

Se concede aquí al Oficial del estado civil, como más tarde en el momento de la celebración, un poder de apreciación y de decisión en orden a la comprobación de las circunstancias todas que deben concurrir para contraer válidamente matrimonio. Puede dicho Oficial rehusar las publicaciones cuando estime que no concurren todas las condiciones exigidas, y si las rehusa deberá expedir un certificado en que motive su negativa (art. 75); la decisión definitiva corresponde, sin embargo, a la autoridad judicial; contra la negativa del Oficial podrá recurrirse al Tribunal civil, que dictará providencia luego de oído el Ministerio público (art. 75 del Código civil, art. 798 del Código de procedimiento civil).

Efectuadas las publicaciones podrá celebrarse el matrimonio no antes del cuarto día siguiente al de la última publicación (artículo 76). Pero la eficacia de las publicaciones no es indefinida; la pierden y debe renovarse si el matrimonio no se celebra dentro de los ciento ochenta días siguientes (art. 77), y ello porque en tan largo lapso de tiempo pueden sobrevenir nuevos impedimentos.

Se admite la dispensa de las publicaciones. El poder de dispensar, que es una prerrogativa del Soberano, se ejerce por el Ministerio público, como autoridad delegada del Rey. Puede dispensarse de una de las dos publicaciones, y la concede por causas graves el Procurador del Rey del Tribunal en cuya jurisdicción haya de celebrarse el matrimonio; puede dispensarse de ambas por causas *gravísimas*, y el poder de dispensar es ejercido por el Procurador general de la Corte de Apelación, pero en este último caso precisa la exhibición de un acta de notoriedad en la que cinco personas, aunque sean parientes de los esposos, declaren bajo juramento ante el Pretor del partido de uno de ellos que los conocen bien, consignando el nombre, apellidos, profesión y residencia de los esposos y de sus padres y asegurando por su conciencia que ninguno de los impedimentos enunciados en los artículos 56, 57, 58, 59, 60, 61 y 62 se opone al matrimonio (art. 78 del Código civil y art. 82 del Real decre-

to de 15 de Noviembre de 1869, modificado mediante el Real decreto de 14 de Febrero de 1869, n. 4.872) (1).

Finalmente, puede prescindirse no solamente de las publicaciones, sino de todo otro requisito preliminar en el caso de inminente peligro de muerte de uno de los esposos, o sea en el llamado matrimonio *in extremis*, pero a condición de que los esposos tengan prole cuya legitimación pretendan conseguir mediante el matrimonio subsiguiente. La facultad de prescindir de toda formalidad se atribuye al Oficial del estado civil, que usará de ella cuando concurra peligro de muerte, procediendo a la celebración del matrimonio fuera de la Casa Municipal (2) previa exhibición de una declaración jurada de cuatro testigos en la que afirmen la ausencia de impedimento de parentesco, afinidad, de estado, y mediando prestación del consentimiento favorable de los ascendientes o del tutor (artículo 78, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865).

b) *Celebración del matrimonio*.—La forma de verificarse el acto del matrimonio—fría, como todas las solemnidades de la ley civil y sin el perfume místico que exhala la correspondiente ceremonia eclesiástica—consiste substancialmente en la publicidad y oralidad de una interrogación hecha por el Oficial del estado civil a los esposos y en una respuesta simple de éstos, terminándose con la declaración del citado Oficial de haber contraído matrimonio los esposos. Es este el momento decisivo del acto, porque en él se contrae el matrimonio (3). Ningún otro rito o solemnidad precisa si se prescinde del carácter con que actúa

(1) Durante la última guerra y en favor de los militares se ordenó una mayor simplificación del procedimiento de dispensa por el Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915, núm. 196.

(2) Independientemente del peligro de muerte puede celebrarse el matrimonio fuera de la Casa Municipal, en la casa de uno de los esposos o en otro lugar, si el esposo por enfermedad u otro impedimento no puede personarse en la Casa Ayuntamiento (art. 97); esta disposición no guarda relación alguna con la del art. 78 sobre el matrimonio *in extremis*.

(3) Por esto insistimos en evidenciar la función constitutiva de la intervención del Oficial del estado civil. Bastaría a probar esta función el siguiente ejemplo: si después de interrogados los esposos y obtenida

el susodicho Oficial (art. 97, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). Las prescripciones de forma son de rigor: El matrimonio debe celebrarse en la casa comunal (salvo el caso de impedimento de uno de los esposos: art. 96) y públicamente ante el Alcalde o quien le sustituya (que es el Oficial del estado civil), en el Municipio en que uno de los esposos tenga su domicilio o residencia (a diferencia de lo prescrito respecto a las publicaciones, que deben hacerse solamente en el Municipio de residencia), a presencia de dos testigos, aunque sean parientes (artículos 93 y 94). Puede concederse por razones especiales autorización para celebrar el matrimonio en otro Municipio, pero el Oficial del estado civil de éste deberá ser requerido por el Oficial del Municipio competente y aquél transmitirá a éste el día siguiente copia auténtica del acta de matrimonio (art. 96). El día es fijado por las partes, aunque con las limitaciones establecidas en los artículos 76 y 77: el Oficial celebrante dará lectura a los esposos de los artículos 130, 131 y 132 del Código civil relativos a los más esenciales deberes de los cónyuges entre sí y de los cónyuges para con la prole; interroga, pues, a los esposos si pretenden tomarse como marido y mujer, recibe su declaración, que debe ser afirmativa, pura y simple, e inmediatamente declara en nombre de la ley verificada la unión (art. 94). Hay preceptos especiales para los casos en que uno de los esposos sea sordo, sordomudo o analfabeto (artículos 98 y 99, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). De las solemnidades que han tenido lugar se extiende un acta que se inscribe en los registros del Estado civil con la mención de todos los elementos indispensables para acreditar la regularidad del matrimonio (art. 383), firmándola los esposos y los testigos. Pero la forma no es esencial ni el acta constituye requisito ineludible de la existencia del matrimonio; vale solamente como prueba de la celebración.

la respuesta de éstos, el Oficial del Estado civil muriese antes de haber declarado la unión, el matrimonio se consideraría no celebrado. Distinto sería el caso en que se impidiese la extensión del acta del estado civil, luego de celebrado el matrimonio; la extensión del acta afecta a la prueba y no a la existencia del matrimonio.

En efecto, la ley, para evitar incertezas respecto al estado personal, no admite la reclamación del título de cónyuge ni la de los efectos civiles del matrimonio si no se presenta acta de celebración obtenida de los registros del Estado civil (art. 117); ni la posesión de estado, aunque se alegue por ambos cónyuges, releva de la necesidad legal de presentar el acta de celebración (artículo 118). Si en éste hubiere un defecto de forma, la posesión de estado conforme a la referida acta los subsana (art. 119). Sólo en algunos casos excepcionales la falta de acta puede suplirse con otros medios de prueba. Así si los registros del Estado civil no se han llevado regularmente, o se han destruído o extraviado, podrá admitirse como pruebas del matrimonio la documental y la testifical (art. 364). Semejantemente cuando hubieren indicios de que por dolo o culpa del Oficial del estado civil el acta del matrimonio no se hubiere inscrito en los registros, los cónyuges podrán exigir que se declare la existencia del matrimonio según las normas establecidas para los casos en que falten las actas del estado civil, con tal de exhibir el extracto de las publicaciones o del decreto de dispensa de éstas y de que haya una posesión de estado conforme (art. 121). La prueba de la celebración del matrimonio puede resultar de un proceso penal, y en este caso la inscripción de la sentencia en los registros asegura el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio relativos a los cónyuges y a sus hijos desde el día de la celebración (art. 122). Finalmente, y para proteger a la prole, se establece que habiendo hijos de dos personas que hayan vivido públicamente como marido y mujer y que luego hubieren muerto, la legitimidad de dichos hijos no podrá ser impugnada por faltar la prueba del matrimonio cuando dicha legitimidad resulte probada mediante una posesión de estado que no se oponga a tenor del acta de nacimiento (art. 120).

Tanto en el momento de las publicaciones como en el de la celebración, la ley faculta al Oficial del estado civil para rehusar la si a ella se oponen obstáculos legalmente previstos. Deberá expedir certificación de su negativa en la que indique los motivos en que apoya ésta; contra la negativa se puede recurrir ante

el Tribunal que resuelve oyendo al Ministerio fiscal; en segunda instancia decide la Corte de Apelación (art. 98 del Código civil; artículos 797 y 798 del Código de Procedimiento civil).

Disposiciones especiales regulan el matrimonio de los extranjeros en Italia y el de los italianos en el extranjero (artículos 100-103) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Coexisten en nuestra legislación dos formas de matrimonio: la canónica y la civil (art. 42 del Código civil español) y en ambas se exigen análogos requisitos para su celebración.

La capacidad de los contrayentes, determinada por la inexistencia de impedimentos, el consentimiento libremente expresado y ciertos requisitos formales.

Se acredita la capacidad en el expediente de libertad instituido por el Párroco en los matrimonios canónicos y por el Juez municipal en los civiles; en él mediante publicaciones o amonestaciones se hace saber la celebración del matrimonio para que puedan oponerse a ella o denunciar los impedimentos que son las causas que determinan o la no celebración del matrimonio o su nulidad y se clasifican en absolutos y relativos afectando éstos tan sólo a determinadas personas entre sí.

También se clasifican en dirimientes e impedientes; los últimos son conocidos en nuestro Código civil por el nombre de prohibiciones (artículo 45).

Los dirimientes están enumerados en los artículos 83 y 84 del Código civil, más la impubertad legal no se puede incluir entre ellos por originar sólo la anulabilidad, no la nulidad, del matrimonio.

