

## PARTE SEGUNDA

### DEL MATRIMONIO CIVIL

Artículo 61. — No producirá obligación civil la promesa de futuro matrimonio, cualesquiera que sean la forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales, ni cualesquiera otras que en ellas se estipulen.

#### ORÍGENES

Art. 3.º Ley prov. Matr. civ.

#### COMENTARIO

Entramos en la segunda parte de la institución que sirve de base á la familia.

La legislación matrimonial nacida en 1870 para regular esta materia ha quedado reducida por el Decreto de 9 de Febrero de 1875 á los estrechos límites de tener aplicación tan sólo tratándose de individuos que ostensiblemente manifiesten no pertenecer á la Iglesia católica.

No faltará quien dude cómo haya podido suceder esto, y quien pregunte cómo y por qué una ley emanada del poder legislativo ha podido ser derogada por un decreto hijo de la pasión política. También nosotros nos hemos hecho idéntica pregunta y hemos dudado de que así pudiera suceder; mas lo cierto es, que el decreto á que nos referimos se observa, y que el Tribunal Supremo, en una sentencia de 7 de Diciembre de 1879, ha entendido derogada la ley del Matrimonio civil, por el Decreto de 1875.

Antes de entrar á comentar el presente artículo, hemos de hacer una consideración.

El art. 34 de la ley del Matrimonio decía: «Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso ántes, después ó al tiempo del matrimonio civil.»

Estableciendo el matrimonio canónico para los católicos y el civil para los que ostensiblemente pertenezcan á otras religiones, ó no profesen ninguna, ¿podrán los católicos contraer civilmente?

En nuestro concepto debía permitirse esto, y el Decreto de 9 de Febrero de 1875 y la Real Orden de 25 del mismo mes y año, han ido más allá de lo que fuera de presumir.

Siempre que dos católicos pretendieran unirse civilmente en matrimonio, debiera unírseles sin que para ello se les exija que abjuren del catolicismo, ni que hagan constar en acta ó en otra forma no pertenecer á la comunión católica como hoy se exige.

Si se ha querido copiar la legislación portuguesa, debió tenerse presente que el art. 1081 de su Código prohíbe al oficial que autoriza el matrimonio que pregunte la religión de los que contraen, ni haga averiguación de ninguna especie, limitándose á preguntarles si persisten en la idea de contraer matrimonio civil. Y si después de leídos los arts. 1056 y 1057 del Código, los contrayentes confiesan espontáneamente que son católicos, pero que persisten en la idea de casarse civilmente, el oficial público tiene que casarlos, pues solamente podrá dejar de hacerlo á petición de los contrayentes.

La promesa de futuro matrimonio, cuya validez han reconocido las leyes de Partida y las Recopiladas, ha merecido las unánimes censuras de casi todos los escritores, que han visto en ellas un peligro constante para la virtud, un arma poderosa para la seducción, y una fuente inagotable de pleitos que urgía cortar. Por estas consideraciones, ya desde el proyecto de Código, y áun ántes, se venía reclamando contra los esponsales, que se horraron de aquel proyecto, y posteriormente de la ley de Matrimonio civil.

En efecto, nada parece más absurdo que privar de la libertad de consentir y de obrar, precisamente en el acto de la vida en que esta libertad es más necesaria, y los esponsales, creando un compromiso ó imponiendo una pena, coartan mucho la libre determinación de los que los otorgaron.

La nulidad de los esponsales lleva consigo necesariamente la invalidación de las cláusulas

penales y demas análogas que aquéllos puedan contener.

¿Serán válidos los esponsales otorgados por dos personas que no pertenezcan á la Iglesia católica, sólo por el hecho de convertirse posteriormente al catolicismo?

¿Adquirirán valor los otorgados por un cristiano y un infiel, si éste acepta la ortodoxia?

¿Podrá entenderse desligado de la obligación que contrajo en los esponsales el esposo que se hace infiel?

¿Será válido el esponsal del que se fingió cristiano sin serlo?

Estando vigente la ley del Matrimonio civil, y por tanto el artículo de que nos ocupamos,

cuando se trata de protestantes, ¿qué valor tienen los esponsales celebrados ante un católico y un protestante?

Estas y otras muchas dudas se vienen á la imaginación, á poco que se medite sobre la circunstancia de ser nulos ó válidos los esponsales, según la religión de los que los otorgaron. Hasta ahora no tenemos noticia de que ninguna de estas cuestiones se haya presentado en la práctica, no estando, por consiguiente, resueltas en ningún sentido; pero la gravedad de algunas de ellas merece que fijen la atención del legislador, á fin de resolverlas ántes que nazca el conflicto.

