

LA LICENCIA MATRIMONIAL EN ESPAÑA DURANTE LAS REGENCIAS

Por

JOSÉ MARÍA LAINA GALLEGO
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad de Zaragoza

jmlaina@unizar.es

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 45 (2017)

RESUMEN: El trabajo analiza algunas cuestiones referentes al matrimonio en el proyecto de Código Civil español de 1836, que es un texto poco conocido, centrandolo en el examen de la autorización de terceras personas para su celebración.

Se estudian aspectos diversos relacionados con esa posible aprobación: trámites previos al matrimonio, personas que debían conceder la licencia, excepciones, efectos de la falta de ese requisito, cuestiones relacionadas con la nulidad del matrimonio, etc.

Se incluyen en el inicio del trabajo algunas cuestiones previas a la regulación del matrimonio, referentes al contexto histórico y a la preparación de ese proyecto de Código Civil, así como a la regulación de los esponsales, que también se incluía en el proyecto. Se añaden también algunos datos biográficos de los protagonistas principales. Por otra parte, hay algunas referencias a la relación del texto en estudio con el Derecho Canónico, así como al influjo que pudo tener este proyecto de Código en la legislación civil posterior. Esto facilita encuadrar el análisis del texto del proyecto acerca de la figura objeto de este estudio.

PALABRAS CLAVE: Licencia; matrimonio; Regencias.

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS A LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO. 1. Contexto histórico de la época y preparación del proyecto. 2. Referencia a la regulación de los esponsales. II. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO. III. TRÁMITES ANTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. IV. DILIGENCIAS PREVIAS AL MATRIMONIO Y CONSENTIMIENTO PATERNO. V. LAS PARTIDAS DE CASAMIENTO. VI. EXCEPCIONES EN CUANTO A LOS REQUISITOS ANTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. 1. Matrimonios celebrados por españoles en países extranjeros. 1.1. Supuesto de quienes fijarán su residencia en territorio español. 1.2. Supuestos de no desear volver a residir en territorio español. 1.3. Partidas de casamiento en esos casos. 2. Matrimonios en algunas circunstancias extraordinarias. 2.1. El consentimiento paterno como elemento central. 2.2. Situaciones consideradas como circunstancias extraordinarias. 2.3. Hechos concurrentes con las circunstancias extraordinarias. 2.4. Producción de efectos del matrimonio celebrado sin el consentimiento o consejo paterno en razón de las circunstancias extraordinarias. 2.5. Supuesto de fallecimiento de algún cónyuge antes de la suplicia de requisitos. 2.6. Uso restrictivo de la celebración del matrimonio en circunstancias extraordinarias. VII. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN ILEGAL DEL MATRIMONIO. 1. La falta de licencia paterna en cuanto a los efectos. 2. La consideración de los hijos como naturales reconocidos. VIII. LA NULIDAD MATRIMONIAL. 1. Cuestiones generales. 2. Solicitud de la nulidad. 2.1. Personas legitimadas por haber dado su consejo para ese matrimonio. 2.2. Condiciones para la solicitud de nulidad del matrimonio por parte de los parientes o curadores. 3. La intervención en la demanda de nulidad por parte de parientes o curadores. 3.1. "Por sí". 3.2. "Coadyuvando al interesado". IX. PRUEBA DEL MATRIMONIO. X. EFECTOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD EN EL IUS CONNUBII

THE MARRIAGE LICENSE IN SPAIN DURING REGENCIES

ABSTRACT: The paper analyzes some issues concerned to marriage in the project of the Spanish Civil Law Code of 1836, which is a little known text, focusing the study on the authorization of third parties for de marriage to be held.

Various aspects related to this possible approval are studied: procedures prior to marriage, persons to be licensed, exceptions, effects of the lack of that requirement, issues related to the nullity of marriage, etc.

In the beginning of the work are some pre-marriage regulation issues included, concerning the historical context and the preparation of this draft of Civil Code, as well as the regulation of betrothal, which was also included in the project. Some biographical data of the main protagonists are also included. On the other hand, there are some references to the relationship of the text under study with Canon Law, as well as to the influence that this draft Code could have on later civil legislation. This facilitates framing the analysis of the text of the project about the figure which is the object of this study.

KEYWORDS: License; Marriage; Regency.

SUMMARY: I. MATTERS PRIOR TO THE REGULATION OF MARRIAGE. 1. Historical context at the time and preparation of the project. 2. Reference to the regulation of betrothal. II. GENERAL MATTERS ON THE REGULATION OF MARRIAGE. III. PROCEEDINGS PREVIOUS TO THE CELEBRATION OF MARRIAGE. IV. PRE-MARRIAGE PROCEDURES AND PARENTAL CONSENT. V. MARRIAGE MATCHES. VI. EXCEPTIONS TO THE REQUIREMENTS PREVIOUS TO THE CELEBRATION OF MARRIAGE. 1. Marriages celebrated by Spaniards in foreign countries. 1.1. Assumption of those who will establish their residence in Spanish territory. 1.2. Assumptions of not wanting to return to reside in Spanish territory. 1.3. Wedding sets in such cases. 2. Marriages in some extraordinary circumstances. 2.1. Parental consent as a central element. 2.2. Situations considered as extraordinary circumstances. 2.3. Facts Concurrent with Extraordinary Circumstances. 2.4. Consequences of marriage concluded without parental consent or advice on account of extraordinary circumstances. 2.5. Assumption of death of a spouse before the substitution of requirements. 2.6. Restrictive use of the celebration of marriage in extraordinary circumstances. VII. EFFECTS OF THE ILLEGAL CELEBRATION OF MARRIAGE. 1. The lack of paternal leave in terms of the effects. 2. The consideration of children as recognized natural. VIII. MARRIAGE ANNOUNCEMENT. 1. General issues. 2. Application for invalidity. 2.1. Persons legitimized for having given their advice for that marriage. 2.2. Conditions for the request of nullity of the marriage by the relatives or curators. 3. The intervention in the claim of nullity by relatives or healers. 3.1. "For themselves". 3.2. "Assisting the interested party". IX. PROOF OF MARRIAGE. X. RESTRICTIVE EFFECTS OF FREEDOM IN IUS CONNUBII

I. CUESTIONES PREVIAS A LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO

1. Contexto histórico de la época y preparación del proyecto

Antes de entrar en el estudio del tema objeto de este trabajo, parece conveniente señalar, aunque ser brevemente, cuál fue el contexto histórico de la época del proyecto de Código Civil de 1836. La situación de España en esos momentos era bastante diferente de la que se vivía tan sólo unos quince años antes, cuando se realizó un proyecto anterior de Código Civil, en el año 1821, a pesar de que los aproximadamente tres lustros que las separan es un tiempo escaso.

El 29 de septiembre de 1833 falleció el rey Fernando VII, y asumió el poder su esposa María Cristina de Borbón, como reina gobernadora¹. El presidente del Consejo de Ministros en ese momento era Cea Bermúdez, quien presentó el programa de gobierno de la Regencia a la reina María Cristina con fecha 4 de octubre de ese mismo año. Ese programa constaba de dos partes fundamentales: una primera parte que contenía una defensa de la religión y de la Monarquía, y una segunda parte que señalaba la promesa de reformas económicas y administrativas².

Los de tendencias liberales que apoyaban a Isabel II recibieron mal ese programa porque se traslucía un neoabsolutismo. Por otra parte, iba creciendo cada vez más la oposición³, de manera que María Cristina terminó cediendo, despidió a Cea Bermúdez, y como Secretario de Estado, nombro a Martínez de la Rosa, quien asumió también la Presidencia del Gobierno en la práctica. Enseguida se empezó a preparar un nuevo código político, muy diferente del anterior. El día 10 de abril de 1834 la reina gobernadora María Cristina sancionaba el Estatuto Real. En ese texto se regulaba la organización de las Cortes, su división en dos estamentos, sus funciones principales y sus relaciones esenciales con el rey. Una de las cuestiones más criticadas por los liberales avanzados fue que ese Estatuto carecía de una declaración de derechos.

Por otra parte, tras la muerte del rey Fernando VII en el año 1833, se produjeron cambios notables en lo referente a la situación de la política religiosa en España.

La época de la historia de España que se conoce como Década de las Regencias daba comienzo en esos momentos, y se extendería desde el año 1833 hasta el 1843.

Los historiadores consideran que fueron unos años duros para la Iglesia⁴, que sufrió constantes agravios, incidiendo incluso en las bases de su constitución y organización⁵.

¹ El rey había dispuesto en su testamento que fuera ella la gobernadora durante la menor edad de su hija, Isabel II, que sería la heredera del trono. Fernando VII también dispuso que se instituyera un Consejo de Gobierno para asesorarla en los asuntos más graves de política y administración.

² Cfr. *Historia General de España y América*, tomo XIV, Madrid 1983, pág. 357.

³ Además del Consejo de Gobierno, la componían algunos jefes militares como los generales Llauder y Quesada, otros personajes como Fernández de Córdoba y Miraflores, los más destacados del partido liberal y emigrados liberales que regresaban del exilio.

⁴ Cfr. V. CARCEL ORTI, *El Liberalismo en el poder*, en *Historia de la Iglesia en España*, AA. VV., dirigida por R. García Villoslada, Madrid 1979, tomo V, págs. 122 y ss.; L. CRESPO DE MIGUEL, *La "Cuestión matrimonial" en la elaboración del Código. Un homenaje a Alonso Martínez*, en "Centenario del Código Civil", Madrid 1989, pág. 190; M. REVUELTA GONZALEZ, *La Iglesia española y el Antiguo Régimen (1808-1833)*, en *Historia de la Iglesia en España*, dirigida por R. GARCIA VILLOSLADA, Madrid 1979, tomo V, págs. 98 y ss.

⁵ Cfr. *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, Dirigido por ALDEA VAQUERO, MARIN MARTINEZ y VIVES GATELL, II. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1972, pág. 582.

A medida que se fueron sucediendo los gobiernos, la política religiosa de esa época fue variando⁶. Martínez de la Rosa (1787-1862) accedió a la jefatura del Gobierno en enero de 1834. En el gabinete del gobierno que se formó, estaba Nicolás María Garelly⁷, como ministro de Gracia y Justicia, que tuvo un notable protagonismo en el del Proyecto de Código Civil de 1821, como redactor principal.

Después de Martínez de la Rosa, presidió el Gobierno José María Queipo de Llano⁸, que incluyó en el gobierno a algunos personajes como Álvarez Guerra, García Herreros y Mendizábal que eran algo exaltados, y también otros de corte moderado, como el marqués de las Amarillas y Álava. También se tomaron medidas anticlericales durante su etapa de gobierno⁹.

⁶ Cfr. V. CARCEL ORTI, *El Liberalismo en el poder*, ob. cit., tomo V, pág. 122.

⁷ Nacido en el año 1777. A los diecinueve años obtuvo el grado de Bachiller en Leyes, y en 1797 se doctoró en Derecho. En 1802 era Doctor en Cánones. En 1798 comenzó la docencia, en 1802 ganó la cátedra de Leyes y Cánones, y en 1803 la Cátedra de Derecho Civil. En 1806 obtuvo la cátedra perpetua de Leyes que ejerció hasta 1822, en que dimitió por ser incompatible con el cargo de Secretario de Gracia y Justicia. Fue nombrado el 29 de marzo de 1820 hombre bueno para las elecciones generales convocadas entonces, en las que salió Diputado propietario, al igual que en otras legislaturas posteriores. Fue Senador vitalicio en 1845.

Fue Secretario de Gracia y Justicia desde 1822; y el 13 de octubre, Secretario interino de Estado. Tuvo de nuevo ese cargo en el Gobierno de Martínez de la Rosa, desde el 27 de enero de 1834 hasta el 15 de febrero del año siguiente, y la Secretaría de Gobernación, interinamente, durante algún tiempo.

Tenía fama de ser un hombre hábil en su profesión, experto en los negocios públicos, desinteresado, religioso y severo en sus costumbres. García Goyena ve en él un varón respetable y destaca su "notoria piedad e ilustración"

Según Lasso Gaité, fue un Ministro eficaz. Colaboró en las reformas de 1834: supresión de los Consejos de Castilla y de Ordenes, creación definitiva del Tribunal Supremo, demarcación de Audiencias y Juzgados; creación de comisiones para la redacción de los Códigos civil, penal y de procedimientos, y para la reforma del Código de comercio. Presidió la Comisión de las Cortes que redactó el proyecto de Código civil de 1821.

Fue elegido Presidente del Tribunal Supremo el 15 de diciembre de 1843, cargo que desempeñó hasta el 13 de febrero de 1850, fecha en que falleció.

Cfr. J. F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia, su imagen histórica, (1714-1981)*, Madrid 1984, págs. 58-60; J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española; Codificación civil, tomo IV, volúmenes I y II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid 1978 y 1979, T. IV, Vol. I, págs. 65 y 66.*

⁸ Jose Maria Queipo de Llano, conde de Toreno (1786-1843). Promotor de la Junta Provincial del Principado de Asturias y su embajador ante Inglaterra. Ministro de Hacienda en 1834, autor de un enorme empréstito y un famoso contrato con Rothschild, refirió los acontecimientos de su época primero en la *Noticia de los sucesos ocurridos en el gobierno de España desde 1808 hasta 1814* (París 1820) y luego en su clásica *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España* (Madrid 1835-1837), en la que otorga la debida atención a los acontecimientos legislativos. Cfr. R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, Granada 1983, pag. 37.

