

CAPITULO XXVI

Matrimonio

§ 106.—*Concepto del matrimonio y de los esponsales*

Brugi, *Ist.*, §§ 74-75; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 1; Chironi, *Ist.*, II, §§ 377-378; Zachariae, *Man.*, III, §§ 419, 428; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, § 440; Planiol, *Traité.*, I, números 691 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 489 (1).

I. *Matrimonio. Concepto.*—El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aun así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido

(1) Para el concepto e historia del matrimonio en Derecho romano, en Derecho canónico y en el moderno, consúltense, entre otras, las siguientes obras: Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano* (Vol. 3), Bologna, 1887-9; Roszbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853; Kutschker, *Das Eherecht der Katholischen Kirche*, Wien, 1856; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, París, 1891; Meynial, *Le mariage après les invasions* (en *Nouv. rev. hist.*, 1896-98); Coviello, *Lezioni sul matrimonio nel diritto canonico*, 1909-10; Brandileone, *Il contratto di matrimonio* (en *Studi per Schupfer*); *L'intervento dello Stato nella celebrazione del matrimonio in Italia prima del Concilio di Trento*, Nápoles, 1894; Salvioi, *La benedizione nuziale fino al Concilio di Trento* (*Arch. Giur.*), 1884, páginas 173 y siguientes; *Storia dir. it.*, 8.^a edición, 1921, §§ 410 y siguientes; Ruffini, *Per la Storia del diritto matrimoniale* (*Filang.*, 1894, páginas 561 y siguientes); De Gabriolle, *Le mariage spirituel dans l'ant. Chrétienne* (*Rev. hist.*, 1921, páginas 204 y siguientes); Lefebore, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, París, 1900; Glassón, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et le divorce dans les princ. le-*

de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es más que una imitación de la filiación legítima.

Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste. Como la familia es la raíz del Estado y el matrimonio es el origen de aquélla, es indudable que de la sólida estructuración de este último dependerá la consistencia y robustez del organismo social; base y condición de la convivencia civil, sin el matrimonio no es concebible una organización duradera de la sociedad. Aun hoy se puede repetir la frase de Cicerón, diciendo que el matrimonio es *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*. El matrimonio no solamente es institución jurídica, si que también ética, social y política; y tal es su importancia, que la estructura, repetimos, del organismo social depende en cierto modo de la regulación del matrimonio. Y no sólo influye el derecho en esta estructuración o disciplina del matrimonio, si que también la costumbre y la religión; las tres especies de normas—religiosas, consuetudinarias y jurídicas—se disputan el dominio de su aplicación y, como se verá, una de las características más salientes de la historia de la institución es la lucha mantenida entre la Iglesia y el Estado afirmando su derecho exclusivo a regularlo.

gisl. mod. de l'Europe, París, 1880; Knoll, *Der Begriff der Ehe*, 1913; Droin, *Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial*, Genève, 1917; Cicu, *Matrimonium seminarium reipublicae* (*Arch. Giur.*, LXXXV, 1921, páginas 111 y siguientes). Sobre el matrimonio según el nuevo Código de Derecho canónico) Göller, *Das Eherecht in neuen Kirchl. G. B.*, Freiburg, 1918.

El concepto más exacto del matrimonio nos lo da la idea de *societas conyugal*; unión que no es sólo de cuerpos, si que también de almas; que tiene carácter de permanencia y de perpetuidad, ya que el vínculo dura toda la vida; que se origina en el amor y se consolida con el afecto sereno que excluye la pasión desordenada y la mera atracción sensual; que reconoce, por fin, no sólo la procreación de los hijos y la perpetuación de la especie, si que también la asistencia recíproca y la prosperidad económica; que crea una comunidad de vida indisoluble que engendra deberes recíprocos entre los esposos y de los esposos para con la prole. Estos caracteres y fines, que son los de todo matrimonio en cualquier derecho positivo y en todo período histórico, fueron magistralmente esculpidos por el famoso orador romano: *nam quum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia*. Y se repiten en las definiciones que del matrimonio han dado juristas y filósofos de la antigüedad. La jurisprudencia romana ha conservado dos célebres. Una de Modestino, o transmitida por él: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (fr. I. D. 23. 2) en la que la conjunción corporal alude al elemento físico de la relación, y el consorcio para toda la vida al elemento moral y carácter perpetuo del vínculo y la comunidad de derecho divino y humano, al rasgo más característico e importante de la sociedad conyugal considerada en su forma más perfecta y más perfectamente romana, cual es el matrimonio *cum manu*. La otra, quizás formulada por Ulpiano, nos ha sido transmitida por Justiniano: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (§ 1.º, Inst., I, 9) acentúa el carácter de perpetuidad de la unión, que se prolonga por toda la vida en sus manifestaciones todas.

Si esta es la idea más general del matrimonio—las dos definiciones antes transcritas por inspirarse en concepciones filosófico-políticas más bien que jurídicas, son perfectamente adaptables al matrimonio moderno—, una noción más precisa se obten-

drá analizando sus elementos constitutivos y sus peculiares caracteres jurídicos. A este fin nada mejor que recordar las fases históricas de la institución hasta llegar a su forma actual en nuestra ley.

El matrimonio de nuestro Código es completamente diferente, por lo que respecta a su estructura jurídica, del matrimonio romano, que es su antecedente histórico.

Matrimonio romano.—El matrimonio romano—que en la larga evolución de aquel Derecho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justiniano no es en realidad más que una pálida imagen del arcaico—se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa *in domum mariti*. La *deductio* inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la *manus* que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) el *animus* es el requisito que integra o complementa el *corpus*. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimien-

to inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor.

Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue. Nada más es necesario a su existencia; no se requiere el empleo de formas determinadas (aun cuando ritos y ceremonias se requieren para su celebración en distintos tiempos y según las especies del matrimonio); tampoco precisa la intervención del Estado, que fué siempre extraño, ni el uso de escrituras o instrumentos nupciales. Es la sola voluntad de los esposos la que crea el vínculo y de su voluntad depende también el que aquél perdure.

Esto explica la especial configuración del matrimonio romano; éste no es indisoluble en el sentido moderno, pero es duradero, perpetuo, y su perpetuidad se concilia y coexiste con la institución del divorcio, porque su perpetuidad es ideal e intencional, no necesaria ni real. El consentimiento no sólo se exige en el momento inicial (como ocurre en el matrimonio canónico y en el actual), si que también posterior y continuamente; de modo que para que haya matrimonio precisa que la *affectio maritalis* anime y vivifique el elemento físico, por lo que si la tal *affectio* cesaba, el matrimonio se disolvía; de aquí que la libertad de divorciarse sea considerada como natural y lícita consecuencia de la incoercibilidad de la *affectio*. Actuarán ciertos frenos o penas para limitar la libertad de divorcio y para reprimir los abusos, pero no es posible negar aquélla sin atacar la esencia de la institución. Recíprocamente, como la existencia de la unión conyugal depende de la permanencia de la *maritalis affectio*, no es de creer que el consentimiento inicial se haya prestado para crear una unión temporal; la intención es constituir un vínculo perpetuo que dure toda la vida; el matrimonio temporal o a prueba (tal como fué conocido en algunos países de la antigüedad y como se reconoce aún hoy por algunas legislaciones) fué desconocido en Roma. El que el matrimonio pueda disolverse no se opone a la perpetuidad ideal e intencional del vínculo.

Por otra parte, así como en la posesión es preponderante el elemento espiritual o *animus* sobre el material o *corpus* (de modo que no es posible adquirir la *possessio* sin la concurrencia de ambos elementos, pero sí lo es el conservarla *nudo animo*), así también en el matrimonio tiene más transcendencia que la conjunción el elemento ético de la *affectio*; lo cual explica algunas normas y sentencias en caso de nupcias con mujer ausente y otros semejantes que parecen contradecir a los principios. Así cuando las fuentes declaran *non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio* (fr. 32, § 13 D. 24. 1), *nuptias enim non concubitus sed consensus facit* (fr. 15 D. 35. 1; fr. 30 D. 50. 17) acentúan el valor del elemento ético colocando en plano secundario el de la unión sexual, y rechaza abiertamente las tendencias de otros derechos locales.

