



REACCIÓN DE LA IGLESIA ANTE EL RÉGIMEN PREVISTO PARA LOS ESPONSALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851

LUIS FERNÁNDEZ ESTRADA

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Régimen canónico y civil de los esponsales en 1851. 3. El artículo 47 del Proyecto de 1851, contrario a la legislación canónica. 4. El artículo 47 del Proyecto de 1851, contrario a la jurisdicción eclesiástica en materia de esponsales. 5. Aspecto personal de los esponsales: la obligación de contraer matrimonio. 6. Función social de los esponsales: el noviazgo. 7. Conclusiones.

1. *Introducción*

Es bien conocido de todos el retraso que produce en nuestra codificación civil la llamada «cuestión matrimonial»¹, cuestión que saldrá por fin de la vía muerta en que se encuentra cuando Alonso Martínez y después Francisco Silvela pacten con la Santa Sede la base para regular, dentro del Código Civil español, ambos tipos de matrimonio: el canónico y el civil².

1. Puig Peña calificará la cuestión matrimonial como «la segunda bola negra» del Proyecto de 1851, tras la cuestión foral, que impedirá su entrada en vigor, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, I, Barcelona 1966, pp. 16 y 17.

2. Las negociaciones comenzaron de forma oficiosa el 5 de noviembre de 1881 y terminaron el 8 de marzo de 1887, lo cual da una idea -por el tiempo empleado en negociar la Base- de que ambas partes no la consideraban de segundo orden. Sobre la forma en que se pactó la Base tercera del Código Civil ver FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *El matrimonio en el*

También el tema de los Esponsales es bien conocido de nuestra doctrina hasta el punto de que podría considerarse definitivamente agotado para acometer cualesquiera labores de investigación.

Ello no obstante, la aparición de documentos inéditos es siempre ocasión de incidir en antiguas Instituciones, máxime cuando la calidad de tales documentos permite un enfoque nuevo en materias que -por sabidas- no merecen atención en nuestra época y que sin embargo tuvieron una extraordinaria relevancia en el pasado, explicativa, quizá, de su pervivencia actual en nuestros códigos, siquiera para subrayar su falta de fuerza.

Este trabajo está motivado por la aparición de las observaciones o dictámenes formulados por la Jerarquía eclesiástica al Proyecto de Código Civil español de 1851, cuando sale éste a información pública en virtud de la Real Orden de 12 de julio de 1851.

Tales dictámenes -emitidos por el Tribunal de la Rota, los Obispos de Santiago, Lugo y Tarragona, y Obispos sufragáneos de este último (Barcelona, Gerona, Lérida y Tortosa)- permanecieron desaparecidos durante casi 120 años³ hasta que Lasso Gaité pudo rescatarlos de los legajos sobre codificación civil existentes en el Archivo de la Comisión General de Codificación, dando noticia de ellos en 1970⁴.

El dictamen del Tribunal de la Rota está fechado en 20 de julio de 1852 (Archivo de la Comisión General de Codificación, legajo 13 de Código Civil, carpeta 3); el del Arzobispo de Santiago está fechado en 8 de septiembre de 1852 (igual Archivo anterior, legajo 13 de Código Civil, carpeta 5, documento 1); el dictamen del Obispo de Lugo está fechado en 7 de julio de 1852 (igual archivo anterior, Legajo 13 de Código

Código Civil, en «Ius Canonicum», XXX, 59 (1990), pp. 225-231. Dice aquí Fuenmayor que el argumento central para desbloquear las conversaciones y lograr el consenso entre el Estado y la Santa Sede se logró con una fórmula de tolerancia para el matrimonio civil, que respondió tanto al criterio del artículo 11 de la Constitución de 1876 como al magisterio de León XIII sobre la confesionalidad del Estado y la tolerancia: «León XIII incorpora al acervo doctrinal de la Iglesia la idea o noción de tolerancia civil en materia religiosa, un año después de la fórmula aceptada, el 20 de junio de 1888, en su encíclica 'Libertas'».

3. Ninguno de estos informes se publicó, por lo que debieron extraviarse. Romero Girón afirmó en 1885 que en los Archivos de la Comisión General de Codificación no se encontró ningún informe. ROMERO GIRÓN, *Sobre la Codificación Civil*, en «Revista de los Tribunales», X (1885), p. 338.

4. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, 4, Codificación Civil, II Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid 1970, p. 757.

Civil, carpeta 5, documento 3); el dictamen del Obispo de Tarragona está fechado en 21 de junio de 1852 y en él aparecen las firmas de este Obispo y los de Barcelona, Gerona, Lérida y Tortosa, que le eran sufragáneos (igual Archivo anterior, legajo 13 de Código Civil, carpeta 5, documento 2).

Salvo el dictamen del Tribunal de la Rota, que está dirigido al Nuncio, los demás se dirigen directamente al Ministro de Gracia y Justicia⁵.

Una relación general de los temas tratados en estos dictámenes eclesiásticos la efectuó Crespo de Miguel en 1987⁶.

Nosotros vamos a centrarnos en uno solo de estos temas: los Esponsales. Parangonando estos dictámenes eclesiásticos con la doctrina de nuestros civilistas y canonistas podremos ver que el contenido del artículo 47 -dedicado a los Esponsales- del Proyecto de Código Civil de 1851 constituye un ataque directo e intencionado contra las competencias canónicas en materia de matrimonio, y que, en los términos en que está redactado dicho artículo, no solamente crea una antinomia en el propio Proyecto o ignora la función social de los Esponsales según la moralidad de la época, sino que es nada menos que herético.

Este trabajo narra el combate que sostendrán, de un lado el Tribunal de la Rota y los Obispos tratando de retener en la jurisdicción eclesiástica los esponsales, y, del otro, el más reputado civilista de la época, Don Florencio García Goyena, Presidente de la Comisión que redactó el Proyecto de Código Civil español de 1851 y autor de la más famosa obra de nuestra codificación civil: las «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», en el que pretende justificar el proyecto de 1851.

Veamos cómo se desarrolla este combate y con ello podremos concluir que el sutil argumento empleado por García Goyena para secularizar los Esponsales no pudo tener éxito: el matrimonio -y el pacto

5. Como quiera que estos dictámenes eclesiásticos presentan, unos la forma de cuaderno tamaño folio (Tribunal de la Rota, Obispo de Lugo y Arzobispo de Tarragona y sufragáneos) y otros de cuadernillo tipo cuartilla (Arzobispo de Santiago), para una mejor exposición del tema hemos considerado todos estos dictámenes como unidad, empleando una numeración que va escrita en el ángulo inferior derecho de cada hoja.

6. CRESPO DE MIGUEL, L., *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código Civil español de 1851*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 5 (1987), pp. 659-661.

esponsalicio le pertenece- tendrá una relevancia mayor de la que suponemos en el retraso de nuestro Código Civil.

2. Régimen canónico y civil de los esponsales en 1851

a. Régimen Canónico

La Iglesia venía regulando los Esponsales desde finales del Siglo IV. Cuando sale a información pública el Proyecto de 1851, el régimen canónico de los esponsales está recogido en las Decretales y en las disposiciones del Concilio de Trento. Las principales características de este régimen son las siguientes:

a) Aunque Trento no llegó a ocuparse de los esponsales en forma específica, sí se ocupa del matrimonio, a quien pertenece el pacto esponsalicio. Con carácter general, las causas sobre matrimonios son competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica, en virtud del canon 12 de la Sesión XXIV del Concilio⁷.

b) La legislación canónica no exigía para los esponsales más que la recíproca promesa, mutuamente aceptada, de futuro matrimonio, sin ninguna solemnidad jurídica, fuere para su validez o licitud⁸.

c) Eran válidos los esponsales de impúberes, fueran realizados por sí mismos o por sus padres, en virtud de la mayor fuerza que antes tenía el concepto de patria potestad, derivado de la noción absolutista del pater familias del Derecho Romano⁹.

Ante la facilidad que concedía la legislación canónica para contraerlos, y los abusos que de ello se produjeron, el poder civil intervino exigiendo determinados requisitos de forma en dos Pragmáticas, la primera de Carlos III, en 23 de marzo de 1776, a tenor de la cual era

7. Para Lutero el matrimonio no era un sacramento, se trataba de un contrato que reducía al orden civil y, consecuentemente, no era de la competencia eclesiástica. Quizá por ello, los Padres conciliares dedicaron todas sus fuerzas en reafirmar la sacramentalidad del matrimonio, sin disponer prácticamente nada sobre uno de sus aspectos: los esponsales. Dice así el canon 12 de la Sesión 24 del Concilio de Trento, celebrada en tiempos de Pio IV el 11 de noviembre de 1563: «Si alguno dijere, que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos; sea excomulgado». BRAVO, J., *El Concilio de Trento y el Concordato vigente*, I, establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, Madrid 1887, p. 217.

8. Decretales, Tít. III, De sponsalibus et matrimonio, libr. IV, X.

9. Decretales, Cap. ún., § 2, Tít. II, De despons, impub., Lib. IV in sexto.

necesario para su validez el consentimiento del padre y en su defecto, el de la madre, abuelos por ambas líneas, parientes más cercanos y tutor (Ley 9, Tít. II, Libro X de la Novís.). La segunda es de Carlos IV, en 10 de abril de 1803, a cuyo tenor estaba vedado admitir demandas sobre esponsales en ningún Tribunal -civil o eclesiástico- si no se hubieran prometido por escritura pública (Ley 18, Tít. II, Libro X de la Novís.).