⁹ vid. V. CARCEL ORTI, *El Liberalismo en el poder*, ob. cit., tomo V, págs. 134-135.

Mendizábal sucedió a Queipo de Llano en la presidencia del Gobierno. El 19 de febrero de 1836 Mendizábal decretó su conocida "Desamortización"¹⁰.

Los siguientes presidentes del Gobierno fueron Istúriz (más moderado) y Calatrava¹¹, que tenía fama de revolucionario y violento. Este último gobierno tuvo una actividad legislativa anticlerical notable, aunque poco original¹².

En medio de este ambiente, se redactó el Proyecto de Código Civil de 1836.

Francisco Tadeo Calomarde¹³, Ministro de Gracia y Justicia, encargó en 1829 a Pedro Sainz de Andino¹⁴ que reuniera los antecedentes y trabajos previos¹⁵ para la elaboración del Código Civil¹⁶. Pero tuvo poco éxito en ese cometido.

¹⁰ vid. C. SECO SERRANO, *Martínez de la Rosa; el equilibrio en la crisis*, en F. MARTINEZ DE LA ROSA, Obras, Madrid 1962, I p. LXXXI.

¹¹ Jose Maria Calatrava Peinado. Nació el 26 de febrero de 1781. Estudió leyes en Sevilla. Diputado por Extremadura en las Cortes de Cádiz. Fue nombrado Secretario de Gobernación el 20 de abril de 1823. El 1 de octubre de 1823 salió desterrado a Portugal, Inglaterra y Francia, hasta la muerte de Fernando VII. Intervino asesorando a los sargentos que preparaban el motín de La Granja el 12 de agosto de 1836, lo que le valió la presidencia del Gobierno que se constituyó. Esta etapa de su gestión política se caracteriza por su radicalismo, pues dispuso el secuestro de los bienes de los que se habían expatriado desde el pronunciamiento del Real Sitio y la desamortización incontrolada, que tanto daño produjo en el Tesoro artístico nacional y en el patrimonio común de los pueblos. Fue presidente de las Cortes en 1839 y senador por Albacete, Huesca y Baleares. Se le nombró magistrado del Tribunal Supremo, y desde 1840 hasta 1843 presidió ese tribunal. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica*, ob. cit., págs. 61-63.

¹² Cfr. V. CARCEL ORTI, *El Liberalismo en el poder*, ob. cit., tomo V, págs. 143, 144.

¹³ Francisco Tadeo Calomarde Arría (1773-1842). Nació en Villel (Teruel) el 10 de febrero de 1773. Estudio en Zaragoza Filosofía y Leyes hacia 1796. Ingresó en la Secretaría de Gracia y Justicia de Indias. Se trasladó, durante la guerra, con el gobierno a Cádiz y fue nombrado Oficial Mayor de la Secretaría de Justicia. Fue, después, Subsecretario de Gobernación para Ultramar. Estuvo desterrado en Pamplona durante el trienio y volvió a Madrid en 1823. Fue Ministro al año siguiente. Por diversas circunstancias, fue desterrado a la Ciudadela de Menorca el 1 de octubre de 1832, y en noviembre siguiente huyó desde Olva a Francia, donde murió. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica*, ob. cit., págs. 63-65.

¹⁴ Pedro Sainz de Andino (1786-1863). Graduado en ambos derechos por la universidad de Sevilla. Fue hombre del antiguo régimen, iniciador de la reforma legal del siglo XIX. Colaboró en la redacción de proyectos legales, como un Código de Comercio, promulgado en 1829 por el rey, tal como él lo había escrito. También redactó la Ley de la Bolsa de 1831. Escribió *Elementos de elocuencia forense*, que fue libro de texto en las facultades de Derecho. Cfr. R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, ob. cit., págs. 39-39.

¹⁵ Se le pidió reunir en el Ministerio "todos los antecedentes y trabajos preparatorios sobre que se ha de arreglar y formar el nuevo Código Civil general del Reino..., para que con las adiciones y mejoras que su ilustración le sugiera, proponga a Su Majestad las bases y el plan que deberá servir de fundamento al expresado Código Civil". La transcripción de esta Real Orden de 30 de mayo de 1829 consta en el impreso de servicios méritos de Pedro Sainz de Andino que obra en su expediente personal en el Archivo general del Ministerio, legajo 5.470. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*; ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 97.

¹⁶ Interesa señalar que, algo similar a lo que sucede respecto a un proyecto anterior (el de 1821), de este proyecto de Código civil de 1836 tampoco se encuentran muchos estudios bibliográficos. Algunos historiadores del Derecho y varios civilistas hacen algunas referencias breves; entre otros: M. ALBALADEJO GARCÍA; J. CASTÁN TOBEÑAS; F. DE CASTRO Y BRAVO; F. DE DIEGO; L. DIEZ PICAZO Y A. GULLON; J. A. ESCUDERO; A. GARCÍA-GALLO; J. L. LACRUZ BERDEJO; J.

Seguía como ministro Tadeo Calomarde cuando, el 27 de mayo de 1832, se expidió un Decreto para que Cambronero diera comienzo a estos trabajos, pero ese Decreto no fue sancionado por alguna causa y no se pudo confirmar el encargo oficialmente. Se haría más tarde -en mayo de 1833-, siendo ya Ministro Juan Gualberto González.

Posteriormente, siendo Ministro Juan Gualberto González, el 9 de mayo de 1833 se dio ese encargo a Manuel María Cambronero¹⁷, pidiéndole que redactara un proyecto de Código Civil. Acometió este proyecto con un criterio ecléctico de transacción entre las legislaciones de Castilla y forales¹⁸. Y tenía el objetivo de llegar a refundir los Códigos existentes, para lo que consideraba necesario el estudio de la antigua jurisprudencia nacional¹⁹.

Cambronero falleció el 5 de enero de 1834, por lo que pudo avanzar muy poco en el trabajo de codificación²⁰.

En el Gobierno formado por Martínez de la Rosa el 14 de enero de 1834 formaba parte, como Ministro de Gracia y Justicia, Nicolás María Garellly, quien encargó la elaboración del Código civil el 29 de ese mismo mes de enero a José Ayuso Navarro²¹, Eugenio de Tapia²² y a Ramón Cobo de la Torre²³, este último como auxiliar, a quien

M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO; F. PUIG PEÑA; F. SÁNCHEZ ROMAN; J. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL; F. TOMÁS Y VALIENTE.

¹⁷ Manuel María Cambronero (1765-1834). Nació en 1765. Doctor en ambos Derechos. Fue Fiscal y Auditor de guerra, miembro de varias Academias y Presidente en 1830 de la Jurisprudencia de Santa Bárbara, de Madrid. Fue nombrado Oidor de la Chancillería de Valladolid y Ministro honorario del Consejo de Hacienda; Vocal de la Comisión legislativa del Código de Comercio y Secretario del Consejo de Castilla, con cuyos cargos estaba muy versado en la administración de justicia. Como afirma Gibert, Cambronero había registrado la falta de una ciencia jurídica española o, como él decía, de una "tópica legal" que señalara límites exactos entre las autoridades; echaba de menos una obra equivalente a la de Heinecio (1681-1741) para el derecho alemán o a la de Blackstone (1723-1780) para el inglés. Se propuso realizar una síntesis superior a las habituales concordancias de derecho romano y real, de Pichardo (1600), Martínez Galindo (1715), Torres y Velasco (1735), Asso y Manuel (1775), Maymó (1777), Danvila (1779), Sala (1780) y Cortines (1786), pero no lo consiguió. Falleció en Madrid el 5 de enero de 1834. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 99; cfr. R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, ob. cit., págs. 34-35.

¹⁸ Cfr. F. BONET RAMON, *La Ley de Bases del Código Civil*, en "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", número 19, del número especial dedicado al Centenario del Código Civil Español, Madrid 1988, pág. 323.

¹⁹ Cfr. R. GIBERT, *La codificación civil en España*, Florencia 1977, Vol. II, pág. 920.

²⁰ "Utilizó en su tarea los trabajos de las Cortes, pero sin reproducirlos literalmente, y distribuyendo de otro modo las materias". Cfr. J. M. ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*. Madrid 1886, pág. 48; cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 99.

²¹ José Ayuso Navarro. Fue Fiscal del la Audiencia de Valencia en 1817 y luego Oidor de la de Granada. En 1841 se le nombra Ministro del Consejo Real. El 29 de enero de 1834 recibió el encargo de formar un nuevo Código Civil. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 108.

²² Eugenio de Tapia (1776-1860). Teólogo y jurista, nacido en Ávila.. Era Magistrado honorario de la Audiencia Territorial de Valladolid, académico de número de la Real Academia Española y

después relevaron Joaquín Francisco Pacheco, José María Claros y Tomás María Vizmanos²⁴ el 6 de octubre de 1835, sucesivamente. Pronto empezaron a reunirse los nombrados, haciéndose cargo de los trabajos²⁵.

Ayuso informó al ministro, en septiembre de 1835, de que estaba pendiente de concluir el libro V y la exposición de motivos. Y el trabajo, ya terminado, se estaba revisando el 9 de febrero de 1836. El 15 de septiembre de 1836 se puso fin al proyecto de Código Civil, que firmaron Vizmanos, Ayuso y Tapia, siendo José María Calatrava Presidente del Gobierno, y Landero Ministro de Gracia y Justicia. Se pasó el proyecto de Código Civil a las Cortes Constituyentes mediante Real Orden de 16 de noviembre de 1836; las Cortes agradecieron el trabajo, pero no llegaron a estudiar el proyecto de Código Civil, por estar ocupadas en redactar la nueva Constitución como asunto prioritario²⁶.

Landero, Ministro de Gracia y Justicia, después del mes de octubre de 1837, encargó a las Cortes que examinaran el proyecto porque debería estar en concordancia completa con los principios de la Constitución estrenada en el mes de junio anterior. Las oscilaciones políticas provocaron que se nombraran sucesivas comisiones para revisar el proyecto, pero, finalmente, el proyecto no se llegó a aprobar²⁷.

Puede añadirse que los autores del proyecto de 1836 se apoyaron en el de 1821, y en el Código de Napoleón en cuanto a la regulación del consentimiento paterno, como se verá más adelante; también tuvieron en cuenta nuestro derecho histórico.

2. Referencia a la regulación de los esponsales

Se hará aquí una breve referencia a la institución de los esponsales por estar estrechamente relacionada con el matrimonio y teniendo en cuenta que el proyecto de

Abogado del Colegio de la Corte. Diputado a Cortes en 1821. Estuvo procesado por la Inquisición. Fue académico de la Española en 1814, redactor del plan de estudios de 1821, emigrado. Desde 1843 a 1847 fue director de la Biblioteca Nacional. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 108; cfr. R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, ob. cit., págs. 33-34.

²³ Abogado del Colegio de Madrid

²⁴ TOMAS MARIA VIZMANOS. Promotor Fiscal de los Juzgados de Madrid y Letrado del Colegio de la Corte. Tuvo la representación de Santander como Diputado a Cortes. Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 108.

²⁵ *Ibid.*, tomo IV, vol. I, págs. 107-108.

²⁶ Cfr. P. GOMEZ DE LA SERNA, *Estado de la codificación al terminar el reinado de Isabel II*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1871, tomo 39, pág. 291; cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 108-109.

²⁷ Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. I, págs. 110-113.

Código civil español de 1836 los incluyó extensa y profundamente en su articulado²⁸. Como es lógico, hacía esa regulación diferenciando, por una parte, los esponsales que consisten, como es sabido, en una promesa de futuro matrimonio hecha y aceptada recíprocamente entre varón y mujer²⁹, y, por otra parte, el matrimonio en sí mismo.

Se puede afirmar que uno de los rasgos que más caracterizaron al proyecto legislativo de 1836³⁰, era el hecho de ofrecer un estudio meticuloso de la institución de los esponsales, dedicándole 37 artículos (del 108 al 144)³¹.

En el artículo 108 del proyecto se definían los esponsales como "una promesa recíproca y solemne de futuro matrimonio". Estaban regulados en el Título V, denominado "De los requisitos necesarios para contraer esponsales", dentro del Libro primero, que trataba "De los Derechos correspondientes a las Personas".

Por otra parte, señalaba el proyecto que "Los esponsales deberán hacerse constar por escritura pública, especificándose en ella que concurren las circunstancias expresadas en el artículo 109. Al otorgamiento de esta escritura es indispensable que asistan las partes interesadas y los padres, abuelos, hermanos o curadores, o de lo contrario que se hallen representados por apoderado especial"³². Y añadía que "sin la escritura pública que previene el artículo anterior no podrá admitirse demanda ni excepción alguna de esponsales, aun por vía de impedimento en los Tribunales civiles, ni en los eclesiásticos"³³.

Es interesante señalar que, aunque este proyecto no llegó a ser una ley vigente por diversas razones, tuvo una influencia notable en las regulaciones posteriores sobre licencias paternas para el matrimonio, como también la tuvo el Proyecto de Código civil español de 1821. Por otra parte, señalaba algunas diferencias con respecto al Derecho Canónico³⁴.