Matrimonio canónico.—Profundamente diversa es la concepción del Derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas. La historia de la institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución está influenciada por la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular. El influjo del cristianismo se manifiesta ya en el último estadio del Derecho romano durante el período justiniano. Pero la regulación del matrimonio por normas canónicas comienza en el siglo IX tímidamente, hasta que por el Concilio de Trento toda la materia matrimonial es regulada canónicamente, afirmándose corresponder a la exclusiva competencia de la Iglesia la disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al estado y condición de las personas son de la competencia de la Iglesia. Los padres de la Iglesia exigen que la unión de los esposos sea bendecida por un sacerdote; la bendición nupcial es la confirmación del matrimonio ya contraído y su consagración eclesiástica, pero no es un requisito esencial para su existencia. Carlomagno la prescribe, pero no es todavía condición de su validez. Mientras tanto la Iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de

los Tribunales eclesiásticos para dirimir las cuestiones matrimoniales y prepara el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la de la legislación, fijando en los oportunos cánones los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio. El Concilio lateranense (año 1215) ordena que la promesa de matrimonio se haga pública, que la publicación se haga en la iglesia parroquial durante la celebración de la misa, que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión. Sus prescripciones no fueron siempre observadas ni recibieron aplicación general; el matrimonio es válido a pesar de la inobservancia de estas prescripciones. Pero la inobservancia se generaliza y más tarde el Concilio de Trento (año 1563) regula toda esta materia de modo definitivo. Ordena necesariamente la intervención del párroco y la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae*: los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente, que conservará en los registros parroquiales. Al lado de ésta, que constituye la forma normal y pública, se admite en casos excepcionales y concurriendo circunstancias graves, el matrimonio secreto y clandestino, que tiene lugar también ante el párroco, celebrándose privadamente y pudiendo eludirse el requisito de las publicaciones; este matrimonio no se registra en los libros ordinarios parroquiales, sino en un libro secreto cuya lectura está prohibida a quien carezca de autorización de la superior autoridad eclesiástica; es un matrimonio contraído sin forma alguna de publicidad, pero que produce los mismos efectos que el ordinario.

Así el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero

su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio, los cónyuges no son ahora sino una misma carne (*itaque iam duo non sunt, sed una caro*) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (*quos Deus coniunxit, homo non-separet*). Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición a la *copula*, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el *consensus* que en los pasajes romanos significa *affectio maritalis* equivale a acuerdo o conveniencia, es decir, a un contrato.

La idea de contrato que para los juristas romanos carecía de sentido, es para los canonistas lógica y natural, pues según éstos, de la voluntad concorde de los esposos, es decir, del concierto de sus voluntades, de su consentimiento, deriva el vínculo conyugal. Pero el consentimiento (que equiparan al que se requiere para los contratos consensuales romanos) es, al contrario de lo que sucede en el matrimonio romano inicial e irrevocable, no continuo ni renovado de momento en momento; de este modo la contradicción entre la idea de consentimiento (que deriva implicar la posibilidad del disenso y, por consiguiente, de la disolución del vínculo), y el principio de la indisolubilidad se salva negando a los esposos la posibilidad de disponer del vínculo una vez constituido éste. La doctrina contractualista se desenvuelve sufriendo diversas vicisitudes, pero se mantiene firme como principio fundamental; en cambio el elemento físico de la conjunción (nueva contradicción producto de la amalgama de ideas y conceptos jurídicos, teológicos y morales procedentes de derechos y legislaciones diferentes) se identifica con la *copula carnalis*, tanto, que no se estima perfecto el matrimonio que no haya sido consumado, admitiéndose con relativa facilidad la disolución de aquel en que falte la cópula.

Matrimonio civil.—El matrimonio de nuestro Derecho civil no es el romano ni el canónico y sí el resultado de una larga y compleja evolución. Cuando la Iglesia afirmó ser esta materia de su exclusiva competencia, rechazando toda ingerencia del poder civil, comenzó el Estado a reaccionar para adquirir de nuevo el derecho que la Iglesia se había atribuido exclusivamente. Ordenanzas reales del siglo XVI en Francia atribuyen al poder civil jurisdicción sobre algunas causas matrimoniales, sustrayendo éstas al conocimiento de los Tribunales eclesiásticos; establecen casos de nulidad, regulan la sucesión de personas procreadas dentro de matrimonios celebrados sin la observancia de determinadas disposiciones reales y niegan eficacia al matrimonio secreto y de conciencia. La reacción culmina en la Revolución francesa; la Constitución de 1791 proclamó el principio de que el matrimonio es un acto civil no religioso, cuya regulación corresponde por modo exclusivo al poder civil que determina las condiciones de capacidad de los esposos, los impedimentos y la forma de su celebración; el matrimonio debe tener lugar ante la autoridad civil y ser registrado en los correspondientes libros. *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* declara la Constitución del 91. Por este mismo camino prosigue el Código Napoleón que realiza la perfecta secularización del matrimonio. Implantado en Italia con dicho Código el principio de la separación, subsiste éste hasta la Restauración; luego los Estados particulares adoptan el régimen primitivo o acogen sistemas mixtos que concilian las exigencias del poder civil con las del religioso. Finalmente el Código italiano, unificando la variedad de sistemas e inspirándose en las ideas de Cavour de la Iglesia libre en el Estado libre, afirma de nuevo el principio del matrimonio civil; por corresponder al Estado exclusivamente la facultad de legislar sobre esta materia, no puede haber más matrimonio válido que el contraído según las leyes civiles y ante el Oficial del Estado civil, si bien quedando en libertad los esposos de observar o no el rito religioso católico o cualquiera otro, sin que el Estado pueda imponerlo o prohibirlo, porque no es misión suya penetrar en la esfera religiosa ni

coartar la libertad de conciencia de los ciudadanos. El matrimonio religioso, pues, subsiste, pero como un simple acto de fe improductivo de efectos jurídicos; para la ley tal matrimonio es inexistente y lo reputa concubinato, porque no pueden haberse justas nupcias, poderes familiares, ni derechos ni deberes conyugales, ni entre parientes, si no se contrae en la forma y con la observancia de las normas estatales (1).

(1) Esta posición del Estado, de franca indiferencia frente al matrimonio religioso —aun respondiendo a un elevado principio de libertad— no era, políticamente al menos, la más oportuna. En un país donde los cánones sagrados han regido por mucho tiempo, y donde el sentimiento religioso está tan arraigado y difundido, no se podía prescindir de la conciencia común, según la cual el matrimonio contraído ante el sacerdote era por sí solo apto para producir un vínculo legítimo y perfectamente válido. Y, efectivamente, en los primeros tiempos de aplicación del nuevo régimen introducido por el Código, las uniones celebradas con arreglo al rito religioso fueron numerosísimas, porque (especialmente en el campo y en los ambientes sociales menos cultos) no se creía necesaria la forma civil para legitimar la forma religiosa; a veces, aun sin ignorar el efecto legitimador del matrimonio civil, los esposos omitían éste a fin de no perder los beneficios y ventajas (pensiones) atribuidas al célibe o al cónyuge viudo. Así, por ignorancia o por propósito de incumplir impunemente la ley, se multiplicaron las uniones ilegítimas enormemente, contribuyendo a esto el propio Clero, que negando al Estado la facultad de ingerirse en materia sacramental, reivindicaban para la Iglesia su derecho exclusivo a regular el matrimonio.

De esto surgió el pensamiento de regular mediante una ley las relaciones entre el Código y los sagrados cánones, y consiguientemente los intentos traducidos en varios proyectos de ley de imponer la precedencia del matrimonio civil al religioso o de prohibir al sacerdote autorizar el matrimonio religioso sin asegurarse antes de que se ha celebrado previamente ante el Oficial del estado civil o imponiendo penas al sacerdote o a los esposos que prescindiesen de la forma civil o la omitiesen. Pero ninguno de estos proyectos se convirtió en ley por la oposición que hallaron, fundada en que el Estado no puede coartar las conciencias ni la fe religiosa de los ciudadanos, ni limitar la libertad del sacerdote, quien en el desempeño de su espiritual ministerio debe obedecer solamente a la autoridad de la Iglesia, sin tener en cuenta otros preceptos que los canónicos.

Sin embargo, aquella exigencia que en el pasado se estimó absoluta e ineludible, se ha debilitado poco a poco, y ello por haberse difundido la convicción de que la unión no contraída ante el Oficial del Estado civil

Naturaleza jurídica del matrimonio.—¿Cuáles son, propiamente, el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio según nuestro Derecho? La concepción contractualista introducida y profesada durante mucho tiempo por los canonistas, es la que prevaleció entre los civilistas franceses e italianos. Ciertamente que los más se apresuran a añadir que el matrimonio ofrece caracteres peculiares y notas características; pero siempre es la idea del contrato la dominante, porque según los partidarios de esta teoría, es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo, ya que, como en los demás contratos, es en éste necesario y suficiente el consentimiento inicial, y porque también en este como en los demás contratos el acuerdo se produce para regular una relación jurídica; las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención de funcionario público y determinadas solemnidades o las que restringen la libertad de los contrayentes o prohíben el establecimiento de términos y condiciones, o que niegan eficacia al disenso mutuo o que en general prohíben una regulación convencional de la relación, son consecuencias de la naturaleza especial de la convención y no destruyen, sin embargo, la esencia contractual de la misma.

Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las

hacía que los nacimientos ocurridos dentro de la misma se reputasen ilegítimos y se considerase aquélla concubinato, o porque el clero prudente respeta la ley y adopta de hecho el sistema de no admitir a los esposos para darles la bendición nupcial sin previa exhibición por los mismos de un certificado expedido por el Oficial del Estado civil que acredite haberse celebrado el matrimonio. Encíclicas e instrucciones pontificias han autorizado esta práctica. Ver Gabba, *I due matrimoni civile e religioso nell' odierno dir. it.*, Pisa, 1893; Venzi er Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, VII, pág. 55, n. a.

normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista.

Ajena también al contrato es la materia sobre que recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia o el objeto de aquél. Todas las normas de los contratos son inaplicables al matrimonio, y las que parecen aplicables son las relativas al negocio jurídico, del cual constituye una especie el matrimonio. Lo que patentiza sobre todo la inexactitud de la doctrina contractualista, es la impotencia de los esposos para crear por sí solos el vínculo conyugal; el consentimiento de los esposos es absolutamente ineficaz si no interviene la declaración solemne del Oficial del Estado civil. Esta intervención del Estado—que algunos comparan con las que en orden a determinados actos realiza el Notario u otro funcionario público, como, por ejemplo, en el testamento o en la donación—no es una mera forma que dé solemnidad al acto; tampoco puede decirse que el Oficial del Estado civil ejerza aquí la función de fedatario atestando la existencia del consentimiento de los esposos, constatando la concurrencia de los requisitos necesarios al matrimonio y acreditando la celebración de éste; su función es, por el contrario, esencialmente constitutiva, porque es el funcionario público quien, recibiendo la declaración de los contrayentes, los declara conyuges ante la ley, constituyendo entre ellos la relación matrimonial. Antes de esta declaración

del Oficial, la de los esposos carece de eficacia, ya que no crea el vínculo matrimonial ni produce ninguna otra relación. Quizás peca de exagerada la opinión de algún autor (1) que atribuye a la voluntad de los esposos el valor de simple supuesto, aunque esencial, privando de toda importancia a la voluntad de los contrayentes; pero, con todo, es indiscutible la preeminencia de la voluntad del Estado como perfeccionadora de la relación.

Si abandonamos la concepción contractualista, tendremos que considerar el matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la del Estado. Que no es un acto meramente privado, resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un puro acto administrativo o un acto público (2), lo prueba la necesidad de que concurra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario público representante del Estado.

Así se explica fácilmente porque, siendo suficiente el consentimiento inicial, no basta, en cambio, la simple voluntad de los esposos para disolver el vínculo. La irrevocabilidad e inmu-

(1) Así, por ejemplo, Cicu, *Matromonium seminarium reipublicæ*, quien con abundancia de argumentos sostiene, en contra de la corriente general, el carácter constitutivo de la intervención del Oficial del estado civil, combatiendo enérgicamente la doctrina contractualista; sin embargo, reduce con exceso la importancia del consentimiento de los esposos atribuyéndole el valor de simple supuesto.

(2) Véase a este respecto Rameri, *Il concetto di matrimonio come negozio giuridico di diritto pubblico* (*Riv. dir. pubbl.*, 1920, páginas 25, 488 y siguientes); y sobre todo Cicu, *Diritto di famiglia*. Véase también Maroi, en recensión a Droin (*Riv. it di sociologia*, 1920, pág. 361, n. 1).

Según Cicu, no se trata de originar una relación meramente individual ni de proteger un interés privado, sino de crear una relación que va más allá de los contrayentes por afectar a los hijos que habrán de procrearse y a todo el organismo familiar, de tutelar un interés superior que no es únicamente común (como ocurre en el contrato de sociedad), sino que trasciende de los individuos y es además unitario porque se suprime toda tendencia o impulso egoístas y la voluntad es limitada, la libertad muy circunscrita. Define este autor el matrimonio como una *relación orgánica*, es decir, que se caracteriza por la organización de las voluntades para conseguir un fin superior.

tabilidad del matrimonio deriva de que concurriendo como concurre la voluntad de los esposos con la del Estado, no puede después la primera actuar eficazmente por sí sola. La indisolubilidad del vínculo que pasó del Derecho canónico al nuestro ha cambiado de fundamento, porque ya no se basa en el carácter sacramental del matrimonio; tal indisolubilidad es consecuencia de que constituida la relación y estimando necesario, en consideración a un elevado interés, atribuirle el carácter de perpetuidad, la sustrae a la libre disposición de los esposos como sustrae otros vínculos y poderes familiares.

II. *Esponsales* (I).—Previo al estado conyugal que se crea mediante la celebración del matrimonio, es el que determinan los esponsales, el cual, según nuestro Derecho, es un estado de hecho provisto en otras legislaciones de importancia jurídica por generar en los esposos un particular estado personal que produce determinados efectos de derecho. Nuestro Código apenas toma en consideración (el francés ni siquiera los menciona) el momento y acto anteriores al matrimonio que constituyen los esponsales; sólo con un fin negativo alude a ellos para declarar que no vinculan a los esposos ni generan otra obligación que la patrimonial de reembolsar los gastos hechos en consideración al futuro matrimonio. Toda la materia esponsalicia es objeto de una regulación consuetudinaria y ética. Los esponsales han perdido actualmente toda su antigua importancia, que bien puede decirse que se hallan hoy desprovistos de todo carácter jurídico.

Esponsales se llama a la recíproca promesa que los esposos se hacen de contraer matrimonio. La definición moderna no difiere, pues, de la contenida en las fuentes romanas (fr. I D. 23. 1): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. Común al Derecho romano y al nuestro el principio según el cual la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo, es, sin embargo, distinta la eficacia de los esponsales romanos y la de los

(I) Ciccaglione, *Gli sponsali e la promessa di matrimonio nella Storia e nel diritto italiano*, Milán, 1888; Colin, *Des fiançailles*, París, 1887; Roche, *Origine des fiançailles*, 1898.

nuestros. Originaban los esponsales en Derecho romano un vínculo personal entre los esposos que venían a ser cuasi afines entre sí; esto constituía un impedimento para contraer matrimonio con persona distinta o para celebrar nuevos esponsales si no se hubieren disuelto antes los primeros. No se podían estipular penas para quien no cumplierse la promesa, porque se quería que la voluntad matrimonial fuese completamente libre (fr. 134 pr., D. 45, I: *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*); era usual entregar las *arrhae sponsalitiae* (1), y en la época del Derecho imperial se conminó con la pérdida de las mismas, agravándose la sanción con el pago del cuádruplo (en el Derecho justiniano del triplo) impuesto al esposo que sin causa justificada rompiese los esponsales. Este impedimento fué también conocido en el Derecho canónico, el cual proclamando la incoercibilidad de la voluntad matrimonial atribuyó, sin embargo, a la promesa de matrimonio una cierta eficacia jurídica. Los canonistas distinguieron los *sponsalia de praesenti* de los *sponsalia de futuro*, estimando aquéllos como un matrimonio verdadero y propio y éstos como una promesa de futuras nupcias que se convertía en matrimonio si a ella seguía la cópula carnal.

Inspirándose en la tradición romanística y canonística, y acentuando aún más el principio de la absoluta espontaneidad y libertad del querer, nuestro Código ha cancelado las huellas de aquel constreñimiento atenuado que, según los mencionados derechos, y también algunos de los Códigos anteriores al vigente (2), podía derivar de los esponsales. El principio vigente es el de que «la promesa recíproca de futuro matrimonio no produce la obligación legal de contraerlo ni la de cumplir lo que se hubiere pactado en previsión del incumplimiento de la misma»

(1) Riccobono, *Arra sponsalicia sec. la c. 5 C. 5. I* (en los *Studi per Pepere*); Koschaker, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia* (*Zeitschr. d. Rechtsgeschichte*, XXXIII, 1912).

(2) Así el Código albertino (art. 107) y el napolitano (art. 148) establecían que en caso de ruptura injustificada de los esponsales se originaba en favor del esposo inocente una acción para exigir resarcimiento por los daños.

(artículo 53) (1); lo que significa que, aunque reprobada por la costumbre la ruptura de los esponsales, es plenamente libre, aunque no esté fundada en un motivo serio, y en cuanto es libre tal ruptura, no puede generar obligación alguna en el esposo que no cumple la promesa ni a resarcir el daño causado a la otra parte ni a sufrir la pena estipulada.