Con la enumeración del Código civil casi coincide la del *Codex Iuris Canonici* (cánones 1.067 y siguientes) que establece pequeñas variaciones en la edad (diez y seis y catorce años para varones y hembras, respectivamente), en los grados de parentesco, y en la calificación de la impotencia, añadiendo la disparidad de cultos, el concubinato por pública honestidad y el parentesco espiritual derivado del bautismo (art. 100 y canon 1.091).

El consentimiento que puede expresarse por representante, ha de ser libremente prestado; la coacción, la fuerza y el miedo grave lo vician pudiendo determinar la anulación del matrimonio. También produce esos efectos el error que para el Código civil, art. 101, ha de ser en la persona y para el *Codex Iuris Canonici* puede recaer lo mismo en la sustancia, que en la persona, que en cualidad de la persona (cánones 1.082 y 1.083).

La forma es bien distinta, quedando reducida en el matrimonio civil a la lectura de los artículos 56 y 57 del Código civil y a la pregunta que el Juez municipal ante los testigos dirigirá a uno y otro contrayente sobre si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio y efectivamente lo celebran. contestada afirmativamente, se levantará acta (artículo 100). Al acto de celebración de matrimonio canónico asistirá el Juez municipal, quien levantará acta, que incorporará seguidamente al Registro civil (art. 77).

Ciertas especialidades están determinadas por la condición de extranjero de uno de los contrayentes, por ser el matrimonio *in articulo mortis* y por ser secreto o de conciencia (artículos 91, 78 y 79 del Código civil español).

La única prueba del matrimonio se consigue mediante las actas de.

§ 108.—*Oposición a la celebración y nulidad del matrimonio*

Brugi, *Ist.*, §§ 76 y 77; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 107 y 153; Zachariae, *Man.*, III, §§ 429-435; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 458-464; Planiol, *Traité*, I, números 799 y siguientes, 994 y siguientes.

I. *Oposición a la celebración del matrimonio.*—La obligación impuesta al Oficial del estado civil de no proceder a la celebración del matrimonio cuando constare la existencia de un impedimento matrimonial o cuándo no se hubieren observado todas las formalidades preliminares, podría ser insuficiente para asegurar el respeto a la ley; en efecto, pueden existir impedimentos cuya existencia ignore dicho Oficial, pueden los cónyuges engañarle con argucias.

Las publicaciones tienen por objeto dar a conocer los impedimentos existentes, ya que todo ciudadano tiene derecho a denunciarlos a las autoridades. Pero aun con esto precisa un medio eficaz para hacerlos valer y para impedir que el matrimonio se celebre: éste medio es la oposición.

La oposición al matrimonio es un derecho que corresponde no sólo a todo ciudadano, si que también a determinadas personas a las que la ley impone el deber de tutelar el interés familiar; los más próximos parientes, el cónyuge, los afines, según los casos, y el Ministerio fiscal siempre. No procede ejercitarla por un motivo cualquiera, sino mediando causas legítimas, cuando falte alguna de las condiciones exigidas para contraer matrimonio. Es, pues, cosa distinta de la negativa del consentimiento que deben prestar los padres, los ascendientes, el Consejo de familia o de tutela; este consentimiento puede rehusarse por motivos de oportunidad, por efecto de la libre apreciación de la conveniencia del matrimonio, sin que precise motivar dicha negativa a no ser en el caso de reclamación del hijo ante la Corte de Apelación (art. 67), la oposición, en cambio, sólo es admitida

Registro civil, salvo para los matrimonios celebrados antes de regir el Código civil que se probarán por los medios establecidos en las leyes anteriores - y cuando desapareciesen las actas o libros del Registro, no existiesen o se promoviese contienda judicial, casos en los que son admisibles todos los medios de prueba.

en virtud de causas expresamente reconocidas por la ley, debiendo alegarse el motivo en que se funda y pudiendo ejercitarse contra quien tenga más edad de aquella para en la que se requiere el consentimiento. Graves son, en efecto, las consecuencias de la oposición; en su virtud el matrimonio se suspende y no puede celebrarse hasta que se desautorice la oposición mediante sentencia firme; admitir, pues, la oposición sin fijarle límites perjudicaría más que beneficiaría al orden familiar.

Pero no todos los que pueden ejercer la oposición pueden *oponerse* por todos los motivos reconocidos en la ley; algunos pueden oponerse por *todos* estos motivos, y otros sólo por *algunos*. Corresponde la facultad de oposición ilimitadamente: 1), al padre, a la madre, y en defecto de ambos a los abuelos y abuelas respecto al matrimonio de sus hijos y descendientes, aunque los hijos varones hayan cumplido los veinticinco años y las hijas los veintiuno; 2), al Ministerio fiscal, para quien el derecho de oposición se convierte en un deber profesional (art. 87), a quien el Oficial del estado civil tiene obligación de denunciar los impedimentos que no le hubieran sido declarados y de suspender la celebración hasta que el Ministerio fiscal resolviera (art. 90, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). Corresponde la facultad de entablar oposición limitadamente: 1), en defecto de ascendientes, a los hermanos y hermanas, tíos y tías, a los primos hermanos mayores de edad, al tutor y al curador que hubieren sido autorizados por el Consejo de familia o de tutela, en defecto del consentimiento requerido por el art. 65 o cuando uno de los esposos sea enfermo mental aunque no esté interdicto (artículos 83 y 84); 3), al cónyuge de la persona que desea contraer otro matrimonio (art. 85), supuesto el caso de que una persona casada consiga engañar a aquella con quien desea contraer matrimonio y al Oficial del estado civil, haciéndoles creer que es soltero; 3), al ascendiente más próximo de la viuda y a todos los afines de ésta en el caso en que quiera contraer segundo matrimonio antes de transcurrir diez meses desde que ocurrió la muerte del primer marido; a los mismos y al propio marido si el primer matrimonio hubiera sido anulado (art. 86).

La oposición es un acto que se notifica en forma de citación a los esposos y al Oficial del estado civil y en ella se indicará la cualidad que otorga el derecho de oponerse, la causa de la oposición, la elección del domicilio en el Municipio en donde tiene su sede el Tribunal en cuyo territorio deba celebrarse el matrimonio (artículos 88 y 89 del Código civil; artículos 797 y 798 del Código de Procedimiento civil). Hecha por quien tenga derecho a su ejercicio y basada en causa reconocida por la ley, produce sin más la suspensión de la celebración, sin que pueda el Oficial del estado civil juzgar de la existencia del impedimento y del fundamento de la oposición (art. 90): la suspensión dura hasta que la oposición haya sido declarada infundada mediante sentencia firme (art. 90). El derecho de obtener que la oposición se declare infundada corresponde al esposo a quien afecte el impedimento alegado o a ambos esposos. Admitida la oposición, la suspensión será definitiva y el matrimonio no puede celebrarse por lo menos mientras subsista el impedimento cuando éste sea temporal; si la oposición es rechazada, el oficial del Estado civil debe, previa exhibición de la sentencia, proceder a la celebración del matrimonio (salvo el deber de renovar las publicaciones si hubieren transcurrido los términos de su validez) y el oponente puede ser condenado al resarcimiento de daños al esposo, siempre que no se trate de un ascendiente o del Ministerio fiscal (art. 91).

II. *Nulidad y anulabilidad del matrimonio.*—Cuando a pesar de faltar uno de los requisitos exigidos o no obstante la concurrencia de algún impedimento, se hubiere contraído el matrimonio, pueden producirse tres situaciones profundamente diversas, según la naturaleza o importancia del requisito que falte o del impedimento que se viola. El matrimonio, en efecto: *a*), puede ser nulo, es decir, jurídicamente inexistente; *b*), puede ser anulable, es decir, producir plenos efectos en tanto no sea impugnado mediante la acción de la anulación; *c*), puede tener plena validez y no ser impugnable no obstante haberse conculcado un precepto legal. Las dos primeras hipótesis se dan cuando falta una condición o requisito esencial al matrimonio o cuando

no se haya tenido en cuenta y respetado un impedimento dirimente; la tercera se produce por la violación de un impedimento impediante.

Pero el sistema legal no se reduce a esta simple distinción de efectos. Hay que tener en cuenta de una parte la consciencia o la ignorancia que del impedimento tuvieren los esposos, porque es justo que las consecuencias sean menos graves para quien ignorando el obstáculo contrajera matrimonio (cónyuge de buena fe), y en todo caso debe ponerse la prole a salvo de tales consecuencias y favorecer su legitimidad. Por otra parte, en los casos de anulabilidad hay que apreciar los hechos que pueden equivaler a una renuncia al ejercicio de la acción o a tolerancia del vicio, para no exponer por demasiado tiempo el matrimonio a los peligros de la anulación, por la utilidad social que reporta el que las situaciones familiares ilegalmente creadas se consoliden en bien de la familia y se hagan inimpugnables.

No hubieran satisfecho tal exigencia los preceptos y términos concernientes a la acción común de anulación aplicable a los negocios jurídicos. De este modo el sistema legal resulta complejo y rico en preceptos especiales, apropiado a la delicadeza e importancia de la materia.

a) *la nulidad* se produce por la falta de uno de los requisitos fundamentales del matrimonio o por la infracción de un impedimento dirimente, en cuyos casos no es posible convalidación por ser casos absolutos de nulidad. Es producida por tanto:

- 1) por la *identidad de sexo*;
- 2) por *defecto absoluto en el consentimiento de los esposos*;
- 3) por *defecto absoluto* en la forma (no celebrarse ante el Oficial del estado civil, no concurrir los testigos);
- 4) por *parentesco* legítimo o natural en línea recta hasta el infinito y en la colateral hasta el tercer grado; por afinidad en línea recta hasta el infinito, en la colateral hasta el segundo grado; por parentesco civil de adopción en los términos establecidos en el art. 60 (I);

(I) Según algunos, cuando se viola el impedimento de parentesco o de afinidad dentro de los grados en que se admite la dispensa real tíos

5) *por el vínculo de matrimonio* anterior no disuelto ni anulado (2);

6) por el homicidio voluntario cometido, intentado o frustrado en la persona del cónyuge de uno de los contrayentes (3).