Por los problemas que venían a resolver ambas Pragmáticas en evitación de esponsales clandestinos, fueron aceptadas por la Iglesia en España, iniciándose de esta forma una verdadera costumbre dentro de los Tribunales eclesiásticos españoles. Esta costumbre canónica, exclusivamente española, será extendida por la Santa Sede en 1902 a toda la América Latina a petición de los Obispos de aquellos países por concesión de León XIII¹⁰, y, en 2 de agosto de 1907, el Papa Pío X, por el Decreto *Ne Temere*, desterrará para toda la Iglesia los esponsales clandestinos, confirmando así la praxis canónica española.

b. Régimen civil

En el orden civil la regulación de los esponsales viene recogida en esta época, lógicamente, en la Novísima Recopilación, que los incluirá dentro del Libro X referente a los contratos, obligaciones, testamentos y herencias, dedicándoles junto al matrimonio la totalidad del Título II¹¹.

Dentro de este Título, se refieren a los esponsales las Leyes IX (consentimiento paterno para contraerlos), X (encarga a los Prelados la observancia de la disposición anterior), XI, XII y XIII (necesidad de licencia para contraer los individuos de Colegios, Universidades y Seminarios), XVII (consentimiento que deben pedir los hijos), y XVIII (formalidades de los esponsales).

Veamos la incidencia de esta legislación sobre el artículo 47 del

10. «Interrogada la Santa Sede por los Padres del Concilio de la América Latina sobre si los esponsales, sin el requisito de la escritura pública, según la disciplina española extendida a América por la Iglesia, se anulaban también en el foro interno, respondió por la Sagrada Congregación de Negocios extraordinarios, en noviembre de 1902: praedicta sponsalia pro neutro foro valere». AGUILAR JIMÉNEZ, *Nueva legislación sobre esponsales y matrimonios*, Imprenta de Gómez Fuentenebro, 3ª edición, Madrid 1909, p. 41.

11. Novísima Recopilación de las Leyes de España, Edición Facsimil, Imprenta del B.O.E., Madrid 1976, Tomo V, pp. 9-21.

Proyecto de Código Civil español de 1851, cuando pretenda la supresión de los esponsales tanto en la jurisdicción civil como en la eclesiástica.

3. *El artículo 47 del proyecto de Código civil de 1851, contrario a la legislación canónica*

Son los Esponsales, hasta el Codex de 1917, materia eminentemente canónica y, en la época en que sale a información pública el Proyecto de código civil de 1851, figura de especial predilección para la Iglesia. Dice el Arzobispo de Santiago:

«La Iglesia de todos los tiempos así antiguos como modernos ha visto en los Esponsales de futuro un objeto muy preferente de su jurisdicción y solicitud maternal. Ha fallado en la íntima persuasión de que este era un derecho propio suyo acerca de su valor, su nulidad, su rescisión, sus efectos: lo ha constituido uno de los impedimentos del matrimonio llamado de pública honestidad»¹².

En el mismo sentido añade el Obispo de Lugo: «... y siendo como una preparación y una especie de rito que precede, aunque no de necesidad, al matrimonio, débeseles una consideración más alta que la puramente civil»¹³.

Esta íntima persuasión que tiene la Iglesia de considerar como suyos los Esponsales informará siempre los dictámenes del Tribunal de La Rota y de los Obispos; el primero no cesará de repetir que su dictamen se refiere a aspectos propios de la jurisdicción eclesiástica «por hallarse en el Proyecto *disposiciones tan graves y trascendentales en materias propias de la jurisdicción eclesiástica*, que su silencio sobre ellas podría con razón estimarse digno de censura, o reputarse como señal de aquiescencia o asentimiento»¹⁴.

El derecho canónico, criterio que será mantenido hasta el Codex de

12. Dictamen del Arzobispo de Santiago, p. 96.

13. Dictamen del Obispo de Lugo, p. 141.

14. Dictamen del Tribunal de La Rota, p. 4; el subrayado es del propio Tribunal que en la página 6 vuelve a incidir en el mismo tema: «Limitadas éstas -se refiere a sus propias observaciones- a los puntos *que se rozan con las atribuciones propias de la jurisdicción eclesiástica*, no se ocultará a la alta penetración de V.E. que deben recaer, en su mayor parte, sobre el título 3º del libro 1º en que se consignan las disposiciones que en lo sucesivo han de regir en materia de matrimonio». El subrayado sigue siendo del Tribunal de la Rota.

1917, los regula dentro del matrimonio y, en concreto, entre sus impedimentos.

Derivábase de los Esponsales un doble impedimento: uno impediendo de esponsales y otro dirimente de pública honestidad. Según el primero, ningún esposo podía celebrar lícitamente matrimonio con persona diferente de aquella con quien se había prometido; para el segundo, ninguno de los esposos podía unirse válidamente con los consanguíneos en primer grado del otro en tanto no se hubiesen disuelto legalmente. La naturaleza de este impedimento era semejante a la afinidad que resultaba entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro en el Codex de 1917.

Con una legislación típicamente canónica, recogida en las Decretales y posteriormente en el Concilio de Trento, fueron incorporadas a nuestro derecho civil histórico mediante el trámite del pase regio, de tal manera que la posesión inmemorial de los mismos por la Iglesia tuvo siempre la aquiescencia del poder civil.

Su jurisdicción es también canónica, si bien se otorga a los tribunales civiles competencia para conocer de la indemnización por su incumplimiento. Relegados éstos al aspecto patrimonial del tema, la Iglesia conocía de cualesquiera aspectos relativos a Esponsales según establecía nuestra legislación civil y canónica de la época.

El artículo 47 del Proyecto de código civil de 1851 viene a perturbar este orden por primera vez, Nos dice el T. de la Rota:

«Adviértese *por primera vez* en la historia de la formación de nuestro código legislativo que las leyes civiles que versan sobre el contrato matrimonial se separan de la letra y del espíritu de las disposiciones canónicas, que tratan de las mismas materias. Hasta ahora nuestros legisladores, confesando que entre fieles en el matrimonio es inseparable el contrato del Sacramento a que fué aquél elevado por el Divino Autor de nuestra Religión, no pudieron menos de introducir en sus códigos, bajo el primer concepto, las mismas reglas venerandas que bajo el segundo, había la Iglesia dictado para su recta y administración. Y para no hablar ya del Fuero Real (1) y de las leyes de Toro (2), basta abrir el Código de las Partidas, particularmente la cuarta, para encontrar a cada paso, y sobre todo en el Proemio, en las leyes segunda y séptima del título 10, y en la decimotercera del título 19, el tributo de respeto, que por todas partes se paga a los Sagrados Cánones de la Iglesia y la fidelidad con que son trasladadas *sus prescripciones al cuerpo de nuestras leyes*»¹⁵.

15. Dictamen de La Rota, pp. 7 y ss. Los subrayados son del mismo Tribunal que, en las llamadas (1) y (2) se refiere a las leyes 1, 7, 10, 11 del libro 3º (Fuero Real) y Ley 49

Ciertamente, es la primera vez que nuestros legisladores civiles se apartan en cuestiones matrimoniales de la legislación canónica porque -lo veremos dentro de poco- los Esponsales no son otra cosa que materia matrimonial. Ello no obstante, conviene advertir que el intrusismo estatal ni constituye un hecho aislado ni surge por generación espontánea. La Iglesia sufrirá por parte del Estado todas las acometidas posibles en el s. XIX. Desde el Concordato de 1753 el regalismo estatal tratará por todos los medios de introducirse en los distintos ámbitos eclesiásticos, actividad sólo interrumpida en el breve paréntesis de la Revolución Francesa, quizá por la necesidad de la Corona de atraer hacia sí el clero para detener la corriente revolucionaria, dado el ascendiente de éste sobre el pueblo¹⁶.

Ayudada por el litigio España-Santa Sede ante las reticencias de esta última por reconocer a Isabel II, la actividad regalista acometerá en el segundo cuarto del S. XIX en tres frentes: las personas, los bienes y la legislación de la Iglesia como veremos ahora.

Desde la desamortización de 1835, ¡ese inmenso latrocinio!, que dirá Menéndez Pelayo¹⁷, pasando por los degüellos monásticos y exclaustaciones de 1834 y 1835 con la aquiescencia del Gobierno o cuando menos con su tolerancia, disolución de la Compañía de Jesús y ocupación de sus temporalidades en 1835, destierro de Obispos en las Constituyentes de 1837, hasta el conato de cisma protagonizado por el Ministro de Gracia y Justicia del Gabinete González, José Alonso¹⁸, la Iglesia va a sufrir en sus miembros y patrimonio las dentelladas del Estado.

(Leyes de Toro). La alusión a la separación contrato-sacramento, verdadera clave para entender la cuestión matrimonial dentro del Proyecto de 1851, no la trataremos en este trabajo.

16. CUENCA TORIBIO, *Aproximación a la historia de la Iglesia contemporánea en España*, Rialp, Madrid 1978, p. 18. En el mismo sentido CARCEL ORTI, *Historia de la Iglesia en España*, V, BAC, Madrid 1979, p. 128: «... bajo el pretexto de garantizar las prerrogativas reales se buscaban todas las ocasiones propicias para limitar los derechos de la Santa Sede».

17. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, II, BAC, 3ª edición, Madrid 1978, p. 834.