La única sanción que se impone como consecuencia de la ruptura de la promesa al esposo que se niega a cumplirla es la de reembolsar a la otra parte de los gastos hechos por causa del futuro matrimonio (art. 54). Pero esta obligación no nace sino concurriendo las tres condiciones siguientes: *a*), que la promesa hubiere sido hecha por persona capaz, es decir, por el mayor de veintiún años o por el menor, autorizado por las personas cuyo consentimiento es requerido para que pueda contraer matrimonio válidamente (2); *b*), que esta promesa se consigne por escrito en documento público o privado. Lo más frecuente es el empleo del documento público: la estipulación de las convenciones matrimoniales, la regulación de las futuras relaciones de contenido patrimonial, reconoce por base y solemne supuesto la promesa recíproca de los esposos; si estas convenciones faltan y falta también el documento privado, suplen tal defecto las publicaciones ordenadas por el Oficial del estado civil, que por verificarse sobre el requerimiento de los esposos acreditan haber tenido lugar la promesa; *c*), que la ruptura no obedezca a una causa justa; corresponde al Magistrado juzgar si, con arreglo a las circunstancias, la negativa es o no justificada; justificada podría ser, por

(1) Bajo este aspecto el proxenetismo o sea la mediación matrimonial puede ser declarado nulo en cuanto coarte la voluntad del esposo; Wahl, *Le courtage matrim.* (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, páginas 471 y siguientes).

(2) La expresión equívoca de la ley (art. 54) suscita la duda de si en orden al esposo de sexo masculino (que precisa para contraer matrimonio del consentimiento de sus padres hasta que cumpla veinticinco años) es suficiente la mayor edad para engendrar la obligación o se requiere también la adhesión de los padres a los esponsales. Creo que la disposición debe ser interpretada literalmente y que es por tanto suficiente la mayor edad.

ejemplo, por la sobrevenida condena penal del otro esposo, por el descubrimiento de defectos físicos o de cualidades morales aminorantes de la pública estimación, por la negativa del consentimiento de los padres en el matrimonio del esposo, mayor de veintiuno y menor de veinticinco años.

Objeto de la acción—cuyo ejercicio no es posible transcurrido que sea un año desde el día en que la promesa debió ser cumplida o cuando no hubiere término preestablecido, transcurrido que sea un año desde que se comprobó la negativa—, son únicamente los gastos hechos por el esposo inocente, por razón de las futuras nupcias; las palabras de la ley excluyen todo otro resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de la promesa (1). La razón es que cada esposo debe prever como posible la ruptura de los esponsales, y no debe contar con otra reparación que no sea la establecida por daños que deriven del incumplimiento (2).

Sobre el fundamento de esta obligación disputan los civilistas, sosteniendo algunos que deriva de la culpa contractual, y otros que procede de la extracontractual. Pero la culpa contractual supone un vínculo obligatorio que no se ha cumplido y los esponsales no crean vínculo alguno. En cuanto a la culpa aquiliana, parece debiera excluirse aquí, porque su supuesto es un hecho ilícito, y la ruptura de los esponsales no entraña ilicitud, puesto que la ley la autoriza. Sin embargo, en la culpa aquiliana podemos hallar el fundamento: como la obligación de resarcir los gastos nace solamente cuando medie una *injusta* negativa a contraer matrimonio, es en esta injusta negativa donde radica la ilicitud; la libertad que la ley otorga para romper la promesa debe entenderse con la limitación de que la promesa no haya provocado gastos hechos con vistas al matrimonio.

(1) Véase Cogliolo, *Se la rottura degli sponsali obblighi ai danni* (en *Scritti di dir. priv.*, II, pág. 177).

(2) Sobre el decir que la obligación impuesta por el art. 54 no tiene nada que ver con la establecida en el caso de seducción mediante promesa de matrimonio; en este caso la responsabilidad no nace del incumplimiento de la promesa, sino del delito de seducción; Fadda, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta* (*Legge*, 1893, I, pág. 604).

Finalmente, aunque el Código nada diga, hay que considerar admisible la repetición de las donaciones hechos por un esposo al otro; la obligación de la restitución tiene un fundamento muy distinto: se basa en la falta de causa y en el precepto del artículo 1.068, que declara sin efecto toda donación hecha por razón de futuro matrimonio cuando éste no se celebra. De aquí que esta obligación sea recíproca e independiente de la imputabilidad o injustificabilidad de la negativa a contraer matrimonio.

Sin embargo, no deben considerarse comprendidos en el artículo 1.068 los pequeños regalos usuales que se suelen cambiar entre los esposos o entre uno de éstos y los parientes del otro, ya que se hacen por razón de las relaciones de amistad y no con vistas a que tenga lugar el matrimonio (1).

(1) Ved Ascoli, en *Riv. dir. civ.*, 1919, pág. 572; Iannuzi, en *Filang.*, 1882, pág. 466.

NOTA DEL TRADUCTOR.—La publicación en España de la ley del Registro civil de 18 de Junio de 1870. produjo los mismos efectos que la del Código civil en Italia. Ambas disposiciones establecieron como obligatoria la forma civil del matrimonio, pero en España hubo de ser corregida esa posición, por los Reales decretos de 22 de Enero y 9 de Febrero de 1875, ante la multitud de matrimonios canónicos celebrados que, por no haberlo sido también civilmente, no surtían efectos civiles. Esas disposiciones admitieron como forma normal la canónica, quedando la civil para quienes no profesaran la religión católica. El mismo sistema sigue el Código civil español en su artículo 42, rigiendo para el matrimonio canónico el *Codex Iuris Canonici* de 27 de Mayo de 1917 admitido como ley del Reino por Real decreto de 19 de Mayo de 1919 y para el civil el Código, bastando para que se celebre este matrimonio, que ambos o uno de los contrayentes declare no profesar la religión católica (Real orden de 28 de Junio de 1913), pues si ambos son católicos, es obligatoria la forma canónica (art. 42).

Esponsales.—Los esponsales de futuro dice el art. 43 del Código civil español (53 del Código civil italiano), no producen obligación de contraer matrimonio; doctrina con la que también concuerda el *Codex Iuris Canonici* (canon 1.017). Únicamente el incumplimiento de esa promesa, si fué hecha en documento por un mayor, o un menor asistido de la persona que hubiera de consentir el matrimonio, o se hubiesen publicado las proclamas, determina la indemnización de los gastos hechos por razón del matrimonio prometido cuando no hubiese causa justa de ruptura. La acción prescribe al año desde la negativa a contraer el matrimonio (artículos 44 del Código civil español y 54 del Código civil italiano).

§ 107.—*Requisitos para contraer matrimonio*

Brugi, *Ist.*, §§ 75, 76, 78; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 11; Zachariae, *Man.*, III, §§ 422-426, 429-432, 436-439; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 450-457, 465-466; Planiol, *Traité.* I, números 703 y siguientes (1).

La gran importancia que tiene la institución del matrimonio en el aspecto moral, social y jurídico implica la necesidad de que la ley fije de modo preciso y con todo rigor los requisitos y condiciones exigidos para contraerlo válidamente; en ninguna otra relación son estos requisitos tan numerosos y complejos, porque ninguna otra reclama en el mismo grado tantas y tan serias garantías, y ello por el influjo decisivo que el matrimonio ejerce en el estado personal, en la prosperidad familiar, tanto en el orden jurídico como en el moral y en el político. Estas condiciones afectan, de una parte, a la esencia de la relación, y responden a la finalidad y caracteres propios del vínculo conyugal; de otra, se refieren a la forma, que aquí tiene una gran trascendencia, y es regulada con todo detalle. Hay requisitos que constituyen verdadero supuesto del matrimonio, tales, por ejemplo, la diversidad de sexos, la madurez sexual de los esposos; otros hacen referencia a la capacidad de las personas, a la seriedad y libertad de la voluntad, al consentimiento de los padres o de otros parientes que están facultados para autorizar el matrimonio; otros tienen por objeto la evitación de uniones repugnantes entre parientes y afines muy próximos o entre personas de las cuales una haya atentado a la vida del cónyuge de la otra; otros tienden a asegurar el principio de la indisolubilidad y el carácter monogámico del matrimonio o a evitar incertidumbres en orden a la paternidad de la prole. Así, unas condiciones no difieren de los

(1) Además de los autores citados en la nota al § 106, pueden consultarse Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtl. Entwicklung*, Leipzig, 1865; Sohm, *Das Recht der Eheschliessung aus dem deut. und canon. Recht geschichtlich entwickelt*, Weimar, 1875; Brandileone, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milán, 1906.

requisitos comunes de los negocios jurídicos; otras tienen el carácter de prohibiciones o impedimentos, porque la ley exige la ausencia de ciertos hechos o de determinadas situaciones personales que, de concurrir, constituirían un verdadero obstáculo al matrimonio.