Conformemente a los principios generales, la nulidad es inconválida, perpetua, de orden público, invocable por cualquier interesado. *Inconválida*, porque es ineficaz todo acto posterior confirmatorio o de ratificación, así como la consumación, la cohabitación y la procreación, ni la misma posesión del estado de cónyuge; ninguno de estos actos hace eficaz una unión que jurídicamente no existe, aun cuando no se estime (tal ocurre en los casos de bigamia e incesto), como delito. Sólo una nueva celebración (cuando sea posible) puede reparar, pero sólo para el futuro, nunca para el pasado. *Perpetua*, porque la nulidad puede ser declarada en cualquier tiempo, sin que éste perjudique por su transcurso la eficacia de la acción. *Invocable por todos*, porque no sólo los esposos, si que también los ascendientes y sobrinos, cuñados y cuñadas), habría solamente anulabilidad no nulidad de matrimonio. Si hubiese solamente anulabilidad, la ley debería indicar el modo de convalidar el matrimonio, y no lo indica; no sería convalidación la dispensa obtenida posteriormente, porque el matrimonio debería celebrarse de nuevo, es decir, habría que hacer lo que hay que hacer cuando un acto es nulo: renovarlo.

(2) Un caso particular es el del matrimonio contraído por quien, siendo casado, tenga a su cónyuge ausente; es una desviación de los principios, justificada por la especialidad del caso. El nuevo matrimonio es nulo indudablemente, porque la ausencia prolongada de un cónyuge no rompe el vínculo conyugal; el cónyuge del ausente no es de estado libre. Pero frente al rigor de los principios hay la conveniencia práctica de no turbar la nueva unión sin necesidad grave, ya que el ausente podía haber muerto o no regresar jamás. El Código (art. 114) preceptúa en tal caso que la acción de nulidad no pueda ejercitarse mientras dure la ausencia. Si ésta cesa, el segundo matrimonio es sin más nulo, y bastará probar la cesación para declararlo tal; si el ausente no regresa nunca, el matrimonio es válido e inimpugnabile. Es una hipótesis ésta, intermedia entre las de nulidad y anulabilidad.

(3) También respecto a este impedimento cuya violación produce, según algunos, la mera anulabilidad, se repite lo dicho anteriormente, número 1.

tes próximos, el Consejo de familia o de tutela, el cónyuge del binubo, el Ministerio fiscal y cualquier tercero que tenga un interés legítimo y actual, aunque sea exclusivamente patrimonial, pueden instar que se declare nulo el matrimonio (art. 104, párrafo 1.º). La acción que corresponde al Ministerio fiscal resulta temporalmente limitada; no puede ejercitarse cuando muera uno de los contrayentes (art. 114).

b) La nulidad es producida por vicios o defectos menos graves que los anteriores; se trata aquí de la violación de un impedimento dirimente; pero en cuanto el vicio o defecto es convalidable y puede oponerse sólo por determinadas personas, el impedimento es relativo. Según el vicio o defecto, varían el modo de convalidación y el plazo para el ejercicio de la acción de anulación; pueden variar las personas que deben oponer tales impedimentos. La anulabilidad precede:

1) *Del defecto en la edad* para contraer matrimonio, o sea cuando el esposo no haya cumplido los diez y ocho años o la esposa los quince y no haya habido dispensa real. El derecho de impugnación es concedido a los esposos, a los ascendientes próximos, al Consejo de familia y de tutela, al Ministerio público, a todos los que tengan un interés legítimo y actual (art. 104, párrafo 1.º). No corresponde a los ascendientes o Consejos que hubieren consentido el matrimonio (art. 111). Esta causa de anulabilidad se convalida de dos modos: α), por el transcurso de seis meses, desde el día que se cumplió la edad requerida para contraer; β), por el embarazo de la mujer, aun cuando no haya cumplido dicha edad (art. 110) (1). La dispensa real posterior no convalidaría el matrimonio.

(1) La disposición del núm. 2 del art. 110 sugiere una duda. Al declarar caducada la acción de impugnación cuando la esposa hubiere quedado encinta, prevé el caso de que ésta no haya cumplido la edad requerida para contraer matrimonio. Pero si tampoco el esposo la ha cumplido, ¿el embarazo de la mujer convalidará el matrimonio? Algunos opinan en sentido negativo; si ambos esposos no tienen la edad legal, habrá dos motivos de anulación; uno por razón del esposo y otro por razón de la esposa. El embarazo subsanará el defecto de edad en la esposa, pero no el del esposo; en favor de éste se da además la presunción de incapacidad.

2) *Del vicio en el consentimiento de los esposos*, cuando haya habido violencia psíquica o error en la persona, entendido éste dentro de los límites antes fijados. La acción de anulación se concede solamente al otro esposo, o sea a aquel cuyo consentimiento no fué libre, a quien sufrió error (art. 105). El vicio se subsana, y la demanda de anulación no es admitida cuando hubiere habido cohabitación continuada durante un mes, luego que el esposo recobrare su plena libertad o conociese el error (artículo 106). Aunque la ley no lo declare, se debe considerar eficaz también la ratificación expresa: no hay razón que justifique que la declaración del esposo amenazado o que sufrió error, por la que reconozca el vicio y confirme su voluntad, no produzca en el matrimonio los mismos efectos que en cualquiera otro negocio jurídico.

3) *Por la interdicción por enfermedad mental*: el matrimonio es anulable, ya sea que la sentencia de interdicción fuese anterior a la celebración, ya sea que dicha sentencia fuese posterior, cuando la enfermedad mental sea anterior a la celebración. Pueden deducir la demanda el propio interdictado, su tutor, el Consejo de familia o de tutela, el Ministerio fiscal (art. 112). La acción no es admisible si ha habido cohabitación continuada por tres meses, después de revocada la interdicción (art. 112).

4) *Por falta de consentimiento de los padres* o de las personas que deben prestarlo. La acción de anulación se concede al esposo, que necesitaba el consentimiento que falta, y a los padres, a los ascendientes, al Consejo de familia o de tutela, que

ciudad para la generación por su impubertad. Hay que estimar, sin embargo, que la convalidación produce sus efectos en orden a ambos cónyuges; el defecto de edad en ambos es subsanado por la copulación y por la maternidad que prueban la madurez sexual de los esposos y la posibilidad de que se cumplan los fines del matrimonio. La concepción prueba la pubertad no sólo de la esposa, si que también del esposo menor, ya que por el principio *pater est quem iustae nuptiae demonstrant*, éste debe estimarse padre del hijo concebido. Añádase, que si los números 1 y 2 son excepciones a la regla del art. 110, y si en éste no se distingue entre el caso en que la edad legal falte en un esposo de aquél en que falte en ambos, la excepción del núm. 2 debe referirse a ambos casos y la acción caduca, tanto si falta la edad en un esposo, como si falta en ambos.

deben prestarlo (art. 108). Tal irregularidad se subsana: α), por el esposo (a salvo siempre la acción de los padres, ascendientes, etc.), cuando hubiese alcanzado la mayor edad en el momento de contraer matrimonio; β), por el esposo o por la esposa (a salvo aquí también la acción que corresponde a los demás), cuando, habiendo alcanzado la mayor edad, dejaren transcurrir seis meses sin entablar reclamación; γ), por todos, cuando las personas que deben prestar el consentimiento hayan aprobado expresa o tácitamente el matrimonio; δ), por todos, cuando estas personas hayan dejado transcurrir seis meses sin reclamar contra el matrimonio (artículos 108, 109).

5) *Por la impotencia* manifiesta perpetua y anterior al matrimonio (art. 107). La impotencia puede ser de varias clases: *impotentia coeundi*, cuando no sea posible por cualquiera causa la copulación; *impotentia generandi*, cuando haya simple esterilidad e incapacidad de procrear. La *imp. coeundi* a su vez puede ser *instrumental* (defecto o falta de los órganos sexuales) o *funcional* (imposibilidad de ejercicio por frigidez, etc.), y esta última *absoluta*, si se da con relación a toda persona perteneciente a otro sexo, o *relativa*, si se da solamente con respecto al otro cónyuge. Se discute cuál de estas especies ha tenido en cuenta el legislador para declararle causa de anulación del matrimonio. Hay que estimar—teniendo presentes las miras de la ley, la tradición histórica y la doctrina canónica (1)—, que sólo es eficazmente alegable la *imp. coeundi*, no la *generandi*, que es de prueba difícil, contrasta menos con las finalidades del matrimonio y produce menos perturbaciones en el orden familiar. Pero tanto

(1) La materia tuvo un amplio desenvolvimiento en el Derecho canónico y las enseñanzas de los canonistas influyeron notablemente en la codificación y en las doctrinas modernas. Las monografías abundan. He aquí las más importantes: Brandileone, *L'impedimentum impotentiae respectivae sec. il dir. canonico* (*Foro il.*, 1910, 1, páginas 327 y siguientes); Co. viello, *L'impotenza relativa come causa di annullamento del matrimonio* (*Riv. dir. civ.*, 11, 1910, páginas 1.^a y siguientes); Gregoraci, *Criteri fondamentali per la retta interpretazione dell art. 107 del Cod. civ.* (*Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 407 y siguientes); para una exposición sintética, Giovene, *Impotenza en Dir. prat. di dir. priv.*; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, página 88, n. n.

la instrumental como la funcional (incluyendo la llamada impotencia psíquica, producida por defecto en los centros nerviosos), lo mismo la absoluta que la relativa, son alegables, porque todas estas especies constituyen un obstáculo a la consecución del fin matrimonial, a la satisfacción de la necesidad sexual, fin y necesidad que, si no son altas idealidades, constituyen el fundamento natural del matrimonio, el primitivo impulso que induce a contraerlo. Es indiferente que estas especies se den en la mujer o en el hombre, es indiferente, aunque sea más frecuente la impotencia del hombre. Cualquiera que sea la especie de esta impotencia, deben concurrir tres requisitos para que, a tenor de la ley, sea invocable; la impotencia debe ser: α), *manifiesta*, es decir, patente, clara, cierta, evidente, demostrable mediante los procedimientos de la técnica médica; no podría alegarse aquella que es mero producto de inducción o de conjeturas; en cambio, no se requiere que sea perceptible por los sentidos; β), *perpetua*, es decir, incurable; no basta una enfermedad orgánica temporal o una ineptitud transitoria; γ), *anterior al matrimônio*, ya que los vicios que anulen éste deben (como en todo negocio jurídico) preexistir o acompañar a la formación de la relación; si se admitiese la posterior, se correría el peligro de anular matrimonios con excesiva frecuencia, y no sería tarea fácil fijar límites de tiempo o edad.