18. Durante la Regencia esparterista, José Alonso presentó a las Cortes sendos proyectos de Ley (31.VII.1841 y 20.I.1842) por los que se abolía, respectivamente, la jurisdicción eclesiástica ordinaria y se rompían amarras con Roma, quedando en la práctica autónoma la Iglesia española, Las Cortes ni siquiera llegaron a discutirlos.

Ello no obstante, ni el regalismo creciente ni los aires revolucionarios del siglo tratan nunca de atribuirse competencias eclesiásticas en materia sacramental-matrimonial.

El Proyecto de código civil de 1851 sí lo hace, y con excesiva fuerza, invadiendo la legislación matrimonial canónica. Dice el Arzobispo de Santiago comentando el artículo 47 del Proyecto, que trata sobre Esponsales:

«... *si el citado artículo significa que todos los Esponsales habrán de ser nulos y de ningún valor, entonces la ley civil dejaría abolido el impedimento que se llama impidiente, y lo que es más el dirimente de pública honestidad, lo que significaría que los legisladores españoles profesan la doctrina poco ortodoxa de que la Iglesia no tiene derecho propio para poner impedimentos dirimientes del matrimonio, sino que esa potestad le viene de la autoridad civil. Los Obispos no podemos admitir esa doctrina ni tampoco sus consecuencias*»¹⁹.

En realidad, la Iglesia no lo admitió nunca. De entre nuestros autores, solamente Falcón parece desconocerlo y así lo dice al parangonar la Ley de matrimonio civil de 1870 con nuestro Código civil de 1889: «De los requisitos que preceden o pueden preceder al matrimonio, la Ley de 1870 desechó los Esponsales condenándolos en absoluto en su artículo 3º, cualesquiera que sean las formas o solemnidades con que se otorguen. El Código ha confirmado esta misma doctrina en su artículo 43; y la ha confirmado con aplicación igual para el matrimonio canónico y para el matrimonio civil, sin oposición alguna por parte de la Iglesia, no obstante las disposiciones que en contrario consignan las Decretales»²⁰.

19. Dictamen del Arzobispo de Santiago, pág. 85. Como no lo hemos dicho hasta ahora, queremos precisar aquí que los impedimentos dirimientes afectan directamente a la validez del vínculo matrimonial y, por consiguiente, al mismo Sacramento del matrimonio.

20. FALCÓN, M., *El Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, 6ª edición, Barcelona 1901, pp 216-217. Recién publicado el C.C. de 1889 el Arzobispado de Santiago emitió una circular que dice así: «En su virtud, y no obstante la disposición del CC anteriormente citada (el art. 43), mientras otra cosa no se resuelva por la suprema potestad de la Iglesia, en los Tribunales eclesiásticos se admitirán y tramitarán las demandas de esponsales celebradas según el derecho, con tal que se acrediten con escritura pública...». ABELLA, J., *Código Civil Español*, 5ª ed., Madrid 1904/26, p. 57.

Falcón se equivoca y Ferreiro Lago y Pérez González y Alguer se ocupan de corregirle al comentar el artículo 43 del código civil de 1889 que reproduce, si bien con sabor menos regalista, el artículo 47 del Proyecto de 1851.

Para el primero, una cosa es que el Estado legisle y gobierno todo lo referente a los efectos civiles del matrimonio, «y otra esencialmente distinta es que se le haya concedido ni expresa ni tácitamente facultad alguna de derogar cánones, ni de disminuir vínculos ni de reprimir impedimentos, ni de coartar la libertad de los Tribunales eclesiásticos para dirimir o desechar demandas que se relacionen con cualquiera de esos puntos... El código civil vigente distó mucho de ser redactado con el espíritu que animaba a los legisladores de 1870; no sólo no se propuso provocar conflicto de ningún género con la Iglesia, sino que manifestó sin rodeos el respeto que rinde a sus leyes y a su soberanía al concordar con Su Santidad el punto referente a las formas del matrimonio»²¹.

Pérez González y Alguer añaden sobre el mismo tema: «Había que reconocer que, cualquiera que sea la generalidad de expresión del código y la intención que animase a sus autores (revelable quizá por la circunstancia de estar incluido el artículo de la referencia entre las disposiciones aplicables «a las dos formas del matrimonio»), la Iglesia no prestó nunca su asentimiento expreso a la doctrina del artículo 43 y era lógico que no se considerase ligada por ella, en una materia que tan hondamente afectaba al derecho matrimonial, al constituir los esponsales un doble impedimento...»²².

La Iglesia no podía admitirlo por cuanto significaba la pérdida de un impedimento nada menos que dirimente. El artículo 47 del Proyecto de 1851, en los términos en que está redactado, no hace sino colocar a la Iglesia contra la pared. Así, dice el Arzobispo de Santiago:

«El artículo pues en cuestión, crearía para los Obispos tales conflictos que los pondría en la imperiosa necesidad de tener que decir: conviene obedecer a Dios antes que a los hombres porque no podemos dejar de reconocer el impedimento dirimente de pública honestidad que resulta de los esponsales válidos mientras la Iglesia no le alce, ni podríamos cooperar a que se quebrantase la

21. FERREIRO LAGO, *Cuestiones Selectas*, Gaceta del Notariado Español, 43 (1894), p. 468.

22. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER en sus comentarios a la obra de ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, IV-1º, Derecho de Familia, Barcelona 1941, p. 29.

ley moral, la obligación que resulta naturalmente de la promesa de matrimonio»²³

El Obispo de Lugo aprecia también un descuido de los autores del Proyecto, sin duda achacable a la excesiva prisa por suprimir la institución: no prevén éstos unas normas mínimas de derecho transitorio que ofrezcan solución a los Esponsales contraídos y que ahora se declaran inexistentes:

«Entiendo que podrá decirse que de esponsales no puede resultar impedimento sino supuesta su validez; y que lo que hace la ley civil es prohibir tales contratos para lo sucesivo. Pero además de que el no reconocer, el prohibir un contrato, no implica desde luego su nulidad; además de que esto en todo caso no podría perjudicar a los esponsales ya contraídos»²⁴.

Extraña que los autores del Proyecto supriman los esponsales sin preveer los derechos nacidos de su contracción o los problemas graves que siempre deja atrás una figura jurídica a extinguir. Parece que les es fácil suprimir instituciones de una jurisdicción que no es la propia. Basta un plumazo para derrumbar, sin que nada ocurra, una figura con siglos de tradición y evidente arraigo popular como veremos en su momento. Respecto de los problemas que puedan derivarse de su desaparición, como el Proyecto no contempla solución alguna, no sabemos si será la Iglesia o los tribunales civiles los llamados a resolverlos.

No se le ocultan al Obispo de Lugo las consecuencias de todo esto: confusión e inseguridad de las conciencias: «Siendo el matrimonio una materia tan delicada en sí misma, la duda sola sobre su validez es un mal de inmensa trascendencia que a todo trance debe evitar el legislador»²⁵.

Los problemas gravísimos de conciencia que produciría la abolición de un impedimento dirimente por parte del legislador civil se les escapan

23. Dictamen del Arzobispo de Santiago, p. 86. DEL VISO se pronuncia en términos enormemente parecidos: «El nuevo código no reconoce esponsales de futuro, y manda que no se admitan demandas sobre ellos, ni en los tribunales civiles ni en los eclesiásticos, pero como la Iglesia tiene establecido que los esponsales, además de ser un impedimento impediendo produzcan otro dirimente, llamado de pública honestidad, ..., debemos decir que, aunque se aprobase el referido artículo, no se puede alterar lo dispuesto por la Iglesia en cuanto al efecto expresado». DEL VISO, S., *Lecciones elementales de derecho civil*, I, 4ª edición, Valencia 1879, p. 59.

24. Dictamen del Obispo de Lugo, p. 141.

25. *Ibidem*, p. 141.

a los autores del Proyecto de 1851. Cuántos fieles no se sentirían violentamente turbados en sus conciencias ante la posibilidad de un matrimonio inválido, al ser contraído sin que la Iglesia le dispense previamente del impedimento dirimente de pública honestidad, ilícitamente abolido por el legislador civil que carece de competencias para regular esta materia. El ejemplo más claro lo tenemos en los Obispos que se adhirieron al Decreto de 5 de septiembre de 1799, dictado 50 años antes del Proyecto de Código Civil de 1851 e inspirado por el Primer Secretario de Estado, Mariano Luis de Urquijo, promulgado por Sede Vacante a la muerte de Pío VI. A tenor del mismo, varios de los Prelados españoles se apropiaron de la reserva romana de dispensas de impedimentos dirimentes. La actividad de estos Obispos dispensando impedimentos reservados al Papa provocó enormes problemas en la conciencia de los fieles ante la anomalía de sus matrimonios inválidos²⁶.

En la discusión parlamentaria de nuestro código civil de 1889, el Conde de Canga Argüelles recordaba la imperiosa necesidad de concordia entre la Iglesia y el Estado al regular el matrimonio precisamente por estos motivos:

«... para todos los españoles una de las bases fundamentales de nuestro Estado es la paz y concordia en que se vive, evitando cuestiones gravísimas de conciencia que perturban hondamente y son generadoras de gravísimos y deplorables trastornos»²⁷.

Ni la prudencia que encierran estas palabras, ni la enseñanza de experiencias regalistas anteriores fueron previstas por los autores del Proyecto, que prefirieron eliminar una figura sobre la que no ejercían jurisdicción.

