



EL MATRIMONIO DEL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1821*

LUIS CRESPO DE MIGUEL

SUMARIO. INTRODUCCION. I. FACTORES DOCTRINALES Y POLITICOS QUE INFLUYERON EN SU REDACCION. A. *Recepción en España de las corrientes doctrinales secularizadoras sobre el matrimonio*. B. *El Trienio liberal (1820-1823)*. II. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1821. A. *Su elaboración*. B. *La naturaleza del matrimonio legal*. C. *La capacidad para contraer*. D. *El consentimiento libre*. E. *El "consentimiento ilustrado"*. 1. *Antecedentes inmediatos al "consentimiento ilustrado" de 1821*. a) *La Pragmática de Carlos III*. b) *La Pragmática de Carlos IV*. c) *El Código civil francés*. 2. *El "consentimiento ilustrado" en el proyecto de 1821*. F. *El "consentimiento solemne"*. 6. *El matrimonio canónico*. H. *El divorcio*. I. *La nulidad*. J. *La prueba del matrimonio*. K. *La postura de la Jerarquía eclesiástica*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Suele decirse que la secularización del matrimonio irrumpe de improviso en España en el panorama legal con la Ley de Matrimonio

*. Director de la tesis : Prof. Dr. Rafael NAVARRO VALLS. Fecha de defensa: 1.VII.87.

Civil de 1870. Es decir, que hasta esa fecha las tendencias secularizadoras dominantes en Europa, especialmente desde el *Code napoléonico* de 1804 estaban como represadas en los ambientes jurídicos españoles sin alcanzar definida operatividad. Incluso algún autor de reconocido prestigio como Pérez Mier, refiriéndose al Concordato de 1851, hace notar que éste "no menciona siquiera la cuestión del matrimonio; pero no lo hace porque a nadie se le había ocurrido todavía poner en duda su carácter sagrado, ni había pensado el Estado en disputar a la Iglesia la jurisdicción sobre el matrimonio"¹.

Efectivamente el Concordato no aludía al matrimonio, pero la afirmación de que el Estado no había intentado disputar a la Iglesia la jurisdicción sobre el matrimonio, que con Pérez Mier habían compartido otros autores, no es totalmente exacta por desconocer una serie de proyectos legales del Gobierno, muy anteriores a la Revolución de 1868 -una de cuyas banderas fue el derecho a la libertad religiosa-, en los que claramente se advierten fuertes tendencias secularizadoras en materia matrimonial. Esos proyectos dan razón -por lo menos en ambientes "ilustrados"- de un estado de opinión favorable al decidido intervencionismo estatal en cuestiones hasta entonces pacíficamente atribuidas a la jurisdicción eclesiástica. De ahí que la "explosión" radicalmente secularizadora que supuso la Ley de Matrimonio civil de 1870, traía de algún modo su origen en viejos proyectos legales, que por circunstancias de carácter fundamentalmente político, no llegaron a ser sancionados, y que por esto son poco conocidos.

En este estudio analizaremos el matrimonio del proyecto de Código civil de 1821. Es el matrimonio más progresista de los diversos proyectos anteriores al Código civil español de 1888, del que, en algunos puntos, fue antecedente. De Castro señala que uno de los rasgos características del Proyecto de Código civil de 1851 -antecedente de parte de la codificación civil de los países hispanoamericanos-, son "las ideas del Proyecto de 1821 respecto al matrimonio"².

1. L. PEREZ MIER, *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid 1940, p. 522. Más recientemente C.M. ENTRENA KLETT, afirma que el matrimonio en el proyecto de Código de 1851 "se mantenía absolutamente dentro de los principios de la Iglesia católica", *Matrimonio y Divorcio en la Legislación*, Pamplona 1982, p. 138; aunque en la segunda edición de esta obra suprime la palabra "absolutamente" (Pamplona 1984, p. 138).

2. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid 1949, pp. 190,

Una introducción histórica parece necesaria para comprender el ambiente ideológico del período de la Historia de España en que el Proyecto de 1821 se redactó, y las breves notas biográficas sobre los protagonistas del proyecto del 21 ayudan a entender mejor su bagaje cultural e ideológico.

Así se advierte que Garellly, el miembro más influyente en la elaboración del Proyecto, fue autor de la "Exposición" presentada por la Universidad de Valencia para agradecer la abolición de la Inquisición. Más tarde, en 1834, en una época de política antirreligiosa, ocupó la cartera de Gracia y Justicia, y entre otras medidas suprimió los monasterios y los conventos de los que hubiesen escapado frailes para unirse a los carlistas.

I. FACTORES DOCTRINALES Y POLITICOS QUE INFLUYERON EN SU REDACCION

Vamos a comenzar el estudio dando noticia de las circunstancias en las que se produjo en España la recepción de las corrientes doctrinales secularizadoras del matrimonio, y del ambiente de la política eclesiástica del Trienio liberal. Estos fueron factores decisivos para que las nuevas corrientes doctrinales, vigentes ya en Europa, cristalizasen en el proyecto del matrimonio de 1821.

A. Recepción en España de las corrientes doctrinales secularizadoras sobre el matrimonio

En Europa tuvo comienzo la secularización del matrimonio con la reforma protestante. A este hecho, explica Navarro-Valls, se sumó el Regalismo en naciones en las que la mayoría de la población continuaba siendo católica, y el ambiente doctrinal de la Ilustración que desembocó en la Revolución francesa³.

211. Sobre el Proyecto de Código Civil de 1851; cfr. A. D'ORS, J. BONET CORREA, *En el centenario del proyecto isabelino del Código civil*, en "Información Jurídica", t. 96, 1951, pp. 489-491.

3. Cfr. M. LOPEZ ALARCON, R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho Matrimo-*

La doctrina regalista intentó una fórmula de compromiso entre las enseñanzas oficiales del Magisterio de la Iglesia católica y las tesis protestantes. Defendían los partidarios de esta doctrina que el matrimonio entre cristianos es sacramento, pero también contrato natural. En cuanto sacramento cae bajo la jurisdicción eclesiástica, pero en cuanto contrato natural su regulación pertenece íntegramente al poder civil⁴.

Por su parte, el ambiente doctrinal de la Ilustración y de la Revolución francesa, decisivo para el triunfo de las tendencias secularizadoras, mantenía que el matrimonio es ante todo un contrato civil, y sólo al Estado pertenece en exclusiva su regulación⁵.

En España las doctrinas regalistas sobre el matrimonio incidieron con especial intensidad durante el reinado de Carlos III⁶. En 1786 se celebró el Sínodo jansenista de Pistoya, convocado por el obispo toscano Scipión Ricci. Entre otras formulaciones doctrinales, el Sínodo intentó fundamentar dogmáticamente una nueva disciplina sobre el matrimonio, con la que pretendía justificar que la promesa esponsalicia previa al matrimonio era un acto puramente civil, y regulado por las leyes civiles; además mantenía que originariamente sólo al poder civil correspondía establecer impedimentos sobre el contrato civil y dispensarlos, facultades que los Príncipes cedieron a la Iglesia⁷.

En la misma época el jansenista italiano Pietro Tamburini fue el autor que más influyó en esta materia en España, llegó a afirmar que la potestad eclesiástica no tenía ningún derecho a inmiscuirse en la esfera

nial Canónico y Concordado, Madrid 1984, pp. 24-25.

4. *Ibidem*, p. 25.

5. *Ibidem*, 25. Para conocer una síntesis de la secularización del matrimonio en el siglo XIX, léase: V. REINA, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona 1983, pp. 60, 61, 73 y 74; *Ibidem*, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Barcelona 1984, pp. 17-20.

6. Cfr. L. SIERRA NAVA, *La reacción del episcopado español ante los decretos del matrimonio del Ministro Urquijo de 1799 a 1813*, Bilbao 1964, pp. 52-53; S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid 1977, p. 57.

7. Cfr. E. DENZINGER, *El Magisterio de la Iglesia*, Barcelona 1963, nn. 1158-1560; *Colección Eclesiástica Española, comprensiva de los Breves de S.S., Notas del R. Nuncio, Representaciones de los SS. Obispos a las Cortes, Pastorales, Edictos, con otros documentos relativos a las innovaciones hechas en materias eclesiásticas desde el 7 de marzo de 1820*, Madrid 1823, t. XIV, pp. 202-204.

de la soberanía temporal. Dos fueron sus obras, referentes a los impedimentos matrimoniales, conocidas en España: *Praelectiones de iustitia christiana et de sacramenti*, de 1873; y *Lettere teologico-politiche su la presente situazione delle cose ecclesiastiche*⁸. No conviene olvidar el testimonio de Jovellanos, recogido tiempo después por historiadores españoles y extranjeros, según el cual la mayoría de la juventud estudiosa de Salamanca leía a finales del siglo XVIII a Tamburini⁹: "toda la juventud salmantina es *postroyalista*. De la secta pistoyense. Obstraect, Zola y, sobre todo, Tamburini andan en manos de todos; más de tres mil ejemplares había ya cuando vino su prohibición; uno sólo se entregó"¹⁰.

Como testimonios de la difusión de estas ideas, interesa destacar el viajero Juan Antonio Posse, quien afirma que en una población de León encontró, entre otras obras jansenistas, varias actas del Sínodo de Pistoya¹¹. También la Inquisición de Galicia recogió un manuscrito titulado: *Memoria del Ilmo. Señor Scipión Ricci en respuesta a los quesitos (sic) que se le han hecho relativos a las presentes diferencias de la Iglesia de Francia*¹².

Otros canonistas extranjeros defensores de estas corrientes fueron bien conocidos en España: Van Espen, Febronio, Berardi. Van Espen (1646-1728) de Lovaina, representa un hito importante en la evolución del pensamiento regalista; brillante jurisconsulto, canonista, y hombre de extraordinaria erudición. En 1700 publicó *Ius ecclesiasticum universum*, obra muy conocida y varias veces reeditada, a pesar de que cuatro años después se incluyó en el *Indice*¹³. Los planes de estudios implantados en las universidades de España a partir de 1771 aconsejaban, entre otros

8. Cfr. L. SIERRA NAVA, *La reacción del episcopado español*, cit., p. 52.

9. Cfr. *ibidem*, p. 53; S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit. p. 57.

10. El 13 de octubre de 1791 Jovellanos compra alguna obra de Tamburini que afirma leyó. Cfr. A. MESTRE SANCHIS, *Religión y Cultura en el siglo XVIII español*, en *Historia de la Iglesia en España*, B.A.C. Madrid 1979, t. IV, p. 723; A. BARCALA MUÑOZ, *Censuras inquisitoriales a las obras de P. Tamburini y al Sínodo de Pistoya*, Madrid 1985, pp. 15 a 119.

11. Cfr. S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit. p. 57.

12. Cfr. L. SIERRA NAVA, *La reacción del episcopado español*, cit., p. 54; S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., p. 21.

13. Cfr. S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit. p. 21.

textos, el del canonista belga¹⁴. Tuvo gran peso, en concreto, en la formación de las convicciones de nuestro Ministro Campomanes. Llegó a ejercer una destacada influencia sobre diversos auditores contemporáneos, como sobre Febronio, que fue alumno suyo¹⁵.

También se leían las obras de Febronio entre los universitarios de las ciudades Españolas que eran foco de difusión de la doctrina jansenista: Madrid, Barcelona, Valencia y Salamanca. El mismo Campomanes, a veces, "calca las ideas de Febronio"¹⁶. En la biblioteca episcopal de Calahorra, formada por el obispo Aguiriano¹⁷, desde 1789 se encontraban obras jansenistas, de Febronio, Berardi, y la versión española de Van Espen¹⁸.

En 1786 Francisco Antonio de Elizondo, miembro del Consejo de Su Majestad y Fiscal Civil de la Real Chancillería, publicó un libro dedicado al Conde de Floridablanca, en el que sostenía la competencia del poder civil para establecer impedimentos matrimoniales¹⁹. Según Carrión, la tesis de Elizondo carece totalmente de originalidad, pues es "un burdo plagio" de las obras de Van Espen, al que "no cita ni una sola vez en el transcurso de su disertación"²⁰. Mantiene que los Reyes pueden establecer impedimentos, en cuanto que el matrimonio es un contrato, y la Iglesia tiene potestad privativa sobre el sacramento. Elizondo se adhiere a la tesis de la potestad cumulativa sobre el contrato matrimonial: la competencia es compartida por ambas potestades, y por tanto los impedimentos establecidos por la Iglesia recaen sobre el contrato sobre el que también ha establecido impedimentos el poder

14. Cfr. A. MESTRE SANCHIS, *Religión y Cultura en el siglo XVIII*, cit., p. 720.

15. Cfr. T. EGIDO, *Regalismo y relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII*, en *Historia de la Iglesia en España*, t. IV, B.A.C. Madrid 1979, p. 154.

16. *Ibidem* pp. 154-156. Cfr. S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., p. 21.

17. Que fue decidido partidario del decreto de Urquijo y de los derechos episcopales en la dispensa de impedimentos matrimoniales. Cfr. A. MESTRE SANCHIS, *Religión y Cultura en el siglo XVIII*, cit., p. 719.

18. Cfr. L. SIERRA NAVA, *La reacción del episcopado español*, cit., p. 54; S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., pp. 57-58.

19. Como apéndices, en su obra, publica una colección de documentos de Benedicto XIV sobre el matrimonio. Cfr. F.A. ELIZONDO, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias*, Madrid 1789.

20. Cfr. S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., p. 59.

secular²¹. La conclusión a la que llega es que "las leyes dictadas por los Soberanos, no tocan en modo alguno a la substancia del Sacramento del matrimonio, sino que socorren a la necesidad del contrato"²².

El historiador Cuenca Toribio asegura que en aquella época, entre el clero hispánico, circulaban las corrientes jansenistas más dinámicas y combativas, cuyo proselitismo se hallaba en crecida, como lo confirma la propagación de las doctrinas del Sínodo de Pistoya, en esferas muy encumbradas de la administración y la clerecía²³.

Las doctrinas de Pistoya fueron condenadas por Pío VI el 28 de agosto de 1794 en la Bula *Auctorem fidei*, en la que fueron reprobados los siguientes puntos referentes a los esponsales y al matrimonio:

- "Los esponsales propiamente dichos contienen un acto puramente civil, que disponen para la celebración del matrimonio, y que en un todo están sujetos a lo prescrito por las leyes civiles. Como si el acto que dispone al Sacramento no estuviere sujeto por esta razón a la autoridad de la Iglesia"²⁴.

- En cuanto a los impedimentos, Pío VI condenó la afirmación de que sólo correspondía al poder civil establecer y dispensar de los impedimentos dirimentes al contrato matrimonial, porque la Iglesia podía constituir impedimentos en los matrimonios de los cristianos, y dispensar de ellos, incluso en tierra de infieles.

- La Bula papal decía así: "la doctrina del Sínodo que afirma que originariamente sólo a la suprema potestad civil atañía poner al contrato del matrimonio impedimentos del género que lo hacen nulo y se llaman

21. Cfr. *Ibidem*, , p. 60. "Pueden por ello los Reyes establecer impedimentos del matrimonio, tomado éste puramente como contrato, al paso que es privativa de la Iglesia la potestad en la acepción del Sacramento, auxiliándose promiscuadamente una a otra autoridad hasta el término de lograr, a un propio tiempo que la salud de las almas, la felicidad civil de los vasallos y la tranquilidad política de los pueblos". Cfr. F.A. ELIZONDO, *Práctica Universal Forense*, cit., t. VII, p. 48.

22. Cfr. *ibidem*.

23. Cfr. M. CUENCA TORIBIO, *Iglesia y Estado en la España Contemporánea (1789-1914)*, en "Ius Canonicum" X (1970), p. 406.

24. Esta doctrina, añadía la Bula, es "falsa, ofensiva al derecho de la Iglesia en cuanto a los efectos que provienen también de los esponsales en fuerza a las sanciones canónicas, derogatoria de la disciplina establecida por la Iglesia", E. DENZINGER, *El Magisterio de la Iglesia*, cit., n. 1558; y *Colección eclesiástica española*, cit., t. XIV, p. 202.

dirimentes, derecho originario que se dice además estar conexo esencialmente con el derecho de dispensarlos, añadiendo que, supuesto el asentimiento o connivencia de los príncipes, pudo la Iglesia constituir justamente impedimentos que dirimen el contrato mismo del matrimonio. Como si la Iglesia no hubiera siempre podido y no pudiera constituir por derecho propio en los matrimonios de los cristianos impedimentos que no sólo impiden el matrimonio, sino que lo hacen nulo en cuanto al vínculo, por los que están ligados los cristianos aún en tierra de infieles, y dispensar de ellos"²⁵.

- El Sínodo reclamaba a la potestad civil suprimiera los impedimentos impuestos legítimamente por la Iglesia, de parentesco espiritual y el de pública honestidad, y que restringiese el impedimento espiritual y el de pública honestidad, y que restringiese el impedimento de afinidad y parentesco, proveniente de cualquier unión lícita o ilícita, hasta el cuarto grado, según la computación civil por línea lateral y oblicua; de tal modo que no quedase esperanza alguna de obtener dispensa. El Papa condenaba aquella proposición, "en cuanto atribuye a la potestad civil el derecho de abolir o restringir los impedimentos establecidos o aprobados por la autoridad de la Iglesia e igualmente por la parte que supone que la Iglesia puede ser despojada por la autoridad civil del derecho de dispensar sobre los impedimentos por ella establecidos o aprobados, es subversiva de la libertad y potestad de la Iglesia, contraria al Tridentino y proveniente del principio herético arriba condenado"²⁶.

Desde la promulgación de la Bula por Pío VI hasta que ésta obtuvo en España el *placet regium*, concedido por Carlos IV pasaron más de seis años²⁷. Su libre circulación había estado vedada, porque suponía la

25. Esta afirmación condenada es "destructiva de los cánones 3,4,9 y 12 de la Ses. XXIV, del Concilio Tridentino y herética", E. DENZINGER, *El Magisterio*, cit., n. 1559; y *Colección eclesiástica*, cit., t. XIV, pp. 202-203.

26. Cfr. E. DENZINGER, *El Magisterio*, cit., n. 1560; y *Colección eclesiástica*, t. XIV, pp. 203-204.

27. Cfr. J.M.CUENCA TORIBIO, *Iglesia y Estado*, cit., p. 406. Las circunstancias que rodean tal *placet* son la elección del nuevo Papa Pío VII, que lleva al Rey a derogar el edicto de Urquijo sobre el matrimonio, la exoneración del propio Urquijo, y el relevo del plenipotenciario junto a la Santa Sede por haber sido declarado persona *non grata*. Por estas razones, Muriel afirma que "en el duelo de cortesías, y para afianzar mejor la amistad de la Santa Sede, se juzgó necesario darle una prueba

condenación del más puro galicanismo y regalismo, "concretamente en el análisis del matrimonio, tan caro al gobierno español y a la ideología imperante", según reconoce el historiador Teófanés Egido²⁸.