Esta causa de anulación puede ser propuesta únicamente por el otro cónyuge (art. 107). Se subsana: α), por el conocimiento que con anterioridad al matrimonio tuviese un cónyuge de la impotencia del otro; β), por la impotencia del otro cónyuge, siempre que sea anterior, manifiesta y perpetua (1). La acción no

(1) Ninguna de estas causas de subsanación está mencionada en la ley, pero la doctrina las admite y con razón; la primera, porque el cónyuge que conoció antes del matrimonio la impotencia del otro, demuestra que renuncia a la copulación, que es un interés personal (sobre esta materia véase Bertola, *La prescienza dell'impotenza en Foro it.*, 1914, I, página 492); la segunda, porque carece de interés jurídico quien siendo el mismo impotente, no puede esperar el verificar con el otro la copulación. Giovene, (*ob. cit.*), combate una y otra. Estima posible la subsanación en el caso en que la esposa haya concebido y dado a luz por obra de

caduca nunca; puede ejercitarse por el otro cónyuge en todo tiempo (1).

6) Por la incompetencia del Oficial del estado civil. Como, según el art. 1.º del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 sobre ordenamiento del estado civil, el Alcalde o quien le sustituye (salvo delegación de funciones) es el Oficial del estado civil, habrá incompetencia siempre que se celebre un matrimonio ante el Alcalde de un Municipio distinto del correspondiente o antes sustituto que no sea el Teniente de Alcalde o ante el Concejal más antiguo, no estando impedido el Teniente de Alcalde, y, en general, ante persona que no hubiese recibido delegación del Alcalde para ejercer las funciones de que tratamos (2). No sería incompetencia y sí defecto absoluto de forma que implicaría nulidad el celebrarse el matrimonio ante un Notario o Sacerdote o cualquiera otra autoridad que no pueda ni por delegación ejercer tales funciones. La anulación puede ser pedida por los cónyuges, por los ascendientes próximos, por el Consejo de familia o

un tercero y el marido no haya ejercitado la acción de desconocimiento de la prole, porque a la anulación obstaría la condición legítima que el hijo adquirió. Pero tal legitimidad quedaría a salvo, incluso con la anulación (art. 116); tampoco el obstáculo a la acción sería la inmoralidad que supondría el que el marido que acepta una prole que no es suya invoque ahora el adulterio de la mujer para anular el matrimonio, porque la acción de desconocimiento puede no ejercitarse (como ocurre con frecuencia), para no perjudicar a la prole.

(1) Pero esto hay que entenderlo *cum grano salis*. Es absurdo afirmar que la acción no se extingue en toda la vida de los cónyuges o que prescribe solamente por el transcurso de treinta años; repugna al sentido moral el permitir que un cónyuge después de muchos años de vida en común impugne el matrimonio por un vicio que sólo en edad juvenil puede pesar. Corresponde al Juez en este caso un poder discrecional que le permita rechazar la acción según las circunstancias.

(2) En sentido contrario véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 199, n. a, quien en todos los casos previstos en el texto (menos el primero), estima que falte el Oficial del estado civil y que por tanto el matrimonio es nulo, no anulable. No me parece admisible tal opinión, aun cuando sea por la razón práctica del gran número de matrimonios nulos que se celebrarían por la frecuencia con que en los pequeños Municipios rurales ocurre, que sin delegación ni ausencia o impedimento del Alcalde, autorice los matrimonios un Teniente Alcalde o Consejero municipal.

de tutela, por el Ministerio fiscal y por quien tenga un interés legítimo. Pero transcurrido un año, a contar desde la celebración, la demanda no es admitida (art. 104).

c) Producen, finalmente, mera *irritualidad* (que no determina nulidad ni anulabilidad del matrimonio, y que impone solamente a los cónyuges o al Oficial penas y multas diversas), las siguientes infracciones:

1) *La falta de publicaciones*: incurren en la multa de 200 a 1.000 liras los esposos y el Oficial del estado civil que hayan autorizado el matrimonio no precedido de las publicaciones (artículo 123).

2) *La inobservancia de otras formalidades* preliminares o simultáneas a la celebración del matrimonio a que se refieren los artículos 72, 75, 76, 93, 94, 98, 103; el Oficial del estado civil que sea culpable de esta omisión incurre en multa de 100 a 500 liras (artículo 126).

3) La inobservancia del término de diez meses que ha de dejar transcurrir la viuda sin contraer nuevo matrimonio. Se impone una multa de 300 a 1.000 liras a los cónyuges y al Oficial del estado civil, y además la mujer pierde la donación, lucro dotal o sucesión proveniente del primer marido (art. 128).

Adviértase que pueden incurrir también en ciertas penalidades aun cuando el matrimonio no se haya celebrado (ejemplo: artículo 125); tales penalidades se añaden como segunda sanción cuando se dan infracciones que implican nulidad o anulabilidad (art. 124); promueve la aplicación de las penas el Ministerio fiscal ante el Tribunal criminal (art. 129).

Efectos del matrimonio nulo o anulado.—Según los principios vigentes en la materia, cuando el matrimonio es nulo no precisa la declaración judicial de su nulidad para impedir que produzca efectos; en cambio, si se trata de matrimonio anulable, precisa deducir la oportuna demanda y que recaiga la sentencia de anulación. También aquí, según las reglas generales, la sentencia tiene efecto retroactivo haciendo que el matrimonio se considere como jamás contraído, y los efectos que hubiere producido, sea en las relaciones personales, sea en las patrimoniales

(que se expondrán en los siguientes §§), quedan destruidos, aniquilados, como si nunca se hubieran producido. Pero la rigurosa aplicación de este principio no sería justa ni prácticamente útil; por un lado, debe tenerse en cuenta que se ha producido ya una unión, aunque regular y prohibida; por otro, que no puede tratarse lo mismo al cónyuge culpable que al inocente, y que no deben recaer sobre la prole inocente las funestas consecuencias de la anulación. La ley ha templado con oportunos preceptos los efectos de la anulación acogiendo la figura del matrimonio putativo.

Matrimonio putativo (1) es el contraído en la ignorancia del impedimento existente, ignorancia que debe ser de ambos cónyuges o de uno solamente. Su esencia es el error y éste puede recaer sobre el hecho (por ejemplo, se ha creído que mediaba el consentimiento de los ascendientes, se ha creído disuelto el matrimonio anterior) o sobre el precepto jurídico (por ejemplo, se ha creído permitido el matrimonio en edad inferior a la legal, se ha errado en cuanto a los límites del impedimento derivado de la adopción).

Procede de buena fe quien incurre en error; influye de modo muy decisivo la gravedad del error, porque si éste es inexcusable no puede estimarse la buena fe en quien incurrió en él y mantuvo la ignorancia (2).

(1) Para la doctrina e historia de la institución véase Esmein, *Le mariage en droit canonique*, París, 1891; Massimi, *Del matrimonio nullo contratto in buona fede*, Roma, 1899; Crisafulli, *Il matrimonio putativo in dir. civile*, Torino, 1914; Galgano, *Violenza e consenso nel matrimonio putativo* (*Riv. dir. civ.*, XIII, 1921, páginas 109, 438 y siguientes); este último ha reconstruido el dogma de la buena fe y hecho investigaciones de gran valor.

(2) Una cuestión interesante (que ha sido resuelta por los Tribunales), es la de si puede haber matrimonio putativo en el caso en que el matrimonio se haya contraído bajo la amenaza: la violencia ejercida sobre uno de los esposos para arrancarle el consentimiento, ¿produce respecto al mismo el efecto propio del error, hasta el punto de considerar de buena fe al esposo violentado? La solución de esta cuestión depende de la que se dé a otra de carácter más general, a saber: si al concepto de la *bona fides* es esencial el error o si pueden otros estados personales de

El concepto de matrimonio putativo no se aplica al caso de ignorancia de las condiciones exigidas para contraer matrimonio; hay un límite que debe tenerse siempre presente: el de que un matrimonio contraído puede ser nulo o inválido.