Aunque pudiera parecer que en el tratamiento de los esponsales hubo buena fe, limitándose los autores del Proyecto a suprimirlos por la animadversión que les producía la figura y sin calibrar los posibles problemas que nacerían de ello, podemos afirmar que el artículo 47 del

26. Sobre la génesis y problemas de conciencia, junto con su resolución, que provocó el Decreto de Mariano Luis de Urquijo existe todo un libro dedicado al tema y escrito por Luis Sierra, *La reacción del Episcopado español ante los decretos de matrimonios del Ministro Urquijo, 1799 a 1813*, Ediciones Estudios de Deusto, Bilbao 1964.

27. *Discusión parlamentaria del código civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889*, Revista de los Tribunales, Centro editorial de Gón-gora, Madrid 1891, p. 61.

Proyecto de código civil de 1851 constituye un ataque frontal e intencionado contra las competencias canónicas en materia matrimonial: el impedimento dirimente de pública honestidad era demasiado importante como para que nuestros legisladores de 1851 ignoraran su íntima relación con los esponsales.

Y decimos que hubo mala fe por dos razones. La primera, porque podían haber adoptado el sistema del Código de Napoleón -del que eran buenos conocedores y admiradores- no pronunciándose sobre ellos, ignorándolos. Al suprimir de la legislación civil los esponsales, no invadían la legislación canónica²⁸.

La segunda razón la tenemos en que, poco antes de que saliera a información pública el Proyecto de código civil, se había firmado el Concordato de 1851 en cuyo articulado se recoge el mantenimiento por la Iglesia de sus derechos y prerrogativas «según disponen los sagrados cánones», como veremos más adelante. Desde luego, conociendo el contenido del Concordato, que viene a poner paz en las relaciones Iglesia-Estado tras un período turbulento, los autores del Proyecto no pueden pretender otra cosa, al regular los esponsales en el artículo 47, que un ataque deliberado contra la legislación de la Iglesia en materia matrimonial.

De hecho, ni la Ley de Matrimonio Civil de 1870 ni el código civil de 1889 dieron a los Esponsales el mismo tratamiento que el Proyecto de 1851 al negar que obligaran al matrimonio, con lo que no hacen sino repetir una praxis secular de la Iglesia como probaremos en su momento.

28. Aunque se hubiera copiado el tratamiento que el C. de Napoleón daba a los esponsales, muy posiblemente hubiera sucedido en España lo que nos dice ROSSINYOL ESTRUCH que ocurrió en Francia: «El Código de Napoleón había silenciado por completo la promesa esponsalicia, pero su silencio no aplacó lo que era costumbre multiseccular en el pueblo, lo que hizo que al breve tiempo se encontraran los tribunales civiles franceses con un buen número de causas esponsalicias. No podían rechazarlas de antemano bajo el pretexto que no era de relevancia jurídica la promesa de matrimonio en el Código, pues una conducta de tal índole no hubiera servido sino para dar pie a grandes injusticias que pedían solución. ... Los problemas que se crearon en Francia sirvieron a los legisladores de los demás países para no caer en tal lamentable laguna». ROSSINYOL ESTRUCH, J.M.^a, *La doctrina de los esponsales en el derecho canónico y civil*. Tesis Doctoral inédita. Universidad de Navarra, Facultad de Derecho Canónico, Pamplona 1977, p. 107.

4. *El proyecto de Código civil de 1851, contrario a la jurisdicción eclesiástica en materia de esponsales*

En el Siglo XIX los esponsales eran atraídos a la Jurisdicción eclesiástica por las disposiciones del Concilio de Trento, convertidas en ley del Reino por Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novís. I, 1, 13) -concretamente en el canon 12 de la Sesión 24- y por las Decretales. Estas últimas no exigieron para su validez y efectos canónicos solemnidad ni forma alguna, «bastando a este objeto que el compromiso no adoleciera de ningún vicio sustancial en los demás contratos consensuales»²⁹.

Indudablemente, la carencia de forma dio lugar a problemas sobre su validez y desde luego produjo abusos³⁰. El poder civil, queriendo evitar unos y otros y visto que la Iglesia no modificaba su legislación, exigió determinados requisitos de forma en dos Pragmáticas, una de 23 de marzo de 1776 y otra de 10 de abril de 1803³¹. Según la primera, los menores de edad debían solicitar consentimiento paterno para celebrarlos. La segunda, por su importancia, conviene la transcribamos aquí:

«... En ningún Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas, según los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales o mixtos, sino como puramente civiles».

Estos requisitos de forma exigidos por la Novísima Recopilación, si bien en principio no afectaban a la jurisdicción eclesiástica, puesto que se refieren a una materia suya sobre la que se legisla sin consideración a la

29. DE ORUE-REMENTERÍA, F., *¿Los esponsales producen obligación de contraer matrimonio según el Codex Iuris Canonici?*, «Revista de Derecho Privado», VII, p. 163. En el mismo sentido FERRERES, J.B., *Los esponsales y el matrimonio según la novísima disciplina*, Administración de Razón y Fe, Madrid 1911, p. 34.

30. Ya desde muy antiguo se habían dejado sentir en España los dañosos efectos de los esponsales privados, FERRERES nos recuerda las súplicas de los Procuradores de las Cortes de Castilla en 1579, 1586 y 1588 a Felipe II sobre estos inconvenientes, contestando el Rey en la última haberse escrito ya a Su Santidad, FERRERES, J.B. *op. cit.*, pp. 22-24. Para FALCÓN: «Lo que ha hecho más antipático el esponsal, no ha sido el pacto en sí mismo, sino las facilidades que para otorgarlo concedieron nuestras leyes, y las perturbaciones que llevó en la mayor parte de los casos al hogar de las familias», FALCÓN, M., *El derecho civil español, común y foral*, I, 6ª edición, Barcelona 1901, p. 161.

31. Ley 9, Tít. II, Lib. X, Novís. y Ley 18, Tít. II, Lib. X, Novís.

misma y al derecho canónico, son aceptados por la Iglesia de tal manera que, como dice Marti Miralles: «Por más que esta Pragmática -se refiere a la de 10 de abril de 1803- por sí sola, no habría podido haber tenido eficacia práctica en el orden del derecho canónico, antes al contrario, en cuanto lo intentaba constituía una intrusión del poder real en la disciplina de la Iglesia, sucedió que, sino por lo que tenía de autoridad en el orden canónico, por lo que tenía de racional, y por los inconvenientes que venía a evitar, fue en España admitida como norma jurídica por todas las curias eclesiásticas, viniendo a ganar la fuerza y la sanción del derecho consuetudinario, y por ella vinieron a tenerse por nulos en España los esponsales que no se celebrasen en escritura pública»³². Más concreto Fuenmayor: «La Pragmática fue observada por los tribunales eclesiásticos españoles con tal fidelidad que bien puede hablarse de un derecho canónico particular de naturaleza consuetudinaria»³³.

Esta aquiescencia de la Iglesia, sólo en relación a la forma de los esponsales, no se extiende al fondo según el cual los tribunales eclesiásticos continuaban conociendo de los mismos como materia propia de su competencia; referidas ambas Pragmáticas a la forma de celebración no sacrificaban la jurisdicción eclesiástica. Dice el Obispo de Lugo:

«No se me oculta que los gobiernos temporales han intervenido y legislado frecuentemente así sobre este punto, como sobre el matrimonio mismo; pero o lo han hecho apoyando y corroborando lo mismo que establecían los cánones, o han tratado únicamente de los efectos civiles, y salva la autoridad eclesiástica»³⁴.

Para el Arzobispo de Santiago el artículo 47 del Proyecto de 1851 sacrifica la Jurisdicción de la Iglesia:

32. MARTI MIRALLES, *La nueva ley sobre esponsales y sobre matrimonio*, Revista Jurídica de Cataluña, XIV, p. 377. En el mismo sentido FERRERES: «se fue introduciendo la práctica de considerar como nulos los esponsales privados en todos los tribunales eclesiásticos españoles». FERRERES, J.B., *op. cit.*, p. 36.

33. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Comentarios al código civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, II, Colección dirigida por ALBALADEJO, p. 29. Aunque en la edición de este libro que hemos manejado -la primera de todas- aparece el nombre de SANCHO REBULLIDA como autor de la exégesis de los dos artículos sobre esponsales, esto se debe a un error de imprenta. Su verdadero autor es Don Amadeo de Fuenmayor, como así me lo indicó hace ahora poco más de diez años. Ignoro si en sucesivas ediciones de este tomo se ha corregido el error.

34. Dictamen del Obispo de Lugo, p. 141.

«Si esto quiere decir que la ley civil no prestará su apoyo para que se cumpla la promesa, podría la Iglesia tolerarlo, aunque no sería muy conforme esta disposición a la protección que debe dispensarla la autoridad civil. Pero el prohibir absolutamente a los jueces eclesiásticos que admitan demandas sobre esponsales, sería borrar de una plumada la legislación canónica sobre la materia...»³⁵.

La Iglesia no admitió jamás que su legislación y jurisdicción canónicas quedaran borrados de un plumazo regalista. No nos parece veraz García Goyena al enfrentarse a la jurisdicción eclesiástica con su «hagámoslo franca y noblemente»³⁶ y tampoco entendemos a qué puede referirse cuando dice que el artículo 47 del Proyecto de 1851 «corta estos gravísimos inconvenientes así como la delicada cuestión del hecho y del derecho en cuanto a la competencia del conocimiento»³⁷.

