII del Fuero Real, de la que es reproducción la Ley I, Título XXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación, que, a su vez, recoge la Ley II del Ordenamiento de Alcalá, ratificadora de la misma autorización, aunque limitada en su ejercicio, puesto que al marido le estaba prohibido el derecho de matar a los culpables.

Es digna de mención la Ley 80 de Toro, en la que se halla el precedente del artículo 448 del Código Penal, al disponer, lo mismo que éste, que el marido agraviado no podrá deducir su acción contra uno de los culpables, sino la ejercita simultáneamente contra el otro.

Efectos del adulterio.

Hemos de advertir en este sentido que como quiera que el adulterio no disuelve el vínculo conyugal (en oposición a lo que sucede en algunas legislaciones contemporáneas, y aún a lo que parece preceptuar la Ley II, Título VI, Libro III del Fuero Juzgo), todo lo que hace el delito es determinar la separación de la vida en común de los esposos, y el impedimento que comentamos únicamente surgirá después de la muerte del cónyuge agraviado, pues hasta entonces existirá el otro impedimento absoluto previsto en el número 5.º del artículo 83, donde se prohíbe la bigamia.

Divorcio vincular.

No ocurre ciertamente lo mismo allí donde está admitido el divorcio vincular, como en Francia, por virtud de las Leyes de 27 de junio de 1884, 18 de abril de 1886, 6 de febrero de 1893, 21 de junio y 13 de julio de 1907, 16 de junio de 1908, con más diversas disposiciones complementarias, tales como las de 14 de julio de 1909, 6 de abril de 1910, 19 de diciembre de 1921, 9 de diciembre de 1922, 20 de febrero de 1924, 26 de marzo del mismo año, 4 de febrero y 3 de abril de 1928, 14 de julio de 1929, 4 de enero de

1930, etc., etc.; o en Alemania, según autoriza el Código de 18 de agosto de 1896, vigente desde 1.º de enero de 1909, particularmente en sus artículos 1.317 y siguientes; o en Méjico, por la Ley de 12 de abril de 1907; o en Uruguay, por las de 28 de octubre de 1907 y 9 de septiembre de 1913, ampliadas y reformadas respectivamente por las Leyes de 1910 y 1914; criterio que rige igualmente en la mayor parte de los Estados Hispanos Americanos, así como en los Estados Unidos, donde se admite incluso el matrimonio a prueba propuesto por Madm. Herber Persons e incorporado al Estado de Nueva Yorck como consecuencia de la Ley Wekes, promulgada el 1.º de enero de 1902.

Admiten también el divorcio vincular: Austria, si bien solo para los protestantes y cismáticos; Bélgica, regida por el Título VII del Código de Napoleón, y Portugal, donde la materia se encuentra regulada por la Ley de 3 de noviembre de 1910, a la que sirve de complemento la de 25 de diciembre del mismo año.

Por lo que se refiere a España, hemos de tener presente la Sentencia de 18 de enero de 1929, por la que no solamente se permite o convalida el matrimonio entre adúlteros de hecho, aunque no condenados por Sentencia, sino que a los hijos nacidos de tal conyuda se les concede la condición de legítimos, imitando en este sentido la legislación de otros países. De este problema tratamos en nuestra nueva obra «La posición del menor ante el Derecho.»

Séptimo: Entre los que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte de cualquiera de ellos.

Exige este número, según su sentido literal, la hipótesis del delito de homicidio consumado y no las correspondientes a la tentativa de delito o al delito frustrado, que no llegan, como es lógico, a producir la muerte. Claro está que en este último caso tampoco podrá tener aplicación el precepto legal, puesto que viviendo el cónyuge agredido continuará subsistiendo el vínculo que le ligaba al otro esposo.

Lo que se discute, en cambio, es si habrá motivo de impedi-

mento cuando la muerte sobrevenga a consecuencia de un caso fortuito o de una enfermedad, inclinándose los autores por la afirmativa, toda vez que el sentido moral levanta una barrera infranqueable entre quienes fraguaron el delito de parricidio, aunque éste haya quedado malogrado en la práctica, siempre que ello no se deba al espontáneo desestimiento de los autores.

Empero, cabe preguntar: si el artículo que comentamos exige la condena de los culpables, y, por consiguiente, la Sentencia dictada en juicio por Tribunal competente, ¿qué ocurrirá antes de que aquella Sentencia se dicte? Queremos decir: ¿será entonces válido el matrimonio? ¿No existirá respecto de él ningún impedimento?

La respuesta emerge directamente de la moral y del espíritu de la Ley, ya que no de su lectura; porque es indudable que no puede quedar defraudado el propósito legal por falta de un requisito meramente adjetivo, cual es el de la condena dictada en justicia, aunque más claro resultaría el texto del Código si la palabras que emplea, y que hacen referencia a tiempo pasado, las substituyera por otras que hiciesen relación a todos los tiempos.

Sin embargo, a nuestro juicio no cabe duda que ese matrimonio puede anularse civilmente a tenor de lo preceptado en el artículo 101 del Código, como ocurrirá en el Derecho Canónico por aplicación del párrafo 3.º del Canon 1.075, del que nos ocuparemos más adelante.

Finalmente, diremos que los antecedentes del artículo que comentamos se hallan en la Ley XIX, Título II de la Partida IV, y en sus concordantes del Fuero Real y del Ordenamiento de Alcalá, anteriormente citados.

Octavo: *El error, la coacción y el miedo.*

Son éstos también impedimentos relativos, aunque de ellos no se ocupa el artículo 83, pero aparecen regulados por los números 2, 3 y 4 del artículo 101.

El número 2.º consagra la teoría de los vicios que afectan al

consentimiento, otorgado tanto por error como por coacción o miedo graves.

La misma doctrina encontramos en la Ley X y concordantes del Título II de la Partida IV; cuya Ley, casuística en extremo, procura determinar por medio de ejemplos prácticos el alcance del error para que pueda ser causa de nulidad del matrimonio, exigiendo, al igual que el Derecho moderno, que recaiga sobre la persona y no sobre sus cualidades.

Es curiosa esta Ley porque establece que la falta de virginidad no es causa de nulidad del vínculo, al contrario de lo que estatuyó el Derecho hebreo y durante algún tiempo el germánico también.

A su vez, la Ley XV de la Partida IV se ocupa de la fuerza o miedo, expresando que existe la primera «cuando alguno aduce contra su voluntad, o le prenden, o le ligan, o le facen otorgar el casamiento»; y que el miedo debe ser producido de tal manera «que todo ome, magüer fuese de gran corazón, se temiese del, como si viese armas u otras cosas con que le quisiesen ferir».

Decimos que el impedimento en cuestión es relativo, esto es, que solo incapacita a los que le sufran para celebrar el matrimonio entre sí, pero que no es absoluto, porque la aptitud de los cónyuges subsiste para contraer matrimonio con cualquier otra persona, fuera de las señaladas por la Ley.

Conviene advertir que el error sobre el sujeto solo produce los efectos del impedimento y nulidad correspondiente del matrimonio cuando la consideración a aquél hubiese sido la causa principal del enlace, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 1.266, que tiene por antecedente la Ley X, Título II de la Partida IV.

La misma teoría sostiene la Iglesia, según la cual, cuando el error no recae sobre la persona, sino sobre alguna de sus cualidades, no constituye motivo que justifique la pretensión de nulidad, conforme al texto: «nisi error qualitatis redundet in error persanae». (Graciano, Canon XXIX, q. 1 Santo Tomás, III Suppl. q. 51, Decretales, X, IV, 9; Cap. 18 y 26, X, IV, y Cánones del Corpus, 1.082 y 1.086).

De idéntica forma, la coacción y el miedo solo pueden considerarse como causas impeditivas y en su día resolutorias del matrimonio, cuando vayan acompañadas de la nota de gravedad (Ley XV, Título II, Partida IV), exigida por el artículo 1.267 del Código Civil con relación a los contratos, y cuya aplicación al matrimonio es evidente en cuanto éste tiene de contrato, como es también aplicable desde el punto de vista del Derecho canónico, pues aún considerado el acto como Sacramento, «siendo en su ser un vínculo perenne», al resultar en «su hacer» un contrato, según reconocen los teólogos, o lo que es igual una convención jurídica, dicho se está que ha de reunir y concertar la libre voluntad de los contrayentes, como a mayor abundancia determinó ya el Capítulo I, de la Sesión XXIV del Concilio de Trento.

El impedimento que por virtud de estos vicios surge es de los calificados como dirimentes, disolviendo el matrimonio, que se tiene por inexistente.

Noveno: *El rapto*.

El número 3.º del artículo 101 prohíbe el matrimonio entre el raptor y la robada mientras ésta se halle en su poder. Es, pues, un impedimento no solo relativo, sino, además, temporal, puesto que cesa en cuanto la raptada recobre su libertad de acción.

Tal impedimento está reconocido por el Derecho canónico, según hemos de ver, como causa dirimente o resolutoria del matrimonio, conforme al Capítulo VI de la Sesión XXIV del Concilio de Trento: «Si mulier sit rapta loco nec reddita tuto»; principio ratificado por el Canon 1.074 del Corpus.

El fundamento de la prohibición y consiguiente nulidad del matrimonio celebrado en su presencia hállase en la presunción *juris et de jure*, esto es, absoluta y sin que admita prueba en contrario, de que la raptada carece de libertad para expresar su consentimiento, quedando el contrato, y también el Sacramento, faltos de un requisito esencial para su validez.

Poco importa a tales fines para el derecho civil que el rapto se

verifique con violencia o con seducción, es decir, ejerciendo la influencia del raptor sobre la persona de la robada o sobre su ánimo y voluntad, mediante la captación de ésta. En ambas hipótesis es nulo el matrimonio, y en ambas quedan los cónyuges sujetos a las sanciones de los artículos 460 y 461 del Código Penal, que castigan el delito de raptó, aún siendo ejecutado con consentimiento de la persona robada, con las penas que en tales artículos se fijan. Para el Canónico, en cambio, no hay impedimento si la mujer acompaña libremente al varón, aunque el problema estibaré en determinar cuando existe esa libertad, de la que puede carecerse lo mismo por una causa física que moral, ésta última determinada por la seducción. De aquí que la interpretación del 1.074 se preste a muchas cavilaciones.

No precisamos advertir que la nulidad de tales matrimonios tiene precedentes en nuestro Derecho medieval; por ejemplo, en la Ley XV, Título II de la Partida IV, así como en el Título X, Libro IV del Fuero Real, destinado a tratar de «los que furtan, o roban, o engañan a las mujeres».

Décimo: *Viudez*.