El mínimo necesario lo constituye el que haya habido celebración, que haya dos personas de distinto sexo y que medie consentimiento; si, por ejemplo, la celebración faltó (matrimonio contraído ante un Notario), no es posible hablar de matrimonio putativo, porque ni siquiera se da aquí la apariencia de un matrimonio; de otro modo, pasaría por matrimonio putativo el puramente religioso, el concubinato, sólo con alegar una de las partes que ignoraba que el concubinato estuviese prohibido y que el único matrimonio admitido fuese el civil. Dado este concepto, a pesar de la violación de los más graves impedimentos matrimoniales, como el parentesco, la afinidad estrecha o el precedente matrimonio, puede haber matrimonio putativo si concurre la buena fe en uno de los esposos; se produce para el cónyuge (I) de buena fe (esposo, pariente o afín o casado ya) aquel efecto favorable que constituye la característica del matrimonio putativo.

Ahora bien, la regla acogida por el Código (art. 116) es la de que el matrimonio putativo produce efectos civiles para el cónyuge inocente en el momento de celebrarse, si sólo uno de ellos obró de buena fe, y de los hijos o para los cónyuges (si los dos obraron de buena fe y los hijos). «Produce efectos civiles» significa que la sentencia posterior de anulación no obra retro-

honoradéz y rectitud, producir las mismas ventajas que el error. Este más amplio problema ha sido detenidamente estudiado por Galgano, *Sulla essenza della buona e mala fede*, Roma, 1914, quien defiende la tesis de que la *bona fides* es una noción ética, y que la relación entre ésta y la *mala fides*, es una relación de oposición contradictoria. Aplicando estos principios, Galgano estima en la obra citada, que el cónyuge a quien se arranca violentamente su consentimiento, se halla en estado de *bona fides* y que aun sin haber incurrido en error sobre el vicio o invalidez del matrimonio, deben serle extendidos los beneficios del matrimonio putativo.

(1) No para los hijos, como se probará más adelante, ya que no obstante la buena fe de los padres, son incestuosos o adúlteros.

activamente respecto al cónyuge de buena fe y a la prole, sino que respeta los derechos que se produjeron sin modificar los estados personales y las relaciones familiares surgidas hasta dictarse la sentencia del matrimonio estimado válido; la anulación opera *ex nunc*, se equipara a una disolución que impide se produzcan nuevos efectos sin destruir los derechos adquiridos y respeta los efectos producidos, ya sean personales o patrimoniales. Por consiguiente, mientras el matrimonio anulado por impedimento conocido por ambos cónyuges priva a éstos incluso por el tiempo pasado de la cualidad de cónyuges, convierte a los hijos legítimos en ilegítimos (1), resuelve el vínculo dotal, anula las donaciones por razón de matrimonio (incluso las hechas a los hijos), determina la cesación de los derechos y deberes recíprocos entre cónyuges y entre los padres y la prole; en cambio, habiendo buena fe, la anulación produce estos efectos:

a) *Respecto a los cónyuges o al cónyuge* que procedió de buena fe, la relación conyugal debe estimarse existente en el tiempo que precedió a la sentencia y reputar válidas las adquisiciones de frutos dotales y de lucros nupciales, inimpugnables las convenciones matrimoniales, válida la adquisición hereditaria por sucesión ya operada de uno a otro cónyuge, etc. No pueden producirse nuevos efectos, así que si, por ejemplo, después de la anulación, muere un cónyuge, no se opera la sucesión en fa-

(1) Algunos objetan que es inicuo hacer recaer sobre los hijos las consecuencias de la anulación y de la consciencia que los padres tuvieron del impedimento que obstaba al matrimonio: los hijos debieran aprovecharse siempre del hecho favorable del matrimonio, independientemente de la buena fe de los padres. Pero para apreciar en su justo valor el precepto legal, no hay que olvidar que el beneficio derivado de matrimonio putativo constituye una atenuación del rigor de los principios que implicarían por la retroactividad de las sentencias anulatorias, la destrucción de todos los efectos producidos; y más intensa atenuación de tal rigor, representa el admitir que para el beneficio de los hijos baste la buena fe de un cónyuge. Legislativamente es cierto que se puede ir aún más lejos y admitir que no perjudique en ningún caso a los hijos la mala fe de sus padres; pero esto relajaría la observancia de las normas prohibitivas del matrimonio, en cuanto que reduciría casi a la nada, la sanción correspondiente a la inobservancia.

vor del supérstite porque la vocación hereditaria no puede constituir un derecho adquirido antes de abrirse la sucesión: En cuanto a los efectos ya producidos, hay que tener en cuenta que las donaciones hechas por razón de matrimonio por un cónyuge al otro o por los terceros en favor de uno u otro cónyuge, quedan sin efecto, respectivamente, a los cónyuges y pueden producirlo solamente en relación a los hijos (art. 1.068) (1).

b) *Respecto a los hijos*, queda a salvo su condición de legítimos adquirida por ellos por haber nacido en constancia de matrimonio (2) o por haber sido legitimados por subsiguiente matrimonio (3); conservan todos los derechos a obtener alimentos, a la sucesión paterna y de los demás parientes; subsisten: la patria potestad sobre los mismos, el usufructo legal, etc.; estos

(1) Adviértase, que tanto en el caso de buena fe, como en el opuesto, subsiste en la mujer el impedimento de contraer nuevas nupcias antes de transcurridos los diez meses desde que se efectuó la anulación (artículo 57).

(2) En virtud de la norma que presume concebido durante el matrimonio, el hijo nacido no después de los trescientos días siguientes a la disolución o anulación del mismo (art. 160), es evidente que serán legítimos—tratándose de matrimonio putativo— los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la sentencia de anulación.

(3) Debe hacerse una reserva en lo concerniente a los hijos adúlteros e incestuosos: en mi opinión, el beneficio que produce la buena fe de los padres, se detiene ante el origen incestuoso o adúlterino de los hijos. La hipótesis es que el matrimonio que luego es anulado, se hubiese contraído por personas entre las cuales había el impedimento de parentesco o afinidad o el de precedente matrimonio. Y pueden surgir dos casos que han originado vivas discusiones. *Primer caso*: durante el matrimonio se han procreado hijos; éstos eran aparentemente legítimos, pero anulado el matrimonio pierden la legitimidad a pesar de la buena fe de los padres o de uno de ellos y se convierten en adúlteros o incestuosos. La cesación del beneficio del matrimonio putativo se debe al principio general y absoluto que prohíbe tenga un estado la prole nacida de adulterio o de incesto (art. 180); la anulación ha confirmado el adulterio o el incesto e impide que los hijos puedan gozar de la cualidad de legítimos.—*Segundo caso*: los hijos fueron procreados antes del matrimonio y con éste fueron legitimados. operada la anulación, la cualidad de legitimados se pierde también, porque el susodicho principio general prohíbe de modo absoluto el reconocimiento de los hijos incestuosos y adúlteri-

efectos se producen para ambos cónyuges, aunque sólo uno de ellos hubiese procedido de buena fe.

La buena fe productiva de los efectos estudiados, es la buena fe inicial; es necesario y suficiente que se dé en el momento de celebrarse el matrimonio; no precisa que subsista después (*mala fides superveniens non nocet*). Se presume la buena fe, ya se trate de un error de hecho, ya de un error de derecho (otros excluyen la presunción si se trata de este último por la presunción de conocimiento de las normas de derecho). El momento en que cesan los efectos favorables es el de la sentencia, pero precisa que éste tenga autoridad de cosa juzgada (1).

nos y con mayor razón su legitimación. Esta solución ha sido aceptada por algunos autores y rechazada por otros que afirman que la legitimación ya verificada es indestructible ya que la ley al reconocer los efectos civiles del matrimonio en favor de los hijos, no distingue entre unos y otros. Yo replico que debe hacerse la distinción, porque la norma de favor del art. 116 halle su limitación en el precepto del art. 180 (art. 195). En ambos casos queda acreditada la paternidad o maternidad de los hijos, la cual resulta del propio matrimonio anulado, concediéndose a los hijos acción para exigir alimentos (art. 195, núm. 2). Precisamente esta última disposición, sin aludir a distinción alguna, prueba que la resolución es la misma, haya o no haya buena fe y nazcan los hijos antes o durante el matrimonio. Sobre esta materia, véase Pacifici, *Ist.*, VII, página 190, núm. 1 y Venzi, *id.*, pág. 203, n. f.

NOTA DEL TRADUCTOR.—*Oposición a la celebración del matrimonio.*—Distingue nuestro Código civil entre denuncia de impedimentos matrimoniales y oposición a la celebración del matrimonio. Una y otra han de efectuarse antes de que el matrimonio se celebre, pero mientras aquélla debe verificarse por cualquier ciudadano que conozca la existencia de un impedimento, la oposición tan sólo pueden entablarla el Ministerio fiscal y los particulares que tengan interés en impedir el casamiento. La oposición se tramitará por las reglas de los incidentes, y la celebración del matrimonio se suspende hasta tanto haya recaído sentencia firme; este mismo efecto, la suspensión, produce la simple denuncia, que ha de pasarse al Fiscal, quien formulará la oposición, si hubiese fundamento para ello (artículos 97 y 98 del Código civil español).

La oposición infundada, produce la obligación de indemnizar los daños y perjuicios si los impedimentos alegados son declarados falsos por sentencia firme (artículos 99 del Código civil español y 91 del Código civil italiano), además de la responsabilidad penal del que se opone (artículo 657 del Código penal).

Nulidad y anulabilidad del matrimonio.—Tanto en el matrimonio civil (artículo 101), como en el canónico, se produce la nulidad por la existencia de un impedimento indispensable - o dirimente—o de uno dispensable no dispensado o de un defecto formal.

La nulidad producida es de pleno derecho, no convalidable, salvo en

§ 109.—*Efectos del matrimonio: A. Relaciones personales entre cónyuges*

Brugi, *Ist.*, § 80; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 220; Chironi, *Ist.*, II, §§ 386-387; Zachariae *Man.*, III, §§ 440-442; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 470-472; Planiol, *Traité*, I, números 889 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 490.