## CAPÍTULO PRIMERO

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE APTITUD NECESARIAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

#### CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 48 Cód. Austria.— 1073 Portugal.—110 Italia.

#### COMENTARIO

Para contraer matrimonio es preciso tener capacidad. Esta capacidad se refiere al otorgamiento del contrato primero, y á la posibilidad de cumplirlo después. Lo primero exige el consentimiento, lo cual supone conocimiento, capacidad y libertad, sin cuyas condiciones el consentimiento no existe. Lo segundo supone posibilidad física de llenar los fines del matrimonio.

El primero de los requisitos que marca la ley es la pubertad. Este requisito no pertenece exclusivamente á ninguno de los dos órdenes ántes indicados, sino que participa de ambos.

La edad supone discernimiento; por eso decía la ley de Partida: *los mozos e las mozas que non sean de edad digan aquellas palabras porque se face el matrimonio: porque non han entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que entre atales es fecho.*

Pero al mismo tiempo supone capacidad física para poderse ayuntar carnalmente.

Artículo 62. — Son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reúnan las circunstancias siguientes:

Primera. Ser púberes, entendiéndose que el varón lo es á los 14 años cumplidos, y la mujer á los 12.

Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto* y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado á la pubertad legal hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la mujer hubiere concebido ántes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamación.

Segunda. Estar en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de celebrar matrimonio.

Tercera. No adolecer de impotencia física absoluta ó relativa, para la procreación, con anterioridad á la celebración del matrimonio, y de una manera patente, perpetua é incurable.

#### ORÍGENES

Art. 4.º Ley prov. Matr. civ.

Por este doble carácter, sin duda, lo coloca la ley en primer término.

Muchos Códigos, entre otros el francés (artículo 144), no permiten el matrimonio hasta los 18 y 15 años respectivamente. La Iglesia, sin embargo, siguiendo al Derecho romano, fijó la edad mínima con arreglo á los climas en que el desarrollo es más prematuro, y confiando en que la malicia no abusaría del permiso. La ley civil, con objeto de evitar el conflicto que había de surgir en el caso de señalar edad distinta de la aceptada por la Iglesia, siguió también la misma costumbre, y estableció, del mismo modo que las leyes de Partida, la revalidación *ipso facto* de los matrimonios celebrados con infracciones de este precepto.

Estar en el pleno uso de la razón es la segunda de las circunstancias de aptitud que señala el artículo. En esta sola frase están perfectamente comprendidas las circunstancias que nuestros Códigos explicaban con minuciosidad.

La locura é imbecilidad, la fuerza y miedo, el rapto, etc., y todas las demás cosas que privan de la razón ó de la libertad, son causas para que no exista la circunstancia segunda de este artículo.

¿Será válido el matrimonio del monomaniático? ¿Será válido el matrimonio del que lo contrajo sin estar en el uso de su razón, pero después de recobrada continúa en la vida matrimonial sin reclamar su nulidad?

Escriche resuelve ambas preguntas afirmativamente.

La tercera circunstancia es la que hace relación á la impotencia física.

La impotencia puede ser natural ó casual, perpetua ó temporal, absoluta ó relativa. La natural proviene de un defecto de la propia naturaleza, como la estrechez en la mujer. La casual proviene de accidente, como la castración. La perpetua es aquella cuya curación no es de esperar, al contrario de la temporal, que con los recursos ordinarios de la ciencia puede llegar á desaparecer; la absoluta es la que existe en un hombre en relación á cualquiera mujer, ó en una mujer en relación á cualquier hombre; la relativa es la que existe de un hombre á una mujer determinada; pero no respecto de otra y viceversa.

La impotencia de que habla el artículo es la absoluta ó relativa, con tal de que sea patente, es decir, no opinable, perpetua é incurable, y que sea anterior al matrimonio, pues si sobreviene después no produce su nulidad.

En Roma los matrimonios de los eunucos eran ilegítimos, pero si se contraían no se anulaban; hasta que Leon el Filósofo los declaró completamente nulos (1).

Debe distinguirse la impotencia propiamente dicha de la esterilidad, que no es causa de nulidad ni impedimento para el matrimonio.

La declaración por sentencia firme de impotencia absoluta, perpetua, es impedimento dirimente para que el así calificado pueda contraer matrimonio. Mas si la impotencia fuere solamente relativa, podrá el impotente contraer un segundo matrimonio.