¿A qué delicada cuestión se refiere?. Ya hemos dicho en otra parte que la jurisdicción sobre esponsales era doble: los tribunales de la Iglesia conocían del aspecto personal (obligación de contraer matrimonio) y los ordinarios del patrimonial (indemnización por el incumplimiento de la promesa).

A la Iglesia le interesa el primer aspecto por su vinculación profunda con el derecho matrimonial y por ser materia sacramental; no interesándole los asuntos temporales que genera la promesa se los cede a la jurisdicción ordinaria. Todo ello es bien conocido de nuestros autores.

Para Bravo: «De esta reclamación de perjuicios entiende el juez seglar: capítulos X y XVII de Sponsalibus, ley 7, tit. I, Partida IV»³⁸.

Para Sánchez Román: «A los tribunales eclesiásticos corresponde el conocimiento de las causas de esponsales, sobre su eficacia y rescisión; pero todo lo que signifique consecuencias económicas de indemnización de daños y perjuicios, restitución de bienes, antes entregados en con-

35. Dictamen del Arzobispo de Santiago, p. 84.

36. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid 1852, al cuidado de la cátedra de derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza 1974, p. 281.

37. GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 29.

38. BRAVO, J., *El Concilio de Trento y el Concordato vigente*, I, Madrid 1887, p. 211. En realidad no nos hace falta citar autor alguno: BRAVO nos recuerda que el tema está recogido explícitamente en Las Partidas.

cepto de dotes, donaciones esponsalicias, etc., corresponde su conocimiento a la jurisdicción ordinaria»³⁹.

Para del Viso: «... por parte del juez secular serán el condenarle, si fuere esposo, a indemnizar a la esposa de los perjuicios que se le siguieren por esta causa, y a haber de perder las donaciones y arras que hubiere dado o restituir dobladas las que hubiere recibido...»⁴⁰.

Nuestro derecho histórico había, por así decirlo, repartido el juego entre ambas jurisdicciones. Existía un equilibrio armónico, ¿Porqué pretende ahora García Goyena destruirlo creando un problema de competencia que no existe?. Para destruir los efectos del pacto esponsalicio no hacía falta que invocara el principio de unidad de jurisdicción y sin embargo lo hace, innecesariamente, como si quisiera aportar un argumento definitivo para su secularización.

Siempre dispuesta a negociar con el Estado las materias de mutuo interés, preocupa a la Iglesia la forma poco ortodoxa que se emplea esta vez para tratar un tema de recíproca competencia. Tradicionalmente se acude al Concordato; con el Proyecto de 1851 no es así; se le priva de una institución intrínsecamente suya sin siquiera preaviso. Recordando el derecho canónico esponsalicio y la posesión inmemorial sobre el mismo nos dice el Arzobispo de Tarragona:

«Sin embargo, se la declara caída de esta y de aquel, de una sola plumada, sin proponerla antes el cambio que va a hacerse, sin darla siquiera la audiencia previa que la posesión menos calificada y que tenga por objeto negocios de muy poco o ningún interés exige en opinión de todo el mundo para su revocación. Se hace más aún, se la manda decisivamente como a un súbdito cualquiera...»⁴¹.

No es la Iglesia en esta época una persona cualquiera, reconociéndose por el Estado su carácter de sociedad superior y perfecta. Todas las Constituciones de España en la primera mitad del S. XIX reconocen la confesionalidad del Estado. Así, la Constitución de Bayona de 6 de julio de 1808 (art. 1º), la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 (art.

39. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, IV, 2ª edición, Madrid 1889, p. 473.

40. DEL VISO, S., *Lecciones elementales de derecho civil*, I, 4ª edición, Valencia 1879, p. 61.

41. Dictamen del Arzobispo de Tarragona, p. 97.

12), la Constitución de 18 de junio de 1837 (art. 11) y la Constitución isabelina de 23 de mayo de 1845 (art. 11).

Pero aún hay más. Existe un Concordato, de 16 de marzo de 1851, firmado por los plenipotenciarios de Pío IX y de Isabel II, al que se llega después de muchos años de relación tensa Iglesia-Estado, que resulta impugnado por el artículo 47 del Proyecto de 1851. Para el Arzobispo de Santiago:

«... prohibir absolutamente a los jueces eclesiásticos que admitan demandas sobre esponsales... sería contrariar el primer artículo del Concordato que dice que la Religión Católica se conservará siempre en España con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los ss. cánones, sería atacar la libertad eclesiástica consignada en el artículo cuarto del mismo Concordato»⁴².

Las relaciones Iglesia-Estado en general y las incidencias recíprocas de la legislación canónica y de la civil tuvieron siempre en España un cauce legal: o bien la primera se convierte en legislación civil mediante el trámite del pase regio o bien se conviene un Concordato. Pero, desde luego, impugnar un Concordato, recientemente firmado, por una mera ley formal como iba a ser el Proyecto de código civil de 1851 demuestra un evidente error político o bien un deseo claro de enfrentamiento con la Iglesia. Lo que no podemos admitir es que los autores del Proyecto desconocieran la existencia del Concordato.

La redacción del Proyecto nos ofrece también una antinomia en la redacción de su artículo 48. Dice éste: «El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica admitidos en España». A este respecto nos dice el Obispo de Lugo:

«Sabido es que conforme a estos sagrados cánones, no sólo está prohibido a los que han otorgado esponsales contraer con otra persona cualquiera; sino que lo verificasen con los consanguíneos respectivos en primer grado, el matrimonio no subsiste. Supongamos pues que se presenta al ministro de la Iglesia uno de éstos casos: ¿despreciará el impedimento de esponsales y bendecirá

42. Dictamen del Arzobispo de Santiago, p. 85. Dicen los arts. 1 y 4 del Concordato de 1851: ART. 1º: «La religión Católica, Apostólica y romana que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la Nación Española, se conservará siempre en los dominios de S.M. Católica... según la Ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones». ART. 4º: «En todas las demás cosas que pertenecen al derecho y ejercicio de la autoridad eclesiástica y al ministerio de las Órdenes Sagradas, los Obispos y el clero dependiente de ellos gozarán de la plena libertad que establecen los sagrados cánones».

un matrimonio ilegítimo, nulo, por cuanto media la justicia de pública honestidad? Entonces el matrimonio no se celebra según disponen los cánones, ¿Negaráse por el contrario a asistir a él? Pero los tribunales le compelerán y condenarán, una vez que la ley no reconoce tal impedimento»⁴³.

Hemos visto cómo la Iglesia admitió las Pragmáticas de Carlos III y Carlos IV por los problemas que vino a resolver y no por su valor, nulo, ante la jurisdicción de la Iglesia. Dichas Pragmáticas respetaban el funcionamiento y jurisdicción de los tribunales eclesiásticos⁴⁴ limitándose a revestir de forma solemne los esponsales. Los autores del Proyecto no sólo invaden esa jurisdicción sino que violan un Concordato al que se llega tras muchos años de tensiones entre la Iglesia y el poder civil. Y producen confusión entre los propios jueces eclesiásticos al crear antinomia entre lo que es una Ley superior de aplicación en todos los dominios del Estado y una ley formal en que iba a convertirse el Proyecto de código civil.

5. *Aspecto personal de los esponsales: la obligación de contraer matrimonio*

Califica García Goyena los esponsales como contrarios a la libertad con que ha de ser contraído el matrimonio:

«Eran también opuestos a la plena libertad de los matrimonios. Contra el desposado renuente no podían, según derecho canónico, emplearse más que amonestaciones, y al fin las censuras, «Pero como éstas sean el último auxilio de que deba valerse la jurisdicción espiritual, fué indispensable el establecimiento de la cárcel: la que, llegando a ser de excesiva duración influirá en el

43. Dictamen del Obispo de Lugo, p. 140.

44. Ambas Pragmáticas no secularizan los esponsales como pretende MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado*, II, 5ª edición, Madrid 1899, p. 74), La medida del poder civil ya hemos dicho que pretendía paliar los abusos e inconvenientes de los esponsales clandestinos, exigiendo determinados requisitos de forma y respetando la jurisdicción de la Iglesia, motivo por el que fueron aceptadas por ésta. Por la misma razón estamos en desacuerdo con MANRESA cuando afirma: «No es el Código civil el primer cuerpo de leyes que borra con precepto terminante la eficacia de los esponsales. Ya la Ley 18, Título II, Libro X de las recopiladas, vedaba admitir demandas sobre cumplimiento de esponsales a no estar otorgadas por personas hábiles para contraer por sí mismas, constando la estipulación en escritura pública». MANRESA Y NAVARRO, J.Mª, *Comentarios al código civil español*, I, Instituto Editorial Reus, 6ª edición, Madrid 1943, p. 331.

ánimo, y vendrá a influir al que sufra la carcelería (por redimirla) a fingir un casamiento, que solo puede preservarle de ella».

»... Nuestro artículo 47 corta estos gravísimos inconvenientes, como la delicada cuestión del hecho y del derecho en cuanto a la competencia del conocimiento y los recursos de fuerza de que habla el mismo autor»⁴⁵.

Este comentario no se ajusta a la verdad en la España de la época, como veremos seguidamente, ni en el resto del orbe católico por la lenidad de la Iglesia a forzar los matrimonios.