Concedido el *placet*, por una Real Orden Carlos IV, prohibía además sostener pública o secretamente las prooosiciones del Sínodo de Pistoya. Para lograrlo mandó imprimir y publicar la Bula en todos sus dominios. A la vez encargó al Tribunal de la Inquisición recogiese "cuantos libros y papeles hubiera impresos y sostengan la doctrina condenada en dicha Bula, procediendo sin excepción contra todos los que se atreviesen a oponerse a lo dispuesto en ella (...), mandándose a las Universidades que en ellas no se defiendan proposiciones que puedan poner en duda las condenadas en la citada Bula"²⁹. El Rey terminaba sancionando a los infractores, incluso aunque fuesen obispos y prelados, con la pena de expatriación. Tales tonos y amenazas represivos, debidos -al parecer de Egido- a la propia cosecha del Ministro de Gracia y Justicia, sacaron de quicio a Godoy³⁰.

La Real Orden fue recogida en la *Novísima Recopilación* en 1805³¹. Sin embargo, no acabó con las ideas regalistas sobre el matrimonio. Entre otras razones, porque no se prohibieron las obras de Van Espen y de sus seguidores, como Elizondo; y además porque aquellas ideas secularizadoras del matrimonio, ya habían sido sembradas en parte del clero y entre algunos de nuestros intelectuales y políticos.

Junto a la recepción en España de la nueva doctrina regalista pistoyense, otra corriente doctrinal, de carácter civil, llegó a nuestro país con las ideas de los filósofos de la Ilustración y de la Revolución francesa³². Esta consagró como ley el principio de que el matrimonio es

indudable de sumisión y obediencia", y ésta fue la concesión del *placet regium* para la Bula *Auctorem fidei*, cfr. A. MURIEL, *Historia de Carlos IV*, Madrid 1959, pp. 216-219; A. BARCALA MUÑOZ, *Censuras inquisitoriales*, pp. 85 a 119.

28. Cfr. T. EGIDO, *Regalismo y relaciones Iglesia-Estado*, cit., t.IV, p. 223.

29. Cfr. Ley XXII, Título I, Libro I, *Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandada formar por Carlos IV*, Madrid 1805.

30. Cfr. T. EGIDO, *Regalismo y relaciones Iglesia-Estado*, cit., t. IV, pp. 222-223.

31. Cfr. Ley XXII, Título I, Libro I, *Novísima Recopilación*.

32. Para Voltaire, el matrimonio es un contrato del Derecho de gentes, convertido por los católicos romanos en un Sacramento. Pero el Sacramento y el contrato son cosas muy diferentes: a éste corresponden los efectos civiles, a aquél las gracias de la

un contrato civil, principio que fue invadiendo todos los Estados, incluso los tradicionalmente católicos³³.

Entre los civilistas que patrocinaban estas corrientes destaca Pothier, que acogió la doctrina galicana y la llevó a sus últimas consecuencias, especialmente en su obra *Du contrat de mariage*, publicada en Orleans en 1768³⁴. En la que afirma: "siendo el matrimonio un contrato, pertenecerá lo mismo que los demás contratos al orden político, y por consiguiente deberá estar sujeto a las leyes del poder temporal"³⁵; añade que los príncipes temporales tienen derecho a formular leyes sobre el matrimonio, para prohibirlo a ciertas personas con los impedimentos dirimentes; y para regularlo con las formalidades necesarias para que la celebración sea válida, establece una forma civil sustancial, y declara nulos los matrimonios celebrados en contra de las leyes civiles, como ocurre con todo contrato³⁶.

Sobre esta doctrina afirma Fuenmayor que "partiendo del predominio absoluto de la ley civil sobre la canónica -donde se encuentra el origen del error-, entiende Pothier que cuando la ley secular declara nulo un contrato de matrimonio no toca en absoluto el Sacramento, puesto que no anula el Sacramento; únicamente impide, dice con sutileza, que nazca el Sacramento, porque la materia del Sacramento es justamente el contrato, que, por ser nulo, no puede servirle de soporte. Con esta doctrina del 'Contrato civil-materia del Sacramento' se han sentado las bases para la completa secularización del matrimonio, que encuentra clima favorable en el ambiente doctrinal creado, durante los

Iglesia (...) el matrimonio puede, pues, subsistir con todos sus efectos naturales y civiles independientemente de la ceremonia religiosa. cfr. LE BRAS, "Mariage". en *Dictionnaire de theologie catholique*, IX, segunda parte, 1927, col. 2268.

33. Cfr. A.de FUENMAUOR CHAMPIN, *El Matrimonio y el Concordato Español*, discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1963, p. 30; M. LOPEZ ALARCON, R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho Matrimonial*, cit., p. 25.

34. Cfr. R.J. POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio, traducido al español con notas de Derecho patrio, bajo la dirección de D. Mariano Nogueras y D. Francisco Carles*, Barcelona 1846.

35. *Ibidem*, p. 11.

36. *Ibidem*, p. 12.

siglos XVII y XVIII, por los filósofos de la Ilustración"³⁷.

Respecto a los esponsales, explicaba el civilista francés, coincidiendo así con la doctrina de Pistoia, que siendo "un contrato, pertenecen como los demás contratos al orden político, y debiera conocer de ellos el juez seglar", aunque los reyes permitieron "que los jueces eclesiásticos conociesen sobre estas materias, con tal de que se limitasen a conocer acerca de su validez o nulidad"³⁸. Por lo tanto, no podía el juez eclesiástico entrar en el juicio de los daños y perjuicios, derivados de los esponsales incumplidos, y si entraba, tendría lugar el recurso de fuerza para que juzgase el juez seglar³⁹.

La Constitución francesa de 1791 confirmó esta doctrina al aprobar que "la ley sólo considera el matrimonio como contrato civil", y la Asamblea Legislativa, la reafirmó al establecer que el matrimonio es exclusivamente un contrato civil. Posteriormente Napoleón añadió unilateralmente al Concordato francés de 1801, el artículo orgánico 54, por el cual se prohibía a los párrocos "dar la bendición nupcial" a los que no probasen debidamente "haber contraído matrimonio con anterioridad ante el funcionario civil". Este planteamiento fue consagrado en el Código de Napoleón de 1804⁴⁰, y de él pasó -como veremos- a nuestro proyecto de Código civil de 1821.

Vale la pena destacar que en España, entre los seguidores del fenómeno revolucionario francés, está el sacerdote de Lasarte, Diego Lazcano, que, con ocasión de la invasión francesa de las provincias de Navarra y Guipúzcoa, en 1794 y 1795, llevado por sus ideas filorrevolucionarias y proclives al "clero constitucional francés", bendijo matrimonios civiles. Años después, cuando solicitó insistentemente del Ministro Jovellanos que le permitiera volver de su forzoso exilio de Bayona, Jovellanos, antes de aprobar su repatriación, consultó a su amigo Antonio Tavira⁴¹, obispo de Salamanca, que elaboró un dictamen

37. Cfr. A. de FUENMAYOR CHAMPIN, *El Matrimonio y el Concordato*, cit., p. 31.

38. Cfr. R.J. POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio*, cit., p. 28.

39. *Ibidem*, p. 29.

40. Cfr. A. de FUENMAYOR CHAMPIN, *El Matrimonio y el Concordato*, cit., p. 32.

41. El Obispo, que estaba influenciado por las ideas jansenistas, al aprobarse el Decreto de Urquijo sobre las dispensas matrimoniales, publicó un edicto declarando que él estaba dispuesto a conceder las dispensas matrimoniales. Cfr. T. EGIDO,

en el que también se declaraba partidario de la exclusiva competencia del Estado para establecer impedimentos matrimoniales. El obispo de Salamanca distinguía en el matrimonio el Sacramento del contrato, y afirmaba -recordándonos las teorías de Pothier y de Elizondo- que el primero dependía totalmente del segundo, y que los impedimentos establecidos por el poder civil afectaban al contrato y no a la gracia del Sacramento⁴².

En 1809, una de las imprentas más conocidas de España, "Ibarra", imprimió el Código de Napoleón⁴³. Cinco años después, en París, el sacerdote Juan Antonio Llorente⁴⁴, Vicario General de Calahorra, Consejero de Estado por José Bonaparte, publicó una obra⁴⁵, en la que también separa el Sacramento del contrato, reafirma el principio de la competencia civil en orden a los impedimentos, y la indisolubilidad matrimonial es poco más que un mero consejo evangélico⁴⁶.

Regalismo y relaciones Iglesia-Estado, cit., p. 217; A. MESTRE SANCHIS, *Religión y Cultura*, cit., pp. 606,619,631,656,728 y 736; *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, dirigido por ALDEA VAQUERO, MARIN MARTINEZ, VIVES GATELL, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1975, t. IV, pp. 2536-2538.

42. Cfr. S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., pp. 61-62.

43. Cfr. *Código Napoleón, con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el 3 de septiembre de 1807*, Madrid 1809.

44. Nació en Rincón de Soto (Logroño) en 1756, estudió Derecho romano y canónico en la Universidad de Zaragoza, en 1776 obtuvo en Madrid el grado de Bachiller en Derecho, y posteriormente el Doctorado en la de Valencia, fue abogado del Consejo Supremo de Castilla. En 1784, por los datos que él mismo nos transmite, ya estaba influido de ideas sectarias contra la Iglesia de Roma en general y contra los Papas en particular; aunque esto no impidió que en 1789 se le nombrase Secretario general de la Inquisición. Por sus concomitancias y amistosas relaciones con los promotores de la Revolución francesa fue destituido de su cargo y desterrado a un convento de la Rioja. Tras emigrar a Francia, acompañó a Madrid a José Bonaparte. Durante los años de la dominación francesa, aprovechó para el acopio de datos para elaborar su obra, la más famosa de las muchas que escribió: *Historia de la Inquisición*, publicada en 1817 en París y en 1822 en Madrid. Cfr. *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, ob. , t. II, pp. 1373-1374; M. MENENDEZ PELAYO, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, t. IV, Madrid 1947, pp. 154-155.

45. Cfr. J.A. LLORENTE, *Discursos sobre una Constitución religiosa, considerada como parte civil nacional*, París 1814.

46. Cfr. L. SIERRA NAVA, *La Reacción del episcopado español*, cit., p. 63; J.A. LLORENTE, *Colección diplomática de varios papeles antiguos y modernos sobre dispensas matrimoniales y otros puntos de disciplina eclesiástica*, Madrid 1809; S.

B. *El Trienio liberal (1820-1823)*

En España el Trienio liberal llevó a la práctica los principios aprobados en las Cortes Constitucionales de Cádiz que hasta entonces, por la situación política, no habían podido ser aplicados. Las reformas de aquellas Cortes se habían realizado mucho más sobre el papel que en la práctica, y fue la revolución de 1820 la que impuso la vigencia real y formal de aquellas innovaciones sobre el territorio español. Las reformas se impusieron de tal modo, que los liberales españoles fueron considerados en algunas Cortes europeas como los más peligrosos del Continente. Por esto afirma Comellas, que "tiene el Trienio liberal una claridad de formas, un sentido categórico en las ideas y, en la lucha por ellas, unos rasgos definitorios, en suma, mucho más claros y mejor dibujados que otras época de nuestra historia contemporánea"⁴⁷.

Podría afirmarse, que el examen de este período permite estudiar los hechos, en los que resaltan rasgos de su carácter más primitivo, y por tanto más duros. "Todo, en suma, contribuye a proporcionar a esta época un dramatismo desusado, que no sólo nos permite contemplar la realidad histórica a través de menos filtros que los ordinarios, sino también formarnos una idea de las bases -más tarde menos visibles- sobre las que descansa un siglo de liberalismo en España"⁴⁸.

Las Cortes de Cádiz aprobaron el 5 de febrero de 1811 una propuesta del diputado catalán Espiga y Gadea para llevar a cabo la codificación de las más importantes ramas del derecho español. La Constitución de 1812 recogió la misma aspiración en su artículo 258⁴⁹, que decía así: "el Código civil y criminal y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por

CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., pp. 62-63.

47. Cfr. J.L. COMELLAS GARCIA-LLERA, *El Trienio Liberal*, en *Historia General de España y América*, t. XII, Madrid 1981, pp. 398-399. Cfr. J.M. CUENCA TORIBIO, *Iglesia y Estado en la España*, cit., pp. 414, 419 y ss.

48. Cfr. J.L. COMELLAS GARCIA-LLERA, *El Trienio Liberal*, en *Historia General de España y América*, cit., pp. 398-399.

49. Cfr. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, Madrid 1949, p. 59; F. de CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, t.I, Madrid 1949, p. 186; J.F., LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española o Codificación Civil*, t. IV, Madrid 1979, pp. 58-60.

particulares circunstancias podrán hacer las Cortes⁵⁰. En 1813 para elaborar aquellos Códigos se nombró una Comisión compuesta, según Sánchez Román, por los hombres más distinguidos del momento. Con el mismo fin se nombró otra Comisión en 1814, pero la reacción absolutista de 1814 acabó con el intento codificador de los doceañistas⁵¹.

Las Cortes abiertas solemnemente el 9 de junio de 1820 tomaron en menos de seis meses, una serie de medidas de pretendido carácter social con un claro tinte anticlerical. Comenzaron con varias supresiones: la de la Compañía de Jesús en España el 15 de agosto de 1820, después el Santo Oficio, y el Fuero eclesiástico. Además, con el pretexto de una "reforma" de la Iglesia para mejorar la situación económica de la Hacienda del país, suprimieron las órdenes monacales, incautaron sus posesiones que convirtieron en "bienes nacionales", y las pasaron a manos particulares por pública subasta. Las órdenes religiosas no monacales podrían subsistir, pero debían entregar al Estado los conventos en los que residiesen menos de veinte individuos profesos. No se podían fundar nuevos conventos, ni admitir más novicios hasta que se realizara el definitivo "arreglo". Además se facilitaban a los descontentos los medios económicos para secularizarse⁵². También las Cortes discutieron varios proyectos y medidas relativas a la ampliación o restricción de la jurisdicción espiritual de Obispos y Párrocos, y relativos a la derogación del precepto eclesiástico de pagar diezmos y primicias a la Iglesia⁵³; incluso debatieron sobre la censura eclesiástica doctrinal de

50. Cfr. J. HERVADA-J.M. ZUMAQUERO, *Textos Constitucionales españoles 1808-1978*, Pamplona 1980, p. 91.

51. Cfr. F. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil*, t. I, Madrid 1899, pp. 527-528; J.F. LASSO GAITE, *Crónica de Codificación*, cit., t. IV, vol. I, pp. 58-59.

52. Cfr. J.L. COMELLAS GARCIA-LLERA, *El Trienio Liberal*, en *Historia General de España y América*, cit., pp. 416-417; *Colección Eclesiástica española*, cit., entre otros documentos, la Exposición del Arzobispo de Zaragoza y sufragáneos de 22.XII.1820, t. II, pp. 10 y ss.; Carta del Obispo de Lugo a Pío VII de 7.XII.1820, t. III, pp. 15 y ss.; Exposición del Obispo de Lugo a las Cortes de 11.X.1820, t. III, pp. 193 y ss.; M. REVUELTA GONZALEZ, *La Iglesia Española y el Antiguo Régimen*, en *Historia de la Iglesia en España*, B.A.C., t. V, pp. 88 y ss.

53. Cfr. *Colección Eclesiástica Española*, cit.: Representación del Arzobispo de Valencia a las Cortes de 20.X.1820, t. IV, pp. 10 y ss.; Segunda Exposición del Obispo de Pamplona a Fernando VII de 15.II.1821, t. V, pp. 30 y ss.

los libros prohibidos⁵⁴.

La asamblea parlamentaria fundamentó todas aquellas medidas, que suponían una usurpación de la jurisdicción eclesiástica, en la doctrina jansenista, que defendía la misión del Monarca como protector providencial de la Iglesia nacional⁵⁵. Por esto, en la protesta que el Obispo de Lérida dirigió a las Cortes el 22 de febrero de 1821, por la intromisión que la potestad civil había hecho legislando sobre todos aquellos temas de competencia exclusiva de la Iglesia, afirmaba: "¡la protección de los Cánones y de la Iglesia! (...). Esta es la sagrada áncora y el título universal de los políticos modernos para invadir los derechos de la Iglesia, y de los sagrados cánones. ¡La real protección!"⁵⁶.

Junto a la "Real protección", los políticos progresistas distinguían la disciplina eclesiástica *interna* y *externa*, con lo que pretendían reducir la jurisdicción de la Iglesia "a la puramente interna, espiritual", y apropiarse el poder secular *la disciplina externa*, colocando "la potestad secular sobre la Cátedra de San Pedro"⁵⁷. En parecidos términos se expresaban, entre otros prelados, el Obispo de Pamplona, cuando protestaba porque el arreglo de la disciplina externa eclesiástica se atribuía al gobierno civil, justificándolo con los títulos de *Regalía* y *Protección* a la Iglesia⁵⁸.

En este sentido merece la pena transcribir unas palabras del Arzobispo de Valencia dirigidas a las Cortes. "No duda el Arzobispo exponente, según lo que tiene leído, especialmente en varios folletos del tiempo, que mil y mil aduladores ignorantes procurarán persuadir ahora a las Cortes, como procuraban antes a los gobiernos, que salvo el dogma católico, pueden o aun deben extender su autoridad a todo lo concerniente a la disciplina de la Iglesia en general, o bien a la disciplina exterior, como dicen otros que quieren parecer más circunspectos"; y añadía, éste es un "erróneo principio", una "errada máxima", "fecundo semillero de errores y de trastornos en la Iglesia y en los Estados"; pues

54. Cfr. *ibidem*; Exposición del Obispo de Zamora a las Cortes de 27.II.1821, t. VI, pp. 9 y ss.

55. Cfr. L. SIERRA NAVA, *La reacción del episcopado español*, cit., pp. 53 y 55.

56. Cfr. *Colección Eclesiástica Española*, cit., t. V, p. 121.

57. Cfr. *ibidem*, p. 97.

58. Cfr. *ibidem*; Segunda Exposición que dirigió a Fernando VII, t. V, p. 33; ver también en el mismo sentido la Nota del Nuncio Apostólica de 31.I.1821 al Gobierno Constitucional, cit., t. II, p. 108.

"apenas hay un sistema más falso y más ominoso, que el que intenta despojar a la potestad eclesiástica y trasladar a la secular el derecho de establecer, variar y reformar los reglamentos y decretos de pura disciplina eclesiástica"⁵⁹.

En cuanto al matrimonio, los políticos del Trienio liberal y los miembros de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Código civil, influenciados por las doctrinas jansenistas, siguieron como modelo la regulación del Código francés.

Lo confirma el recopilador de la Colección de documentos de varios miembros de la Jerarquía eclesiástica española, dirigidos contra el progresivo extremismo de la política liberal, al denunciar que nuestros políticos estaban imbuidos del Sínodo de Pistoya, y asegura, que "las muchas veces que en los diversos discursos de esta Colección se ha citado en testimonio de la sana doctrina, y reprobación de la detestable de nuestros reformadores la Bula *Auctorem fidei*, nos pone como en precisión de añadirla como complemento de la obra, para que así cada uno pueda cotejar las citas por sí mismo, y convencerse de cuales han sido las fuentes donde nuestros teólogos constitucionales habían bebido tan pestilentes aguas, y el daño que han hecho a la sociedad"⁶⁰.