De los efectos que el matrimonio produce, unos se refieren a las relaciones de los cónyuges entre sí, otros a las relaciones de los hijos con sus padres. De estos últimos hablaremos en el capítulo siguiente al tratar de la filiación. Aquí estudiaremos los efectos que se producen entre los cónyuges y especialmente los propios de la relación personal.

El vínculo que genera el matrimonio y las obligaciones y derechos que de él derivan, si bien participan de la naturaleza de los derechos de familia, difieren también de éstos por sus peculiaridades.

El vínculo no es de parentesco ni de afinidad (1): es un

el caso del matrimonio de impúberes expresamente excluido de la nulidad radical si después de llegar a la pubertad legal viven un día juntos los cónyuges o si la mujer concibió antes de la pubertad o antes de la reclamación (art. 83, núm. 1.º, § 2.º).

La nulidad relativa o anulabilidad está determinada por un vicio del consentimiento (art. 101, números 2 y 3 del Código civil español) y el ejercicio de la acción prescribe a los seis meses de descubrirse la causa de anulación o de recobrar la libertad de raptada.

La acción de nulidad puede ejercitarse por el Ministerio fiscal; los cónyuges o el que tenga interés en ella, salvo en los casos de impotencia y vicio del consentimiento que sólo corresponde a los cónyuges y a las personas que tengan interés en la nulidad (art. 102 del Código civil español).

El conocimiento de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos está reservado a los Tribunales eclesiásticos (art. 80) y a los ordinarios corresponde el de los civiles (art. 103), la ejecución de las sentencias dictadas por aquéllos (art. 82) y las medidas que derivan de la interposición de la demanda (artículos 81 y 68).

Los efectos de la nulidad han de distinguirse de las medidas originadas por la incoación del juicio, afectando unas y otras a las personas y bienes de los cónyuges e hijos, emitiendo efectos el matrimonio respecto del cónyuge de buena fe y la descendencia (artículos 67 a 72 del Código civil español).

(1) Como afinidad lo consideran los jurisconsultos romanos (Frag. Vat., 302); por esto los doctores de la Edad Media dijeron: *uxor non est adfinis sed causa adfinitatis*.

vínculo conyugal, una relación más íntima que el parentesco o la afinidad, superior incluso al de la sangre, porque es unión de cuerpos y de almas de donde brota una comunión física, moral y económica. Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son aquí especialmente recíprocos porque incumben y corresponden a ambos cónyuges a quienes se estima en situación de paridad, sin que se oponga a ésta el poder marital; tal situación de paridad es templada solamente en algunas relaciones que exigen imprescindiblemente para el buen gobierno de la familia la unificación de poderes y criterios. Tienen un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes; y de aquí la consecuencia que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas por el Código, acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente es sólo patrimonial, siempre indirecta y, por ello, poco eficaz. Guardar fidelidad, cumplir los deberes de mutua asistencia, de afecto y estimación recíprocos, de convivencia y de cohabitación, etc., son obligaciones cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal. Y no son estos solamente los deberes recíprocos de los cónyuges. Son sí los fundamentales y principales. Cuando el legislador ordenó (artículo 94) que el Alcalde leyese solemnemente a los esposos el texto de los artículos 130, 131 y 132, en los que se alude a los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación, quiso recordarles en una síntesis, los múltiples y variados deberes que el matrimonio genera entre dos personas unidas para toda la vida.

Aunque no es fácil—por la unidad orgánica de la relación—distinguir de modo preciso estas obligaciones y deberes, a los fines didácticos servirá estudiar primeramente los derechos y deberes que tienen carácter de reciprocidad y luego aquéllos que ligan unilateralmente la mujer al marido formando el contenido propio del poder marital.

I.—*Derechos y deberes recíprocos*

a) *Cohabitación*.—Al imponer la obligación recíproca de la cohabitación (art. 130), el Código no quiere restringir la libertad personal de los cónyuges ni limitar a la pura cohabitación la más alta y completa comunión que se manifiesta en la convivencia. Para los efectos de la coerción, sólo el momento material y tangible del cohabitar, puede ser tomado en cuenta por la ley, la cual sería impotente para imponer aquella intimidad de vida que es supuesto de la paz familiar. Tampoco la coerción para forzar a la cohabitación puede ser plena y directa, debiendo eludirse el empleo de la fuerza (1) y recurriendo a las sanciones indirectas y prevalentemente patrimoniales. La obligación es recíproca; no se exime de ella al marido por el hecho de que la ley hable de ella, refiriéndose solamente a la mujer al atribuir a ésta el domicilio de su marido (art. 18) y al imponerle el deber de seguir a éste adonde quiera que fije su residencia (art. 131); ello es consecuencia de ser el marido el jefe o cabeza de la familia (artículo 131) y de ser la casa del marido el domicilio conyugal (2). Pero las sanciones aplicables al marido y a la mujer no son iguales, y ello no obedece a privilegio de los hombres (como superficialmente piensan los feministas), sino el hecho de pesar sobre el marido deberes más graves para con la mujer que exigen medios coercitivos, como es el de eximir de tales deberes al marido de la mujer recalcitrante. Si la mujer abandona el domicilio conyugal sin *justa causa* (y son justas causas no sólo aquéllas que otorgan derecho a pedir la separación personal, como los

(1) Estimado erróneamente admisible por algunos autores; contra ellos véase Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 226, núm. 1. La jurisprudencia es constante en excluir que pueda ser reconducido *manu militari* al domicilio conyugal el cónyuge que lo hubiere abandonado. Ved. Pescatore en *Filosofie e dottrine giur.*, Torino, 1879, II, pág. 429.

(2) Por lo demás, alusiones a tal deber del marido, no faltan en la ley: así el art. 132 al imponer al marido el deber de proteger a su mujer y de «tenerla en su compañía», demuestra precisamente el deber de cohabitación que incumbe al marido.

excesos, sevicias, amenazas e injurias graves, adulterio (artículo 150), sino cualquiera otra que el Magistrado, según su prudente arbitrio, estime tal) (1), e invitada que sea a reintegrarse a él, se niegue, podrá el marido: 1) suspender su obligación de mantenerla y hasta negarle alimentos (art. 133, párr. 1.º); 2) solicitar de la autoridad judicial en provecho propio y de los hijos el secuestro de parte de las rentas de los bienes parafernales (artículo 133, párr. 1.º) 3) instar la separación personal (art. 150), la cual se decretará imputando la culpa a la mujer, con las consecuencias que de ello se derivan (art. 156). Si, por el contrario, el marido abandona la casa conyugal o se niega a recibir a la mujer o a tener a ésta en su compañía, la mujer puede: 1) negar alimentos al marido, conservando ella el derecho a ser alimentada por éste con arreglo a sus disponibilidades (2); 2) instar la separación personal (art. 150), decretándose ésta e imputando la culpa al marido.

b) *Fidelidad*.—La comunión espiritual que debe presidir a todo matrimonio, no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y exclusiva entrega de los cuerpos; toda relación sexual extraña, contamina al tálamo y constituye una violación del deber de fidelidad (art. 130), y esto, aunque tal relación sea fugaz, aunque se consume con sólo los sentidos, y sin que el alma tome parte en el acto. Desde un punto de vista ideal tampoco puede establecerse diferencia de trato en orden al marido y a la mujer, porque no menos que a ésta incumbe a aquél el deber de abstenerse de todo contacto extraconyugal. Pero la ley no podía pasar por alto la mayor gravedad que para el orden interno de la familia representa el adulterio de la mujer (la cual puede dar a luz hijos engendrados por persona que no sea su marido, atribuyéndoselos a éste), ni la opinión que aprecia en el adulterio de la mujer, un escándalo más grave que en del marido. Así como el Derecho penal exige para penar el adulte-

(1) Ejemplos y sentencias: Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 287, n. c.

(2) La ley no contiene una declaración explícita en este sentido, ya que el art. 133 prevé solamente el caso de la mujer culpable, pero de los trabajos preparatorios se deduce que no se quiso negar a la mujer este derecho contra el marido.

rio del marido el concurso de determinadas circunstancias (tener la concubina en el domicilio conyugal o en otro lugar notorio); sin las cuales el marido queda exento de pena (artículos 353 y 357 del Código penal), así también en la esfera civil la sanción impuesta a la infidelidad conyugal, o sea el derecho a demandar la separación personal, se otorga al marido por el solo hecho del adulterio de la mujer, en cambio, no es concedido a ésta más que en el caso de que en el adulterio del marido concurra la circunstancia agravante de tener éste en su casa a la concubina o en otro lugar con notoriedad, o en el de haber cometido el adulterio en tal forma que constituya una injuria grave inferida a la mujer (art. 150).

c) *Asistencia*.—Aquí se puede—ampliando el significado de la expresión del Código—comprender los demás deberes que ligan un cónyuge al otro y no sólo los referentes al auxilio mutuo, a los cuidados que deben prestarse en caso de enfermedad, sino también los que entrañan ayuda moral, afecto mutuo, estimación. Es un conjunto de relaciones en las que se manifiesta esta necesidad suprema de amoldar los actos y los sentimientos al precepto que impone el deber de asistencia y protección recíprocas en las luchas de la vida; estos deberes plasman o se concretan en preceptos jurídicos, penales y civiles: así por ejemplo, la atenuación, agravación o exención de la pena en los delitos cometidos contra un cónyuge o con ocasión de la defensa de un cónyuge (artículos 345, 347, 363, 365, 369, 377, 385 y 433 del Código penal), la incapacidad de un cónyuge para testimoniar contra el otro, o para intervenir como perito en una causa en que esté interesado el otro cónyuge (artículos 236, 254 del Código de procedimiento civil, artículos 247, 398 del Código de procedimiento penal), el derecho de cada cónyuge para ser tutor del otro incapacitado por defecto mental (art. 330 del Código civil), la facultad de oponerse a la adopción que intente el otro cónyuge (art. 198), la de no consentir la introducción del hijo natural reconocido en el domicilio conyugal (art. 183), la suspensión de la prescripción en las relaciones recíprocas (artículo 2.119), la prohibición de hacer donaciones (art. 1.054), al-

gunas presunciones favorables o desfavorables (artículos 773, 1.053, 1.113, etc.); estas y otras disposiciones semejantes se inspiran en el deber de estimación, reverencia, afecto, solidaridad recíprocos que deben presidir el consorcio conyugal y que resultarían gravemente quebrantados, si se aplicasen a los cónyuges, sin derogaciones ni templanzas, las normas de conducta que rigen para los extraños.