A diferencia del derecho romano, el derecho canónico concedió una acción dirigida a la celebración del matrimonio que llegó a ser derecho común con el nombre de «*actio matrimonialis*»⁴⁶. Esta acción era exigible en los dos fueros, interno y externo. En el primero constituía obligación grave, de conciencia, de contraer matrimonio. Dice el Arzobispo de Santiago:

«Se trata de una promesa hecha y aceptada mutuamente entre un hombre y una mujer sobre una cosa lícita y honesta, promesa que produce una obligación moral, una obligación de justicia, y su infracción cuando se hace sin causa legítima, es un pecado delante de Dios»⁴⁷.

En el fuero externo la obligación de contraer matrimonio era exigible ante los tribunales eclesiásticos como materia propia de su jurisdicción. Nos interesa a nosotros precisamente en el fuero externo.

La efectividad de la «*actio matrimonialis*» se debatía entre dos principios contradictorios, uno teórico y otro práctico. Para el primero, tomado de la Decretal *Ex Litteris* de Alejandro III y posteriormente reflejado en Las Partidas, el desposado renuente sin justa causa podía ser forzado a la celebración del matrimonio: «*Quatenus si hos tibi constiterit, eum moneas: et si non acquieverit monitis ecclesiastica censura compellas, ut ipsam nisi rationabilis causa obstaterit in uxorem recipiat et maritali affectione pertracter*»⁴⁸.

El principio opuesto por el que se regirá la praxis de la Iglesia está tomado de otra Decretal, la *Requisivit*, del inmediato sucesor de

45. GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 29. En la llamada (1) está citando a ELIZONDO en su *Práctica Universal*.

46. ENNECERUS, *op. cit.*, p. 26.

47. Arzobispo de Santiago: Dictamen, p. 84.

48. ALEJANDRO III, *Pictaviensi Episcopo*: C. 9, Com. I, De Sponsalibus, IV, 17 = C. 10, X, h. t., IV, 1.

Alejandro: Lucio III. Sus razones son de una prudencia manifiesta: «Sponsurqui fidem data sine justa causa recusat adimplere, monendum est potius quom cogendus, siquidem coacta matrimonia tristes ac infelices exitus habere solent»⁴⁹. En la práctica -dice Fuenmayor- durante siglos se observará más bien este segundo criterio, lo que llevará a Ferraris a hablar de una «pia ac laudabilis praxis Ecclesiae»⁵⁰.

Esta praxis secular, acogida finalmente en el Código de Derecho Canónico de 1917 es bien conocida de los autores:

Para Enneccerus: «... la Iglesia no admitió que la sentencia por la que se reconocía la celebración del matrimonio se llevase a ejecución mediante cópula forzosa. Se limitaba a forzar la voluntad de los prometidos infieles a su promesa mediante la imposición de penas espirituales y, si esto no daba resultado, el infractor venía obligado a indemnizar»⁵¹.

Para Sánchez Román: «... la obligación de realizar el matrimonio proyectado; pero esto es puramente teórico, pues ni la legislación civil, ni la canónica, ni los tribunales civiles, ni los eclesiásticos han considerado que debían condenar al estricto cumplimiento de esta obligación de casarse contra la voluntad de cualquiera de los contrayentes»⁵².

Para Vilaplana Jove: «En la práctica ni es fácil que se reclame el cumplimiento de tal obligación ni es probable que los tribunales la concedieran: los civiles por prohibirlo la ley, los eclesiásticos porque se atenderían a la Decretal de Lucio III, c. 17 monenda est potius quam cogenda y a la respuesta negativa que acostumbra a dar la Sagrada Congregación al preguntarle an sit locus coactioni in casu»⁵³.

Para Marti Miralles: «... si en el foro interno y de la conciencia es indiscutible, en el externo o del derecho canónico es de una eficacia muy dudosa, ya que según la Decretal de Lucio III...»⁵⁴.

Para Del Viso: ...; pero los tristes e infelices resultados que puedan producirse siempre serán un obstáculo para usar desde luego los medios

49. LUCIO III, Rapalensi Episcopo: C. 17, X, De Sponsalibus et Matrimonio, IV, 1.

50. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Comentarios al CC*. Citada, p. 26.

51. ENNECCERUS, *op. cit.*, p. 26.

52. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 471.

53. VILAPLANA JOVE, *Legislación eclesiástica, civil, militar, penal y procesal sobre esponsales, matrimonio, legitimaciones y divorcio*, p. 26

54. MARTI MIRALLES, *La nueva ley sobre esponsales y sobre matrimonio*, «Revista Jurídica de Cataluña», XIV, p. 379.

de coacción, debiendo más bien usarse de las amonestaciones, como sabiamente respondió el Papa Lucio III...»⁵⁵.

Para Bravo: «... si la persona a quien se condena a llevar a efecto los esponsales, casándose con la persona con quien lo contrajo, se niega a cumplir dicha sentencia, se le persuade por medios suaves y consejos prudentes a su cumplimiento; mas si persistiera en la negativa, no se les debe impulsar de modo que obre más por violencia que por consentimiento; pues siendo esencial al matrimonio la unión de los ánimos, repugna el que haya coacción, y será más conveniente que deje de celebrarse, que el que se haga contra la voluntad de los contrayentes. En lo cual se han fundado las leyes y los cánones...»⁵⁶.

Para Orue-Remetería: «... realmente no faltaron motivos sobrados al legislador eclesiástico para denegar en absoluto acciones o demandas sobre cumplimiento de esponsales válidos y conculcados sin causa bastante para excusarse del mismo, prescindiendo así de la obligación moral, parécenos que al juez eclesiástico menos práctico y al canonista medianamente leído en la jurisprudencia matrimonial se le adivinan, tales como la mayor libertad de los matrimonios, precaver el mal éxito de los mismos con las consecuencias de los divorcios y graves escándalos públicos, causas bastante grandes para que se sacrifique indirecta y permisivamente el bien particular de los esposos defraudados al público, de las uniones legítimas de matrimonios pacíficos y duraderos»⁵⁷.

Para Ferreiro Lago: «... es la verdad que desde esa época -la de Lucio III- la Iglesia tendió a obrar con gran mesura y lenidad, y que en la práctica a ninguno de los esposos se les obliga con imposición de censura a contraer matrimonio, hasta por el mismo interés del esposo abandonado»⁵⁸.

Para Valverde: «La misma Iglesia, que ha procurado siempre dar la conveniente seriedad a estas promesas, desde el Papa Lucio III, dispuso, que en caso de resistencia a celebrar el matrimonio prometido, más bien sean amonestados que obligados los esposos...»⁵⁹.

55. DEL VISO, S., *op. cit.*, p. 61.

56. BRAVO, J.Ç, *op. cit.* p. 210.

57. ORUE-REMENTERÍA, *op. cit.*, p. 161.

58. FERREIRO LAGO, *op. cit.*, p. 467.

59. VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español*, IV, Derecho de Familia, 2ª edición, Valladolid 1921, p. 75.

Para Manresa, hablándonos de Cataluña a mediados del S. XVI: «Vieronse patentes en el Principado las consecuencias de los esponsales, cuya eficacia fue combatida hasta el punto de que en las causas referentes a ellos seguidas en la curia eclesiástica del Obispado de Cataluña, la apelación interpuesta no tenía éxito contra el fallo favorable a la libertad»⁶⁰.

Incluso la Exposición de Motivos de la Ley de Matrimonio Civil cita a Lucio III y reconoce la jurisprudencia eclesiástica que de él deriva en materia de esponsales⁶¹. Así, aunque la letra de la Ley mostraba dureza, la conducta de la Iglesia era muy diferente en la práctica.

A la vista de toda esta doctrina referida a una praxis que García Goyena no desconoce, no se entiende porqué menciona la pena de cárcel como medio de constreñir al matrimonio, citando a Elizondo en su «Práctica Universal». Se nos ocurre hacer un doble razonamiento:

— García Goyena reconoce también, en sus comentarios al artículo 47 del Proyecto, los medios limitados -a penas espirituales- de la Iglesia para constreñir al matrimonio. Luego la alusión que hace de la pena de cárcel solo es aplicable a los tribunales ordinarios que -de ser cierto lo que dice en las «Concordancias...»- seguirían privando de libertad por causa de esponsales. En este caso, lo racional hubiera sido privar a los tribunales ordinarios de una sanción de tal naturaleza; pero nunca privar a los tribunales eclesiásticos de una competencia propia por los errores cometidos en otra jurisdicción o por el rigor de la misma.

— Pero aún hay más. La Pragmática de 19 de abril de 1803 considera los esponsales, ante las dos jurisdicciones civil y eclesiástica, no como materia criminal o mixta (criminal y civil) sino como «asuntos puramente civiles». Es decir, la Novísima Recopilación había abolido la

60. MANRESA y NAVARRO, J.M^a, *op. cit.*, p. 331.

61. *Leyes provisionales del matrimonio y del registro civil*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 3ª edición oficial, Madrid 1870, pp. 19-20. Decía aquí MONTERO RÍOS, entonces Ministro de Gracia y Justicia, en la Exposición de Motivos: «La omnimoda libertad de que deben gozar los cónyuges al prestar su consentimiento en el acto solemne de la celebración del matrimonio, no consiente el rigorismo legal de la obligación que procede de la promesa anterior de celebrarlo, porque esa obligación, si fuera absoluta, vendría a ser la negación de la libertad del contrayente en el momento de constituirse el vínculo. Por eso dijo el Pontífice Lucio III: *Sponsus qui fidem datam sine justa causa recusat adimplere monendus est potius quam cogendus*; si quidem coacta matrimonia tristes ac infelices exitus habere solent. Y en esta misma consideración, sin duda se ha inspirado la jurisprudencia eclesiástica al facilitar la disolución de los esponsales, multiplicando las causas que a ella puedan dar motivo».

cárcel en materia esponsalicia casi cincuenta años antes de la aparición del proyecto de código civil de 1851. Extraña no solamente la mención que hace García Goyena de una pena ya extinta, sino también el hecho de ser éste el único argumento que emplea para considerar los esponsales como opuestos a la libertad de los matrimonios, ¿es que acaso desconocía la existencia de dicha Pragmática?. Imposible, puesto que la cita como una de las concordancias del artículo 47 del Proyecto.

