

El matrimonio de los hijos

(Con motivo del Concordato con la Santa Sede)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. La armonía con el Código de Derecho canónico. 2. Origen de los preceptos del Código civil: a) Las distintas concepciones sobre la familia. b) La doctrina tradicional española. c) Período de transición. d) El derecho francés. e) Antecedentes inmediatos del Código civil. 3. Examen crítico de las disposiciones del Código civil. 4. Legislación extranjera. 5. Posibles modificaciones del articulado del Código civil.

I. *La armonía con el Código de Derecho Canónico.*

En el Protocolo final que forma parte integrante del Concordato con la Santa Sede, se declara: «Las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas con armonía con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código canónico» (1). El Estado español se ha obligado así a promulgar en el plazo de un año (2), las disposiciones de Derecho interno que sean necesarias para la ejecución de lo dispuesto en el precepto citado (art. 36, 2, Conc.).

Se postula, pues, la existencia de una desarmonía entre las aludidas normas civiles y canónicas. Ello hace que, antes de nada, previa a la misma comparación de las reglas y a la determinación del alcance de la desarmonía, se abra esta interrogante: ¿qué carácter habrá de tener la obligada labor correctora?; su contestación permitirá plantearse con seguridad la cuestión final, ¿qué preceptos de nuestras leyes han de ser y hasta dónde es aconsejable que sean corregidos? Problemas merecedores de tranquila meditación, y respecto a los que lo apremiante del plazo acucia a un rápido trabajo previo de desbroce, a reunir elementos de estudio

(1) En el apartado: En relación con el art. 23 B. Can. 1.034: «Parochus graviter filiosfamilias minores hortetur ne nuptias ineant, insciis aut rationaliter invitis parentibus quod si abnuerint, eorum matrimonium ne assistat, nisi consulto prius loci Ordinario.» Can. 1.035: «Onnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur.»

(2) A contar desde el 27 de octubre de 1953, fecha en que se ratifica el Concordato, firmado el 27 de agosto.

y a discutir pros y contras, de modo que se ofrezca en tiempo oportuno a quien corresponda resolverlo, el material de información suficiente para decidirlos de modo fundado (3).

El texto concordado indica, ante todo, con la referencia a «las normas civiles», que se alude a todas las reglas del Derecho positivo español, es decir, en este caso, las del Código civil y las del Código penal (4). Son, pues, estas normas las que el Estado español se ha comprometido a modificar hasta que estén puestas en armonía con los dos cánones expresamente citados.

Esto es claro; pero no será tan fácil fijar el alcance de la frase «serán puestas en armonía». Poner en armonía, es sabido que significa acordar, concordar, sintonizar, concertar; pero esa palabra armonía, en apariencia tan rotunda, no delimita con precisión jurídica el concepto y deja un juego excesivamente amplio a la interpretación de su sentido: desde la mínima exigencia de acabar con la discordia o la contradicción, hasta la aspiración maximalista de inspirarse en los mismos principios informadores.

En el texto convenido no se encuentra apoyo para decidir en favor o en contra de uno u otro extremo. La decisión, si ha de ser motivada, habrá de buscar sus razones fuera del Concordato (5), y parece que ella sólo puede basarse debidamente en la valoración de las mismas reglas civiles y canónicas sobre el consentimiento paterno.

Es probable que, si se tratase de entender el alcance de un Tratado concluído por dos Estados temporales, habría de aconsejarse la interpretación restrictiva, pues es presumible la voluntad y es tendencia general y natural la de reducir en lo posible la concesión, renuncia o sacrificio. El Concordato, en el precepto examinado, no tiene este carácter, no hay choque de los encontrados intereses de dos poderes, resuelto por el allanamiento de uno, sino otro completamente distinto; entre dos modos de regular una materia concreta, se ha preferido la orientación de un ordenamiento universal, nada ajeno a España y a cuya formación tanto han contri-

(3) La materia se ha tratado ampliamente en el seminario de los miércoles (antes de los jueves) del ANUARIO DE DERECHO CIVIL; fueron ponentes los señores Fuenmayor y Romero Vieitez, e intervinieron, entre otros, los señores Cámara, Carnicero, Gimeno, Peña, Rubio, Sánchez Blanco, Vallet. Mucho de lo aquí dicho—y seguramente lo único que valga la pena—reflejará ideas mantenidas o discutidas en dichas reuniones. Sería muy grato poder autorizar, con algunos de los citados ilustres nombres, cualquiera de las afirmaciones hechas en este trabajo, pero el ritmo rapidísimo de la discusión y lo vivaz y hasta entrecruzado de las intervenciones hacen imposible cualquier atribución de opiniones con la debida seguridad. Sólo ha sido posible respecto a la propuesta concreta referida en la nota 81. Parte de este estudio fué leído en dicho seminario.

(4) Se utiliza la clásica contraposición entre Derecho civil en sentido amplio («ius civile») y Derecho canónico, en el sentido de ordenamientos del Estado y de la Iglesia.

(5) El art. 35 del Concordato da como regla, para resolver dudas y dificultades, la de inspirarse en los principios que lo informan; mas aquí se pone en duda si se ha convenido dicho principio informador.

buido nuestros juristas, a costa de unas disposiciones del Código civil, de origen y sentido extraños a la concepción jurídica española (6).

En la cuestión que nos ocupa no juega, ni poco ni mucho, el interés del Estado y hasta el más extremoso de los regalistas no sabría poner reparos razonables a una interpretación amplia del precepto estudiado. Es previsible otro obstáculo, quizá tan grave, el de la justificada inclinación de los juristas a recortar las novedades a introducir en los textos codificados y su también plausible repugnancia para aceptar disposiciones de origen extraño. Por ello, para aclarar ideas y limpiar de prejuicios el camino, quizá no sea superfluo recordar algo sobre el especial significado del Derecho canónico en la formación del Derecho moderno.

Los Derechos romano y germánico se estiman ser, con razón, las dos corrientes originarias del Derecho civil moderno. Junto a ellas, quizá mejor sería decir dentro de ellas, por vía de la interpretación y mediante el correctivo de la equidad, influirá decisivamente el Derecho canónico. La formación bifronte de los antiguos juristas («*utrumque ius*») facilitaba o imponía el contacto entre la concepción romanista y la canónica. El Derecho canónico recibe amplísimamente, a veces sin medida o con exceso, conceptos y reglas romanas («*ius romanorum Ecclesiae romanae*»), hasta en instituciones como el matrimonio. Las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, están hondamente influenciados, y la eficacia de los pactos, la causa, la consideración de la persona tiene su origen en el Derecho canónico. Cierto que no han faltado recelos entre los cultivadores de uno y otro Derecho (7). Hoy, afortunadamente, pueden considerárseles superados. Un canonista, y de la máxima autoridad, ha señalado lo erróneo de la interpretación aceptada por la generalidad de la doctrina canonista y el acierto de los antiguos legistas al respecto, como también la mayor justicia de las soluciones propuestas por los civilistas modernos (8). Ningún desdoro habría para la ciencia del Derecho civil al considerar más exacta, conveniente o justa una regla del tradicional Derecho canónico. En verdad, volviendo a las fuentes o innovando, dando el alcance que sea a este episodio del multiseccular influjo recíproco civil-canónico, el jurista ha de procurar, ante todo, una solución prudente y justa.

Después de estas consideraciones, se podrán formular con todo

(6) Esta afirmación se basa en las consideraciones hechas en los apartados 2 d) y e)

(7) En las bulas «*Super Speculum*», de Honorio III (1219), y «*Dolentes*», de Inocencio IV (1254), contra la enseñanza del Derecho romano y en la crítica de los legistas hecha por el HOSTIENSE (*Aurea Summa*. III. De clandestina depositione, § 3).

(8) Monseñor EUGENIO PACELLI (hoy, S. S. Pio XII): *La personnalité et la territorialité des Lois, particulièrement dans le Droit canon*, ed. 1945, especialmente págs. 3 y ss.

su alcance las preguntas claves: ¿Es aconsejable limitar la reforma a la supresión de las disposiciones que contradigan abiertamente a los cánones 1.034 y 1.035? ¿Convendrá dar una nueva redacción al articulado del Código civil, inspirándose para ello en el espíritu del Derecho canónico? La elección no cabe hacerla caprichosamente por motivos de simpatía o facilidad, sino, como cualquier otro problema de «*lege ferenda*», teniendo en cuenta nuestro Derecho tradicional y el origen de las disposiciones codificadas, examinando críticamente los preceptos aún en vigor y observando el rumbo de las legislaciones extranjeras modernas; con estos antecedentes y reflexiones será más fácil y habrá más probabilidades de acierto, al considerar las circunstancias de la actual sociedad española y, conforme a ellas, indicar las reglas que parezcan más justas.

2. Origen de los preceptos del Código civil.

a) *Las distintas concepciones de la familia.*—La cuestión de la licencia de los padres para el matrimonio de sus hijos es un detalle de la legislación, hoy quizá de importancia secundaria, pero en cuyo planteamiento y respuesta se reflejan las distintas concepciones sobre la organización de la familia. Muchas se pueden enumerar; mas todas se caracterizan—y se han de juzgar—por su aproximación a una de las dos concepciones extremas: la pagana, basada en el mero instinto y sostenida en el mayor poder social de los jefes de familia, y la cristiana, fundada en el Derecho natural, y que se enfrenta con innumerables prejuicios sociales.

La primera concepción es la dominante en el Derecho de la antigüedad. Nadie desconoce hoy su culmen en la “*potestas vitæ neis que*” del padre (9). No siempre se recuerda su perduración, que este derecho estaba todavía vigente en tiempo de Constantino, y su alcance, que suponía un dominio corporal y espiritual ilimitado e incontrolado. En la materia que aquí interesa quedaba en mano del padre casar a los hijos, elegir con quién (10) y, hasta contraído el matrimonio, conservaba la posibilidad de disolverlo sin contar con la voluntad del hijo (11).

(9) No sólo entre los romanos, sino también los galos (CÉSAR: *De Bello Gallico*, 6, 19, 3) y germanos (HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrecht*, 1930, § 97, pág. 697).