Fué especialmente en el Derecho canónico donde se desarrolló y elaboró la doctrina de los impedimentos matrimoniales. Los canonistas agruparon las condiciones requeridas para contraer matrimonio en dos categorías principales: impedimentos dirimentes (*impedimenta dirimentia*), constituídos por prohibiciones, cuya violación producía la nulidad del matrimonio (*dirimunt*, es decir, anulan); impedimentos impeditivos o prohibitivos (*impedimenta impediencia*), o sean prohibiciones que impiden la celebración del matrimonio, pero cuya infracción no determina la nulidad de éste y sí la aplicación de sanciones penales a los contraventores, quedando el matrimonio válido e inimpugnabile. De los impedimentos dirimentes, algunos eran absolutos (*imp. dirimentia publica*), porque podían denunciarse por cualquier interesado, y la nulidad que producían era perpetua, insanable; otros relativos (*imp. dirimentia privata*), porque la inobservancia de la prohibición sólo podía invocarse por determinadas personas, y la nulidad era convalidable mediante la renuncia a la acción o por inejercicio de ésta dentro de los términos preestablecidos. Algunos de estos impedimentos eran dispensables; con la dispensa se hacía inaplicable la prohibición a los esposos, habida cuenta de ciertas circunstancias personales; la dispensa podía solicitarse antes del matrimonio o después de celebrado éste, con objeto de sanar el vicio de que estaba afecto.

Ahora bien, el influjo ejercido por el Derecho canónico y la tradición histórica hicieron que pasase a la doctrina moderna el concepto de los impedimentos y que el Derecho actual acogiese en su mayor parte las enseñanzas de los canonistas; pero, como es natural, no todos los impedimentos fueron recibidos por nuestro Código (así, por ejemplo, los derivados del bautismo o de la confirmación, el de los esponsales, el de la *disparitas cultus*, el de votos solemnes y el de orden sacro, etc.); tampoco coinciden

las citadas clasificaciones de absolutos y relativos, públicos y privados, con el sistema propio de nuestro Código. El sistema de éste puede reducirse fundamentalmente a los conceptos de nulidad y anulabilidad. De las condiciones exigidas por nuestra ley para contraer matrimonio, algunas son de rigurosa e ineludible observancia; de modo que, si no se observan, el matrimonio se reputa jurídicamente inexistente o nulo; en orden a otras condiciones, la violación de las mismas produce solamente un vicio, el matrimonio es anulable y es válido si no se ejercita la acción de anulación; una tercera categoría de condiciones es la de aquellas cuya omisión determina la aplicación de ciertas sanciones penales, quedando, no obstante, el matrimonio válido e inimpugnable. Puede decirse que las prohibiciones de matrimonio, provistas de la sanción de nulidad o de anulabilidad, corresponden a los impedimentos dirimientes del Derecho canónico, y que las prohibiciones cuya inobservancia lleva aparejada la aplicación de multas o de penalidades, corresponden a los impeditivos. También en nuestro Derecho se admite la dispensa de algunos impedimentos: constituye esta facultad de dispensar una prerrogativa de la Corona, ya que se atribuye al Poder real, y hoy, por efecto del Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, número 2.561, es ejercida por el Procurador general de la Corte de Apelación del territorio jurisdiccional donde residen los esposos o uno de ellos.

Dejando para el párrafo siguiente todo lo relativo a la nulidad y anulación del matrimonio, expondremos aquí lo concerniente a los requisitos para contraerlo, según la distinción fundamental de esencia y forma del acto.

I. *Requisitos sustantivos.*

1. *Diversidad de sexos.*—Requisito natural del matrimonio es la diversidad de sexos; no hemos de insistir, porque solamente los casos teratológicos de hermafroditismo (por lo demás raros) pueden reclamar la aplicación de este requisito; se resolverán teniendo en cuenta el sexo predominante.

2. *Pubertad.*—También la misma naturaleza exige que los esposos hayan alcanzado la madurez sexual. De aquí el requisito

de una edad mínima que esté en relación con el desarrollo físico, razonablemente más baja para la mujer que para el hombre. Pero como con la madurez del sexo se exige también una cierta madurez de razón para consentir, el Código eleva la edad mínima que por pura consideración fisiológica bastaría, y fija en diez y ocho años para el hombre y en quince para la mujer la edad necesaria para contraer matrimonio (art. 55). Se admite, sin embargo, la dispensa de edad: el Rey, o en su nombre el Procurador general de la Corte de Apelación (Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, núm. 2.561), puede conceder al hombre que ha cumplido catorce años y a la mujer que ha cumplido los doce (artículo 68, párr. 1.º del Código civil, artículos 79, 80, 81 de Real decreto de 16 de Noviembre de 1865 de la Ordenanza sobre el estado civil).

El requisito de la pubertad responde al fin matrimonial de la procreación de la prole y perpetuación de la especie. Pero como éste no es un fin indefectible y la capacidad genérica es supuesta, no requerida de modo absoluto, el Código civil no declara que sean impedimentos del matrimonio la impotencia ni la vejez. No hay un límite máximo de edad; los viejos pueden contraer matrimonio; es más, no ya la generación, pero ni siquiera la cópula es requisito, como lo prueba la admisión de los matrimonios *in extremis*. En cuanto a la impotencia diremos que no constituye obstáculo a las nupcias; sin embargo, como hace la comunidad conyugal menos plena, la ley la toma en cuenta y la reputa causa de anulación, siempre que sea manifiesta, perpetua y anterior al matrimonio (art. 107). Con esto parece negarse que la procreación y la cópula sean fines esenciales e indefectibles del matrimonio; pero esta contradicción resulta sólo aparente si se piensa que la impotencia, siendo, como es, causa de la anulabilidad, necesita ser invocada para hacerse valer, de modo que el matrimonio, cuando la acción no se ejercite, puede subsistir con plena validez.

3. *Consentimiento de los esposos.*—a) Requisito esencial es que los esposos consientan en la creación del vínculo y se acepten recíprocamente como marido y mujer; el consentimiento

debe ser expreso y manifestado personal, oralmente y en forma solemne, es decir, ante el Oficial del estado civil en presencia de dos testigos y en la Sede del Municipio con respuesta pura y simple a la interrogación que el susodicho Oficial hace sucesivamente a cada esposo (artículos 93 y 94 del Código civil; art. 97 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). No se admite una tácita manifestación, porque la forma oral y expresa garantiza mejor la sociedad y la constancia de la volición; no se admite la representación propia, o sea en la voluntad, ni impropia o en la declaración, porque este acto afecta a lo más íntimo de la personalidad y es muy conveniente que el directamente interesado aprecie personalmente las ventajas de su realización (1); no

(1) El matrimonio por poder (conocido ya en Derecho canónico) es permitido solamente a la persona del Rey y miembros de la Real Familia, en orden a los cuales rige un derecho especial sancionado por el propio Código civil (art. 99). Excepcional y transitoriamente fué admitido también durante la guerra europea, en favor de los militares y de las personas empleadas en el Ejército y en la Marina (Decreto-ley de 24 de Junio de 1915, núm. 903; derogado en la actualidad por Decreto-ley de 22 de Agosto de 1920, núm. 1.263). y extendido luego a las provincias venetas invadidas por el enemigo (Decreto-ley de 1.º de Febrero de 1908, número 102). Tanto en el primer caso como en el segundo, se trata de representación impropia, puesto que la ley de ningún modo puede permitir que se confíe a la libre voluntad de un tercero la constitución del vínculo matrimonial; el procurador o apoderado es aquí un *nuncius* que transmite la personal voluntad del esposo. Prescindiendo de la Familia Real, en la que tal derogación del Derecho civil puede explicarse por la tradición histórica y por razones de Estado, la sustitución del poder para el matrimonio ha merecido acerbos críticas extendidas a las disposiciones que se dictaron en tiempo de guerra (Marchi, en *Filang*, XLI, 1916, páginas 161 y siguientes; Manenti, *Del matrimonio per procura dei militari*; en *Studi senesi*, XXXIII, 1917, páginas 99 y siguientes). ¿Qué ocurre si el matrimonio se celebra cuando el esposo mandante haya muerto? Es evidente que el matrimonio en este caso sería nulo; pero no faltan tampoco los defensores de su validez, que sostienen debe considerarse como un acto *mortis causa* (Manenti, ob. cit.), y aun quien esti mándolo nulo cree que produce ciertos efectos patrimoniales para el cónyuge superviviente, como es, por ejemplo, el derecho de retener cuanto hubiese recibido por alimentos o en concepto de pensión (Faggella, *La legislazione bellica in relaz. al diritto pubblico*, en *Riv. dir. pubb.* 1918.

se tolera la adición de condiciones, términos o reservas, porque una declaración afecta de condición resolutoria o de término final se opondría al carácter duradero e indisoluble del matrimonio, y si tal condición fuese suspensiva, o el término inicial o la declaración limitada, se conculcaría el principio de certidumbre y de inmediata eficacia de la relación conyugal. La ley (art. 95) prohíbe expresamente tales adiciones (1), ordenando al Oficial del estado civil que no proceda a la celebración del matrimonio cuando los esposos condicionaren insistentemente su consentimiento (2).

b) El consentimiento válido sólo puede ser emitido por persona sana de mente y no sujeta a influjo, siquiera sea momentáneo, de causas morbosas que le priven de la conciencia del acto. Se aplican aquí las normas comunes relativas a la capacidad natural, que es el supuesto necesario de todo negocio jurídico; por tanto, debe reputarse nulo el matrimonio contraído

(1) El art. 95 habla solamente de condiciones y términos, pero ello es así porque éstas son las determinaciones accesorias de voluntad más importantes; la prohibición debe reputarse extensiva a otras modalidades o cláusulas que tiendan a limitar el consentimiento puro y simple.