En realidad este impedimento debiera ser analizado entre los que titulamos absolutos, puesto que la persona afectada por esta circunstancia queda inhabilitada para contraer matrimonio con cualquier otra; pero el carácter temporal de la medida, ya que únicamente comprende el tiempo señalado por la Ley, y la circunstancia de aplicarse solamente a las mujeres, no a los hombres, hace le consideremos como relativo, puesto que hace relación a un grupo determinado de personas y solo por el lapso de tiempo señalado por la Ley.

Es más; por el Derecho canónico no existe esta clase de impedimento, y la viuda puede contraer nuevo matrimonio sin sujeción a plazo, de conformidad con el canon 1.142.

Segundas nupcias.

Ya no es objeto el segundo matrimonio de los anatemas que se formularon contra él por los montanistas, quienes le consideraban como verdadero adulterio. La oposición a las segundas nupcias sostenida por Tertuliano, Clemente de Alejandría, Orígenes, etcétera, etcétera, no prosperó en la doctrina Católica, y si bien los cánones apostólicos formularon determinadas reservas contra ellas, como la de prohibir la investidura sacerdotal a quien hubiese contraído matrimonio dos veces, de acuerdo con el Canon XVIII, y el Concilio Neo-Nezares imponía una penitencia al Sacerdote que le autorizaba, a partir del Leodicense quedaron reconocidos y aprobados los matrimonios contraídos por los viudos.

Es ésta la doctrina auténticamente cristiana, pues si la ley del Nuevo Evangelio declara el matrimonio «uno» (S. Marcos XII) e «indisoluble» (S. Marcos, X, 2-12; S. Lucas, XVI, 18; S. Mateo, XIX, 10), el Apóstol declara en su Rom. VII, vrs. 2-3, que: «La mujer casada está ligada por la ley del matrimonio a su marido mientras éste vive, más en muriendo queda libre de la ley que al mismo la ligaba; por cuya razón será tenida por adúltera si viviendo su marido se junta con otro hombre; pero si el marido muere, queda libre del vínculo y puede casarse con otro hombre sin ser adúltera».

En análogos términos está redactada la Epístola a los Corintos (vrs. 10, 11 y 15), siendo éste el criterio sustentado por el Concilio de Trento en sus Cánones II, IV y VII de la Sesión XXIV.

En la actualidad, con hallarse, por lo demás, históricamente comprobada la licitud de las segundas nupcias, quedan éstas autorizadas tanto por disposición expresa del Codex Iuris en sus Cánones 1.142 y 1.143, según dijimos, como por deducción lógica del Canon 1.118, en el que se declara que el matrimonio rato y consumado (o sea el habido con cópula entre bautizados), se disuelve por la muerte de uno de los esposos.

Es ésta también la regla de derecho que establece el artículo 52 del Código Civil.

Pero aún autorizadas las segundas nupcias, tanto la Iglesia como las legislaciones positivas han establecido respecto de ellas determinadas singularidades, procedentes unas veces del recelo que inspira la falta de continencia que las mismas suponen, y dimanadas otras de la protección que merecen los hijos de anteriores matrimonios, considerando que para lo sucesivo han de quedar sometidos a una potestad extraña.

De tal manera, si nuestros Concilios no manifestaron oposición alguna al segundo enlace, en el *Hinuario Visigótico* latino y en el *Breviario mozárabe*, así como en las *Capitulares de Carlomagno*, se encuentran reglas particulares para el caso de que uno de los contrayentes sea viudo, con tendencia todas ellas a procurar que el nuevo vínculo tenga el mismo valor y eficacia que el contraído la primera vez.

El *Codex*, en su canon 1.143, prohíbe a la mujer recibir dos veces la bendición nupcial.

No podemos ocuparnos aquí con todo detalle de las medidas adoptadas en este sentido por las diversas legislaciones positivas, puesto que un trabajo de esta naturaleza nos separaría sensiblemente del camino que nos hemos propuesto, y porque, además, el lector podrá encontrar satisfecha su curiosidad en nuestra obra «*La mujer en la Historia y en la Legislación*». Pero nos parecen indispensables algunas consideraciones históricas para la más correcta comprensión de los artículos 45 y 50 del *Código Civil*, donde se prohíbe el matrimonio de la viuda durante determinado plazo y se sanciona la infracción con la separación de bienes, nulidad de donaciones, etc., etc.

Año de luto.

La materia se halla relacionada con el titulado «año de luto» del derecho romano, recogido por la Ley I, Título II, Libro III del *Fuero Juzgo*, donde se considera la inobservancia de aquel precepto como adulterio, castigando a la esposa infractora con pérdida

de la mitad de su fortuna. En los mismos términos está redactada la Ley XIII, Título I, Libro III del Fuero Real.

El Código de Partidas, en su Ley III, Título XII, Partida IV, autoriza a la viuda para que contraiga segundo matrimonio, por ser ésta, dice, la doctrina de la Iglesia, de acuerdo con lo expuesto por S. Pablo; pero cuando no respete el «año de luto», añade, es «considerada de mala fama, e debe perder las arras e la donación que le hizo el marido, e las otras cosas que le hubiese dexado en testamento, e débenlas haber los fijos que quedasen dél, e si fijos non dexare, los parientes que hobieren de heredar lo suyo.»

Se exceptuaban de tales penalidades la desposada cuyo esposo hubiese muerto antes de consumarse el matrimonio, y la casada que hubiera obtenido licencia del Rey para no dejar transcurrir el plazo o término legal.

Sobre el mismo particular, y abundando siempre en las mismas razones, pueden verse: la Ley III, Título XIII de la Partida IV; la III, Título III de la Partida VI; la III, Título V de la Partida VII, así como la Ley XV, Título II, Libro III del Fuero Juzgo, en la que se condena a la viuda vuelta a casar con la pérdida de la «buona» de su marido.

En cambio de esto, la Ley IV, Título II, Libro I de la Novísima Recopilación, con un amplio espíritu liberal, pero con muy escaso sentido práctico, autoriza el matrimonio de la viuda en cualquier momento, eximiéndola de toda responsabilidad.

Más aún; en sus últimos párrafos prohíbe sea tramitada denuncia alguna contra aquélla o su marido con fundamento en que los esposos no dejaron transcurrir el plazo legal, bajo pena de multa de cien maravedis que pagarían los infractores a la Cámara Real.

Aparte la excepción que representa esta ley, todas las demás, tanto nacionales como extranjeras, se hallan inspiradas en el mismo criterio de limitación o restricción de las segundas nupcias.

Esta limitación, en cuanto se refiere al matrimonio en sí mismo y no a los efectos que produce en el orden económico y familiar

como consecuencia del sistema de reservas, pérdida de la patria potestad sobre los hijos del primer enlace, etc., etc., temas ajenos a la presente cuestión, está determinada por el artículo 45 del Código Civil, donde se prohíbe que la viuda contraiga matrimonio antes del alumbramiento, si hubiere quedado encinta, o durante los 300 días siguientes a la muerte de su marido, aplicándose estos preceptos también a la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, contados entonces los plazos desde la separación legal.

Pero contraído el matrimonio con omisión de las disposiciones que le prohíben o condicionan, no pierde aquél su validez civil, como tampoco pierde la canónica, limitándose la ley a aplicar las sanciones previstas en el artículo 50 del Código, del que nos ocuparemos en el párrafo siguiente al tratar de la licencia y consejo.

Undécimo: *Licencia o consejo para el matrimonio.*

No constituyen estos impedimentos, sino requisitos para la celebración del matrimonio, pero exigidos con tal rigor en algunos tiempos y por algunas legislaciones, que en su ausencia se producía la nulidad del vínculo conyugal.

De ello nos ocuparemos con más detenimiento al estudiar en nuevo artículo «La voluntad como base del matrimonio», limitándonos ahora a sentar las premisas fundamentales que rigen la materia, aplicables, como acabamos de decir, a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio se declare nulo y se hayan casado antes de los términos previstos por la Ley.

Los artículos 45 y 47 del Código Civil imponen a los esposos el deber de solicitar autorización o consejo de sus padres para contraer matrimonio, según sean menores o mayores de edad, reiterando con ello la Resolución de 3 de julio y la Cédula de 18 de septiembre de 1788.

Parece esto una limitación a la facultad de casarse libremente que constituye una de las más distinguidas conquistas logradas por el progreso jurídico. Sin embargo, fácilmente se comprende que ta-

les requisitos no integran restricciones de la voluntad en sentido estricto, por cuanto con ellos no se impone a los hijos un determinado matrimonio ni se les impide realizar en su día el que quieran, si bien se procura dejar a salvo los deberes que tienen para con sus padres mientras estén bajo su potestad, y los respetos establecidos a su favor por el hecho de la generación aún después de haber salido de la autoridad paterna, como imprescriptibles que son.

La materia aparece regulada por las Leyes II, V y VI del Título I, Libro III, del Fuero Real; II, Título I, y VIII, Título II, Libro III del Fuero Juzgo, y por la Ley V, Título VII, Partida VI, todas las cuales castigan con pena de desheredación el matrimonio de la hija hecho sin licencia de sus padres.

Sobre el mismo particular debe tenerse presente la Pragmática de Carlos III, publicada el 27 de marzo de 1761 (Ley IX, Título II, Libro X de la Novísima), en la que, al tiempo que se ratifica la necesidad de consentimiento o consejo para el matrimonio, castigando a los infractores con la precitada desheredación (párrafos I, II y III), procura en el XII y siguientes prevenir el abuso que los padres puedan cometer en este sentido, ordenando que no podrán excusarse de dar su autorización (párrafo VIII), si no tuvieran causa justa y racional para ello, «como lo sería si el tal matrimonio ofendiera gravemente el honor de la familia o perjudicara al Estado»; y concediendo recurso a los hijos para ante el Consejo, Chancillería o Audiencia, según el párrafo IX.

Igualmente es de interés el Decreto de 10 de abril de 1803, dado en Aranjuez por Carlos IV, en el cual, aun insistiéndose sobre la necesidad de la licencia para el matrimonio de los menores de 23 y 25 años, según su sexo, excluye la del consejo para los mayores de esas edades, rebajadas a 22 y 24, a 21 y 23 ó a 20 y 22, según que, en defecto del padre, hayan de ser la madre, los abuelos, el tutor o el Juez quienes deban refrendar el acto.

Al propio tiempo se reconoce en este Decreto la facultad de los solicitantes para recurrir contra la oposición al matrimonio que manifiesten los progenitores.

Actualmente, la necesidad de licencia está exigida por el artículo 45 para los menores, según hemos dicho, pero siempre que no estén emancipados, pues en este caso será suficiente el consejo, conforme establecen la Ley III, Título I, Libro VI del Fuero Real, y la 47 de Toro. El referido consejo se haya exigido para los mayores de edad por el mencionado artículo 47 del Código Civil, siendo aplicable incluso a los viudos, según estiman algunos autores, aunque de la Sentencia de 23 de octubre de 1907 se infiere claramente otra cosa, contrariamente al criterio del Edicto francés de marzo de 1697, en el que se castigaba a las viudas con pena de deshederación, caso de volver a casarse sin consentimiento de sus padres.