(10) Respecto a las hijas (no de los hijos); para que el egcismo del padre no fuera obstáculo a la política matrimonial de Augusto, se dió la posibilidad de obligarle a dar el consentimiento, si se negaba sin razón, en procedimiento «*extra ordinem*», SCHULZ: *Classical Roman Law*, 1951, § 188, página 112. En D. 23, 2, 19, se manifiesta el posterior desarrollo del precepto: en caso de prohibición injusta o de negarse a dotar, los Procónsules y Presidentes de las provincias podían ordenar el colocar en matrimonio y dotar.

(11) Aunque, se dice expresamente, se tratase de un matrimonio bien

Los padres de familia educados en estas ideas encontraban—es bien explicable—subversiva y escandalosa la concepción cristiana. Es cierto que ésta declara ser mandato de la ley de Dios honrar a padre y madre, bajo pena de pecado. Mas, en cambio, se le señalan al padre deberes y obligaciones respecto al hijo (12), y su potestad es basada y limitada por su finalidad de guía y protección. La más chocante novedad está en la afirmación de que los hijos no son propiedad del padre, no son siervos, sino libres, que tienen una personalidad propia, digna de respeto, y que el matrimonio ha de ser contraído con plena libertad.

La revolucionaria doctrina nueva, en lo que más importa aquí, se enuncia: «El hombre, desde que llega a la edad de la pubertad—si es de condición libre—, queda emancipado («est suae potestatis») en lo que atañe a su persona, por ejemplo, para obligarse por voto a ingresar en religión o para contraer matrimonio» (13).

No es posible, ni interesa al objeto, examinar despacio la lucha, alternativas e intentos de componendas entre las dos concepciones. Interesa sólo destacar algunos de sus momentos, en cuanto sean decisivos para la suerte de la materia estudiada.

El progreso lento pero seguro y continuado de la concepción cristiana fué interrumpido en el Renacimiento. La idealización de las instituciones clásicas romanas resucita el culto de la «patria potestas» ilimitada (14). La tendencia al absolutismo de los prin-

avenido («bene concordans matrimonium») (SCHULZ, § 226, pág. 134.) Un verso de ENNIO refleja el dolor y el reproche de una hija: «Cur talem invitam cecis linquere» (citado en *Ad Herennium*, II, 24, 38). Sobre la limitación posterior: Paul. Sent. 5, 6, 15 y frag. Vaticana, 116. Sobre el Derecho griego: PAOLI: AFARESI, N. D. it. I (1937), pág. 217; *Diritto di famiglia (Diritto Greco)*, N. D. it. 4 (1938), pág. 860 y ss.; *Matrimonio (Diritto greco)*, N. D. it. 8 (1939), pág. 235.

(12) SAN PABLO: *Efes.*, 6, 4; *Colos.*, 3, 21.

(13) SANTO TOMÁS: *Summa Theologica*, 2, 2 q. 88, art. 8, ad. 2, ed. 1778. VI, pág. 317; también, 2, 2 q. 105, art. 5, VI, pág. 473. Comenta SOTO: «El hijo está obligado a obedecer a sus padres en todo lo que sea lícito y honesto, pero como hombre libre. Por lo cual hay muchas cosas que trascienden a la potestad paterna, y en ellas es tan libre el hijo como el padre; así, cuando se trata de contraer matrimonio», Sent. 4, dist. 29, q. 1, art. 4, sol. 3.ª, cita del P. REGINALDO HERNÁNDEZ: *La familia*, 1935, pág. 329.

(14) CALVINO dice: Ellos (los papistas) «han ordenado leyes para confirmar su tiranía; las cuales son, en parte, malas contra Dios, en parte, injustas contra los hombres, como son las que siguen: que los matrimonios celebrados entre los jóvenes que están bajo el poder de sus padres, sin el consentimiento de sus dichos parientes, queden firmes e inmutables» (*Institution de religion chrétienne*, IV, 19, 37).

Recogida por GROCIO la doctrina escolástica, los teóricos de la dirección protestante del Derecho natural se encuentran en graves dificultades para afirmar el poder ilimitado del padre, para imponer o impedir el matrimonio de los hijos: GROCIO: *De iure belli ac pacis*, 2, 5, 10, ed. 1735, I, pág. 272; HEINECCIO: *Praelectiones academicae in H. Grotii, De iure belli ac pacis*, 1746, 2, 5, 10, pág. 297. *Elementa iuris naturae et gentium* (ed. Marín y Mendoza), 1820, II, pág. 57. PUFENDORF, en cambio, aunque reconoce que por Derecho natural el padre no puede anular el matrimonio de su hijo, hecho contra su voluntad, le concede el derecho de excluirle de la sucesión, y admite

cipes y el temor de «las buenas familias» a los matrimonios desiguales, encuentran aliados en diversas direcciones del protestantismo, interesadas en obtener el apoyo de los poderosos y en atacar y desacreditar al Derecho canónico y a la Iglesia católica. Coincidencia de prejuicios e intereses que hará que, en muchos países, se admita que el padre tenía sobre su hijo (como «fructus» o por pertenecer a la casa) un verdadero derecho de propiedad mientras no fuese emancipado, y que se considere legítima la intervención de los gobernantes para obligar y, en todo caso, para impedir ciertos matrimonios (15). La presión de estas ideas, general en los países protestantes, amenazaba extenderse a los católicos; por eso, en el Concilio de Trento, sesión 24, capítulo primero, se condena con excomunión a los que aseguran que son írritos los matrimonios contraídos por hijos de familia sin el consentimiento de sus padres, y que éstos pueden hacerlos ratos o írritos, y, en el capítulo 29, se condena con pena de excomunión, en la que se incurre «ipso facto», a todos los que de algún modo, directa o indirectamente, violenten a otros, de modo que éstos dejen de contraer matrimonio con toda libertad.

Una nueva crecida de la concepción pagana se producirá aún, paradójicamente amparada en el movimiento liberal; en coincidencia, también ahora, con la moda neoclásica. El patriciado que formaba la burguesía liberal reclama para sí omnimoda libertad, y excluye y condena cualquier intervención del Estado en sus derechos «sagrados» de propietarios, de amos y de padres de familia. La patria potestad se pretenderá elevarla también a la condición de «droit le plus absolu», y con este carácter se le tratará de llevar entonces al articulado de los primeros Códigos (16).

el poder de las leyes civiles para conceder al padre tal derecho (*Le Droit de la nature et de gens*, 6, 2, 14, ed. 1754, III, pág. 69). Muy significativa es la postura de los dos Cocceio; Enrique, el padre, sigue la opinión de Grocio, que apoya en diez razones, pero Samuel, el hijo, en sus adiciones, le contradice por siete consideraciones, entre las que parece resulta decisiva la sexta: que por muchos Consistorios evangélicos se habían declarado nulos los matrimonios contraídos sin consentimiento de los padres (HUGONIS GROTII: *De iure belli ac pacis Commentariis*, 2, 5, 10, ed. 1751, II, págs. 269-271). Sobre la situación jurídica en los países nórdicos: VOET (JUAN): *Comeniarius ad Pandektas*, 23, 2, 16, ed. 1716, II, págs. 24-25; HUBER: *Praelectionum iuris romani et hodierni*, D. 23, 2, ed. 1735, III, pág. 1169, § 4 y ss. Sobre la doctrina francesa: nota 40 y ss.

(15) Ejemplo entre tantos puede ser la frase de CICERÓN, que lleva hasta la idolatría el culto del padre, «quem veretur ut Deum» (*Pro Plancio*, 12, 20), que pasa a SHAKESPEARE, «To you, your father should be as a God» (*Midsummer Night's Dream*, I, 1, 47), citas de SCHULZ, pág. 150.

(16) Sobre el movimiento codificador en Francia y España, notas 43 y ss., 49 y ss. Es curiosa la opinión de MONTESQUIEU: le parece que a la prudencia de los padres toca casar a los hijos; piensa que quizá pudiera tolerarse el uso de Inglaterra de que las solteras se casen sin el consentimiento materno, por no admitirse el celibato monástico; que es justo la obligatoriedad del consentimiento en Francia, porque les queda el recurso del monacato; que, en fin, lo menos racional es el uso de Italia y de España, en las que, establecido

b) *La doctrina tradicional española.*—En el antiguo Derecho español se encuentra un número considerable de disposiciones, en las que aparece como obligatoria la intervención del padre, madre, hermanos, tíos, o de los parientes del lado paterno y materno, en el casamiento de las hijas. Así, en el Fuero Juzgo, Fueros Municipales, disposiciones de las Cortes de Nájera llevadas al Fuero Viejo, Fuero Real, Partidas y disposiciones de Cortes recogidas en las Ordenanzas Reales (17). En todas estas disposiciones se trata del casamiento de las hijas o, mejor dicho, de las «mancebas en cabello» (18). En caso de casarse sin la intervención de las personas requeridas, el hecho se sanciona con la desheredación, con pérdida de bienes o con multa (19). Respecto de este conjunto de disposiciones se puede observar que, en realidad, se trata de algo bien distinto de lo que hoy se llama consentimiento paterno; tanto por intervenir los parientes colaterales como por referirse sólo a las doncellas. Parece, más bien, una figura especial del llamado Derecho germánico; el hijo salía de la casa y se emancipaba al establecerse por su cuenta, pero respecto a la hija permanece viva la idea del poder para casarla, propio del jefe de familia, y el recuerdo de la «traditio puellae». Además, hay indicios de que este poder de los parientes no había de ser arbitrario, sino que estaba sometido a límites, para evitar los abusos (20).

Las citadas disposiciones, en cuanto prohibitivas y sancionadoras, planteaban el problema de si eran o no compatibles con las del Derecho canónico, y, en todo caso, cómo se habían de armonizar con ellas, especialmente después del Concilio de Trento. Las cuestiones que ocupan a la doctrina son: ¿es requisito nece-

el monacato, pueden casarse sin consentimiento de los padres (*Del Espíritu de las leyes*, trad. de López Peñalver, 23, 8, ed. 1820, III, pág. 149).

La «liberalización» de la «patria potestas» tiene tanto éxito, que todavía TRENDELENBURG funda la necesidad del requisito del consentimiento paterno en: la obligación del hijo, el derecho del padre y, de otra parte, en lo sospechoso de la fundación de la nueva relación (*Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, pág. 245).