La Jerarquía eclesiástica además de protestar contra la política que venían siguiendo las Cortes y el Gobierno, manifestó su fundado temor ante la posible aprobación de otras leyes en las que se diese injustamente la ingerencia del poder civil en materias eclesiásticas. En concreto, varios de sus miembros previenen para que no se legisle civilmente sobre el matrimonio, con el falso principio de que la Iglesia no puede legislar sobre el matrimonio porque su materia es un contrato y pertenece al poder secular, basándose para esto en la doctrina errónea de que la disciplina interna compete a la Iglesia y la disciplina externa al poder civil⁶¹. Así lo hace la Exposición del Obispo de Lérida dirigida a las Cortes el 22 de febrero de 1821: "¿qué cosa más espiritual que los Sacramentos? Pues sin embargo todos ellos se componen de cosas sensibles y externas en sus materias y formas, por las cuales se significan las gracias que causan: *Sacramentum est signum sensibile rei invisibilis*. Externa es en su administración, y toda pertenece a la disciplina externa. Así que si por este título tiene competencia la potestad

59. Cfr. *ibidem*;

60. Cfr. *ibidem*, t. XIV p. 151.

61. Cfr. *ibidem*, t. V, pp. 97 y ss.

secular, podrá ésta declarar si se ha de bautizar por inmersión o por ablución; si se ha de comulgar en una o dos especies; si se ha de consagrar en agua o en vino; si se han de tener estas o las otras condiciones, pues que el agua y el vino están sujetos al comercio humano; así como se quiere decir también que el matrimonio no pertenece a la autoridad de la Iglesia, porque su materia es un contrato"⁶². "Todas estas son consecuencias necesarias del principio de atribuir al poder secular el menor derecho de reglar y reformar la disciplina eclesiástica"⁶³.

Además, añadía el Prelado aludiendo expresamente a los Sacramentos, y en particular al del matrimonio, "es menester también que se tenga entendida otra verdad substancial en la materia; a saber, que la disciplina eclesiástica tiene una conexión íntima con el 'dogma', con el cual se identifica muchas veces, y por lo menos es siempre el vehículo o sostén de su pureza. La Iglesia pronuncia el anatema contra los que afirman o niegan puntos que son de suyo disciplinares, de que nos presenta tantos ejemplos el Concilio de Trento en sus decisiones dogmáticas. Como contra los que niegan la obligación de los fieles a comulgar a lo menos en la Pascua, según el precepto eclesiástico; contra los que digan que la Iglesia no ha podido establecer impedimentos dirimentes del matrimonio, o que ha errado en su establecimiento: contra los que digan que es lícito y válido el matrimonio contraído por Clérigos de orden sacro, o por Regulares profesos, sin embargo de la ley eclesiástica, y que lo contrario es condenar el matrimonio mismo: contra los que digan que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos"⁶⁴.

"Estos, y otros muchos ejemplos de anatemas lanzados contra los refractarios de la disciplina, esta conducta de la Iglesia demuestra claramente que ella ha creído y cree que la disciplina está ligada estrechamente con el dogma, y que así en su establecimiento, como en sus variaciones, depende exclusivamente de la autoridad eclesiástica según el juicio que ella forme de su utilidad o conducencia para los fines

62. Cfr. *ibidem*; Exposición del Obispo de Lérida a las Cortes de 22.II.1821, t. V, p. 115; Nota del Nuncio al Gobierno Constitucional de 31.I.1821, t. II, pp. 108,113; y Exposición del Arzobispo de Zaragoza y Obispos sufragáneos a S.M. y a las Cortes de 4.X.1820, t. II, pp. 193 y ss.

63. *Ibidem*, Exposición del Obispo de Lérida, de 22.II.1821, t. V, p. 116.

64. *Ibidem*, pp. 117-118.

de la institución. Como refiriéndose a los mismos ejemplos decía el Sumo Pontífice Pío VI, de gloriosa memoria, en el Breve de 10 de marzo de 1791, dirigido a los Prelados de la Asamblea francesa: *Ab indictione anatematis contra adversantes pluribus captibus disciplinae plane assequimur, illam ab Ecclesia habitam fuisse tanquam dogmati connexam, nec debere quodcumque nec a quocumque variari, sed a sola Ecclesiastica potestate, cui constet vel perperam factum fuisse quod hactenus servatum est, vel urgere consequendi majoris bonis necessitatem*"⁶⁵.

El Prelado ilerdense agregaba, que no sólo se ha de reconocer la potestad legislativa de la Iglesia en estos temas, sino que también se debe respetar la potestad jurisdiccional, por lo que "repugna a todos los principios, a la esencia misma de las leyes, sean civiles o eclesiásticas, que su ejecución y subsistencia dependa de otra alguna autoridad que de la misma donde dimanen"⁶⁶.

Podemos concluir esta introducción, afirmando que la política progresista y liberal del Trienio, la recepción en nuestro país de las doctrinas regalistas sobre el matrimonio -que recibieron un fuerte impulso por el Sínodo de Pistoya y por la Revolución francesa-, y la influencia del matrimonio civil del Código de Napoleón, sirvió de ambiente propicio para que una Comisión de las Cortes introdujese, en el proyecto del Código civil de 1821, un matrimonio civil celebrado ante el alcalde, previo al matrimonio canónico celebrado *in facie ecclesiae*.

Sobre el proyecto de todo el Código de 1821, afirma el civilista De Castro, que "parece el resultado de una forzada, pero original conciliación entre los principios políticos liberales y progresistas de sus autores y los ideales que inspiraban al Derecho tradicional español"⁶⁷. En cierto modo, el proyecto de Código, como fruto tardío de la Constitución de Cádiz de 1812, "fue un intento de conjugar las ideas tradicionales católicas y el liberalismo del siglo"⁶⁸.

65. *Ibidem*, p. 118.

66. *Ibidem*, p. 119.

67. Cfr. F. de CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 188.

68. La Constitución de Cádiz "dió la vuelta a Europa meridional, impresionó a toda Europa", "tuvo un papel más importante que los recuerdos de la Revolución francesa, debilitados por los años del Imperio", y la razón de su influencia fue el intento de conjugar las tradiciones católicas con el liberalismo. Cfr. *Ibidem*, p. 186.

II. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1821

Apenas hemos encontrado trabajos y referencias bibliográficas sobre el proyecto de Código civil de 1821⁶⁹. Los civilistas españoles como Sánchez Román, Puig Peña, De Castro, Castán, Clemente de Diego, y Díez Picazo⁷⁰, dan -algunos en dos o tres líneas- una corta noticia sobre el proyecto sin que por su parte citen otras fuentes. Lo mismo podríamos decir que ocurre con los historiadores del Derecho⁷¹. Sin embargo, entre estos últimos, hemos de destacar a Peset Reig⁷², que ha publicado un estudio sobre todo el proyecto con el fin de "comprender realidades y preceptos aún vigentes en España, los antecedentes del Código civil de 1888-1889", porque los códigos del siglo pasado "permiten entender mejor el juego de las realidades, intereses y designios de los liberales"⁷³; pero aclara que con su estudio no pretende haber agotado su análisis y comprensión, más bien reconoce

69. La primera noticia un poco extensa sobre su contenido es de J.M. ANTEQUERA, *La Codificación Moderna en España*, Madrid 1887, pp. 24,31 a 33. El estudio más importante es del historiador del Derecho M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, en "Anuario de Derecho civil" (1975), pp. 29-100; que en parte recoge J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española: Codificación civil*, t. IV, vol. I, Madrid 1978, pp. 63-95; en el vol. II, Madrid 1979, pp. 7-77 publica el proyecto del Código; y S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., pp. 63 a 66.

70. Cfr. F. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Divil Español*, t. I, cit., p. 528; J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, cit., t. I, pág. 59; F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, t. I, Barcelona 1966, p. 16; F.C. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Madrid 1959, p. 67; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., t. I, pp. 187-188; y L. DIEZ-PICAZO y A. GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid 1986, p. 58. Recientemente R. ALVAREZ VIGARAY, afirma brevemente que este trabajo fue el más original de todos los proyectos de Código que se realizaron en el siglo pasado: *El Sistema del Derecho Civil en la Literatura Jurídica del Siglo XIX Español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 3 (1986), p. 324.

71. Cfr. J.M. PEREZ-PRENDES, y MUÑOZ DE ARRACO, *Historia del Derecho Español*, Madrid 1973, p. 672; J.A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid 1985, p. 922.

72. Es el principal trabajo de 70 páginas sobre el proyecto de 1821 citado en nota (69).

73. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 100.

que su trabajo "habrá de tomarse como preliminar"⁷⁴.

A. Su elaboración

El proyecto fue elaborado por una Comisión Especial de las Cortes designada el 22 de agosto de 1820⁷⁵. La integraban Nicolás María Garelly, que la presidía⁷⁶, Antonio Cano Manuel y Ramírez de

74. *Ibidem*, p. 37; cfr. p. 100.

75. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación*, cit., t. IV., vol. I, p. 63; cfr. M. PESET REIG, *Análisis y concordancias del proyecto*, cit., pp. 31-100.

76. NICOLAS MARIA GARELLY BATTIFORA, según Peset Reig, fue el miembro más influyente en la elaboración del proyecto de Código de 1821. Hombre de ímpetu liberal. Nació en 1777, estudió en las Escuelas Pías y en la Universidad de Valencia, con grandes dotes para el estudio y la docencia. A los quince años obtuvo el grado de Bachiller en Filosofía. Cuatro años después, el de Bachiller en Leyes, y en 1797 fue Doctor en Derecho. Seguidamente se recibió de Abogado en la Universidad de Valencia, con brillantes ejercicios.. En 1802 es Bachiller y Doctor en Cánones.

Inició la docencia en 1798, llevó durante tres años la cátedra de Leyes y Cánones que ganó por oposición en 1802, y al año siguiente obtuvo la nueva Cátedra de Derecho Civil. En 1804 eran conocidos sus méritos en la Corte, puesto que fue reclamado como auxiliar de Reguera Valdelomar en la preparación de la Novísima Recopilación; por esta intervención le criticó Villanueva, y Garelly se disculpó con un largo excurso.

Volvió a Valencia en 1806 y ganó la cátedra perpetua de Leyes que ejerció hasta 1822, en que dimitió por ser incompatible con el cargo de Secretario de Gracia y Justicia. En 1813-14 regentó también en aquella Universidad la enseñanza de la Constitución de Cádiz. Fue nombrado el 29 de marzo de 1820 hombre bueno para las elecciones generales convocadas en las que salió Diputado propietario, al igual que en otras legislaturas posteriores. Fue Senador vitalicio en 1845.

Desempeñó en propiedad el cargo de Secretario de Gracia y Justicia desde febrero de 1822; y el 13 de octubre el de Secretario interino de Estado. De nuevo mereció aquella Secretaría en el Gobierno de su gran amigo Martínez de la Rosa, el 27 de enero de 1834, que desempeñó hasta el 15 de febrero del año siguiente, y la de Gobernación, interinamente, desde que Francisco Javier Burgos dimitió del cargo, hasta el nombramiento de Altamira como Ministro de la Gobernación.

Fue el autor de la "Exposición de la Universidad Literaria de Valencia dando las gracias al Soberano Congreso por haber abolido la Inquisición", Cádiz 1813, felicitación que le acarreó posteriores dificultades. En 1820 intervino en la reforma del clero, las sociedades patrióticas.

Garelly tenía fama de ser un hombre hábil en su profesión, versado en los negocios públicos, desinteresado, religioso y severo en sus costumbres. García

Arellano⁷⁷, Felipe Benicio Navarro⁷⁸, Antonio de la Cuesta y Torre,

Goyena le califica de varón respetable "por notoria piedad e ilustración" y "personas tan sabias y piadosas como los señores Garely, San Miguel, etc."

Según Lasso Gaité, fue un Ministro eficaz. Colaboró desde la Justicia en las reformas de 1834: supresión definitiva de los Consejos de Castilla y de Ordenes, en la creación definitiva del Tribunal Supremo, en la demarcación de Audiencias y Juzgados, creando las Audiencias de Burgos y Albacete y elevando a Audiencia Territorial la Sala de Alcaldes de Casa y Corte de Madrid; así como en la instalación de comisiones especiales para la redacción de los Códigos civil, penal y de procedimientos, y para la reforma del Código de Comercio. También destacó en las discusiones de la Ley de Señoríos.

Figuró en la propuesta para Presidente del Tribunal Supremo de 1838. Fue elegido Presidente del Alto Tribunal el 15 de diciembre de 1843, cargo que desempeñó hasta su fallecimiento el 13 de febrero de 1850. Le fueron concedidas la Gran Cruz de Carlos III y otras condecoraciones. Leyó los discursos de apertura de Tribunales de los años 1844, 45 y 47.

Cfr. J.F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia, su imagen histórica (1714-1981)* Madrid 1984, pp. 58-60; *Ibidem, Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, pp. 65-66; M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias del proyecto*, cit., pp. 38-41; N. PASTOR DIAZ, Y F. CARDENAS, *Galería de españoles célebres contemporáneos*, Madrid 1842, pp. 4-31; F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid 1852, en Zaragoza 1974, pp. 30 y 99.

77. ANTONIO CANO-RAMIREZ DE ARELLANO, Nació en Chinchilla (Albacete) en 1768. Ejerció la abogacía en Madrid, siendo nombrado Alcalde de Casa y Corte (Juez de lo penal) y Fiscal del Consejo Real y Cámara de Castilla. Aprobada la Constitución de Cádiz la Regencia le nombró Secretario de Gracia y Justicia. Desempeñó interinamente la Secretaría de Estado en 1813. A la vuelta de Fernando VII fue condenado a cuatro años de destierro fuera de la Corte, y ya en el Trienio Liberal fue nombrado Presidente del recién restablecido Tribunal Supremo de Justicia. Fue Diputado a Cortes en los dos períodos constitucionales y senador en el Estamento de Próceres en 1834.

Destaca Fermín Caballero su carácter callado como parlamentario. Tuvo muy escasa participación en las discusiones del Código penal de 1822 que tuvieron lugar en el Congreso de Diputados. Falleció en 1836, cuando estaba propuesto para Ministro de la Gobernación. Fue hermano menor de Vicente Cano-Manuel, que se encargó de la Cartera de Gracia y Justicia del 4.III.1821 a 28.II.1822. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia*, cit., pp. 50, 51 y 57.

78. FELIPE-BENICIO NAVARRO, valenciano, abogado y Diputado en las Cortes del Trienio Liberal. Ministro de Gracia y Justicia del 5.VIII.1822 a 21.III.1823, en el Gobierno de Evaristo San Miguel, que se caracterizó por su tendencia extremista. De voz llena y vibrante, de ademanes sueltos y expresivos, tiene un carácter enérgico y decidido. A pesar de estas cualidades, fue sólo un orador mediano, al que apoyaron las

Pedro de Silves, Juan Nepomuceno Fernández San Miguel y Martín Hinojosa⁷⁹. La mayoría desempeñaron los más altos cargos en la Administración de Justicia, y varios ocuparon la Presidencia del Tribunal Supremo.

La Comisión trabajó con gran celeridad, porque diez meses después de su creación, en la sesión de las Cortes del 19 de junio de 1821, Nicolás María Garelly leyó el "Discurso preliminar" que compendia los propósitos y el esquema del proyecto luego se mandó imprimir. En la siguiente legislatura de las Cortes, a partir del 15 de octubre de 1821, otro de los miembros de la Comisión especial, Fernández San Miguel, leyó durante varias sesiones el texto articulado, correspondiente al Título preliminar, y a los libros I y II del proyecto, en total 476 artículos, que también se mandaron imprimir. El autor principal de todos estos trabajos parece bastante probado que fue Garelly⁸⁰.

El proyecto, al terminar el segundo período constitucional en 1823, quedó incompleto a causa de los avatares políticos de España; y los trabajos del Código que no se habían llegado a imprimir se perdieron⁸¹.

La parte impresa del "Discurso preliminar" y los 476 primeros artículos son -según Peset Reig- la "primera huella de nuestra

omnínmodas sociedades secretas a las que estaba afiliado.

Sufrió Navarro la proscripción dispuesta por Fernando VII contra los constitucionalistas que hubiesen sido diputados o ministros, en el famoso Decreto dado en Jerez el 2 de octubre de 1823. Cfr. *ibidem*, pp. 60,61.

79. De los otros Vocales de la Comisión podemos dar los siguientes datos: Juan Fernández San Miguel fue Magistrado del Tribunal Supremo y Presidente de la Comisión especial de Procedimiento de 1834. Pedro Silves ocupó diversos cargos en la carrera judicial y fiscal. Y Martín Hinojosa fue Catedrático de la Universidad de Salamanca.

Lasso Gaite, de quien tomamos estas notas biográficas, afirma que no ha encontrado más datos en la Comisión General de Codificación, sucesora de la Comisión Especial de las Cortes de 1821, ni en sus investigaciones. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, pp. 65-66; M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias del proyecto*, cit., pp. 37, 41.

80. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., pp. 37-41; J.F., LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, pp. 63-64.

81. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, pp. 63-64.

codificación civil"⁸². Es "una obra muy doctrinal, con gran atención a las definiciones y a la sistemática al encadenamiento lógico de los preceptos"⁸³. El proyecto recibió gran influencia del Código francés de Napoleón, de 1804; influencia que se encuentra "presente en muchas de sus soluciones y en muchas de sus palabras". Según el mismo autor, la buena formación jurídica de Garely, y de sus compañeros, hizo posible que la adaptación del *Code des français* fuese "original y apegada a nuestro derecho anterior"⁸⁴, pues "el fondo tradicional de nuestro derecho histórico se conserva en buena parte"⁸⁵.

Algunos civilistas afirman que el proyecto del Código civil, en general, se separó del modelo francés. Así se expresa Puig Peña: "ofrece la particularidad de separarse del modelo a la sazón tan en boga del Código francés y de inspirarse en cambio en las ideas revolucionarias de la época"⁸⁶. Clemente de Diego también mantiene que la obra "rompió los moldes del Código francés"⁸⁷. Sin embargo De Castro, como ya hemos adelantado, afirma del proyecto en general, que fue el resultado de un forzado intento de conciliar los principios políticos liberales y progresistas de sus autores, con los ideales que inspiraban el tradicional Derecho español en cuyo estudio se habían educado y en cuyo ambiente seguían viviendo: "es quizá el intento legislativo más curioso y original de nuestros tiempos modernos. Se propone conciliar las ideas liberales utópicas y hasta positivistas del progresismo, con la doctrina católica y la antigua concepción española de la unidad del Derecho"⁸⁸. En esta línea

82. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 31. Cfr. *La Exposición de motivos del Proyecto de Código Civil de 1836*, recogida en la ob. cit., de J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, t. IV, vol. II, p. 89.

83. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 32; y J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, pp. 94-95.

84. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 35.

