

# EL MATRIMONIO DE LOS HIJOS DE FAMILIA

## INTRODUCCIÓN

El tema de los padres y de los hijos está siempre en la vida: es la vida misma de la vida, que no es otra cosa, en términos de casi absoluta generalidad, que la cadena de nacer hijo y terminar siendo padre. El tema de la relación jurídico-moral entre padres e hijos, en la continuidad de esta cadena, es, sin duda, uno de los temas más apasionados, que la biología humana puede ofrecer al Derecho. ¿Qué más pruebas, que el dato de que todos los derechos, empezando por el Natural (piedras, tablas, pergaminos, códices, libros) se hayan detenido en él? Si no fuera por el peligro de la "extra-vagancia", fuera del campo que nos corresponde, aquí mismo citaría infinidad de obras literarias, de primera magnitud, españolas y extranjeras —no digamos nada de las de segunda— cuya trama se basa en este problema de cada día. Pero sí que es justo hacer una especie de revisión de vida y descubrir el complicado espectáculo de los mil conflictos familiares a que da lugar el choque entre padres e hijos, a cuenta del matrimonio de los hijos. Veo a unos y a otros, arguyendo, apelando con fuerza —y fuerzas contrarias— a un mismo Derecho Natural. Y veo a los pastores de almas con los hombros encogidos, como el que ve cruzar el fuego de dos bandos por encima de su cabeza, y no sabe por cual tomar. Este tema, llamado por San Alfonso "celebris illa quaestio", dista mucho de estar totalmente esclarecido en la misma doctrina de los autores —no digamos nada de la práctica—. Falta un estudio sintético, histórico-jurídico, que, tomando pie desde las más antiguas raíces del mismo, desarrolle claramente sus últimas consecuencias en el plano de la Moral y del Derecho. Es lo que he hecho, con la gracia de Dios, y lo que en resumen, casi en esquema, ofrezco humildemente en este trabajo. Para que la visión sea completa, recorreremos la "historia canónica" y la "historia civil" del proceso. Al final, nos permitiremos diagnosticar. No estoy seguro de una cosa: de haber sacado un átomo seguro de acierto. Sí estoy seguro de dos: de haber puesto todo mi empeño, todos mis "talentos"; y de haber tomado entre las manos un tema apasionante siempre, que, desde la popa de la historia, avanza en la proa de la vida, apareciéndose, siempre también, a los destinos del hombre. Si algo vale mi pobre trabajo, sirva, como decía Pío XI en la "Deus scientiarum Dominus" —no tengo otro empeño— para que "omnis in-

tellectus, adjuvante Dei gratia, in captivitatem redigatur in obsequium Christi" (A.A.S., 23 (1931), p. 246).

## I

### EL MATRIMONIO DE LOS HIJOS DE FAMILIA EN LA DISCIPLINA ECLESIASTICA

*La Patristica.*—No es muy generosa su literatura en nuestro asunto. Ni hace doctrina, ni jurisprudencia tampoco. El célebre texto de San Ambrosio en "De Abraham" (L. I, c. IX, 91), con su conocido "non est enim virginalis pudoris eligere maritum", no tiene otro alcance que el de una regla práctica de pudor, conforme a las costumbres. En efecto, después de muchos siglos de Derecho Romano, la de la intervención paterna en el matrimonio ha tomado carta de naturaleza en la vida. Tertuliano alude a ello también: "Nam nec in terris filii sine consensu patrum rite et jure nubunt" (Ad uxor. 2, 9). Igualmente, el monje Marculfo (s. VII), en las llamadas "Formulae Sirmóndicas" (XIV, XV y XVI.—M. L. 87, 785). Se refieren a la práctica, pero nadie entra a discutir sus fundamentos. Por eso dije que los SS PP. no hacen doctrina ni jurisprudencia en este punto.

San Basilio parece una excepción; parece "canonizar" las costumbres romanas en su Epist. II ad Amphiloichium (can. XXII, can. XXVIII y can. XL). Pero, aún concediendo esta canonización, el caso es tan singular y único, que no hace sospechar siquiera en una canonización de tipo general, por parte de la Iglesia<sup>1</sup>. Incluso, por el contrario, tenemos en San Agustín indicios de que la libertad radical de los hijos en este terreno está fuera de dudas, pues dice en su Epist. CCLIV sobre un caso: "nisi eadem puella in ea jam aetate fuerit, ut jure licentiore sibi eligat ipsa quod velit".

Hay que avanzar, pues, por las *Ordenaciones disciplinares de la Iglesia*.

1) *Hasta la Reforma Carolingia* (s. VIII).—También tarda en aparecer el tema en los *Concilios*, lo mismo que en los *Pontífices*. A partir del Concilio de Elvira, algunos otros particulares utilizan frases, hablando de otros asuntos, que revelan también el arraigo de la costumbre intervencionista familiar en el matrimonio de las hijas<sup>2</sup>; pero los Concilios en cuestión siguen sin plantearse el problema y sin canonizar. Pero ya en algunos Concilios particulares de los siglos V y

<sup>1</sup> Cf. *Wernz-Vidal*. Jus Canonicum. V (Roma, 1946), n. 139.

<sup>2</sup> Cf. Conc. de *Elvira*, can. XV, XVI y XVII; de *Laodicea*, can. X y XXXI; Sínodo I de *San Patricio*, can. 22; de *Agda* (a. 506), can. 67; de *Clermont* (a. 535), can. VI; I *Romano* (a. 743), can. X.

VI se habla expresamente de la necesidad de la intervención paterna en el matrimonio de las *hijas*, como condición de *licitud*, no de validez. Sin embargo, hay que comprender el espíritu de estas determinaciones, que surgen, por muy paradójico que parezca, como un dique de protección en favor de las interesadas. Es época, en que potestades suprafamiliares (feudales, reales) se atribuyen a sí mismas el poder de disponer de las hembras, que les están sujetas, para darlas en matrimonio. Por eso esos Concilios recurren a la intervención paterna, como dique contra las mismas, y porque la consideran justamente representativa de la voluntad de las partes. Se comprende con sólo leer los textos<sup>3</sup>. Es la misma razón la que impone la necesidad del consentimiento paterno en los casos de "rpto"

Mención aparte merece el can. 13 de la Colección africana, llamada por los Ballerini "Statuta Ecclesiae antiqua":

Sponsus et sponsa cum benedicendi sunt a sacerdote, a parentibus suis vel paranymphis offerantur..., etc. (Mansi, III, 952).

Es un texto de claro sabor ritualístico, ceremonial. Sin embargo, va a dar mucha lucha. Porque, a través del Seudoisidoro, se va a disfrazar de ropaje jurídico, algo retocado, con el supuesto nombre de Cap. de San Evaristo Papa, y así atravesará por los siglos, produciendo espejismo hasta en el mismo Tridentino. Bueno es tenerlo en cuenta. Y, ya que hemos nombrado la *Liturgia*, digamos que en ella también se refleja la costumbre: la entrega de la hija por el padre, en el acto mismo de la ceremonia matrimonial, es recogida por los más antiguos Rituales<sup>5</sup>; pero parece que la "datio parentum" no va mucho más allá del s. XII, a juzgar por la omisión de la misma en Rituales posteriores<sup>6</sup>. Esta es precisamente la época en que nuestra cuestión hace crisis, que comienza con los *Penitenciales*. Tanto el de Teodoro de Cantorbery († en 690) (cap. 106), como el de Egberto de York († en 767) (cap. 20 y 27) ponen ya una frontera a la intervención paterna: la de los 14 ó 15 años (prácticamente, la de la pubertad). Y no es extraño que aquí se inicie la crisis de la mentalidad eclesiástica propia: los ministros dedicados a la cura de almas, son los que a diario palparían los conflictos. Para ellos, los *Penitenciales* dan normas prácticas, que abren un camino hacia la libertad.

<sup>3</sup> Cf. *Sínodo II de San Patricio* (s. V.), can. 27; un probable *Conc. de Arles* (Mansi, VIII, 629); *IV de Orleans* (a. 541), can. 22; *II de Tours* (a. 567), can. 20; *III de Toledo* (a. 589), cap. 10.

<sup>4</sup> Cf. *Conc. I de Orleans* (a. 511), can. 2; y *III de París* (a. 557), can. 6.

<sup>5</sup> Cf. *Liber Ordinum*, Ed. Ferotin, París (1904) en *Collec. Monumenta Eccl. Litúrgica*, vol. V, col. 436-439; y *Martene, De antiquis Eccl. Ritibus*, Venecia (1783), vol. II, pp. 127-136.

<sup>6</sup> Así resulta de la fijación de fecha, que hace Le Bras (D. T. C., IX, 2.ª par., 2192) del *Ritual Antisiodorensis* (s. XIV) y otros de análogas fechas (Martene, op. cit., pp. 132-135), en que ya no aparece la datio parentum.

2) *Desde la Reforma Carolingia hasta el Conc. de Trento.*—Período de incubación de la definitiva postura de la Iglesia. En este estadio, dos fuerzas obran desde fuera contra la libertad de matrimonio de la mujer: la representada por la voluntad paterna, que se apoya en la inercia de las costumbres romano-germánicas, y la representada por esas potestades superiores (feudales y reales) furiosamente desatadas ya<sup>7</sup>. Una y otra dan lugar a una abundante casuística, plena de conflictos, que llega hasta los pies de los *Pontífices Romanos*. Las soluciones de estos *siempre* van buscando la salida a la justa libertad de los hijos<sup>8</sup>. Incluso en el terreno doctrinal-teórico nos encontramos con el célebre texto del Papa Nicolás I ad Consulta Bulgarorum (Mansi, XV, 402-403), el cual, después de aludir a la costumbre intervencionista, afirma:

...peccatum autem esse, si haec cuncta in nuptiali foedere non interveniant, non dicimus... ac per hoc sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur.

El texto, pese a las discusiones que se han cebado en él<sup>9</sup>, tiene un innegable valor de tesis de libertad, toda vez que el "sufficiat" no puede ser más *positivamente* exclusivo. Y no se diga que el Papa habla sólo de validez: no habría pronunciado el "sufficiat", sin distingos, si quedara en el aire el problema de la licitud. La tradición posterior lo va a interpretar así, pues, en adelante, el texto del Papa Nicolás será el escudo que se opondrá, también en el Tridentino, a la espada del aludido cap. del Seudoevaristo.

Por otro lado, también los *Concilios particulares* empiezan a poner, por encima de la voluntad de los padres, la de los contrayentes<sup>10</sup>. Solamente en los casos de "rpto" se sigue tomando como baluarte defensivo la voluntad de los padres<sup>11</sup>.

Hay que notar el elocuente contraste que forman estas fuentes nuevas de Derecho, con las que no son más que compilaciones de otras

<sup>7</sup> Cf. L. Gautier, *La Chevalerie*, 3.ª ed. París (1895), pp. 340, ss.

<sup>8</sup> Cf. S. Gregorio VII, *Epist. ad Humbertum Genuen. Episc.* (Mansi, XX, 99) y otra sobre el caso de Jordán, Príncipe de Capua (Mansi, XX, 285); *Epist. "ad omnes fideles"* (Mansi, XX, 628). También el llamado "Appendix" al III Conc. de Letrán, que recoge soluciones de varios Pontífices: Tit. De Sponsalibus et Matrimonio, cap. VII, cap. X, cap. XIX, cap. XXVI, cap. XXVIII, cap. XXXI (Mansi, XXII, pp. 286, ss.). También, en la misma Colec., Part. XLV, Tit. de Sponsalibus, secundo, cap. VI (Mansi, XXII, 410); *Nicolás I*: tit. XIII, II (Mansi, XV, 443); *Juan VIII*, *Epist. ad Theodoricum* (Mansi, XVII, A. 168).

<sup>9</sup> Cf. *Esmein*. Le mariage en droit canonique. París (1929), I, p. 171, not. 1.

<sup>10</sup> *Conc. de Frejus* (a. 791), cap. IX (Mansi, XIII, 848); *Conc. de Londres* (a. 1175), can. 19 (Mansi, XII, 152); *Conc. de Meaux* (a. 845), can. 68 (Mansi, XIV, 835); *Sínodo de Pavia* (a. 850), cap. IX (Mansi, XIV, 933). Esto no obstante, dos Concilios nos dejan ver también la costumbre de la "traditio parentum" en el acto matrimonial: *Conc. de Trosly* (a. 909), can. 8 (Mansi, XVIII, A. 287, A) y *Conc. Provincial "incerti loci"*, (a. 799), can. 12 (Mansi, XIII, 1027).

<sup>11</sup> Cf. *Sínodo de Pavia* (a. 850), cap. X (Mansi, XIV, 934); *Conc. de Ravena* (a. 877), can. 6 (Mansi, XVII, A. 338); *Conc. de Meaux* (a. 845), can. 64 y 65 (Mansi, XIV, 834).

del período anterior, las *Colecciones*: mientras las fuentes nuevas miran hacia adelante, hacia el camino de la libertad, las Colecciones de esta época se muestran anquilosadas, dejándose sentir claramente en ellas el doble peso de las leyes civiles antiguas y de las costumbres sociales de la época. Sobre todo, en las Colecciones de origen germánico, donde el pacto dotalicio (el "mundium") pesa lo suyo<sup>13</sup>. Es en esta época, cuando las falsas Decretales del Seudo-Isidoro disfrazan el can. 13 de Statuta Ecclesiae antiqua, amañado previamente en los Capitulares de Benedicto Levita, con el apócrifo nombre del Papa Evaristo<sup>13</sup>. No obstante, Ivón de Chartres, en el Decreto y en la Panormia, es ya una mentalidad de amanecer, puesto que recoge textos de una y otra postura<sup>14</sup>.

Llegamos a *Graciano*. Su talento sintetizador se deja sentir también en este punto, precisamente en el momento de más barullo. Pero Graciano toma cartas por la antigua mentalidad. Esta es la síntesis de su pensamiento: la voluntad de los padres, con la que siempre hay que contar para establecer los hijos sus compromisos esponsalicios, basta para dejar incluso comprometidos a éstos, si tales compromisos paternos son tomados después de los siete años del hijo (C. 31, q. 3). El consentimiento paterno es necesario en el acto matrimonial, por el cap. Aliter del Seudo-Evaristo; pero los padres no pueden lograr una unión matrimonial contra la voluntad de los propios interesados (C. 32, q. 2 y C. 31, q. 2).