Nuestra tradición jurídica no está de acuerdo con este precepto, ni tampoco con la opinión que sostienen algunos tratadistas españoles; y así, la ley IV, Título II, Libro III del Fuero Real, determina expresamente: «cómo toda mujer viuda puede casar sin licencia de su padre o madre»; criterio que no reparamos en extender, todavía con más motivo, a los varones. El mismo sistema se deriva de la Cédula de 18 de septiembre de 1878 (Ley XVII, Título II, Libro X de la Novísima), en cuya Ley se dice que sólo los hijos de familia están obligados a pedir consejo a sus padres, tutores, etc.; encontrándonos con que también la legislación francesa ha modificado su antigua actitud sobre el particular, puesto que el artículo 154 del Código, correspondiente a la Ley de 7 de febrero de 1924, determina que «las disposiciones de la Ley relativas a la necesidad de consentimiento no son aplicables a los que contraen segundas o posteriores nupcias».

Añadiremos que a los españoles residentes en el extranjero les son exigibles los mismos requisitos que a los españoles para contraer matrimonio si es que conservan la nacionalidad de origen, conforme dispuso la Sentencia de 1 de mayo de 1919.

Entre ambos conceptos (licencia y consejo) media la sustantiva diferencia de que el primero no puede ser reemplazado por nada ni por nadie, como no sea por el transcurso del tiempo ne-

cesario para llegar a la mayoría de edad; mientras que del segundo puede prescindirse, una vez interesado y pasados tres meses desde que se pidió, acreditando el cumplimiento de aquella circunstancia (única cosa que se exige), ya en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento, o ya por medio de documento extendido por Notario civil o eclesiástico, según el texto del artículo 48 del Código, que hemos de relacionar con el Canon 1.034 del Corpus.

Mas ha de entenderse que ni siquiera la falta de consentimiento constituye uno de los impedimentos que disuelven el matrimonio, y contraído éste sin la concurrencia de aquel requisito, *es válido y produce todos sus efectos* respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, siquiera con las limitaciones que para tales casos impone el artículo 50 del Código Civil en relación con los concordantes del Penal.

Previene este Código que los contrayentes serán sancionados con penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio (artículo 489), sin perjuicio de las demás figuras de delito que hubieran podido concurrir en el acto, ya por mediar raptó, aún contando con el consentimiento de la raptada (artículos 460 y siguientes del Código Penal), ya por haber existido falsedad en los documentos de que las partes se sirvieron (artículo 314 del mismo Código), o ya, en fin, por usurpación o simulación de estado civil (artículo 485), etcétera, etcétera.

La Orden de 8 de marzo de 1939, más radical que todas las disposiciones anteriores, declara nulas las inscripciones hechas en el Registro Civil de matrimonios de menores de edad celebrados sin el consentimiento paterno, si bien autorizando su convalidación o ratificación posterior; lo que, en todo caso, será aplicable al matrimonio como contrato, pero no como Sacramento, el cual es válido de por sí, medie o no el referido consentimiento.

Pero en cuanto a los efectos civiles que la unión haya de producir, el artículo 50 del Código puede imponer con toda propiedad las siguientes:

Sanciones

Primera: Separación de bienes entre los cónyuges. Cada uno de ellos conservará el dominio y la administración de los que le pertenezcan haciendo suyos todos los frutos, siquiera con la obligación de contribuir proporcionalmente a las cargas del matrimonio.

Los efectos de esta sanción perjudican más al marido que a la mujer, puesto que aquél pierde en beneficio de ésta gran parte de las prerrogativas que le están conferidas por el derecho.

Por lo que se refiere a la viuda que se casó antes del término legal, las sanciones se aplican con independencia de su edad, sea o no anciana, pues la Ley no establece excepción alguna a este respecto, según previno la sentencia de 23 de octubre de 1907 y reiteran los tratadistas de Derecho canónico.

Segunda: Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna ni por testamento ni por donación.

Se declaran por consiguiente prescriptos los derechos sucesorios que al cónyuge supérstite le reconocen los artículos 806 y concordantes del Código Civil, y quedan revocadas las donaciones de acuerdo con el artículo 1.333 y referida sentencia de 23 de octubre de 1907.

En cambio, no prevé la ley la posibilidad de que la adquisición se verifique por persona interpuesta, es decir, por la madre o padre que hereden del hijo fallecido los bienes que éste a su vez haya recibido o heredado de su progenitor difunto.

Tercera: El cónyuge menor no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayoría de edad. Mientras, sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes; precepto que aparece también incorporado a la legislación portuguesa por los artículos 5.º del Decreto de 25 de diciembre de 1910, que ratifica el párrafo 2.º del artículo 306 del Código.

Cuando se trate de consejo en lugar de licencia, las modalida-

des del caso son distintas, aunque sus consecuencias resulten parecidas.

Como precedentes remotos a este respecto deben señalarse las Leyes XIV, XV y XVII, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, aunque el Decreto de 1803 excusaba su necesidad, según hizo más tarde la legislación de la República. (Ley 28 junio de 1932).

La concurrencia de este requisito tiene por fundamento la supervivencia de la patria potestad a través de todas las edades, y aun de todos los estados, podríamos decir, sino fuese porque el viudo o viuda no necesitan nueva autorización para contraer segundas nupcias, pese a la opinión en contra de algunos autores.

La sanción civil es la misma en uno que en otro caso, equiparados los efectos jurídicos de la falta de consentimiento a la de consejo. La Ley debería ser más benévola en esta segunda hipótesis, razón por la cual, sin duda alguna, el artículo 489 del Código penal se limita a castigar a los que se casen sin consentimiento, no hablando en cambio de la falta de consejo.

Más razonable y en armonía con la naturaleza de la disposición que comentamos (supervivencia de la patria potestad después de la emancipación de los hijos), resultan las disposiciones de la Ley francesa de 21 de junio de 1907, ampliada y reformada por las de 10 de marzo de 1913, 7 febrero de 1924 y 17 julio de 1927, en las que se distinguen tres edades a los efectos de determinar la necesidad de consejo, señalando en cada una de ellas las personas que deben otorgarle.

Lo curioso es que de tales preceptos, que pudieran parecer tan modernos, hallamos precedentes en nuestra antigua legislación; y como prueba de ello acotamos con la Ley VI, Título I, Libro III del Fuero Real, sin olvidar el tan repetido Decreto de 10 de abril de 1803.

Una mirada a la legislación extranjera de tipo latino nos servirá para completar estos extremos.

En Portugal el matrimonio del menor produce normalmente su

emancipación, conforme preceptúa el párrafo 2.º del artículo 170 en relación con el 304; pero esto se entiende cuando los cónyuges son mayores de 18 y 16 años, según su sexo, y han obtenido la correspondiente autorización para el acto, pues fuera de estos casos el matrimonio no determina la emancipación, pudiendo incluso el acto ser anulado, conforme al artículo 13 del Decreto de 25 de diciembre de 1910; doctrina que no admite más excepción que la de los expósitos y abandonados, los cuales pueden casarse tan pronto lleguen a los 18 años sin necesidad de consentimiento.

El Código italiano trata de la materia en los artículos 63 y concordantes, exigiendo el consentimiento para los menores de 25 años y para las hembras menores de 21, dándose aquí, por consiguiente, una diferencia de edades completamente distinta a la del derecho español.

Al contrario de lo que ocurre en Portugal, donde las diferencias de criterio entre los padres son resueltas por el Juez, en Italia, más robustecida la autoridad del varón, basta que éste preste el consentimiento, aunque la madre le niegue o esté disconforme con él, siguiéndose un sistema análogo al de la Ley francesa de 10 de marzo de 1913 (artículo 158), por cuanto la discrepancia entre los progenitores equivale a conformidad, por lo menos cuando se trata del matrimonio de hijos naturales.

Contraído el matrimonio sin licencia surge una acción de nulidad a favor de las personas que según los casos deberían haber otorgado aquélla; acción concedida igualmente por el artículo 182 del Código Civil francés, siendo negada cuando aparece aprobado el acto expresa o tácitamente, entendiéndose por tal el transcurso de un año desde que tuvieron conocimiento del repetido matrimonio (artículo 183), o seis meses, según el artículo 109 del italiano.

La materia es interesante, pero traída aquí al socaire de otra distinta, suspendemos todo comentario, prometiéndoselos al lector en otro folleto que tratará de «La voluntad como base del matrimonio».

Duodécimo: *Asistencia del Juez Municipal y de los testigos. Matrimonio secreto.*

Es éste otro requisito más exigido para la validez del matrimonio civil, así como para el canónico lo es la asistencia del párroco propio, según veremos, y fuera de los casos de excepción, por cuyo motivo le traemos a estudio en estas líneas, ya que en defecto de tales requisitos ni existe contrato ni Sacramento, produciéndose las mismas consecuencias que si se tratara de un impedimento propiamente dicho.

La historia de este requisito está relacionada con la evolución que han experimentado las solemnidades y formalidades que deben acompañar al enlace, especialmente por la trascendencia que la familia ejerce desde el punto de vista del derecho público. De aquí que la sociedad esté interesada en constatar la existencia del vínculo, a fin de imponer a los cónyuges los deberes que les corresponden tanto entre ellos como con relación a la prole que puedan tener.

Para determinar el valor de la asistencia al acto del Juez Municipal es preciso diferenciar el matrimonio civil del canónico. El primero surgió como consecuencia de la Ley de 18 de junio de 1870, cuya promulgación se hizo el 16 de agosto, entrando en vigencia en la primera quincena del mes de septiembre: el día primero para la Península y el 15 para las Islas adyacentes.

Sufrió la Ley los vaivenes y alternativas de las luchas políticas, tan frecuentes en aquel período de nuestra historia, y así, por Decreto de 22 de enero de 1875, al que sirvió de complemento otro de febrero del mismo año, juntamente con la Instrucción del 19 y la R. O. del 27, se autoriza el matrimonio civil como forma única de casamiento y se vuelve a los preceptos antiguos (Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1864; Decretos de 22 de Junio de 1822 y 7 de enero de 1837), aunque disponiendo la intervención de un funcionario civil en la práctica del matrimonio canónico, con lo cual se preparó el advenimiento del sistema que ha concluído por prevalecer.

Poniendo término a las discusiones promovidas alrededor de este tema, la Base 3.^a de la Ley de Bases de 2 de mayo de 1888, admite la coexistencia de las dos formas de matrimonio (el canónico y el civil), hallándose redactada aquella Base de manera análoga al vigente artículo 42 del Código.

Matrimonio civil.