85. *Ibidem*, p. 36. La carencia absoluta en el siglo XIX de estudios sobre el Derecho Germánico, el carácter mediocre de nuestros estudios en los que se mezclaba el Derecho Romano con el Derecho Real condenaban irremisiblemente a nuestra codificación civil a ser una copia más o menos directa de los Códigos civiles extranjeros. Y junto a esto la pereza de la doctrina científica y de los legisladores, determinaron que el modelo fuera el Código Civil francés; cfr. R. ALVAREZ VIGARAY, *El Sistema del Derecho Civil en la Literatura*, cit., p. 323.

86. Cfr. F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil*, ob. cit., p. 16.

87. Cfr. C. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., p. 67.

88. Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil*, t. I, cit., pp. 187-188.

Díez-Picazo advierte que el trabajo es "de características muy especiales (...) era una curiosa fusión de principios progresistas y criterios tradicionales"⁸⁹.

En cuanto al matrimonio, podemos adelantar que el proyecto del Código se aparta de nuestro derecho tradicional, recogiendo una gran influencia de los Códigos napoleónico y napolitano, pues introduce un previo matrimonio civil obligatorio, y llega a declarar nulo el matrimonio canónico si antes no le precedió el matrimonio civil⁹⁰.

B. *La naturaleza del matrimonio legal*⁹¹

El proyecto al regular el matrimonio, según opinión de Peset, fue "certero y creador", pues "supo seguir el Código francés, adaptándolo a nuestras convicciones religiosas, pero procurando la intervención del Estado en el mismo, tal como reclaman las ideas liberales. Usa elementos tradicionales canónicos, pero también alcanza una traducción jurídica -una cristianización moderada- del *Code*. El despego hacia la Iglesia que manifestó el Trienio hace intervenir al gobierno liberal en esta materia"⁹².

Influido por estas ideas, escribe Lasso que "sobre la base de la regulación canónica de nuestras leyes, introduce el proyecto la intervención del Estado en consonancia con las corrientes liberales, y construye con originalidad la parte doctrinal primera, ofreciéndose la

89. Cfr. L. DIEZ-PICAZO y A. GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 58.

90. Cfr. los arts. 279 a 307 del *Proyecto de Código Civil*, texto publicado junto al *Discurso Preliminar*, en el t. IV, vol. II de la ob. cit., de J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación* (los artículos del proyecto que se citan corresponden a esta obra); cfr. L. MIGUELEZ DOMINGUEZ, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, t. II, Madrid 1963, p. 669.

91. El matrimonio se estructura de la siguiente forma en el Libro II: "De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición de las personas"; Título I: "De la condición de marido y mujer", que comprende los siguientes capítulos: "Del Matrimonio" (arts. 277 a 308); "De los derechos y obligaciones de los cónyuges" (arts. 309 a 330); "De la disolución del matrimonio y de la separación de los cónyuges" (arts. 331 a 348); y "Del segundo matrimonio y de sus efectos" (arts. 349 a 356).

92. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 76.

concordancia con el modelo francés, principalmente en el 'consentimiento ilustrado' -licencia y consejo- que necesitan los contrayentes, sin faltar numerosas modificaciones importantes"⁹³.

El propio texto del proyecto de Código declara expresamente, tanto en el "Discurso preliminar" como en el texto articulado, que protege a la Iglesia Católica Apostólica Romana⁹⁴ y que reconoce el matrimonio canónico. Pero, como veremos, estas declaraciones no llegan a hacerse realidad, porque los legisladores siguen una tendencia jurisdiccionalista interfiriendo desde el plano civil en el ámbito tradicional de la autonomía que, en sus rasgos esenciales, disfrutó el matrimonio canónico en España.

En el Título Primero del "Discurso preliminar" se afirma: "la sociedad conyugal es el contrato más noble (...) santificada como Sacramento según los principios de nuestra creencia, ha recibido una mayor solidez y fuerza moral, sin menoscabo alguno de la que le da su primitiva naturaleza de contrato"⁹⁵.

Es claro que esta inicial observación es perfectamente asumible desde la perspectiva canónica, sin embargo el texto del articulado va a contradecirla, cuando regula aspectos del matrimonio canónico que, en realidad, supondrán una disociación entre contrato y sacramento.

El proyecto ya en el Libro I, al regular la prueba del matrimonio, parece asumir la doctrina canónica, al disponer que reconoce el matrimonio celebrado según el "rito de la Iglesia Católica Apostólica Romana"⁹⁶, y en el Libro II, en el Capítulo correspondiente al Matrimonio, prescribe en el artículo 279, que "para que el matrimonio se entienda contraído legalmente se necesita (...) su celebración solemne ante el párroco y testigos". Pero enseguida el artículo 306, al referirse a los requisitos y solemnidades indicados por el Derecho canónico, expresa que los interesados, una vez celebrado el matrimonio civil ante el alcalde del domicilio de la mujer, podrán presentarse al párroco "a fin de que ante él se realice la celebración del matrimonio, previos los requisitos, y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia C.A.R. protegida por la ley".

93. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, p. 85.

94. Cfr. Art. 306.

95. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. II, p. 19.

96. Cfr. Art. 165, correspondiente al Libro I, Título V. Capítulo II: "De la autenticidad del matrimonio".

Como se ve, las "declaraciones" del proyecto que reconocen el matrimonio canónico, no son obstáculo para la imposición de un previo matrimonio civil obligatorio, que llama "convenio de celebrar matrimonio" o "convenio matrimonial, previo al matrimonio canónico". Ni son inconveniente para la declaración de nulidad del matrimonio canónico, al que no le haya precedido el citado matrimonio. Peset Reig a este matrimonio civil lo llama "prematrimonio laico" a imitación francesa⁹⁷. Carrión, siguiendo a Peset, repite la misma terminología⁹⁸; y Lasso Gaité, también se hace eco de Peset, y lo califica de "remedo de matrimonio laico a imitación francesa"⁹⁹.

Además, como también estudiaremos más detenidamente, al legislar sobre el matrimonio civil, lo hace -cumulativamente en el ordenamiento canónico, y, a veces, con discordancias respecto a aquel ordenamiento- sobre la capacidad, impedimentos, y consentimiento necesario, para que el matrimonio civil previo al canónico no sea nulo. Legisla también el proyecto sobre la separación o divorcio de los cónyuges una vez celebrado el matrimonio canónico, y dispone que sean los jueces civiles quienes deben conocer de las causas de separación matrimonial.

El Libro I del proyecto de 1821 regula los derechos y las obligaciones de los españoles en general, y el Libro II trata "De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas". De este Libro II el Título I trata "De la condición de marido y mujer", y el primer artículo de su Capítulo I (el 277), trata "Del matrimonio", y establece que "la condición de marido y mujer para los efectos civiles resulta del matrimonio".

Así pues, la condición de marido y mujer, tiene en el artículo 277 *un fin*: la consecución de *los efectos civiles*; y *una causa*: el matrimonio.

El siguiente artículo, el 278, define el matrimonio como un "convenio entre varón y hembra celebrado según las leyes, por el que se obligan a la recíproca cohabitación perpetua y a la comunión de sus intereses. Las personas unidas en matrimonio se llaman cónyuges". De esta forma está definiendo el matrimonio *in fieri* como el pacto o contrato celebrado conforme a la ley, que es causa generadora del matrimonio *in*

97. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 79.

98. Cfr. S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, cit., p. 65.

99. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, p. 86.

*facto esse*¹⁰⁰.

Observamos que en esta definición del artículo 278 no se hace referencia a los hijos, que son uno de los fines del matrimonio¹⁰¹. Sin embargo señala Peset que el artículo tiene ecos del Derecho Romano y del Derecho canónico¹⁰². También podemos destacar que el artículo cuando utiliza la expresión "las leyes" según las cuales se celebra el matrimonio, se está refiriendo, según parece, a las leyes civiles¹⁰³.

C. La capacidad para contraer

Después de definir el matrimonio, el proyecto, inspirándose en parte en conceptos canónicos, regula quiénes son capaces para contraerlo¹⁰⁴.

Así, el artículo 279 al prescribir lo que entiende por matrimonio legal dice: "para que el matrimonio se entienda contraído legalmente se necesita: 1º. capacidad de las personas; 2º. consentimiento de las mismas, expresado con las formalidades que señala la ley; 3º. su celebración solemne ante el párroco y testigos".

Peset destaca en este artículo que los autores han puesto orden en la materia con solidez, utilizando la "concepción canónica, pero con adaptación exacta a su intención". Con esta sistematización recubren y organizan cuanto se refiere al matrimonio. Añade Peset que "el origen canónico de este precepto sobre capacidad es indudable y apenas puede

100. Cfr. M. LOPEZ ALARCON y R. NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, cit., p. 60.

101. Cfr. D. CAVALLARIO, *Instituciones del Derecho Canónico*, escritos en latín y traducidos al castellano por J. TEJADA Y RAMIRO, t. IV, Madrid 1846, pp. 128-129; cfr. J.P. MORALES Y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, t. II, Madrid 1895, pp. 105-106.

102. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 76.

103. Los títulos de los estudios universitarios correspondientes en aquella época eran: Bachiller en Leyes y Bachiller en Cánones; Doctor en Derecho y Doctor en Cánones. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia*, cit., p. 58, *Novísima Recopilación*, Libro X, Título II, Ley IX, nn. 1, 16, 18; cfr. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, cit., p. 282.

104. Cfr. J.F., LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. I, p. 85.

rastrearse nada semejante en los códigos modernos. Si algunas disposiciones de los códigos ilustrados presentan analogías, creo que pueden explicarse por su común origen en Trento y la disciplina canónica (...); es difícil creer en la influencia del *Code* en esta construcción, que se me antoja original"¹⁰⁵, aunque piensa que a los redactores pudo servirles de pauta la explicación de Toullier, uno de los comentaristas del *Code*¹⁰⁶.

Sin embargo, vemos como el artículo 279 regula el matrimonio, en primer lugar como un contrato civil, para el que las partes necesitan contar con la capacidad jurídica correspondiente –de acuerdo con la legislación civil–, para poder expresar libremente el mutuo consentimiento. Este debe manifestarse de acuerdo con las formalidades señaladas por el Código. El artículo solamente en último lugar hace referencia a la legislación canónica, para disponer la necesidad de que el matrimonio se celebre con las solemnidades que lleva consigo hacerlo ante el párroco y los testigos.

A los redactores no les bastaban los impedimentos canónicos que nacían del defecto de incapacidad natural, y siguiendo las doctrinales de Elizondo y Van Spen, legislan cumulativamente junto con la Iglesia sobre quiénes son incapaces para contraer matrimonio. Por esto en el artículo siguiente, el 280, dice así: "no son capaces de contraer matrimonio: 1º. los menores de edad que determina el artículo 60 de este Código¹⁰⁷; 2º. los castrados o de otro modo inhabilitados perpetuamente para procrear; 3º. las personas ligadas con profesión religiosa, con orden sacro, o con otro matrimonio; 4º. los unidos entre sí por vínculo de parentesco o cuasi parentesco en grado prohibido para casarse según la actual disciplina de la Iglesia de España, sin perjuicio de lo que dispusiere en lo sucesivo".

La incapacidad señalada en primer lugar coincide en cuanto a su naturaleza con el impedimento canónico de edad, aunque las edades fijadas por el proyecto difieren de las del ordenamiento canónico. El

105. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 76.

106. La obra que cita de C.B.M. TOULLIER, es *Le droit français suivant l'ordre du Code*, 5ª ed., París 1830, vol. I, pp 423 y ss.; la primera edición es de 1811, y la obra tuvo una "marcada influencia" en el proyecto de 1821, según M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, p. 32.

107. "La edad necesaria para contraer matrimonio es la de dieciséis años en los varones y de catorce en las hembras.

Derecho canónico exige 14 años en el varón y 12 en la mujer¹⁰⁸, el proyecto exige 16 años en el varón y 14 en la mujer¹⁰⁹.

Peset Reig, refiriéndose a la edad señalada en el proyecto de Código, afirma que parece una transacción entre los doce y catorce del derecho canónico, y los dieciséis y dieciocho del artículo 144 del *Code*. No se encuentran precedentes en los restantes códigos de Europa anteriores a nuestro proyecto de 1821¹¹⁰.

Facilmente se pueden advertir ya los problemas que plantearía esta discordancia civil, en cuanto a la edad. Pues sería una causa para que la jurisdicción civil llegase a declarar nulos -nos detendremos sobre este punto al estudiar la "nulidad"- matrimonios canónicos.

El apartado 2º del artículo 280 regula el impedimento de impotencia que nace de la incapacidad natural. Coincide con el ordenamiento canónico al prescribir que son incapaces para contraer matrimonio "los castrados o de otro modo inhabilitados perpetuamente para procrear". Se ajusta a la impotencia canónica llamada "accidental" y a la impotencia "natural", siempre que sea perpetua¹¹¹.

Tampoco reconoce el proyecto capacidad para contraer matrimonio a "las personas ligadas con profesión religiosa, con orden sacro, o con otro matrimonio". Estos impedimentos, que nacen del defecto de libertad o estado de las personas, también coinciden con los impedimentos canónicos de "ligamen", cuando se mantiene existente el vínculo del primer matrimonio, de "orden sagrado", como vínculo contraído por la sagrada ordenación, y de "profesión solemne de castidad"¹¹².

108. Cfr. J. DEVOTI, *Institutionum canonicorum*, Matriti 1833, p. 463; D. CAVALLARIO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., pp. 160-161.

109. Cfr. Art. 60.

110. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 77; cfr. F. VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, Madrid 1847, p. 11.

111. Cfr. D. CAVALLARIO, *Instituciones del Derecho Canónico*, cit., pp. 161 y 163; cfr. J. DEVOTI, *Institutionum canonicorum*, cit., p. 464.

112. Cfr. D. CAVALLARIO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., pp. 464-468. El artículo 280, 3º es un claro antecedente del art. 52, 6º del Proyecto de Código civil de 1869 de Romero Ortiz; y el artículo 5, 2º de la ley de matrimonio civil de 1870 sólo lo aplicaba a los católicos. Montero Ríos afirmará que aquella disposición no suponía un ataque a la libertad individual protegida en la Constitución de 1869; cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, cit., t. IV, vol. II, p. 509; cfr. M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Boletín Jurídico-Administrativo del Diccionario de la*

El apartado 4º del artículo 280, se refiere a las personas incapaces para contraer matrimonio por estar "unidos entre sí por vínculo de parentesco o cuasi parentesco en grado prohibido para casarse según la actual disciplina de la Iglesia de España, sin perjuicio de lo que se dispusiere en lo sucesivo". Aquí el proyecto se remite expresamente a lo dispuesto por el ordenamiento canónico sobre los impedimentos que provienen del defecto de reverencia, y del grado de parentesco con que se encuentran ligados los contrayentes. Son los impedimentos de cognación, afinidad y pública honestidad¹¹³. Al final el artículo pone de manifiesto que los legisladores admitirán las posibles variaciones que en el futuro pudiera introducir la Iglesia relativas a este tipo de impedimentos regulados en el apartado 4º.

En cuanto al segundo o posteriores matrimonios, señala el proyecto, en el último capítulo del Título del que nos ocupamos, que la ley permite esos matrimonios, pero que deben haber transcurrido cuatro meses desde la muerte del otro cónyuge, tanto sea fallecido el marido como la mujer¹¹⁴. Se separaba del *Code*, que prohibía el segundo matrimonio de la mujer antes de que hubiesen transcurrido 10 meses, cuando la viuda había quedado embarazada; plazo que facilitaba la determinación de la paternidad. No se explica Peset cuál pudo ser la razón de Garelly para señalar un plazo tan corto antes de permitir el segundo matrimonio de la mujer, y se pregunta, "¿creería que se trataba de un plazo de luto o partía de la buena fe de la mujer?"¹¹⁵; pero esta explicación parece un poco extraña, porque, además, Peset tampoco alude para nada a la posible razón en la que se basaron los redactores para prohibir al marido casarse antes de que hubiesen transcurrido cuatro meses desde el fallecimiento de su mujer. Una posible explicación de estas prohibiciones podría ser manifestar, con ese plazo, cierto respeto hacia el cónyuge que acaba de fallecer.

Administración Española, Anuario 1870, pp. 201 y 217.

113. Cfr. D. CAVALLARIO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., p. 163 y ss.; J. DEVOTI, *Institutionum canonicorum*, cit. pp. 468 y ss.

114. Cfr. Art. 349.

115. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 83.

D. El consentimiento libre

Tras regular quiénes eran incapaces de contraer matrimonio, se exponía de forma programática cuales eran los requisitos exigidos para otorgar el consentimiento matrimonial.

Declaraba el artículo 281: "el consentimiento de los que desean contraer matrimonio ha de ser libre, ilustrado, y solemne". Los artículos siguientes iban explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos.

El consentimiento es "libre" cuando se expresa de forma consciente y totalmente voluntaria. El consentimiento es "ilustrado", cuando los padres u otros parientes conceden a los hijos menores de familia la licencia o su consentimiento para poder celebrar su matrimonio¹¹⁶. Es "solemne" el consentimiento cuando los contrayentes lo expresan ante el Alcalde del domicilio de la mujer¹¹⁷.

El artículo 282 expresamente prescribía cuándo no era libre el consentimiento: "No es libre el consentimiento cuando para darlo ha intervenido miedo grave o coacción moral extrínseca. No se entiende tal la persuasión, ni las promesas o amenazas relativas a intereses, ni al moderado castigo paternal".

Al expresar que no afectaba al libre consentimiento de los cónyuges la existencia de "promesas o amenazas relativas a intereses" parece que se quería dejar expresamente de lado la doctrina de la Iglesia, que no veía con buenos ojos cualquier obstáculo que pudiera incidir en la verdadera libertad matrimonial.

El artículo 283 señalaba que "el error sustancial se opone a la libertad. Es error sustancial el que recae sobre la identidad de la persona".

Las disposiciones de estos dos últimos artículos -salvo, como acabamos de apuntar, las que afectan a las promesas o amenazas a intereses que pudiesen incidir sobre el consentimiento- traían su origen en la doctrina canónica; en concreto, en lo que disponía sobre los vicios opuestos al consentimiento necesario para contraer matrimonio, en cuanto que estos vicios alteraban la voluntad y la libertad de los contrayentes. Por esta razón, son nulos los matrimonios de los locos, mentecatos e infantes, porque no pueden conocer, y tampoco pueden

116. Cfr. Arts. 286 y ss.

117. Cfr. Arts. 304 y ss.

consentir¹¹⁸.

Se puede entender que aunque el proyecto no declara incapaces a los dementes y faltos de entendimiento, sin embargo al ser necesario el consentimiento "ilustrado" -la licencia que debían dar los padres u otros parientes para que pudiesen casarse los menores-, en buena lógica se puede prever que no otorgarían aquel consentimiento para la celebración del matrimonio de los hijos menores locos o débiles mentales. Pero el proyecto no contempla, de forma expresa, el caso de los mayores de edad locos o débiles mentales, aunque, como es lógico, parece que ante estas circunstancias podría alegarse la existencia de falta de libertad.

En cuanto al "error", el proyecto declara en el artículo 283, que el "error sustancial" que recae sobre la identidad de la persona se opone a la libertad. Pero tampoco reconoce, como lo hace el Derecho Canónico, los casos en que el "error accidental" *redunda* en la persona, que puede anular el matrimonio: cuando el contrayente se adhiere de tal modo a aquella cualidad, que si faltase no se hubiese contraído tal matrimonio¹¹⁹.