(17) F. J. 3, 1, 8 y 9; F. J. 3, 2, 8. MARTÍNEZ MARINA menciona los fueros municipales de Baeza, Cuenca, Fuentes, Alcalá, Sepúlveda, Cáceres, Salamanca, Zamora y Burgos (*Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de Aragón y Castilla*, 1808, § 248, págs. 204-205. F. V. 5, 5, 1 y 2; F. R. 3, 1, 2, 5 y 6; P. 4, 3, 1; O. R. 5, 1, 2 (N. R. 5, 2, 2), 5, 6, 1).

Modernamente los estudios de: GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español*, A. H. D. E. 18 (1947), páginas 706-761. *Los Fueros de Sepúlveda*, 1953, págs. 485-486; MEREJA, *Notas sobre el poder paternal no Derecho hispanico occidental durante os siglos XII e XIII*, A. H. D. E. 18 (1947), págs. 19 y siguientes.

(18) Es decir, solteras. En F. J. 3, 1, 8 se habla de hijos e hijas, pero respecto de aquéllos no se sanciona la intervención de los familiares.

(19) En general, la desheredación o apartamiento de la herencia; en algunos fueros, multa (Alcalá, Sepúlveda, etc.); sanciones más amplias y graves (pues se trata de una clandestinidad) en P. 4. 3. 5.

(20) Se tiene en cuenta la edad de la doncella y si los hermanos no la casan por deseo de heredarla a ella. F. J. 3, 1, 9; F. V. 5, 5, 2; F. R. 3, 1, 2.

sario del matrimonio el consentimiento paterno?, ¿la falta de consentimiento hace al matrimonio nulo o impugnabile?, ¿los que contraen matrimonio sin obtener el consentimiento paterno han de o pueden ser sancionados, en especial mediante desheredación? Todas se discuten ampliamente, formándose respecto de ellas una sólida y compacta opinión común (21).

Ante todo, había de resolverse la cuestión previa respecto al posible choque entre las disposiciones canónicas y el Derecho real. Generalmente, se advierte que el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales y el Fuero Real requerían para su vigencia la prueba de su uso, y que, no usándose de hecho en esta materia, sus preceptos carecían de eficacia. Las Leyes de Partidas se contradicen entre sí y se han de considerar corregidas conforme a la regulación canónica (22). La disposición de Juan II, recogida en las Ordenanzas reales, carece de validez, al no haber sido incluida en la Nueva Recopilación (23). Mas, de todos modos, se añade que no tienen valor en lo que contradigan a las reglas del Derecho canónico: pues, dicen enérgicamente los autores, respecto al sacramento del matrimonio, como sobre todas las cuestiones espirituales, tiene competencia primaria y preferente la regulación canónica: «no se puede meter la hoz en la mies de la Iglesia» (24).

Establecida la competencia normativa, se obtendrán lógica y fácilmente las consecuencias. Los hijos están obligados moralmente

(21) Para evitar repeticiones, se indican ahora los autores utilizados, lo que permitirá citar en adelante sólo los que discrepen, en algún punto, de la opinión general o la sostengan con argumentos originales. Los autores cuya doctrina se utiliza son los siguientes: DÍAZ DE MONTALVO, gl. a F. R. 3. 1, 2 gl. (b), ed. 1781, II, págs. 5-6; GREGORIO LÓPEZ, gl. a P. 4. 1, 10 gl. 4. P. 4. 3. 5, gl. 3, P. 7. 6, 8, gl. 8; DIEGO PÉREZ: *Ordenaciones reales de Castilla*, O. R. 5. 1, 1, y 2, 5. 6, 1, ed. 1779, II, págs. 933, 936, 940; 1084; VILLADIEGO: *Forus antiquus gothorum*, F. J. 3. 2, S, ed. 1600, fol. 192; GUTIÉRREZ: *Practicarum Quaestionum*, 2, 1, ed. 1780, págs. 166-169; ANTONIO GÓMEZ: *Ad leges Tauri commetarum absolutissimum*, 49 L. T., § 2, ed. 1780, página 562; RODRIGO SUÁREZ: *Lectura l. 2 de los casamientos*, ed. 1588, II, folios 137-143; MATHEZENO: *Commentaria*, N. R. 5, 1, 2, gl. 4, ed. 1613, folio 27, vto., 28; ACEVEDO: *Commentariorum juris civilis Hispaniae Regiae Constitutiones*, N. R. 5, 1, 2, ed. 1597, fol. 8 y ss.; MOLINA: *De hispanorum primogeniorum*, 2, 16, § 6 y ss., ed. 1650, pág. 331; OLANO: *Concordia et nova reductio antinomiarum*, 1575, letra P. § 10, págs. 204-205; COVARRUBIAS: *De matrimonio*, 2, 3, § 8, ed. 1762, págs. 189-191; SÁNCHEZ: *Disputationum de Sancto matrimonii Sacramento*, 3, disp. 22-26, ed. 1602, págs. 796-815. Opinión aislada, sin eco en la doctrina, mantiene MOLINA (quizá por atender a la situación especial de Portugal): *De iustitia et iure*, 2, disp. 176, § 16-28, edición 1783, I, p. 395-398. Sobre el Derecho catalán, VIVES: *Traducción al castellano de las Usages y demás Derechos de Cataluña*, 1862, II, pág. 153 y siguientes; DE DOU: *Instituciones de Derecho público general de España*, 1800, I, pág. 130. Sobre el Derecho navarro, ALONSO: *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra*, 1848, I, pág. 112 y ss.

(22) Ya que P. 7. 6, 8 dispone que, por «otra razón cualquiera» de desheredación, ésta no valga, lo que ya advirtió GREGORIO LÓPEZ, P. 4. 1, 10, gl. 4.

(23) No se consideran que chocan las disposiciones que sancionan otros hechos, aunque sean conexos a la falta de consentimiento paterno: Nov. 115: N. R. 5, 1, 2.

(24) GREGORIO LÓPEZ, P. 4. 1, 10, gl. 4.

a pedir consejo a sus padres, antes de contraer matrimonio, bajo pena hasta de pecado mortal, y es muy recomendado que atiendan a sus deseos e intereses; pero no están obligados a seguir las órdenes o consejos paternos en esta materia.

La falta de consentimiento de los padres al matrimonio—y menos aún la de los otros parientes—no afecta, pues, a la validez del matrimonio; no es impedimento dirimente. Antes del Concilio de Trento, y basándose en la ley 49 de Toro, se pudo creer que era clandestino (por tanto, nulo y sancionable) el matrimonio contraído sin consentimiento de los padres (25). Mas sin razón, pues es cosa distinta la ocultación (con el consiguiente desconocimiento o ignorancia) y la celebración pública realizada no obstante la oposición paterna. Toda duda desapareció con el Concilio de Trento y su definición de la clandestinidad; no será impugnabile el matrimonio celebrado sin consentimiento de los padres, pues lo que se requiere es que sea hecho ante el párroco y los testigos.

Gran cuidado y particular énfasis se emplea en exponer la justificación del criterio señalado. Los padres carecen de poder sobre el matrimonio de sus hijos, porque así lo dispone el Derecho natural. El hijo es una persona libre; el menor, aun el que está bajo patria potestad, es «sui iuris» en lo que respecta a la elección de su estado (26). El respeto a la persona así lo exige.

Cuestión de gran importancia práctica es la de la vigencia de las penas de desheredación. La doctrina se decidirá en favor de su completa ineficacia. La razón está en que se consideran contradictorias al espíritu del Derecho canónico. La desheredación es una pena grave, que priva al hijo de su derecho adquirido a la legítima. El Derecho canónico condena no sólo lo que suprime la libertad para contraer matrimonio, sino todo lo que pueda disminuir considerablemente dicha libertad. Además, el matrimonio del hijo no puede considerarse injuria hecha al padre, y hasta en el supuesto (que se niega) de que la hubiera, ha de considerarse preferible permitirle que consentir un ataque a la libertad matrimonial (27).

c) *Periodo de transición.*—Hasta bien avanzada ya la segunda mitad del siglo XVIII, se mantendrá, sin variación alguna, la situación jurídica descrita. En 1776 comienza, en esta materia, una nueva época. Sus causas no son muy claras. Se ha dicho que tuvo por objeto el excluir (por matrimonio no consentido) de la sucesión a la Corona al Infante don Luis y a su descendencia (28). El le-

(25) Por no haberlo conocido las personas más interesadas (PÉREZ, loc. cit., pág. 933).

(26) SÁNCHEZ, loc. cit., § 6, pág. 797.

(27) Esta es la doctrina dominante (Suárez, Olano, Molina, Acevedo, Gutiérrez, Mathienzo, Sánchez, etc.); surgen dudas en casos especiales: hija que case con marido indigno, con orfado del padre, contra la ley que imponga pedir consejo al padre.

(28) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, I, pág. 62.

gislador dice que su propósito es que se «eviten los esponsales entre personas notablemente desiguales y se restablezca el respeto debido a los padres y mayores, a fin de que en punto de tanta importancia los hijos de familia obren con su precisa dirección y consentimiento». Poniendo de relieve que, al hacer esto, se procura «la puntual observancia de lo dispuesto en el Santo Concilio de Trento» y se obra conforme al criterio de la Iglesia, que «en todos tiempos detestó y prohíbe los matrimonios que se celebren sin noticia o contra el justo y racional disenso de los padres», manifestado en la Encíclica de 17 de noviembre de 1741, de Su Santidad Benedicto XIV, en la que «encarga que cuidadosamente se examine y averigüe la cualidad, grado, condición y estado de las personas que soliciten contraerlos, y particularmente si son hijos de familias cuyos padres justamente disienten la celebración de dichos matrimonios» (29).