²⁸ Respecto al estudio de la institución de los esponsales en el proyecto de Código civil español de 1836, en lo referente a los aspectos de este trabajo, cfr. J. M. LAINA, *La aprobación familiar y de terceros en los esponsales en el proyecto de Código civil español de 1836*, en e-Legal History Review, Madrid, junio 2010, págs. 1-33.

²⁹ Cfr. M. ALBALADEJO, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Barcelona 1974, pág. 33.

³⁰ Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *La "Cuestión matrimonial" en la elaboración del Código*, ob. cit., págs. 190-191.

³¹ Cfr. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., tomo IV, vol. 1, pág. 118.

³² Artículo 113.

³³ Artículo 114.

³⁴ Cfr. J. M. LAINA GALLEGU, *La aprobación familiar y de terceros en los esponsales en el proyecto de código civil español de 1836*; ob. cit., pág. 34.

II. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO

La institución del matrimonio se regulaba en este proyecto inmediatamente después de los esponsales. Dentro del libro I, el Título VI trataba propiamente "Del matrimonio", a lo que dedicaba 75 artículos distribuidos a lo largo de siete capítulos.

En efecto, era ese Título VI el que versaba de modo más propio acerca de la institución matrimonial, pero su regulación se extendía, también, a otros Títulos del Libro I: en el Título VII se regulaba el divorcio, en cuanto separación de lecho y habitación; en el VIII se trataba del segundo matrimonio y acerca de los bienes que habrían de reservarse para los hijos fruto de las primeras nupcias. Por otra parte, el Título XVI trataba sobre el Registro del estado civil de las personas, y ahí se dedicaba un espacio a las partidas de casamiento.

Al tratar las cuestiones referentes al matrimonio, el proyecto de 1836 lo hacía también cumulativamente sobre temas regulados por el ordenamiento canónico, como son la capacidad de los contrayentes, los impedimentos, etc³⁵.

En la apertura del Título VI: "Del matrimonio", se mencionaban unas disposiciones generales sobre el mismo. En cuatro artículos, se definía esta institución, se explicaba la necesidad del consentimiento de los contrayentes y de la licencia paterna para contraer, y se señalaban sus propiedades de unidad e indisolubilidad³⁶.

Se definía el matrimonio como "la unión legítima de hombre y mujer, con intención de prestarse mutuo auxilio, de procrear y educar la prole"³⁷.

Pero no parece necesario abordar ahora el examen detallado de la definición y propiedades del matrimonio, sino más bien centrarse directamente en el tema en estudio: la aprobación de ese enlace por parte de algunos familiares o de terceros, lo que se regulaba en el artículo 146, en el que se leía: "para contraer matrimonio es indispensable el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes y también el de los padres o curadores, en los términos expresados en el capítulo segundo del título anterior".

Puede afirmarse que esta materia de las licencias de familiares o de terceros para contraer matrimonio ha tenido una notable influencia en el recorrido histórico de la institución matrimonial hacia la secularización³⁸, con lo que ello trae consigo de

³⁵ Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *La "Cuestión matrimonial" en la elaboración del Código*; ob. cit., pág. 191.

³⁶ Cfr. arts. 145 a 148.

³⁷ Cfr. art. 145.

³⁸ Cfr. M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, *Raíces del matrimonio occidental y discusión del modelo*, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, noviembre-diciembre 2007, págs. 109-113. En esos textos hay unas consideraciones interesantes acerca de la secularización del matrimonio, con referencia también a la actualidad.

intervención del poder civil en lo que hasta el momento era regido por la Iglesia. Al analizar diversos textos legales, puede observarse que ha sido el poder estatal el que ha ido exigiendo este tipo de autorizaciones para el matrimonio, incluyendo las consecuencias de diverso tipo por la ausencia de ese requisito. En cambio, la legislación de la Iglesia se ha inclinado hacia la observancia de la libertad personal para contraer matrimonio, respetando el *ius connubi*³⁹.

Como es natural, se exigía el consentimiento de los que iban a contraer matrimonio, pero se ponía este a nivel similar que la licencia que habían de otorgar sus familiares o curadores. Y esto último sí resultaba una novedad.

En lo referente a la necesidad de la aprobación paterna para el matrimonio, el texto legal se remitía de modo absoluto a las disposiciones del mismo proyecto que regulaban el contrato de esponsales. Señalaba el artículo 146 que en este aspecto se haría todo "en los términos expresados en el capítulo segundo del título anterior"⁴⁰. Por tanto, en este estudio también se hará remisión, en diversos aspectos, a lo que se explicó sobre esta materia al tratar los esponsales⁴¹.

Todos los jóvenes menores de veinticinco años tenían necesidad de la licencia paterna para contraer matrimonio⁴². El texto del proyecto así lo expresaba al tratar de los impedimentos en el Capítulo primero⁴³, pues consideraba como un impedimento para

³⁹ Cfr. J. M. LAINA GALLEGU, "El consentimiento "ilustrado" en el Proyecto de Código Civil Español de 1821; algunas implicaciones con el derecho canónico", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (Iustel.com), mayo 2008, pág. 49.

⁴⁰ El título anterior es el Título V, que trata "De los esponsales".

⁴¹ Cfr. J. M. LAINA GALLEGU, *La aprobación familiar y de terceros en los esponsales en el proyecto de código civil español de 1836*; ob. cit., págs. 1-33.

⁴² En cuanto a la edad mínima requerida por el proyecto para casarse, se establecía en 18 años para los varones y 15 para las mujeres. (cfr. art. 149, 3º). En esto se diferencia del proyecto de 1821, según el cual se necesitaban 16 y 14 años respectivamente, pero en cambio coincidía con la edad que fijaba el Código de Napoleón en su artículo 144. La edad mínima fijada para contraer matrimonio es distinta de la requerida para los esponsales; está última (cfr. art. 109, 1º del proyecto de 1836) coincidía con la que pedía el proyecto de 1821 para el matrimonio.

En la Exposición de Motivos se daban las razones de la edad fijada para el matrimonio: afirmaban que aunque parecía lógico autorizar a contraer matrimonio a la misma edad requerida para los esponsales, no se consideró conveniente, pues "la Comisión, deseosa de cimentar bien la unión conyugal y de evitar esos enlaces prematuros de que suelen resultar las más funestas consecuencias, ha tenido por más conveniente fijar la edad de dieciocho años en los varones y de quince en las hembras para contraer matrimonio (...). Hay a más de lo dicho otra razón legal para retardar el matrimonio de los varones hasta los dieciocho años, y es que no pudiendo antes de esta edad administrar sus bienes, sería notable inconsecuencia facultarlos para contraer el empeño más grave de la vida y hacerles cabeza de familia, no teniendo capacidad para manejar sus intereses y disponer de ellos". Cfr. Exposición de Motivos, en *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., págs. 92-93.

⁴³ En el artículo 149, 4º se indica que tienen impedimento para contraer matrimonio "los que no estando emancipados, y siendo menores de veinticinco años, no hubieren obtenido el consentimiento de las personas a quienes deben pedirlo, según lo expuesto en el Capítulo II del Título anterior".

casarse el hecho de no haber recibido el consentimiento paterno en el caso de ser menor de esa edad.

No se hacía distinción entre varones y mujeres en cuanto a la edad en que podían casarse sin la previa obtención del consentimiento de sus familiares. Tal como sucedía para los esponsales, a los emancipados se les exceptuaba de esta regla aunque fueran menores de esa edad; en cambio, las viudas no estaban exentas de este requisito, mientras que para contraer esponsales sí estaban libres de la necesidad de aprobación paterna⁴⁴.

Como puede observarse, el proyecto de 1836, junto con los casos generales de matrimonio, regulaba algunos supuestos particulares, por lo que se puede obtener la conclusión de que procuraron no excluir de la regla de la exigencia del consentimiento paterno ni siquiera algunos casos singulares.

III. TRÁMITES ANTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

El segundo capítulo completo, estaba dedicado a regular acerca de las diligencias previas a la celebración del matrimonio, y ahí se trataba de las formalidades requeridas antes de ese compromiso.

Uno de los rasgos fisonómicos propios del proyecto de 1836 es, precisamente, el de las disposiciones sobre esa materia de las "diligencias previas", que podría asimilarse a lo que en el Proyecto de Código de 1821 se llamaba prematrimonio civil⁴⁵.

En cuanto a este tipo de requisitos de forma, en el caso de la regulación de los esponsales de este mismo Proyecto se le llamó "solemnidad", y se les revistió de cierta importancia⁴⁶, a la que se puede asimilar en el caso del matrimonio.

En la Exposición de Motivos del presente proyecto se expresaban cabalmente las razones de sus redactores para incluir el capítulo de las llamadas diligencias previas. Veían "la necesidad de dar a la celebración del matrimonio toda la solemnidad civil con que debe otorgarse un contrato de esta naturaleza" y, por eso, impusieron a los otorgantes "la obligación de acudir previamente al Juez para acreditar que tienen las calidades y requisitos prevenidos por la ley para enlazarse válidamente". Y después, una vez "cerciorado el Juez de estas circunstancias por el expediente formado al intento, mandará que se libre a los otorgantes la debida certificación, la cual ha de expedirse por el secretario de Ayuntamiento a donde el Juez remitirá el mismo expediente para que allí

⁴⁴ Cfr. art. 115 *in fine*.

⁴⁵ Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *La "Cuestión matrimonial" en la elaboración del Código*; ob. cit., pág. 191.

⁴⁶ Cfr. J. M. LAINA GALLEGO, *La aprobación familiar y de terceros en los esponsales en el proyecto de código civil español de 1836*; ob. cit., págs. 13-14.

quede archivado"⁴⁷. Posteriormente debían presentarse, con la certificación mencionada al Prelado, provisor o Vicario eclesiástico competente para decretar, en su presencia, las diligencias para la celebración canónica del matrimonio. Y una vez terminada ésta, el cura de la parroquia en la que hubiese tenido lugar, debía enviar una copia literal y certificada al secretario del Ayuntamiento, para unirla al expediente preparatorio⁴⁸.

Estas explicaciones que dan los redactores del proyecto, pueden poner de manifiesto la idea que tenían acerca del matrimonio, como un contrato que posee, además, el "carácter augusto de Sacramento". Parece claro que eran conscientes de la trascendencia civil del matrimonio canónico. Entendían que ambas autoridades, la eclesiástica y la civil, habían de intervenir en su celebración, "cooperando cada una de su parte a que esta unión se haga con todos los requisitos establecidos por los sagrados cánones y las leyes civiles"⁴⁹. De todas formas, no llegan a tener la concepción regalista de la separación contrato-sacramento.

En lo referente a esta relación matrimonio civil-matrimonio canónico, se podría afirmar que si se celebraba este último sin haber observado las diligencias civiles previas, que se han mencionado, era válido, aunque no se le reconocían efectos civiles⁵⁰. Y los hijos eran considerados únicamente como naturales reconocidos⁵¹. Por lo que se muestra que el matrimonio canónico quedaba sin apenas contenido⁵².

Por otra parte, el proyecto determinaba sanciones para los eclesiásticos que autorizaran matrimonios de personas no habilitadas⁵³.

IV. DILIGENCIAS PREVIAS AL MATRIMONIO Y CONSENTIMIENTO PATERNO

El capítulo II completo (artículos 151 a 160) lo dedicaba a esta materia.

En el inicio (art. 151) preceptuaba para quien deseara contraer matrimonio el deber de acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con la que aspiraba a casarse y acreditar tres requisitos:

a) Edad suficiente, que eran dieciocho años cumplidos para los varones y quince para las mujeres.

⁴⁷ Cfr. Exposición de Motivos, en *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., págs. 94 y 95.

⁴⁸ Cfr. Exposición de Motivos, en *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., pág. 95.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. art. 159, en el que se leía: "Si en la celebración del matrimonio no se hubiere observado lo dispuesto por las leyes de este Código, no producirá efecto alguno civil".

⁵¹ Cfr. art. 220, 3º.

⁵² Cfr. L. CRESPO DE MIGUEL, *La "Cuestión matrimonial" en la elaboración del Código*; ob. cit., pág. 192.

⁵³ Se prescribía que esos eclesiásticos quedaban sujetos a las penas designadas en el Código Penal (cfr. art. 160).

b) La obtención del consentimiento paterno o, en su caso, la solicitud del oportuno consejo; o el testimonio del auto judicial que supliera.

c) La inexistencia de impedimentos para la celebración del matrimonio entre ellos; o bien justificación de haber obtenido la dispensa de los mismos, si procediera.

Antes de centrar la atención en el segundo de esos requisitos, parece interesante hacer notar un detalle, en cuanto a la redacción del encabezamiento de este artículo. Señala que "el que intente contraer matrimonio deberá acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con quién aspire a casarse"⁵⁴. Da la impresión de estar escrito pensando tan sólo en los varones, pues se hablaba "de la mujer con quien aspire a casarse"; pero, lógicamente, se entiende que, si se tratara de la mujer, acudiría a la jurisdicción civil de su propio domicilio a constatar todos esos requisitos.