La nulidad del matrimonio civil por miedo grave o error sustancial, debía solicitarse antes de que hubieran transcurrido dos meses desde que cesó el miedo o se conoció el error. Si la parte violentada o engañada continuaba cohabitando libremente con la otra, debía solicitarse la nulidad antes de que hubiesen transcurrido dos meses desde que cesó el miedo o se conoció el error¹²⁰.

Eran partes legítimas para solicitar la nulidad del matrimonio de menores de veinticinco años, contraído con miedo grave o error sustancial, además del cónyuge perjudicado, los padres, los abuelos, los parientes dentro del cuarto grado y los tutores. Todas estas personas -salvo los cónyuges- eran parte legítima bien sólo por sí, o coadyuvando al cónyuge damnificado¹²¹. Respecto al *Code*, el proyecto ampliaba quiénes podían ejecutar la acción de nulidad, porque en el Código francés ante el matrimonio contraído sin libre consentimiento, solamente podían ejercitar la acción de nulidad los propios cónyuges¹²².

118. Cfr. J.P. MORALES y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., pp. 143 y ss.

119. Cfr. J. DEVOTI, *Institutionum canonicorum*, cit., pp. 477-479.

120. Cfr. Art. 284.

121. Cfr. Art. 285.

122. Cfr. Art. 180, *Código Napoleón, con ls variaciones adaptadas por el cuerpo*

A pesar de que Peset ve que las disposiciones de este artículo, sobre la solicitud de la nulidad, tienen su origen en el ordenamiento canónico¹²³, esas disposiciones diferían de este ordenamiento, porque éste establecía que al ser el error sobre la persona y el miedo grave, impedimentos de interés particular de los cónyuges, sólo éstos podían solicitar la nulidad del matrimonio canónico; y además en estos casos, una vez conocidos tales impedimentos, debían abstenerse de las relaciones conyugales. Además, la acción en el ordenamiento canónico no prescribía por el transcurso del tiempo, por largo que fuera¹²⁴.

Aunque el proyecto de matrimonio del Código de 1821 no cita como impedimento del matrimonio civil el impedimento de raptó, podemos entender que se refiere a él cuando legisla sobre el miedo grave o la coacción moral extrínseca, en el art. 282. También se apartaba del ordenamiento eclesiástico al tratar de la tramitación de la correspondiente demanda de nulidad, pues la "ley declara que se ha subsanado el defecto" cuando "la parte violentada" "continuó cohabitando con la otra después que cesó el miedo"¹²⁵.

El proyecto guardaba silencio sobre los impedimentos del ordenamiento canónico de crimen, surgiese del adulterio, del conyugicidio, o del adulterio unido al conyugicidio¹²⁶

E. El "consentimiento ilustrado"

El "consentimiento ilustrado", al que ya nos hemos referido, es la licencia o aprobación para casarse que deben solicitar y obtener los hijos de familia, menores de veinticinco años, de sus padres, abuelos, parientes o incluso del tutor.

De Castro, que ha estudiado detenidamente la naturaleza y evolución histórica de las licencias paternas, afirma que suponen un detalle de las legislaciones en cuyo planteamiento y respuesta se refleja, a

legislativo el 3 de septiembre de 1807, Madrid 1809.

123. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 77.

124. Cfr. J.P. MORALES Y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., p. 267.

125. Cfr. Arts. 282 y 284; cfr. D. CAVALLARIO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., p. 137.

126. *Ibidem*, pp. 177-178.

través de los siglos, las distintas concepciones sobre la organización de la familia¹²⁷.

En nuestro Derecho tradicional *Fuero Juzgo*, *Fueros Municipales*, *Fuero Real* se encontraban una serie de disposiciones que prescribían penas para las hijas, de desheredación, pérdida de bienes, o multas, en cuyo matrimonio no habían intervenido el padre, la madre, los hermanos, los tíos, y otros parientes. Tales disposiciones –expone De Castro– chocaban con las disposiciones canónicas, y nuestra doctrina jurídica tradicional consideraba aquellas penas contrarias al espíritu del Derecho Canónico. Por tanto, esos autores defendían su completa ineficacia, porque el ordenamiento jurídico de la Iglesia condenaba no sólo lo que suprimía la libertad para casarse, sino todo lo que pudiera disminuir considerablemente aquélla¹²⁸.

1. Antecedentes inmediatos al "consentimiento ilustrado" de 1821

a) La Pragmática de Carlos III

En España la situación jurídica tradicional, a la que acabamos de referirnos, se mantuvo vigente hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XVIII, en que comenzó en España una nueva época, influenciada por el regalismo y absolutismo de los reyes, con la Pragmática Sanción de Carlos III, de 23 de marzo de 1776¹²⁹. Esta impuso a los hijos

127. Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El matrimonio de los hijos*, en "Anuario de Derecho Civil", t. VII-1 (1954), pp. 35 y ss.

128. Advierte de Castro que esta es la doctrina dominante en España, y cita algunos de los autores partidarios de ella: Suárez, Molina, Olano, Acevedo, Gutiérrez, Mathienzo, Sánchez; aunque señala también que surgen dudas en casos especiales. Cfr. F. DE CASTRO, *El matrimonio de los hijos*, cit., pp. 42-43.

La Iglesia condena a "los que falsamente aseguran, que son írritos los matrimonios contraídos por hijos de familia sin consentimiento de sus padres, y que éstos pueden hacerlos ratos o írritos; la Iglesia de Dios no obstante, los ha prohibido en todos los tiempos con justísimos motivos" *Sacrosanto Ecuménico y General Concilio Tridentino*, Sesión XXIV, Capítulo I. Traducido al idioma castellano por I. López de Ayala, Madrid 1785; cfr. D. CAVALLARIO, *Instituciones del Derecho Canónico*, cit., pp. 138-139.

129. Cfr. Ley IX, Título II, Libro X *Novísima Recopilación*. La Pragmática Sanción tuvo como objeto excluir de la sucesión de la Corona al hermano de Carlos

menores de veinticinco años el deber de obtener el *consentimiento* o, en su caso, el *consejo* para contraer matrimonio, de acuerdo con el siguiente orden: del padre, en su defecto de la madre, y a falta de ambos de los abuelos, no teniéndolos de los dos parientes más cercanos mayores de edad, y en defecto de estos de los tutores o curadores. Los que contraviniesen esta disposición, y sus descendientes, quedaban inhabilitados y privados de todos los efectos civiles del matrimonio, salvo el derecho a pedir alimentos. Pero, además, sería causa justa de desheredación, en cuanto a los vínculos, patronatos, otros derechos perpetuos de la familia, y se les privaba de los que ya poseyesen y de los que tuviesen derecho a suceder¹³⁰. Los mayores de veinticinco años sólo debían pedir el consejo paterno para casarse, y si no lo pedían "incurrían en las mismas penas" señaladas anteriormente¹³¹.

La obligación del consentimiento y consejo se moderaba,

III, el Infante don Luis y a su descendencia. Así lo reconocen García Goyena, y posteriormente el historiador Cox, que publica una serie de Cartas del Infante -sobre su matrimonio-, dirigidas al confesor del Rey de fechas inmediatamente anteriores y posteriores a la Pragmática, y otra carta del Rey un mes después de la Pragmática, en la que aplica a su hermano los párrafos XI y XII de aquella disposición.

El Infante Luis de Borbón fue nombrado a los ocho años administrador perpetuo en lo temporal de la diócesis de Toledo, y creado Cardenal. A los 10 años recibió las órdenes menores, y se le concedió la administración de la diócesis en lo espiritual con la asistencia para ayudarle en este cargo como coadministrador a un canónigo doctoral. A los 14 años fue nombrado también el Cardenal infante administrador de lo temporal de Sevilla. A los veintisiete renunció a los dos arzobispados y al cardenalato. Su dimisión fue aceptada por el Papa en 1754. Cfr. A. GARCIA-GALLO, *Origen y evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español*, t. I, Madrid 1975, p. 107; cfr. W. COX, *Espagne sous les rois de la maison de Bourbon*, t. VI, al que añadió Andrés Muriel un apéndice muy interesante, con las cartas. París 1827, pp. 15, 27 y ss.; N. SANTAREN, *Ley de disenso paterno, respecto a los matrimonio de los menores de edad, comentada y explicada*, Madrid 1866, pp. 13-15; E. TEJERO ROBLEDÓ, *Arenas de San Pedro*, Madrid 1975, pp. 102-111; F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*, Madrid 1852; reimpresión de la edición, Zaragoza 1974, p. 32; F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 67-69; *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1972, voz: Borbón, Luis Antonio Jaime de.

130. Cfr. *Novísima Recopilación*, nn. 3 y 4, Ley IX, Título II, libro X.

131. Cfr. *ibidem*, n. 6.

admitiendo el recurso "contra el irracional disenso", para evitar el posible abuso en que podían incurrir las personas llamadas a dar su consentimiento, impidiendo matrimonios "justos y honestos", que "no tuviesen justa y racional causa para negarlo, como podía ser si el matrimonio ofendiese gravemente el honor de la familia o perjudicase gravemente al Estado"¹³²; y los recursos se entablaban ante la Justicia Real ordinaria y, en alzada, ante el Consejo, Chancillería, o Audiencia¹³³.

La Pragmática regalista sobrepasaba el ámbito de las competencias del monarca, para entrar en las esferas de la competencia de la Iglesia, aunque el Rey advertía que previamente había mandado examinar la materia a la Junta de Ministros, "dejando ilesa la autoridad eclesiástica y disposiciones canónicas en cuanto al Sacramento del Matrimonio para su valor, subsistencia y efectos espirituales"¹³⁴, y ordenó publicar la Pragmática "en uso de la protección que la potestad Real debe dispensar a más exacto cumplimiento de las reglas canónicas"¹³⁵.

Como explica De Castro, "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 habilidoso 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"¹³⁶.

La Pragmática, a pesar de su discordancia con la doctrina tradicional de la Iglesia, parece que por lo general, fue bien recibida y

132. Cfr. *ibidem*, n. 8.

133. Cfr. *ibidem*, n. 9.

134. *Ibidem*, n. 1.

135. *Ibidem*, n. 18.

136. Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El matrimonio de los hijos*, cit., p. 45.

puesta en práctica sin especiales resistencias por parte de los eclesiásticos. Porque entre otras razones, al imponer como necesario el consentimiento paterno o de otros familiares, para la celebración de los esponsales de los hijos menores, venía a solucionar un problema secular en la jurisdicción canónica: al impedir o suprimir los esponsales clandestinos¹³⁷.

De todas formas, observa De Castro, en la práctica no debió resultar del todo satisfactoria aquella ley, dado el número de disposiciones posteriores que la completaron y modificaron¹³⁸. Sin embargo, una prueba de su buena aceptación, fue el método para su fiel aplicación, impuesto a los párrocos de su Arciprestazgo por el Arcipreste Catalán de Ager, que Carlos III ordenó aplicar a todas las diócesis del reino el 17 de junio de 1784¹³⁹.

Consistía el método que se aplicaba, interpretando erróneamente la doctrina de la Iglesia, en predicar que pecaban los hijos de familia que trataban de contraer matrimonio sin el consejo y bendición de sus padres, por lo que estando en pecado mortal no se les podía admitir a participar de los Santos Sacramentos¹⁴⁰.

137. Cfr. J.M. ROSSINYOL STRUCH, *La doctrina de los esponsales en el Derecho Canónico y Civil*, pro manuscrito, tesis defendida en la Facultad de Derecho Canónico, Pamplona 1977, pp. 105-106.

138. Fueron al menos trece disposiciones para la Península y varias más para las Indias. Todas estas disposiciones también ponen de manifiesto su aplicación. Cfr. F. DE CASTRO, *El matrimonio de los hijos*, cit., p. 45. Algunas de las disposiciones reales complementarias a la Pragmática Sanción fueron incluidas en la *Novísima Recopilación*, publicada en 1805.

139. Cfr. Ley XIV, Título II, Libro X *Novísima Recopilación*.

140. "Faltan los hijos de familia, que sin el consejo y bendición de sus padres tratan de contraer matrimonio; y que estando en pecado mortal no se les puede admitir a la participación de los santos Sacramentos, y por ello se les debe dilatar hasta haber practicado esta diligencia". Además, en el libro de registro parroquial de los matrimonios se debía hacer constar si existía el expreso consentimiento de los padres; y en la visita anual que se hacía de los libros, se comprobaba tal extremo. Los párrocos responderían si omitían aquellas indicaciones. Además debían enviar al Juez secular competente para que conociese sobre el disenso paterno, y mientras tanto, suspendía el matrimonio. Carlos III se fundaba para promulgar aquella nueva disposición, en que era muy conforme no sólo a lo dispuesto en las leyes del reino sino también a la constante disciplina de la Iglesia". Cfr. Ley XIV, Título II, libro X, *Novísima Recopilación*. En 1785, por otra Real Cédula, Carlos III mandó a los

b) *La Pragmática de Carlos IV*

Un cuarto de siglo después de la Pragmática Sanción de Carlos III, su hijo Carlos IV dio un cambio importante a la licencia paterna, al promulgar otra Pragmática el 28 de abril de 1803. El cambio tenía un doble sentido: establecía una pluralidad de edades, según el sexo de quien fuera a casarse y la persona que debía conceder el consentimiento paterno¹⁴¹, y prescribía que las personas que debían prestar su consentimiento no estaban obligadas "a dar la razón ni a explicar la causa de su resistencia o disenso", aunque admitía el correspondiente recurso por el disenso ante la autoridad civil, el Rey, la Cámara, el Gobernador del Consejo y los jefes respectivos, si el matrimonio necesitaba Real Permiso. En los demás casos, cabía el recurso ante los Presidentes de Chancillería y Audiencia, y el Regente de Asturias. Estos recursos llevaban consigo la elaboración de los informes que a estas autoridades les pareciese conveniente recoger para poder decidir si concedían o denegaban el permiso para el matrimonio¹⁴².

Otra diferencia sustancial de la Pragmática de Carlos IV, fue la sustitución de las penas de desheredación impuestas por Carlos III, por la pena de expatriación y ocupación de los bienes materiales de los contrayentes. Además prohibía a los "vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonios, para los que no estuviesen habilitados los contrayentes según los requisitos que van expresados (castigando también a los eclesiásticos) que serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades"¹⁴³.

La imposición de penas a los vicarios eclesiásticos respondía a la doctrina que les consideraba como funcionarios del Estado. Esta era otra

Tribunales y Justicias del reino cumpliesen y cuidasen de la puntual ejecución de la práctica del Arcipreste de Ager. Cfr. Ley XV, Título II, Libro X *Novísima Recopilación*.

141. En vez de la edad única, menores de veinticinco años, establece una pluralidad de edades: veinticinco, veinticuatro, veintitrés, veintidós años para los hijos; y veintitrés, veintidós, veintiuno, veinte para las hijas; según sea el padre, madre, abuelos o tutor los que deban prestar el consentimiento. Cfr. Ley XVIII, Título II, Libro X, *Novísima Recopilación*; N. SANTAREN, *Ley de disenso paterno*, cit., pp. 14-15.

142. Cfr. Ley XVIII, Título II, Libro X, *Novísima Recopilación*.

143. *Ibidem*.

manifestación de la política regalista de la época, que hace suponer que las disposiciones de Carlos IV pudieron encontrar cierta resistencia para su aplicación por parte de los eclesiásticos ortodoxos, como se puede pensar que la Pragmática de Calos III también encontró alguna resistencia; así afirma Ferreres, citando como fuente una causa *Compostellana* resuelta por la Sagrada Congregación del Concilio, que "varios Prelados reclamaron" contra la Pragmática de Carlos IV, porque constituía una intrusión del Poder civil en asuntos eclesiásticos¹⁴⁴.

c) *El Código civil francés*

La concepción del consentimiento paterno para el matrimonio de los hijos menores del *Code*, de alguna forma incidió también en nuestro proyecto de Código de 1821. Los redactores del Código francés "adoptaron un sistema en el fondo más retrógrado que el propio del antiguo régimen", asegura De Castro. Pues trataron "de revivir el culto romano al padre, como 'primer magistrado de familia'; los padres entran en el reparto de la autoridad con los legisladores, en un país en el que los legisladores son padres"¹⁴⁵.

El *Code* disponía que los hijos hasta los veinticinco años, y las hijas hasta los veintiuno, necesitan el consentimiento de sus padres para casarse. Si falta aquél, el matrimonio es anulable; pero sólo pueden impugnarlo las personas cuyo consentimiento se requiere y los mismos esposos. Esas personas pierden tal facultad si posteriormente aprueban el matrimonio expresa o tácitamente, o dejan transcurrir sin reclamar un año desde que tuvieron conocimiento del matrimonio. Los esposos tampoco podían reclamar si dejaban pasar un año desde que alcanzaban la edad para consentir por sí mismos¹⁴⁶.

144. Parece que la razón fundamental de la reclamación, era la disposición que hacía a los Tribunales eclesiásticos y seculares para que no admitiesen demandas de esponsales, si no iban en escritura pública. Cfr. J.B. FERRERES, *Los esponsales y el matrimonio*, Madrid 1911, pp. 35-36; *idem*, *Derecho sacramental*, Barcelona 1932, p. 225; *Thesaurus Resol., S.C. Conc.*, vol. 150, p. 248.

145. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El matrimonio de los hijos*, cit., pp. 46,48-49.

146. Cfr. *Código Napoleón*, Arts. 148 y ss., y 182-183.

2. El "consentimiento ilustrado" en el proyecto de 1821

Con los antecedentes anteriores, las Pragmáticas de Carlos III, de Carlos IV, y la solución del Código de Napoleón, se comprende fácilmente la evolución que va a sufrir el consentimiento paterno con el proyecto de 1821¹⁴⁷.

La licencia o aprobación de los padres y otras personas para poder contraer matrimonio en el proyecto del 21 se regula muy extensa y cuidadosamente.

Refiriéndose al sentido de la evolución que sufre esta institución, dice De Castro que era "excepcional el proyecto del Código civil progresista de 1821", ya que inducía a la nulidad el matrimonio celebrado con falta de aprobación, cuando los contrayentes fuesen hijos de familia menores de veinticinco años, que debían haberlo solicitado a sus padres, abuelos, parientes, o al tutor, y no hubiesen suplido aquel consentimiento o licencia por el del Jefe político¹⁴⁸.

El artículo 286 del proyecto es calificado por Peset de artículo "ordenador o resumen"¹⁴⁹. Explica así tal disposición: "para que sea ilustrado el consentimiento en el matrimonio que intentan contraer los hijos de familia y los que no han cumplido todavía veinticinco años de edad, la ley exige la aprobación de los padres, abuelos, parientes o tutores por el orden y en los términos que explican los artículos siguientes. Los menores de dicha edad que han contraído ya otro matrimonio son considerados para este efecto como mayores".