(2) La ley dice que el Oficial del estado civil rehusará la celebración cuando las partes aleguen términos o condiciones e *insistiesen en ellos*; esta frase alude a la hipótesis de una voluntad contraria de los esposos, porque éstos no podrían adicionar la modalidad prohibida antes de ser interrogados por el Oficial del estado civil, o sea cuando ya se ha iniciado la celebración; ha de entenderse, pues, que el Oficial rechazará la respuesta dada e invitará a las partes a que la den pura y simplemente; si a pesar de la invitación persisten en su propósito, el Oficial denegará la celebración. Si a pesar de la prohibición el matrimonio se celebrase, la ley (art. 124) impone una multa al Oficial del estado civil que lo hubiere autorizado, pero nada dice en cuanto a la validez del matrimonio. Alguien estima que éste es nulo por faltar la voluntad pura que la ley exige; más exacto por más conforme a la voluntad de los compiladores del Código (Gianzana, *Cód. civ.*, III, pág. 57), es considerar el matrimonio como válido y como no puestos el término o la condición. Véase Manenti, *Della inapponibilità delle condizioni ai negos. giur. e in specie delle cond. apposte al matrim.*, Siena, 1888, pág. 186; Polacco, *Del matrimonio contratto sotto condizione od a termine* (*Atti R. Ist. Veneto*, VII, 1895, pág. 253).

por quien sufra una enfermedad mental o una perturbación, aunque sea transitoria, de la psiquis, tales que destruyan la voluntad. Debe probarse que la enfermedad subsiste en el momento de prestar el consentimiento, sin que precise que sea reconocida en el juicio de interdicción. Cuando este juicio ha tenido lugar y en él se declara interdicta a la persona, basta la sentencia de interdicción para acreditar la incapacidad, sin que sea necesario probar la ausencia de voluntad, aunque se pruebe haber cesado la afección patológica mental, en el momento de la celebración (1): la interdicción judicial (2) constituye un impedimento del matrimonio, y para evitar que éste se halle expuesto a una posterior anulación, la ley ordena que si el juicio de interdicción sólo ha sido promovido, la celebración debe suspender-

(1) En este sentido debe interpretarse el art. 61 de la ley que explícitamente prohíbe el matrimonio a quien esté interdicto por padecer enfermedad mental; el legislador ha querido declarar con esto que de las diferentes causas de incapacidad legal, sólo tiene trascendencia aquí la interdicción judicial, excluyéndose la interdicción por pena y la inhabilitación. Pero no puede compartirse la opinión de algún autor de que solamente la enfermedad mental constatada mediante el juicio de interdicción implique la anulación y que en los demás casos en que no se dé el aludido requisito el matrimonio sea válido.

Y se explica que se mencione expresamente la interdicción judicial y se silencie la incapacidad natural; en el art. 61 y en los demás que le preceden y le siguen, las condiciones prescritas son concebidas como impedimentos matrimoniales, es decir, como prohibiciones de celebrar o autorizar el matrimonio impuestas al Oficial del estado civil; ahora bien, en el caso de interdicción judicial, hay una sentencia en la que se apoya la prohibición; en el caso de enfermedad no constatada en el juicio de interdicción, falta la prueba cierta que autoriza al Oficial a rehusar la celebración.

(2) No la interdicción legal; la pena a que haya sido condenado uno de los esposos no impide que cree el vínculo conyugal, ya que el legislador no ha creído oportuno privar al reo, aunque lo sea de graves delitos de la facultad de constituir una familia. Cierto que en los casos de condenas graves y de larga duración faltan las más elevadas finalidades del matrimonio: la comunidad de vida, la procreación de hijos; pero razones sentimentales y afectivas justifican el nacimiento del vínculo aunque no obedezca a fines favorecidos por la ley, como es, por ejemplo, el de la legitimación de los hijos.

se hasta que la autoridad judicial pronuncie sentencia definitiva (artículo 61). Contraído el matrimonio, no obstante la sentencia de interdicción, el matrimonio puede ser impugnado por el propio interdicto, por su tutor, por el Consejo de familia y por el Ministerio fiscal (art. 112). También la interdicción declarada con posterioridad al matrimonio produce el mismo efecto, el de hacer éste anulable si de la sentencia resulta que la enfermedad mental existía ya al tiempo de contraerse el matrimonio.

c) El consentimiento debe estar *exento de vicios*. Son aplicables aquí los principios generales de los negocios jurídicos en virtud de los cuales, si el consentimiento falta por completo (casos del ebrio y del demente), habrá *nulidad* de matrimonio; si habiendo consentimiento estuviese éste viciado, el matrimonio sería *anulable*. Pero como derivación de aquellos principios y para asegurar mejor la seriedad de la voluntad de los esposos, la ley no admite sean invocables los tres consabidos vicios: excluye el dolo, y del error sólo admite una especie, la del *error in persona* rechazando los demás. Así los únicos vicios del consentimiento que autorizan a impugnar y a hacer anular el matrimonio son: la violencia y el error en la persona como se deduce del artículo 105 del Código civil: «El matrimonio puede ser impugnado por el esposo que no hubiere dado libremente su consentimiento. Si hubiere error en la persona, la acción de nulidad puede promoverse por el esposo que incurrió en error».

Sobre estos puntos se han suscitado enconadas controversias y graves discrepancias entre los autores y Tribunales. Haremos breve referencia.

α) *Violencia*.—Esta no plantea en verdad cuestiones muy difíciles: según los principios comunes, habrá de darse una coerción moral que prive de libertad a la determinación del individuo; no basta la presión aun intensa que puede ejercer el padre sobre la hija (temor reverencial), o la que es efecto de la seducción; podría darse en el rapto cuando después de consumado el delito se ejerza sobre la mujer la coacción psíquica necesaria para forzarla a contraer matrimonio. Si se trata de violencia material (*vis atrox*), habría no simple anulabilidad; sino nulidad del

matrimonio por faltar absolutamente la voluntad (caso por lo demás prácticamente imposible, dada la intervención en el acto del Oficial del estado civil).

β) *Dolo*.—La exclusión del dolo se funda en las expresiones del art. 105, en el que al referirse en su primera parte al consentimiento *libre*, alude también a la ausencia de violencia; en cambio en su segunda parte hace referencia al error solamente. Esta exclusión se justifica por el razonable temor de dar excesiva facilidad a la anulación de los matrimonios, dada la frecuencia con que uno de los esposos oculta defectos o cualidades negativas o se atribuye falsamente virtudes y cualidades positivas, con engaño del otro esposo. Se ha objetado que consentimiento *no libre* es tanto el arrancado con violencia cuanto el conseguido con dolo; que también en este caso se habla de cónyuge engañado (art. 127); que si el error admitido por la ley es solamente el que recae sobre la identidad de la persona, no sería lógico excluir el error sobre las cualidades esenciales de uno de los esposos cuando tal error hubiese sido dolosamente causado. De todos modos, sólo el dolo determinante sería invocable y también sólo el caracterizado por entrañar una malévola intención, no, por ejemplo, la lisonja. Pero estos argumentos no son persuasivos (1): precisa mantener vigorosamente la doc-

(1) Consentimiento *no libre* no es sinónimo de consentimiento viciado; si fuesen sinónimos, ¿por qué no extender el art. 105 a los tres vicios de la voluntad, o sea a la violencia, al dolo y al error? Sin embargo, todos están conformes en que del error habla solamente el citado artículo en su párrafo 1.º (Vid. en sentido opuesto, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 68, n. f.). En segundo lugar, el engaño a que se refiere el art. 127 versa sobre la existencia de impedimentos matrimoniales y la anulación se produce por la existencia del impedimento, no por el dolo. En cuanto a la relación entre dolo y error, se olvida que el dolo provoca siempre un error en la otra parte, y cuando este error se produce no es el error lo que se toma en consideración, sino el dolo por su esencial antijuridicidad; en el matrimonio es la misma ley la que no quiere que se invoque el dolo; el error interno o provocado maliciosamente por el otro esposo puede invocarse dentro de los límites autorizados por el art. 105. Véase también en sentido contrario Venzi, op. cit., pág. 68, y en *Ist. dir. civ.*, § 34, n. 15; Tendi, *La riserva mentale, il dolo e l'errore nel matrimonio* (*Giur. it.*, 1906, IV, páginas 161 y siguientes); y en orden al Derecho ca-

trina común para no abrir el portillo a las fáciles anulaciones (1).