Parece más bien como si, aceptando el juego de palabras que le brinda la letra de la tan repetida Pragmática, desvirtuara el «asuntos puramente civiles» de su acepción correcta (pérdida del carácter penal que en épocas anteriores y por ciertas curias se había dado para forzar al matrimonio) por otra acepción tan falsa como peligrosa: asuntos «puramente civiles» significa que los esponsales son materia civil, sometida a la legislación y tribunales del Estado, suprimible a voluntad del legislador; secularizada en una palabra. Nada más lejos de la letra y espíritu de la Novísima Recopilación que entrega la competencia en materia esponsalicia a los tribunales y jurisdicción eclesiástica, reconociéndola como suya y limitándose a imponerla ciertos requisitos de forma que, aunque nulos intrínsecamente por proceder de jurisdicción diferente, son aceptados por la Iglesia ante los problemas graves que viene a resolver proscribiendo los esponsales clandestinos.

Esta segunda acepción plantea un problema gravísimo que el tribunal de La Rota quiere recordarnos:

«Mas esta proposición, trasladada aquí al pié de la letra, es la 58 de las del Sínodo de Pistoya condenada por la bula *Autorem Fidei* de la Santidad de Pio VI con las notas de falsa, lesiva de los derechos de la Iglesia en cuanto a los efectos que nacen de los esponsales por virtud de las leyes canónicas, y derogatoria de la disciplina eclesiástica: y esa Bula está admitida y mandada observar en España con todas las severas conminaciones que contiene la Ley 33, Tít., 1º, Lib, 1º de la Novísima Recopilación. Juzgue ahora V.E. si el art. 47 del proyecto de código civil puede admitirse a formar parte de las leyes de esta nación eminentemente católica»⁶².

El art. 47 del Proyecto no solamente se opone a lo que es nuestro derecho histórico civil y canónico, sino que el trato dado a los esponsales en el mismo es nada menos que herético.

62. Dictamen del tribunal de La Rota, p. 41.

Aunque no creyéramos en un primer momento que los autores del Proyecto de 1851 tuvieran intenciones cismáticas al regular los esponsales, no tenemos más remedio que concluir en este sentido. Dice García Goyena:

Benedicto XIV, citado por Elizondo en su Tomo 7, página 191, dice: «Las causas escitadas sobre la validez de los esponsales, ó sobre el derecho de los divorcios en cuanto á la mutua cohabitación, corresponden al eclesiástico, solo por aquel respeto que tienen al matrimonio». Es, pues, inmensa, palmaria y reconocida por todos la diferencia y distancia entre éstas y las de nulidad, en que se ataca la subsistencia misma del Sacramento; ¿Lo hay por ventura en los esponsales? ¿Y no queda todavía en pie después del divorcio?»⁶³.

García Goyena utiliza aquí un argumento sutilísimo para justificar tanto la regulación civil de los esponsales como la del divorcio: ni los esponsales ni el divorcio afectan al vínculo matrimonial, esto es, al Sacramento. Así, el Sacramento debe continuar en la Jurisdicción de la Iglesia y lo que es el contrato debe pasar al poder del legislador civil.

Este argumento no es válido respecto a los esponsales por su carácter de impedimento dirimente que afectará directamente a la validez del vínculo matrimonial, hasta ser abolido en el Codex de 1917.

Pero además, García Goyena pretende someter la totalidad del régimen matrimonial a la jurisdicción civil, y así lo dice en el primero de los catorce Apéndices que intercala en sus «Concordancias»:

«¿Puede la autoridad temporal separar el contrato y el sacramento, y arreglar enteramente el matrimonio bajo el primer aspecto por las leyes civiles?

»La historia y legislación de todos los pueblos cristianos, incluso el Español, nos suministran pruebas de que la potestad temporal ejerció durante varios siglos este derecho magestático, imprescriptible, inalienable; y no hay escritor imparcial y de sano juicio que no reconozca hoy este mismo derecho en los Príncipes y Gefes supremos de la Sociedad, á pesar de su desprendimiento tácito ó espreso, porque la sociedad civil no puede desprenderse para siempre de su poder legislativo en materia de contratos, ú otra alguna profana: yo no puedo creer que se ponga hoy seriamente en duda un derecho que se nos ha inculcado en las escuelas bajo el poder absoluto, y la terrible vigilancia de la Inquisición.

63. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, citado, p. 283.

»Podríamos, pues, haber invocado y hecho revivir este derecho sin queja, ó al menos sin agravio de la autoridad eclesiástica: si no lo habemos hecho, ha sido debido a consideraciones políticas y de mera conveniencia pública»⁶⁴.

Aunque este párrafo está dedicado al artículo 75 del Proyecto, que atrae a la Jurisdicción ordinaria la competencia para conocer del divorcio, debemos subrayar que García Goyena está calificando aquí de absoluto el derecho del legislador civil para regular -como suyo- nada menos que la totalidad del matrimonio.

Cuando menos es sincero al reconocer que si todavía no se ha hecho de un plumazo regalista ha sido por simples motivos de conveniencia política⁶⁵.

6. *Función social de los esponsales: el noviazgo*

Para Enneccerus son esponsales «tanto el convenio de futuro matrimonio entre un hombre y una mujer como la relación producida por este convenio (el 'noviazgo')»⁶⁶.

Cuando sale a información pública el Proyecto de código civil de 1851 los esponsales desempeñan socialmente un papel importante: constituyen el noviazgo. Dice del Viso al referirnos las razones que justifican la utilidad de los esponsales:

«Entre ellas merece una particular atención el haberse de procurar que los jóvenes no se empeñen con precipitación en celebrar el matrimonio que, siendo una sociedad indisoluble, produciría funestas consecuencias si antes no estaban unidos los corazones por el afecto; y ningún medio más propio que los esponsales, con los que, en el tiempo que media hasta la celebración del matrimonio, podrán conocer mutuamente los contrayentes sus hábitos, inclinaciones y costumbres y deliberar con premeditación si les es conveniente»⁶⁷.

64. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, citado, pp. 281-282.

65. Se acababa de firmar con la Santa Sede el Concordato de 1851.

66. ENNECCERUS, *op. cit.*, p. 24. Es curioso que sólo éste autor incluya lo que es el noviazgo en el concepto mismo de esponsales cuando los demás autores, si bien identifican ambos conceptos, no nombran expresamente el noviazgo.

67. DEL VISO, S., *op. cit.*, p. 58. También BONET RAMÓN, (*Compendio de derecho civil*, 4, Editorial RDP, Derecho de Familia, Madrid 1960, p. 76) nos dice que no puede negarse su posible función constitutiva de las relaciones conyugales.

En el mismo sentido dice Puig Brutau: «... el matrimonio no es un acto o contrato que se celebre sin que le preceda un tiempo de preparación, el tiempo en que los contrayentes están prometidos en matrimonio»⁶⁸.

Defensores y detractores están de acuerdo al menos en su uso general. Gutiérrez, que sigue a García Goyena en la necesidad de suprimirlos -si bien es más prudente al ver que se trata de materia eclesiástica-, nos dice: «La simple promesa de matrimonio, con ser de uso general, no por eso es indispensable» y «De estos juicios, que ocurren más de una vez, conocen los tribunales eclesiásticos»⁶⁹.

Más explícito del Viso al hablar de los requisitos que preceden al matrimonio:

«Empezando por el primer requisito, que es el de los esponsales, debemos advertir que si se atiende al modo como han de celebrarse en España para que puedan producir efecto en el fuero interno, no siempre preceden al matrimonio, por no ser muy frecuente que se escribiera esta promesa... (se refiere a la Pragmática de 10 de abril de 1803, Novís., cuando exige la escritura pública como requisito de forma de los esponsales)... pero si se atiende a la esencia de dicha promesa, entonces hemos de decir que siempre precede, por no poder darse caso alguno en que sin haber mediado pacto de casarse se presenten las personas a recibir el sacramento del matrimonio»⁷⁰.

68. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV, I, Bosch, Barcelona, p. 47. También en este sentido ROSSINYOL ESTRUCH, «...sirven los esponsales al mayor conocimiento mutuo de los esposos y a la preparación para la unión matrimonial, perpetua e indisoluble, evitándose precipitaciones y matrimonios infelices» (*op. cit.*, p. 9). También en el mismo sentido dice AGILAR JIMÉNEZ (*Nueva legislación sobre esponsales y matrimonios*, Imprenta de Gómez Fuentenebro, 3ª edición, Madrid 1909, p. 45): «La Santa Iglesia ha procurado siempre que las resoluciones generadoras de estados permanentes de la vida, que tan gran influencia han de tener en orden a la salvación eterna, no sean tomadas sin la preparación necesaria. Al instituir, pues, con este objeto el noviciado para la vida religiosa, como los esponsales para el matrimonio, no puede por menos que trabajar por el mantenimiento de estas instituciones suyas, tan sabias con convenientes».