A la vista de la redacción del texto, parece que era el varón quien había de cargar con lo referente a la ejecución de esos trámites necesarios tanto en el caso de las acreditaciones propias como de las de su consorte; sería él quien debía informarse y proveerse de la documentación necesaria al efecto -también la correspondiente a su futura esposa- para hacer constar el cumplimiento de todos los requisitos en la jurisdicción civil del domicilio de la mujer⁵⁵.

Centrando la atención en el examen de la segunda de las acreditaciones que habían de aportar los contrayentes antes de la celebración del matrimonio, decía el número 2º del artículo 151 que se debía hacer constar "que han obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quienes debe pedirse, según lo prevenido en los artículos 116, 117, 119 y 120, o bien presentarán testimonio del auto judicial que haya suplido el consentimiento"⁵⁶.

Entre las tres exigencias mencionadas que habían de hacer constar los contrayentes, según el artículo 151, se concedía particular categoría a las dos primeras: certificar la edad suficiente y el consentimiento o consejo paterno. En efecto, en el n. 3 de este artículo se requería acreditar "que no existen entre ellos ninguna de las causas que impiden la celebración del matrimonio, o justificarán haber obtenido dispensa de las que fueren susceptibles de ella".

En este sentido, interesa resaltar que en el artículo 149, se mencionaban los dieciséis impedimentos que establecía el proyecto para contraer matrimonio; entre ellos se encuentran -en el tercero y cuarto lugar respectivamente- los de edad y falta de licencia

⁵⁴ Cfr. art. 151 *in principio*.

⁵⁵ Queda la duda de si es necesario que acudieran ambos a realizar estos trámites o bastaba con la sola presencia del varón, aportando la documentación de los dos. Parece, en principio, más razonable la segunda opción.

⁵⁶ Cfr. art. 151, 2º.

paterna; y en ese tercer apartado del artículo 151 se quiere hacer referencia, a los catorce impedimentos restantes. Si los redactores hubieran deseado dar igual importancia a todos ellos en cuanto a la acreditación exigida como diligencia previa, el artículo 151 se podría haber redactado tan sólo con su tercer apartado, pues, en definitiva, este incluía los dos anteriores. Por consiguiente, esta parece una manifestación más de la especial importancia que concedieron los redactores del proyecto de 1836 a la licencia paterna.

Por otra parte, aquí puede apreciarse la influencia ejercida por el proyecto de 1821, pues los dos primeros requisitos mencionados por el artículo 151 del proyecto del 36: la edad y la licencia paterna, coinciden de modo patente con los establecidos por el texto de 1821 en su artículo 304, según el cual debían acreditar que tenían la edad prescrita por la ley y el haber obtenido la aprobación de sus mayores o solicitado su consejo.

La influencia del proyecto anterior no se manifiesta sólo en este aspecto, sino también en los trámites legales prescritos en uno y en otro.

Ya en la Exposición de Motivos, los redactores explicaban brevemente que, una vez que se hubiera acudido al Juez del domicilio de la mujer acreditando los tres requisitos conocidos⁵⁷, el Juez debía instruir el expediente y declarar, si era el caso, que los interesados habían cumplido los requisitos necesarios; después, se mandaba archivar en el correspondiente Ayuntamiento, cuyo Secretario había de librar a los contrayentes una certificación⁵⁸, en la que se expresaran todas las circunstancias aportadas por las partes y relacionar los instrumentos presentados al efecto⁵⁹.

Los contrayentes debían presentarse, con esa certificación, al Prelado, Provisor o Vicario eclesiástico competente, y en su presencia, según la prescripción de los cánones, se decretaban las diligencias matrimoniales⁶⁰.

En este aspecto, existe una diferencia con el proyecto de 1821, en el que se expresaba que los interesados, con el correspondiente documento en su poder "*podrán* presentarse al párroco"⁶¹, para la celebración del matrimonio, de acuerdo con las prescripciones de la Iglesia C. A. R., a la que se declaraba protegida por la ley; por tanto, según la letra de la ley, no se le otorgaba un carácter de obligatoriedad. En cambio, en el proyecto de 1836, se establecía de modo imperativo: decía que con la certificación prevista, "*se presentarán* los interesados al Prelado, Provisor, o Vicario eclesiástico

⁵⁷ Cfr. art. 151.

⁵⁸ Cfr. art. 152.

⁵⁹ Cfr. art. 153.

⁶⁰ Cfr. art. 154.

⁶¹ Cfr. art. 306 del Proyecto de 1821.

competente, a fin de que en su vista proceda a decretar las diligencias matrimoniales conforme prescriben los cánones"⁶².

Y, una vez celebrado el matrimonio, el Cura de la Parroquia en la que tuvo lugar, debía enviar una copia literal y certificada al Secretario del Ayuntamiento de ese mismo pueblo. Este la adjuntará al expediente preparatorio que, tal como se dijo más arriba, debía tener archivado⁶³ según mandó el Juez en su momento⁶⁴.

En cuanto a la realización de estos trámites legales, se percibe un cierto paralelismo con el proyecto de 1821, pues se desarrolla lo que este prescribía en los artículos 304, 305 y 306. Sólo existen algunas diferencias que se mencionan a continuación:

a) En lugar de acudir al Juez, se hacía ante el Alcalde, pero también había de ser el correspondiente al domicilio de la mujer.

b) No era preciso remitirlo al archivo del Ayuntamiento, como en el proyecto del 36, pues ya se estaba ante el Alcalde.

c) Tampoco era necesario en el de 1821 que el Párroco, después de la celebración canónica remitiera copia para adjuntar al expediente archivado por el Alcalde.

En lo expuesto anteriormente se muestra la concatenación entre el contrato civil y el matrimonio canónico y cómo los redactores del proyecto eran conscientes de la trascendencia de este último. Y para resaltarlo de modo más patente se pedía que para la legitimidad del matrimonio tenía que haberse hecho en faz de la Iglesia, en conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento; de modo que únicamente el así celebrado tendría validez y podría producir efectos civiles⁶⁵. De este modo se confirmaba la declaración del reconocimiento del matrimonio canónico por parte de la ley civil. Y a la vez, se preceptuaba la necesidad de ajustarse a la legislación civil -a "las leyes de este Código", se indicaba- en las celebraciones de los matrimonios, pues, de lo contrario, tampoco se producirían efectos civiles⁶⁶.

Por otra parte, a tenor de la última diferencia mencionada más arriba entre ambos proyectos (el de 1821 y el de 1836), se puede concluir que el texto de 1821 era más radical en lo referente al tema de las relaciones entre matrimonio civil y matrimonio canónico.

Si bien aparentemente pudiera parecer deducirse lo contrario por la libertad que deja para presentarse o no ante el Párroco con la certificación del Ayuntamiento, en el fondo

⁶² Cfr. art. 154 del Proyecto de 1836.

⁶³ Cfr. art. 155.

⁶⁴ Cfr. art. 152.

⁶⁵ Sólo el matrimonio celebrado canónicamente "es válido y capaz de producir todos sus efectos civiles" (cfr. art. 158)

⁶⁶ Cfr. art. 159.

esto puede ser una muestra de la escasísima importancia que concedían al matrimonio canónico. Es patente la radicalidad del proyecto de 1821 en este aspecto, pues la celebración canónica se consideraba nula si no se hacía en la forma civil establecida ante el Alcalde⁶⁷.

En ambos proyectos de Código Civil se siguen dos concepciones distintas del matrimonio. Según lo que se acaba de expresar, el proyecto de 1821 era más radical, y para él, si se celebró matrimonio canónico sin haber estado precedido del llamado "consentimiento solemne" ante el correspondiente Alcalde, era declarado nulo, y además, se prescribían posibles sanciones según lo establecido en el Código penal para los transgresores de estas disposiciones⁶⁸.

Sin embargo, en el proyecto de 1836, si se celebraba un matrimonio siguiendo las disposiciones del ordenamiento de la Iglesia, era válido como tal matrimonio canónico aunque no se hubiera seguido lo preceptuado por la legislación civil en la materia, recogida en el propio proyecto de código; la única carencia de un casamiento así celebrado, era la falta de producción de efectos civiles⁶⁹. También en este caso quedaban sujetos a sanciones del Código penal⁷⁰ los eclesiásticos que hubieran autorizado matrimonios sin la correspondiente certificación⁷¹.

V. LAS PARTIDAS DE CASAMIENTO

Después de practicadas la diligencias previas y celebrado, posteriormente, el matrimonio y realizada la verificación del mismo, el proyecto exigía una serie de trámites de registro a los que dedicaba el Título XVI, titulado "de los padrones o asientos concernientes al estado civil de las personas"⁷², con el que concluía el Libro primero del

⁶⁷ "Es nulo el matrimonio que de hecho se celebrare sin haber precedido el consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304.

Los contraventores quedan sujetos a las penas que en este punto determina el Código penal" (Art. 307 del proyecto de 1821).

⁶⁸ Cfr. art. 307 del proyecto de 1821.

⁶⁹ Cfr. art. 159 del proyecto de 1836.

⁷⁰ Cfr. art. 160 del proyecto de 1836.

⁷¹ Cfr. art. 153 del proyecto de 1836.

⁷² En la Exposición de Motivos se da la razón de la presencia de este Título XVI en el proyecto y de su novedad en la legislación española. Se expresaban así los redactores: "esta es una cosa enteramente nueva en España, que ya por falta de práctica y ya también por el aumento de trabajo que acarrea a las Secretarías de Ayuntamiento, será mal recibida por éstas y experimentará al principio grandes obstáculos; pero es necesario vencerlos con tesón si se ha de coger el sazonado fruto que han de producir estos establecimientos.

La estadística está muy atrasada en España por falta de semejantes datos, y sin una buena estadística pocos progresos podrán hacerse en la administración civil y en el arreglo de las contribuciones (...)

proyecto de 1836. Interesa referirse aquí, de modo particular al Capítulo III de este Título XVI, que titulaba "de las partidas de casamiento".

Una vez efectuadas esas diligencias previas y celebrado el matrimonio conforme a las disposiciones del derecho de la Iglesia⁷³, pues así se exigía para su legitimidad, el Párroco debía extender "la correspondiente partida en el libro de casados de la parroquia" en el acto o en las veinticuatro horas inmediatas⁷⁴.

Debía expresarse en esa partida que los esposos habían presentado la certificación, que el Secretario del Ayuntamiento debió librar a los interesados, en la que debía constar el haber obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quienes debe pedirse, o el testimonio del acto judicial que haya suplido⁷⁵. Expresaría, también, que se cumplieron los requisitos exigidos por el Derecho canónico como precedentes a la celebración del matrimonio⁷⁶.

Posteriormente al cumplimiento de esta obligación por parte del párroco, los cónyuges, acompañados de dos testigos, debían presentarse ante el Secretario del Ayuntamiento de su domicilio, para que éste extendiera la correspondiente partida en el libro de matrimonios, en la cual había de copiarse la certificación prevista en el artículo 155 y firmarían los esposos, los testigos y el Secretario del Ayuntamiento⁷⁷. Si no era posible que firmaran todos, se requerían al menos tres firmas: uno de los interesados, un testigo y el Secretario del Ayuntamiento⁷⁸.

Además (...) es de la mayor importancia asegurar los medios de prueba en cuanto al estado civil de las personas, y esto jamás llegará a lograrse cumplidamente sin los asientos públicos donde conste el estado civil que cada uno ocupa en la sociedad".

Decían, además, que se deseaba "dar estabilidad a estos asientos o padrones confiándolos a unas corporaciones perpetuas populares" interesadas en el bien general y "no dejarlo al arbitrio de un secretario tal vez indolente o poco instruido, que pudiera contentarse con unos meros apuntes". Cfr. Exposición de Motivos, en *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., pág. 97.

⁷³ Cfr. art. 158, que expresaba: "Para que el matrimonio sea legítimo es necesario que se haya hecho en faz de la Iglesia, conforme a lo dispuesto en el Concilio de Trento. Sólo el matrimonio celebrado en esta forma es válido y capaz de producir todos sus efectos civiles".

⁷⁴ Cfr. art. 586.

⁷⁵ Además de lo expuesto, en esa partida se debía expresar la fecha y lugar del casamiento; nombres, apellidos, edad, domicilio y profesión de los esposos, de sus padres y de los testigos que deben presenciar la celebración del matrimonio. Y en la certificación que se ha mencionado, debía constar, además, la inexistencia de impedimentos para el matrimonio.

⁷⁶ Cfr. art. 587, 2º.

⁷⁷ Cfr. art. 588.

⁷⁸ Cfr. art. 562.

VI. EXCEPCIONES EN CUANTO A LOS REQUISITOS ANTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

En lo referente a estos requisitos previos, el proyecto hacía excepciones para el caso de algunos casamientos: los que se contrajeran en determinadas circunstancias extraordinarias (a los que el proyecto dedicaba el Capítulo III completo), y los celebrados por españoles en países extranjeros⁷⁹.

1. Matrimonios celebrados por españoles en países extranjeros

El proyecto en estudio admitía la posibilidad de no verificar las llamadas diligencias previas cuando se casan españoles en un país extranjero donde no hubiera sido posible obtenerlas a causa de la distancia⁸⁰.