El sistema de la Pragmática Sanción de 23 de marzo de 1776 es el siguiente: Se impone como requisito para celebrar matrimonio que los hijos de familia menores de veinticinco años obtengan consejo y consentimiento por este orden: de su padre o madre, o abuelos, o dos parientes más cercanos, o de los tutores o curadores, éstos con aprobación del Juez Real (§ 1). Los mayores de veinticinco años cumplen con pedir el consejo paterno. Si se contrae el matrimonio sin dichos consentimiento o consejo, los contrayentes y sus hijos y descendientes quedan inhábiles y privados de todos efectos civiles: «como el derecho a pedir dote o legítima y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres» de sus padres y abuelos, y además de ello sería causa justa de desheredación (§ 3); en fin, se les priva, tanto de los que poseyeran como de los que tuviesen derecho de suceder, de los vínculos, patronatos y demás derechos perpetuos de familia (§ 4) (30); sólo, se añade, «no se priva a los contraventores de los alimentos correspondientes» (§ 5). Los mayores de veinticinco años cumplen con pedir consejo paterno «para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilación» (§ 6). La obligación del consentimiento y consejo se modera para precaver el «abuso y exceso en que pueden incurrir los padres y parientes en agravio y perjuicio del arbitrio y libertad que tienen los hijos para la elección de estado a que su vocación les llama», «pues ha manifestado la experiencia que muchas veces los padres y parientes, por fines particulares e intereses privados, intentan impedir que los hijos se casen y los destinan a otro estado contra su voluntad y vocación o se resisten a consentir el matrimonio justo y honesto que desean con-

(29) R. C. 23 de marzo de 1776. PÉREZ LÓPEZ: *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 1797. XIX, págs. 401-402. Esta cédula no está recogida en la Novísima Recopilación; lo está la Real Pragmática, a la que acompaña (Nov. 10. 2. 9 de igual fecha).

(30) En la disposición paralela a ésta (§ 12), aplicable a la sucesión de la Corona, es al decir de GARCÍA GOYENA, loc. cit. nota 28, donde se le *enreda violentamente* al Infante don Luis.

traer sus hijos, queriéndolos casar violentamente con persona a que tienen repugnancia, atendiendo regularmente más a las conveniencias temporales que a los altos fines para que fué instituido el santo Sacramento del Matrimonio» (§ 7). Al efecto, si los encargados de dar consentimiento impidiesen «matrimonios justos y honestos», «si no tuviesen justa y racional causa para negarlo, como lo sería si el tal matrimonio ofendiese gravemente el honor de la familia o perjudicase gravemente al Estado» (§ 8), contra tal «irracional disenso» se admite recurso sumario a la Justicia Real ordinaria y, enalzada, al Consejo, Chancillería o Audiencia (§ 9).

En apariencia, la Pragmática se propone sólo reforzar el mandato canónico, que «de honestate» requiere el consentimiento y consejo de los padres; pero, en el fondo, cambia el espíritu de la institución. Ahora, el consentimiento o consejo son requisitos con trascendencia jurídica plena, de los que sólo se podrá prescindir impunemente en caso de probado ejercicio abusivo; no tenerlos en cuenta es una «injuria» al Estado, más que a los parientes, merecedora de gravísima sanción. Además, se considera preponderante el aspecto mundano del matrimonio, el honor e interés de la familia, «el evitar el abuso de los matrimonios desiguales». En fin, se hace depender el matrimonio canónico, en último término, de la decisión de una autoridad temporal. Ello, no obstante, lo habilitoso de la redacción y la válvula de seguridad del recurso, evitan se adviertan estas novedades y no choquen abierta y violentamente con la doctrina tradicional en la materia.

El nuevo sistema, sin embargo, no debió resultar en la práctica del todo satisfactorio, dado el número de posteriores disposiciones complementarias y modificativas (31). El mismo legislador, al resolver un caso particular, dirá: «He reflexionado la dureza y repugnancia que trae consigo el que por la inconsideración o contravención, tal vez inadvertida, de una determinada persona, se castigue a toda una generación futura que pueda derivarse de ella» (32).

Cambio más importante significa el Decreto de 1803, que modifica en un doble sentido el anterior sistema legal (33). En vez de la edad única de los veinticinco años, se establece una pluralidad de edades, según el sexo del que vaya a casarse y la persona que haya de consentir. La escala es de veinticinco, veinticuatro,

(31) PÉREZ Y LÓPEZ menciona trece respecto a la Península y varias más respecto a las Indias (loc. cit., págs. 405-431). Especialmente importante es la R. C. de 26 de mayo de 1783, que dispone que, ejecutoriado el justo y racional disenso del padre y permaneciendo en él, no puede la madre instituir heredero «al tal hijo inobediente», ni hacerle donación alguna; también el R. D. de 26 de diciembre de 1790 que, por el contrario, requiere, además, para la sanción que los padres o abuelos desobedecidos, «los deshereden o privaren expresamente de la sucesión o derecho a pedir efectos civiles o bienes libres». Esta última disposición fué recogida en nota 3 a Nov. 10, 2, 9.

(32) Resolviendo un caso particular de un matrimonio contraído en 1780, sin consentimiento ni noticia de los padres.

(33) Decreto de 10 de abril de 1803, inserto en pragmática del 28, Nov. 10, 2, 18.

veintitrés y veintidós años para los hijos, y veintitrés, veintidós, veintiuno y veinte para las hijas, conforme sea el padre, madre, abuelos o tutor los que hayan de prestar consentimiento. Además, se establece que ninguno de éstos «estará obligado a dar la razón ni explicar la causa de su resistencia o disenso»; ello, no obstante, si se trata de matrimonio de la clase que requiere el Real Permiso, se admite recurso al Rey, a la Cámara, al Gobernador del Consejo y a los jefes respectivos, en sus casos, para que por medio de informes que se crean convenientes «se conceda o niegue el permiso o habilitación correspondiente para que estos matrimonios puedan tener o no lugar»; en las demás clases del Estado se da el recurso ante los Presidentes de Chancillería y Audiencia y el Regente de la de Asturias.

En lo sucesivo se acentuará esta degradación del significado del consentimiento paterno, hasta el extremo de ser convertido, de hecho, en un pretexto para una intervención administrativa más. El medio utilizado para ello no pudo ser más sencillo y eficaz. El Decreto de Cortes de 14 de abril de 1813 confirió al jefe político de cada provincia la facultad de conceder o negar la licencia para casarse a los hijos de familia, en los casos a que se refiere la Pragmática de 1803 (34). La Ley para el Gobierno de las provincias de 2 de abril de 1845 dispuso que correspondía al jefe político «suplir o negar el consentimiento paterno en los casos en que los hijos de familia o menores quieran contraer matrimonio» (35).

d) *El Derecho francés*.—Para conocer las causas principales que originan las disposiciones aún vigentes del Código civil, parece imprescindible aludir al Derecho francés; pues el cambio radical que en nuestro Derecho significa el Proyecto de 1851 y luego la Ley de 1862, sólo se explica por el influjo que la doctrina francesa ejercía sobre los juristas décimonónicos. Conforme al propósito de este estudio, bastarán unas referencias muy concisas.

Las disposiciones francesas antiguas parece que, como las españolas, se ocupaban sólo del matrimonio de las hijas (36). En muchas de las costumbres, además, se consideraban emancipados a los hijos que tenían veinte años cumplidos. De hecho, en la segunda mitad del siglo XVI, no se conocía ninguna sanción

(34) Por R. D. de 30 de agosto de 1836 se restableció, después de la derogación que, como precepto constitucional, sufriera.

(35) Antes, art. 261. Ley para el Gobierno económico político de 3 de febrero de 1823. Desde el R. D. de 28 de diciembre de 1849 se dan al Gobernador civil todas las atribuciones que antes tenía el Jefe político. La Ley procesal de 1855 atribuye al Juez el poder de dar la licencia al menor para contraer matrimonio, si carece de padre, madre o curador (arts. 1.367. 1.368).

(36) «Lex alemannorum», 54, 1; capitulaciones recopiladas por Benedictus Levita, 7, 463; citados por POTHIER: *Traité du contrat du mariage*, 4. § 323; *Oeuvres*, 1818. VIII, pág. 218.

para el matrimonio contraído por los menores sin el consentimiento paterno (37).

Podría suponerse, por ello, que hubiera sido fácil en Francia el mantenimiento de la doctrina canónica. No fué así. Probablemente, causas de muy distinto carácter concurren a este resultado. La concepción del matrimonio como medio de forjar alianzas entre las familias y de unir bienes e influencia, el temor de las clases más influyentes (nobleza de espada y toga, gran burguesía, hacendados campesinos) a los matrimonios desiguales, los arraigados prejuicios de los hugonotes y otros descontentos, a los que no se quería herir y, sobre todo, la enemiga contra el Concilio de Trento, a cuyas decisiones los Reyes franceses negaron siempre el «*placet*» (38).

Sucesivamente, se darán las siguientes disposiciones: el edicto de febrero de 1556, que establece la obligatoriedad del consentimiento de los padres hasta que los hijos cumplan treinta años, bajo la sanción de ser ello causa de desheredación y revocación de donaciones; después de los treinta años bastará se avise del proyectado matrimonio por dos veces («*sommatións respectuesses*») (39); las Ordenanzas de Blois (arts. 40, 41) de Enrique III, en 1579, que lo confirman y prohíben a los párrocos celebrar los matrimonios incumpliendo sus mandatos, bajo pena de ser considerados cómplices del crimen de raptó; la declaración de Luis XIII de 26 de noviembre de 1639, que declara a las viudas, hijos e hijas menores de veinticinco años que se casen contra lo prevenido en las citadas Ordenanzas, indignos e incapaces de suceder a sus ascendientes y parientes directos y colaterales, pasando estos bienes al Fisco.

La situación jurídica, no obstante, era indecisa e insatisfactoria, pues no podía cerrarse los ojos a la vigencia del Derecho canónico, respecto al matrimonio canónico en un país católico. Para justificarse, la doctrina utilizará el artificio de presumir clandestino y celebrado por efecto de la seducción (unilateral o recíproca) a todo matrimonio celebrado sin el debido consentimiento paterno (40). Con lo que, si se consigue ocultar la contradicción con el

(37) Como se deduce del edicto de Enrique II, de febrero de 1556; POTHIER, loc. cit., § 324, págs. 218-219.

(38) Por considerarlo atentatorio a las prerrogativas del poder secular (POTHIER, id., § 349, pág. 248).