Después del Decreto, *Paucapalea* es el único que sigue a su Maestro, exigiendo el consentimiento paterno para contraer lícitamente; pero, contra el parecer de aquél, permite a los hijos rechazar en la pubertad unos esponsales comprometidos por los padres "in pueritia"<sup>15</sup>. *Rolando Bandinelli* abandona decididamente a Graciano: desde los 12 años —la edad nubil— ya no se requiere el consentimiento paterno<sup>16</sup>. Lo mismo dice, hablando sin límites, *Bartolomé de Brescia*, que cita en su Glossa, para apoyar su opinión, a Hugucio —cuya Suma sigue inédita—<sup>17</sup>.

En este estado, llegan las *Decretales de Gregorio IX*, las cuales,

<sup>13</sup> *Capitularia Benedicti Levitae*, Lib. VII, cap. 179, cap. 389, cap. 455, cap. 463; Lib. VI, cap. 133 (Mansi, XVII, B., 945, ss.) *Collectio Regionis Prumiensis*: Lib. I, cap. 415; Lib. II, cap. 107, 159, 160 y 181 (M. L., 132-273, ss.) *Decretum Burchardi Wormatiensis*, Lib. VIII, cap. 54; Lib. IX, cap. 1, 2 y 6 (M. L. 140, 800, ss.).

<sup>13</sup> *Capit. Bened. Lev.* Lib. VII, cap. 389. *Decret. Seudoisid.* De conjugio Legit. (M. L. 130, 81).

<sup>14</sup> Cf. *Decret.* Part. VIII, capp. 4 y 5; part. VII, cap. 62; part. III, cap. 27; y *Panorm.* Lib. VI, cap. 31 y 33; textos de la tendencia antigua. Textos favorables a la libertad: *Decret.* Part. VIII, cap. 23, 24 y 58 (M. L. 161). También Epist. 134 (M. L. 162).

<sup>15</sup> Summa. Ed. Schulte, Giessen (1890) pp. 114, 115 y 126.

<sup>16</sup> Summa. Ed. Thamer, Insbruch (1874), pp. 157, 169 y 234.

<sup>17</sup> Glossa. Edic. Corpus Juris Canonici, Lugduni (1671), vol. I, col. 1609, ad "Parentum", c. 16, C. 32, q. 2.; y vol. I, col. 1880, ad "Nunc quaeritur", C. 36, q. 2 y col. 1881, ad "Eos qui rapiunt", C. 36, q. 2.

aunque en los casos de raptó dejan ya sin eficiencia a la voluntad paterna (c. 6, V, II), sin embargo en los normales optan por un camino intermedio: dejar libres a los púberes, sobre los que nada podrán los padres, y sujetar aún a los impúberes: toda voluntad paterna manifestada antes de la pubertad debe siempre ser cumplida (“omnino hoc adimplere debet”: c. 1, IV, II).

Pero el terreno ganado por los autores anteriores no se puede desandar ya. Y los *Decretalistas* posteriores se dedicarán a esquivar la fuerza de ese “debet”, por medio de una fórmula mágica, que alumbró Bartolomé de Brescia<sup>18</sup>: la fórmula “debet”, de honestate, non de necessitate”. Tal fórmula adoptan Bernardo Papiense y Bernardo de Botone<sup>19</sup>. Pero lo mismo éstos, que San Raimundo de Peñafort (y su Glosador, Juan de Friburgo) e Inocencio IV<sup>20</sup>, que no la usan, son claros defensores de la absoluta libertad de los hijos en el matrimonio. Igualmente, el Hostiense, que conoce la fórmula, pero ni siquiera parece prestarle atención<sup>21</sup>.

Por otra parte, durante este mismo período, están escribiendo los grandes Maestros de la Teología. San Alberto Magno es el primero en proclamar: “non exigitur parentum consensus”, porque el hijo en esto “non est sub patre”<sup>22</sup>. San Buenaventura, por su parte, formula la excepción al principio general de libertad: “nisi caritas vel rationalis causa eum liget (filium)”<sup>23</sup>. Santo Tomás, definitivo: ,

...pater non potest cogere filium ad matrimonium per praeceptum, cum sit liberae conditionis (filius). Sed potest eum inducere ex rationabili causa. Et tunc, sicut se habet filius ad causam illam, ita se habet ad praeceptum patris, ut, si causa illa cogat de necessitate vel de honestate, et praeceptum similiter cogat; alias non<sup>24</sup>.

El problema queda, en su teoría, definitivamente iluminado. Nótese como el Angélico ha hecho innecesaria la excepción por “caridad” de San Buenaventura. La misma doctrina sostienen Ricardo de Mediavilla y Dunsio Scoto<sup>25</sup>.

Así las cosas, condenado a morir por los Decretalistas el “adimple-

<sup>18</sup> Glosa, Edic. Corpus Juris Canonici, Lugduni (1671), vol. I, col. 1609, ad “Parentum”, c. 16, C. 32, q. 2.

<sup>19</sup> *Bernardo Pap.* Casus Decretalium, c. 1, X, IV, II. Ed. Laspeyres, Ratisbona (1860), p. 342. *Bernardo de Bot.* Glosa a c. 1, X, IV, II. Corpus Juris Canonici, Lugduni (1671), vol. II, col. 1445, ad “Tua Fraternitas”.

<sup>20</sup> *S. Raimundo de Peñafort.* Summa de Poenit. et Matrim. Lib. IV, tit. I. *Juan de Friburgo* Glosa. Ed. de la Summa de San Raimundo, Roma (1603) loc. cit., ad “Obligare diabolo”. *Inocencio IV*: In Quinque Libros Decretalium, comentario a c. 1, X, IV, II.

<sup>21</sup> *Hostiensis*: Summa Aurea. Lib. IV, tit. De desponsatione impuberum.

<sup>22</sup> In IV Senten., dist. XXVIII, B. art. IV, In contrarium.

<sup>23</sup> Sent. Lib. IV, dist. XXIX, art. un., q. III.

<sup>24</sup> Summa Theol. Suppl., Q. XLVII, art. VI, Respond. dicen.

<sup>25</sup> *Ricardo de Mediavilla*: In IV sent., dist. XXIX, art. 1, q. IV. *Dunsio Scoto*: In Lib. IV Sent., dist. XXIX, q. unic., art. 4.

re debet", que aún mantenía Gregorio IX para los impúberes, e iluminada la teoría con tanta justeza, era lógico que la postura del *Sexto de las Decretales*, que nace en 1298, fuera muy otra. En efecto, Bonifacio VIII igualará definitivamente a púberes e impúberes, abriendo las compuertas de la libertad para todos:

Porro ex sponsalibus, quae parentes pro filiis *puberibus vel impuberibus* plerumque contrahunt, ipsi filii, si exprese consenserint vel tacite, ut si praesentes fuerint, nec contradixerint, obligantur... Et est idem, si filii, tempore sponsaliorum absentes, et etiam ignorantes, eadem sponsalia post scientes ratificaverunt tacite vel exprese; alias ex sponsalibus, contractis a parentibus pro filiis, nec ipsi filii obligantur... (Can. un., par. 2, IV, II in 6.º).

Como esta doctrina implica el poder oponerse los hijos a la voluntad de los padres, aquella queda triunfante, después de un duelo sordo de siglos. Se explica, pues, que el tema no vuelva a ser abordado en otras fuentes legislativas generales de la E. M., puesto que en el *Sexto* ha alcanzado su madurez.

Los pocos Concilios particulares, que hablan de él, lo hacen en sintonía con el *Sexto*<sup>26</sup>. En cuanto a los demás Decretalistas, tras una breve vacilación en el Abad Antiguo, antes del *Sexto*, y Guido de Baysso, después de él<sup>27</sup>, todos los demás, en bloque, se proclaman decididos partidarios de la libertad de los hijos<sup>28</sup>. Lo mismo ocurre a los Teólogos de la decadencia<sup>29</sup>, con excepción de Pedro de la Palu y Tomás Waldense, que confunden esta cuestión con la de la clandestinidad<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Cf. *Conc. de Tréveris* (a. 1227), Statutum V (Mansi, XXIII, 29-30). *Synodicum Constantiense* (a. 1300), c. 55 (Mansi, XXV, 47). *Benedicto XII*, Errores Armenorum (Mansi, XXV, 1186 y 1264). *Conc. Provinciale Anglicum* (fragmentos) (Mansi, XXXI, A, 432). *Sinodo de Ausburgo* (a. 1548), c. 21 (Mansi, XXXII, 1316).

<sup>27</sup> *Abad Antiguo*: Lectura super V Lib. Decret., Lib. IV, tit. de despons. impub., ad c. "De illis" y ad c. "Tua Fratemitas".—*Guido de Baysso*: In *Sextum*, Lib. IV, tit. de despons. impub., cap. "Si infantes".

<sup>28</sup> Cf. *Juan el Monge*: In *Sextum*, de despons. impub. c. 2; *Juan Andrés*, Glossa ad Lib. IV, tit. 2, can. un. (Edic. Corpus Juris Canon. Lugduni (1671), vol. III, col. 600, ss.); *Juan Calderino*: Consilium I, Lib. IV, tit. de despons. impub.; *Antonio de Butrio*: Super IV, de despons. impub., cap. I.; *Gil de Bellamera*: In Decretum Gratiani, C. 31, q. 2, ad c. "Si verum esse" y C. 32, q. 2, ad c. "Non omnis"; *Baldo de Ubaldis*: Ad Lib. XXIII Digesti, De ritu nuptiarum, lex. II, III y XII; *Pedro de Ancharano*: In IV, de despons. impub., cap. Tua, y In *Sextum*, Lib. IV, de despons. impub. ad "Porro"; *Card. Zabarella*: Consilia, XXIV y CIX; *Domingo de San Geminiano*: In *Sextum*, de despons. impub. cap. Si infantes; *Juan de Imola*: Commentariorum pars prima, rubrica "Solutio matrimonium", cap. Dotis causa; *Panormitanus*: Super IV, de spons. et matrimonio y de despons. impub.; *Franco de Franchis*: In *Sextum*, de despons. impub. cap. Porro; *Juan A. de San Gregorio*: Super IV Decret., de despons. impub.

<sup>29</sup> Cf. *Durando*: In Sent. Theol. Petri Lombar. Commentarium. Lib. IV, dist. XXIX, q. II. *San Antonino de Florencia*: Summa S. Theologiae, Tertia pars, tit. I, cap. 7; *Baptista de Salis*: Summa casuum, ad "Matrimonium"; Incunable de la Biblioteca Provincial Universitaria de Sevilla. Norimbergae 14 de abril de 1488. Impresor, Antonius Koberger, fol. 167; *Silvestre de Prierias*: Summa Summarum, Pars. secunda, ad "Matrimonium" y ad "Sponsalia"; *Dionisio Rickel* (Cartujano): Summa fidei orthodoxae, Lib. IV, art. 168; *Madrigal* (el Tostado): In Num. II, cap. 29, q. 23; In Jud., cap. 21, q. 42.

<sup>30</sup> *Pedro de la Palu*: In IV Sent., dist. 28, q. 2; *Tomás Wald.*, De Sacramentis, cap. 133.

Una aclaración queda por hacer, antes de cerrar este período: cuando en estos autores se propone la cuestión de si es necesaria o no la intervención paterna, no se suele hacer la distinción, hoy tan usada, de "ad validitatem" y "ad licitatem". *Lo incluyen todo* en su manera de hablar. Pero, por si quedan escrúpulos, remitimos en nota a algunos de los autores citados, que expresamente hablan de "licitud"<sup>31</sup>.

Podemos hacer, pues, este *resumen-conclusión* de la Edad Media: a medida que la Iglesia se ha ido planteando a sí misma el problema, ha ido venciendo la inercia de la costumbre, proveniente del mundo romano-germánico, de someter el matrimonio de los hijos a la voluntad e intervención paterna; tanto en la doctrina de los Autores (Canonistas y Teólogos), como en la legislación *universal* de la Iglesia, a partir del Sexto de las Decretales definitivamente, quedó claro el derecho de los hijos a elegir su compromiso matrimonial, independientemente de los padres; por lo tanto, el consentimiento de estos es tenido por innecesario, incluida la licitud, salva la excepción "ex justa causa".

3) *Desde el Conc. Tridentino hasta nuestros días.* En el albor del Renacimiento nuestro tema pierde pie y vuelve a ser llamado a revisión. El nivel moral es bajísimo. En 1532 escribía Brenz: "Apenas ha dejado la cuna el rapazuelo, cuando ya le gustan las mujeres; y rapazucas impúberes para rato, ya se pirran por los hombres"<sup>32</sup>. Gran parte de culpa la tienen los *matrimonios clandestinos*. Entonces, desde la otra banda de la Iglesia, se arremete contra estos, pero haciendo causa común con los matrimonios contraídos sin el consentimiento paterno. He tenido la curiosidad y la paciencia de recorrer todos los textos conciliares de la E. M., que hablan de los matrimonios clandestinos, y en ninguno se define o se describe a estos como tales por falta de intervención paterna, sino por no ser "in facie ecclesiae". Se trata, pues, de dos problemas radicalmente distintos; pero ahora van a ser confundidos. ¿Por quienes? Empiezan los *Humanistas*: a la cabeza Erasmo, el polifacético, seguido de Andrés Tiraqueau, Francisco Barbaro y Juan Nevizano<sup>33</sup>. Todos ellos piden a gritos que se declare la necesidad del consentimiento paterno. Y ellos son precisamente, los que, utilizando ésta expresión, vacían la cuestión en el molde terminológico moderno. El tema melódico es recogido por los *Reformado-*

<sup>31</sup> Estos autores son: Rolando Bandinelli, Bartolomé de Brescia, el Hostiense, Gil de Bellamera, Baldo de Ubaldis, Domingo de San Geminiano, Juan de Imola, Franco de Franchis y Juan A. de San Gregorio.

<sup>32</sup> Citado por el P. Denifle, O. P. en Lutero y el Luteranismo, versión española del P. Fernández Alvarez, O. P. Manila (1920), vol. I, p. 325.