Como es natural, cuando el casamiento es de esta última clase el Juez representa un papel substantivo, puesto que ante él ha de ser contraído, dando fé de su celebración y procediendo a la inscripción del mismo en el Registro, según las normas de los artículos 86 y siguientes del Código. Se comprende que no puede prescindirse de su presencia, porque encarna la autoridad pública destinada a solemnizar y autentizar el acto, y en su ausencia no hay matrimonio, como preceptúan igualmente el artículo 94 del Código italiano y el 191 del francés, si bien este último se limita a conceder una acción de nulidad, pero los tratadistas, como Colin et Capitant, son más severos en la aplicación de la Ley y declaran inexistentes tales uniones.

Las mismas facultades están atribuídas a los Cónsules y Vicecónsules cuando se trate de matrimonios contraídos por españoles en el extranjero, siendo nulos los que se celebren ante las autoridades civiles del país en cuestión, conforme dispusieron las sentencias de 1.^o de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929. Y si se trata de matrimonio contraído a bordo y en peligro de muerte, los Contadores de los buques de guerra o los Capitanes de los mercantes harán las funciones de Juez municipal.

Matrimonio canónico.

Siendo canónico el matrimonio, también la autoridad civil tiene su intervención, tendente en su mayor parte a evitar los matrimonios clandestinos, ya condenados por nuestra legislación histórica y repudiados por el Concilio de Trento y el Capítulo I, Título VII, Libro III del Codex Iuris.

El precepto se halla consignado en el artículo 77 de nuestro Código y representa la transacción, como hemos dicho, entre las dos teorías antagónicas que examinamos, limitada la intervención del Juez a efectos de que pueda anotar el matrimonio en los Libros del Registro, por cuyo motivo se considera como un simple trámite administrativo, conforme dispone la Sentencia de 15 de febrero de 1928, siendo de advertir que su cumplimiento no afecta a la validez del matrimonio sino a las consecuencias civiles que el mismo deba producir, las cuales habrán de computarse desde el día de la inscripción del acto en el Registro, aunque la referida Sentencia de 15 de febrero de 1928 dice otra cosa, afirmando que esos efectos se producen desde la fecha del matrimonio, lo que nos parece opuesto a la letra y al espíritu de la Ley, confirmada a su vez por la Sentencia de 26 de abril de 1929, acaso demasiado severa en otros particulares.

Sobre esta materia deben tenerse presentes: la Sentencia de 3 de marzo de 1892, en la que se dice que la omisión de la inscripción en el Registro solo perjudica a los interesados, permaneciendo válido el acto no obstante la ausencia de tal formalidad; la de 26 de febrero de 1896, por la que se aclara que la omisión de las formalidades civiles previstas para el matrimonio canónico no le atribuyen el carácter de secreto ni perjudican más derechos que los de aquéllos que las infringieron; las Resoluciones de 13 de diciembre de 1903 y 12 de junio de 1904, en las que se dispone que las facultades del Juez municipal se limitan a recibir el aviso de los cónyuges y concurrir a la celebración del matrimonio canónico, a fin de levantar el acta oportuna; y la Resolución de 1.º de agosto de 1906, donde se dice que en la celebración del matrimonio canónico el Juez municipal no representa otro papel que el de testigo del mismo.

Finalmente, lo expuesto ha de relacionarse con lo que se dispone por el mismo Código Civil para los llamados matrimonios secretos o de conciencia, de los que nos ocuparemos en párrafo aparte.

Matrimonios secretos.

Constituye este tipo de matrimonio una excepción dentro de las prácticas del Derecho tanto canónico como civil, puesto que ambas potestades están interesadas en obtener la máxima publicidad del acto, según el criterio sustentado desde la época del Concilio de Trento. A tales efectos, en el Capítulo I de la Sesión XXIV se declaran nulos los matrimonios que no se celebren ante Párroco propio y dos testigos.

La legislación medieval ratifica el contenido de aquella disposición, que aparecen en nuestros Códigos desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima.

De tal manera, la Ley I, Título I, Libro III de dicho Fuero, consigna que «el casamiento se haga concejaramente, é non a furto, de guisa que si fuere menester se pueda probar por muchos». El Código de Partidas reitera esta exigencia en su Ley V, Título II de la Partida IV, consignando que «debe facerse manifestamente, porque se pueda probar, e non encubierto»; y, por último, la Ley V, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, correspondiente a la Ley 49 de Toro, prohíbe en forma terminante los llamados matrimonios clandestinos, castigando a los cónyuges y a cuantas personas intervengan en el acto con la confiscación de sus bienes, teniéndose por motivo bastante para que los padres puedan desheredar a sus hijos.

El matrimonio secreto o de conciencia no es propiamente un matrimonio clandestino, cuya nulidad sería terminante, sino el mismo matrimonio general, aunque reducido en sus formalidades.

En todo caso, se precisa la asistencia de dos testigos que firmen el acta juntamente con los desposados, y, desde luego, la bendición del Sacerdote (cánones 1.104 y siguientes), pues de la presencia de éste solo podrá prescindirse en las hipótesis previstas por el Canon 1.098, según veremos al tratar del Derecho Canónico.

La autorización para contraer este género de matrimonio la encontramos en la Bula de Benedicto XIV, titulada «Santis vobis», dada en 1741, estando permitido únicamente en los casos en que

medie causa grave y urgente, conforme establecen los Cánones 1.004 y 1.107 del Corpus. Por vía de ejemplo se cita la hipótesis de que los cónyuges vivan ya en concubinato, siendo tenidos públicamente por casados.

El Obispado llevará un libro secreto al que se trasladarán las actas de estos matrimonios, respecto a los cuales quedan dispensados los cónyuges de toda formalidad (artículo 79), no siendo necesarios, por consiguiente, ni el anuncio al Juzgado ni la asistencia del Juez al acto, al que se le niegan efectos civiles mientras la partida sacramental no se inscriba en el Registro, salvo que los interesados remitan a la Dirección General para su anotación una copia de la referida partida.

La nota permanecerá secreta, y solo más adelante y a instancia de los cónyuges se dará traslado al Juzgado municipal correspondiente, pues, mientras, debe permanecer secreto el matrimonio, de acuerdo con la Sentencia de 25 de mayo de 1928. Esto no obstante, la misma Sentencia admite la posibilidad de quebrantar el secreto por el Prelado diocesano, cuando nazca prole sin que los padres le atribuyan la condición jurídica que le corresponda.

DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS

¿A quién corresponde en cada caso denunciar la existencia de impedimentos entre los futuros esposos, y cómo debe formularse esta denuncia?

Tratándose de matrimonio civil hallamos respuesta a estas preguntas en los artículos 98 y concordantes del Código, donde se dice que: «Todos aquéllos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio, están obligados a denunciar cualquier impedimento que les conste».

Según los párrafos siguientes la denuncia se pasará al Ministerio Fiscal, quien, encontrando fundamento para ello, formalizará su oposición al futuro enlace. Solo los particulares que tengan interés en impedir el matrimonio pueden formalizar por sí mismos la oposición de referencia, sustanciándose ésta, lo mismo en uno que en

otro caso, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento para la tramitación de los incidentes, cuya regulación se encuentra en los artículos 749, 840, 846 y 887 y sucesivos de la mencionada Ley.

Completando el precepto del Código Civil reproducido tenemos el artículo 89 del mismo Cuerpo legal, en el que se ordena al Juez municipal correspondiente, o sea al del domicilio de los futuros cónyuges, conforme a los artículos 86 y 88, que fijen edictos o proclamas por espacio de quince días, anunciando al público la pretensión de los interesados con todas sus circunstancias personales y las de sus padres (artículo 86), y requiriendo a los que tengan noticia de algún impedimento para que le denuncien. Las mismas disposiciones se encuentran en los artículos 70 y siguientes del italiano y en los 192 y concordantes del francés.

Los edictos de referencia se mandarán a los Jueces municipales de los pueblos en que hubiesen residido los contrayentes en los dos últimos años, con encargo de que los fijen en el local de su audiencia pública por espacio de quince días, y de que, transcurridos que sean, los devuelvan al Juez remitente con nota de lo que resulte.

Cuando se trate de militares, los últimos edictos pueden ser substituídos por una certificación de soltería expedida por el Jefe del Cuerpo armado a que pertenezcan (artículo 90). Y si fueran extranjeros y no llevasen dos años de residencia en España, acreditarán que en el país donde tuvieron su residencia durante aquel tiempo se ha hecho, en la forma prevista por sus leyes, la publicación del matrimonio que intentan contraer (artículo 91.)

Alegados los impedimentos y hecha la sustanciación y depuración de los mismos según las reglas de la Ley de Enjuiciamiento a que hemos hecho referencia, la sentencia que recaiga puede reconocer la existencia de aquéllos, en cuyo caso se suspenderá la celebración del proyectado matrimonio, o pueden declararse falsos o inexistentes, en cuya hipótesis el denunciante quedará sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados, a tenor de lo previsto en el artículo 99 del Código.



Acción de nulidad

Más puede ocurrir igualmente que no obstante la publicación del matrimonio que se piensa contraer haya éste permanecido ignorado para quienes debían denunciar los impedimentos que se oponían a su celebración, como puede suceder que esos impedimentos sean de tal naturaleza que consistan precisamente en la imposibilidad de denunciarles, según sucede en los casos de raptó, miedo, coacción, etcétera, etcétera.

Se autoriza entonces por el Código la acción de nulidad, aplicable a la totalidad de los casos que quedan enumerados, con excepción de los correspondientes a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo y que hayan contraído segundas nupcias antes de transcurrir el término legal, o a los menores o mayores de edad que se casaren sin el concurso de la licencia o consejo. La acción de referencia aparece otorgada por el artículo 102 del Código a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que tenga interés en ella.

Se exceptúan: 1.º Los casos de raptó, error, fuerza o miedo, en los cuales la acción sólo podrá ser ejercitada por el cónyuge que los hubiese sufrido, teniendo en cuenta, además, que según la doctrina del Derecho canónico el varón nunca se considera raptado; y 2.º En los de impotencia, en que la acción sólo corresponde a los cónyuges y a las personas que tengan interés en la nulidad.

Efectos de la nulidad.

Sobre esta materia hemos de distinguir según se trate de matrimonios canónicos o civiles. Los efectos de este tipo, aun siendo canónica la unión, solamente pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios, conforme preceptúa el artículo 67 del Código en relación con el 82; pero el conocimiento de la demanda principal corresponde a las respectivas Autoridades, de acuerdo con la distinta naturaleza del matrimonio cuya nulidad se pretenda. Lo establece así el artículo 80 del referido Código, cuyos precedentes se hallan en el Canon XII de la Sesión XXIV del Concilio de Tren-

to y en el artículo 2.º del Decreto de 6 de diciembre de 1868. En el mismo sentido se hallan redactadas la Ley VII, Título I, Libro III del Fuero Real y la VII, Título X de la Partida IV.

De todas formas, aun incoada la demanda de nulidad o divorcio ante un Tribunal eclesiástico, únicamente compete al civil dictar las medidas referidas en el artículo 68 del Código, conforme aparece dispuesto en el 81.