γ) *Error*.—Más viva es la controversia en torno al error, porque mientras sólo el error en la persona es invocable se discute si hay que entender solamente el error sobre la identidad física o también con éste el error sobre la personalidad civil y cualidades personales, y si de éstas el error sobre todas las cualidades físicas, psíquicas, sociales o algunas de éstas y a cuáles. En vano se pretende exhumar argumentos de los trabajos preparatorios: son ambiguos y pueden esgrimirlos los partidarios de las tesis contrarias (2).

En favor de la limitación del error admisible a aquel solamente que recae sobre la identidad, se alega el texto del art. 105 (*error en la persona*) y el peligro de hacer frecuentes las anulaciones, ya que éstas serían provocadas por todo caso de divergencia entre las cualidades supuestas y las reales. Pero la fórmula del precepto no es decisiva; error en la persona es tanto el error sobre la identidad como el que recae sobre la cualidades personales. Por otra parte, no parece admisible que se dictase una disposición especial para un caso tan raro (cambio de personas) y de tanta dificultad en su acaecimiento. Respecto al peligro, oficia de freno el que se limite el error al que recaiga sobre las *cualidades esenciales*. En efecto, no toda cualidad de la persona puede considerarse esencial, sino tan sólo aquellas que determinen su estado civil y su condición social y que tienen tal peso en la común estimación, o para el otro esposo que hacen

nónico, Zani, *Il dolo in spiritualibus nel dir. canon.* (Filang., 1917, páginas 246 y siguientes).

(1) Dusi, *Ancora della nullità del matrimonio per ragioni di errore e di dolo* (Riv. it. p. le sc. giur., XXXIV, 1902, páginas 3 y siguientes, 237 y siguientes).

(2) En efecto, en el proyecto del Código, a la palabra «error» se añadía el adjetivo «esencial», pero en tanto la Comisión senatorial lo suprimía con el propósito de excluir todo error que no recayese en la identidad personal, la Comisión de coordinación atribuía a la supresión un significado diverso, como era el de confiar a la jurisprudencia la determinación de la especie de error invocable. (Cfr. Gianzana, *Cód. civ.*, I, página 196, III, pág. 58.)

se deba considerar como persona diversa la que tenga o no tenga la supuesta cualidad; así el haber abrazado uno de los esposos el estado religioso, o profesado de votos solemnes, o sido condenado a pena grave, o el pertenecer a nacionalidad que admita la poligamia, la falta de virginidad en la esposa (1).

4. *Consentimiento de los ascendientes.*—Cuando los contrayentes no hayan alcanzado determinada edad (incluso teniendo la que se requiere para matrimoniar), su consentimiento no es suficiente, debiendo ser integrado por el de las personas que sobre ellos ejercen el poder familiar; se trata aquí de una autorización, de una aprobación del acto que se proponen celebrar los descendientes, exigida por la ley a fin de que el vínculo conyugal no se contraiga sin un serio examen previo de su conveniencia por aquellos que tienen la dirección del grupo familiar y son por ella responsables, o sea por los padres, ascendientes, Consejo de familia y de tutela, llamados sucesivamente a prestarla. Distinguiendo los hijos varones de las hembras, siempre sobre el

(1) La jurisprudencia de los Tribunales abunda en ejemplos, pero no ofrece en sus decisiones una directiva segura. El caso más frecuente es el del *error virginitatis*, que se ha resuelto de modos muy distintos. Gabba, *L'errore sulle qualità personali del coniuge* (*Nuove quest di dir. civ.*, II, páginas 1 y siguientes); Atzeri, *Dell' errore sulle qualità della persona nel contratto di matrimonio* (*Studi per Fadda*, IV, pág. 175); Chironi, *I vizi del consenso nel matrimonio e l'error virginitatis* (*Foro it.*, 1914, páginas 881 y siguientes); D. Faggella, *Sull' annullabilità del matrimonio per errore* (*Giur. it.*, 1915, I, 2, páginas 191 y siguientes); y ampliamente con referencias doctrinales y jurisprudenciales, trata el problema Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 68-81, n. f., el cual se inclina a la opinión de que las tres especies de error (sobre la identidad física, sobre la personalidad civil y sobre las cualidades esenciales) son invocables; intenta una formulación más precisa para evitar la vaguedad e incertidumbre que entraña el hablar de cualidades esenciales; pero en nuestra opinión no la consigue, amplía demasiado la esfera de los errores invocables (incluyendo el caso del esposo probado o carente de un miembro que haya conseguido ocultar el defecto) o la reduce exageradamente (excluyendo el *error virginitatis*). En lo esencial tiene razón Ascoli *Nullità di matrimonio per errore* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, pág. 488) cuando dice que lo que determina en una cualidad el ser o no esencial responde a un criterio que no puede ser fijado de antemano con alcance general, y sí caso por caso en considerando las condiciones de los cónyuges.

supuesto de una más precoz madurez fisiológica en la mujer, el Código exige el consentimiento del padre y de la madre para el matrimonio de la hija que no haya cumplido veintiún años, o para el del hijo que no haya cumplido los veinticinco; si los padres están discordes, basta el consentimiento del padre; si uno de ellos ha muerto o está imposibilitado para manifestar su voluntad (por ejemplo, estar ausente en sentido técnico o no estar sano de juicio, o por haber sido condenado a pena que implique interdicción legal), basta el consentimiento del otro (art. 63). El límite de edad cambia (en orden al hijo) si los padres faltan o se hallan imposibilitados de manifestar su voluntad; la ley adopta en este caso como límite la menor edad, o sea, los veintiún años tanto para el hijo como para la hija, y dispone que deben obtener el consentimiento de los abuelos y abuelas si no han cumplido aún los veintiún años; si el abuelo y la abuela de la misma línea disienten, basta el consentimiento del abuelo; la discrepancia entre las dos líneas equivale a consentimiento (art. 64). Pero como también los abuelos pueden faltar o no estar en condiciones de manifestar su voluntad, el consentimiento debe ser prestado en tal caso por el Consejo de familia, siempre que se trate de hijos menores de veintiún años (art. 65). Esto por lo que respecta a los hijos legítimos y legitimados. Si se trata de hijos naturales reconocidos, el consentimiento deberá prestarse por ambos padres o por aquel solamente que lo hubiere reconocido (aplicando el precepto del art. 63); si faltan los padres, corresponde inmediatamente al Consejo de tutela (art. 66, párr. 1.º); si se trata de hijos naturales no reconocidos, corresponde emitir el consentimiento inmediatamente al Consejo de tutela (art. 66, párrafo 1.º). Finalmente, en el caso de adopción, es necesario al menor de veintiún años, además del consentimiento de los padres legítimos, también el del adoptante (art. 63, párr. 2.º), y a la inversa, basta el consentimiento del adoptante en orden al hijo natural o al legítimo, sin necesidad de recurrir al Consejo de tutela o de familia, en los casos en que debería recurrirse a estos organismos.

El consentimiento se presta personalmente ante el Oficial del

estado civil o mediante documento auténtico, el cual debe contener indicación precisa de la persona que emite el consentimiento y de la otra que lo recibe y lo preste a su vez, de los nombres, apellidos, profesión, residencia, grado de parentesco de las personas que autorizan el matrimonio. Las mismas indicaciones deben contener los acuerdos del Consejo de familia o de tutela cuando son estos organismos los que deben consentir (artículo 81). El consentimiento debe prestarse no en el momento de celebrarse el matrimonio y sí antes, porque la ley prohíbe al Oficial del estado civil proceder a las publicaciones si no le consta el consentimiento (art. 74): de aquí el uso introducido de prestar el consentimiento cuando los esposos piden se proceda a las publicaciones.

Debiera conciliarse el poder de autorización conferido a los ascendientes y a los Consejos citados con las justas exigencias y legítimas aspiraciones del hijo en el caso en que tal poder y aspiraciones se hallasen en conflicto. La ley prevé el caso de una injusta negativa y otorga al hijo un derecho de recurso a la autoridad judicial, que es la que debe decidir (art. 67). El hijo (1) puede también recurrir a la Corte de Apelación, la cual provee oídos las partes y el Ministerio fiscal a puerta cerrada, sin intervención de Procuradores y Abogados, y confirma la negativa de las personas u organismos que deben autorizar el matrimonio o la declara injusta autorizando éste; en ningún caso motivará su resolución. La facultad de recurrir puede ejercitarse en interés de la hija, y tratándose de hijo varón también en interés de éste, cuando sea menor, por los parientes o afines o por el Ministerio fiscal (artículo citado) (2).

(1) El art. 67 añade en su primer párrafo *mayor de edad*; de ello debiera deducirse que los abuelos o el Consejo de familia o de tutela pueden denegar su consentimiento al matrimonio del hijo mayor de veintiún años. Pero como se ha visto (artículos 64 y 65) el hijo varón mayor de veintiún años no necesita (en defecto de los padres) del consentimiento de los abuelos o del Consejo de familia o de tutela; precisa, pues, corregir la imperfecta redacción del artículo.