<sup>33</sup> Erasmo: Annotations in Epist. ad Corinth., cap. VII.—Tiraqueau: De legibus connubialibus. Paris (1546), octava lex.—Barbaro: De re uxoria Venecia (1542), Lib. I, cap. I, fin.—Nevizano: Sylva Nuptialis, s. l. (1602), Lib. II, n. 36.

res: Lutero, Calvino, Bucero y Brenz<sup>34</sup>. Pero estos lo transportan al plano de la teoría y tranquilamente proclaman la  *nulidad*  de todo matrimonio sin consentimiento paterno. Este grito impresiona, y encandila, a los Teólogos católicos ante-tridentinos, los cuales, para salvar la validez, no dudan en sacrificar la licitud<sup>35</sup>. Los pocos Concilios pre-tridentinos, que tocan el asunto, se sienten inficionados de lo mismo<sup>36</sup>.

Así las cosas, el tema es abordado en la *Sesión XXIV del Concilio de Trento*, previo estudio de los Teólogos Menores y discusión de los Padres conciliares. A los Teólogos se somete a estudio el siguiente artículo de los reformadores:

Parentes posse irritare matrimonia clandestina, nec esse vera matrimonia, quae sic contrahuntur, expeditaque, ut in ecclesia hujusmodi in futurum irritentur<sup>37</sup>.

Pero no son sólo los reformadores, los interesados en el asunto. Las Potencias seculares, sea por deseos de contrarrestar la inmoralidad pública, sea por ansias de hincar el diente en el apetitoso bocado del matrimonio, presentan también su instancia al Concilio, para que el consentimiento paterno sea impuesto como condición irritante del matrimonio<sup>38</sup>.

De todos los Teólogos Menores que tocaron el asunto (trece) solamente el P. Salmerón, S. J. se salvó del espejismo de involucrar nuestro problema con el de la clandestinidad. Por eso, mientras critica a ésta, vuelve a refrescar los principios de libertad, sostenidos en el Medievo. Un poco se acerca a la mentalidad de este español, el francés Antonio Cochier, pero más confusamente<sup>39</sup>. Los demás son presas de la confusión entre ambos problemas, y, por condenar la clandestinidad, condenan también la libertad<sup>40</sup>.

Los PP. Conciliares, por su parte, necesitan cuatro votaciones pre-

<sup>34</sup> Lutero: Cf. "Concilium Tridentinum" Collec. Goerresiana, IX, 693.—Calvino: Cf. la obra "Explicationes articulorum..." de Ruardo Tapper, Lovaina (1565), II, art. 18.—Bucero: Cf. la obra citada de Tapper, "Explicationes articulorum...", II, art. 20.—Brenz: Cf. Tapper, op. cit., II, art. 20.

<sup>35</sup> Cf. Pedro de Soto: Assertio Catholicae fidei. De conjugio. Amberes (1557), pp. 67, ss. Domingo de Soto: In IV Sent. dist. 29, q. 1, art. 4. Medina (1581), pp. 1581, ss. Ruardo Tapper: Explicationes articulorum... T. II, art. 20. Lovaina (1565), p. 352, ss.

<sup>36</sup> Conc. I de Colonia (a. 1536) (Mansi, XXXII, 1206). Conc. de Maguncia (a. 1549), cap. 37 (Mansi, 32, 1413). Conc. de Florencia (a. 1517). De spons. et matrim., cap. 11 (Mansi, XXXV, 253).

<sup>37</sup> Concilium Tridentinum. Collec. Goerresiana, IX, 380.

<sup>38</sup> En las Actas consta expresamente la petición del Embajador de Francia (Conc. Tridentinum. Collec. Goerresiana, IX, 650); pero Mendoza dice en su Diario que también lo pidieron "con grande instancia" los de España y Portugal (Conc. Trid. Collec. Goerresiana, II, 689, 20 de julio).

<sup>39</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., P. Salmerón: IX, 380-385; Cochier, IX, 397-398.

<sup>40</sup> Cf. Conc. Trident. Collec. Goerres. IX: Nicolás de Bris (p. 387); Cosme y Damían Ortolano (p. 388); Simón Vigor (p. 397); Antonio Leitano (p. 398); Diego de Paiva (p. 400); Juan Delgado (pp. 401-402); Pedro Morgado (p. 403); Fernando de Bellosillo (p. 404); Luis de Burgo Novo (p. 406); Antonio de Gragnano (p. 407); Tadeo de Perusa (p. 408).

vias a la de la Sesión, lo que se debe también al hecho de mantener la confusión entre ambas cuestiones aludidas. Cuando se separan, empieza a hacerse la luz. La cuestión les ha sido propuesta mediante el proyecto de un canon y de un decreto. En el canon 3 se condena la opinión de los defensores de la nulidad del matrimonio por defecto de publicidad o de consentimiento paterno: el decreto, en cambio, mira al futuro y declara irritos a los matrimonios clandestinos y a los contraídos sin consentimiento paterno antes de los 18 años (varones) y de los 16 (hembras)<sup>41</sup>. Expresamente hay unos 75 PP. CC. (imposible reseñar sus nombres: remitimos a las Actas), que hablan de la necesidad de tal consentimiento, incluso, según algunos, por Derecho Natural. Contra estos, solamente 32 PP. CC. se proclaman abiertamente en contra de la misma. Pero hay más; al terminar la primera votación, aparecidas las divergencias y buscando el acercamiento de los dos bandos, la Comisión preparadora hace desaparecer el canon 3, centrando toda la atención en el Decreto. Pero, para no omitir la afirmación doctrinal de aquel canon, se incrusta ésta en el mismo Decreto, creando una primera parte "concesiva", en la que aquella perdura. Es así como nace la fórmula "Tametsi" (en la que se afirma que por naturaleza de las cosas no hay tal nulidad), que prepara la segunda parte, el "nihilóminus", en la que se reitera la doble irritación in futurum del primer proyecto, con la edad límite de 20 y 18 años, por influencia del Arzobispo de Granada<sup>42</sup>.

Pero la vía conciliatoria fracasa: los bandos siguen irreductibles. Para la tercera votación se cambia de plan: presentar dos formas de Decreto irritador; en la primera sólo se trata de los clandestinos; en la segunda se incluye la cuestión del consentimiento paterno, volviendo a la primitiva edad límite (18 y 16 años)<sup>43</sup>. El número de PP. CC. que se inclinan por esta segunda fórmula es de 119, clara mayoría, toda vez que los votantes eran unos 200. Sin embargo, cuando la victoria de aquellos parecía segura, se esfuma inesperadamente: en el decreto —única fórmula— sometido a la cuarta votación se prescinde por completo —y ya no volverá a aparecer más— de la cuestión del consentimiento paterno, irritándose solamente la clandestinidad<sup>44</sup>.

¿Qué ha pasado? Dice Paleotti, refiriendo la forma de trabajar en la Comisión preparadora: "Si quid tamen praeclarum, licet a paucis tantum vel ab uno animadversum offendissent, quod dignum iis inse-  
rendi aut demendi decretis judicassent, illud ad patrum conventum ut eorum quoque iudicium explorarent, referre solebant"<sup>45</sup>. La minoría

<sup>41</sup> Cf. Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 640.

<sup>42</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 683.

<sup>43</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 761-764.

<sup>44</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 889.

<sup>45</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., III, 1.º 245.

aquí era respetable, por número y por calidad; y, sobre todo, esta minoría manejaba perfectamente en su favor toda la legislación y todo el pensamiento luminar del Medievo. Así se hizo el milagro. Al llegar la edición postrema del cap. Tametsi en la Sesión —la que hoy conocemos— definitivamente había sido expurgada de la existencia del consentimiento paterno<sup>46</sup>. De esta forma el Tridentino, por un camino de negación, desatendiendo las peticiones hechas a grandes voces en sentido contrario, vuelve a enlazar con la mentalidad de libertad promulgada en la E. M.

Queda, sin embargo, una aclaración importante que hacer. Se ha repetido mucho, muchísimo, que el Conc. Tridentino, en el cap. Tametsi, declaró que la Iglesia de Dios había detestado siempre y prohibido los matrimonios sin consentimiento paterno; con lo cual se quiere dar a entender que el Conc. hacía extensiva hasta sí mismo tal prohibición. El fundamento de esta opinión está en la misma letra del cap. Tametsi:

Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quandiu ecclesia ea irrita non fecit, et proinde jure damnandi sunt illi... qui ea vera ac rata esse negant quique falso affirmant, matrimonia, a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus sancta Dei ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit. (Conc. Trident. Collec. Goerres. IX, 968).

Tal interpretación no nace precisamente a la sombra misma del Tridentino, sino en un momento sospechoso, en los autores regalistas<sup>47</sup>. De estos pasa, como un estribillo, a los autores de la época<sup>48</sup>; se prolonga por otros de poca nota del s. XIX<sup>49</sup>, y llega hasta algunos posteriores al Código mismo<sup>50</sup>. En justa compensación hay que decir que

<sup>46</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 968-969.

<sup>47</sup> Van Espen: Jus Eccles. Univers. T. I, par. II, tit. XII, c. IV, nn. 19-21; Juenin: De Sacramentis, Dissert. X, q. V, cap. III; Tournely: Praelectiones Theologicae, T. XI, q. 6, art. 3; Cavallarius: Institutiones Juris Canonici, Vol. III, par. II, cap. 17, n. 13.

<sup>48</sup> Cf. Cabassut: Juris Canonici theoria et praxis, Lib. III, cap. 26, nn. 7, ss.; Berardi: Commentaria in Jus Eccles. Univer. T. III, Dissert. V, q. 1; Collet: Continuatio Praelectionum Theologicarum, T. VIII, cap. 3, art. 3, sect. 3, par. 1; Coccaglio: Tentationum Theolog. in Moralibus Synopsis, T. II, De sacro. matrim. disser. 3, cap. 4, n. 30.

<sup>49</sup> Cf. Ferreres: Summa Institutionum Canoniarum, T. II, tit. VI, n. 362; Scavini: Theologia Moralis Universa. L. III, tract. XII, disp. I, cap. I, n. 724; Aguirre: Curso de Disciplina Eclesiástica, T. III, n. 311; Golmayo: Instituciones de Derecho Canónico, T. II, parr. 54-56; Salazar: Lecciones de disciplina eclesiástica, T. II, lec. 74, n. 2; Morales Alonso: Tratado de Derecho Eclesiástico: T. III, cap. 13.

<sup>50</sup> Cf. Ferreres: Derecho Sacramental y Penal, Tract. I, tit. 7, art. 6, n. 462; Sifos: Enchiridion Juris Canonici, parr. 104; Regatillo: Jus Sacramentarium, De matrimo., cap. I, parr. 6, n. 1132; Leclercq: Leçons de Droit Naturel, III, La Famille, Namur (1833), C. 2, p. 65, not. 1; Doroteo Fernández Ruiz: En Revista "Ecclesia", 27 de agosto de 1955 (n. 737, Año XV), p. 10; Alonso Alija: Amplitud y límites del derecho de los padres a intervenir en el matrimonio de sus hijos (Pequeño y poco profundo opúsculo de divulgación). Col. "Resurrexit". Madrid (1947), p. 9.

falta tal interpretación en las demás grandes figuras de esos siglos, y que alguno, como Sylvius, expresamente la impugna<sup>51</sup>.

Sólo una lectura mal hecha, o interesada, del Decreto puede llevar a la interpretación de aquellos autores. Interpretación, que, por demás empezaría por llevar al Tridentino a un fragante error histórico, imposible de serle adscrito: porque la Iglesia —lo hemos visto— en la medida en que se va preocupando con pensamiento y mirada propia del problema, es para ir proclamando la independencia de los hijos en este asunto. Pero, además, un simple recuerdo de las fases de formación del Decreto nos disipará toda sospecha. Ya hemos visto como la idea comprendida por la cláusula “et proinde”, con su copulativa “quique” es un inciso, incrustado al Decreto en la segunda votación, para suprimir el canon 3, sin sacrificar su contenido. En esta segunda forma, a partir del “nihilóminus”, viene la declaración de que la Iglesia, “...magna incommoda et gravia peccata perpendens, quae ex eisdem clandestinis matrimoniis ortum habet... eadem semper detestata est atque inhibuit”<sup>52</sup>. A continuación, con un significativo “Insuper”, que determina el paso a “otro asunto”, viene la cláusula irritadora de los matrimonios sin consentimiento paterno, sin hacer semejante declaración histórica, como en los clandestinos. Ya sabemos como esta parte del Decreto acabó por desaparecer de la redacción definitiva; pero arriba quedaba el inciso procedente del canon 3, declarando la validez. Hay, pues, que saber leer, y no dar más extensión al “nihilóminus” —apódosis de la oración concesiva— que la que tiene la prótasis, y que escuetamente es:

Tametsi dubitandum non est, *clandestina matrimonia*, libero contrahentium consensu facta, rata ac vera esse matrimonia, quandiu ecclesia ea irrita non fecit... nihilóminus..., etc.

El inciso “et proinde”, con su copulativa “quique”, evidentemente son ajenos al sentido de las dos partes de la referida oración. Pero, por si todavía es poco, y aún hay quien dude de que el “illa” del “semper detestata est atque prohibuit” se refiere *solamente* a “clandestina matrimonia”, continuemos leyendo en el Decreto:

Verum cum sancta synodus animadvertat, *prohibitiones illas* propter hominum inoboedientiam jam non prodesse et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis conjugiiis ortum habent... idcirco... praecipit, ut..., etc. (Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 968).

Más claro, pues, que la luz, es que la declaración histórica del Tri-

<sup>51</sup> Commentaria in Tert. partem S. Thomae. Q. 47, art. 6, ad quintum.

<sup>52</sup> Conc. Trident. Collec. Goerres., IX, 683.

dentino sólo afecta a los matrimonios clandestinos. Por otro lado, ¿cómo se explicaría que el mismo Concilio acabara obrando en contra de su propia declaración histórica, como realmente ocurrió?