Estas medidas se refieren a la separación de los cónyuges, al depósito de la mujer, al cuidado de los hijos, a la fijación de alimentos y a la adopción de las medidas necesarias para evitar que el marido, si fuere el culpable de nulidad o divorcio, pueda perjudicar a la esposa en la administración de sus bienes.

Sin embargo, sobre esta materia debe tenerse presente la doctrina que se contiene en los cánones 1.128 y siguientes del Corpus. En principio, en efecto, los cónyuges están obligados a vivir juntos, por ser éste un requisito indispensable para la procreación; pero en caso de adulterio en que no medie consentimiento o perdón, (Canon 1.129), el cónyuge inocente puede interrumpir la vida en común por su propia iniciativa y sin necesidad de que exista Sentencia u otro género de mandamiento de autoridad competente.

El conflicto puede surgir en estos casos por aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1942, en el supuesto de que uno de los cónyuges, casado canónicamente, se niegue a cumplir sus deberes de convivencia y mutuo auxilio en tanto no se haya formalizada la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio en su caso.

La legislación civil niega efectos a la canónica en este punto, y el Derecho Canónico, por su parte, hace caso omiso del Código, porque parece que no obstante la conveniencia y hasta el propósito de llegar a un acuerdo, las dos legislaciones se manifiestan dispares y con defensa de su propio fuero.

Así puede darse el fenómeno de matrimonios civiles válidos que sean nulos para la Iglesia y recíprocamente, como puede ocurrir que esta misma nulidad, aun aceptada por el Derecho civil, no

produzca efectos de tal clase por no haberse pedido la aplicación de la Sentencia eclesiástica ante los Tribunales ordinarios, de conformidad con lo que previene el artículo 82 del Código.

Por tales motivos ha de tenerse en cuenta muy singularmente la distinta naturaleza del matrimonio contraído, pues cuando es mixto (y esa es su calificación en nuestro derecho) se establece una interferencia entre ambas potestades, la canónica y la civil, que nos obligan constantemente a la consulta para poder emitir juicio seguro sobre el tema que sometan a nuestro dictamen.



Dictada la Sentencia de nulidad se procederá a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 70 y siguientes del Código respecto al cuidado de los hijos y a la administración de los bienes, los que se repartirán como en el caso de disolución por muerte, con la salvedad de que el cónyuge que hubiera procedido de mala fé, si es que ésta no fuese compensada, perderá su derecho a los gananciales.

Respecto a las personas de los esposos nada dice el Código, pero es indudable que el matrimonio nulo se considera inexistente (salvo los efectos civiles que produce con relación al inocente y a sus hijos), por cuyo motivo se encontrarán aquéllos en circunstancias de libertad para contraer nuevas nupcias, toda vez que las primeras no tuvieron existencia legal.

Nada tiene de extraño que el Código no se ocupe de este medio de disolución en el artículo 52, porque en este artículo se habla de matrimonio, y en los casos de nulidad falta el presupuesto inicial, ya que el matrimonio no existe.

En el Derecho canónico el problema aparece tratado en los cánones 1.133 y siguientes, y se relaciona con la convalidación del vínculo, de que vamos a ocuparnos; pero antes dedicaremos unas líneas a la legislación promulgada por el Gobierno Nacional en su deseo de resolver los problemas creados por virtud de la Ley republicana de 2 de marzo de 1932.

Ley de 12 de marzo 1932 y conflictos a que dió lugar.

Esta Ley, que introdujo el divorcio vincular en España de acuerdo con lo previsto en su artículo once, originó, como consecuencia de los nuevos matrimonios contraídos a su amparo sin estar legítimamente disueltos los anteriores, una serie de inextricables situaciones de hecho y de derecho, aún agravadas al negar la República efectos civiles a los enlaces canónicos que se contrajesen bajo el imperio de su legislación, conforme preceptuaron la Ley de 28 de junio de 1932 y la Orden publicada el 22 del mismo y año.

Para rectificar tal estado de cosas se dictaron al advenimiento del Gobierno Nacional: la Ley de 12 de marzo de 1938, por la que se deroga la del matrimonio civil, anteriormente citada, a la que se califica como «una de las agresiones más alevosas cometidas contra los sentimientos católicos de los españoles», y se conceden efectos civiles a los matrimonios de esta última clase celebrados durante la vigencia de la República, siempre que las partidas Sacramentales se inscriban en el Registro en el plazo señalado por dicha Ley (60 días); plazo ampliado por las Ordenes de 22 de abril y 9 de septiembre de 1939, así como por las de 9 y 31 de diciembre del 40; y la Orden de 22 de marzo de 1938, por la que se declara que el artículo 42 del Código impone terminantemente el matrimonio canónico a cuantos profesen esta Religión, hallándose ratificado tal criterio por la Orden de 10 de marzo de 1941, donde se determinan los requisitos que deben concurrir para que quede acreditada la acatolicidad de los cónyuges que intenten contraer otro tipo de matrimonio.

En otro orden de cuestiones, o para la resolución de las planteadas al rectificar la legislación republicana, se dictó la Ley de 23 de septiembre de 1939, por cuya virtud se decreta la nulidad:

1.º De las Sentencias firmes de divorcio dictadas por los Tribunales civiles sobre matrimonios canónicos, declarándose dicha nulidad a instancia de los interesados, hayan éstos o no contraído nuevo matrimonio; y

2.º De los matrimonios civiles celebrados por personas casadas antes canónicamente, pudiendo decretarse igualmente su invalidez a petición de las partes y sin más fundamento que su deseo de restablecer la vida moral.

Al propio tiempo se reconoce plena eficacia jurídica a las Sentencias dictadas sobre nulidad de matrimonio o divorcio por los Tribunales Eclesiásticos, y se ratifica el Decreto de 2 de marzo de 1938 respecto a la práctica de las diligencias preliminares o preventivas que establecen los artículos 68 y 69 del Código.

Con todo esto se vuelve al sistema general de Derecho contenido en nuestro primer Cuerpo de Leyes, quedando cerrado el paréntesis abierto por la legislación que se dictó en el período de la República.

Ahora, respecto a los efectos jurídicos que produce la declaración de nulidad de los matrimonios que los cónyuges repitieron o de los celebrados por personas sobre las que pesaba algún impedimento legal, rige, como hemos dicho al comienzo de este trabajo, el principio de la buena fé; y así, la Ley de 12 de marzo de 1938 establece que los matrimonios de los «ordenados in sacris o de los profesos en una Orden religiosa», no dispensados canónicamente, determinarán todas sus consecuencias respecto al cónyuge inocente y a sus hijos, criterio que aparece extendido por la Ley de 23 de septiembre a los demás casos, por cuanto establece que «los hijos gozarán de la condición jurídica que tuviesen al pronunciarse la disolución del vínculo».



Tras este inciso proseguiremos el estudio general de la materia, pasando a tratar de la

CONVALIDACION

Conviene aclarar, en efecto, que el matrimonio civil se convalida si los esposos viven juntos durante seis meses después de haberse desvanecido el error, cesado la violencia o concluída la causa

del miedo, o si recobrada la libertad por la persona robada no hubiese ésta interpuesto su demanda durante dicho plazo. Llamamos nuevamente la atención del lector sobre el precepto del artículo 112 del Código italiano, que permite la convalidación del matrimonio del demente, cuando los esposos viven tres meses juntos después de haber sido revocada la interdicción.

También ha de tenerse en cuenta la posibilidad de dispensa para hacer desaparecer el impedimento, que, en principio, imposibilitaba la celebración del proyectado matrimonio.

Distingue en este sentido el Código Civil entre impedimentos cuya naturaleza es tal que levantan un obstáculo infranqueable entre los cónyuges, no pudiendo por nada ni por nadie ser revocados, e impedimentos que crean dificultades accidentales que la ley puede remover a instancia de parte (artículo 85).

Es ésta una clasificación análoga a la establecida por el Derecho canónico, donde también existen impedimentos dirimentes que anulan el matrimonio, e impedientes, que integran una prohibición de celebrarle, pero que dan el enlace, una vez celebrado, por perfecto, no obstante la interdicción legal.

De esta última especie no hay en el Código Civil más impedimento propiamente dicho que el previsto en el número 1.º del artículo 83 (matrimonio de impúberes), pues en todos los demás casos o la dispensa se obtiene como requisito previo o el matrimonio cae bajo la sanción de nulidad impuesta por el artículo 101.

Tal es la verdadera hermenéutica de la ley, aunque no encontramos dificultad alguna para aplicar igual criterio al matrimonio contraído por el raptor con la robada, así como a los que se celebren mediando error, fuerza o coacción, pues no pudiendo ser pedida la nulidad, según hemos visto, más que por el cónyuge raptado o por el que sufrió los vicios del consentimiento, bastará que éste no interponga su demanda para que el matrimonio prevalezca y se repute válido.

Esta teoría aparece sancionada de modo expreso por la Ley XV, Título II de la Partida IV, si bien esta disposición exige que el cón-

yuge favorecido por la acción de nulidad del vínculo «otorge éste», es decir, preste su consentimiento aun después de consumado el acto.

Es lo que se llama en Derecho canónico «revalidación del matrimonio», por cuya virtud, contraído aquél mediando un impedimento dirimente, se requiere una vez cesado o dispensado el mismo, que preste de nuevo su autorización el cónyuge que le conocía, aunque en principio le hayan prestado los dos y ninguno de ellos se haya retractado posteriormente (Canon 1.113).

Sobre este particular volveremos a insistir al estudiar los impedimentos en el Derecho canónico.

IMPEDIMENTOS POR EL DERECHO CANONICO

La analogía entre el Corpus y el Código Civil que hemos venido señalando, es más perfecta cuando se observa que de los impedimentos que uno y otro establecen algunos tienen carácter de absolutos y los demás pueden ser objeto de liberación o redención.

Al primer grupo pertenecen:

1.º *La impubertad.*

En canónico, sin embargo, prevalecía el matrimonio caso de que hubiera mediado ayuntamiento, según el Capítulo VI de las Decretales de Gregorio IX. «De sponis impb». En la actualidad rige el canon 1.067, que exige la edad de 16 y 14 años cumplidos, según los sexos, pero recomendando en su párrafo segundo se procure retrasar lo más posible la fecha del matrimonio.

2.º *La enajenación mental.*

Ya hemos expresado las razones y reseñado las leyes que tratan de esta materia.

3.º *La impotencia.*

Se hallan sus precedentes en las Leyes III y VII, Título VIII de la Partida cuarta, confirmadas por el Canon 1.068, sea la impotencia

de ambos o de uno solo de los cónyuges, absoluta o relativa, patente u oculta, pero siempre anterior al vínculo conyugal.