(39) Se dice ocasionado por la promesa de matrimonio dada por el Duque de Montmorency a mademoiselle de Piensie, sin consentimiento del condestable; e interesaba relevar al Duque de la promesa (el Papa Paulo IV retardaba la concesión de dispensa) para que se casase con madame de Farnèse, hija natural de Enrique II (lo que aurentaría el poder de la casa de Montmorency frente a la casa de Guise).

(40) Además de criticar al Concilio de Trento, alegar una supuesta actitud contraria a la antigua Iglesia griega y de la contemporánea francesa, y de intentar una interpretación restrictiva del Concilio. Muy importante (con gran repercusión en los autores españoles del siglo XIX). D'AGUESSEAU:

Derecho canónico, en el fondo se agrava, ya que así se declaran nulos matrimonios contraídos con todos los requisitos exigidos por la Iglesia. Mas para lograr una imagen completa de la situación, es preciso tener presente lo impreciso y flexible de la práctica judicial; que si bien haría imposible predecir el resultado de los pleitos en esta materia, también evita los casos de injusticia más escandalosa, considerando que ciertas especiales circunstancias permitían dar por válidos algunos matrimonios celebrados sin autorización de los padres. Se entiende que «la nulidad puede repararse por el largo silencio del padre, la larga cohabitación del hijo y por el nuevo consentimiento que éste dé a su matrimonio después de su mayoría» (41). La doctrina admite, y además cita varias resoluciones judiciales en su apoyo, que no obstante la oposición paterna o de las otras personas que en su defecto deben consentir, se puede tener en cuenta la injusticia de la negativa, que resulte evidente de lo ventajoso del matrimonio concertado, y entonces deberá el juez dispensar del consentimiento, considerando la opinión de los demás parientes (42).

El llamado Derecho revolucionario no lo fué mucho en esta materia. La Ley de 20 de septiembre de 1792 se limitó a restringir el requisito del consentimiento de la familia, ya que lo exige bajo pena de nulidad sólo respecto de los menores de veintiún años y a suprimir la necesidad de las notificaciones respetuosas de los mayores de esta edad. Los thermidorianos, redactores del Código, consideraron demasiado avanzada esta Ley, y adoptaron un sistema en el fondo más retrógrado que el propio del antiguo régimen (43). Encubriéndolo en las galas retóricas de la época, se trató de revivir el culto romano al padre (44) como «primer magis-

XXX *Plaidoyer* (27 de abril de 1694). *Oeuvres*, 1762, III, págs. 69-96; cuyos argumentos recoge y aprueba POTHIER, loc. cit., § 526, págs. 224-225.

El calificativo de «artificio» empleado en el texto lo utiliza JULIOT DE LA MORANDIÈRE: *Traité de Droit civil*, 1953, I, § 534, pág. 322. Lo merece porque, como presunción invencible en la práctica, sirve para enmascarar a medias la contradicción con la legislación canónica. Igualmente resulta poco serio decir que la «desigualdad de las personas» no ha de tenerse en cuenta en un «Reino cristiano», y concluir después que esa desigualdad «sirve siempre para presumir que un hombre que contrae un matrimonio indigno de su nacimiento, no ha sido libre y que su consentimiento no ha sido voluntario» (D'AGUESSEAU: *Septième Plaidoyer* (19 de julio de 1691); *Oeuvres*, II, págs. 165-166).

(41) D'AGUESSEAU: *VII Plaidoyer*, *Oeuvres*, II, pág. 171.

(42) POTHIER, loc. cit., § 332 y allí citadas.

(43) Lo que tácitamente reconoce GILLET: *Discours*, núm. 19, *Code civil* *summa de l'exposé des motifs* X, 1820, II, pág. 310 ss.

(44) «Nos ha parecido útil para las costumbres el hacer revivir esa especie de culto rendido por la piedad filial al carácter de dignidad y, me atrevo a decir, de majestad que la naturaleza misma parece haber impreso sobre los que son para nosotros, sobre la tierra, la imagen y hasta los ministros del Creador.» PORTALIS: *Exposé des motifs*, loc. cit., II, pág. 230: «Divinidad doméstica y tutelar» a la que ha de rendir el hijo culto «toda su vida»; «la piedad filial adorando la piedad paterna, REAL: *Exposé des motifs*.. núm. 31, loc. cit., pág. 185. Palabras en las que la influencia romanizadora se notará mejor si se recuerda

trado de su familia" (45); "los padres entran en el reparto de la autoridad con los legisladores, en un país en que los legisladores son padres" (46).

El Código civil francés dispone que hasta los veinticinco años el hijo y hasta los veintiuno las hijas necesitan para casarse el consentimiento de sus padres (47). A falta del consentimiento debido, el matrimonio es anulable; pueden impugnarlo sólo las personas cuyo consentimiento se requiere y los mismos esposos (artículo 182); pero aquéllos pierden tal facultad si de modo expreso o tácito aprueban el matrimonio o dejan transcurrir, sin reclamación, un año desde que tuvieron conocimiento del matrimonio; los esposos no podrán tampoco intentar la anulación si han dejado pasar un año desde que alcanzaran la edad competente para consentir por sí mismos el matrimonio (art. 183). También se establece para los mayores la obligación de pedir consejo por un acto respetuoso y formal (48).

e) *Antecedentes inmediatos del Código civil.*—El movimiento codificador lleva consigo, como arrastre de su origen, muchas características de la ideología liberal de su tiempo, entre ellas la simpatía por la concepción patriarcal de la familia y hasta por la patria potestad romana (49). La tradición jurídica, muy viva aún en la sociedad española, impone importantes recortes a tales influencias, progresistas en la forma y reaccionarias en el fondo (50). Respecto al consentimiento paterno, el respeto arraigadísimo hacia lo dispuesto en el Concilio de Trento (51) imponía reconocer la eficacia de los matrimonios canónicos válidos, según el Concilio, aun faltos del previo consentimiento paterno (52).

el espíritu del Derecho consuetudinario: «Droit de puissance paternelle n'a lieu.» (Loysel).

(45) GILLET: *Rapport*, núm. 16, loc. cit., II, pág. 271.

(46) BOUTTEVILLE: *Discours*, núm. 17, loc. cit., II, pág. 287. Era tan grande el predominio del interés familiar, que hubo oposición a que se buscara alguien que diera el consentimiento al matrimonio del hijo natural, «porque no pertenece a nadie». *Procès-verbaux du Conseil d'Etat*, s. d., I, pág. 243.

(47) Art. 148. En caso de disenso entre los padres, basta el consentimiento paterno. Los artículos 149 y 150 señalan qué personas han de consentir a falta de uno o ambos padres.

(48) Art. 151. Sobre el consejo: BIGOT DE PRÉAMENEU: *Exposé des motifs*, núm. 18, II, pág. 299 ss.; GILLET: *Discours*, núm. 19, II, p. 310 ss.

(49) MARTÍNEZ MARINA dice con gusto (aunque con falta de exactitud) que se «reputó en nuestra antigua jurisprudencia como un derecho de propiedad», § 247, pág. 264.

(50) Lo que se advierte en que el Código francés no admite otra causa de pérdida de la patria potestad que la mayoría de edad y la emancipación (art. 372), y, en cambio, el Derecho español conoce la posibilidad de privar al padre de la patria potestad, en caso de abuso, siguiendo a las Partidas, art. 162, Proyecto de 1851.

(51) Que llega hasta ser un hábito social, expresado en la frase tan repetida: «casados como manda el Santo Concilio de Trento».

(52) También, quizá, influyera la experiencia francesa, cuya jurisprudencia mostraba casos como el de un individuo casado tres veces (con hijos de

Los redactores del Proyecto de Código civil de 1851, un tanto a regañadientes (53), aceptan las líneas de la legislación anterior. Requieren el consentimiento paterno para el hijo menor de veintitrés años y para la hija menor de veinte años (art. 51); se establece como sanción que la falta de este consentimiento sea causa para desheredar a los hijos y descendientes (art. 3.º) y no se exige el consejo para los mayores (54). En donde se abandona claramente la dirección tradicional es al proponer que contra el disenso del padre y demás personas autorizadas a prestar consentimiento «no se admitirá recurso alguno» (art. 53).

Esta novedad significa un cambio básico de la institución. «El decoro de la familia» (55) se estima más que el respeto a la persona y que la libertad para contraer matrimonio. Mas, seguramente, la doctrina no se dió cuenta exacta del alcance del cambio propuesto y se inclinó a su favor por la natural repugnancia a que decidieran sobre la racionalidad del disenso los jefes políticos, carentes de autoridad moral para ello y sospechosos de parcialidad política en sus decisiones.

El general descontento que existía contra la legislación vigente, por esta causa, determinará la Ley de 20 de junio de 1862 (56). Esta Ley sigue, en sus líneas generales, al Proyecto de 1851 (57). Se establece la obligatoriedad del consentimiento (art. 1.º) y no se admite recurso alguno contra el disenso (art. 14). Las diferencias fundamentales con el Proyecto son dos. El Proyecto de 1851 concibe el consentimiento como una facultad derivada de la patria

todos los matrimonios), respecto a los que la familia hace la «vista gorda» para pedir después la nulidad de los dos primeros, celebrados con personas de «inferior condición», al conseguir que se case (*tercer matrimonio*) con persona acomodada y de calidad. Proceso de Pierre L'Escuyer, Anne Pousse (primera mujer) y su hija, Elisabeth de la Senserie (segunda mujer) y Anne de Corneil (tercera mujer). D'AGUESSEAU: *VII Plaidoyer*, II, págs. 136-187.

Entre los precedentes españoles, es excepcional el proyecto del Código civil progresista de 1821, que dice «induce nulidad del matrimonio» la «falta de aprobación» al matrimonio de los menores de veinticinco a veinte años, que deben dar los padres, abuelos, parientes o tutor, si no es suplida por el jefe político (art. 303).

(53) GARCÍA GOYENA reproduce los argumentos de la doctrina francesa contra lo dispuesto en el Concilio de Trento, I, pág. 62.

(54) Lo que se justifica diciendo: que esta muestra de respeto «¿qué buen hijo no la dará cuando alimente la menor esperanza de obtenerla? Si no lo es o no alimenta esperanza, sólo se conseguirá en aquellos momentos de exacerbación del padre, y de pasión del hijo, ensanchar y enconar la herida a fuerza de poner el dedo en ella». GARCÍA GOYENA, I, pág. 63.