*La fase postridentina.* Supuesta y salvada otra vez la independencia de los hijos en el terreno matrimonial, pero teniendo en cuenta la defensa puramente negativa que hizo el Tridentino de este presupuesto, el problema que se planteó a la Ciencia teológico-canónica posterior fue, el de determinar la extensión de este derecho de independencia. Por eso empieza a jugar un papel importante ahora la estimación de la “justa” o “rationabilis causa”. Su aplicación podía hacerse en dos sentidos contrarios: quien ha de tener la “justa causa”? el hijo, para poder prescindir de sus padres? o los padres, para poder imponer el veto a sus hijos? Aunque no lo parezca, las consecuencias son considerables, según se escoja uno u otro extremo. Si se toma el primero: la sumisión a los padres será el principio general, mientras la independencia será, únicamente, la excepción. Pero, si se toma el segundo: la independencia será el principio, y la sumisión, la excepción. Si lo primero, hay que ajustarse a la voluntad paterna, “nisi ex justa causa”; si lo segundo, no hay que someterse a ella, “nisi ex justa causa”. En torno a las dos interpretaciones del asunto se forma una doble escuela: de la primera (sentencia más rígida) el autor más representativo será San Roberto Belarmino<sup>53</sup>; de la segunda (más liberal), el gran Sánchez<sup>54</sup>. Se impone la escuela de Sánchez, por número y calidad de autores. En cuanto a Sánchez, personalmente, podríamos decir que es “el segundo autor”, después de Santo Tomás —ya vendrá el tercero— en esta cuestión. Santo Tomás esclarece el principio general de la independencia del hijo, “nisi ex justa causa”. Sánchez va a alumbrar

<sup>53</sup> *San Roberto Belarmino*. De Controversiis. De matrim. sacram., Lib. un., cap. XIX. *Otros autores de esta escuela: Martín de Azpilcueta*: Quaestiones in Manuali confessorum, cap. XIV, n. 15; *Pedro de Ledesma*: De magno matrim. sacram., q. 47. art. 6; *Valencia Commenlariorum Theologicorum*, T. IV, disp. X, q. 3, punct. 6; *Estius*: In Quatuor Lib. Sent., T. VI, in Disput. 28, parr. II; *Fagnanus*: Commentaria in Lib. Decretal., In IV, de desp. impub., cap. I; *Rebello*: De obligationibus justitiae, religionis et charitatis, Par. II, lib. II, q. XIV; *Tanner*: Theologia Scholastica, vol. IV, disp. 8, q. 3, dub. 6; *Platel*: Cursus Theologici, T. VII, cap. 3, parr. 5; *Rodríguez*: Summa de casos de conciencia, vol. I, cap. 14.

<sup>54</sup> *Sánchez*. De matrimonio, Lib. IV, de consensu coacto, disp. 22-26. *Otros autores de esta escuela: Diego de Covarrubias*, Epithome in Lib. IV Decret., De spons. et matrim., cap. 3, parr. 8; *Vitoria*: Summa Sacramentorum, de consensu coacto; *Gutiérrez*: Quaestiones canonice cap., Lib. III, capp. 79-80; *Ponce de León*: De sacram. matrim. Lib. II, cap. 1; *Barbosa*: Collectanea, vol. II, L. IV, tit. II; *Layman*: Theologia Moralis, Lib. I, Tract. X, pars prima, cap. I; *González Téllez*: Commentaria perpetua... Lib. IV, tit. II, cao. I; *Engel*: Collegium Universi Juris Canonici, Lib. IV, tit. II, par. II; *Reiffenstuel*: Jus Canonicum Universum, T. IV, Lib. IV, tit. I, parr. 1; *Lewenius*: Forum Ecclesiasticum, Lib. IV, tit. I, q. 98; *Schmalzgrueber*: Jus Ecclesiast. Univer., T. IV, par. I, tit. II, parr. 3; *Schmier*: Jurisprudentia canonico civilis, Lib. IV, tract. I, cap. II, sect. II, parr. II; *Pichler*: Jus Canonicum, T. I, Lib. IV, tit. I. Siguen también esta sentencia los *Moralistas* siguientes: *Henríquez*, *Sayro*, *Azor*, *Bonacina*, *Hurtado*, *Gil de Coninck*, *Castro Palao*, *Dicastillo*, *Tamburini*, *Busembaum*, *Sporer*, *Kimfner*, *Lacroix*, *Salmanticenses*; y los *Teólogos* siguientes: *Toledo*, *Molina*, *Lesio*, *Sylvius*, *Meldola*, *Gonet*, *Natal Alejandro*. Omitimos las citas de estos últimos autores, para no hacernos inabacables: pueden ser consultados en sus obras clásicas, lugares correspondientes.

la necesidad, y por principio general también “nisi ex justa causa”, del *consejo*<sup>55</sup>. Cuya raíz no es la patria potestad —totalmente despejada ya por Santo Tomás—, sino la virtud de la piedad, que liga siempre al hijo con su padre.

Pero llegan los finales del siglo XVII: con la dorada hegemonía francesa empiezan a correr en el Derecho y en la Teología los aires regalistas. Y nuestro tema vuelve a ser llamado a revisión por tercera vez. Ahora, más que nunca, las potestades civiles son las que toman la iniciativa. Una chispa política hace prender el incendio doctrinal. Gastón de Orleans, hermano de Luis XIII, se ha casado con Margarita de Lorena, cuyo padre es enemigo del Rey. A éste no le hace nada de gracia el casamiento e intenta tenerlo por nulo, por falta de su consentimiento, puesto que “s’y on considere la roy comme *pere du peuple*”<sup>56</sup>. Reune a la Asamblea del Clero; y los más grandes teólogos de la Francia dorada dan su dictamen favorable al pensamiento del Monarca. La hoguera crecerá con el pasto que le arrime Launoy con su “Regia in matrimonium potestas”. Y todas las disposiciones reales, que, pese al desaire recibido en el Tridentino, seguían pululando por los reinos de Europa, imponiendo el consentimiento paterno, quieren ahora, a toda prisa, vestirse de ropaje canónico, mediante la puesta en marcha, a posteriori, de una teoría, que ya hizo su presentación en las mismas sesiones del Tridentino: la de la distinción —falsa— entre contrato y sacramento. Autores que descaradamente se lanzaron a defender estos puntos de vista son Van Espén, Gaspar Juenin, Tournely y Cavallarius, cuyas obras hemos citado un poco más arriba. El tema se hace tema del día —“celebris illa quaestio”, dirá San Alfonso—. Por eso no es extraño que empiece a proliferar la bibliografía monográfica. En Italia alcanzó gran celebridad la “Dissertatio theologico-legalis de Sponsalibus et Matrimoniis quae a filiisfamilias contrahuntur parentibus insciis vel juste invititis”, que publicó Francisco María Muscettola, Arzobispo de Rosano (1660-1746), y que acaparó la atención de sus contemporáneos, hasta el punto de ser citada por San Alfonso. En 1736 Cristóbal Coscus edita en Roma una obra similar, llamada “De Sponsalibus filiorum familias”. Ambas he podido estudiar y son de lo más cerrado que se puede pensar en punto a libertad de elección matrimonial de los hijos: el Derecho Romano, el cap. Aliter del Seudo-evaristo y la mal interpretada declaración —supuesta, como vimos— del Tridentino son traídos y llevados, para tratar de encontrar un “derecho natural”, que coloque bajo la voluntad paterna el matrimonio de los hijos. En Francia, la monografía más difundida es el “De iustitia Edicti connubialis Ludovici XIII”, editado por Isaac Herbertus.

<sup>55</sup> De matrimonio, Lib. IV, disp. 23, q. 11.

<sup>56</sup> Cf. Analecta Juris Pontificii, Ser. XII, col. 947-948.

Doctor de la Sorbona, citado por el mismo Benedicto XIV. Y en España, el célebre "Discurso" (el título completo es kilométrico) de Joaquín Amorós, editado en Madrid, en 1777, rompiendo lanzas en pro de la justificación doctrinal y práctica de la Pragmática de Carlos III, de 23 de marzo de 1776, reguladora de este asunto. Estamos —lo sabemos— en un momento de decadencia social: sucede, como en la decadencia del Imperio, que las "buenas familias" (la buena sociedad), ya que no crean nada ni transforman nada, tratan de auto-defenderse, de salvarse por incontaminación, evitando a todo trance ser absorbidas por otras "vilissimae conditionis" —expresión de Muscettola—. Para ello, nada mejor, que conceder un derecho de veto a los padres, y si puede ser fundado en el derecho natural, mejor, para poder esquivar fácilmente el terrible espectro de los "matrimonios desiguales", de los cuales está plagada la literatura del momento. Por este afán de incontaminación de las "buenas familias", —que se masca en las obras monográficas citadas— y por lo que se hacía para conseguirlo, se comprende fácilmente que la Revolución estuviera ya rodando las puertas de Europa.

Animados, pues, los Reyes por este servirles en bandeja, y hasta condimentado con una astuta teoría, su siempre deseado bocado, llueven leyes y pragmáticas en todos los Reinos, no sólo imponiendo, sino hasta determinando formas y detalles de la intervención familiar —ya no se contentan con la paternal— en el matrimonio. Muscettola alude a las de España, Francia, Portugal, Nápoles, Cataluña, Milán. Asistimos al nacimiento de las leyes modernas civiles, reguladoras de este tema. Vuelve la "patria potestas", como en los mejores tiempos del Derecho Romano, a hacerse cargo del matrimonio, el cual pierde todo su primordial valor personal, para tomar tintes de asunto familiar, social y hasta patrimonial. Y vuelve, otra vez, la "patria potestas" de manos del poder civil, so capa, ahora, de piadosa protección a la mismísima ley natural y al "nombradísimo" cuarto mandamiento.

*El efecto de la tormenta regalista.* Ante parecidos fenómenos las reacciones humanas se repiten. Como ocurrió cuando la hoguera protestante en el bando católico, también ahora los escritores de la época llevan bajo las alas el plomo del alegato regalista. Esto hace, que, como entonces, se vuelva a sacrificar por muchos el aspecto "licitud", para salvar la "validez" de los matrimonios sin intervención paterna: ilícitos, sí, pero inválidos, jamás; es la postura de los canonistas y moralistas de la época. Así, exceptuando únicamente a Giraldi<sup>57</sup>, que enlaza con los canonistas medievales, esa es la fiebre que padecen: Mas-

<sup>57</sup> Expositio Juris Pontificii, T. II, Par. I, tit. II.

chat, Cabassut, el mismo Próspero Lambertini (Benedicto XIV), Antoine, Concina, Berardi y Collet<sup>58</sup>.

*Retorno.* Caminando hacia la mitad del s. XVIII comienza este retorno de los autores a las posiciones anteriores, formándose otra vez las dos escuelas, como después de la desbandada producida por una explosión. Con algo de ambigüedad de convalecientes, van tomando posiciones por Sánchez: Roncaglia, Biluart y Cuniliati<sup>59</sup>; por Belarmino: Viator de Coccaglio y los Wicerburgenses<sup>60</sup>.

Y llegamos con esto al "tercer autor"; *San Alfonso María de Liguorio*. Santo Tomás aclara la independencia de hijo "cum sit liberae conditionis" en este terreno, de donde se sigue la innecesidad del consentimiento paterno. Sánchez puntualiza la necesidad del "consejo", por la virtud de la piedad. San Alfonso María es el tercer hito histórico de la cuestión: no ya sólo por hacer volver el pensamiento canónico-moral a Santo Tomás y a Sánchez, como los hace<sup>61</sup>, sino porque va a reducir a justo rasero el cuadro de excepciones, que han desorbitado machaconamente los autores del barroco. Hasta el mismo Sánchez hace incapié en la obligación, que incumbiría al hijo de aceptar un matrimonio propuesto por los padres, renunciando a propios deseos, y ciertamente "sub lethali culpa", "quando multum interest parentum"<sup>62</sup>.

Los autores posteriores, tan amantes de la casuística, hacen aplicación de esto en casos como "ad alendum patrem", "ad graves inimicitias componendas", y en caso de un matrimonio desigual. "ad dedecus familiae vitandum". San Alfonso llama a revisión también a estas excepciones. Empieza por advertir que tales excepciones, aún las más claras, hay que tomarlas "cum grano salis"; pero luego alumbraba un principio general de Moral, de ajustada solución: estaríamos aquí —dice— en casos donde la "caridad" podría exigir el sacrificio de sí mismo; pues bien, dice el Santo Doctor, "caritas non obligat cum gravi incommodo"<sup>63</sup>. Si este se da, la obligación por caridad al sacrificio de la propia voluntad desaparece. Lo que equivale a decir: en el matrimonio —caso de conflictos— debe prevalecer su esencial valor personal, sobre cualquier otro familiar, por muy noble que sea, al fin y al cabo extrínseco. Este es el gran paso, hecho andar por San Al-

<sup>58</sup> *Maschat*: Cursus Juris Canonici, Vol. III, tit. II, q. 3; *Cabassut*: Juris Canonici theoria et praxis, Lib. III, cap. 26; *Lambertini*: De Synodo Dioec. Lib. IX, cap. XI; *Antoine*: Theologia Mor. Universa, pars altera, de Matrim., q. 6; *Concina*: Theologia Christiana, T. IV, Lib. 13, diss. I, cap. 6; *Berardi*: Commentaria in Jus Ecc. Univer., T. III, Diss. V, q. 1; *Collet*: Continuatio Praelectionum Theologicarum... T. VIII, cap. 3, art. 3, sect. 2.

<sup>59</sup> *Roncaglia*: Quaesita dogmatica et moralia, Tract. XI, cap. 1; *Biluart*: Cursus Theologiae, T. X, Diss. III, art. 6; *Cuniliati*: Theologia Moralis, Par. I, tract. VII, cap. I, parr. I.

<sup>60</sup> *Coccaglio*: Tentationum Theolog. in Moralisbus Sinopsis, T. II, Diss. III, cap. IV. *Wicerburgenses*: Theologia Wicer., T. X, Dis. II, cap. 2, art. 3.

<sup>61</sup> Cf. Theologia Moralis, Vol. II, Lib. VI, tract. 6, cap. 1, dub. II. Quer. 1 y 2 y Vol. I, Lib. III, trac. 3, cap. 2, dub. I.

<sup>62</sup> De matrimonio, Lib. IV, De consensu coacto, disp. 23.

<sup>63</sup> Theologia Moralis, Vol. II, Lib. VI, tract. VI, cap. I, dub. II.

fonso a nuestro problema; con él queda iluminada hasta la casuística más difícil y molesta. La libertad triunfa, pues, hasta de los más pequeños y disfrazados estorbos.

Después de San Alfonso, los autores del s. XIX y del XX siguen distribuyéndose por las dos posturas anteriores a la contienda regalista: los que sostienen la libertad como principio<sup>64</sup>, y los que defienden la libertad como excepción<sup>65</sup>. Después del Código esta escuela casi se agota; los autores que la siguen, en realidad, son los que estudian la cuestión más superficialmente<sup>66</sup>. Ya veremos por qué.