Como se ve por este artículo, la edad con la que cesa la obligación de solicitar el consentimiento ilustrado es la de veinticinco años. Aunque los que hubiesen contraído ya otro matrimonio –tanto los hombres

147. Como advierte De Castro, se fue degradando, hasta el extremo de ser convertido, de hecho, en un pretexto para una intervención administrativa más. El Decreto de Cortes de 14 de abril de 1813 confirió la posibilidad de recurrir el disenso paterno ante el Jefe político de cada provincia para que lo concediese o denegase; cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El matrimonio de los hijos*, cit., p. 46.

148. *Ibidem*, p. 50. Sobre la concepción de la patria potestad del Proyecto de Código de 1821, parecen de interés las consideraciones hechas por sus redactores en el *Discurso preliminar*, al referirse al Título II del Libro II, correspondiente a "la condición de padres e hijos", cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, t. IV, vol. II, p. 20.

149. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 77.

después de los dieciséis años, como las mujeres después de los catorce; edades mínimas para contraerlo según el proyecto-, no tenían que solicitar tal consentimiento¹⁵⁰.

Los ya emancipados -debían tener al menos veinte años, según los artículos 63, 378 y 381-, aunque fuesen menores de veinticinco años, también debían pedir y obtener el consentimiento de sus padres, de acuerdo con lo que prescribía el artículo 287. Aunque -según se desprende del artículo 289-, "por defecto de padres y abuelos", "la aprobación de que hablan los dos artículos anteriores (caso de los emancipados, y de faltar los padres -bien hubiesen fallecido, estuviesen impedidos, o ausentes sin conocer su paradero-) se da por los hermanos mayores de veinticinco años varones y hembras".

En los casos de discordia entre los padres, para dar el consentimiento, prevalecía el voto del padre¹⁵¹. A falta de padres se debía acudir a los abuelos que viviesen, prevaleciendo el voto del varón de cada línea; y en caso de discordia entre los abuelos paternos y maternos, se daba por aprobado el matrimonio¹⁵².

Al faltar los abuelos daban la aprobación los hermanos mayores de veinticinco años tanto hombres como mujeres. A falta de éstos el proyecto llamaba a los tíos, hermanos del padre y de la madre. En defecto de los tíos correspondía a los hermanos de los abuelos, tanto paternos como maternos. Todos debían ser mayores de veinticinco años. En cada grado de parentesco se estaba por lo que decía la mayoría; y ante el empate en la diversidad de opiniones, se entendía aprobado el matrimonio. Si alguno de esos parientes de cada grado se hallaba fuera de la provincia, concederían la aprobación los que estuviesen presentes, aunque sólo fuera uno. Si todos estuvieran ausentes, le correspondía dar la aprobación al tutor¹⁵³.

Los mayores de veinte años huérfanos que carecían de otros parientes, por haber fallecido o porque no vivían en la provincia, para poder contraer matrimonio no necesitaban la aprobación de una persona ajena a la familia, esto es del tutor¹⁵⁴.

Las personas llamadas a dar licencia, no necesitaban explicar la

150. Cfr. Arts. 286, 280, 1^a, y 60.

151. Cfr. Art. 287.

152. Cfr. Art. 288.

153. Cfr. Arts. 289-292.

154. Cfr. Arts. 293, 295.

razón de su negativa al matrimonio¹⁵⁵, aunque los menores que se considerasen agraviados por la negativa a su matrimonio, siguiendo la inspiración de las Pragmáticas de Carlos III y Carlos IV¹⁵⁶, podían recurrir al Jefe político de la provincia, quien por el Alcalde del lugar instruía un expediente antes de declarar racional o irracional la negativa o disenso¹⁵⁷. El Código francés no admitió este recurso, aunque sí lo admitieron algunos de los cuerpos legales descendientes más directos de aquél código¹⁵⁸.

El proyecto de 1821 establecía las bases que el Jefe político debía tener en cuenta para tomar su decisión. Estas ponían de manifiesto los valores y los criterios en los que los redactores del código entendían que se fundamentaba la familia: "la depravación de las costumbres de uno de los que intentan el matrimonio; la muy notable diferencia de edad entre ellos; la muy notable desigualdad de fortunas que no esté contrabalanceada con esperanzas en el empleo o prendas personales del pobre; la falta de medios actuales, y que no se ven de próximo para sostener las cargas del matrimonio, u otras razones iguales, son causa racional para la desaprobación del matrimonio, si no se presentaren inconvenientes muy graves de no proceder a él"¹⁵⁹.

Faltando el consentimiento paterno, además de ser causa de nulidad del matrimonio, los hijos eran castigados con las penas que fijase el Código Penal, y también se impondrían penas para los cómplices de los hijos¹⁶⁰. Antecedentes de estas sanciones a los cómplices, se pueden encontrar en las sanciones que la Pragmática de

155. Cfr. Art. 296.

156. Cfr. Leyes IX, nn. 8 y 9, y XVIII, Libro X, Título II, *Novísima Recopilación*.

157. Arts. 298-300.

158. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 78. Admiten el recurso el Código de Dos Sicilias, Art. 165; el de Vaud, Art. 66; y Prusiano, Art. 68. Véase F. VERLANGA HUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancias entre el Código civil francés y los Códigos*, cit., pp. 10,12.

159. Cfr. Art. 281.

160. "La falta de aprobación para el matrimonio de los menores de veinticinco o veinte años, que deben dar los padres, abuelos, parientes o el tutor, no suplida por el Jefe político, induce a nulidad del matrimonio (...) el Código penal determina las penas de los transgresores y de los cómplices". Art. 303.

También se sancionaba a los oficiales que intervenían como cómplices en los Arts. 156 y 157 del *Code*.

Carlos IV imponía a los eclesiásticos que asistiesen a los matrimonios, de los que careciesen de la licencia paterna necesitándola.

Además del consentimiento paterno, los que tuviesen padres y abuelos debían solicitar su consejo antes de casarse, cualquiera que fuese su edad o sexo. Este "mero consejo" no era vinculante, estaba regulado muy extensamente en el código vecino o en nuestra anterior legislación, y aparece muy simplificado en el proyecto¹⁶¹. En caso de negativa o silencio, una vez solicitado el consejo, y vuelto a solicitar por segunda vez, ya se podía contraer con plena libertad¹⁶².

No se daba causa de nulidad, por no haberse pedido el consejo de los ascendientes respecto de los mayores de veinticinco años o considerados como tales, aunque el Código Penal determinaría las penas en que incurrían los transgresores y los cómplices¹⁶³.

Como ya hemos apuntado, los redactores para legislar sobre el consentimiento y el consejo paterno se inspiraron en las recientes leyes de España. En concreto en la Pragmática de Carlos III que estableció, por una parte, la obligación de contar con el consentimiento paterno, de otros parientes o del tutor, bajo penas; y de otra la posibilidad de recurrir ante una autoridad civil contra el disenso paterno. Se inspiraron en la Pragmática de Carlos IV, en cuanto que estableció una pluralidad de edades según las personas llamadas a dar el consentimiento, además aquellas personas no estaban obligadas a explicar su disenso. A la vez, los redactores se inspiraron en el *Code*, en cuanto que éste determinaba la nulidad del matrimonio celebrado sin el debido consentimiento paterno. Pero llegaron aún más lejos que el Código francés, al no señalar un límite a las personas legitimadas a impugnar el matrimonio celebrado sin el correspondiente consentimiento, cuando el francés lo limitaba a las personas llamadas a otorgar el consentimiento y a los mismos esposos¹⁶⁴.

161. . Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 78; *Code Napoléon*, Arts. 151-155 y 157-158.

162. Cfr. Art. 302.

163. Cfr. Art. 303.

164. Cfr. Art. 303 del Proyecto de 1821, y Arts. 182, 183, del *Code*. Los artículos 287 a 292 tienen también cierta influencia de los artículos 148 a 150 y 160 del *Code*, aunque el mecanismo de personas que deben prestar el consentimiento en el *Code* es mucho más simple que el de nuestro proyecto, pues sólo llama a prestarlo a los padres y abuelos, y solamente en caso de que estén imposibilitados, al Consejo de

Estas licencias paternas impuestas por el poder civil, que llevaban anejas graves consecuencias civiles y penales, iban en contra de la doctrina eclesiástica porque atentaban contra la libertad de contraer, que es el principio del matrimonio canónico¹⁶⁵.

F. El "consentimiento solemne"

El consentimiento de los que desean contraer matrimonio además de "libre", e "ilustrado", debía ser "solemne"¹⁶⁶. El consentimiento "solemne", venía a ser el núcleo de la concepción matrimonial del proyecto de matrimonio de 1821.

Este consentimiento debía manifestarse ante el Alcalde del domicilio de la mujer, en presencia de dos testigos y de un Escribano. Además las personas que aspiraban al matrimonio debían acreditar documentalmente que tenían la edad prescrita por la ley, que habían obtenido o solicitado respectivamente la aprobación o el consejo de sus mayores, o que iban a obtener tal aprobación en el mismo acto en que manifestasen su consentimiento ante el Alcalde, debiendo asistir entonces las personas que debían aprobarlo.

El artículo 304 expresaba así cómo debía ser la solemnidad del consentimiento: "para que el convenio de celebrar matrimonio sea solemne, las personas que aspiran a ello deben comparecer a expresar su voluntad y determinación ante el Alcalde del domicilio de la mujer, estando presentes un Escribano y dos testigos varones mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir; acreditarán en el mismo acto documentalmente que tienen la edad prescrita por la ley y que han obtenido respectivamente la aprobación o el consejo de sus mayores en la manera que dispone la ley en este capítulo; u obtendrán la aprobación en el acto mismo, si compareciesen también las personas que deben darla".

familia. Sin embargo, Peset parece no resaltar bien la influencia de nuestras Pragmáticas en el consentimiento ilustrado, cuando afirma que "La licencia o aprobación para contraer matrimonio se regula cuidadosamente, siguiendo de cerca el Código francés". *Análisis y Concordancias*, cit., p. 78.

165. Cfr. A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El matrimonio y el concordato Español*, cit., p. 30.

166. Cfr. Art. 281.

De toda esta celebración, el artículo 305 ordenaba extender un acta firmada, de la que se debía dar una copia a los interesados.

Estos dos artículos -304 y 305- estaban inspirados en el Código de Nápoles¹⁶⁷. Este legislaba que los contrayentes debían acudir delante de testigos ante el oficial del estado civil que recibía su declaración, en la que además -y en esto nuestro proyecto no seguía a aquel- prometían celebrar su matrimonio ante la Iglesia, de acuerdo con las normas del Concilio de Trento¹⁶⁸. En el Código napolitano se formalizaba el acta del estado civil que era esencialmente necesaria¹⁶⁹; luego el oficial entregaba a los futuros esposos el acta de los "esponsales solemnes" -de aquí pudieron nuestros legisladores inspirarse para el nombre que dieron al "consentimiento solemne"-, con el fin de que se presentasen ante el sacerdote y celebrasen el matrimonio¹⁷⁰.

Nuestros redactores también se inspiraron en los artículos 191, 192 y 193 del Código francés¹⁷¹, que declaraban nulo el matrimonio

167. Cfr. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, cit., p. 30; S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., p. 65.

168. "En el día fijado, esto es, en el cuarto después del último de las publicaciones, o antes, el oficial del estado civil leerá en la casa consistorial y a presencia de cuatro testigos los documentos relativos al caso, y recibirá declaración a las partes, en que prometerán solemnemente celebrar su matrimonio ante la Iglesia, según las formas prescritas por el Santo Concilio de Trento, y se formalizará inmediatamente el acta". Art. 77 de Nápoles. F. VERLANGA HUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancias entre el código civil francés y los códigos*, cit., pp. 5-6.

169. El artículo 67 del Código de Nápoles decía así: "El matrimonio no puede celebrarse legítimamente, según las formas prescritas por el Concilio de Trento, sino ante la Iglesia. Las actas del estado civil son esencialmente necesarias, y deben preceder a la celebración del matrimonio para que produzca los efectos civiles, tanto respecto de los esposos como de los hijos"; *ibidem*, p. 5.

170. El artículo 79 del Código de Nápoles, que era igual al 76 del *Code*, añadía al final el siguiente párrafo: "el oficial del estado civil dará un traslado a los futuros esposos del acta de sponsales solemnes, para que presentándose con ella al cura, proceda a la celebración del matrimonio", en el que se inspiró nuestro artículo 306.

171. Art. 191: "Todo matrimonio que no haya sido contraído públicamente y que no se celebró ante el oficial público competente, puede ser impugnado por los cónyuges mismos, por sus padres, por los ascendientes, por cuantos en él tienen un interés nato y actual, y por la autoridad pública.

Art. 192: "Si al matrimonio no precedieron las dos publicaciones establecidas, o si no se obtuvieron las dispensas permitidas por la ley, o si no se guardaron los

celebrado cuando los cónyuges no expresasen antes su consentimiento de forma solemne; además el Código Penal determinaría las penas para los transgresores.

El artículo 307 de nuestro proyecto decía así: "es nulo el matrimonio que de hecho se celebrare sin haber precedido el consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304. Los contraventores quedan sujetos a las penas que en este punto determine el Código Penal".

Con este artículo 307 se atentaba contra el matrimonio canónico, porque los que hubiesen seguido las leyes de la Iglesia para casarse, sin que antes hubiesen celebrado aquel "convenio matrimonial" civil, además de que la legislación civil no les reconocía los efectos civiles del matrimonio canónico legítimamente celebrado, éste podía llegar a ser declarado nulo por los Tribunales civiles, ya que el conocimiento de las causas de nulidad por defecto de las solemnidades que exigía la ley, correspondía a los Tribunales civiles según el artículo 308. Pero este artículo llegaba a más, al prescribir que por la mera celebración del matrimonio canónico lo contrayentes cometían un delito¹⁷².

El texto de los artículos que regulan el consentimiento solemne, parece que no da a entender que este consentimiento tenga cómo fin la elaboración de un expediente civil previo al matrimonio canónico, como si ese expediente o convenio previo fuese *conditio sine qua non* para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico, como podría desprenderse de los artículo 277 y 178. El primero de estos disponía que "la condición de marido y mujer para los efectos civiles resulta del matrimonio". Por su parte el artículo 278 definía –como ya vimos– el matrimonio como un convenio "entre varón y hembra

intervalos prescritos entre las publicaciones y celebración, el procurador imperial pedirá contra el oficial público que se le castigue con una multa que no podrá exceder de 300 francos, y a los contrayentes o a aquellos bajo cuya potestad estaban, con una multa porporcionada a sus facultades".

Art. 193: "Incurrirán en las penas señaladas en el artículo precedente las personas designadas en él, por cualquier contravención a las reglas prescritas en el artículo 165 aun cuando estas contravenciones no se tuviesen por suficientes para obtener sentencia de nulidad del matrimonio". *Código Napoleón*, cit.; M. PESET REIG, *Análisis y concordancias*, cit., p. 79.

172. El Código penal de 1822, elaborado en las Cortes, no tuvo en cuenta esta infracción. Vid. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación*, cit., t. IV, vol. I, p. 86.

celebrado según las leyes, por el que se obligan a la recíproca cohabitación perpetua y a la comunión de sus intereses". Pero los artículos sobre el consentimiento solemne llegaban también más lejos, al prescribir que era nulo el matrimonio al que no hubiese precedido tal consentimiento.

En definitiva el consentimiento solemne civil facilitaba la creación de situaciones enojosas, muy similares a las que Napoleón evitó crear en Francia, aunque la medida tomada unilateralmente por el Emperador francés tampoco fuese justa¹⁷³.

G. *El matrimonio canónico*

Celebrado el matrimonio civil ante el Alcalde siguiendo todos los requisitos y solemnidades que prescribía el proyecto, los contrayentes recibían una copia auténtica del acta de aquel convenio firmada por el Alcalde, por los contrayentes, los testigos que sabían escribir, y refrendada por el Escribano¹⁷⁴. A continuación los contrayentes, decía el artículo 306, *podían* presentarse ante el párroco para celebrar ante él el matrimonio canónico, de acuerdo con los requisitos previos y con las solemnidades prescritas por la Iglesia, a la que declaraba ser "protegida" por la ley.

El artículo 306 del proyecto decía así: "del instrumento público que dispone el artículo anterior se dará copia auténtica a los interesados, con la cual podrán presentarse al párroco, a fin de que ante él se realice la celebración del matrimonio, previos los requisitos, y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia C.A.R. protegida por la ley. El párroco custodiará el acta civil del convenio matrimonial, protocolando todas las de esta clase con el libro corriente de

173. Concertada la paz con la Iglesia el Emperador añadió unilateralmente el artículo orgánico 54 al concordato francés de 1801, que prohibía a los párrocos "dar la bendición nupcial" a los que no probasen debidamente "haber contraído matrimonio con anterioridad ante el funcionario civil". De esta forma quiso evitar que, gozando entonces de libertad de culto, los católicos contrajesen antes el matrimonio y crearan situaciones enojosas al Poder civil. Este principio que impuso en el Concordato pasó al *Código Napoleón* de 1804. Cfr. A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El matrimonio y el Concordato español*, cit., pp. 32-33.

174. Cfr. Arts. 304 y 305.

matrimonios, para que puedan hacerse las comprobaciones correspondientes cuando convenga". Este artículo se inspiraba en el artículo 80 del Código de Nápoles¹⁷⁵.

La expresión *podrán* del artículo 306 no parece la más acertada para utilizarla en un Código civil que dice proteger a la Iglesia Católica, pues dejaba a la entera libertad de los que ya habían contraído aquel convenio civil, para acudir ante el párroco para celebrar el matrimonio canónico. Al menos esta expresión *podrán* no se entiende concordada con el citado artículo 279 del proyecto, que disponía que para que el matrimonio fuese contraído legalmente -junto a la capacidad de los contrayentes, el consentimiento de éstos expresado de forma "libre, ilustrada y solemne"- exigía también "su celebración solemne ante el párroco y testigos".

Los redactores de los artículos 304 al 306 se habían inspirado en los artículos 77 a 80 del Código Napolitano, pero no siguieron el espíritu de aquel cuerpo legal que intentaba adecuarse al Derecho Canónico, pues el artículo 77 napolitano encargaba al "oficial del estado civil" recibir la declaración de los contrayentes que debían prometer "solemnemente celebrar su matrimonio ante la Iglesia, según las formas prescritas por el Santo Concilio de Trento"¹⁷⁶. Pero además el artículo 189 napolitano mandaba que el matrimonio que no se hubiese celebrado *in facie ecclesiae*, según la forma prescrita por Trento, tampoco produciría efectos civiles, ni respecto a los esposos, ni respecto a los hijos¹⁷⁷.

Así pues, nuestro artículo 306, al declarar que la ley protege a la

175. Decía así el artículo 80 Napolitano: "El cura en vista de este traslado (del acta de las 'promesas solemnes de matrimonio'), y después de haber llenado las condiciones canónicas, procederá a la celebración del matrimonio, retendrá uno de estos dos traslados, y certificará a continuación del otro, de que se ha celebrado el matrimonio ante la Iglesia, expresando el día, mes y año, y los nombres de los testigos. Este traslado lo remitirá al oficial del estado civil, quien le acusará el recibo.