La falta de alguno de los requisitos de este artículo constituyen vicio de nulidad del matrimonio, como veremos en su oportuno lugar. En efecto, el que no puede consentir no se puede decir que consiente, á lo ménos en el sentido legal que tiene el consentimiento, y no consintiendo no hay matrimonio.

La falta de razón y la impubertad privan de poder consentir. La impotencia destruye un consentimiento que lleva implícita una condición, destruida la cual nada vale aquél.

Artículo 63.—Aun cuando tengan la aptitud expresada en el artículo precedente, no podrán contraer matrimonio:

Primero. Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

Segundo. Los que estuvieren ordenados *in sacris*, ó que hayan profesado en una Orden religiosa, canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, á no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica.

Tercero. Los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia ó solicitado el consejo de los llamados á prestarles en los casos determinados por la ley.

Cuarto. La viuda durante los 301 días siguientes á la muerte de su marido ó ántes de su alumbramiento si hubiere quedado en cinta, y la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo en los mismos casos y términos, á contar desde su separación legal, á no haber obtenido la correspondiente dispensa.

(1) Novela XCVIII.

## ORIGENES

Art. 5.º Ley prov. Matr. civ.

## CONCORDANCIAS

Concuera con: Arts. 147, 148 y 228, Cód. Francia.—56 y 57 Italia.—1058, 1061, 1233 á 1239 Portugal.—92 Holanda.—49 Austria.—5.º Rusia.—20 al 24 Prusia.

## COMENTARIO

Hemos dicho al hablar del matrimonio canónico, que existían dos clases de impedimentos ó prohibiciones para contraerlos: esto mismo sucede tratándose del matrimonio civil.

Se consignan en este artículo las llamadas prohibiciones *absolutas*, porque impiden el matrimonio de los que sufren la prohibición, con toda clase de personas.

No estando aceptada la poligamia, no era posible consentir que aquellos unidos con anterioridad por matrimonio legítimo, contrajeran un segundo; por eso la ley civil consigna en primer término esta prohibición como la más conforme con la naturaleza y fines de esta unión.

Además, el Código penal impone la pena de prisión mayor al que contrajere segundo ó ulterior matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, y el respeto del legislador á las uniones anteriores llega hasta el punto de imponer una pena á los que contraigan matrimonio civil no hallándose disuelto el canónico anterior, celebrado sin llenar los requisitos de la ley civil en los tiempos en que ésta obligaba á todas igualmente (1).

La segunda prohibición del artículo se refiere á los ordenados *in sacris* á ménos de haber obtenido la licencia canónica. El poder civil, respetuoso con las disposiciones de la Iglesia y corroborando sus doctrinas, acepta la prohibición por ella establecida, admitiendo además el principio de que la Iglesia que instituyó el impedimento puede dispensarlo únicamente.

Mas el artículo sólo hablaba de *católicos*, y es claro que aquellos que dejaban de serlo, podían contraer matrimonio aun cuando en la época en que pertenecían á la Iglesia católica, estuviesen ordenados *in sacris* ó hubiesen hecho voto solemne de castidad.

Al amparo de este precepto legal constituyéronse algunos matrimonios. Pero el decreto de 9 de Febrero de 1875 dispuso en su art. 6.º que

(1) Art. 455 del Cód. pen.

los ordenados *in sacris* ó que hubiesen hecho voto solemne de castidad en alguna orden religiosa canónicamente aprobada, aun cuando aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha del mismo Decreto, quedando en su virtud disuelta la sociedad conyugal y con el carácter de sacrilegos los hijos que nazcan después de los 301 días de promulgado el precepto.

La índole perturbadora del decreto que se atreve á disolver las familias creadas al amparo de una ley que declaraba indisoluble el matrimonio, el absurdo jurídico que envuelve la excepcional situación en que quedan los hijos anteriores y posteriores á la declaración de nulidad hecha en el Decreto, todo, en fin, nos impide hacer un juicio crítico del mismo. Si fuéramos á enumerar aquí la serie infinita de consecuencias que arrastra la innovacion; si hubiéramos de consignar los desafueros jurídicos que lleva consigo, habríamos de necesitar de largo espacio de que no disponemos.

Con prolijidad ha sido comentado el art. 6.º á que nos referimos y no es preciso que añadamos una palabra más.

Por virtud, pues, de esta reforma, hemos suprimido del artículo la palabra *católicos*, toda vez que los ordenados *in sacris*, y los demás que se enumeran, bien abjuren de la religión católica, bien permanezcan en ella, no podrán contraer matrimonio sinó en virtud de licencia canónica.