(2) En otras razones se funda la necesidad de la previa, real o ministerial autorización, exigidas en los matrimonios de militares; la protección de la dignidad que debe revestir cualquier grado de la jerarquía

5. *Ausencia de determinados vínculos de parentesco.*—La ley prohíbe el matrimonio entre personas ligadas por ciertos vínculos de parentesco; repugna al sentido ético y va contra la familia y contra la naturaleza el que parientes muy próximos se unan carnalmente; cuando el vínculo parental es muy estrecho, la prohibición no solamente se encierra en la esfera jurídica privada, sino que se desplaza al Derecho penal, que considera tal unión como delito (incesto: art. 337 del Código penal).

Templando el rigor del Derecho canónico, que extendía demasiado esta prohibición, nuestro Código prohíbe el matrimonio cuando el grado de parentesco legítimo natural o civil o el de afinidad sean muy próximos, dejando total libertad cuando el grado de parentesco sea más remoto; y tal matrimonio resulta prohibido por dos modos diversos: absolutamente o autorizando de modo excepcional la dispensa del impedimento. Es prohibido el matrimonio de *modo absoluto*; *a*), entre ascendientes y descendientes legítimos o naturales hasta el infinito (artículo 58); *b*), entre afines en línea recta hasta el infinito: suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro e hijastra, etc. (art. 58); *c*), entre hermanos y hermanas legítimos o naturales, ya sean germanos, consanguíneos o uterinos (art. 59, n. 1); *d*), entre adoptante y adoptado o sus descendientes, entre los hijos adoptivos de una misma persona, entre el hijo adoptivo y los hijos consanguíneos del adoptante, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y el cónyuge del adoptado (art. 60). Es prohibido

militar o de la Armada, exige que al matrimonio de los Oficiales preceda el asentimiento o licencia del Rey que tiene por objeto evitar que los matrimonios con mujeres deshonestas o de mala fama empañe el prestigio y honorabilidad militares (ley de 25 de Junio de 1911, núm. 617, sobre matrimonio de Oficiales); la necesidad de hallarse libres de vínculos o de prole para prestar mejor el servicio militar, implica el que para los matrimonios de suboficiales, cabos, soldados y reclutas se necesita la autorización del Ministro de la Guerra (Real decreto de 24 de Diciembre de 1911, núm. 1.497, sobre reclutamiento). Durante la última guerra se dió el Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915.

En cuanto al matrimonio de los miembros de la Familia Real se necesita el consentimiento del Rey y es requerido éste cualquiera que sea la edad del esposo sin posibilidad de oponerse a la negativa (art. 69).

de modo no absoluto: *a*), entre afines colaterales en segundo grado: cuñados y cuñadas (art. 59, n. 2); *b*), entre tíos y sobrinos, entendiendo incluídos los tíos del padre y de la madre y los sobrinos segundos (art. 59, n. 3). Estos dos impedimentos son dispensables, concurriendo graves motivos por el Rey (artículo 68) y hoy por el Procurador general de la Corte de Apelación (Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, n. 2.561).

6. *Libertad de estado.*—Por ser el matrimonio nuestro monogámico, no puede contraer válidas nupcias quien se halla vinculado por un matrimonio anterior (art. 56), y como el único medio de disolución de éste es la muerte (art. 148), el impedimento dura cuanto dura la vida de los cónyuges y la violación del mismo se convierte en delito (bigamia: art. 359 del Código penal). Cosa distinta ocurre si media una causa de anulación del precedente matrimonio; la anulación hace que se considere éste como no celebrado, salvo los efectos especiales en el caso de matrimonio putativo (art. 116).

Inexistencia de crimen.—Altas razones de moralidad quieren que no se permita el matrimonio cuando uno de los esposos o ambos hayan atentado gravemente a la integridad personal del otro cónyuge u ofendido el vínculo conyugal que liga al otro cónyuge. El Código ha limitado la prohibición a un hecho criminal tan solo (1): quien haya cometido homicidio voluntario en la persona de uno de los cónyuges, no puede matrimoniar con el sobreviviente. La prohibición subsiste si el homicidio ha sido intentado o frustrado, si participaron ambos esposos o fué autor uno solo de ellos, ya sean autores o cómplices del delito, pero siempre que éste resulte acreditado por sentencia criminal; cuando se formule la acusación o se ordene la prisión, el matrimonio debe suspenderse hasta el final del juicio (art. 62).

(1) Todo otro delito, aunque sea grave y cometido con el intento de turbar la paz familiar, no constituye impedimento, cuando habiendo muerto el otro cónyuge o anulado el matrimonio, el supérstite haya readquirido el estado libre. Y no debiera, sin embargo, consentirse tampoco, cuando entre los dos haya habido relación adulterina; pero la proposición de Bonacci en la Comisión de Coordinación no fué acogida (Gianzana, *Cod. civile*, III, pág. 40).

Intervalo de diez meses para la mujer.—A la mujer casada que quede luego viuda o recobre su primitivo estado por anulación del matrimonio, le es impuesta una especial prohibición: la de contraer nuevo matrimonio antes de transcurrir diez meses, a contar desde el día de la disolución (por muerte) o de la anulación del matrimonio anterior (art. 57). La razón de la prohibición es la necesidad de no dar lugar a incertezas en orden a la paternidad de la prole, que podría en tal caso corresponder al primer marido o al segundo; y las dudas no se resolverían con la aplicación del principio *pater is est quem iustæ nuptiæ demonstrant*. El término de diez meses es el término máximo de gestación (art. 160) sobre el que se basa la anterior regla. Pero como la *turbatio sanguinis* es imposible cuando la mujer haya dado a luz o cuando el matrimonio hubiere sido anulado por impotencia manifiesta y perpetua (art. 107), en estos casos cesa la prohibición, ya que no se da interés alguno de la prole que exija protección (art. 57).

II. *Requisitos de forma.*—La forma, como ya se dijo, no es una mera solemnidad externa del matrimonio, sino algo substantivo, por lo menos en el momento de la intervención y de la declaración del Oficial del estado civil. Las complejas formalidades que la ley exige se refieren, unas, a los actos preliminares y preparatorios del matrimonio; otras, a su celebración.

a) *Formalidades preliminares.*—Carácter propio del matrimonio moderno es el de su publicidad; no basta que la celebración sea pública, los mismos actos preparatorios deben ser públicos también, a fin de que no se contraigan matrimonios que la ley prohíba y de que puedan ser denunciados los impedimentos que existan entre los esposos. A esto tienden precisamente las *publicaciones*, que no son otra cosa que las *denuntiationes* o *proclamationes* del Derecho canónico, según el cual, el matrimonio futuro debía anunciarse durante el oficio de la misa en tres días festivos para que todos pudiesen dar a conocer a la autoridad eclesiástica la existencia de impedimentos; sólo excepcionalmente se permitieron los matrimonios secretos, en los que se omitían las *denuntiationes*.

No se puede, por tanto, celebrar el matrimonio si a éste no preceden las dos publicaciones, las cuales son hechas por el Oficial del estado civil (art. 70) en el Municipio en que el matrimonio se celebre y en aquel en que resida cada uno de los esposos, y si la residencia fué de menos de un año, también en el Municipio donde hubieren residido anteriormente (art. 71), mediante un anuncio que se fijará en la puerta de la Casa municipal en dos domingos sucesivos; el anuncio continuará por el intervalo de tiempo entre una y otra publicación y por tres días más (artículo 72). El anuncio o acta de publicación debe contener el nombre, apellidos, profesión y residencia de los padres (artículo 70, párr. 1.º) y debe ser conservada en un registro a los fines que señala el art. 62 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865. A las publicaciones no podrá procederse si no se solicitan; pueden solicitarlas los propios esposos personalmente, el padre, el tutor u otra persona provista de mandato auténtico (art. 73). La solicitud es hecha al Oficial del estado civil ante el que deba celebrarse el matrimonio (art. 65, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865), acompañándose los documentos que acrediten la identidad y capacidad de los esposos y la ausencia de impedimentos, y extractos de las actas de nacimiento de los esposos, actas de defunción o sentencias que prueben la disolución o nulidad de los matrimonios anteriores, los documentos que prueben el consentimiento de los ascendientes o del Consejo de familia o de tutela en los casos en que tal consentimiento es requerido (cuando no se preste personalmente ante el Oficial del estado civil, art. 81), y, en general, todos aquellos documentos que en los distintos casos prueben la libertad y condición familiar de los esposos (artículo 79 del Código civil, artículos 67-72 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). Cuando no pueda presentarse el acta de nacimiento, se suplirá con el acta de notoriedad extendida ante el Pretor (o por delegación de éste ante el conciliador en los Municipios que no sean Sede de pretura, art. 14, ley de 16 de Junio de 1892, núm. 261; artículo 16, Reglamento de 26 de Diciembre de 1892, n. 728), conteniendo la declaración jurada de cinco testigos que afirmen la identidad de la persona (art. 80).