"El oficial del estado civil hará mención seguidamente al margen del acta en su registro, y desde este momento será considerado el matrimonio como legalmente celebrado". F. VERLANGA HUERTA, y J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia del Código civil francés*, cit., p. 6; cfr. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, cit., p. 30; S. CARRION OLMOS, *Historia y futuro del matrimonio*, cit., p. 65.

176. F. VERLANGA HUERTA y J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos*, cit., pp. 5-6.

177. Cfr. *ibidem*, p. 14.

Iglesia C.A.R., se refería a la "protección" en sentido regalista, a la llamada "Real protección" título éste en el que, como vimos por las reacciones de los Obispos, los políticos de la época se fundaban para invadir los derechos de la Iglesia¹⁷⁸, y por estas razones los legisladores no concretaban de qué forma protegerían verdadera y eficazmente el matrimonio canónico en el proyecto. Por el contrario, éste no prescribía la nulidad del matrimonio civil, cuando los que querían casarse una vez celebrado el matrimonio civil no acudían al párroco para la celebración del matrimonio canónico.

Se podría llegar a pensar que al redactar el artículo 306 se dejaba una puerta abierta -aunque no fuera tal la intención de los miembros de la Comisión especial de Cortes, en el momento de la redacción del proyecto-, para que en algún momento posterior las corrientes liberales más radicales del Trienio pudiesen cuestionar la conveniencia de que el Código aludiese al matrimonio canónico. Este riesgo parecía posible cuando ya el proyecto había regulado la capacidad, los impedimentos, el consentimiento del convenio matrimonial civil, y los derechos y obligaciones de los cónyuges, además de atribuir a los Tribunales civiles el conocimiento de las causas matrimoniales de nulidad y de divorcio, como estudiaremos más adelante.

Para terminar con este apartado, podemos afirmar que el matrimonio en el proyecto de 1821 se acerca al sistema del matrimonio civil obligatorio. Este sistema, como afirma Fuenmayor, en la lucha por desarraigar de los súbditos la tendencia a celebrar el matrimonio de acuerdo con las prescripciones eclesiásticas, "intenta reducir la celebración del matrimonio a una simple ceremonia de carácter religioso, y se ocupa de ella para consentirla, a veces, condicionadamente, exigiendo, por ejemplo, la previa celebración ante el funcionario civil"¹⁷⁹.

178. Cfr. la Exposición dirigida a las Cortes, por el Obispo de Lérida, el 22 de febrero de 1821. *Colección Eclesiástica española*, cit., t. V, p. 121 y ss.; y otros documentos publicados en esta obra.

179. A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El matrimonio y el concordato español*, cit., p.34.

H. *El divorcio*

En primer lugar hemos de advertir, que de acuerdo con la terminología matrimonial de la época, el proyecto al utilizar el término "divorcio" se refiere a la separación *quoad thorum seu quoad cohabitationem*, esto es a la separación de lecho y habitación, no a la fractura del vínculo. Por esto el artículo 331 afirma que "el matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte", a la vez que prohíbe el artículo 332 la separación temporal o indefinida por el mutuo consentimiento de los cónyuges, ya sea ese consentimiento expreso o tácito.

En contra de las disposiciones de la Iglesia, vigentes entonces en España, y que habían sido recordadas poco tiempo antes por la advertencia del Obispo de Lérida hecha en la Exposición dirigida a las Cortes en febrero de 1821¹⁸⁰, el proyecto disponía que los Tribunales civiles fuesen los competentes para conocer las causas de divorcio. En concreto, el artículo 336 decía así: "el Juez competente para conocer de la separación del matrimonio es el de primera instancia del partido".

Las causas justas para producir la separación indefinida del matrimonio, debían ser declaradas tales por la autoridad competente, y venían enunciadas en el artículo 335: 1º. "El adulterio de uno de los cónyuges"; 2ª. "La crueldad en el trato"; 3º. "Las desavenencias capitales nacidas de causas permanentes". "No lo son el furor o la demencia, ni la enfermedad aunque sea crónica o contagiosa".

Como se ve, el proyecto negaba expresamente que fuera causa legítima de separación la enfermedad contagiosa, diferenciándose también en esto del ordenamiento canónico, que reconocía que sí era causa de separación, cuando a juicio de los médicos la enfermedad fuese contagiosa por la cohabitación¹⁸¹.

Durante el juicio la ley autorizaba solicitar la separación transitoria,

180. El canon XII de la Sesión XXIV del Concilio de Trento condenaba la siguiente proposición: que "*causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos*", *Sacrosancto Ecumenico Concilio de Trento*, traducido al castellano por I. López de Ayala. Con el texto latino corregido según la edición auténtica de Roma publicada en 1564, Madrid 1785, p. 399; cfr. *Colección Eclesiástica Española*, cit., t. V., p. 115.

181. Cfr. J.P. MORALES Y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., p. 261.

alegando sólo como causa que se estaba celebrando el mismo juicio¹⁸². También el proyecto disponía que la muerte civil inducía a la separación del matrimonio en cuanto a los efectos civiles; pero permitía al cónyuge inocente cohabitar con el culpable, si resultaba compatible con la naturaleza de la condena¹⁸³.

Interesa recoger la observación de Peset Reig de que a pesar de la importante inspiración de nuestros redactores en el *Code des français*, "los anhelos liberadores del Trienio liberal frente a la Iglesia, no alcanzaron -en absoluto- el divorcio, que Napoleón había introducido"¹⁸⁴. Se refiere al divorcio que quiebra el vínculo conyugal.

El proyecto de 1821 en esto se separaba del *Code*, manteniéndose así más próximo a la doctrina canónica, pues el francés reconocía el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial¹⁸⁵, y fijaba entre las causas de esta disolución el mutuo consentimiento de los cónyuges¹⁸⁶; por otra parte disponía el *Code* que para que el adulterio del marido fuese causa de divorcio era necesario haber tenido la concubina en la casa común¹⁸⁷, y permitía al marido solicitar el divorcio por adulterio de su mujer en cualquier caso¹⁸⁸. Este último punto venía a quebrar el principio de "igualdad" -en este caso igualdad de los cónyuges- proclamado en la Revolución Francesa. Por el contrario, la causa del divorcio por adulterio del proyecto de 1821 -inspirada en el ordenamiento canónico¹⁸⁹- coincidía con la causa señalada en el artículo 42, 2ª del Código Bávaro¹⁹⁰. Además nuestro proyecto simplifica extraordinariamente una serie de disposiciones procedimentales prescritas en el *Code*¹⁹¹.

182. Cfr. Art. 334.

183. Cfr. Art. 333.

184. M. PESET REIG, *Análisis y concordancias*, cit., p. 81.

185. Cfr. Art. 227, del *Code Napoléon*.

186. Cfr. Art. 233 del *Code Napoléon*.

187. Cfr. Art. 230 del *Code Napoléon*.

188. Cfr. Art. 229 del *Code Napoléon*.

189. Cfr. D. DAVALLARIO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., pp. 204-205; J.P. MORALES Y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., pp. 259-260.

190. Cfr. F. VERLANGA HUERTA y J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos*, cit., p. 16.

191. Cfr. M. PESET REIG, *Análisis y Concordancias*, cit., p. 82.

Peset afirma que con los artículos relativos al consentimiento matrimonial solemne ante el Alcalde, el proyecto "introdujo un prematrimonio laico a imitación francesa"¹⁹², que los artículos 307 y 308 -sobre las causas de nulidad, que estudiaremos a continuación- "asentaban esta inmisión del poder civil en los recintos hasta ahora canónicos, del matrimonio"¹⁹³; pero refiriéndose al reconocimiento del matrimonio canónico posterior al prematrimonio laico, y que no aceptaba el divorcio vincular, añade que "con toda cautela el proyecto había llegado a una solución intermedia, atraído por el laicismo del *Code*, aunque no se atrevía a llegar a todas sus consecuencias"¹⁹⁴; de esta forma, concluye: "los liberales querían alejarse un tanto de la Iglesia y del derecho canónico"¹⁹⁵.

I. *La nulidad*

Ya hemos aludido, que el proyecto de Código señalaba tres tipos de causas de nulidad matrimonial, que venían a coincidir con el tipo de consentimiento exigido a quienes deseaban contraer matrimonio. Esto es, la nulidad por falta de consentimiento libre, la nulidad por falta de consentimiento ilustrado, y la nulidad por falta de consentimiento solemne¹⁹⁶.

Disponía el artículo 284 que podía intentarse la nulidad por falta del consentimiento libre, cuando hubo miedo grave o error sustancial. Por su parte el artículo 303 determinaba que la falta del consentimiento ilustrado -esto es, falta de aprobación paterna para el matrimonio de los menores- "induce a la nulidad del matrimonio". Y el artículo 307 prescribía que era nulo el matrimonio no precedido del consentimiento ante el Alcalde.

Pero además señalaba el proyecto otros tipos de causas de nulidad matrimonial, al declarar en el artículo 308 que, "el conocimiento sobre la nulidad del matrimonio por defecto de las solemnidades y requisitos que para su celebración exige la ley, pertenece a los Tribunales civiles". A

192. *Ibidem*, p. 79.

193. *Ibidem*.

194. *Ibidem*.

195. *Ibidem*.

196. Cfr. Arts. 281, 184, 304 y 307.

"las solemnidades" añadía "los requisitos que exige la ley".

Entre esas solemnidades parece encontrarse la "celebración solemne ante el párroco y testigos", pues esta celebración es una de las tres condiciones o requisitos impuestos por el artículo 279 para que el matrimonio se entendiese contraído legalmente. Añadía el artículo 306 que los contrayentes podían presentarse al párroco con el acta del convenio matrimonial civil, para realizar la "celebración del matrimonio, previos los requisitos y con arreglo a las solemnidades" de la Iglesia. De donde se podría llegar a concluir, que el conocimiento sobre la nulidad del matrimonio por defecto de las "solemnidades y requisitos que para la celebración exige la ley" (art. 308), pertenecía a los Tribunales civiles que eran los competentes para juzgar sobre la nulidad relativa a las solemnidades de la celebración *in facie ecclesiae*.

Pero, desde luego, lo que ofrece menos dudas al analizar la expresión del artículo 308, los "requisitos que para su celebración exige la ley", es que se refiere a la nulidad por la falta de capacidad de los contrayentes del artículo 280: tanto al caso de la edad fijada en el proyecto -distinta, y más exigente que la establecida por la legislación canónica-, como a la nulidad por impotencia, o a la nulidad del matrimonio celebrado por personas ligadas con profesión religiosa, orden sagrado o con otro matrimonio, y a la nulidad por estar los contrayentes unidos entre sí por parentesco o cuasiparentesco. Es decir, que al darse una duplicidad jurisdiccional eclesiástica y civil para conocer sobre unas mismas causas de nulidad matrimonial, se plantearían problemas jurisdiccionales atentando directamente contra la doctrina de la Iglesia.

La tesis derivada del artículo 308 y sus concordantes responde al planteamiento de los regalistas católicos, que entendían era "aplicable al matrimonio el régimen de todo contrato", según explica Sancho Rebullida. Es decir, que los príncipes seculares -por el predominio de la ley secular sobre la eclesiástica- tenían derecho a reglamentar el matrimonio de sus súbditos, y podían declarar nulos los matrimonios que se hubiesen contraído en contra de las normas civiles¹⁹⁷. Pothier llevó esta doctrina hasta sus últimas consecuencias y -como vimos, con su teoría del "contrato civil como materia del sacramento"- sentó las bases para la total secularización del matrimonio, al sostener que cuando

197. F.A. SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil*, cit., p. 4.

la ley civil declaraba nulo un contrato de matrimonio, no afectaba nada al sacramento, no le anulaba: solamente impedía, que naciese el sacramento, porque la materia del sacramento era justamente el contrato, que, por ser nulo, no podía servirle de soporte¹⁹⁸.

Claramente se daba un conflicto de jurisdicciones provocado por la injerencia del poder civil en las esferas de competencia de la Iglesia, que contradecía abiertamente la doctrina de ésta. Pues a la Iglesia correspondía exclusivamente conocer de estas demandas de nulidad del matrimonio, por ser el Sacramento del matrimonio causa de las obligaciones que nacen del derecho natural, divino y eclesiástico. La nulidad es una excepción de la que no puede conocer sino aquél al que le corresponde conocer lo principal, y como a la Iglesia le corresponde conocer del Sacramento del matrimonio, ella es la que debe conocer de las causas matrimoniales¹⁹⁹.

Para concluir el estudio del matrimonio en el proyecto de 1821, parece oportuno referirnos a la interpretación que el mismo García Goyena dio de los artículos 304 a 308 de este proyecto, en sus *Concordancias* al proyecto de Código de 1851.

Refiriéndose a estos artículos y explicándolos, Goyena afirmaba que fueron tomados del Código de Nápoles. En ellos se fundaba para sostener la formulación del matrimonio del proyecto de 1851, del que él

198. *Ibidem.*. Cfr. A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El matrimonio como contrato civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (1976), pp. 98 y ss. Pothier se expresaba así: "siendo el matrimonio un contrato, pertenecerá lo mismo que los demás contratos al orden político, y (...) deberá estar sujeto a las leyes del poder temporal (...). Luego los príncipes temporales tienen derecho a formular leyes sobre el matrimonio, ya para prohibirlo a ciertas personas, ya para arreglar las formalidades que juzguen a propósito, para que su celebración sea válida".

Por esta razón, cuando "los matrimonios que las personas sujetas a tales leyes contrajesen contra lo dispuesto en ellas, cuando la infracción trae consigo la nulidad, deben ser nulos, según la regla común a todos los contratos de que todo contrato es nulo cuando es contraído contra las disposiciones de las leyes: *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente*."

"Tampoco puede decirse que en este caso haya sacramento; porque no puede haber sacramento sin la cosa que forma su materia. Siendo el contrato civil la materia del contrato de matrimonio, no podrá haber tal sacramento, cuando el contrato civil es nulo, de la propia suerte que no podrá haber sacramento del Bautismo sin el agua que es su materia". R.J. POTHIER, *Tratado del Contrato de matrimonio*, cit., pp. 11-12.

199. Cfr. J.P. MORALES Y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, cit., p. 268.

se sintió autor principal. Su tesis defendía que "el matrimonio por su origen y naturaleza, es un contrato; entre los cristianos es también Sacramento; como contrato civil ha precedido a la institución de todos los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas: su fecha es tan antigua como el hombre".

"Como contrato es de exclusiva competencia de la autoridad temporal", pero andando el tiempo "el Sacramento se reputó lo principal y el contrato lo accesorio; el primero absorbió al segundo, y todo pasó a la autoridad eclesiástica por delegación expresa o tácita de los Reyes; pero, como los derechos de soberanía son inalienables e imprescriptibles, pueden los Reyes (...) hacer hoy lo que sus antecesores hicieron en otros tiempos, separando el contrato del Sacramento"²⁰⁰.

J. *La prueba del matrimonio*

El artículo 306 encargaba al párroco custodiar las actas de los convenios matrimoniales civiles, protocolizándolas con el libro de matrimonios del registro parroquial, de forma que cuando fuese conveniente se pudieran hacer las comprobaciones necesarias entre aquellas actas y los libros parroquiales.

Esta disposición anterior, perteneciente al Libro II del proyecto, completaba las disposiciones del Libro I, Título V, que trataban "De la autenticidad legal del nacimiento, matrimonio y muerte", y tenían como fin, según declaraba el Discurso preliminar del Código, "manifestar de qué modo se atestigua la aptitud o capacidad de las personas en general"²⁰¹.

En cuanto al Registro civil, los redactores del proyecto duplicaban los libros de registro de matrimonios, de igual forma que los de nacimientos y defunciones. Fundados en principios regalistas legislaban encargando a los párrocos de los servicios que corresponderían a los funcionarios del Registro del estado civil, que aunque en España aun no existían ya se habían creado en otros países, y ordenaban la utilización

200. F. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, cit., pp. 29-30.

201. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación*, cit., t. IV, vol. I, p. 78.

de los registros parroquiales con fines civiles²⁰².

El Registro quedaba de tal forma que, según Lasso, "se aprecia más en este Título la aproximación del proyecto al Código de Napoleón, aunque con sentido práctico mantiene la función del cura párroco, que tradicionalmente en España ejercía, de acuerdo con las disposiciones canónicas de Trento, funciones que el *Code* atribuye al oficial del estado civil"²⁰³.

El artículo 134 exigía para la "comprobación" de los nacimientos, matrimonios, y defunciones, que debían extenderse en un "instrumento público". El artículo 136 añadía que para extender aquel instrumento debía intervenir la persona pública dispuesta por la ley, que eran los párrocos. "La ley señala a los párrocos como personas públicas encargadas de autorizar la autenticidad de dichos actos" -decía el artículo 137.

Las actas relativas a un determinado tipo de actos -nacimientos, matrimonios y defunciones- según el artículo 142 debían formar un libro. Y el párroco cada cuatro meses debía enviar al Jefe político provincial los testimonios del contenido de aquellas actas de los libros civiles -artículo 143. Además, las autoridades civiles podían inspeccionar el Registro civil -artículo 149-, y las irregularidades en que hubiesen incurrido los párrocos serían sancionadas penalmente. Además, según el artículo 148, los párrocos debían responder por los daños y perjuicios causados.

El artículo 165 añadía que "el acta de matrimonio, que reconoce la ley, se extenderá (por el párroco) dentro de las veinticuatro horas de su celebración, con la siguiente fórmula", que comenzaba así:

"En la ciudad (villa, lugar) de (...) el día (...), año de (...), previa justificación de los requisitos que prescribe la ley, casé según el rito de la I.C.A.R. a N (...)".

Reitera Lasso que fácilmente se aprecia "la correspondencia de estos artículos del proyecto con los del Código francés y los retoques introducidos, para adaptarlos al sistema español para la continuidad de

202. Una Real orden de 2 de marzo de 1749 encargó a los preladados del Reino que los libros parroquiales de bautismos, matrimonios y fallecimientos, se guardasen precisamente en las iglesias. Cfr. F.A. SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. II, Madrid 1978, p. 109.

203. *Ibidem*.

los párrocos, o el control civil del Gobierno en los registros parroquiales"²⁰⁴.

K. La postura de la Jerarquía Eclesiástica

Salvo la advertencia que en febrero de 1821 dirigió el Obispo de Lérida en la citada Exposición a las Cortes, defendiendo que éstas no entrasen a legislar sobre el matrimonio alterando la disciplina canónica²⁰⁵, no hemos encontrado otros datos sobre la reacción de la Jerarquía eclesiástica ante el proyecto de matrimonio del Código civil, cuyo libro I fue leído en las Cortes a partir de octubre de 1821²⁰⁶.

Esto nos lleva a suponer que el proyecto aunque se leyó en las Cortes no llegó a discutirse en la Cámara Parlamentaria. Porque cuando se discutió en el Parlamento el proyecto de Código Penal, fueron abundantes las reacciones de la Jerarquía eclesiástica en contra de los artículos que suponían una intromisión en los ámbitos de la jurisdicción eclesiástica²⁰⁷. Pero además, fue tal la gravedad de los problemas que el Gobierno liberal creó a la Iglesia en aquella época, que bien pudiera ocurrir que la Jerarquía no llegase a advertir detenidamente en qué consistían las novedades del matrimonio del proyecto del Código civil²⁰⁸.