La tercera prohibición absoluta, fundada en el repeto que los hijos han de tener á los autores de sus días, al mismo tiempo que sirviendo de cortapisa á los extravíos é inexperiencia de la juventud, es objeto de una ley especial, y nosotros le consagramos un capítulo en el lugar correspondiente.

El temor de que se mezclen las generaciones, la necesidad de evitar que de este modo nazcan grandes perturbaciones en las familias, haciendo casi imposible el deslinde de los derechos de cada uno, y otras razones de no menor valía, han obligado al legislador á prohibir que la viuda pase á segundas nupcias ántes de su alumbramiento, si notoriamente hubiere quedado en cinta, ó ántes de los 301 siguientes á la disolución de su matrimonio, ó declaración de nulidad del mismo, á ménos de obtener la correspondiente licencia.

En Roma la ley (2, tit. IX, lib. V, Cód.) prohibía á la viuda contraer segundo matrimonio dentro del año siguiente á su disolución, incur-

riendo por desobediencia de este precepto en la nota de infamia, además de perder todo lo que el marido la hubiese dejado en su testamento.

Este rigor se mitigó mucho, y el Fuero Real estableció «que ninguna mujer viuda non case del día que muriere su marido fasta un año cumplido: e si ante casare sin mandato del Rey, pierda la meitad de cuanto hobiere» (1). Esta misma doctrina se consigna en la ley de Partida y añade: «se casase por palabras de presente o ficiese maldad de su cuerpo.»

Este precepto constantemente consagrado por los Códigos, quedó abolido por la ley 4.ª, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilación, que dice: «Mandamos que las mujeres viudas puedan libremente casar, dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin pena alguna y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare...» etc.

De manera que esta ley vigente, tratándose de matrimonios canónicos, hace que no exista el impedimento de que habla este artículo que solamente obliga á los civiles.

Esto no obstante, el Código penal, que no ha podido ménos de apreciar la necesidad de la prohibición, ha establecido que la viuda que casare ántes de los 301 días de la muerte de su marido, ó ántes de su alumbramiento si hubiere quedado en cinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa. Pero el Código penal no puede, por su índole, derogar la ley puramente civil de la Novísima, ni, por consiguiente, establecer impedimento para el matrimonio, sinó solamente robustecer con la imposición de la pena los admitidos por la ley civil ó por la costumbre. En nuestro entender, y por lo que se refiere al matrimonio canónico, el precepto legal es el de la Novísima; y por consiguiente no existe impedimento, por más que la infracción del Código penal constituya un delito.

Artículo 64.—Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí:

Primero. Los ascendientes y descendientes por consanguinidad legítima ó natural.

Segundo. Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

Tercero. Los colaterales por afinidad legítima hasta el tercer grado.

(1) Ley 13, tit. I, lib. III, Fuero Real y 1.ª, tit. II, lib. III, Fuero Juzgo.

Cuarto. Los colaterales con consanguinidad ó afinidad natural hasta el segundo grado.

Quinto. El padre ó madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

Sexto. Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción.

Sétimo. Los adúlteros que hubieren sido condenados como tales por sentencia firme.

Octavo. Los que hubieren sido condenados como autores ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge inocente, aunque no hubieren cometido adulterio.

Noveno. El tutor y su pupila, salvo e caso en que el padre de ésta hubiere dejado autorizado el matrimonio de los mismos en su testamento ó en escritura pública.

Décimo. Los descendientes del tutor con el pupilo ó pupila, mientras que fenecida la tutela no haya recaído la aprobación de las cuentas de este cargo, salvo también la excepción expresada en el número anterior.

#### ORIGENES

Art. 6.º Ley prov. Matr. civ.

#### COMENTARIO

Las prohibiciones *relativas* son aquellas que sirven de impedimento entre una persona y otra determinada.

La razón de prohibir las uniones entre ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural, es tan obvia que no es necesario explicarla.

La proximidad del vínculo, razones de moralidad, el escándalo que resultaría de ver al padre casarse con la hija ó á la abuela con el nieto, han sido suficientes para prohibir los matrimonios mediando tal parentesco, que como dice la ley, *es cosa que ata los omes en grand amor, porque son como unos por sangre naturalmente.*

El incesto, que constituye un delito repugnante, no puede servir de base al matrimonio.