Para terminar este capítulo, sólo nos resta vez la actitud de los Concilios y de la Jurisprudencia en esta fase postridentina. Los primeros *Concilios* particulares postridentinos acusan el eco de la polémica sostenida en el mismo: buscan un camino intermedio, salvando la libertad, pero insinuando a los hijos que busquen a todo trance el entendimiento con sus padres. Así: Conc. de *Cambrai* (1565), de *Malinas* (1570), *II de Ravena* (1582), de *Tours* (1585) y de *Salerno* (1596)<sup>67</sup>. En los Conc. de *Besanzón* (1571) y *VI de Milán* (1582) empieza a perfilarse la fórmula cuajada hoy en el canon 1034, el encargo a los párrocos para que cuiden de ese mutuo entendimiento<sup>68</sup>. El otro dato de la actual disciplina, el recurso al Ordinario en los casos dudosos, —que ya se insinuó en el Tridentino— lo instituyen los Conc. de *Rouen* (1581), *Reims* (1583), *Aquense* (1585), *I de Siena* (1599) y *Burdeos* (1624)<sup>69</sup>.

Después, el tema cae en el silencio, y en los tres últimos cuartos del

<sup>64</sup> Cf. *Von Zanliger*: *Institutiones Juris Ecc.*, T. II, L. IV, tit. I, parr. 12; *Ballerini*: *Opus theologicum morale*, Vol. VI, tract. X, sect. 8, cap. I, dub. 2; *Craison*, *Manuale totius Juris Canon.*, vol. III, L. II, cap. 8, art. 1, parr. 2; *Santi*, *Praelectiones Juris Canon.*, L. IV, tit. I, n. 79; *Giovini*, *De dispensationibus matrimonial*, T. II, parr. 185; de *Becker*, *De Sponsalibus et Matrim.*, Sect. I, cap. II. También los *Moralistas*: *Bucceroni*, *D'Annibale*, *Lehmkuhl*, *Emilio Berardi* y *Alsina* (al tratar del IV mandamiento y del matrimonio).

Después del Código: *Muniz*, *Procedimientos Eclesiásticos*, T. II, n. 406; *Gasparri*, *De Matrimonio*, vol. I, cap. II, parr. 6; *Cappello*, *Tractatus Canonice Moralís de Sacramentis*, Vol. III, n. 186, ss.; *Regatillo*, *Jus Sacramentarium*, Tit. VII, n. 1132. Pueden ser consultados también: *Vlaming*, *Ferreres*, *Chelodi*, *Sipos*, *Jemolo* y los *Moralistas*: *Genicot*, *Prummer*, *Tanqueray*, *Merkelbach*, *Noldin*, *Heylen* y *Leclercq*.

<sup>65</sup> *Gury*, *Compendium theologiae Moralís*, T. II, cap. II, art. 1; *Ferrari*, *Summa Institutionum Canoniarum*, T. II, tit. VI, n. 362; *Rosset*, *De Sacramento matrim.*, L. I, cap. II, art. 1, sec. 3, punc. I; *Aichner*, *Compendium Juris Ecclesiastici*, Lib. II, sect. II, tract. II, cap. 2, art. 1, parr. 159; *Sebastianelli*, *Praelectiones Juris Canon.* De rebus, De re matrim., n. 15; *Marc*, *Institutiones Morales*, T. II, cap. I, art. 1, n. 1950; *Scavini*, *Theologia Moralís Universa*, L. III, tract. 12, disp. 1, cap. 1; *Collationes Brugenses*, T. VI, dub. III. En esta escuela militan también los españoles del siglo pasado, *Aguirre*, *Salazar*, *Manjón* y *Morales Alonso*.

<sup>66</sup> Cf. *Cance*: *Le Code de Droit Canonique*, T. II, De mariage, cap. I, n. 279; *Alonso Alija*, *Amplitud y límites del derecho de los padres a intervenir en el matrimonio de sus hijos* (en el más opúsculo publicado en Madrid —1947— en la Colec. "Resurrexit"), p. 9, 13, etc.; *Fernández Ruiz*, en "Ecclesia", 27 de Ag. de 1955 (Año XV, n. 737), p. 10 (Refundición de un artículo publicado en "Resurrexit" (1947)).

<sup>67</sup> *Cambrai*: *Harduini*, *Collec. Regia*, X, 594; *Malinas*, *Mansi*, 34, 583; *II de Ravena*, *Mansi*, 36 bis, 842; *Tours*, *Mansi*, 34, 822; *Salerno*, *Mansi*, 35, 992.

<sup>68</sup> Respectivamente, *Mansi*, 36 bis, 60 y 34, 527.

<sup>69</sup> *Rouen*, *Mansi*, 34, 626; *Reims*, *Mansi*, 34, 696; *Aquense*, *Mansi*, 34, 958; *I de Siena*, *Mansi*, 36 bis, 540; *Burdeos*, *Mansi*, 34, 1563.

s. XVII y por todo el s. XVIII deja de aparecer. Es curioso que este silencio conciliar coincide con la gran algarada regalista. Quizás el hecho mismo de tan bronca discusión fuera la causa de él : es muy difícil, y muy expuesto, legislar sobre cuestiones, cuyos fundamentos están violentamente en tela de juicio. De todos modos, el único texto conciliar de la época que encontramos, el del *Conc. de Avignon* de 1725, es precisamente para encargar a los párrocos y confesores que amonesten a los hijos para que “nunquam, insciis et inconsultis parentibus maritentur fidei obliques suam”<sup>70</sup>. Es significativo su tenor. Pasada la tormenta, en el s. XIX, los Concilios acusan su impacto: la posibilidad de recurso al Ordinario ha quedado suprimida, y queda en pie, escueta y lisa, la prohibición del matrimonio sin intervención paterna: *Conc. de Rávena* (1855), *Conventus Episcoporum Austriae* (1856) *de Viena* (1858), *de Urbino* (1859), *de Venecia* (1859), *de Praga* (1860) y *Colocense* (Kalocsa-Hungría) (1863)<sup>71</sup>. El recurso al Ordinario vuelve a aparecer en los dos últimos Concilios del pasado siglo, que encontramos: *Utrecht* (1865) y *I de Nueva Granada* (1868).<sup>72</sup>

Por contraste, allí donde el eco del Regalismo europeo no influenciaba, el lenguaje de los concilios era muy otro: tal ocurre en el Sínodo del Vicariato *Sutchuense* (China, 1803) y en el *Conc. I de Halifax* (Canadá, 1857)<sup>73</sup>, donde sólo se habla de libertad para los hijos.

*La Jurisprudencia.* Tenemos que hacer una distinción de épocas: la modernísima y la anterior a ella. Para estudiar a ésta tenemos el “Theatrum veritatis et justitiae” del Card. de Luca, la “Collectio” de Pallotini y las Decisiones que insertaron en sus monografías Muscettola y Coscus. Este último, por de pronto, lo mismo que nuestro citado Amorós, se queja amargamente de que haya jueces (“tyrones” los llama Coscus), que en su “praxis” tiendan a favorecer la libertad. El dato es significativo<sup>74</sup>. Reiffenstuel también refiere que en su tiempo la praxis tribunalium era favorable a la libertad<sup>75</sup>. Tanto Muscettola como Coscus insertan en sus obras unas Decisiones Rotaes, que tratan de calificar de favorables a su tesis intervencionista; pero la verdad es que ninguna de ellas mira a nuestro asunto de frente y sólo algún párrafo de los fundamentos de derecho parece comulgar un poco con las ideas de la época<sup>76</sup>. Otras Decisiones, en cambio, dicen lo contra-

<sup>70</sup> Mansi, 37, 338.

<sup>71</sup> *Rávena*, Mansi, 47, 219, 2; *Conc. Epis. Austriae*: Collec. Lacensis, V, 1286, 1288, 1295; *Viena*, Mansi, 47, 804; *Urbino*, Mansi, 47, 871; *Venecia*, Mansi, 47, 1139; *Praga*, Mansi, 48, 289; *Colocense*, Mansi, 48, 544.

<sup>72</sup> Respectivamente, Mansi, 48, 730 y Collec. Lacensis, VI, 520.

<sup>73</sup> Respectivamente, Mansi, 39, 40 y Mansi, 47, 519.

<sup>74</sup> *Coscus*, De Sponsal., filiorum fam., Vol. III, nn. 141-143.—*Amorós*, Discurso, p. 205.

<sup>75</sup> *Jus Canonicum Universum*, T. IV, L. IV, tit. I, parr. 1, n. 23.

<sup>76</sup> Cf. *Coscus*, De Sponsal. filiorum fam., op. cit., p. 298; *Muscettola*, Dissertatio..., p. 53 y pp. 369-374.

rio<sup>77</sup>. A lo más, pues, podríamos conceder que la “praxis” en los días críticos del Regalismo —no antes— oscila un poco, justamente con las oscilaciones del pensamiento. Pero luego se endereza por completo.

En la Jurisprudencia modernísima, entre las Decisiones de la Rota Romana publicadas hasta ahora, no se dan causas, que directamente resuelvan sobre nuestro asunto; pero a través de las causas sobre miedo reverencial —que en definitiva viene a producirse casi siempre por la presión de la mal entendida “paterna potestad”— la Jurisprudencia moderna romana se mantiene total y uniformemente, en cuanto a doctrina, en la línea de los autores defensores de la libertad de los hijos: los nombres de Santo Tomás, Sánchez y San Alfonso campear en sus citas<sup>78</sup>.

Los RR. Pontífices de la época postridentina no se han asomado en su magisterio a nuestro asunto<sup>79</sup>; pero nos es grato recoger estos textos de dos Pontífices modernos:

LEÓN XIII: “Atque illud etiam magnum est quod de potestate patrum-familias Ecclesia, quantum oportuit, limitaverit, ne filii et faliabus conjugii cupidis quidquam de justa libertate minueretur”. (Enc. “Arcanum”, 10 febr. 1880. Acta Leonis XIII, Vol. I, p. 123).

Pío XI: “Neque omittant denique, de eligendo altero conjugue prudens parentum consilium exquirere, illudque haud parvi faciant, ut eorum maturiore humanarum rerum cognitione et usum perniciosum hac in re errorem praecaveant et divinam quarti mandati benedictionem, matrimonium initari, copiosius assequantur: Honora patrem tuum et matrem tuam... (Enc. “Casti connubii”, III, A. A. S., 22 (1930), p. 586).

Con estas palabras de Pío XI, que templadamente recomiendan el “consejo”, pero que omiten decir nada sobre “consentimiento”, llegamos a nuestros días. Hemos saltado por alto el canon 1034. Ha sido de intento. El canon 1034 es la consagración, el culmen, de todo el camino recorrido por la Iglesia de este tema. En el siguiente capítulo

<sup>77</sup> Cf. Coscus, op. cit., p. 332 y Muscettola, op. cit., pp. 380-382. Cf. Pallotini, Collectio... T. XIII, par. XXI, pp. 369-370, nn. 15 y 16.

<sup>78</sup> S. Romae Rotae Decisiones seu Sententiae. Clasificamos por apartados: No hay necesidad de consentimiento, pero sí del consejo: Vol. III, Dec. 21, n. 11. Vol. XV, Dec. 28, n. 13; vol. XVII, Dec. I, n. 3; vol. XXI, Dec. 47, n. 14; vol. XXIII, Dec. 14, n. 2; vol. XXIV, Dec. 23, n. 11; vol. XXVII, Dec. 26, n. 4; Dec. 38, n. 2; Dec. 40, n. 4; vol. XXIX, Dec. 50, n. 2; Dec. 79, n. 2; vol. XXX, Dec. I, n. 3; vol. XXXII, Dec. 4, n. 2; vol. XXXIII, Dec. 59, n. 2; vol. XXXIV, Dec. 8, n. 2, etc., etc.

Excepcionalmente una “justa causa” puede hacer obligatorio el consejo: Vol. XXII, Dec. 4, n. 2; Vol. XX, Dec. 58, n. 3; Vol. XV, Dec. 11, n. 8; Vol. XXIX, Dec. 42, n. 2; Vol. XXXIII, Dec. 49, n. 5, etc., etc.

Las causas que obligan “ex caritate” no obligan “cum gravi incommodo” para los contrayentes: Vol. XVIII, Dec. 11, nn. 7 y 14; Vol. XX, Dec. 27, n. 2; Vol. XVIII, Dec. 12, n. 5; Vol. XXXV, Dec. 58, n. 2, etc., etc.

<sup>79</sup> El Papa Benedicto XIV en Breve “Satis Vobis” (sobre los matrimonios de conciencia) trata muy de pasada nuestro asunto (Bullarium Romanum, T. 25, pp. 114-115). En su Enc. “Nimian licentiam” se limita a dar normas a los párrocos para que investiguen la voluntad paterna antes de proceder (Bullarium Romanum, T. 25, p. 304).

haremos una detenida exégesis del mismo. Aún hay restos de sombras en él. Pero como estas le vienen del campo civil, se impone recorrer también este campo. Ahora terminamos con la siguiente,

CONCLUSIÓN: Históricamente, no se puede demostrar que la Iglesia haya exigido, en ninguna época de su historia (ni en el mismo Conc. Tridentino) de manera general y directa, ni bajo nota de ilicitud, ni mucho menos de invalidez, *el consentimiento* paterno para el matrimonio canónico de sus hijos. Más bien: la Iglesia en todo momento ha tendido a defender la libertad de éstos, a través de un largo y difícil proceso.

## II

### EL MATRIMONIO DE LOS HIJOS DE FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL.

1) *Derecho Romano*. Si algo hay característico en el Derecho personal Romano es la "patria potestas". Y, si en alguna cosa tenía su más soberana expresión, es precisamente en el matrimonio de los sometidos a ella. El sometimiento de los hijos a los padres en este negocio siempre existió, como una línea sin romper, a lo largo de todo el Derecho Romano. Pero esta línea no fue recta, a través de todas las épocas de su historia. La llamada *época primitiva* es la época del absolutismo de la patria potestas: hijos e hijas están tan cosidos a la voluntad del "pater" en este asunto, que, aún después de contraído el matrimonio, éste está siempre como colgado de un hilo, dependiendo de la misma voluntad paterna, que lo formó: un padre puede romper, lo mismo que lo concertó, el matrimonio de los sometidos a él<sup>80</sup>. En esta época ni siquiera la "civitas" llega a dejar sentir su influencia en este asunto, privativo del grupo familiar, del cual el padre es jefe absoluto.