(55) GARCÍA GOYENA, I, pág. 65.

(56) El reproche más corriente es que era muy raro que se considerase racional el disenso. GARCÍA GOYENA, I, pág. 67; CÁRDENAS: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil, 1852*, pág. 8; GÓMEZ DE LA SERNA: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, ed. 1851, pág. 213; GUTIÉRREZ: *Código o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, ed. 1868, I, pág. 230.

(57) Los artículos fundamentales 1.º y 14 son copia de los artículos 51 y 53 del Proyecto.

potestad y de la tutela. En cambio, la Ley de 1862 recoge lo dispuesto en las Pragmáticas de 1776 y 1803 y a falta de los padres corresponde el consentir sucesivamente al abuelo paterno y materno, al curador testamentario (antes tutor) y al juez de primera instancia; con la novedad, además, que la Ley de 1862 requiere que el curador como el juez procedan en unión de la junta de parientes (art. 3.º); la que es regulada con prolijo e innecesario detallismo (arts. 4-11). Se separa también del Proyecto de 1851, en que se impone a los hijos mayores de veintitrés años y a las hijas mayores de veinte pedir previamente consejo a sus padres y abuelos para contraer matrimonio (art. 15) (58). En fin, aunque la ley no lo diga expresamente, quedó suprimida la pena de la desheredación y se deja la sanción del incumplimiento de las obligaciones de pedir consentimiento y consejo, a las disposiciones del Código penal (59).

Ni una ni otra innovación de las primeramente señaladas obtuvieron la esperada general buena acogida. Con motivo se hacen reservas y objeciones. Justificadamente se criticaba la intervención de los gobernadores y probablemente habría razones para censurar los precedentes por los que se había guiado la administración; pero nada de ello bastaba para justificar que se rechace todo recurso (60) y llegar hasta el extremo más contrario al espíritu de nuestra legislación de reconocer «la autoridad absoluta del padre o del tutor» (61) e imponer como leyes irrevocables sus abusos, con daño irreparable de las personas y a costa, incluso, de la moral y de las buenas costumbres (62).

(58) Por iniciativa de LA SERNA, GUTIÉRREZ, I, pág. 258.

(59) Sobre el porqué del abandono de la pena o causa de desheredación, reconociendo la crítica decisiva de ARRAZOLA: *Gutiérrez*, II, pág. 256.

(60) GARCÍA GOYENA: I, pág. 67, da como única razón que «el legislador debe descansar enteramente en el amor y la prudencia de las personas cuyo consentimiento se requiere». GÓMEZ DE LA SERNA: «Debemos decir ingenuamente que más que por el defecto de la ley, por el modo de aplicarla, se dan los malos resultados criticables, ed. 1851, I, pág. 213; reconociendo que «ha sido necesario precaver los abusos que un padre obcecado pudiera ocasionar a sus hijos», id., pág. 211; después de publicada la ley de 1862, la justificará sólo porque «cierra la puerta a reclamaciones frecuentemente infundadas y corta los abusos» a que daban lugar las actuaciones de las autoridades administrativas, ed. 1881, I, § 65, pág. 323.

(61) CÁRDENAS, pág. 8.

(62) Se dirá, por eso, que tiene «esa prohibición los inconvenientes inseparables de todo precepto absoluto y general. Respetos de familia, sentimientos de decoro, han de hacernos sentir que no se haya dejado abierta una puerta a la excepción». GUTIÉRREZ, I, pág. 255. También que «no siempre la oposición es razonable; que si miran con indiferencia los hijos las riquezas, a veces los padres les conceden demasiada importancia en sus determinaciones», «es un acto (el matrimonio) de tal manera inherente a la personalidad humana, y de tal manera afecto a la felicidad del individuo o a su desgracia real o presunta», «que no vacilamos un momento en asentir completamente a la doctrina de la Iglesia, siempre luz, siempre verdad y siempre en el fiel de la balanza entre todos los derechos; de que el consentimiento debe pedirse; que el hijo tiene una obligación moral de solicitarlo; que las nupcias inconsentidas son repugnantes, pero que no debiera exigirse como requisito indispensable para el

3. *Examen crítico de las disposiciones del Código civil.*

El grupo de artículos numerados del 45 al 50 del Código es uno de los menos afortunados de nuestro primer texto legal; y tanto por su contenido injustificado como por su desdichada formulación técnica. Lo que se explica quizá por proceder del Proyecto de 1882, cuando aún no se habían dado las sabias instrucciones de la primera base de la Ley de 1888. En efecto, no se inspira en «el sentido y capital pensamiento» del «Derecho histórico patrio», ni se limita a «regularizar, allanar y armonizar» las leyes entonces vigentes, ni siquiera toma por guía el Proyecto de 1851; ha resultado una mezcla incoherente de alguna regla de este Proyecto, de la Ley de 1862, de disposiciones de origen extranjero, especialmente del Código portugués, combinadas con falta de criterio propio y en tal desconexión con los restantes preceptos del Código, que parece un cuerpo extraño engarzado en él por un caprichoso azar.

Esta carencia de unidad resalta, en cuanto se trata de saber cuál sea el fundamento y naturaleza de la licencia para contraer matrimonio. Los autores se han encontrado en la necesidad de concluir que no se deriva de la autoridad paterna ni de la tutelar, ya que se requiere licencia de los abuelos sin tener en cuenta su posible condición de tutor; se le calificará por ello de «intervención de la familia», por el «interés de la familia» y se dice que «su fundamento consiste sólo en ser miembros de la familia» (63). Se afirme esto o se diga sólo que no deriva de la patria potestad (64), se llegará necesariamente a resultados inadmisibles o ilógicos, pues la sistemática del Código sobre la situación de las personas gira en torno de la patria potestad y de la tutela. Bastará para convencerse con hacer una simple enumeración de casos.

La frase «al menor de edad que no haya obtenido la licencia» (artículo 45, 1.º) comprenderá a todos los menores, incluso a los emancipados, ya que la emancipación es referida a la salida de la patria potestad y de la tutela (arts. 167, 278, 315).

Al padre hay que pedir la licencia, a menos de faltar o de hallarse impedido (art. 46). No conoce el Código la figura del impedimento legal y, por tanto, ese «hallarse impedido» habría que referirlo al impedimento físico (como en el art. 1.441). Con lo que, si fuera cierto—como se dice—que la patria potestad no es tenida en cuenta, resultará imprescindible pedir licencia al padre en todos los siguientes casos: cuando esté privado de la potestad paterna por sentencia en causa criminal (arts. 169, 229, 170), o por senten-

matrimonio de los menores». ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Consentimiento (de los padres o curadores para el matrimonio de los hijos), ed. 1874. págs. 508-509.

(63) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, 1912, V, 1.º, págs. 465-466.

(64) MUCIUS SCAVEOLA, ORTEGA LORCA: *Código civil comentado*, ed. 1946, II, pág. 352; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, ed. 1903, I, páginas 255-257; MANRESA, CHAMORRO, ed. 1943, págs. 350-358; CASTÁN: *Derecho común español, civil y joral*, ed. 1941, III, pág. 476; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, III, 1, pág. 88.

cia firme en pleito de nulidad o divorcio (arts. 169, 70, 73) y cuando esté suspendida la patria potestad por tratar a los hijos con dureza excesiva o darle órdenes, consejos o ejemplos corruptores (artículo 171). No dejándose la posibilidad de oír a la madre en tales supuestos, aunque sea ésta la que tenga la patria potestad, ni tampoco al consejo de familia, en su caso. Del mismo modo, habría que atender al consentimiento de la madre y no al del consejo de familia, cuando a ésta, en los mismos supuestos, se le haya privado de su patria potestad y también en el de haber pasado a segundas nupcias (art. 172) (65).

Los abuelos son llamados en tercer lugar a dar el consentimiento, ejerzan o no la tutela, con lo que de este modo gozará exclusivamente de esta facultad el abuelo correspondiente, aunque haya sido excluido de la tutela por los padres (que para ello nombran tutor testamentario, art. 206) o por estar incurso en algunas de las causas que inhabilitan para la tutela o imponen la remoción del tutor (arts. 237, 238). También resulta de la letra de la ley la exclusión de las abuelas, aunque sean éstas las llamadas precisamente a la tutela de menores (art. 211, 3.º) (66).

Extraño y anómalo es, además, que respecto de «los demás hijos ilegítimos» (naturales no reconocidos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos) se exija siempre el consentimiento de la madre y abuelos maternos, cuando ellos carecen jurídicamente de familia (artículos 154, 302). Si bien es verdad que hay casos excepcionales en que la madre es legalmente conocida, también los hay en que es conocido el padre y a éste no se le menciona (art. 140). En fin, parece no tenerse en cuenta a los hijos de padres desconocidos y no educados en casas de expositos.

La privación de todo recurso contra la negativa de la licencia (art. 49) carece de justificación en nuestro Derecho. Fué una innovación lamentable de la ley de 1862, y hoy está en abierta contradicción con los principios básicos del sistema del Código. Este concibe la potestad del padre como «poder tuitivo», no arbitrario, sino otorgado «para el más fácil cumplimiento de los altos deberes que la naturaleza y la ley le imponen respecto a sus hijos» (67);

(65) De ello, las dudas y vacilaciones de la doctrina, autores mencionados en notas 63, 64 (en las páginas siguientes a las allí citadas), que han de abandonar repetidamente el criterio general para no llegar a consecuencias inadmisibles, por contrariar al sistema general del Código y al buen sentido; quizá lo mejor sería entender la referencia a padres y abuelos restringida a los que tengan la patria potestad o tutela. DE BUEN: *Notas a Curso elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*; trad. esp., 1922. I, pág. 381.

La desarmonía se extiende a los artículos que se refieren al artículo 46 (arts. 1.318, 1.329) y a su correlación con las disposiciones que utilizan los criterios generales (arts. 1.352, 1.384).

(66) Incongruencia interna es acudir a los abuelos para los hijos legítimos y a los abuelos maternos para los «demás hijos ilegítimos», y a los ascendientes para los naturales reconocidos y los legitimados por concesión real.