Se trata de una opción que incorporaba el presente proyecto, pues en el anterior de 1821 no se encuentra un precedente similar. En consecuencia, puede afirmarse que se trata de una novedad incluida por el proyecto de 1836.

En lo referente a este apartado, se pueden señalar dos supuestos:

1.1. *Supuesto de quienes fijarán su residencia en territorio español*

a) En lo referente al trámite:

Podían contraer matrimonio y era válido, pero no comenzaría a producir sus efectos civiles hasta que hubieran regresado al territorio español y hubieran hecho constar al Juez y al Párroco que cumplían los requisitos establecidos⁸¹. De esta manera suplían el no haberlo podido hacer en la forma prevista en los artículos 151 al 154.

En estos casos estaba previsto que acudieran al juez del distrito en que hubieran fijado su domicilio después de su regreso del extranjero; y lo mismo en lo referente a la constancia ante el Párroco. No importaba ya el domicilio de la mujer sino el de ambos conjuntamente, a estos efectos. Interesa recordar que, en cambio, para los casamientos ordinarios se debía acudir al juez competente del domicilio de la mujer.

⁷⁹ Cfr. art. 156.

⁸⁰ Art. 156: "Los casamientos celebrados por españoles en países extranjeros donde por la distancia no hayan podido verificarse las diligencias preparatorias expresadas en los artículos 151 al 154, empezarán a producir los efectos civiles cuando después de haber llegado los cónyuges al territorio español hubiesen suplido aquellos requisitos, haciéndolo constar al Juez y al Párroco del distrito donde fijaren su domicilio"

⁸¹ Es de suponer que el hecho de no producir los efectos civiles correspondientes debía representar un serio problema para aquellos contrayentes que por cualesquiera causas no hubieran podido regresar a España. Pero esta contrariedad quedaba solucionada en la posibilidad que contemplaba el artículo 157, de poder practicar las diligencias previas en caso de continuar residiendo fuera del territorio español.

Estamos ante supuestos de matrimonio en que ambos cónyuges eran de nacionalidad española, pero no se contemplaba la posibilidad de que lo fuera uno solo de ellos. El texto no mencionaba este supuesto, pero no parece arriesgado suponer que en semejante caso solamente el cónyuge español debería cumplir los trámites establecidos en el artículo 156; aunque lo mismo cabe señalar para los supuestos, que se estudiarán más adelante, que entran en el 157.

b) Y por lo que se refiere a la suplencia de los requisitos, se establecía la obligación de suplir los requisitos al regresar al territorio español. No se explicaba con claridad en qué consistiría esa acción.

En cuanto a los requisitos del artículo 151, lo natural sería que hicieran constar el cumplimiento de las tres condiciones establecidas⁸² en ese artículo 151 -en definitiva, el no incurrir en ninguno de los dieciséis impedimentos para contraer matrimonio- del mismo modo que lo hubieran hecho si se hubieran casado en España, con la única salvedad de que lo harían después de celebrado el matrimonio en vez de precederle estas diligencias como se hacía en los supuestos ordinarios. En definitiva, también debían certificarlo y no tenía por qué variar el procedimiento; por tanto, no parece del todo adecuado hablar de *suplencia*.

En lo referente a los trámites posteriores del expediente exigidos por los artículos 152 a 154, tal vez es más propio hablar de *suplir*, pues en efecto, parece que con la sola comparecencia ante el juez y ante el párroco del distrito donde hubieran fijado su domicilio se consideraban cumplidos todos los trámites previstos para los casamientos en territorio español: mandato del juez para que se archivara el expediente en el Ayuntamiento, certificación del Secretario del mismo para entregar a los interesados, etc.

1.2. *Supuestos de no desear volver a residir en territorio español*

Lo visto hasta ahora ha sido el caso de un matrimonio celebrado por españoles en el extranjero, pero dando siempre por hecho que para sanar la falta de presentación de las "diligencias previas" debían volver los cónyuges a territorio español y ahí "suplir" estos trámites. Se consideraba también en el proyecto la posibilidad de que los casados en el

⁸² Artículo 151: "El que intente contraer matrimonio deberá acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con quien aspire a casarse, haciendo constar:

1º Que tiene al menos dieciocho años cumplidos, y la mujer quince igualmente cumplidos.

2º Que han obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quienes debe pedirse, según lo prevenido en los artículos 116, 117, 119 y 120, o bien presentarán testimonio del auto judicial que haya suplido el consentimiento.

3º Protestarán que no existen entre ellos ninguna de las causas que impiden la celebración del matrimonio, o justificarán haber obtenido dispensa de las que fueren susceptibles de ella".

extranjero desearan continuar residiendo fuera de España⁸³. Parece de especial interés que se contemple esta opción porque, como se anotó más arriba, el regreso a territorio español de los recién casados en el extranjero podía traer, en algunos casos, serias dificultades, por surgir cualquier causa que les impida ese regreso; pues en tal supuesto no se producirían los efectos civiles del matrimonio⁸⁴.

Se les ofrecía la opción de elegir la posibilidad de permanecer en el extranjero, pero no se les dispensaba de la práctica de las diligencias preparatorias, que deberían llevar a cabo, simplemente, de manera distinta. Para cumplir con estos requisitos debían acudir, después de celebrado el matrimonio⁸⁵, a la "Secretaría del Ayuntamiento de la capital del Reino" y a la "Parroquia más antigua de ella".

Si bien se entiende aquí que se trataba de dar cumplimiento a esos requisitos previos -entre ellos se encuentra el de la licencia paterna- después de celebrado el matrimonio, no se ve la necesidad de que sucediera a éste. En efecto, tratándose de personas que planeaban continuar residiendo en el extranjero, quizá se les podría imponer que consiguieran todas las acreditaciones pertinentes antes de contraer matrimonio, como en los casos ordinarios de residencia habitual en España. Y esto, porque, al no tener proyecto de volver a territorio español⁸⁶, no se aprecian motivos de urgencia suficientes en el casamiento como para que se les libere de las diligencias previas.

Podrían encontrarse dificultades en la interpretación del artículo 157, especialmente en la segunda mitad, cuando se indica: "...como por patria común, en la Secretaría del Ayuntamiento de la capital del Reino...". Puede referirse a la Secretaría del Ayuntamiento de la capital del país donde se encuentran; aunque, también, existe la posibilidad de que los redactores quisieran aludir, cuando decían "Reino", a la representación de España en aquella nación. Parece más razonable la primera interpretación.

1.3. Partidas de casamiento en esos casos

En los dos supuestos, tanto los que tuvieran previsto volver a territorio español como los que continuarían en el extranjero, debían cumplir las prescripciones dispuestas sobre las partidas de casamiento, de modo similar a como ya se mencionó al tratar de las

⁸³ Cfr. art. 157.

⁸⁴ Cfr. art. 156 in medio.

⁸⁵ Se entiende que han de hacerlo después de celebrado el matrimonio, porque el artículo 157, que es el que contempla el supuesto, no hace distinciones con respecto al anterior (el 156), donde se indicaba que una vez celebrado el matrimonio fuera del territorio, debían cumplir -ya en España- con estas diligencias. Además, el artículo 157 señala textualmente: "...podrán practicar las diligencias preparatorias *de que se habla en el artículo anterior...*"; y en el anterior, como vimos, se habla de suplir después del matrimonio las diligencias que en condiciones normales deberían haber sido "previas".

⁸⁶ Cfr. art. 156.

diligencias previas. Se trataba de un requisito necesario para que ese matrimonio pudiera considerarse legítimo y producir los correspondientes efectos civiles⁸⁷.

2. Matrimonios en algunas circunstancias extraordinarias

2.1. El consentimiento paterno como elemento central

Sobre esta nueva posibilidad del celebrado en circunstancias extraordinarias tampoco se encuentran precedentes en el proyecto de 1821

El proyecto en estudio dedicaba a esta materia todo un capítulo -el tercero del Título VI-, en el que se explicaban con detalle los supuestos en que se podía considerar una celebración matrimonial encuadrada en este supuesto.

En ese capítulo se manifiesta de modo particular la importancia concedida al consentimiento paterno para contraer. Toda la construcción de esta parte del proyecto tratado, gira en torno a la obtención de la licencia de los familiares o curadores y de los otros requisitos necesarios para la celebración del matrimonio⁸⁸. Por tanto, puede considerarse como el punto central, sobre el que, después, a lo largo del articulado, se considera si es preciso o no obtener la licencia paterna -o los otros requisitos necesarios- dependiendo de las circunstancias extraordinarias que hayan tenido lugar.

Este capítulo comienza con el artículo 161, que señalaba: "En circunstancias extraordinarias si no existieren en el pueblo las personas que deban dar el consentimiento o consejo, o no pudiese justificarse cualquiera de los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio, se omitirán provisionalmente en el expediente preparatorio".

El texto de este primer precepto permite afirmar el especial relieve que se otorgaba al consentimiento paterno en esta parte del proyecto. En el texto del citado artículo 161 se indicaba: "...si no existieren en el pueblo las personas que deban dar el consentimiento o consejo, o no pudiese justificarse cualquiera de los requisitos necesarios...", y, por consiguiente, las posibles circunstancias extraordinarias que sobrevinieran, podrían tomarse en consideración tanto para dispensar de la licencia paterna como de los otros requisitos.

No debe obviarse el modo en que estaba redactado, mencionando en primer lugar las dificultades para conseguir la aprobación familiar y, posteriormente, los obstáculos para justificar los demás requisitos. Además lo hacía de modo diferenciado, pues mientras lo

⁸⁷ Cfr. art. 589.

⁸⁸ Cfr. art. 161.

referente al consentimiento o consejo lo citaba expresamente, lo que atañe a los otros requisitos quedaba dicho de modo genérico -"cualquiera de los requisitos"-.

En consecuencia, a la luz del texto, cabría afirmar que los redactores del proyecto concedían una especial importancia a la licencia paterna para el matrimonio de los hijos.

Por tanto, se considerará que hubo o no circunstancias extraordinarias en orden a que dificulten o imposibiliten la justificación de los requisitos exigidos para contraer matrimonio.

2.2. Situaciones consideradas como circunstancias extraordinarias

El proyecto consideraba extraordinarias⁸⁹ y, por tanto, se podrían aplicar las excepciones reguladas en el presente capítulo, las siguientes circunstancias:

a) El peligro de muerte

Para poder considerar este riesgo como circunstancia extraordinaria, se establecían las siguientes condiciones:

-Inminencia del peligro de muerte. Por tanto, había de tratarse de un riesgo o contingencia que podría suceder de manera inmediata.

Como es lógico, se entiende que habría de tratarse de un peligro de muerte que afectara a los propios interesados. Y lo natural es que fuera suficiente con que afectara sólo a uno de los futuros contrayentes.

-La verdadera existencia de tal riesgo debía certificarse por dos facultativos al menos, aunque el texto legal permitía que, en el supuesto de no poder lograr que lo hicieran dos, bastaría con la certificación del médico titular del pueblo. Y, aunque es obvio -pero se menciona expresamente en artículo 163-, también se admitía la posibilidad de certificar por un solo facultativo si era "único" en el pueblo⁹⁰.

-Además, era precisa la certificación por parte del párroco del pueblo, especificando que así le constaba, de la existencia de tal peligro para la vida⁹¹.

b) Epidemia

Debía ser una epidemia "declarada" en el propio pueblo donde habitaban los

⁸⁹ Artículo 162: "Se califican de circunstancias extraordinarias y suficientes para suspender los dos primeros requisitos expresados en el artículo 151:

1ª El peligro inminente de muerte.

2ª Una epidemia declarada en el pueblo donde se mora.

3ª El estado de sitio de una plaza"

⁹⁰ Cfr. art. 163.

⁹¹ Cfr. *Ibidem*.

candidatos a contraer matrimonio.

Para poder tomar en consideración esta segunda circunstancia extraordinaria eran precisos los siguientes requisitos:

-Certificación por parte de los facultativos de que, en efecto, se hubiera declarado la epidemia en aquel lugar.

-Esa certificación se pediría a los mismos que podían acreditar el peligro de muerte. Pero en el caso presente se requería, además, el visto bueno del "Presidente de la Junta o Comisión de sanidad del pueblo"⁹².

-El modo de hacer la certificación de la epidemia declarada era mediante juramento.

-No era suficiente con la declaración de epidemia en el pueblo donde se habita. Era preciso, además, que se hubiera declarado, "incomunicación con las demás poblaciones"⁹³.

c) Estado de sitio

El "estado de sitio de una plaza"⁹⁴, es lo que mencionaba textualmente el proyecto. Parece obvio que debía tratarse de la plaza donde estuvieran los interesados, pero el texto legal indicaba de modo genérico "una plaza", por lo que cabría entender que podría referirse a cualquiera, pero parece que eso sería una interpretación muy forzada.

Para dejar una interpretación indubitada, no hubiera sido preciso aclarar de qué plaza había de tratarse, como se hace en el caso de la circunstancia anterior que al citar el caso de la epidemia, aclaraba que ha de ser "en el pueblo donde se mora". Bastaría con haber sustituido el artículo "una" por "la", pues refiriéndose al estado de sitio de "la" plaza, facilitaría identificarla con la del lugar de los contrayentes en cuestión.

Era preciso que el Gobernador o Jefe militar de la plaza sitiada certificaran el estado de sitio⁹⁵.