En cambio, la impotencia consiguiente y la antecedente temporal no dirimen el vínculo; en el primer caso, porque aquél tuvo su validez en un momento, y, por consiguiente, debe ser respetado para lo sucesivo; y en el segundo, porque siendo corregible el defecto, basta que esto se haga para que el matrimonio pueda satisfacer el fin para el cual se instituyó: la procreación.

Torrubiano opina que cuando la impotencia es absoluta y antecedente por parte de ambos cónyuges debe ser permitido el matrimonio; pero fundamenta esta opinión en motivos sentimentales, no jurídicos, razonando que no es justo impedir a quienes así se encuentran el auxilio que supone el matrimonio mediante la vida en común de los esposos.

Conviene no confundir la esterilidad con la impotencia, puesto que aquélla no impide el vínculo conyugal, aunque prácticamente queden defraudados los fines específicos del matrimonio. Así lo establece el número 3.º del artículo 1.068 del Códex, advirtiendo el número anterior que cuando la impotencia es dudosa, vale el matrimonio.

Sobre la actitud de nuestro Derecho positivo en relación a esta materia ya hemos consignado los antecedentes del Fuero Juzgo y la Jurisprudencia, contraria, de nuestro Tribunal Supremo.

4.º *Los votos solemnes de castidad.*

Sin perjuicio de las leyes civiles que reprodujimos oportunamente, se ocupan de esta materia el Capítulo IX, Sesión XXIV del Concilio de Trento, y actualmente el Canon 1.058.

Abarca este impedimento el orden sagrado del presbiteriado, el diaconado y el subdiaconado en la Iglesia de occidente, y el presbiteriado y diaconado en la griega. Lo mismo sucede con los votos solemnes, e incluso con los *votos simples* de los profesos en la Compañía de Jesús (C. 1.073).

La prohibición es considerada de Derecho eclesiástico, y, por lo tanto, dispensable, como ha hecho algunas veces la Iglesia, aunque hoy los preceptos sobre la materia son terminantes (Canon 1.072). Algunos autores suponen que la primera Epístola de San Pablo a Timoteo (Romanos III, 2 y 12) autorizaba el matrimonio de los eclesiásticos.

Cronológicamente la prohibición empieza a ser recogida por el Canon XXXIII del Concilio de Elvira, celebrado el año 305, siendo ratificada por el Canon I del Concilio Neo-Cesarense, del año 314, y vuelta a confirmar por el Canon III del Concilio de Roma, reuniendo el año 402.

El concilio Mecón, celebrado el año 581, llevó su preocupación contra las mujeres a términos tan absolutos que prohibió toda convivencia con ellas a los eclesiásticos, salvo que se tratase de abuelas, madre o hermanas y la convivencia fuese indispensable; criterio que reitera el Concilio de Metz (año 888) y halla su legislador en el Papa Alejandro III, quien, en 1159, declara incompatible el estado conyugal con los beneficios eclesiásticos. Fué lo mismo que preceptuó en 1563 el Concilio de Trento en su Sesión XXIV, al declarar anatema la presunción de que el estado matrimonial fuese preferible al de virginidad o celibato.

5.º *El vínculo matrimonial anterior.*

Sobre este impedimento están contextes todas nuestras leyes históricas (excepción hecha de la del Fuero, más arriba reseñada), imponiéndose por su virtud el principio de monogamia absoluta establecido por el Canon II del Concilio de Trento y ratificado por el 1.069 del Corpus.

Pero existen casos especiales en los que, aún disuelto el matrimonio anterior, que parece ser el único obstáculo que se opone a la celebración de otro nuevo, éste no puede realizarse mientras no conste claramente la nulidad o disolución del primer vínculo; y aun otros casos en que declarada la disolución oficialmente y celebrado nuevo matrimonio, el primero recobra su fuerza, como

ocurre en el caso de supuesta muerte, si es que el cónyuge vuelve a aparecer.

Sabemos, en efecto, que la ausencia no produce de por sí la disolución del vínculo, según la Iglesia, aunque las legislaciones positivas han establecido diversos criterios sobre el particular. Sin embargo, cuando esa ausencia lleva implícita la presunción de muerte, la situación cambia, porque la muerte pone por antonomasia fin al matrimonio.

A tales propósitos obedecen las Instrucciones dadas en 1868 por el Santo Oficio, en las que se aconseja proceder con la mayor cautela en tan delicado asunto, exigiendo certificado de defunción o declaración de testigos, incluso de referencia, apelando a la prensa, etc., pero, en todo caso, adquiriendo convencimiento material, o al menos moral, de que la persona de que se trata ha muerto.

No obstante esto, resulta claro que si el cónyuge a quien se supuso difunto vuelve a comparecer, su matrimonio prevalecerá por encima del celebrado por el otro cónyuge en su ausencia, contrariamente a lo que hemos visto ocurría en la legislación de algunos Estados.

6.º *El parentesco en línea directa por consanguinidad o afinidad legítima o natural.*

Quedan señalados los antecedentes de esta disposición, que hallamos confirmada por el Concilio de Trento, Capítulo VIII de su Sesión XXIV, y en la actualidad por el Canon 1.076.

7.º *El parentesco en línea colateral o por consanguinidad legítima hasta el tercer grado.*

Desde el punto de vista del Derecho canónico este impedimento ha experimentado una gran evolución, pues, sin llegar a la promiscuidad de sexos, admiten los canonistas que en los orígenes del mundo hubo de estar permitido el matrimonio entre hermanos, ya que en otro caso hubiese sido imposible la perpetuación

de la especie sobre la base de una primera y única pareja procreadora. Algo hemos dicho antes de ahora sobre la evolución histórica de este impedimento, pero hemos de procurar completarlo.

En el Génesis (Capítulo XX), vemos a Abraham casado con su sobrina carnal Sahara, y en el Libro Números (Capítulo XXVI) a Anran, padre de Moisés, contraer matrimonio con su tía Jacobat, hija de Leví, abuelo a su vez de Anran.

Moisés, en el Capítulo XVIII del Levítico, prohíbe el matrimonio entre padres e hijos y abuelos y nietos, así como entre hermanos y entre tía paterna y sobrino, pero no entre tío y sobrina, como acredita el vr. XIII del Capítulo I. En cambio, autoriza y aún recomienda el matrimonio entre los demás parientes colaterales, atendiendo a la conservación de la pureza de la raza.

El mismo criterio mantuvo la Iglesia en sus primeros siglos, no resultando prohibidos los matrimonios en segundo grado colateral, o sea entre primos carnales, conforme nos enseña el Capítulo XVI, Libro XV «De civitate», de San Agustín; pero sí los celebrados entre tío y sobrina, contrariamente al criterio que hemos visto sostenido por el Levítico. Lo expuesto se deduce de la ley de Teodosio, «De incestis nupciis», Libro III, Título XIII.

La materia no quedó entonces completamente definida, y desde el siglo VII en adelante fué objeto de grandes reformas, prohibiéndose primero el matrimonio entre parientes del séptimo grado, conforme acreditan una carta de Gregorio II a Bonifacio, escrita el año 731, y el Senado de Worms, de 1888, con las excepciones correspondientes a ingleses y germanos, quienes podían casarse hasta el cuarto grado de parentesco entre sí. Este sistema fué el que prevaleció con carácter general en el Concilio de Letrán, celebrado en 1215 bajo la dirección de Inocencio III, en cuyo sentido está redactado el Canon 50 de aquella reunión.

El Códex vigente ha dado un paso más, y solo prohíbe el matrimonio hasta el tercer grado. Pero en realidad, *por derecho natural únicamente es inválido el matrimonio entre padres e hijos, pues respecto a*

los demás puede, y así ha ocurrido algunas veces, otorgarse dispensa.

8.º *El parentesco entre el padre o la madre adoptante con el adoptado entre éste el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.*

Se sigue aquí el mismo criterio que en el Derecho civil, al cual se adaptará la legislación canónica de cada pueblo. Cabe su dispensa, por no ser impedimento de derecho natural. (Canon 1.059).

9.º *La sentencia que condene a los futuros esposos como adúlteros.*

En todo caso, el adulterio ha de ser verdadero, estando uno de los culpables, cuando menos, casado; *formal*, esto es, que se conozca por los protagonistas el delito que cometen (requisito semejante al que exige nuestra legislación para condenar al que yace con mujer casada), y consumado.

Más aún; se requiere que la *promesa de matrimonio que medie entre los adúlteros sea mutua*, o lo que es lo mismo, dada y aceptada por ambos culpables, *teniendo lugar la promesa y el adulterio dentro de un mismo matrimonio legítimo*, de tal forma, que si uno de los cónyuges adultera sin prometer nada y después enviuda y se casa con tercera persona, y durante este nuevo matrimonio contrae la promesa, pero sin adúlterar, este matrimonio es válido. En cambio, cuando la promesa y el adulterio son simultáneos, surge el impedimento entre los interesados.

Se permite la dispensa (Canon 1.040), aunque no si medió conyugicidio, de acuerdo con el núm. 2.º del Canon 1.080.

10.º *La Sentencia que les condene como autores o como autor y cómplice de la muerte de cualquiera de los esposos.*

Se requiere en el derecho canónico que el parricidio quede consumado, no bastando se causen heridas graves, salvo que como consecuencia de ellas se ocasione la muerte, la que, por otra parte, debe ser producida como medio para celebrar el nuevo ma-

rimonio. Hemos visto el sistema que el derecho positivo tiene adoptado sobre este particular.

Cuando existe sólo parricidio y no va acompañado de adulterio, es preciso que medie acuerdo entre los autores del delito y que uno de ellos, por lo menos, lo haya ejecutado para contraer el matrimonio que proyectó.

Además, para incurrir en este impedimento es preciso se trate de bautizados, pues no siéndolo a la fecha del delito, y sí después, pueden casarse sin impedimento alguno.

Fuera de estos casos, mediando la maquinación de conyugicio a que se refiere el número 3.º del Canon 1.080, el impedimento es indispensable, incluso cuando uno de los culpables fué ajeno a ese propósito.

11.º *El error en la persona o la coacción o miedo graves que vicien el consentimiento.*

En este sentido están redactados el Capítulo VI de las Decretales y los Cánones 1.083 y siguientes, si bien el matrimonio se convalida caso de que los interesados no reclamen contra él. (Canon 1.093).

Se considera que también el error en las cualidades de la persona pueda ser causa de nulidad del matrimonio canónico, si es que aquellas cualidades están tan íntimamente ligadas al sujeto que puede decirse afectan a la substancia o identidad del mismo.

A su vez, y para que el miedo invalide el matrimonio, se requiere que sea grave y que mediante él se fuerce a alegir el vínculo como única solución para librarse del peligro que amenaza al interesado.