En cuanto á los colaterales más inmediatos, existen las mismas razones de moralidad y de pudor, que van perdiendo su fuerza á medida que el parentesco se aleja del tronco comun, hasta llegar á ser permitidos los matrimonios

por haberse entibiado por completo aquellas razones.

La prohibición entre los colaterales se extendió en cierta época hasta el sétimo grado canónico, pero Inocencio III cambió la disciplina (1).

Cuando se estableció la prohibición hasta el sétimo grado, la Iglesia computaba atendiendo á la ley civil. Después se admitió la computación canónica, resultando en su virtud prohibidos los matrimonios hasta el grado décimocuarto de la civil.

Pero hemos hablado de grados de parentesco y de computación civil y canónica, por lo que debemos dar de esto una ligerísima explicación.

*Parentesco* es tenencia ó aligamento de personas departidas, que descienden de una raíz (2).

*Línea* es ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras, como cadena, descendiendo de una raíz (3).

*Grado* es el escalón ó paso de un pariente al inmediato, ó bien cada una de las generaciones que hay desde el tronco á una de las personas.

La computación de los grados puede ser civil y canónica.

En la línea recta, ora ascendente ora descendente, *los grados* son los mismos por derecho civil y canónico, porque aquel cuenta las generaciones y éste las personas, descontando una, y así el hijo está en primer grado, el nieto en segundo, el padre en primero, el abuelo en segundo, etc.

En la línea transversal por derecho civil, se cuenta por el número de generaciones de ambos lados, y de esta manera el hermano está en segundo grado, el primo en cuarto, etc., porque son dos las generaciones en el primer caso y cuatro en el segundo.

Por el contrario, en la computación canónica sólo se cuenta uno de los lados, cualquiera de ellos si fueren iguales, y el más largo en otro caso, no atendiendo al número de generaciones sinó al de personas ménos una: así el hermano está en primer grado, el primo en segundo, etc., porque contando un solo lado en el primer caso, hay dos personas; mas como una no se cuenta, queda una, primer grado: y en el segundo caso son tres personas, abuelo, tío y primo, ó sea segundo grado.

De esta manera se comprende, que el cuarto grado civil es el segundo y tercero canónicos, y

que el cuarto grado canónico llega hasta el sétimo y octavo civil.

Existe además la llamada afinidad, que es el parentesco que resulta en virtud de la unión carnal, y existe entre un cónyuge y la familia del otro.

La afinidad puede ser legítima y natural, según sea proveniente de matrimonio ó de simple unión carnal.

¿Nacerá el parentesco de afinidad como impedimento para el matrimonio canónico, cuando esta afinidad provenga de matrimonio puramente civil?

Es indudable que sí; lo único cuestionable es si esa afinidad se considerará por la Iglesia como legítima ó como natural.

Nuestra opinión, excusado es decir que está por lo primero, puesto que la unión civil es tan legítima como la canónica.

Al lado del parentesco natural, está el parentesco *civil*, que no depende de la sangre, sinó de la *adopción*, que coloca al adoptado en la condición de hijo del adoptante, y establece por analogía vínculos entre los parientes del adoptante y el adoptado y viceversa.

Las leyes de Partida (12, tit. II, Partida 4.ª) señalan en qué consiste este parentesco, y otra ley de la misma Partida (7.ª, tit. VII) dice: «ca el padre que tiene por fija alguna muger o la rescibe por nieta o por visnieta, nunca puede casar con ella, maguer se desfaga el porfijamiento.» De la adopción nace un impedimento permanente y otro transitorio. El primero existe entre el adoptante y el adoptado éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste. El segundo existe entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, y desaparece cuando se rompe el vínculo de adopción.

La ley del Matrimonio civil en el caso 6.º del art. 6.º, dice descendientes legítimos, en tanto que la ley de Partida dice fijos carnales: ¿están contestes ambas legislaciones? ¿qué debe entenderse por fijos carnales? Sobre este punto disienten los autores, pues en tanto que unos suponen que la palabra *carnales* está puesta en contraposición á la de adoptados, otros creen que en aquella palabra se comprenden todos los hijos que lo son por naturaleza, sean legítimos ó ilegítimos.

Nosotros, no pudiendo resolver la duda, hemos conservado la palabra *carnales* en el lugar correspondiente (art. 56), dejando de este modo en pié la cuestión.

(1) Cap. VIII de consanguin., *collec.*, ap., Ant. August.

(2) Ley 1.ª, tit. VIII, Partida 4.ª

(3) Ley 2.ª, lib. VI, Partida 4.ª