2.3. *Hechos concurrentes con las circunstancias extraordinarias*

No era suficiente la presencia de alguna de las tres circunstancias extraordinarias mencionadas. Para poder dispensar de la necesidad de obtener el consentimiento paterno o, en su caso, de solicitar el correspondiente consejo, era necesaria también la

⁹² Cfr. art. 164.

⁹³ Cfr. *Ibidem*.

⁹⁴ Cfr. art. 162, 3ª.

⁹⁵ Cfr. art. 165.

conurrencia del hecho de que no existieran en el pueblo las personas que debieran otorgar esa licencia o ilustrar con su consejo a ese posible matrimonio.

Sólo en caso de producirse esta coincidencia, que, indudablemente, agrega dificultad a las ya producidas circunstancias extraordinarias, podría omitirse el requisito previo de la certificación ante el Juez⁹⁶ de haber "obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quienes debe pedirse"⁹⁷.

Cabe entender esto como una nueva muestra de la escasa voluntad que tenían los redactores del proyecto de 1836 de omitir la obligación de obtener el permiso familiar previo al matrimonio.

2.4. Producción de efectos del matrimonio celebrado sin el consentimiento o consejo paterno en razón de las circunstancias extraordinarias

Si un matrimonio llegara a celebrarse sin cumplir el requisito previo de la obtención del consentimiento paterno o de la solicitud del consejo, produciría todos los efectos civiles desde el mismo momento en que se contrae. Y produciría esos efectos del mismo modo que si se hubiera celebrado de forma ordinaria sin necesidad de haber tenido que recurrir a las soluciones excepcionales previstas para los casos extraordinarios en el Capítulo tercero.

Pero se imponía el deber de suplir los requisitos de los que, en su momento, se prescindió por causa de la urgencia y de las circunstancias extraordinarias. El momento establecido para proceder a esa suplencia de los requisitos era una vez pasado el riesgo que producía la situación extraordinaria. De modo que, si habiendo dejado ya de existir el riesgo no se acudía a certificar, conforme a la ley, que se estaba en posesión de la licencia paterna o que se había solicitado el oportuno consejo, cesarían los efectos de ese matrimonio⁹⁸.

Después de esta explicación, puede apreciarse mejor el significado de las palabras finales del artículo 161: en circunstancias extraordinarias y no existiendo en el pueblo las personas que deben dar su consentimiento o consejo, se omitirá este requisito "provisionalmente" -sólo durante el tiempo que subsista el riesgo- en el expediente preparatorio⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. art. 151.

⁹⁷ Cfr. art. 151, 2º.

⁹⁸ Cfr. art. 166, en el que podía leerse: "El matrimonio que se autorizare en estos casos de apuro y urgencia dejará de producir sus efectos civiles si pasado el riesgo no se suplieren conforme a la ley los requisitos que se hubieren omitido".

⁹⁹ Cfr. art. 161 *in fine*.

En este aspecto, se asimila este modo de contraer matrimonio -"en circunstancias extraordinarias"- con el estudiado anteriormente de españoles en el extranjero, pues también en aquel caso se preceptuaba que había de suplirse el requisito de la obtención del consentimiento paterno si no se había podido consignar previamente al matrimonio.

En cambio, existe una diferencia: los matrimonios celebrados en el extranjero no comenzaban a producir sus efectos civiles hasta que se verificaban las diligencias preparatorias que no se hicieron constar previamente al matrimonio¹⁰⁰; no es así en el caso del matrimonio celebrado en circunstancias extraordinarias, que, como se mencionó, inicia los efectos civiles desde el mismo momento en que se contrae.

2.5. *Supuesto de fallecimiento de algún cónyuge antes de la suplencia de requisitos*¹⁰¹

En lo referente a la suplencia de los requisitos para que el matrimonio pudiera seguir produciendo sus efectos civiles, también podría suceder que después de haber contraído matrimonio, el marido o la mujer fallecieran en el peligro acaecido, que fue el motivo por el que se acogieron a este modo de contraer, y que el fallecimiento tuviera lugar antes de haber gestionado la suplencia de los requisitos que no se consignaron en su momento por haberse tratado de una celebración en circunstancias extraordinarias.

Incluso en este supuesto tampoco se eximía de suplir esos requisitos para que el matrimonio pudiera continuar causando los efectos correspondientes. El cónyuge sobreviviente podía solicitar la mencionada suplencia, Y en el caso de haber fallecido ambos cónyuges¹⁰², los hijos que hubieren tenido podían hacer esa solicitud.

En el inicio del artículo 168 se leía que se daba este supuesto cuando "hubieren fallecido en el peligro". A tenor de la letra parece claro que la muerte hubo de ser causada por el riesgo que hizo considerar extraordinarias las circunstancias -el peligro de muerte, la epidemia declarada o el estado de sitio-. Pero cabría interpretar que también podría aplicarse la suplencia de los requisitos por parte del cónyuge sobreviviente o por los hijos, si fallecieron ambos contrayentes, en el supuesto de haber sobrevenido la muerte por causas distintas a las del suceso extraordinario, por ejemplo, fortuitamente. Y esto, porque puede entenderse que el artículo 168, cuando se refería al fallecimiento en

¹⁰⁰ Cfr. arts. 156 y 157.

¹⁰¹ Artículo 168: "Si el marido o la mujer hubieren fallecido en el peligro, después de celebrado el matrimonio en circunstancias extraordinarias, y antes de haberse suplido los requisitos civiles que faltaron para su celebración, el consorte sobreviviente o los hijos que dejaren, si hubiesen muerto ambos, podrán solicitar que se suplan aquellos requisitos, para que por este medio produzca el matrimonio sus efectos civiles".

¹⁰² En caso de no haber dejado hijos, parece evidente que sólo podría tratarse del fallecimiento de tan sólo uno de los dos contrayentes, pues en caso de fallecer ambos, y, además, no teniendo descendencia ya no tendría sentido suplir ningún requisito; ese matrimonio habría producido sus efectos civiles y, sencillamente, con la muerte de las dos partes dejó de producirlos.

el peligro, tal vez no exigía que ese peligro fuera la causa de la muerte, sino quizá también al caso de haberse producido durante el tiempo en que estuvo presente dicho peligro, sencillamente.

2.6. Uso restrictivo de la celebración del matrimonio en circunstancias extraordinarias

El proyecto preveía y regulaba la posibilidad de celebrar el matrimonio en circunstancias extraordinarias, especificando, además, qué circunstancias podían considerarse como tales; pero solicitaba que se otorgara a este tipo de matrimonios un carácter muy restringido y excepcional. El artículo 167 lo preceptuaba así: "De todos modos, no se procederá a la celebración de estos matrimonio sino cuando urgente e imperiosamente lo exigieren el honor y la conciencia de los interesados".

Se percibe que, en última instancia, se les concedía a los propios contrayentes la posibilidad de decidir si acogerse al régimen de circunstancias extraordinarias o no - siempre, por supuesto, que esas circunstancias se hubieran producido objetivamente- y, por consiguiente, la posibilidad de poder prescindir, al menos durante un tiempo, de la necesidad de obtener el consentimiento paterno o pedir el consejo. Para tomar esta determinación habrían de considerar si lo exigen imperiosa y urgentemente su honor y su conciencia, a tenor del artículo 167.

Este poder de decisión que se otorgaba a los propios interesados se podría estimar como paradójico si se compara con la necesidad de obtener la licencia paterna que estaba presente en diversos capítulos de este proyecto, y que parece una muestra evidente de la voluntad de los legisladores de mantener supeditado el matrimonio de los hijos al consentimiento de los padres.

VII. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN ILEGAL DEL MATRIMONIO

1. La falta de licencia paterna en cuanto a los efectos

El Capítulo sexto del proyecto estaba dedicado a este tema, titulándolo: "De los derechos que pierden los que hubieren celebrado el matrimonio sin los requisitos que prescriben las leyes".

Conviene hacer una observación previa antes de analizar este capítulo del proyecto. De modo general, se puede afirmar, como se apuntó más arriba, que un matrimonio celebrado sin haber cumplido los requisitos exigidos por la ley, no producía ningún efecto

civil¹⁰³. En el artículo 159 del proyecto quedaba condensada la esencia de los efectos de un matrimonio ilegal.

Por consiguiente, si faltó la obtención del consentimiento paterno o no se solicitó el consejo pertinente, según las prescripciones del artículo 151, 2º, ese matrimonio, si llegó a celebrarse, no tendrá ningún efecto civil, aunque podría ser canónicamente válido.

En cuanto a la relación con el matrimonio canónico, según afirma Navarro Valls, conforme a la opinión más extendida, se distinguen dos categorías de efectos civiles. En la primera cabe citar algunos que se pueden considerar inseparables: los deberes recíprocos de los cónyuges, la legitimidad de la prole, los derechos de la patria potestad y los derechos y obligaciones de los hijos con los padres. Todos estos dimanaban espontáneamente de la misma naturaleza del matrimonio y poseen una conexión necesaria con ella¹⁰⁴.

En cambio, en la segunda categoría existen otros que no son rigurosamente esenciales a pesar de tener su origen en el matrimonio. A estos se les puede denominar separables o meramente civiles, y entre ellos se incluirían: la dote y su cuantía, las donaciones nupciales, los bienes y privilegios civiles, los derechos sucesorios de los cónyuges, etc.

La regulación de los primeros sería de la competencia exclusiva de la Iglesia, mientras que la de estos últimos lo sería del Estado¹⁰⁵.

Ya el Papa Benedicto XIV hizo esta concreción de los efectos matrimoniales que quedan bajo la potestad civil, en el año 1758, en su tratado *De Synodo Diocesana*, donde establecía que: "*Aliquid nunc dicendum remanet de legibus secularibus, a lure canonico silentio praetermissis. Eius modi leges si rem spectent profanam, neque nulla ex parte sacris canonibus adversentur, tacite approbatae vedentur...*"¹⁰⁶.

En general, los siguientes Papas (Pío VI, etc.), insistieron en que al poder civil corresponde tan sólo lo que se refiere a los efectos civiles del matrimonio¹⁰⁷.

El art. 220, que encabezaba el Capítulo sexto, hacía una relación de los efectos civiles del matrimonio que no se obtendrían en caso de haber faltado el requisito del consentimiento o consejo paterno. A tenor de lo que se expone en dicho artículo, se perderían, en ese caso, los siguientes derechos:

¹⁰³ Artículo 159: "Si en la celebración del matrimonio no se hubiere observado lo dispuesto por las leyes de este Código, no producirá efecto alguno civil".

¹⁰⁴ Cfr. R. NAVARRO VALLS, *Divorcio: Orden Público y Matrimonio Canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*, Madrid 1972, pág. 186.

¹⁰⁵ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰⁶ Cfr. PAPA BENEDICTO XIV, *De Synodo Diocesana*, Madrid, 1771, lib. IX, cap. XIV, I.

¹⁰⁷ Cfr. R. NAVARRO VALLS, *Divorcio: Orden Público y Matrimonio Canónico*, ob. cit., pág. 185.

- a) El goce de las gracias y exenciones que la ley concede a los casados.
- b) La comunión de bienes prevista entre los cónyuges.
- c) La consideración de legítimos en cuanto a los hijos nacidos de esa unión. En consecuencia, se les consideraría únicamente como naturales reconocidos.
- d) El derecho de administrar los propios bienes durante la menor edad. No se permitiría, por tanto, a los cónyuges administrar sus bienes hasta que lleguen a la mayoría de edad. Y hasta ese momento, continuarían teniendo el derecho a esa administración aquellas personas a quienes correspondía en virtud de la ley o de decreto judicial antes de haberse contraído ese matrimonio.
- e) La comunicabilidad entre ambos cónyuges de los títulos, honores y dignidades que estuvieran en posesión de uno de ellos.
- f) En el caso de la mujer, perdería el derecho a disfrutar de los beneficios de la viudedad que le pudiera corresponder por los cargos públicos que hubiera desempeñado su marido o por las vinculaciones que poseyera. Si era el marido quién enviudaba, perdería el derecho a las posibles vinculaciones, de las que se ha tratado al final para el caso de la mujer.

Parece claro el espíritu de fondo que está presente en esta denegación de los derechos impuesta por el texto legal para los que se casaron sin haber cumplido los requisitos previstos. Ese espíritu parece que es el de considerar a los cónyuges no como marido y mujer sino como personas que tienen poco en común; es decir, en cuanto a los efectos civiles -hace notar el texto del proyecto que es sólo a estos efectos, cuando declara: "...son considerados por la ley civil..."¹⁰⁸, como si no hubieran contraído matrimonio.

Específicamente, en el artículo 221 se resumía bien el fondo común de esta pérdida de derechos, cuando explica que "los cónyuges que se hallaren en el caso de que trata este capítulo, son considerados por la ley civil como extraños entre sí para todos los actos públicos, y en cuanto tuviere relación con sus bienes".

2. La consideración de los hijos como naturales reconocidos

Interesa centrar la atención en uno de los derechos que no podrían obtener los cónyuges, por el hecho de haber contraído el matrimonio sin haber obtenido antes la licencia paterna o el consejo: los hijos nacidos de esa unión no tendrían derecho a ser

¹⁰⁸ Cfr. art. 221.

reconocidos como legítimos. El proyecto expresaba que esos hijos "serán considerados únicamente como naturales reconocidos"¹⁰⁹.