(67) Palabras de la Exposición de Motivos a la segunda edición del Código civil (31 julio 1889).

se priva de la patria potestad o se suspende su ejercicio cuando los padres tratan a sus hijos con dureza excesiva (art. 171); lo que lógica y acertadamente se interpreta comprendiendo «toda clase de actos que signifiquen, por parte del padre, abuso o exceso de autoridad, en daño de los intereses morales de los hijos» (68). ¿No es posible la dureza y el abuso al negarse el consentimiento?

Ha de añadirse, para juzgar el artículo 49, que su expresión tajante impide toda excepción, hasta las que pudieran parecer más congruentes con otros preceptos del Código. No se tiene en cuenta el segundo matrimonio del padre o madre, a pesar de lo sospechoso de su conducta en este supuesto (arts. 157, 168, 321), la disparidad de opinión del padre y la madre (a diferencia del Código francés), la que pueda darse entre los abuelos, ni entre el padre adoptante y los padres naturales.

Respecto al poder de veto del consejo de familia, han de hacerse semejantes observaciones. De las decisiones del consejo de familia se permite la alzada al Juez de primera instancia (art. 310). ¿Por qué se niega este recurso sólo en el caso de negativa del consejo? Tanto más cuanto ésta puede resultar de un acuerdo tomado sólo por dos votos (art. 305) y en contra del criterio del tutor y del protutor.

La posibilidad del abuso al negarse la licencia y de dañarse así irreparablemente al menor, no se puede ocultar a nadie. Se puede denegar indebidamente el consentimiento por error, por malquerencia, por arbitrariedad o hasta por un egoísta cariño; y también por motivos interesados o inconfesables. Téngase en cuenta, especialmente, los supuestos en que el matrimonio supone una pérdida económica para el padre o tutor. El padre, mientras el menor no se casa, tiene la administración y usufructo de los bienes de los hijos (arts. 159-163), y si niega la licencia no nace la obligación de dotar a su hija (art. 1.340). El tutor (que informará al consejo) goza de una retribución del 4 al 10 por 100 de las rentas o productos líquidos de los bienes del pupilo (art. 276), la que acaba automáticamente al terminar la tutela.

Debe también considerarse que el daño causado a los menores puede ser no sólo el de un aplazamiento azaroso, sino tener carácter de irremediable y decisivo para la persona, por ejemplo, al tratar de contraerse el matrimonio en peligro de muerte, antes de marchar a una guerra y estando encinta la futura mujer (69).

El requisito del consejo de los padres para el matrimonio de

(68) S. T. S. 14 octubre 1935.

(69) Dice Royo: «No cabe negar que en casos anómalos, pero posibles, la denegación puede ser arbitraria e interesada y causar grave daño al menor. Aunque la familiar sea la normalmente más blanda y beneficiosa autoridad, no cabe excluir por definición y apriori la posibilidad del abuso de la misma, por lo que considera preferible el sistema del recurso judicial. *Derecho de familia*, 1949, pág. 47.

los hijos mayores de edad (art. 47), impuesto ya por la ley de 1862, ha sido objeto de críticas bastante generales de los autores anteriores y posteriores al Código civil, como inútil en la práctica y casi siempre peligroso y perturbador de las buenas relaciones familiares (70). Mas la equivocación más lamentable de este precepto es que violenta a los padres, «sin admitirle evasivas ni excusas de ninguna claes» (71), colpcándolos en el dilema inexorable de aconsejar o desaconsejar, aunque carezcan de elementos para un juicio meditado (el prometido o prometida vive, p. ej., en otro país) o deseen evitar oponerse ostensiblemente al matrimonio, para no sembrar semillas de discordia respecto a sus relaciones con la futura familia.

Parece, pues, que debe suprimirse la exigencia del consejo; pero, en cambio, debería obligarse a que los hijos mayores comuniquen a su padre y madre el proyectado matrimonio, como debido tributo de respeto y obediencia (art. 154) y, especialmente, porque ellos son los que mejor—o quizá únicamente—pueden informar sobre la existencia de algún impedimento dirimente oculto.

Tampoco son aceptables las sanciones impuestas a los contrayentes que no hayan obtenido la licencia o el consejo, sobre todo la contenida en la regla 2.ª del artículo 50 (72). Cualquier disposición legal, sobre todo cuando es penal, ha de tener una razón o porque que la justifique, y debe ser la sanción adecuada a la infracción cometida. La regla considerada, porque alguien contraiga matrimonio sin el debido consentimiento o sin pedir consejo a sus padres, impone la incapacidad activa y pasiva a los dos cónyuges—al inocente lo mismo que al culpable—para recibir del otro cosa alguna por donación o testamento. Pueden recibir, en cambio, bienes de los padres por donación o testamento (no es causa de indignidad, art. 756); los padres y abuelos (únicos posibles ofendidos) no pueden desheredarlos (no es causa para ello, art. 853), ni revocar las donaciones hechas (excepto en el caso del art. 1.333, 3.º). Más aún, la ley considera a los cónyuges como herederos forzosos

(70) GARCÍA GOYENA, I, pág. 63; GUTIÉRREZ, I, pág. 258; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 1926, IV, pág. 86; SÁNCHEZ ROMÁN, V, 1.º, págs. 473-474; CASTÁN: III, pág. 475; PUIG PEÑA: II, 1, pág. 86; COMAS: *La revisión del Código civil español*, 1895, I, págs. 205 y ss., II, pág. 137. El artículo 47 del Código civil fué derogado por la ley de 28 de junio de 1932, artículo 1.º, regla 1.ª que imponía como forma única la del matrimonio civil y restablecido al dejar de regir esta ley.

Especial molestia ocasiona la falta de consejo favorable en el caso de la hija mayor de edad y menor de veinticinco años, que hace preciso el depósito judicial, art. 1.880, 3.º, art. 1.901, L. E. C. corregidos conforme a los artículos 47 y 321 C. c.

(71) Según frase del art. 1.939 L. E. C., esta disposición interpreta la evasiva de modo contrario al R. D. de 16 de diciembre de 1863 al que, ello no obstante, MUCIUS SCAEVOLA considera vigente, II, pág. 361.

(72) SÁNCHEZ ROMÁN habla de «la enormidad de estas sanciones» que «repugnan a la moral y al buen sentido». V, 1.º, págs. 480-481; también la censuran: MUCIUS SCAEVOLA, II, pág. 170; VALVERDE, IV, pág. 110; PUIG PEÑA, II, 1, pág. 93; ROYO, pág. 49; COMAS, II, pág. 140 ss.

(arts. 807, 3.º, y 834-39) y herederos abintestato (arts. 940, 953 y 959). ¿Por qué excluirlos entonces de la sucesión testamentaria? Los mismos supuestos peligros de la seducción explicarían, quizá, que se declarasen inválidos donaciones y testamentos hechos al contraer matrimonio o inmediatamente después de celebrado, pero no los realizados después de un tiempo prudencial y menos bastan para negarles ineficacia para siempre y sin excepción. Menos aún se explican tales gravísimas sanciones cuando no se ha pedido el consejo por el hijo mayor de edad (73). El reducir los derechos hereditarios a la legítima viudal después de haber suprimido los gananciales es, en fin—como se ha dicho—negar sin razón y contradecir la misma unidad económica del matrimonio (74).

La extraña disposición de la regla 2.ª no parece, por tanto, tener ni la sombra de una justificación razonable, ni siquiera la del ejemplo seguido. Es cierto que la misma sanción se encuentra en el Código civil portugués (art. 1.063); pero es referida sólo al tutor y a su descendiente, cuando se case uno u otro con la persona tutelada; aquí (art. 1.058, 2.º) se explica el recelo respecto a un posible afán de lucro y a la indebida influencia del tutor; pero, naturalmente, la sanción no recae sobre el cónyuge inocente. El precedente portugués no sirve, por tanto, ni para aclarar ni para excusar la lamentable regla segunda del artículo mencionado.

La regla primera del artículo 50 ha sido también criticada. Con razón, cuando se aplica a los hijos mayores que contrajeron matrimonio sin pedir consejo. En cambio, se justifica en parte respecto a los hijos menores casados sin el debido consentimiento; la razón se puede encontrar en que el régimen de gananciales se establece con carácter dispositivo, a falta de capitulaciones matrimoniales (art. 1.315); al no poder hacerse estas capitulaciones sin la concurrencia de las personas que han de dar el consentimiento (artículo 1.318) se impondría el régimen de gananciales, lo que pudiera resultar contrario a la voluntad y al interés de los contrayentes, en fin, el régimen de separación no impide definitivamente la unidad económica del matrimonio y tiene ciertas ventajas, especialmente cuando es sospechosa la conducta del marido. Aunque quizá resulte demasiado severa, impidiendo en todo caso que los cónyuges se puedan acoger al régimen de gananciales.

La regla 3.ª es una disposición protectora, bienintencionada, pero peca por falta de claridad, en especial la referencia al derecho de alimentos.

En fin, los números 2.º y 3.º del artículo 45 merecerían tam-

(73) El artículo 1.333, 3.º, sigue otro sistema, pues no declara ineficaz a la donación hecha por razón de matrimonio, sino irrevocablemente revocable.

Otra anomalía es el que el menor queda exento de pena, según el Código penal (art. 474), si los padres aprueban el matrimonio, mientras que los mismos no pueden eximirle de las sanciones civiles.

(74) COMAS, II, pág. 142; SÁNCHEZ ROMÁN: V, 1.º, pág. 480.

La mujer que contraiga matrimonio de buena fe, habrá de ser dotada, según sus posibilidades, por «el contrayente doloso», art. 479 C. P.

bién una especial consideración. Su estudio excede del ámbito de este ensayo; bastaría señalar ahora la conveniencia de revisarlos y hasta de su posible supresión, si se les quiere poner de acuerdo con la realidad de la vida moderna y de las tendencias predominantes en las legislaciones más recientes (75).