204. *Ibidem*.

205. Cfr. *Colección Eclesiástica Española*, cit., t. V, pp. 115 y ss.

206. Cfr. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, cit., t. IV, vol. I, p. 64.

207. No hemos encontrado referencias al proyecto de matrimonio del Código civil en los catorce tomos de la *Colección Eclesiástica Española*, pero sí hemos encontrado referencias crítica al proyecto de *Código penal*, de los obispos de Lugo, Tudela, Lérida, Urgel y Orense, ya que el artículo 329, imponía graves penas a los que enseñen que "la suprema potestad civil" no puede ejercer "su imperio sobre el Clero, y sobre todas las materias de disciplina exterior de la Iglesia de España", cit., t. VII, pp. 197 a 252.

208. Recordamos que entre las medidas aprobadas por el Gobierno y por las Cortes cabe destacar: al comienzo de 1821 se llevó a cabo la expulsión de sus sedes, *manu militari*, de los Obispos de León, Oviedo y Tarazona; después vino la supresión total de los monasterios de los monjes, y la supresión gradual de los conventos: fueron abolidas de golpe todas las órdenes Monacales, y las Militares; los monjes arrojados de sus conventos, y despojados de sus propias casas, que se vendieron por el Estado;

García Goyena bien podía referirse a esta situación, ya que fue Jefe Político de León durante el Trienio liberal, e intervino directamente en la expulsión del Obispo de aquella diócesis²⁰⁹, cuando escribió en 1852, para defender el matrimonio del proyecto de Código civil de 1851, que las causas de divorcio debían pertenecer a los Tribunales civiles: "hoy día el clero tiene cuestiones más altas y de mayor transcendencia en que hacerse firme o guerrear, intereses más positivos y materiales que reivindicar: las causas de divorcio (en cuanto separación de hecho y habitación) deben ser para él más subalternas"²¹⁰.

Sin embargo, hay que tener presente que aquella época en que se publicó el proyecto de 1851, era de Gobiernos moderados. Se acababa de firmar el Concordato con la Iglesia, y no parecía que el clero aún tuviese cuestiones pendientes de resolver con el Estado²¹¹.

Merece la pena recordar las ideas incluidas en la advertencia a las Cortes del Obispo de Lérida sobre el régimen matrimonial, en la que mantenía que las Cortes no debían alterar la disciplina canónica sobre el matrimonio, porque el contrato civil -tal como lo regulaba el Derecho positivo civil- no era la materia del sacramento, y por tanto no correspondía regularlo al poder civil²¹², aludiendo así a la doctrina de Pothier²¹³; pero, además, recordaba alguno de la doctrina canónica

también fueron abolidos los diezmos y primicias. Ante aquellas circunstancias la Jerarquía se defendió sin resultado. Cfr. *Colección Eclesiástica Española*, cit., t. IV, p. 61 y t. V, pp. 122 y ss. etc.; J.M. CUENCA TORIBIO, *Iglesia y Estado (1789-1914)*, cit., pp. 419 y ss.

209. García Goyena no reconoce al Gobernador eclesiástico nombrado por el Obispo expulsado, cfr. *Colección Eclesiástica Española*, cit., t. IV, pp. 119-160.

210. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y cometarios*, cit., p. 281.

211. Cfr. J.L. COMELLAS GARCIA-LLERA, *Los moderados en el poder*, Madrid 1970.

212. La sentencia más probable y comunísima entre los teólogos, defendida por Santo Tomás, es la expuesta por Benedicto XIV con estas palabras: "el legítimo contrato es, a la vez, la materia y la forma del sacramento del matrimonio; a saber: la mutua y legítima *entrega de los cuerpos* con las palabras y signos que expresan el sentido interior del ánimo, constituye la *materia*, y la mutua y legítima *aceptación* de los cuerpos constituye la *forma*". A. ROYO MARIN, *Teología Moral para seglares*, Madrid 1965, t. II, p. 537. Cfr. Exposición del Obispo de Lérida a las Cortes el 22.II.1821, *Colección Eclesiástica Española*, cit., t. V, p. 115.

213. Cfr. F. DE SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil*, cit., p. 4; A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El matrimonio como contrato civil*, cit., pp. 98 ss.

confirmada en Trento: que la Iglesia podía establecer impedimentos dirimentes; que no era válido el matrimonio contraído por clérigos de orden sacro, y por regulares profesos; que las causas matrimoniales pertenecían no a los Tribunales civiles sino a los eclesiásticos²¹⁴.

CONCLUSIONES

1. La conceptualización del matrimonio en el proyecto de Código civil de 1821 trae su causa de los siguientes factores: en el impulso codificador proclamado en la Constitución de Cádiz; en la recepción en nuestro país, a partir del Siglo XVIII, de las ideas secularizadoras matrimoniales; y, en tercer lugar, en la política liberal propia del Trienio liberal, que llevó a cabo una serie de reformas en el ámbito de la jurisdicción eclesiástica, amparadas en las doctrinas jansenistas y regalistas que defendían, como es sabido, una errada concepción de la posición del monarca en sus prerrogativas sobre la Iglesia nacional.

2. Más en concreto -y en su referencia al matrimonio-, los redactores del proyecto se inspiraron en las doctrinas de Pistoya, Pothier, Elizondo, y en los planteamientos ideológicos y técnicos del Código napoleónico y del Código de Nápoles.

3. Sin embargo, la recepción de los esquemas del *Code* no fue total, incluso en bastantes extremos intentó su recristianización. Se apartó del *Code* en el consentimiento paterno, en el que siguió en gran parte nuestra legislación recogida en las Pragmáticas de Carlos III y Carlos IV. Igualmente se separó en la regulación del divorcio, en cuanto que no suponía la disolución del vínculo, sino la mera separación de la cohabitación.

4. No obstante sus solemnes proclamaciones de respeto a los postulados canónicos -influido por Pothier-, conceptuó el matrimonio más como un contrato civil que como Sacramento. Lo que le llevó -siguiendo a Elizondo que copiaba a Van Espen- a legislar de forma cumulativa sobre los mismos temas regulados por el ordenamiento canónico: la capacidad de los contrayentes, los impedimentos, el consentimiento, los derechos y las obligaciones de los cónyuges y las

214. Cfr. Exposición del Obispo de Lérida a las Cortes el 22.II.1821. *Colección Eclesiástica Española*, cit. t. V, pp. 117-118.

causas legítimas de divorcio. E influenciado por el Sínodo jansenista de Pistoya, y por el Código de Napoleón guardaba absoluto silencio sobre los esponsales de futuro.

5. El proyecto, al prescribir la nulidad del matrimonio canónico celebrado sin el debido consentimiento paterno, y sin que antes de aquél se hubiese celebrado el "prematrimonio" laico efectuado ante el alcalde y los testigos, supeditaba el nacimiento del Sacramento a unos requisitos civiles que atañen al contrato matrimonial, lo que suponía una desenfocada visión de los verdaderos postulados canónicos (sobre la materia próxima del Sacramento que es el contrato, es decir el mutuo consentimiento por el cual se entregan y aceptan los esposos; y sobre la inseparabilidad entre el contrato y el Sacramento), pero interpretados en clave civil no canónica.

6. El proyecto atribuye las causas de divorcio a la jurisdicción secular. A la vez, esta jurisdicción conoce también de las causas de nulidad matrimonial por falta de consentimiento libre, por falta del debido consentimiento paterno, y por no haberse celebrado el convenio matrimonial civil previo al matrimonio canónico, respondiendo así a la influencia de la doctrina de Pothier.

7. Va más allá de la doctrina de este civilista francés, al atribuir a los Tribunales civiles el conocimiento de la nulidad matrimonial por defecto de las solemnidades y requisitos que para su celebración exige la ley. Porque entre esos requisitos estaba la celebración matrimonial ante el párroco y los testigos, esto es, la celebración *in facie ecclesiae*.

8. La doble legislación secular y canónica sobre el matrimonio plantearía una serie de conflictos jurisdiccionales a los que el proyecto no aludía para nada.

9. En cuanto a la prueba del matrimonio y al Registro del estado civil, el proyecto señala a los párrocos como las personas públicas encargadas de autorizar la autenticidad de los actos del estado civil, además de custodiar y protocolizar las actas del convenio matrimonial civil previo al matrimonio canónico.

10. La Jerarquía eclesiástica durante el Trienio Liberal sufrió una política anticlerical por parte del Gobierno, de la que intentó defenderse, sin éxito, por todos los medios a su alcance. No manifestó su protesta ante las claras discrepancias que el proyecto del matrimonio introducía en el ordenamiento canónico entonces vigente en España, debido quizás a que no llegó a tener conocimiento exacto del proyecto. Sin embargo, algún Prelado, ante la política que en todos los sectores eclesiásticos

venía manteniendo el Gobierno, advirtió que no debían legislar sobre el matrimonio alterando la disciplina canónica. En concreto, entre otros puntos, se advertía que la Iglesia tenía poder para establecer impedimentos dirimentes; y que las causas matrimoniales no pertenecían a la jurisdicción secular.

11. En definitiva, el matrimonio del proyecto de Código de 1821 parece el intento de una forzada conciliación entre los principios católicos inspiradores del derecho matrimonial tradicional español, y los principios liberales y progresistas de sus redactores.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO LOBO, A., MIGUELEZ DOMINGUEZ, L., ALONSO MORAN, S., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid 1963.
- ALVAREZ VIGARAY, A., *El Sistema del Derecho civil en la Literatura Jurídica del Siglo XIX español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 3 (1986), pp. 321 y ss.
- ANTEQUERA, J.M., *La codificación moderna en España*, Madrid 1887.
- BARCALA MUÑOZ, A., *Censuras inquisitoriales a las Obras de P. Tamburini y el Sínodo de Pistoya*, Madrid 1985.
- BENEDICTI PAPAE XIV (F4) *De Synodo Diocesana*, Madrid 1771, Lib. IX, Cap. XIV.
- BERNARDEZ CANTON, A., *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 5ª ed., Madrid 1986.
- CAPARROS, J.J., *Disciplina eclesiástica general del oriente y occidente, particular de España, y última del Santo Concilio de Trento*, t. II, Madrid 1807.
- CARCEL ORTI, V., *La Iglesia durante el reinado de Isabel II (1833-1868)*, en AA.VV., *Historia General de España y América*, t. XIV, pp. 409 y ss.
- CARRION OLMOS, S., *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, Jaén 1977.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, Madrid 1949.
- CASTRO Y BRAVO, F.DE, *El matrimonio de los hijos*, en "Anuario de Derecho Civil" (1954), pp. 36 y ss.; *Derecho civil de España*, t. I, Madrid 1955.

- CAVALLARIO, D., *Instituciones de Derecho Canónico, en las que se trata de la Antigua y Nueva Disciplina de la Iglesia y de las causas de sus mutaciones*, traducidas al castellano por Juan Tejada y Ramiro, t. IV, Madrid 1846.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Madrid 1959.
- CODEX IURIS CANONICI, Romae 1918.
- CODIGO DE DERECHO CANONICO, Edición anotada, Pamplona 1983.
- CODIGO DE NAPOLEON, con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo, el 3 de septiembre 1807, Madrid 1809.
- COLECCION ECLESIASTICA ESPAÑOLA, comprensiva de los Breves de S.S., Notas del R. Nuncio, representaciones de los S.S. Obispos de las Cortes, Pastorales, Edictos, con otros documentos relativos a las innovaciones hechas por los constitucionales en materias eclesiásticas desde el 7 de marzo de 1820. Madrid 1823, catorce tomos.
- COMELLAS GARCIA-LLERA, J.L., *Los moderados en el poder*, Madrid 1979;
Historia de España moderna y contemporánea (1474-1975), Madrid 1978.
El Trienio Liberal, en *Historia General de España y América*, t. XII, Madrid 1981.
- CONCILIO DE TRENTO, El Sacrosanto y Ecuménico, traducido al idioma castellano por I. López de Ayala, con el texto latino corregido según la edición auténtica de Roma, publicada en 1564, Madrid 1785.
- COX, W., *Espagne sous les rois de la maison de Bourbon*, t. VI, París 1827.
- CUENCA TORIBIO, J.M., *Iglesia y Estado en la España contemporánea (1789--1914)*, en "Ius Canonicum" X (1970), pp. 405 y ss.
Relaciones Iglesia-Estado en la España contemporánea, Madrid 1985, p. 2.
- DENZINGER, E., *El magisterio de la Iglesia*, Barcelona 1963.
- DEVOTI, J., *Institutionum Canoniarum*, IV, Matriti 1833.
- DICCIONARIO DE DERECHO CANONICO, arreglado a la Jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna. Por Isidro de Pastora y Nieto Teólogo-Canonista de la Universidad Literaria de Madrid; bajo la dirección de D. Judas José Romo, Obispo de Canarias, t. I, Madrid 1847.

- DICCIONARIO DE HISTORIA ECLESIASTICA DE ESPAÑA, Dirigido por ALDEA VAQUERO, MARIN MARTINEZ y VIVES GATELL, II. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1972.
- DIEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 1986, vol. I.
- ELIZONDO, F.A., *Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias*, t. VII, Madrid 1784.
- ENTRENA KLETT, C.M., *Matrimonio, separación y divorcio en la legislación*, Pamplona 1982, y 2ª ed. 1984.
- ESCUADERO, J.A., *Curso de Historia de Derecho*, Madrid 1985.
- FERRERES, J.V., *Los Españoles y el Matrimonio*, Madrid 1911. *Derecho sacramental*, Barcelona 1932.
- FUENMAYOR CHAMPIN, A. DE, *El matrimonio como contrato civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", II (1976); *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, en "Anuario de Derecho Civil", 7 (1954); *El matrimonio y el concordato español*, Discurso leído en acto de su recepción en Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1963.
- FUERO JUZGO, cotejado con los más antiguos y preciosos Códices, publicado por la Real Academia Española, Madrid 1815.
- FUERO REAL, del Rey Alfonso X El Sabio. Copiado de un código de El Escorial, y cotejado con varios códigos. Publicado por la Real Academia de la Historia, Madrid 1836.
- GARCIA-GALLO, A., *El origen y la evolución del Derecho, Manual de Historia del Derecho Español I*, Madrid 1975.
- GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza 1974.
- GASPARRI, P., *Codicis Iuris Canonici Fontes*, Roma 1923, vol. 1.
- GERPE GERPE, M., *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción de Contrato-Sacramento*, Salamanca 1970.
- GONZALEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho matrimonial canónico según el Código de 1983*, Pamplona 1983.
- HERVADA, J., ZUMAQUERO, J.M., *Textos Constitucionales españoles 1808-1978*, Pamplona 1980.
- HISTORIA GENERAL DE ESPAÑA Y AMERICA, AA.VV., ts. XII, Madrid 1981 y XIV, Madrid 1983.
- HISTORIA DE LA IGLESIA EN ESPAÑA, AA.VV., dirigida por R. García

- Villoslada, ts. IV y V, Madrid 1979.
- LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española; Codificación civil*. t. IV, vols. I y II. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid 1978 y 1979.
El ministerio de Justicia, su imagen histórica (1714-1981), Madrid 1984.
- LE BRAS, G., voz *Mariage* en "Dictionnaire de Theologie Catholique", t. IX, 2ª Parte, París 1927.
- LOPEZ ALARCON, M., NAVARRO VALLS, R., *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordatario*, Madrid 1984.
- LLORENTE, J.A., *Colección diplomática de varios papeles antiguos y modernos sobre dispensas matrimoniales y otros puntos de disciplinas eclesiásticas*, Madrid 1809.
Discursos sobre una Constitución religiosa, considerada como parte civil nacional, París 1814.
- MARTINEZ ALCUBILLA, M., *Boletín Jurídico-Administrativo del Diccionario de la Administración Española*, Anuario de 1870.
- MENENDEZ PELAYO, M., *Historia de los Heterodoxos Españoles*, t. IV, Madrid 1947.
- MIGUELEZ DOMINGUEZ, L., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, t. II, Madrid 1963.
- MORALES Y ALONSO, J.P., *Instituciones de Derecho Canónico*, t. II, Madrid 1895.
- MURIEL, A., *Historia de Carlos IV*, Madrid 1959, pp. 216-219.
- NAVARRO-VALLS, R., *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*, Madrid 1972.
El matrimonio religioso ante el Derecho Español, Madrid 1984.
- NAVARRO VALLS, R., y LOPEZ ALARCON, M., *Curso de Derecho matrimonial canónico y Concordatario*, Madrid 1984.
- NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, Mandada formar por Carlos IV, Madrid 1805.
- D'ORS, A.-BONET CORREA, J., *En el Centenario del Proyecto Isabelino de Código civil*, en "Información Jurídica", 96, 1951.
- PASTOR DIAZ, N., y CARDENAS, J., *Galería de Españoles célebres contemporáneos*, Madrid 1841.
- PASTORA Y NIETO, I., *Diccionario de Derecho Canónico*, arreglado a la Jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna, por D. (...), teólogo-canonista de la Universidad Literaria de la Corte, bajo la dirección del Excmo. e Ilmo. Sr. D. Judas José Romo



- Obispo de Canarias, t. I, Madrid 1847.
- PEREZ MIER, L., *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid 1940.
- PEREZ-PRENDES y MUÑOZ DE ARRACO, J.M., *Historia del Derecho Español*, Madrid 1973.
- PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del Proyecto del Código Civil de 1821*, en "Anuario de Derecho Civil" (1975), pp. 29 y ss.
- POTHIER, R.J., *Tratado del contrato de matrimonio*. Traducido al español, con notas de Derecho patrio, bajo la dirección de D. Mariano Noguera y Francisco Carles, Barcelona 1846.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, t. I, Barcelona 1966.
- REINA, V., *Lecciones de Derecho matrimonial*, Barcelona 1983.
Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad, Barcelona 1984.
- ROSSINYOL ESTRUCH, J.M., *La doctrina de los esponsales en el Derecho Canónico y Civil*, pro manuscrito, Pamplona 1977.
- ROYO MARIN, A., *Teología Moral para Seglares*, Madrid 1965.
- SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil español*, ts. I y V, Madrid 1899.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A., FUENMAYOR CHAMPIN, A. DE, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigido por Manuel Albaladejo, t. II, Jaén 1978.
- SANTAREN M., *Ley de disenso paterno, respecto a los matrimonios de los menores de edad, comentada y explicada*, Madrid 1866.
- SIERRA NAVA, L., *La reacción del episcopado español ante los decretos de matrimonios del Ministro Urquijo de 1799 a 1813*, Bilbao 1964.
- TEJERO ROBLEDO, E., *Arenas de San Pedro*, Madrid, Burgos 1975, pp. 102-111.
- VERLANGA HUERTA, F.-MUÑIZ MIRANDA, J., *Concordancia entre el Código civil francés y los códigos civiles extranjeros*, Madrid 1847.
- WERNZ, F.X., *Ius Decretalium*, vol. IV, Roma 1904.