En este caso, puede pensarse que la denegación de este derecho no se inserta en la pauta marcada en el art. 221 anteriormente citado, pues ese artículo explicitaba los ámbitos a los que debía aplicarse esa consideración de los cónyuges como extraños entre sí. Según concretaba el mencionado artículo, sería "para todos los actos públicos, y en cuanto tuviere relación con sus bienes"¹¹⁰. Por consiguiente, se podría llegar a entender que al privar a los hijos del derecho a ser considerados como legítimos, no se cumplía estrictamente lo que se leía en el precepto, pues parece que con él se quiso abordar todo lo referente a los actos públicos y a los bienes materiales. Pero no parece que pueda incluirse en esos campos la consideración de los hijos tan sólo como naturales reconocidos.

No obstante, en el proyecto se hacía alguna salvedad con respecto a este derecho de los hijos, cuando trataba acerca de la nulidad del matrimonio en el capítulo siguiente, el sexto. Podía suceder que incluso tratándose de un matrimonio nulo, los padres del hijo nacido hubieran obrado de buena fe. En tal caso, ese hijo sería considerado como legítimo. Y sólo en caso de haber faltado la buena fe tendrían la consideración de naturales reconocidos¹¹¹.

Señalaba, además, que era suficiente con haber obrado de buena fe solamente uno de los progenitores; esto podría ser una manifestación del deseo de los redactores de facilitar el reconocimiento de los hijos como legítimos, tendencia que, además, quedaba refrendada con la presunción recogida en el artículo siguiente, cuando expresaba que "la buena fe (...) se presume en todo caso, a no haberse declarado judicialmente lo contrario"¹¹².

En cambio, cuando hubo malicia por parte de alguno de los contrayentes, se le castigaba, además, como delincuente, aplicándole las penas prescritas para tales casos en el Código penal¹¹³.

En este aspecto de salvaguardar la legitimidad de la descendencia cuando se actuó de buena fe, el proyecto de 1836 se inspiraba en el Código de Napoleón¹¹⁴.

¹⁰⁹ Cfr. art. 220, 3º.

¹¹⁰ Cfr. art. 221, in fine.

¹¹¹ Cfr. art. 228.

¹¹² Cfr. art. 229.

¹¹³ Cfr. art. 227.

¹¹⁴ Cfr. arts. 201 y 202 del *Code*. El Código de Napoleón formulaba la cuestión en los siguientes términos: "el matrimonio que se haya declarado nulo produce los efectos civiles así en cuanto a los cónyuges, como en cuanto a los hijos, cuando se contrajo de buena fe" (art. 201 del *Code*), y "si

VIII. LA NULIDAD MATRIMONIAL

1. Cuestiones generales

El proyecto contenía un apartado (el Capítulo VII del Título VI) dedicado íntegramente a la regulación de la nulidad, titulado: "De la nulidad del matrimonio".

Además, al tratar de algunos otros aspectos del matrimonio, incluía también algunos preceptos sobre nulidad: en concreto, al regular sobre el divorcio en el Título VII, pues, tal como se afirmaba, "la separación del matrimonio puede ser respecto al vínculo o en cuanto a la cohabitación"¹¹⁵; y también, al señalar las competencias de los tribunales civiles o eclesiásticos en función de qué causas se tratara, para el conocimiento de los litigios sobre nulidad se preveía siempre la competencia de la autoridad eclesiástica¹¹⁶.

Al regular sobre el divorcio, se insistía en lo referente a esta competencia: el conocimiento de estas causas, señalaba, "pertenece a los tribunales eclesiásticos cuando se trata de la nulidad del matrimonio"; en cambio, conocer sobre las causas de divorcio en las que tan sólo versaran sobre separación de los cónyuges, correspondería a los tribunales civiles¹¹⁷. En cambio, en el proyecto de Código civil de 1821, el conocimiento de las causas de nulidad motivadas por posibles irregularidades en la solemnidad exigida en la prestación del consentimiento, era competencia de los Tribunales civiles¹¹⁸.

En cuanto a competencia en causas de divorcio, se observa cierta separación del ordenamiento canónico. Los redactores quisieron justificarlo explicando su deseo de respetar los derechos de la jurisdicción eclesiástica, pero otorgando al mismo tiempo a la civil ciertas atribuciones que, a su juicio, no podían negársele por tratarse de unos derechos inherentes a la soberanía del Estado. Y además, así, deslindando las atribuciones de los tribunales civiles y los eclesiásticos, consideraban que se evitarían grandes males y la falta de la buena armonía que debe reinar entre ambas potestades y se conseguiría el bien de ambas y el buen ejemplo de las autoridades para con los súbditos¹¹⁹.

esta buena fe no existe de parte de uno de los dos cónyuges, no produce el matrimonio los efectos civiles, sino a favor de este cónyuge y de los hijos nacidos del tal matrimonio" (art. 202 del *Code*).

¹¹⁵ Cfr. art. 231.

¹¹⁶ Cfr. art. 222, que indicaba: "El conocimiento de los litigios sobre nulidad del matrimonio corresponde a la autoridad eclesiástica, prestándole su auxilio los Tribunales civiles para la separación de los cónyuges y demás que fuere necesario"; J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, ob. cit., pag. 119.

¹¹⁷ Cfr. art. 232.

¹¹⁸ Cfr. art. 308 del proyecto de Código civil español de 1821.

¹¹⁹ Cfr. Exposición de Motivos, en *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., pág. 95.

En este estudio se abordará tan sólo lo referente a la disolución del vínculo propiamente dicho; no se afrontarán, en cambio, los problemas que pudiera plantear la separación de cohabitación, por no intervenir en ella las personas llamadas a prestar consentimiento, sino que sólo podía intentarse personalmente por uno de los consortes o con poder especial en su nombre¹²⁰, siempre que concurriera alguna de las causas legítimas para solicitarla¹²¹.

Parece interesante hacer una observación antes de continuar. No parece totalmente correcto el concepto de nulidad que se daba en el proyecto del 36, pues se podía identificar con disolución del vínculo matrimonial, como puede apreciarse cuando establecía los tipos de divorcio¹²²; pero, en realidad, ambos conceptos no significan exactamente lo mismo. Por nulidad se entiende más bien la declaración de inexistencia de ese vínculo y no el hecho de disolverlo.

Sólo se admitía en el proyecto la ruptura del vínculo que provenía de nulidad, pero si se considera con rigor jurídico, no se trataría propiamente de una ruptura sino más propiamente de una declaración de inexistencia de ese matrimonio¹²³.

No se examinarán ahora las posibles causas de nulidad; solamente interesa apuntar que el proyecto en estudio mencionaba tres, aunque no lo hacía de modo enumerativo. Eran las de:

¹²⁰ Cfr. art. 237.

¹²¹ El artículo 233 señalaba: "Son causas legítimas para pedir la separación de los cónyuges en cuanto a la cohabitación:

1º La demencia o cualquier enfermedad que a juicio de los facultativos cause riesgo inminente a la vida del otro consorte, por todo el tiempo que dure aquélla.

2º El adulterio.

3º La excesiva crueldad en el trato.

4º Haber querido obligar el uno de los cónyuges al otro a cometer algunos delitos graves.

5º Haber querido obligar o persuadir a la mujer a que se prostituya.

6º La mudanza de religión católica en uno de los consortes.

7º La condenación a penas aflictivas por delitos infamatorios".

¹²² Cfr. arts. 231 y 232.

Artículo 231: "La separación del matrimonio puede ser respecto al vínculo o en cuanto a la cohabitación".

Artículo 232: "El conocimiento de las causas de divorcio pertenece a los Tribunales eclesiásticos cuando se trata de la nulidad del matrimonio. Los Tribunales civiles conocerán de las causas de divorcio cuando en ellas se trate únicamente de la separación de los cónyuges".

¹²³ En el vigente Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983, no se habla de nulidad al tratar del matrimonio en su Título VII de la Parte I del Libro IV, sino que titula el Capítulo IX dedicado a este tema: "De la separación de los cónyuges" y, dentro del mismo, distingue entre disolución del vínculo y separación permaneciendo el vínculo. Pero al articular lo referente a la disolución del vínculo no se identifica con lo que propiamente sería nulidad.

- a) haber intervenido miedo grave,
- b) error esencial en cuanto a la persona,
- c) impotencia física.

Así pueden extraerse de la lectura de los artículos 223 y 224 del proyecto en estudio¹²⁴.

En las ocasiones en que se decretara la disolución del vínculo en cuanto a un determinado matrimonio, se consideraba a este, en orden a los efectos civiles, como si no hubiera existido¹²⁵. Pero si después se reconciliaban los cónyuges haciéndolo constar por instrumento público o comparecencia ante el Juez Real que conocía de la causa, incluso tras la ejecución de la sentencia de divorcio, se restablecían de nuevo los derechos y obligaciones civiles de tal matrimonio¹²⁶.

Por otra parte, en el supuesto de haberse declarado la disolución del vínculo matrimonial, estaba permitido contraer segundas nupcias. El proyecto así lo disponía en su artículo 260 al tratar "del segundo matrimonio": "Muerto uno de los consortes, o disuelto el vínculo, la ley permite contraer segundas o ulteriores nupcias,..."¹²⁷.

2. Solicitud de la nulidad

Para el presente este trabajo, no parece necesario desarrollar un estudio pormenorizado de lo referente a la nulidad matrimonial con todos sus corolarios: causas, tribunales competentes, plazos, etc. Se centrará la exposición de modo particular en el estudio de los sujetos legitimados para solicitar la nulidad del matrimonio, por ser este un aspecto en el que también podían intervenir las mismas personas previstas por la ley para otorgar su consentimiento o bien para ser receptores de la solicitud de consejo por parte de los contrayentes para ese matrimonio.

Los propios interesados eran quienes en primer lugar estaban legitimados para solicitar la nulidad de su matrimonio, según se deduce de la lectura del artículo 225. Pero

¹²⁴ Artículo 223: "No podrá intentarse demanda de nulidad del matrimonio fundándose en haber intervenido miedo grave o error sustancial en cuanto a la persona, si hubieren transcurrido dos meses desde que se celebró el matrimonio. Lo mismo se entenderá si la parte violentada o engañada siguiese cohabitando con la otra después de haber cesado la violencia o conocido el error".

Artículo 224: "La acción de nulidad del matrimonio por causa de impotencia física deberá precisamente instaurarse dentro de los noventa días inmediatos a la cohabitación de los cónyuges".

¹²⁵ Cfr. art. 249.

¹²⁶ Cfr. arts. 256 y 257.

¹²⁷ Cfr. art. 260.

también ostentaban este derecho las personas llamadas a dar su licencia o su consejo para contraer el matrimonio¹²⁸. Y se trataba de las mismas personas que se requerían para otorgar el consentimiento paterno¹²⁹.

Es natural el hecho de que pudieran tomar la iniciativa los propios interesados, y así se entiende en el texto del artículo; pero no quedó redactado de una manera totalmente clara, pues al mencionar este derecho que tenían los parientes o curadores, añadía que lo podrían reclamar por sí mismos "o coadyuvando al interesado". Son estas cuatro últimas palabras las que parece que legitimaban en primer término a los propios contrayentes, pero esta conclusión no resulta evidente.

En cuanto a las personas legitimadas para promover la nulidad, es éste el único artículo que dedicaba el proyecto de 1836 a regular ese asunto. Puede afirmarse que, en este aspecto, el proyecto de 1836 se apoyó en el anterior proyecto de 1821 de manera casi textual, pues resulta muy notable el paralelismo con el precepto que regulaba este mismo tema en el proyecto de Código Civil de quince años antes, su artículo 285¹³⁰.

En este tema se quiso otorgar también relevancia al asunto de la licencia paterna, aunque con menos propiedad en este caso, pues el contenido que le es más propio a tal figura es el de ser requisito previo a la celebración y en el caso de solicitud de nulidad se ejercita con posterioridad al matrimonio.

En definitiva, quienes estaban legitimados para reclamar la nulidad del matrimonio eran:

1º Los propios interesados, es decir, los cónyuges.

2º "Los padres y curadores o aquellas personas que hubieren prestado su licencia o consejo para la celebración del matrimonio"¹³¹.

Si se realiza una interpretación literal de este texto citado en el segundo lugar, se puede concluir que la reclamación de nulidad podían instarla:

- a) Los padres, en todo caso.
- b) Los curadores, también en todo caso.
- c) Las personas que hubieran otorgado su consentimiento al matrimonio o

¹²⁸ Artículo 225: "Los padres y curadores o aquellas personas que hubieren prestado su licencia o consejo para la celebración del matrimonio tienen derecho para reclamar por sí o coadyuvando al interesado, la nulidad de aquél en que hubiere intervenido miedo grave o error sustancial respecto del menor de veinticinco años".

¹²⁹ Esas personas eran mencionadas en el art. 115.

¹³⁰ El artículo 285 del proyecto de 1821 estaba redactado así: "Los padres y abuelos, los parientes dentro del cuarto grado y los tutores son parte legítima para reclamar por sí o coadyuvando al interesado dentro del término legal la nulidad del matrimonio contraído por los menores de veinticinco años con miedo grave o con error sustancial".