4. *Legislación extranjera.*

No siempre útil, y, en ocasiones también peligroso, es tener la mirada siempre fija en la labor legislativa extranjera y en lo que dice la forastera doctrina. El buen sentido exige estimar preferentemente la propia tradición, las circunstancias nacionales y la opinión de los autores regnicolas. La prudencia aconseja también, por boca de los redactores del Código, considerar los precedentes en las legislaciones extranjeras y los progresos realizados en los otros países (76). En el tema que nos ocupa puede servir una referencia, aunque sea escueta, para recordar las legislaciones modernas que admiten recurso frente a la denegación del consentimiento, no conocen el requisito del consejo paterno y carecen de sanciones para quienes se han casado sin obtener el debido consentimiento.

El Proyecto de 1851—seguido en esto por la Ley de 1862—tomó como modelo a la doctrina francesa, pero consciente de que al hacerlo así se desviaba de la tradición española y del criterio legislativo de muchos países (77).

La concepción del Código francés se estima hoy reaccionaria (78) y puede considerarse en retroceso en la legislación moderna. En la misma Francia diversas leyes, en especial las de 17 de julio de 1927 y 4 de febrero de 1935, han favorecido el matrimonio en caso de disenso entre los llamados a consentir. La Ley de 2 de febrero de 1933 suprimió para los mayores de edad el requisito de pedir consejo a sus padres.

En el círculo de legislaciones influenciadas por el Código francés se advierte también el triunfo de ideas más progresivas. El Código civil holandés permite a los hijos apelar del disenso de los padres ante el Juez cantonal de su domicilio (arts. 99, 116, 2.º). El

(75) La regla segunda, dada por temor a la «turbatio sanguinis», no tiene en cuenta los peligros y daños—igualmente posibles—de una obligada demora del matrimonio. Hoy, dada la certidumbre de las pruebas sobre el embarazo de la mujer, parece debiera bastar un certificado clínico fehaciente de no estar encinta para permitir el matrimonio.

La regla tercera resulta un tanto anticuada y recuerda a la figura pintoresca del tutor descrito por Moratin; en todo caso, no parece deba conservarse respecto a los descendientes del tutor (éste pudiera utilizarla precisamente para impedir tal matrimonio) y no hay razón para sancionar a la persona tutelada y presunta víctima.

(76) Palabras de la base primera de la ley de 1888 y de la tercera de las disposiciones transitorias del Código civil.

(77) GARCÍA GOYENA cita, como contrarios al Proyecto, a los Códigos napolitano, sardo, holandés y prusiano, I, pág. 66.

(78) JULLIOT DE LA MORANDIERE, I, § 535, pág. 323.

Código civil italiano de 1942 ha mantenido la posibilidad de recurrir al Fiscal general del Tribunal de Apelación, y así «el matrimonio puede ser consentido» no obstante la oposición de quienes han de dar el consentimiento. No se requiere tampoco el consejo. Se mejora, además, la regulación antigua, concediendo la facultad de prestar «asentimiento» al matrimonio a las personas que ejerzan la patria potestad o lo tutela (art. 90). El Código mejicano, en caso de negativa de los ascendientes o tutores, permite recurrir al Presidente municipal (art. 151). El Código civil de Uruguay, con clara reminiscencia de la Pragmática de 1776, admite la posibilidad del recurso al Presidente del respectivo Tribunal de Apelación para que declare irracional el disenso (art. 110).

Dos de las más modernas disposiciones del Occidente europeo muestran esta misma dirección. La Ley matrimonial alemana de 20 de febrero de 1946 exige, para el matrimonio de los menores y de quienes tengan limitada su capacidad, el asentimiento («Einwilligung») de sus representantes legales, para que puedan celebrar matrimonio. En caso de negativa sin fundados motivos («triftige Gründe») el Juez de tutelas puede, a petición de los prometidos, conceder el asentimiento (art. 3.º). El Código civil griego, en vigor desde el 23 de febrero de 1946, dice que el menor de capacidad limitada ha de contar, para casarse, con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, de su tutor o curador; «en caso de negativa, la Justicia, después de oír a los parientes más cercanos, en tanto que sea posible, puede conceder autorización para el matrimonio, si así lo requiere el interés del menor» (art. 1.352).

5. Posibles modificaciones del articulado del Código civil.

Todos los apartados del estudio aquí hecho parecen coincidir en una misma conclusión. La concepción tradicional española y las más modernas tendencias legislativas están de acuerdo en exigir la previa licencia paterna y en conceder a los hijos de familia un recurso contra el ejercicio abusivo de la patria potestad, al negar sin fundamento consentir el proyectado matrimonio del menor. El texto del Código civil sobre la materia resulta, en su contraste, anacrónico, imperfecto e injusto. Todo aconseja, por tanto, volver a la concepción del Derecho canónico. Preocupado éste siempre, como ningún otro, en robustecer la justa autoridad de los padres y en defender al menor frente al peligro de las pasiones, no descuida—porque no es incompatible—hacer que se reconozca el valor de la persona humana, su dignidad como tal, y que se respete la libertad para tomar estado. Al cabo de los siglos la regulación canónica ha venido a encontrarse con que coinciden con ella (en esta materia) las tendencias legislativas consideradas más avanzadas del tiempo moderno.

Ahora cabe todavía preguntar sobre la conveniencia de hacer o no tabla rasa con el articulado del Código para recoger la anti-

gua doctrina española o para reproducir las disposiciones canónicas. La prudencia no lo aconseja. La armonización ordenada por el Concordato deberá hacerse del modo más completo hasta recibir en nuestra retrasada legislación el espíritu amplio y liberal (en su verdadero sentido) del Derecho canónico; pero nada urge en contrario y la razón recomienda mantener, en lo posible, el texto codificado. La forma, la numeración misma de los artículos de un texto legal prestigioso, no conviene abandonarla sin grave necesidad, pues una y otra ayudan a la más fácil aplicación y al recuerdo de las reglas, y, así, a transformarlas desde ser disposiciones postizas o extrañas, hasta hacerse hábitos de conducta, espontáneamente seguidos.

El propósito preliminar o preparatorio de este estudio ha terminado. Como complemento, para ofrecer un «monstruo» que facilite la tarea redactora de los encargados de esta labor, se añade un ensayo sobre las modificaciones posibles de los artículos 45 a 50 del Código civil.

Art. 45. Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad que no haya obtenido licencia y al mayor que no haya dado conocimiento de su proyectado matrimonio, en los casos determinados por la ley (79).

Art. 46. La licencia de que habla el número uno del artículo anterior deberá ser concedida por el padre o madre que ejerza la patria potestad o, en su defecto, por el consejo de familia. Si el consejo no está constituido, podrá suplirse su licencia del modo señalado en el artículo 49, para el caso de negativa injustificada (80).

Art. 47. Los hijos mayores de edad están obligados a poner en conocimiento de su padre y madre el proyectado matrimonio.

Art. 48. La licencia deberá acreditarse antes de la celebración del matrimonio por medio de documento que haya autorizado un Notario civil o eclesiástico o el Juez municipal del domicilio del solicitante o bien ante el mismo Párroco celebrante. Del propio modo se acreditará haberse hecho la comunicación a los padres.

Art. 49. Los llamados a conceder la licencia la harán o negarán sin razonarla.

No obstante la negativa de la licencia, podrá celebrarse el matrimonio canónico, hecha por el párroco la debida consulta al ordinario del lugar.

Los que celebren matrimonio civil podrán, en caso de dicha negativa, solicitar licencia del Presidente de la Audiencia. A tal efecto se abrirá expediente en el Juzgado o en los Juzgados mu-

(79) Los números 2 y 3, como se ha indicado, salen del tema de este trabajo; por eso no se recogen: también se ha señalado antes algo sobre la oportunidad de suprimirlos o modificarlos, nota 75.

(80) Este último párrafo se ha redactado teniendo en cuenta unas acertadas observaciones de Royo. págs. 46-47.

nicipales del domicilio de los futuros cónyuges, en el que informarán los padres, parientes y demás personas que se entienda conveniente llamar. El Presidente de la Audiencia, oído el Ministerio fiscal, concederá la licencia pedida, si la negativa anterior resultase injustificada.

Art. 50. Si a pesar de la prohibición del artículo 45 se casaren las personas obligadas a pedir licencia según él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código penal, quedarán sometidos a las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

2.^a Ello, no obstante, podrán acogerse al régimen de gananciales: durante la menor edad, concurriendo al otorgamiento las personas designadas para dar la licencia; en otro caso, por sólo los cónyuges, dentro del año siguiente a la mayor edad del más joven. En la escritura pública en que ha de pactarse se harán constar los bienes que cada uno de los cónyuges aporte (81).

3.^a Si uno de los cónyuges fuese menor no emancipado, hasta su mayor edad no podrá administrar sin el consentimiento (asistencia) de un tutor, que habrá de ser nombrado especialmente a este efecto (82).

4.^a En los supuestos del número tercero del artículo 45 se nombrará otro tutor y, en su caso, otro consejo de familia para que éste designe el nuevo tutor que ha de administrar los bienes de la pupila durante la menor edad de ésta (83).

(81) Se propone suprimir la desdichada regla 2.^a del vigente artículo 50 y sustituirla por una disposición que dé flexibilidad a la regla primera y evitar las posibles consecuencias injustas al imponer sin remedio el régimen de separación. Fue iniciativa de FUENMAYOR y se ha redactado (aunque posiblemente sin aprovecharlas bien), teniendo en cuenta indicaciones de CÁMARA, DÍAZ PASTOR, PEÑA, VALLET DE GOYTISOLO y algún otro asistente (que lamento no recordar) a las sesiones del Seminario del A. D. C.

(82) Parece aconsejable evitar que continúe administrando la misma persona, dada la previsible tirante relación que con ella tendrán los nuevos cónyuges. Sería mejor, por tanto, para la paz futura de la familia, el nombramiento de un tutor «ad hoc».

(83) La modificación propuesta es más de redacción que de substancia. Es de advertir que también habrán de corregirse, correspondientemente, las disposiciones correlativas del Código penal, arts. 474, 475, 477 y 478.

Esta reforma deberá hacerse según los principios propuestos y al mismo tiempo que la del C. C.: lo que especialmente importa, si se mantiene (como en el texto) la referencia del art. 50 del C. C. a lo dispuesto en el Código Penal.