Se duda si este impedimento es de derecho natural o de derecho positivo, considerando que el miedo, por grave que sea, nunca anula completamente la libertad, quedándole al interesado la facultad de escoger entre el matrimonio o el mal que tema se le pueda producir. En este último concepto, que es el admitido por

los canonistas, el indicado defecto no entraña la nulidad intrínseca del matrimonio.

12.º *El rapto.*

Con referencia al matrimonio civil quedan ya reseñados los preceptos que regulan la situación anormal de la raptada. El Capítulo VI de la Sesión XXIV del Concilio de Trento confirma las mismas reglas, y el Canon 1.074 del Corpus preceptúa que es nulo el matrimonio mientras la raptada esté en poder del raptor, pero no si aquélla recobra la libertad y consiente el enlace.

En esta materia ha de advertirse, como ya hicimos antes de ahora, que tanto la legislación positiva como la eclesiástica se refieren en este impedimento a la mujer, no al varón, a quién nunca se supone raptado, pues el propósito que llevó al legislador a dictar aquellos preceptos ha sido el de proteger la debilidad del sexo, lo que no ocurre tratándose de hombres.

Para calificar el rapto es preciso que exista retención violenta de la mujer, realizada contra su voluntad y con propósito de obligarla a contraer matrimonio. La legislación civil es en esta materia más exigente que la canónica, puesto que según hemos visto aquel tipo de matrimonio se declara nulo aun cuando el rapto se haya verificado por seducción, o con consentimiento de la raptada.

13.º *La falta de Párroco propio y de testigos.*

Así lo establece el Capítulo I de la tan repetida Sesión XXIV del Concilio de Trento y la Declaración de 28 de agosto de 1854. Sin embargo, debe tenerse presente lo dispuesto en el Canon 1.098 del Códex, que concede validez al matrimonio contraído ante dos testigos sin intervención de Sacerdote, siempre que no exista impedimento alguno dirimente y no se encuentre religioso que pueda asistir al acto. Se funda esta excepción en que, como sabemos, los propios cónyuges son los ministros del Sacramento, quedando autorizado para el caso de peligro de muerte, y aún fuera de este peligro («et etiam extra mortis periculum...»), si bien el canon 1.101

recomienda «se cuide de que los esposos reciban la solemne bendición», que solo en Misa puede dárseles.

EFFECTOS DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES. — NULIDAD DEL MATRIMONIO

Cuando concurra alguno de los impedimentos expuestos y no se obtuvo para ellos dispensa de los que son disculpables, el matrimonio es nulo, no produciéndose efecto alguno respecto a las personas o bienes de los cónyuges ni de sus descendientes. La unión de aquéllos se considera como libre, no como Sacramento ni siquiera como contrato, y los hijos habidos de tal coyunda tienen la consideración de ilegítimos, sin otro derecho que el de pedir alimentos en los casos previstos en el artículo 130 del Código.

DISPENSA DE IMPEDIMENTOS

En cambio, pueden ser objeto de dispensa, y, por consiguiente, se puede contraer matrimonio aún concurriendo cualquiera de los impedimentos que vamos a señalar.

Derecho civil.—Por el Derecho civil:

- 1.º Los parientes colaterales en tercero y cuarto grado de consanguinidad.
- 2.º Los colaterales por afinidad legítima en cualquier grado.
- 3.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural en cualquier grado.
- 4.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, aún subsistiendo la adopción.

La dispensa, mediando causa justa, será otorgada por el Gobierno (artículo 85 del Código), por más que la ley de 28 de julio de 1932 autorizaba al Juez para concederla. Al mismo Gobierno corresponde dispensar a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio haya sido declarado nulo para que contraiga nuevas nupcias antes de transcurrir el plazo legal.

Derecho canónico.—Por el Derecho canónico:

1.º Los parientes colaterales en todos los grados, excepto en el segundo, o sea cuando se trate de hermanos, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo V de la Sesión XXIV del Concilio de Trento y en el Canon 1.077. Sin embargo, ya hemos dicho que por derecho natural no es impedimento absoluto el segundo grado, puesto que en otro caso no podría haber dispensado la Iglesia de él, según resulta del Canon 1.043.

2.º Los parientes colaterales por afinidad en todos los grados, conforme nos enseña Lama Arenal.

3.º Los parientes por afinidad espiritual procedente de bautismo, aunque no de confirmación, pues ésta no engendra impedimento alguno. (Canon 1.079, en relación con los 762, 763, 768 y 797).

Además, el Corpus ha restringido la aplicación de los antiguos preceptos, que hoy solo rigen entre el bautizante, el bautizado y el padrino, no siendo aplicables a los padres del segundo.

4.º Los obligados por voto de pública honestidad derivada de esponsales válidos o impedidos por matrimonio rato, haya sido o no consumado.

Su dispensa era excepcional en la antigua disciplina, hoy modificada por el vigente Códex.

No integra este impedimento el concubinato antes del bautismo, ni el matrimonio civil, a no ser que éste tenga caracteres de publicidad.

5.º Los ligados por vínculo de adopción, incluso el padre con la hija adoptiva o la madre con su hijo.

En estos casos será preciso concorra la dispensa civil además de la canónica, pues de lo contrario los contrayentes incurren en la pena de arresto mayor, de acuerdo con el artículo 491 del Código Penal.

Como hemos dicho, no existirá este impedimento en lo canónico allí donde no lo haya para lo civil, puesto que la primera legislación se adapta a la última.



6.º Las personas sobre quienes pese alguno de los impedimentos siguientes:

a) Los esponsales, conforme al Capítulo III, Sesión XXIV del Concilio de Trento y al Canon 1.017. En el derecho positivo se halla recogida esta doctrina por la ley X, Título II, Libro III del Fuero Real y por las leyes VIII, IX y XII, Título I de la Partida cuarta.

El Concilio de Trento dejó limitado el impedimento al grado primero; pero, en todo caso, duraba perpetuamente aún cuando los esponsales fuesen declarados nulós, salvo que lo hubiesen sido por falta de consentimiento.

Entre nosotros, después de haberse adoptado estas reglas, se publicó por Carlos IV, en 10 de abril de 1803, un Decreto por el que se prohibió la admisión de demandas fundadas en esponsales privados, exigiendo el requisito de la escritura pública. Este criterio pasó al Derecho canónico a través del Decreto «Ne Temere», que, a su vez, fué modificado por el Corpus Iuris, puesto que en el referido Decreto, si se negaba valor a los esponsales privados se le concedía a los públicos, con obligación ineludible de casarse.

En la actualidad, el Código Civil español, lo mismo que el italiano, (artículo 54) y el Corpus, solo conceden derecho a una indemnización por incumplimiento de promesa, pudiendo reclamarse indistintamente ante los Tribunales civiles o eclesiásticos, según declaró la Comisión del Código Canónico en Resolución de 2 de junio de 1918.

b) El voto simple de castidad (Decreto, Capítulo VI, Título VI del Libro IV). El párrafo 2.º del Canon 1.058 dice que: «ningún voto simple de castidad anula el matrimonio, a no ser que la anulación haya sido establecida por prescripción especial de la Sede Apostólica». Tal ocurre con los religiosos de la Compañía de Jesús.

Según la doctrina canónica se crea en virtud del voto de referencia una interdicción moral, no jurídica, para el matrimonio y

más propiamente para la consumación del mismo, puesto que aun casado, mientras no se dé la cópula, la castidad perdura.

c) La disparidad relativa de cultos, conforme preceptuó la Bula matrimonial de Benedicto XIV y ratifican los Cánones 1.060 y 1.064.

Cuando haya peligro de perversión para el cónyuge católico y para la prole el citado Canon 1.060 considera el impedimento de derecho divino, no eclesiástico, siendo, por consiguiente, irredimible.

d) La ignorancia de la doctrina cristiana, según el Ritual romano y el Con. del Cod., 23 de junio de 1918.

e) La falta de amonestaciones, como dispuso el Canon IV de la Sesión XXIV del Concilio de Trento y ordenan los Cánones 1.019 y siguientes del Corpus.

Esto no obstante, podrá prescindirse de ellas en caso de peligro de muerte si los interesados afirman bajo juramento que están bautizados y no les detiene ningún impedimento, no existiendo indicios en contra. También el Ordinario del lugar podrá dispensar con causa legítima la publicación de amonestaciones aún en Diócesis ajena (Canon 1.028), debiendo celebrarse el matrimonio dentro de los seis meses siguientes, conforme dispone el número 2.º del Canon 1.030.

f) El tiempo «clausum», o sea aquél en que están cerradas las velaciones. Pueden verse sobre el particular el Canon X de la Sesión XXIV del Concilio y los Cánones 1.108 y siguientes del Corpus, así como el Decreto de la Sagrada Congregación de Ritos de 14 de junio de 1918.

El tiempo prohibido abarca desde la primera dominica de Adviento hasta Navidad, ambas fechas inclusive, y desde el Miércoles de Ceniza hasta el Domingo de Resurrección, incluídas también estas dos festividades.

Pero cabe dispensa, conforme al párrafo 3.º del citado Canon 1.108, por los Ordinarios locales, siempre que concurra causa justa para ello, siquiera advirtiendo a los esposos que se abstengan de excesiva pompa.

g) El veto de la Iglesia. (Decreto de Gregorio IX y Cánones 1.038 y 1.039 del Códex). Pío IX estableció en el «Syllabus» la verdadera doctrina sobre el particular, atribuyendo a la Iglesia la suprema potestad de legislar en materia de impedimentos respecto a bautizados, puesto que los demás caen bajo la autoridad civil.

Conforme con estas bases, el Canon 1.039 establece que los Ordinarios locales pueden prohibir el matrimonio a los que de hecho moren en su territorio y aún a los que residan fuera de él si son súbditos suyos, siempre que para ello concurra causa legítima y mientras ésta perdure. Solo la Sede Apostólica puede añadir cláusula irritante al matrimonio prohibido.

El veto tiene, pues, carácter temporal, y transcurrido el tiempo o cesado el motivo por que se estableció, puede contraerse legítimamente matrimonio.

h) El impedimento nacido de viudez o nulidad de matrimonio.

El derecho canónico no establece en este sentido prescripciones análogas a las del derecho civil, limitándose a exigir (número 2.º del Canon 1.069) que conste ciertamente la nulidad o disolución del matrimonio anterior y a elogiar a la que llama «casta viuda», (Canon 1.142); pero las segundas o posteriores nupcias quedan permitidas sin sujeción a término alguno y sin otra limitación que la de impedir que la mujer pueda recibir dos veces la bendición nupcial, de acuerdo con el Canon 1.143.

Lo mismo ocurre con los hijos de familia, sin distinción entre mayores y menores, respecto a los cuales, como hemos visto, el derecho canónico no exige el consentimiento o consejo de los padres, advirtiendo únicamente el Canon 1.034 que el párroco les exhortará a interesar el mismo, no asistiendo en otro caso el matrimonio sin consultar al Ordinario del lugar.