¹³¹ Así se expresa textualmente en el artículo 225 del proyecto.

instruido con su consejo.

En este último supuesto, se entiende que estaban autorizados quienes efectivamente ejercieron este derecho de permitir o aconsejar y no todos los que, según el orden determinado en el artículo 115, eran llamados por la ley.

Pero parece poco razonable que los curadores pudieran entablar demanda de nulidad en todo caso y, en cambio, cualesquiera otras personas parientes, sólo pudieran hacerlo si fueron ellos concretamente quiénes de hecho prestaron su consentimiento o consejo para celebrar el matrimonio. Por consiguiente, cabría pensar en una interpretación menos literal, permitiendo entender que los autorizados por la ley para solicitar la nulidad del matrimonio de los menores, fueran exactamente -además de los propios interesados- aquellas personas a quienes correspondía consentir o aconsejar en ese enlace y que de hecho actuaron en el caso concreto. Por tanto, sólo podrían intervenir si se trató de un caso en que se requería su permiso para contraer matrimonio.

2.1. Personas legitimadas por haber dado su consejo para ese matrimonio

Según el texto del proyecto, podían solicitar que se hiciera nulo un matrimonio las personas que "hubieren prestado su licencia o consejo para la celebración"¹³².

El objetivo que pudo llevar a legislar de esta manera, tal vez pudo ser que tuvieran autorización para entablar la nulidad los mismos sujetos llamados por la ley para la licencia o consejo paterno¹³³, es decir, los padres, los demás ascendientes, en su defecto, y por último, los hermanos y los curadores. Pero, como se estableció en la Sección primera del Capítulo segundo del Título V, quienes debían solicitar el consejo eran precisamente los hijos mayores de veinticinco años¹³⁴, pues los menores de esa edad necesitaban el consentimiento paterno. En consecuencia, no parece posible que las personas que ilustraron con su consejo a los cónyuges, puedan solicitar la nulidad, como se permitía en el artículo 225, pues si recibieron consejo, en su sentido legal, y no licencia paterna, sería por tener más de veinticinco años, y en tal caso no se podría instar demanda de nulidad por los parientes o curadores por no cumplirse uno de los requisitos establecidos para hacerlo: el tratarse de menores de esa edad.

De todas formas, tal vez es posible realizar un análisis más exhaustivo, y podría llegarse a la conclusión de que sería posible permitir a estos parientes que ilustraron con su consejo que reclamaran la nulidad si se trataba de los casos particulares de los

¹³² Cfr. art. 225.

¹³³ Cfr. art. 115.

¹³⁴ Cfr. art. 123.

emancipados y las viudas¹³⁵, pues éstos se equiparaban a los hijos mayores de veinticinco años a los efectos de recibir consejo y, naturalmente, podían no llegar a esa edad. Y, por consiguiente, en tales casos, quedarían cumplidas todas las condiciones para que los parientes que otorgaron su consejo pudieran ahora solicitar la nulidad, pues han ejercido su labor de consejo y, además, se trata de cónyuges que no sobrepasan la edad prevista por el proyecto¹³⁶.

2.2. *Condiciones para la solicitud de nulidad del matrimonio por parte de los parientes o curadores*

Habían de cumplirse una serie de condiciones para que los familiares pudieran ejercer ese derecho de solicitar la nulidad, de modo que ese ejercicio quedaba acotado a una serie de supuestos¹³⁷:

I) Tratarse de un matrimonio en que hubiera intervenido miedo grave o error sustancial. En efecto, sólo podían ejercer esa acción cuando la demanda de nulidad se fundara en alguna de estas causas.

En el caso de solicitud de nulidad del matrimonio, por los parientes o curadores, se dejaba a discreción de los cónyuges -en el supuesto de haberse casado bajo miedo o error-, la posibilidad de que los parientes no pudieran demandar nulidad por sí mismos, en el caso de que el cónyuge engañado o violentado se hubiese enterado del error o hubiera cesado el miedo y, a pesar de ello, siguiera cohabitando con el otro. Si él deseaba seguir cohabitando, quedaba cerrada la puerta de la reclamación de nulidad a sus parientes.

Pero si se trataba de reclamar una nulidad basada en la impotencia física, la legitimación quedaba reservada solamente para los propios interesados. Esto puede deducirse por exclusión, pues no se recogía expresamente en este capítulo del proyecto.

II) Que hayan transcurrido menos de dos meses desde la celebración del matrimonio¹³⁸.

El artículo 223 del proyecto establecía algunas normas generales para intentar la demanda de nulidad y, entre otras, señalaba este plazo.

Por otra parte, asimilaba este transcurso de dos meses al hecho de continuar

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*.

¹³⁶ Cfr. art. 225.

¹³⁷ Cfr. art. 225 y art. 223.

¹³⁸ Cfr. art. 223.

cohabitando la parte violentada o engañada después de haber cesado la causa del miedo o el error. Pero no se especificaba cuánto tiempo se requería seguir cohabitando para considerar que el derecho de pedir la nulidad había cesado.

El requisito de estar dentro del plazo de dos meses para que los parientes o curadores pudieran demandar la nulidad, no plantea problemas. En cambio, podrían surgir dificultades para el supuesto de que hubiera cesado la violencia que llevó a casarse por miedo grave o se hubiera desvelado el error en cuanto a la persona. El artículo 223 explicaba que en el caso de suceder esto y si el cónyuge violentado o engañado continuara cohabitando con el otro, se daba el mismo tratamiento que si hubieran transcurrido los dos meses, y ya no podría solicitarse la declaración de nulidad.

Tampoco se verían especiales dificultades en este último supuesto si fueran los propios interesados, en ejercicio de un derecho que les correspondía, quienes tomaran la iniciativa de pedir la nulidad de su matrimonio, pues eran ellos mismos los que conocerían si había cesado el miedo o conocido el error. Pero podría surgir problema cuando en este mismo supuesto fueran los parientes o curadores los que desearan iniciar la demanda de nulidad, pues la circunstancia que se asimila al transcurso del plazo de los dos meses, según el artículo 223, es que el cónyuge engañado o violentado hubiera conocido el error o dejado de sufrir la violencia del miedo. Lógicamente, el propio cónyuge sí podría conocer esto, pero los parientes no tenían por qué tener esa información, y, en consecuencia, podría dificultarse notablemente la posibilidad de reclamar ellos la nulidad.

A este respecto, interesa señalar una diferencia con el proyecto de 1821. En ese texto anterior era preciso también que la demanda de nulidad se hiciera antes de haber transcurrido dos meses, pero no se contaban desde la celebración del matrimonio, como ocurría en el proyecto de 1836, sino desde que hubiera cesado el miedo o el error¹³⁹.

III) Ser los contrayentes menores de veinticinco años.

Los parientes o curadores sólo podían tomar esta iniciativa si eran menores de veinticinco años los que contrajeron matrimonio.

Aunque este precepto es claro en sí mismo, permite plantearse una cuestión: no queda suficientemente determinado si el ser menores de veinticinco años se refiere al momento en el que se trata de plantear la nulidad o al día en que se casaron. Como es lógico, hay que entender que en el momento de contraer el matrimonio eran menores de esa edad ya que si en aquel momento ya la habían

¹³⁹ Cfr. art. 284, párrafo 2º del proyecto de 1821.

sobrepasado, también serían mayores cuando quisiera plantearse la nulidad y, por tanto, no podría demandarse esta última precisamente por no cumplirse la condición de ser menores de esa edad.

Si eran menores en el momento de casarse y lo seguían siendo incluso pasados dos meses de este evento, tampoco se plantearía dificultad, pues en todo caso los parientes o curadores podrían solicitar la nulidad dentro de ese plazo, siempre que se cumplieran, además, las otras condiciones.

Podría darse un supuesto que planteara más dudas: sería el caso de que aun siendo menores de veinticinco años en el momento de casarse, cumplieran esa edad dentro de los dos meses posteriores a la celebración del matrimonio. Puede tomarse como ejemplo el caso de cumplirse esa edad un mes después de casarse: en tal supuesto, aún quedaría otro mes para estar dentro del plazo previsto para demandar la nulidad, pero en cambio, ya no podría cumplirse el requisito de ser el interesado menor de esa edad, como establecía el artículo 225 para poder solicitar la nulidad del matrimonio. Así sería si se considera la expresión del artículo 225: "...respecto del menor de veinticinco años", en el sentido de que se ha de estar por debajo de esa edad en el momento de entablar la nulidad, y, por tanto, no podrían solicitarla los parientes o curadores.

3. La intervención en la demanda de nulidad por parte de parientes o curadores

A tenor del artículo 225, se podían establecer dos maneras de que estas personas tomaran parte en la solicitud de nulidad del matrimonio de los menores:

3.1. "Por sí"

En el proyecto se leía textualmente: "tienen derecho para reclamar por sí (...) la nulidad"¹⁴⁰.

Siendo así, esto parece un atentado a la libertad de quienes han contraído matrimonio.

3.2. "Coadyuvando al interesado"¹⁴¹

No se trataría en este supuesto más que de refrendar la solicitud de nulidad que en tal ocasión se instaría por el cónyuge interesado.

¹⁴⁰ Cfr. art. 225.

¹⁴¹ Así lo indica textualmente el artículo 225.

Una muestra de la importancia que el proyecto de 1836 otorgaba a la licencia paterna, es precisamente que incluso después de celebrado el matrimonio, los parientes y curadores podían solicitar su nulidad. Además, como ya se reguló el proyecto de 1821, cabía que lo hicieran por sí mismos, sin el parecer de los propios interesados, lo que supone una especial vulneración de la libertad de los cónyuges ya casados.

IX. PRUEBA DEL MATRIMONIO

Parece conveniente hacer mención a la prueba del matrimonio, pues lo referente a esa materia también tenía relación con el consentimiento paterno. En efecto, algunas de las personas previstas para otorgar la licencia paterna, estaban habilitadas también para impugnar la legitimidad de un matrimonio. Se regulaba esta materia en el capítulo cuarto del Título quinto bajo la rúbrica "de la prueba del matrimonio".

Después de señalar el proyecto que el mero hecho de vivir juntos y llamarse marido y mujer no probaba sin más la legitimidad del matrimonio¹⁴², y expresar cuáles eran las certificaciones y trámites pertinentes para probarlo eficazmente¹⁴³, se determinaba qué personas podían ejercer la acción de impugnar la legitimidad de un matrimonio durante la vida de los que se consideraban casados¹⁴⁴. Entre las personas que podían impugnar la legitimidad de ese matrimonio, se mencionaba en segundo lugar a los padres y, a falta de ellos, a los ascendientes de los supuestos cónyuges por ambas líneas¹⁴⁵.

De la lectura de apartado segundo del artículo 178, puede observarse que las personas ahí mencionadas son básicamente las mismas que el propio proyecto legitimaba en cuanto a otorgar el consentimiento para casarse. Tan sólo se excluía a los hermanos mayores de veinticinco años y a los Curadores en lo referente a la prueba del matrimonio.

X. EFECTOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD EN EL *IUS CONNUBII*

Parece claro que los redactores del Proyecto de 1836 otorgaron importancia al consentimiento paterno para contraer matrimonio. Y esto puede mostrarse precisamente

¹⁴² Cfr. art. 169.

¹⁴³ Cfr. arts. 170-176.

¹⁴⁴ Cfr. art. 178. Indicaba ese precepto: "Sólo tienen acción para impugnar o contradecir la legitimidad del matrimonio durante la vida de los que se dicen casados:

1º Los hijos y descendientes que cualquiera de los consortes tuviese de otro matrimonio.

2º El padre o la madre de los supuestos cónyuges y, a falta de ellos, sus ascendientes por ambas líneas.

3º El Promotor Fiscal del Juzgado respectivo o el de la jurisdicción eclesiástica".

¹⁴⁵ Cfr. art. 178, 2º.

en el hecho de que la necesidad de esa licencia extendiera sus efectos restrictivos de la libertad en el *ius connubii* no sólo en lo que era materia estrictamente conyugal en cuanto al hecho de contraer matrimonio, sino también en otras cuestiones vinculadas.

Si se compara este Proyecto de 1836 con el anterior de 1821, en cuanto a su relación con el Derecho Canónico, puede afirmarse que el de 1836 tenía mayor moderación y respeto para con el Derecho de la Iglesia. Esto se mostraba de manera particular en lo referente a los efectos de los matrimonios celebrados sin haber obtenido la licencia paterna previa, y también en algunos otros aspectos.

Por otra parte, se puede subrayar que las disposiciones del proyecto sobre las licencias paternas -que, además, traían consigo graves consecuencias-, pretendían vigorizar la patria potestad, recogiendo las influencias del Código de Napoleón, con una concepción muy fuerte de esa figura que se acercaba a la romana. Esto, llevado al extremo, colisionaba con la doctrina canónica al respecto, porque suponía una quiebra del principio de libertad -concediendo mayor importancia quizá a intereses familiares y particulares- en un aspecto relevante como es la libertad para contraer, pues el derecho de la Iglesia condena todo lo que pueda eliminar o disminuir considerablemente la autonomía personal para casarse.