II. *Poder marital*.—Como quiera que en toda sociedad precisa una persona a quien incumbe la misión de gobernarla y regirla, así, en la sociedad conyugal hay también precisión de esta persona: la perfecta paridad de derechos y deberes, debe conciliarse con la existencia de un jefe que tenga el poder supremo y pueda imprimir aquella unidad de dirección, sin la cual no hay prosperidad posible. La tradición secular y la naturaleza misma han atribuído este poder al marido. Como el poder no puede corresponder simultáneamente a dos personas, se atribuye al hombre, asignándole el poder marital. Este, como todo poder familiar, no se integra de derechos y facultades, sino más bien de cargas y deberes, porque el marido no lo ejerce en interés propio, sino en el más alto y superior del organismo familiar.

Las manifestaciones más visibles y enérgicas de este poder son, por un lado, la obediencia que la mujer debe al marido, por otro, y en la esfera patrimonial, el poder de administración y en parte también de disposición concedidos al marido en el régimen dotal y en el de comunidad de bienes, así como (ha poco desaparecida) la autorización marital. El deber de obediencia no significa supresión de la voluntad en la mujer, quien participa con su consejo, en el gobierno de la casa, sino acatamiento a la voluntad prevalente del cabeza de familia, cuando en el caso de discrepancia o de conflicto, no hay otra solución que otorgar la prevalencia a la voluntad de aquel sobre quien gravitan mayores responsabilidades. La facultad de administrar los bienes dotales y los de la comunidad, se impone por la necesidad de unificar la gestión económica familiar y de que sea única la facultad de entablar relaciones jurídicas con los terceros; pero el derecho de hacer propios los frutos dotales, está limitado por la

obligación de destinarlos en primer término a las necesidades de la familia (artículos 1.388 y 1.399). En la comunidad, la paridad se manifiesta en el derecho concedido a la mujer de hacer suya la cuota correspondiente de los frutos (art. 1.436). Más intensa era la limitación de los derechos de la mujer, derivada de la autorización marital (artículos 134 y siguientes), en cuya virtud, respectivamente a los bienes no dotales (parafernales) quedaban prohibidos a la mujer los actos de disposición más importantes (enajenación de bienes inmuebles, donaciones, prestación de garantías, etc.), caso de no concurrir el consentimiento del marido. Esta institución fué abolida por la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176, que amplió considerablemente la capacidad de la mujer casada o soltera, equiparándola en todo al hombre. Con esto no desapareció, ni era posible que desapareciera el poder marital; se ha restituido a la mujer la plena libertad de disposición de sus bienes personales, en cuanto que éstos no están destinados o vinculados, como ocurre con los de la dote o de la comunidad, a los fines familiares.

Correspondientemente a éstas que no son prerrogativas del sexo y sí exigencias necesarias de la unidad del gobierno doméstico, gravitan sobre el marido múltiples deberes y responsabilidades, porque la potestad marital más que un derecho es un deber, un *munus* que impone obligaciones e implica responsabilidades de orden moral, jurídico y económico. Así como la mujer sigue la condición civil de su marido, toma su apellido (artículo 131), adquiere su nacionalidad (art. 10 de la ley de 13 de Junio de 1912, sobre nacionalidad), su domicilio, así también el marido debe a la mujer protección (art. 132), tutela de su integridad personal, de su honor, aseguramiento de su existencia, procurándole todo cuanto le haga falta en medida proporcionada a sus posibilidades económicas y a su posición social (artículo 132) (1). Ya lo dijimos en otro lugar: la obligación de alimen-

(1) Por consiguiente, de los gastos que la mujer realice y de las obligaciones que contraiga con los terceros en cuanto tengan por objeto la satisfacción de sus propias necesidades o de las de la familia y siempre que se mantenga en los límites de un normal y ordenado presupuesto

tos, por ser debidos éstos al necesitado, es recíproca; a esta obligación se antepone, sin embargo, la de mantener a la mujer y proveer a todas sus necesidades.

En el ejercicio de este poder, los límites son fijados más que por la ley (la cual no hace mención de ellos) por la justa apreciación de los fines, por los cuales tal poder es conferido. Todo abuso debe ser reprimido; pero como sería inconveniente que trascendiesen de las paredes domésticas los disensos o conflictos que dentro de ellas se producen, hay que admitir que para que proceda la intervención de la autoridad judicial, el abuso habrá de manifestarse en la forma extrema de la violencia, de los malos tratamientos, de la injuria grave; la sanción será la que ya vimos de la separación personal del marido.

Puede perderse la potestad marital no sólo por decretar la separación personal que resuelve la obligación de la cohabitación, sino también por efecto de condena criminal (art. 33 del Código penal) (1).

doméstico, responde personalmente el marido. Para aplicaciones jurisprudenciales, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 286, n. c.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Señalan los artículos 56 y 57 del Código civil las normas que han de presidir las relaciones personales entre los cónyuges. El primero de estos artículos, establece las obligaciones de mutua convivencia, fidelidad y auxilio, y el segundo, un deber para el marido, de protección a su mujer y otro para ésta: de obediencia al marido.

Estos deberes son más éticos que jurídicos para la dificultad de encontrar sanción para ellos. Solamente la falta absoluta a la fidelidad —adulterio o amancebamiento— y la negativa a alimentar un cónyuge al otro, tienen sanción penal y civil, respectivamente. Pero hasta esas negaciones rotundas de los deberes conyugales, hay una extensa gama de infracciones que escapan a la coerción.

En la familia, como en todo organismo social es preciso atribuir el poder rector a un órgano, y nuestro Código lo defiere al marido, el amándose el poder *marital*, el cual es más bien que poder una función encomendada por la ley al marido a quien corresponden los más graves deberes y han de otorgársele también las facultades correlativas.

Manifestaciones concretas de esta función son la facultad de señalar el domicilio conyugal y la representación que ostenta de la mujer (artículos 58 y 60).

§ 110.—B. *Relaciones patrimoniales entre cónyuges.*
Convenciones matrimoniales

Brugi, *Ist.*, § 80; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 692; Chironi, *Ist.*, II, §§ 394 y 396; Zachariae, *Man.*, III, §§ 467-474; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 497-504; Planiol, *Traité.*, II, números 762 y siguientes, números 776 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 490-491 (1).

Efectos patrimoniales del matrimonio.—No menor importancia que las relaciones personales tienen en la sociedad conyugal las relaciones patrimoniales entre cónyuges; y también en éstas, por razón del interés superior, que prevalece sobre el individual, debe la ley intervenir, disciplinando con normas inderogables el consorcio familiar; el buen régimen económico de la familia es supuesto esencial de la prosperidad de ésta. Pero en lo que se refiere a estas relaciones, se concede a los particulares un margen de libertad, pues no es indispensable (como ocurre en las relaciones personales y con los poderes) imponer una regulación única y uniforme para todos los casos, tanto menos, cuanto que la costumbre, la tradición histórica, el influjo de viejas legislaciones fuerzan a adoptar regímenes diversos.

(1) La literatura monográfica sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges, se ocupa de éste o aquél. de los distintos y especiales regímenes (dote, comunidad de bienes) o de todos ellos como exposición general del derecho económico matrimonial. Citaremos las obras principales de esta última especie: Troplong, *Traité du contrat de mariage*, 1857; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 2.^a edición, 1869; Tolleville, *Traité du contrat pécuniaire da mariage et des droits resp. des epoux quant aux biens*, 1882; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 3.^a edición, 1895; Lefebvre. *Leçons d'introd. à l'histoire du droit matrimonial français*, 1899; *Le droit des gens mariés*, 1906; Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3.^a edición, 1906; Behagel, *Der Ehevertrag*, 1871; Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, 1863-74, *Eheliches Güterrecht*, 3.^a edición, 1901; Neubaner, *Das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht*, 2.^a edición, 1889; Paoli, *Del matrimonio rispetto ai beni*, Torino, 1887; Bianchi, *Tratatto dei rapporti patrimoniali dei coniugi*, Pisa, 1888; *Del contratto di matrimonio*, 2.^a edición, Nápoles, 1914 (en la colección *Il. dir. civ. it. de Fiore*); De Pirro, *I rapporti patrimoniali fra coniugi* (en *Riv. dir. civ.*, 1913, páginas 289 y siguientes).