Es en la *época clásica*, cuando la "civitas" se decide a intervenir, precisamente para marcar fronteras a ese absoluto poder del padre. La intervención del padre seguirá siendo la "conditio sine qua non" para el matrimonio, la "auctoritas" legal<sup>81</sup>; pero ya aparecen las excepciones: si el hijo es soldado (D. 23, 2, 35); si el padre es "mente captus" (C. 5, 4, 25); si el padre estuviera prisionero y ausente (D. 49, 15, 12, 3); en los casos en que el hijo es "sui juris": ciertamente, para el hijo (D. 23, 2, 25), si bien ni los textos están de acuerdo, ni los autores tampoco, sobre si valía lo mismo para la hija<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Cf. D. 23, 1, 2.—*Rassi*, Consensus facit nuptias, Milán (1946); *Longo*, Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias, en B. I. D. R., 40 (1932).

<sup>81</sup> D. 23, 2, 2; D. 23, 2, 18; D. 29, 2, 25, 4; Ulp. Reg. V, 2; D. 23, 2, 16, 1; D. 23, 2, 9.

<sup>82</sup> Cf. *Iglesias*, Derecho Romano, II, p. 218. Por otro lado, basta con que el padre, presente, no se oponga, para que valga el matrimonio (D. 23, 1, 7, 1). Hay una interesante disputa entre Solazzi, por un lado, y los demás autores en general, por otro, sobre si el padre podía obligar a un determinado matrimonio a la *hija*. Hoy no podemos enzarzarnos en ella; puede que otro día sí.

Finalmente, en la *época posclásica* la intervención paterna va perdiendo su sentido primitivo y pasa a ser, de manifestación de la patria potestas, una función protectora, que ejerce la "civitas" a través de los padres. Por eso, al padre suceden ya en el derecho de la intervención la madre y aún el tutor (C. 5, 4, 1; C. 5, 4, 18; C. 5, 4, 20; Nov. 22, 19). Por lo mismo, también, se señala un límite a esta intervención, los 25 años, aparición del hito de la mayoría de edad en este asunto (C. 5, 4, 18; C. 5, 4, 20; Nov. 22, 19). Incluso ya la Lex Romana Wisigothorum limita la cuestión sólo a las *hijas*, notándose en esto los aires del mundo germánico (Brev. Alar. 3, 5, 4,; 3, 5, 7; 3, 7, 1).

2) Son, en efecto, los *Derechos Germánicos*, los que centran definitivamente la cuestión en las *hembras*<sup>83</sup>, con la sola excepción del Derecho Visigodo español, que aún habla de los varones (Lex Wisig. 3, 1, 7).

En todas las leyes citadas se advierte como, persistiendo la primacía del padre en el traspaso del "mundium" (potestad familiar sobre la hembra), empiezan a tomar papeles subsidiarios la madre, los hermanos varones, el tío paterno, el abuelo, en incluso en la Lex Wisig. el "patrono" (5, 3, 1).

El matrimonio realizado contra las leyes en este asunto es *válido* (contra lo que ocurría en el Derecho Romano, en el que no era reconocido), si bien se consideraba ilícito, por lo que se veía privado de ciertos efectos de índole social y sujeto a ciertas penas, que, por su variedad, no podemos detenernos en señalar.

Otra característica de los Derechos Germánicos es, la de considerar el *raptó*, no tanto desde el ángulo de la misma raptada —ofensa a su dignidad y libertad—, como desde el ángulo del padre o poseedor del "mundium" —ofensa hecha al derecho que éste ostenta—. El concepto de mujer raptada viene, pues, a coincidir con el de la que se une a un hombre sin o contra la voluntad del poseedor del "mundium". La línea penal no es uniforme en lo que se refiere a sanciones sobre el raptó (va desde la pena de muerte al raptor hasta la simple multa pecuniaria), pero todos los Derechos Germánicos coinciden en la consideración de la figura descrita<sup>84</sup>.

3) *Los Derechos Españoles Medievales*. A través de la Lex Wisigothorum (Fuero Juzgo), las costumbres del mundo germánico son las

<sup>83</sup> Cf. Lex Burgundiorum, Tit. LXVI; Lex Alamannorum, Tit. LJV; Lex Angliorum, Tit. X, II; Lex Frisionum, Tit. X, I; Lex Longobardorum, L. II, Tit. I y II.

<sup>84</sup> Cf. Lex Wisig., 3, 3, 1 y ss.; Lex Burgundior., Tit. XII; Lex Salica, Tit. XIV; Lex Angliorum, Tit. X, I; Lex Frisionum, Tit. IX, III; Lex Longobardorum, L. I, Tit. XXX; Edictum Theodorici Regis, leges XVII, XVIII y XX; Lex Bajuvariorum, Tit. VI, Lex VI; Lex Ripuariorum, Tit. XXXIV.

que vienen a reproducirse en los múltiples Derechos Populares españoles del tiempo de la Reconquista. Cada ciudad o villa importante reconquistada va recibiendo del Rey su propio "Fuero"; por eso son innumerables<sup>85</sup>. Imposible reseñar aquí sus diferencias, pero podemos hacer la siguiente síntesis<sup>86</sup>:

*Sujetos pasivos* de la intervención familiar: solamente *las hijas* en todos los Fueros, con excepción del de Daroca, que aún nombra a los hijos<sup>87</sup>. Las viudas también gozan de libertad.

*Sujetos activos*: Sólo el Fuero de Viguera y Val de Funes habla únicamente del padre; los demás incluyen a la madre también; y los de Burgos, Alcalá y Territorial de Castilla, a otros parientes, con carácter subsidiario<sup>88</sup>.

*Efectos*: no aparece en ninguno la invalidez, sino solamente la ilicitud legal, por quebrantamiento de las normas.

En los casos de *rapto*, la legislación de estos Fueros, en general, es benigna, con carácter marcadamente penal para el raptor en los casos de repugnancia por parte de la raptada, y para ésta también en los que cooperaba de grado al rapto. En todo caso, el matrimonio subsistía. Las penas oscilaban entre multa, declaración de enemistad y desheredación.

Para unificar las diferencias de los Fueros Locales, Fernando III concibe la idea de un Fuero General, cuya realización no conoció él, pero sí su hijo Alfonso X. Desde su publicación en 1255, el "*Fuero Real*" o "Fuero del Libro" será el Código general para el reino Castellano-Leonés-Andaluz, hasta la puesta en vigor de las Partidas en 1348. En lo tocante a nuestro asunto recoge las normas más coincidentes de los Fueros locales, centrandó la cuestión sólo en las *hijas*, menores de 30 años y no viudas, dando entrada subsidiaria entre los sujetos ac-

<sup>85</sup> Cf. Enciclopedia Universal Ilustrada, Espasa, 24, 1509-1518.

<sup>86</sup> Como muchas veces, en aras de la síntesis, vamos a aludir en bloque a estos fueros, por ser coincidentes, reproducimos aquí todos los que hemos estudiado. *Fueros Aragoneses*: Compilación privada de Derecho Aragonés (Ed. Ramos y Loscertales, A. H. D. E., I); de Daroca (Ed. Muñoz y Romero, Fueros Municipales, I); de Calatayud (Ed. Ramos y Loscertales en A. H. D. E., I); de Teruel (Ed. Aznar, 1905); de Molina de Aragón (Ed. Sancho Izquierdo, 1916); de Alframbra (Ed. Albareda, 1916).

*Fueros Navarros*: de Viguera y Val de Funes (Ed. Herguera, B. R. A. H., 37); Territorial de Navarra (Ed. Ilarregui y Lapuerta, 1869).

*Fueros Leoneses*: de San Pedro de las Dueñas (Ed. Díez Canseco, en A. H. D. E., II); de Salamanca, de Ledesma y de Alba de Tormes (Ed. Castro y Onís, Fueros Leoneses, 1916).

*Fueros Castellanos*: de Iznatoraf (Ed. Ureña, 1935); de Zorita (Ed. Ureña, 1911); de Béjar (Ed. Martín Lázaro, 1925); de Burgos (Ed. Muñoz y Romero, Fueros Municipales, I); de Brihuega (Ed. Lugo Peña, 1927); de Alcalá de Henares (Ed. Galo Sánchez, Fueros Castellanos, 1919); Libro de los Fueros de Castilla, o Fuero Territorial de Castilla (Ed. Galo Sánchez, 1927); Fuero Viejo de Castilla (Ed. Códigos Españoles, I); de Oreja (Ed. Gutiérrez Arroyo en A. H. D. E., XVII); de Ocaña (Ed. Gutiérrez Arroyo, ib.); de Uclés (Ed. Fita, en B. R. A. H., 14); de Guadalajara (Ed. Keniston, 1924); de Sepúlveda (Ed. Calleja, 1875); de Soria (Ed. Galo Sánchez, Fueros Castellanos, 1919).

<sup>87</sup> Ed. Herguera, B. R. A. H., 37 (1900), 409.

<sup>88</sup> Fuero de Burgos: Fueros Municipales, I, p. 270; de Alcalá: Ed. Galo Sánchez, Fueros Castellanos, p. 291; Territorial de Castilla: Ed. Galo Sánchez, 1927, pp. 5 y 96.

tivos del derecho de intervención a los hermanos y parientes y quedándose en un carácter meramente penal<sup>90</sup>.

Nueva corriente de influencia se nota ya en el *Código de Las Partidas* del Rey Sabio. Este ha buscado inspiración para el asunto en el Derecho de la Iglesia y por eso recuerda la doctrina, ya conocida, de las Decretales de Gregorio IX y de Bonifacio VIII: no valen las promesas de matrimonio hechas por los padres, si no hay ratificación por parte de la hija. Con todo, se mantiene la necesidad del consentimiento paterno para las mujeres, sin límite de edad, ni de estado<sup>91</sup>.

Nuestro tema no es tocado ya, para nada, ni en las Leyes del Estilo, libro de Jurisprudencia, que se formó después del Fuero Real, ni en las otras dos obras jurídicas del Rey Sabio, el "Espéculo" y las "Leyes Nuevas"<sup>92</sup>.

En el *Ordenamiento de Alcalá* —tiempos de Alfonso XI— y en las *Ordenanzas Generales de Castilla* —recopilación hecha por encargo de los Reyes Católicos— no se inmuta la disciplina general antedicha, y únicamente se dan algunas normas especiales de aplicación, para casos peculiares posibles<sup>93</sup>.

Luego podemos *concluir*: que en toda la Edad Media española se impuso la costumbre de intervención, familiar en el matrimonio, pero al estilo *germánico*, es decir: solamente para el matrimonio de las hijas, sin tocar la validez y dando derecho de intervención, no ya sólo al padre, sino también —subsidiariamente— a la madre, hermanos y otros parientes. Las leyes sancionan estas costumbres.

#### 4) *Edad Moderna.*

Nuevo sesgo, importantísimo, toma nuestro tema, al empezar la Edad Moderna, en las *Leyes de Toro*, publicadas por Fernando el Católico, en 1505, en las famosas Cortes convocadas para conocer el Testamento de su esposa Isabel. La ley 49 dice:

Mandamos que el que contragere matrimonio que la Iglesia tuviere *por clandestino*, con alguna muger, por el mismo hecho... (se siguen las penas) ...y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar si quisieran a sus *hijos e hijas* que el *tal matrimonio* contragieren: lo cual ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Cf. Códigos Españoles, Madrid (1872), I, pp. 380-381).

<sup>91</sup> Cf. respectivamente, IV, 1, 10 y IV, 3, 5: Códigos Españoles, Madrid (1872), III, pp. 410 y 425.

<sup>92</sup> Códigos Españoles, Madrid (1872), VI, pp. 7, ss. y pp. 225, ss. (Cf. Ib. I, pp. 308, ss.).

<sup>93</sup> Ordena. de Alcalá, XXI, 2: Códigos Españ. I, p. 458. Ordenanzas Real. de Cast. 5, 4, 1: Códigos Españoles, VI, p. 412.

<sup>94</sup> Códigos Españoles, Madrid (1872), VI, p. 578.

Hay que ponderar bien la psicología de esta ley, porque es primer eslabón de toda la cadena de leyes modernas, que van a ir cayendo sobre nuestro asunto.

La ley no trata directamente de la intervención paterna, sino de la clandestinidad, que entonces constituía una preocupación general. Pero, al hacer a los padres los vengadores (acusadores) del delito, la ley abre las puertas a la confusión de las dos cuestiones. Más: cuando se ha legislado así, es porque en la mente del legislador ya estaban confundidas; también era síntoma de la época, como hemos visto. Por eso, aún superada la cuestión de la clandestinidad, los conatos posteriores por hacer obligatorio el consentimiento paterno se apoyarán aún en esta ley. Esta ley tiene valor de piedra angular nueva, que ya no tiene que ver directamente con las leyes medievales, sancionadoras de las costumbres germánicas para las mujeres; ahora ya tenemos nuevamente emparejados, como en el Derecho Romano, a los varones con las hembras.

En 1548 Carlos V daba un decreto en Absburgo para todo su Imperio, por el que claramente recuerda la necesidad del consentimiento paterno<sup>94</sup>. Ya conocemos la presión hecha por las Potencias seculares en el Concilio Tridentino, a fin de que se impusiera también canónicamente tal consentimiento paterno. De momento todo pareció ceder, ante la inhibición deliberada del Concilio. Pero, llegada la época del Regalismo, al conjuro de la teoría de la distinción entre contrato y sacramento —tan en boga hasta entre eclesiásticos— los reyes encuentran el paso franco, para controlar decididamente este apetecidísimo predio del derecho matrimonial.

En España, nuestro Carlos III, modelo de reyes absolutistas, a la luz de esa falsa teoría, estudia el asunto con su Consejo el 12 de febrero de 1776. De este Consejo sale engendrada su célebre Pragmática sobre el asunto, dada a luz el 23 de marzo y promulgada a las puertas del Real Palacio, entre trompetas y timbales, el 27 del mismo mes de 1776<sup>95</sup>. En adelante, y en su virtud, los hijos y las hijas menores de 25 años, para celebrar sus esponsales, deberán “pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y a falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas respectivamente, y no teniéndolos, de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados o aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores o curadores... (estos últimos) ...con aprobación del Juez Real, e interviniendo su autoridad, si no fuese interesado; y siéndolo, se devolverá esta autoridad al Co-

<sup>94</sup> Cf. *Analecta Juris Pontificii*, T. XII, col. 938: “La liberté de mariage”.