DENUNCIA Y DISPENSA DE IMPEDIMENTOS CANONICOS

Antes de proceder a la celebración del matrimonio, dice el Canon 1.019, que en esta materia coincide con lo previsto para el caso por la legislación civil, deberá constar que nada se opone a la validez y licitud de la unión que se proyecta.

A tales efectos, el Canon 1.023 ordena la publicación de amonestaciones (salvo los casos de dispensa) durante tres domingos consecutivos o días de precepto de la Iglesia, leyéndose en la Misa mayor o en otros actos a los que asista el pueblo en gran número, y pudiendo ser substituídas, a tenor del Canon siguiente, por un anuncio fijado en las puertas de la Iglesia por espacio de ocho días entre los que se cuenten dos festivos de precepto.

Las amonestaciones serán hechas por el Párroco propio, y si alguno de los contrayentes hubiese residido fuera del lugar durante seis meses después de la pubertad, el Párroco expondrá el asunto al Ordinario, el cual exigirá que las amonestaciones se publiquen también allí o se practiquen las diligencias que considere necesarias.

El Canon 1.027 se limita a declarar la obligación de los fieles de denunciar al Párroco o al Ordinario los impedimentos que se opongan a la celebración del matrimonio; pero contra el silencio no existe más que una sanción moral, sin fuerza coercitiva externa, como es lógico. Por lo demás, dicho silencio entraña grave falta, no pudiendo excusarse de romperle por razones de parentesco o de secreto natural, aunque sí de secreto profesional, según estiman los canonistas.

Tampoco se encuentra sanción jurídica en el derecho positivo, en el que la oposición constituye una facultad mejor que un deber, por cuyo motivo la legislación y los tratadistas omiten señalar las consecuencias que pudiera acarrear el matrimonio para el que dejó celebrarle con conocimiento de los impedimentos que le prohibían; y el Código civil francés, más minucioso en esta materia que el nuestro, determina las personas a quienes corresponde la

denuncia según un sistema que está proclamando el carácter de derecho que tiene dicha facultad, llamada precisamente, «derecho» por el artículo 172.

Esto entraña una sensible diferencia entre la legislación canónica y el derecho común.

Lo natural sería que también en este último existiera alguna penalidad para el que silenció el impedimento, respecto a lo cual encontramos algún atisbo en el artículo 183 del Código civil francés, e incluso en la teoría referente a los casos de error, fuerza, miedo, etc., etc.; pero, en general, el asunto está considerado por el Derecho como una prerrogativa del denunciante, quien podrá obrar según le acomode, no obstante la transcendencia pública del matrimonio y los trastornos que habrán de seguirse de la declaración de una nulidad que el mismo produjo o contribuyó a producir con su inhibición.



Réstanos hablar de la dispensa de impedimentos, en los casos en que éstos son dispensables.

Para ello volveremos a distinguir entre impedimentos impedientes, que constituyen una causa ilícita para la celebración del matrimonio, pero que una vez celebrado no producen su nulidad, y dirimentes, que son, por lo contrario, los que además de prohibir el vínculo le anulan, si es que se ha establecido contra la interdicción de la Ley (Canon 1.037).

Los impedimentos canónicos pueden ser de derecho natural, en cuyo caso alcanzan a todos los hombres, estén o no bautizados; de derecho divino-positivo, limitados en su aplicación a las personas para quienes se dictaron, y de Derecho Eclesiástico, que son los que la Iglesia establece para sus súbditos, de acuerdo con la facultad que a la misma compete para legislar sobre esta materia, según el Canon III del Concilio de Trento y el «Syllabus» de Pío IX.

Todo esto, sin perjuicio de los llamados impedimentos civiles que las autoridades del mismo nombre pueden crear y que son aceptados o no por la Iglesia, según los casos. Como impedimento típico de esta clase tenemos la adopción, que en unos países se considera como impedimento y en otros no.

Para la dispensa se distingue entre impedimentos de grado mayor y menor, conforme preceptúa la Constitución «Sepienti Consilio», promulgada por Pío X en 1908, teniendo en cuenta la reforma que en tal sentido estableció el Corpus Iuris, donde se reducen buen número de los impedimentos considerados antes de grado mayor.

El Canon 1.042 del Corpus los define de modo indirecto o por exclusión, determinando expresamente los menores y añadiendo en su último párrafo que «son de grado mayor todos los demás».

Son menores: la consanguinidad en tercer grado colateral; la afinidad en grado segundo en la misma línea; la honestidad pública en grado segundo; el parentesco espiritual, y el crimen de adulterio con promesa o intento de matrimonio.

AUTORIDAD DE QUIEN DEBE PEDIRSE LA DISPENSA CANÓNICA Y ALCANCE DE LA MISMA

En principio, la dispensa de impedimentos solo corresponde a la Santa Sede, salvo que por derecho común eclesiástico o por especial indulto se conceda ese privilegio a otra autoridad. Tal ocurre en España, donde las dispensas públicas para los grados tercero con cuarto y cuarto solamente, pueden ser interesadas de la Nunciatura establecida en Madrid.

Así mismo, debe tenerse presente lo establecido por el Corpus para los *casos de peligro de muerte, en los cuales puede dispensar el Ordinario del lugar, de idéntica forma que el Párroco o el Sacerdote que asistan al acto, e incluso el confesor, aunque éste únicamente en el fuero interno.*

Alcance.

La dispensa alcanza a todos los impedimentos que procedan del Derecho eclesiástico, igual sean simples que múltiples, públicos que privados, con excepción de los que procedan del presbiterado y de la afinidad en línea recta, conforme a las reglas dictadas para el caso por León XIII en 1888, cuya confirmación se encuentra en los Cánones 1.043 y siguientes, donde se extienden a las hipótesis en que no existiendo peligro de muerte el matrimonio no pueda aplazarse por estar todo dispuesto para él o temerse grave peligro del aplazamiento.

La solicitud de dispensa ha de fundarse en causa legítima, cuya enumeración está hecha con gran amplitud de criterio (legitimación de la prole, indigencia de la mujer, conveniencia de evitar el escándalo, necesidad de conseguir la armonía de las familias, etcétera, etcétera); pero el impedimento que quiera redimirse debe ser señalado con toda exactitud en la instancia, porque el error en que se incurra anula la dispensa.

La solicitud se dirigirá por medio del Obispo a la Santa Sede, como queda dicho, elevándose a la Sagrada Penitenciaría o a la Sagrada Congregación de ritos, según se trate de impedimentos ocultos o no. Cuando el impedimento es doble, se pedirá primeramente la dispensa del oculto y luego la del otro.

A la Congregación del Santo Oficio compete la dispensa de los impedimentos calificados de disparidad de cultos y religión mixta.

Dichas dispensas, cuando procedan, son otorgadas gratuitamente, como ya dispuso el Concilio de Trento; pero es práctica remunerarlas por medio de limosna de la que están exentos los pobres, de acuerdo con la Bula dada por Benedicto XIV en 1754, reiterada por Decreto de la Sagrada Penitenciaría de 20 de enero de 1904.

CONVALIDACION DEL MATRIMONIO CANONICO EN QUE HUBO IMPEDIMENTOS

Hemos hablado anteriormente de la convalidación del matrimonio civil, con algunas alusiones al canónico. Veamos ahora especialmente lo que ocurre en éste.

La doctrina del Derecho canónico es bastante distinta a la del civil sobre el mismo punto.

Lo primero será distinguir la clase de impedimento que medió, pues si es de Derecho natural o divino el matrimonio no puede ser convalidado. Tal acontece con los celebrados en línea directa hasta el infinito.

Por lo contrario, si el impedimento es de Derecho positivo o eclesiástico, puede convalidarse el matrimonio, ya por haber cesado aquél o ya por haberse obtenido dispensa para el mismo (Canon 1.133); pero se precisa la *renovación del consentimiento*, por lo menos de parte de quien conocía el obstáculo, aunque los dos cónyuges hayan prestado su aprobación en momento oportuno sin retirarla más tarde (párrafo 2.º del Canon 1.133). Esto ha de entenderse con la excepción que supone la titulada «sanación en raíz», regulada por los Cánones 1.138 y siguientes, cuando en el caso medie dispensa de la ley que exige la precitada renovación.

Esta renovación es un nuevo acto de voluntad, pero sus particularidades varían según las circunstancias. Si una de las partes no consintió bastará que consienta posteriormente, siempre que la otra persevere en su actitud de origen; y según sea interna o externa la reserva de voluntad que se hizo en su día, así habrá de ser la nueva manifestación volitiva que se haga.

De la misma forma; si el impedimento es público, pública debe ser la renovación del consentimiento, y si privado u oculto, basta que los interesados ratifiquen de la misma manera el propósito que expusieron antes de la convalidación.

Es de esencia advertir que en el Derecho canónico no existe la

renovación tácita, como ocurre en el civil. Así, el Canon 1.067 declara inválido el matrimonio contraído por menores de 14 y 16 años respectivamente, sin que exista reserva alguna para los casos en que la mujer viva con su marido un día después de haber llegado a la pubertad o conciba antes de ese plazo o de haber entablado su reclamación. Y en cuanto al rapto, tampoco es suficiente que la raptada recobre su libertad, sino que es preciso sea depositada en lugar libre y seguro y vuelva a prestar su consentimiento (Canon 1.074). Mejor dicho, que preste el consentimiento por primera vez, ya que el anterior no produjo efecto alguno.

Lo mismo acontece con el error, el miedo o la fuerza, respecto a cuyos defectos no está admitida la convalidación tácita (Cánones 1.083 y 1.087), contrariamente a lo que preceptúa nuestro Código civil (artículo 102), en relación con el 181 del francés y los 108 y siguientes del Código italiano.

Sin embargo, sobre este particular debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Canon 1.093, del que nos ocupamos en lugar oportuno.

La convalidación o revalidación otorga efectos al matrimonio desde el momento en que es obtenida la gracia (número 2º del Canon 1.138), y no antes, ya que una cosa no puede ser nula y válida al mismo tiempo, y declarada la ilicitud del acto tal como se celebró, es natural que la Iglesia no le conceda efecto alguno. Pero si se hace por subsanación de raíz, solo otorgable por la Santa Sede (Canon 1.141), esos efectos se retrotraen al momento mismo en que se celebró el matrimonio, salvo que se declare expresamente otra cosa en la concesión (número 2.º del Canon 1.137), siendo necesario para ello que no exista impedimento de Derecho natural o divino y que concurra el consentimiento de ambos esposos, pues en otro caso no cabe la subsanación que nos ocupa, de acuerdo con lo prevenido en el n.º 2.º del Canon 1.139 y en el Canon 1.040.

Y nada más sobre la materia, respecto a la cual hemos procurado reunir y ordenar con el mayor método posible (el lector nos dirá si lo hemos conseguido) cuanto sobre ella se ha dictado de interés hasta el día de hoy.