Ya se vió, y se verá más adelante al hablar de las instituciones en particular, que el matrimonio influye en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, limitando su libre disposición, generando títulos de adquisición o produciendo desviaciones de las normas que regulan las relaciones entre extraños. La donación, que entre extraños y parientes es permitida, se prohíbe entre cónyuges (art. 1.054); la sucesión *ab intestato* se abre en favor del cónyuge supérstite, aun concurriendo éste con otros más próximos parientes del difunto (artículos 753 y siguientes); y en la sucesión testamentaria le es asegurada una cuota de reserva, aun contra la voluntad del testador (artículos 312 y siguientes); hasta fecha reciente afectaba a la capacidad de la mujer una limitación importante: la de la autorización marital (artículos 134 y siguientes, abolidos); en materia de prescripción, el matrimonio constituye una causa especial de suspensión de aquélla (artículo 2.119), etc. Pero no debemos ocuparnos ahora de estos preceptos legales especiales y sí del régimen patrimonial, o sea, del ordenamiento jurídico a que parcial o totalmente se hallan sometidos los bienes de los cónyuges. Y como por principio general ambos deben concurrir, proporcionalmente a sus disponibilidades, a los gastos de manutención, educación e instrucción de la prole, y como al marido incumbe la obligación de mantener a la mujer, y sobre ambos cónyuges pesa el deber de asistencia mutua y de alimentos en caso de necesidad, cada uno de estos derechos y deberes puede adoptar modalidades diversas, distribuyéndose las cargas de modo distinto, según el régimen patrimonial vigente.

Los distintos regímenes patrimoniales.—El sistema acogido por el legislador italiano en esta materia es el de conceder libertad a los esposos para establecer el régimen que prefieran y darse ellos mismos las normas que estimen más idóneas para proteger el superior interés familiar. Pero este régimen no puede ser uno cualquiera, creado arbitrariamente, sino que ha de ser elegido precisamente entre aquellos que la ley admite o ser producto de la combinación de éstos; y dentro del régimen elegido se consienten modificaciones al tipo legal, en tanto no se opon-

gan a preceptos imperativos que la ley oportunamente contiene, y que son límites a la autonomía de los cónyuges.

En esto, el concepto que inspira nuestro sistema es semejante al del Código francés. Sin embargo, hay diferencias profundas entre la legislación francesa y la italiana, la cual última se ha separado mucho en esta materia de su modelo, conformándose con la tradición histórica y con los usos prevalentes en nuestro país.

El Derecho vigente en Francia antes de la codificación napoleónica se caracterizaba por la distinción entre países de Derecho escrito, en los que, por imperar el Derecho romano, era conocido y aplicado el régimen dotal, y países de Derecho consuetudinario, regidos por las *Coutumes*, donde se aplicaba el régimen de la comunidad de bienes importado del Derecho germánico; en éste se hacían comunes los bienes de ambos cónyuges, las adquisiciones verificadas durante el matrimonio, los frutos y productos, excluyéndose los inmuebles que originariamente pertenecieran privativamente a los cónyuges o fueran posteriormente adquiridos por éstos a título gratuito. Al lado de uno y otro régimen (que podían ser modificados, en parte, por convención de los cónyuges), había otro que resultaba de la exclusión convencional de los anteriores: el régimen de separación, en cuya virtud cada cónyuge continuaba siendo propietario exclusivo de sus bienes y libre para administrarlos y disponer de ellos. A falta de convención nupcial, el régimen legal en los países de *Coutumes* era el de comunidad, que es el más normal y difundido.

La legislación napoleónica, unificando el Derecho en las regiones del Norte y del Sur, estableció como régimen normal el de la comunidad, que, en defecto de otro elegido expresamente por los cónyuges, era el régimen legal (art. 1.400 del Código francés), y consistía en hacer comunes todos los bienes muebles poseídos en el momento de celebrarse el matrimonio, así como sus frutos, rentas e intereses de toda especie y los inmuebles adquiridos durante el matrimonio (art. 1.401). Admitía, sin embargo, la posibilidad de modificar este régimen mediante la convención, limitándolo (restringiéndolo a las adquisiciones sola-

mente y excluyendo de él los bienes muebles) o extendiéndolo (haciéndolo universal) (art. 1.497).

Permitía también el que dicho régimen pudiera ser excluido (artículo 1.529) expresamente, conviniendo que no hubiese comunidad alguna entre los cónyuges o implícitamente, eligiendo el régimen dotal (artículos 1.530 y siguientes) o pactando la separación de bienes (artículos 1.536 y siguientes).

Distinta es la posición adoptada por el Código italiano. Como entre nosotros prevaleció el régimen dotal, consagrado por la tradición secular romanística y no abolido por el Derecho germánico, y como sólo en alguna región era conocida y practicada la comunidad (ejemplo, Cerdeña y Sicilia), la dote constituyó el régimen normal, por responder mejor al espíritu del pueblo y ser el más difundido. A regular este régimen conságrase la mayor parte de las normas relativas a las capitulaciones matrimoniales (artículos 1.388 1.424). Sin embargo, no podía erigirse en sistema legal, porque por su naturaleza precisa de una convención que lo establezca; como en el Derecho romano, también en el nuestro puede haber matrimonio sin dote.

Al lado del régimen dotal, el Código admite también el de la comunidad, aunque éste, por su más limitada aplicación, tiene una importancia secundaria (artículos 1.433-1.446). Sin embargo, no toda comunidad es admitida, como ocurre en el sistema francés, sino solamente la de las utilidades correspondiente a uno de los tipos admitidos por la legislación francesa, y quedando excluida, no solamente la comunidad universal de bienes presentes y futuros, muebles e inmuebles, sino también aquel tipo que, según el Código napoleónico, constituye el régimen legal. También éste, a semejanza del régimen dotal (diversamente de lo que ocurre en la ley francesa) es un régimen eminentemente convencional, ya que sólo es establecido cuando los esposos optan expresamente por él.

Por regla general, será elegido uno u otro de los dichos regímenes; sin embargo, la ley permite que puedan combinarse uno y otro y que se hagan comunes los frutos, aunque haya en el matrimonio una constitución de dote (art. 1.433). La dote, en

efecto, no absorbe todos los bienes que la mujer aporta al matrimonio, sino solamente aquellos que la mujer o el tercero haya querido destinar a integrar la dote.

Resulta por exclusión que el sistema propiamente legal es el de separación. Cuando falta la convención de las partes rige el principio, según el cual a cada uno de los esposos corresponde la propiedad plena e ilimitada y la libre administración de sus bienes, salvo la común obligación de contribuir a los gastos que origina la prole (art. 138) y la limitación que para la mujer representaba la autorización marital hasta que ésta fué abolida. Pero el régimen de separación puede ser absoluto y total o parcial; en efecto, este régimen puede coexistir con la comunidad y con el régimen dotal, de modo que comprenda los bienes de la mujer que no se hubieren hecho comunes ni hubieren sido aportados como dotes. A éstos se les da con preferencia el nombre de bienes parafernales (art. 1.425), porque etimológicamente paraferna (*παράφερνα* de *παρά φερνπ*) significa el conjunto de bienes que figura al lado de la dote, o sea, fuera de ella (bienes extradotales). Sin embargo, en el lenguaje usual se designan con este nombre los bienes que son de libre disposición de la mujer, aun cuando falte la constitución de dote. Las escasas normas que el Código tiene en orden a estos bienes (artículos 1.426-1.429) constituyen toda la regulación jurídica del régimen de separación, al cual se aplican los principios generales que rigen para las personas, las cosas y los actos jurídicos distintos del matrimonio (1).

(1) Como se desprende de la breve exposición del texto, el sistema de nuestra ley no representa la ideal ordenación patrimonial de la familia. Nuestro legislador, sin declararlo expresamente y quizás sin sentirlo admite que el régimen mejor es el de separación de bienes en cuanto que lo declara legalmente aplicable en defecto de pacto expreso, en el que se opte por uno de los otros dos sistemas. Desde un punto de vista ideal es preferible el de la comunidad, que en todos sus aspectos es más conforme a la intrínseca naturaleza del consorcio conyugal. Si el régimen de separación como sistema legal derivaba por una necesidad lógica e histórica de la preferencia que en nuestro país se ha dado siempre al régimen dotal, y de la escasa difusión de la comunidad, resultó muy temperado por la institución de la autorización marital que tendía a dar unidad de

Así, pues, todos los sistemas con arreglo a los cuales puede organizarse patrimonialmente la vida de los cónyuges en Derecho italiano se reducen a los tres tipos fundamentales siguientes:

I. *Régimen convencional*.—Puede adoptar dos formas, a más de las que pueden resultar de combinar éstas entre sí o con el régimen legal, a saber:

- 1) Régimen dotal.
- 2) Régimen de comunidad de las utilidades.

II. *Régimen legal*.—Que rige en defecto de convención matrimonial y cuando, en caso anormal, se pretende hacer cesar el régimen convencional, y lo constituye:

- 3) El régimen de separación de bienes.

Lo examinaremos por este orden. Pero como nuestro Código, a imitación del francés, contiene preceptos generales aplicables a las convenciones matrimoniales, conviene estudiar primeramente estas normas.

Convenciones matrimoniales.—El art. 378 sienta el principio general, según el cual la sociedad conyugal, relativamente a los bienes, está regulada por la convención de las partes y por la ley. La copulativa «y» sirve a expresar la idea de que, aun manifestándose la voluntad de las partes, impera la ley, con sus límites inderogables (1).

La convención matrimonial (contrato de matrimonio o insdirección a las fuerzas patrimoniales del consorcio familiar. Al abolir esta institución sin sustituirla por otras providencias legislativas, se dió a mi juicio un paso en falso que no contribuyó ciertamente a reforzar la base de la familia.

(1) El otro concepto, según el cual la regulación patrimonial se establece en primer término por las convenciones y en defecto de éstas por la ley, o con otras palabras, que el régimen dotal ejerce una función supletoria, no está expresamente declarado en el artículo sino que se deduce implícitamente del sistema aceptado. El artículo correspondiente del Código francés expresa ambos conceptos (art. 1.387) al declarar que «la ley no regula la sociedad conyugal en orden a los bienes si no ven defecto de convenciones especiales, de las cuales pueden pactar los esposos la forma que estimen más conveniente, siempre que no se oponga a las buenas costumbres y se observen además los siguientes preceptos».