<sup>95</sup> Su texto íntegro puede leerse en *Códigos Españoles*, Madrid (1872), IX, pp. 314-316. Cf. también Amorós, “Discurso...”, p. 50.

regidor o Alcalde mayor realengo más cercano". Para los mayores de 25 años se impone el "consejo". Prescindimos de reseñar las penas; baste decir que cabían dos recursos contra la negación del consentimiento, pero ambos por el fuero real.

Por la serie de apéndices, complementos y explicaciones, que siguieron a la Pragmática, se advierte que constituía *algo nuevo*, pese a sus deseos de viejos contactos. Algunas de las Cédulas Reales dan a entender claramente que la "praxis" de los Tribunales Eclesiásticos no acababa de entrar por las horcas queridas por el Monarca<sup>96</sup>.

Carlos IV, su hijo, por Real Decreto de 10 de abril de 1803, introduce algunas modificaciones, haciendo la siguiente escala:

<i>Necesidad del consentimiento*</i>	<i>Varones</i>	<i>Hembras</i>
Si el permiso lo da el padre .....	hasta los 25 años	23
Si el permiso lo da la madre .....	hasta los 24 años	22
Si lo dan los abuelos .....	hasta los 23 años	21
Si lo dan los tutores o el Juez .....	hasta los 22 años	20

En todo caso, pasando esas edades, los hijos "podrán casarse a su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento"<sup>97</sup>.

*El problema de las Indias.*—En la Península, mal que bien, los deseos de los Monarcas se van acatando. Pero las Indias van a suponer un calvario para nuestros Reyes en su camino regularizador. Es lógico que los primeros pasos de la evangelización sobre el terreno matrimonial tendieran precisamente a liberar a los indígenas de viejas cadenas (familiares y sociales), que oprimían su libertad matrimonial. Así lo refiere el P. Acosta, S. J.<sup>98</sup>. Incluso, la primera actividad legislativa de los Reyes tendió a este fin<sup>99</sup>. Se llegó, pues, a una auténtica psicosis de predicación de libertad, no sólo en el mundo eclesiástico y en el pueblo, sino hasta en el terreno legislativo<sup>100</sup>. Sin embargo, ya una Ordenanza de Carlos el Emperador, renovada por Felipe II y Felipe III, imponen la observancia de la ley de Toro, de una manera general, en las Indias, y ya sabemos la trascendencia que ella tiene para nuestro asunto<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Cf. Códigos Españoles, Madrid (1872), IX, pp. 316-318.

<sup>97</sup> Códigos Españoles, Madrid (1872), IX, p. 319.

<sup>98</sup> De Procuranda Indorum salute, cap. XX. Ed. española (1952). Col. "España Misionera".

<sup>99</sup> Cf. Cedulaario Indiano, de Diego de Encinas: reproducción facsímil de la edic. única de 1596 (Madrid, 1946), Lib. IV, p. 271. Cf. también Política Indiana, de Solórzano. Ed. crit. Madrid (1930), Lib. II, cap. XXIX, n. 39.

<sup>100</sup> Cf. Recopilación de las Leyes de Indias, Madrid (5.ª ed., 1841), Lib. III, tit. 3, L. 32; Lib. VI, tit. I, L. 3 y L. 6; Lib. VI, tit. IX, L. 21.

<sup>101</sup> Recopilación de las Leyes de Indias (ed. cit.), Lib. II, tit. I, L. 2.

En la época de Carlos III y Carlos IV las medidas se van a hacer más concretas. Los primeros Concilios provinciales de Méjico y Lima jamás dicen una palabra sobre necesidad de consentimiento paterno, a pesar de emprenderla contra los matrimonios clandestinos. Más todavía: cuando rozan el terreno de la intervención de los padres en el terreno matrimonial, o de los encomenderos —que se arrogaban los mismos fueros—, es para recalcar la nota de libertad de los contrayentes<sup>100</sup>. Pero la Corte de Madrid no desmayará. Navegando, con más paciencia que Colón, por el vastísimo océano del Archivo General de Indias de Sevilla, he sentido, también como él, la satisfacción del descubrimiento: he podido encontrar unos legajos inéditos, que se refieren al proceso de aprobación regia de dos Concilios provinciales del s. XVIII, el IV de Méjico (de 1771) y el IV de Lima (de 1772). Era lo que me interesaba ver. Pues bien, en uno y otro, el placet regio se condiciona, entre otras cosas, a la introducción en la disciplina conciliar de las disposiciones emanadas de Madrid para el matrimonio de los hijos de familia.

En el *expediente del IV Concilio de Méjico* no aparece el informe de la Junta de Teólogos nombrada por el Rey ni el del Fiscal del reino, pero sí el "Dictamen" que da el Consejo a Su Magestad, después de oír a aquellos, y lo que definitivamente se proveyó, con fecha de 31 de marzo de 1803, y que no fue otra cosa, que la introducción, a la fuerza, como condición para obtener el placet, de la disciplina real sobre los matrimonios de los hijos de familia<sup>101</sup>. En la misma Colección de legajos existen unos folios con "Copia de diferentes resoluciones tomadas por S. M. en varias Reales Células libradas a los Dominios de Indias, que tienen conexión con el Concilio Quarto Provincial Mexicano"; y en lo tocante a nuestro asunto se insiste machaconamente en la necesidad de aplicar las leyes de Madrid.

Por lo que toca al *expediente de aprobación del IV Concilio de Lima*<sup>102</sup>, he podido encontrar el informe de los Teólogos y el del Fiscal. El de aquellos no insiste para nada sobre nuestro asunto —es sintomático—, pero al Fiscal regio no se le iba a ir por alto la falta en el Concilio de las tan deseadas leyes reguladoras de la intervención familiar, y decididamente exige que se tengan en cuenta. Naturalmente, el "Dictamen" definitivo del Consejo mandó que lo fueran tenidas, como condición también para que el Concilio consiguiera el placet de S. M.<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Cf. *Concilios de Méjico: Conc. I Mexic.*, cap. XXXVIII, Colec. Lorenzana, p. 98; *Conc. III Mexic.*, Lib. II, tit. I, par. 17; Lib. II, iti. VI, par. 1; Lib. IV, tit. I, par. 3; Lib. V, tit. XII, par. 8; Colec. Lorenzana, pp. 106, 127, 271 y 325. *Concilios de Lima: Conc. I*, const. XIX y LXI; Colec. Vargas Ugarte, T. I, pp. 17 y 74.

<sup>101</sup> Archivo General de Indias. Sevilla. Méjico. Colec. de legajos, n. 2711.

<sup>102</sup> Archivo General de Indias. Sevilla. Lima. Colec. de legajos, n. 1594.

<sup>103</sup> Este Conc. IV de Lima es colocado VI en la numeración de Vargas Ugarte. Cf. Vargas Ugarte. Concilios Limenses, Tom. I, fol. IX.

Bastan estas breves referencias —no ha querido intercalar textos literales en aras a la brevedad: puede que otra vez vuelva sobre este asunto— para que se comprendan dos cosas: por un lado, la repugnancia que se sentía en los medios eclesiásticos más ajenos a las influencias regalistas a imponer la intervención familiar en el matrimonio; por el otro, la insistencia, casi heroica, de las potestades civiles, por imponerla contra viento y marea.

*Las leyes posteriores a Carlos IV.* La variante, que tan inmediatamente a la Pragmática de Carlos III, introdujo su propio hijo Carlos IV, ya nos está dando a entender, que la legislación regia no se movía ni por un terreno trillado ni por un terreno cómodo. Desde 1803 hasta 1862 hay un largo compás de calma sobre nuestro asunto, impuesto por las trágicas circunstancias histórico-políticas por las que atravesó España. Pero desde el 20 de junio de 1862 —fecha de publicación de la ley de Moyano, de la que hablaremos— hasta nuestros días, la cadena ha vuelto a alargarse eslabón tras eslabón: nueva prueba de inseguridad.

De la Ley de Moyano —así llamada por el autor de su proyecto— tenemos un resumen en el Diccionario de la Administración Española de Martínez Alcubilla (VII, 969). La Ley introduce modificaciones *importantes*. Sujetos activos: padre y, subsidiariamente y por orden, madre, abuelo paterno, abuelo materno (no abuelas) y Junta familiar presidida por el Juez de primera instancia. Límites: 23 años para los varones y 20 para las hembras; si interviene la Junta familiar, 20 para los dos sexos. Vuelve a resucitarse el “consejo” para los mayores de esa edad. Pero lo más importante son dos cosas: desaparece la posibilidad de recurso ante la negativa y ésta no tiene que ser justificada ante los propios hijos. Como se ve, la Ley de Moyano ya no se acuerda de aquellos fundamentos moralizadores, invocados aún por Carlos III. Cayó la máscara piadosa, que justificó al principio la ingerencia, y quedó ésta desnuda, impregnada de un interesado sentido laico. La Ley de Moyano ya no se acuerda del Tridentino, ni del cuarto mandamiento, ni de los pecados y daños para la pública moral. Es una determinación política más; se dividen y subdividen condiciones, como se podían señalar en un terreno puramente patrimonial: Se ha caído en el cepo, como en los tiempos del Derecho Romano más exigente, de creer que la patria potestad puede alargar legítimamente sus tentáculos hasta la misma elección de estado del individuo. Y lo peor del caso será —como veremos— que el mediocre arreglo, que se ha hecho en España después del Concordato, se ha realizado a base de mantener la mentalidad y hasta el esquema de la ley de Moyano, con pequeñas variantes; por eso ha salido, precisamente, tan mediocre.

A la Ley de Moyano tiene que suceder toda una ringle de Reales Ordenes y aclaraciones, que no son del caso analizar, y de las cuales

muchas debían su existencia a dificultades surgidas en el fuero eclesiástico. Después de la célebre ley de 24 de mayo-18 de junio de 1870, imponiendo el matrimonio civil único en España, se dudó mucho sobre si la ley de Moyano —dada para los matrimonios canónicos— continuaba en vigor<sup>106</sup>. Pero la verdad fue que siguió observándose; y hasta una Real Orden de 3 de febrero de 1882 la extendía, con algunas variantes, a los dominios españoles de Cuba y Puerto Rico<sup>107</sup>.

Llegamos con esto al año 1889, el de la Promulgación del vigente *Código Civil*. Su disciplina en nuestro punto, que nos era muy familiar hasta hace poco, se contenía en los artículos 45-50, a los cuales nos remitimos. Ya está caducada, como veremos. A pesar de sus pequeñas variantes con respecto a la Ley de Moyano, es hija directa de ella y conserva todo su espíritu. El mismo hecho de que ya no se nombre la palabra “hijos de familia”, sino sólo se usen los términos “mayor” o “menor” de edad nos está dando a entender sobradamente que el matrimonio se sigue considerando como objeto controlable por la patria potestad.

Después de esto, las cosas cambiaron poco. Únicamente una R. O. de 11 de mayo de 1915 permitía oficialmente, al fin, que el párroco pudiera actuar de Notario en el acta de consentimiento o consejo<sup>108</sup>.

##### 5) *El Concordato de 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado Español.*

La importancia del tema, y el interés que siente la Iglesia por él, quedaron demostrados con la inclusión de la siguiente cláusula en el Protocolo Final del Concordato, en relación con el artículo XXIII del mismo:

Las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores, como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los cánones 1034 y 1035 del Código de Derecho Canónico (A.A.S., XXXV, n. 13-27 Oct. 1953).

Precisamente con ello llegamos al resultado síntesis final de este trabajo. En este punto se dan la mano los dos capítulos. Por eso es preciso hacer ahora lo que dejamos de hacer en el primero: un análisis del padrón, de los dos cánones citados.

El canon 1035 no presenta dificultad, pues establece el principio general conocidísimo: “Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur”. De todos modos, no deja de ser significativa está

<sup>106</sup> *Martínez Alcubilla*, Diccionario de la Adminis. Española, VII, p. 972.

<sup>107</sup> Cf. *Sánchez Román*, Derecho Civil, Madrid (1899), I, p. 440.

<sup>108</sup> *Reseña Eclesiástica*, VII (1915), p. 241.

expresamente buscada alusión a la libertad. Pero los problemas, si los hay, están encerrados en el canon 1034:

*Parochus graviter filiosfamilias minores hortetur ne nuptias ineant, insciis aut rationabiliter invitis parentibus; quod si abnuerint, eorum matrimonio ne assistat, nisi consulto prius loci Ordinario.*

Pocas, o ninguna dificultad, presenta este canon, de “jure condito”. Pero ¿podría considerarse ideal? El canon no se presenta apoyado “ad calcem” en fuentes, que le justifiquen unos aborígenes muy concretos de la disciplina positiva que en él se legisla. En este sentido, lo podemos considerar un canon muy desamparado. Las tres primeras fuentes recuerdan, precisamente, lo que no se dice en el canon, lo que queda entre líneas: la constante tradición de la Iglesia de que este requisito de la intervención paterna no es esencial en el contrato matrimonial. Sólo la última es una referencia a un texto de Benedicto XIV en la Enc. *Nimiam licentiam*, que insinuaba la medida práctica previa, por parte del párroco, de investigar la voluntad de los padres de los contrayentes.

Sin embargo ese desamparo de fuentes jurídicas quizás esté compensado por los precedentes históricos, cuyos vaivenes resultan interesantes en nuestro tema. Hay dos aciertos incuestionables en nuestro canon: la posibilidad de recurso al Ordinario —o mejor, de consulta— en los casos dudosos y el de limitar la cuestión al “*insciis aut rationabiliter invitis parentibus*”. Ambos aciertos se deben a un proceso de maduración histórica. El primero nació jurídicamente en los Concilios postridentinos, dando paso a una fórmula, que había sonado ya bajo las bóvedas de Trento. Pero el segundo ha necesitado todavía de un estadio ulterior. Por la época del Tridentino no se podía soñar todavía con esa justeza de apreciación, de conceder carácter de beligerancia a la voluntad paterna, solamente en el caso de “*insciis aut rationabiliter invitis parentibus*”. Esto es el resultado de tres siglos de literatura canónico-teológica: es Sánchez —superando la oposición de la escuela de Belarmino— y San Alfonso, si bien los más lejanos precedentes están en S. Tomás.

Pero hay un tercer elemento en el canon, que ése sí que no tiene precedentes canónicos propiamente tales. Es la aparición, súbita, de la aplicación de la mayoría y minoría de edad en este asunto. Estamos ante un elemento híbrido. Porque es cierto —y es único botón de muestra— que en el Tridentino se habló de poner un límite de edad (20, 22, 25 años, etc.) al fracasado impedimento dirimente de falta de consentimiento paterno; pero precisamente en el mismo Tridentino se trataba de una híbrida aparición, puesto que salió a flote por presión de las potestades civiles. Por eso, quizás, ni prosperó la idea en el Concilio,

ni se vuelve a resucitar en los concilios postridentinos, ni en la Jurisprudencia, ni en los Pontífices, ni a lo largo de toda la discusión —más de tres siglos— de la literatura canónico-teológica. Los autores que se proponen la cuestión, y que a placer militarán en filas más o menos rigoristas, la plantearán en unos términos moralmente puros: considerando las relaciones que ligan a la paternidad con la filiación, desde la base del Derecho Natural. Según la visión más o menos rigorista de cada uno, deducirán derechos y deberes, pero al margen totalmente de unos datos positivos de días de edad, inventados por el derecho positivo de los pueblos para otros ámbitos jurídicos de regulación igualmente positiva. No hay ninguna nota “ad calcem”, en que pueda descansar este elemento discriminatorio del canon 1034, ni puede haberla: habría que salirse del ámbito del Derecho Canónico para encontrarla. La idea es totalmente civilista: una importación, cuyo nacimiento se verificó —como vimos— en el Derecho Romano posclásico.

¿Merecía la pena esta importación? A mi pobre juicio —y después de haber estudiado el problema en todo su devenir histórico— sinceramente, no.

*Razones:* 1) Las obligaciones que tengan los hijos para con sus padres en este terreno no tienen su raíz en la obediencia (este asunto “non cadit sub oboedientia”, “quia sic (filius) no est sub patre”, “est liberae conditionis”, “est sui juris”, son frases de los canonistas y teólogos clásicos); por lo cual no cuentan en él las alternativas de la potestad dominativa de los padres. Su única raíz son la piedad y el amor debido a los padres. Ahora bien, las obligaciones de la piedad y del amor son constantes, no perecen al extinguirse la potestad dominativa paterna. Si el fin de la obediencia puede coincidir con el fin de la patria potestad, la piedad y el amor la trascienden: lo mismo más acá que más allá de los veintiún años y un día.

2) Hágase un sencillo razonamiento “a contrario” con la letra del canon 1034 y se verá el disparate moral resultante: un mayor de edad podría ser admitido, sin más, por el párroco a la boda, aún “insciis aut rotionabiliter invitis parentibus”. Lo dicho: sería cuestión de un día o de unas horas el que la piedad y el amor pasaran a la reserva. Invito al lector a ojear el comentario del Card. Gasparri sobre este canon<sup>109</sup> y observará como el insigne canonista resbala al pisar sobre la letra del mismo, como sobre un jabón. Por culpa de ella pierde el equilibrio en frases, entre sí contradictorias, como estas: por un lado el matrimonio “insciis aut racionabiliter invitis parentibus” es “insignis

<sup>109</sup> De matrimonio. Ed. Vaticana (1932). Vol. I, cap. II, parr. 6.

contemptus”, “sive filii minores aetate sint, sive majores” (confesión implícita de lo absurdo de la letra del canon); por otro lado (por querer salvarla): “si demum agatur de filiis majoribus, parentibus *rationabiliter* vel *irrationabiliter* invitis, facilius eorum matrimonium licitum erit” (j) ... “cum filiis majores aliquo modo sui juris sint” (no se compone esta afirmación limitativa con los clásicos). Recordemos: no es el mayor o el menor el “sui juris” en este terreno; es la persona humana, como tal, con los años que sea, con tal que esté en funciones de persona humana.

Parece ser que uno de los proyectos de canon 1034 no contenía esta discriminación de edad<sup>110</sup>. Hubiera sido mejor que el canon hablara pura y escuetamente de “filiifamilias”, como siempre había planteado la Iglesia la cuestión, y que no hubiera cedido esta concesión ante el embate civilista.

Fuera de este pequeño fallo teórico (en la práctica no puede haber duda), subsanable por cierto, el canon es el triunfo de la libertad. “Consecre —ha escrito René Metz—<sup>111</sup> l’effort incessant fait par l’Eglise pour soustraire le mariage des enfants au bon vouloir des ascendants”.

Pues bien, éste es el patrón. A él tenía que acomodarse la legislación civil española, por imperativo del Concordato. ¿Qué se ha hecho? Casi cinco años pasaron en el silencio (el tiempo de gestación de este estudio). Al fin salió a luz la *Ley de 24 de abril de 1958* (B. O. E., 25 de abril de 1958, n. 99). Las variantes fundamentales de ésta son: Ya no se exige el “consejo” para los mayores de edad. Las abuelas suceden también en el derecho a conceder la “licencia”, faltando los abuelos. El párroco es ya oficialmente Notario para el acta de consentimiento en los matrimonios canónicos. Puede darse recurso contra la negativa de “licencia”: al Ordinario, en los matrimonios canónicos; y al Presidente de la Audiencia Civil, en los matrimonios civiles. Desaparecen las sanciones penales, que se conminaban en el art. 50 anterior para la contravención de las normas establecidas. Entre los efectos civiles desaparece el de prohibición de donación o testamento entre los cónyuges, quedando los demás.

*Lo que se ha adelantado.* Fundamentalmente sólo en una cosa: en reconocer la posibilidad de recurso contra la negación de “licencia”. Puede añadirse, la mitigación de sanciones.

*Crisis de la Ley de 24 de abril de 1958.*—Cuando el armazón de un edificio tiene un defecto fundamental de construcción, una desviación desde la misma piedra angular, lo que urge, no es un reacomodo ex-

<sup>110</sup> Cf. René Metz: “La protection de la liberté des mineurs dans le droit matrimonial de l’Eglise, en Acta Congressus Internat. Juris Canonici. Roma (1953), p. 179.

<sup>111</sup> “La protection de la liberté des mineurs dans le droit matrimonial de l’Eglise Acta congressus Internat. Juris Canon. Roma (1953), p. 170.

terno de fachadas, sino un desmontamiento íntegro de sus piezas, y un re-comenzar “desde abajo”. Es, precisamente, lo que no se ha hecho aquí. Por eso el nuevo edificio sigue padeciendo importantísimos desplazamientos. Una vulgar radiografía de esta Ley nos dejará ver que lo que se ha hecho es acomodar el mismo esqueleto de la ley de Moyano a la “letra” del canon 1034. De lo cual ha resultado un doble inconveniente. Por un lado se conserva el punto de arranque de Moyano, su espíritu: el matrimonio de los hijos de familia sigue considerándose como un asunto más regulable por la patria potestad; por eso se continúa hablando de “licencia” —el término es todo un mundo—, ni siquiera de “con-sentimiento”; por eso se alarga la cadena de los sujetos activos del derecho intervencionista hasta cuanto se puede alargar la de la patria potestad (no ocurre así en el Derecho Canónico); por eso, sobre todo, se sigue manteniendo, incomprensiblemente, la dictatorial prerrogativa familiar de poder callar los motivos que les llevan a negar la “licencia”<sup>112</sup>. Que la patria potestad no tiene aquí fueros, que los padres no pasan de ser natos “consejeros”, sin otro derecho a imponer su criterio, que el que determinen, no ellos, sino las razones objetivas, externas a ellos mismos, de que sean portadores, y que, en último término, no son objeto de obediencia, sino de reverencia y amor, es cuanto debió beber el legislador civil en el espíritu de los cánones 1034 y 1035 y no lo debió, sencillamente porque prefirió seguir bebiendo en las fuentes de Moyano. Por eso la ley sigue inficionada de falsa patria potestad. Por otro lado, el acomodo de fachadas ha sido tan servil, que la nueva ley, sin tomar mucho de lo bueno de los cánones 1034 y 1035, ha tomado lo único de menos perfecto que había en el canon 1034. Ha quitado la necesidad del consejo para los hijos mayores de edad. Es precisamente a lo que ciertamente están obligados los hijos, en cuanto tales, tengan un año más o menos, por la piedad y el amor: al “consejo”.

### *Doble conclusión jurídica.*

1) Sería de desear que el canon 1034 suprimiera la palabra “minores” y volviera a centrar la cuestión en el término escueto y puro de “filiifamilias”, en el que la Iglesia la centró siempre.

2) Más deseable, aún, es, que oportunamente se trazara un nuevo esquema de ley civil, que armonizara de verdad con la ley canónica —lo de ahora sigue siendo desarmonía de fondo, pese a los retoques de

<sup>112</sup> Según esto, en los casos de duda, la presunción está por los padres en el Derecho Civil. En el Canónico no hay presunción en favor de nadie: se impone la razón, donde ella esté. Obsérvese como podrían darse soluciones distintas en uno y otro fuero.

fachada—. Esta nueva ley tendría que empezar por decir adiós a la ley de Moyano y a sus antecedentes decimonónicos y evitar, como una tentación, inspirarse en ella, en su esquema, en su espíritu. Tendría que deslindar, después, estas dos cuestiones: la libertad personal que asiste a la persona humana para la elección de estado, aún en concreto, la cual no está sujeta a la patria potestad y los efectos de orden civil —patrimoniales, sociales— a que pueda dar lugar esa elección de estado: los cuales acaso puedan ser regulables por la patria potestad, con tal de que ande de por medio la recta razón. Una nueva, sabia, ley podría legislar sensatamente sobre esto, sin tocar en la médula de lo primero. El esquema de la deseada ley —salvo meliori— podría ser: los hijos —simpliciter, sin decir menores ni mayores— mientras vivan sus padres necesitan haber, antes del matrimonio, su “consejo” favorable —la palabra “licencia” a toda costa debe ir al destierro: ya es hora—. Los medios acreditativos pueden ser los que sugiere el art. 48 de la ley de 24 de abril de 1958. Para los hijos legitimados por concesión Real o naturales reconocidos, el consejo lo dan los que lo legitimaron o reconocieron; para los adoptivos, los padres adoptantes; para los demás naturales, la madre. Los padres están siempre obligados, por supuesto, a razonar a sus hijos la negativa. Los casos dudosos serán resueltos por el medio por donde hoy se admite la posibilidad de recurso. A los contraventores de estas normas, como a los que se casaran “*rationabiliter invititis parentibus*” se podrían aplicar los efectos civiles oportunos, a salvo siempre el Derecho Natural y la validez del matrimonio. Aquí, incluso, sí que acaso convendría una distinción entre mayores y menores de edad: aquí cabe esa distinción<sup>113</sup>. El consejo favorable de otras personas, que sustituyen a los padres, sólo se tendría en cuenta para los efectos patrimoniales y en la medida oportuna.

### *Tres conclusiones morales.*

1) Ya hemos visto cómo la necesidad del “consejo” surge del Derecho Natural, como principio general, con obligación “*in genere suo gravis*”, “*nisi ex justa causa*”. Por esto falla la Sentencia de Dicastillo, Tamburini, Sporer y los Salmanticenses<sup>114</sup>, para quienes no existe esta obligación, al menos sub gravi, si los hijos pueden aconsejarse por otro lado. Y falla, por olvidar que, aunque los hijos tengan cubiertas por otro lado sus necesidades, no queda por eso eliminado el Derecho natural de los padres a ser enterados y escuchados.

<sup>113</sup> No soy civilista, pero no me parece mal el art. 50 de la nueva ley de 24 de abril de 1958.

<sup>114</sup> Dicastillo: De Sacramentis, T. III, Tract. X, dub. XVII. Tamburini: Explicationes in decalogum: Lib. V, cap. II, par. III. Sporer: Theologia Moralis, De Sacra. Par. IV, cap. I, sect. II. Salmanticenses: Cursus Theologiae Moralis: T. II, trac. IX, cap. 6, punc. 2.

2) Hemos visto también cómo sólo hay obligación de seguir el dictamen paterno negativo del “con-sentimiento”, cuando éste se apoye en razones objetivas auténticas, y en virtud precisamente de ellas. Por eso falla también la cuestión que se proponen Cappello, Gasparri, Regatillo, y en general los antiguos<sup>115</sup>, sobre a quién deberá atender el hijo, cuando el padre diga una cosa y la madre otra. Suelen responder esos autores: al padre, pues en él reside primariamente la patria potestad. Recordemos una vez más el error de planteamiento: no es cuestión de patria potestad, sino de “justa causa”; habrá que atender —sea quien sea— al portador de la misma. Para que dicha “justa causa” tenga efecto, no debe estar “compensada” por otra igual o mayor en contra, que esté de parte del hijo. En caso de conflicto de prevalencia, la persona a quien se recurra deberá tener presente, que la libertad de elección de estado goza del “favor” de la ley natural.

3) Por el otro extremo —cuando los padres aconsejan un determinado matrimonio— el hijo, por el amor debido a los padres, debe favorecer sus deseos, *en cuanto ello sea posible*: porque la caridad no obliga con grave incomodidad para uno mismo. A la luz de este principio de moral hay que considerar la casuística de los siglos XVII-XIX: Ad alendum patrem, ad componendas familias, ad nobilitatem conservandam vel augendam, etc. Por la misma razón, y *en la misma medida*, el hijo debe evitar el disgusto que venga a sus padres por su matrimonio. En caso de colisión de intereses deben prevalecer los del hijo y nada hay que imputar a ellos formalmente del disgusto paterno. Recuérdense los principios morales que justifican el “voluntarium in causa volitum”. El bien de los padres cede aquí ante el bien de los hijos.

*Punto final:* A todo trance hay que evitar seguir cayendo por más tiempo en la tentación, que ha sido piedra de escándalo para esta cuestión durante tantos siglos: nadie puede anteponer —nadie, excepto la persona interesada, libremente, espontáneamente— ningún interés social —por muy justificado— al valor personal, que la naturaleza —Dios— asignó primariamente al matrimonio.

FRANCISCO GIL DELGADO

Canónigo de la Santa Iglesia Metropolitana de Sevilla

<sup>115</sup> Cappello. Tractatus Canonico-Moralis de Sacramentis, III, n. 191.—Gasparri. De Matrimonio, I, cap. II, pat. 6, n. 194, 4.º.—Regatillo. Jus Sacramentarium, tit. VII, De matrim., n. 1135.