69. GUTIÉRREZ, B., *Código ó Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, I, Librería de Sánchez, 2ª edición, Madrid 1868, pp. 222 y 226

70. DEL VISO, S., *op. cit.*, p. 58. También ORTEGA PARDO [*La ruptura de esponsales en el derecho español vigente*, RGLJ (enero 1945), p. 1] nos recuerda que en otros tiempos «precedían casi sin excepción al matrimonio». En el mismo sentido MARINA ENCABO [*Esponsales en Marruecos*, RCDI, XXIV (1953), p. 651]: «Todo matrimonio válido ha de ir precedido necesariamente de un contrato esponsalicio. En efecto, ¿cómo puede ser normal-

A diferencia de nuestra época, en el S. XIX se impone una moral de honor. Si los hijos cometen actos deshonorosos, los padres quedan socialmente descalificados. Es una moral colectiva donde lo que fundamenta la propia estimación y lo realmente importante es lo que piensa el grupo de ti y no lo que pienses tú mismo. Nos dice Gutiérrez: «Los esponsales, tal y como hoy se celebran, crean un compromiso de honor, y si por fuerza no se impone a nadie un matrimonio, digna es de respeto la palabra solemnemente empeñada: el que se retracta sin causa razonable, el remitente temerario debe permanecer en soltería interín no obtenga el asentimiento o el perdón de la parte abandonada»⁷¹.

Dado el estado de moralidad de la época, los novios formalizan socialmente sus relaciones como tales a través de los esponsales, con lo que se hace constar la seriedad del propósito de contraer matrimonio y además se legitima -se hace lícito socialmente- el trato interpersonal de los novios y su mutuo conocimiento. Ni los padres entregan de cualquier manera a sus hijos para que se relacionen y conozcan, ni el noviazgo carece de forma alguna. Las inclinaciones del corazón sólo tienen un cauce socialmente reconocido: los esponsales. Nos dice Gutiérrez:

«La delicada atención que la Iglesia concede a nuestras necesidades aprobó y mantiene hasta el día los esponsales, que de algún modo legitiman las inclinaciones del corazón sin detrimento del principio de moralidad»⁷².

Los esponsales constituyen en definitiva, y no en su carácter formal sino en su esencia, el noviazgo mismo y la moral social hace que no exista matrimonio sin que previamente los novios se conozcan a través de los esponsales-noviazgo.

Así está la cuestión en el orden social cuando sale a información pública el Proyecto de código civil de 1851, y cuando no duda García Goyena de calificar los esponsales de funestos a la moral, como veremos más adelante. ¿Cuál es la reacción de la Iglesia precisamente en esta esfera moral y social?. Solamente el Arzobispo de Tarragona enfoca los esponsales desde este prisma. En su dictamen, al ponderar las poderosas

mente contraído un matrimonio sin que una de las partes solicite ser unida en matrimonio a la otra, sin que ésta acepte la solicitud, sin que se hagan mutua promesa de casarse?

71. GUTIÉRREZ, B., *op. cit.*, p. 226.

72. GUTIÉRREZ, B., *op. cit.*, p. 229.

razones que durante tantos siglos los generalizaron a todas las clases y todos los individuos, nos dice:

«Pues bien, no dudamos decirlo, la situación moral de los pueblos en su inmensa mayoría es la misma a corta diferencia ahora que entonces. La clase agrícola casi sin escepción, y de las otras todos aquellos miembros que más se rozan y simpatizan con ella son todavía ahora profundamente religiosos, sinceramente adictos a la Iglesia, fieles a sus deberes morales, llenos de respeto por todo cuanto sea sacramento o se refiera de un modo u otro a él. Si la España cuenta quince millones de ciudadanos, puede asegurarse que para los doce las circunstancias en esta parte son las mismas absolutamente que eran dos, tres y aún más siglos atrás: celebraban generalmente esponsales, y su celebración no ofrece ningún género de inconveniente. Si para la totalidad del pueblo español estaban los esponsales antiguamente fundados en razón y justicia, si eran útiles pública y privadamente, lo son del mismo modo ahora para doce de los quince millones que cuenta. Causas de variación o modificación no puede haberlas sino para el círculo que comprende los tres millones restantes, y aún no todavía para todos éstos sino para una pequeña fracción de los mismos porque muchos, muchísimos de entre ellos no lo celebran, y de los que lo celebran realmente una gran parte debe suponerse que no hará de ellos sino un uso prudente, el mismo precisamente a que están destinados».

El Arzobispo de Tarragona concluye su dictamen con unas palabras muy fuertes:

«Los autores del Proyecto no han podido dar en ese desvío sino porque no han tomado en cuenta, como así por desgracia sucede muy a menudo, sino a la sociedad que han visto más de cerca, y toda la restante o bien la han medido por ella no obstante estar en diametral oposición suya, o bien la han dejado absolutamente desatendida»⁷³.

El Prelado no fanfarronea al autorizarse como concededor del estado de moralidad en la España de la época, permitiéndose incluso el dar cifras. Las palabras del Arzobispo de Tarragona, fueron olvidadas veinte años más tarde por los legisladores de 1869 al crear el matrimonio civil obligatorio. En su presentación a las Cortes se decía:

73. ARZOBISPO DE TARRAGONA, Dictamen, pp. 99-101. ALONSO MARTINEZ nos dice prácticamente lo mismo al hablar de la desviación de los principios de la moral y del derecho en la familia; «También las costumbres se corrompen en los pueblos civilizados, siendo muy de notar que, por lo común, las altas clases, las más ilustradas y ricas son, por desgracia, las más corrompidas». ALONSO MARTÍNEZ, M., *La Familia*, Memoria leída en la Academia de ciencias morales y políticas. Imprenta de Don Juan Aguado, Madrid 1872, p. 69.

«Entrando en la organización de la familia española, había más dificultades que vencer, supuesta la nueva vida fundamental política en que ha entrado el país, la organización que hasta aquí tuvo el mismo bajo la ley de unidad religiosa y el movimiento de tránsito solemne desde un sistema que vivía al abrigo de unas leyes seculares al de otro que, sentido por la conciencia pública como aspiración, no se ha traducido como hecho legal hasta el actual orden de cosas»⁷⁴.

Lo que realmente sentía la conciencia pública y lo que de verdad pasó con la aplicación del matrimonio civil obligatorio nos lo cuenta Silvela: «La mayoría inmensa de los ciudadanos viven a los ojos de la ley en concubinato... y que la mayoría de los españoles fueran al cabo de una generación hijos naturales»⁷⁵.

74. LASSO GAITE, J.F., *ob. cit.*, II, p. 497. Proyecto de ley del Libro I del código civil, presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro ANTONIO ROMERO ORTIZ.

75. SILVELA, F., Artículos, discursos, conferencias y cartas reunidos y anotados por Félix Llanos Torriglia, I, Madrid 1922, p. 197. En el mismo sentido se pronuncian LASSO GAITE y FALCÓN. Para el primero: «La oposición ofrecida en la prensa y ambiente social fué muy grande. Era demasiado radical la innovación de negar efectos civiles al matrimonio canónico de un plumazo, en un país de costumbres religiosas arraigadas. Valga por muchos el testimonio contemporáneo de Antequera, historiador del derecho y Secretario de la Comisión de Codificación: «Cuántos disgustos y conflictos produjo esta Ley y cómo vino a traer la perturbación y la alarma al seno de las familias, lo saben todos nuestros lectores» (70). Como la mentalidad del país no cambió por las declaraciones laicistas de la Constitución, pese al respeto que la Ley tenía para la doctrina de la Iglesia, encontró gran resistencia práctica por ser contraria a las creencias populares más arraigadas» (LASSO GAITE, J.F., *op. cit.*, I, pp. 347-348). Para FALCÓN: «Si la Ley de 1870, en su art. 2º, no hubiera negado efectos civiles al matrimonio canónico, imponiendo forzosamente a los católicos la forma del contrato, creada exclusivamente para los disidentes, la ley hubiera pasado sin protesta de nadie. Pero la ley ofendió con su espíritu nivelador los sentimientos piadosos de la inmensa mayoría de los españoles... Aquella imposición del legislador halló también en el pueblo una resistencia pasiva, de resultados más funestos, si cabe, que la protesta enérgica del Episcopado. El pueblo y el clero se negaron a obedecerla» (FALCÓN, M., *El derecho civil español, común y foral*, I, 6ª edición, Barcelona 1901, p. 215). Las razones de todo ello las atribuye CANGA ARGÜELLES a ALONSO MARTÍNEZ: «Pues bien, estudiando el estado social de España, yo he obtenido el siguiente resultado, que por fortuna coincide con la opinión del Sr. Azcárate, y es que no hay una dama española (oidlo bien) que se crea bien casada si no recibe las bendiciones de la Iglesia; que apenas hay un padre, y mucho menos una madre, que entregue su hija a un hombre, como no se comprometa a conducirla al altar. La sociedad misma, en esa sanción que presta a los actos de los asociados, y que consiste en dar o en retirar la estimación, parece que se desdénia o se desvía del que siendo español y católico, se casa sin esas formalidades, sin considerar el matrimonio como sacramento'. Esto es del digno antecesor del Sr. Canalejas, del Sr. Alonso Martínez» (*Discusión Parlamentaria del C.C.* Citada, p. 65).

No se equivoca el Arzobispo de Tarragona al juzgar de la situación moral de España ni al otorgar a los esponsales un profundo valor moral y social, y no podemos convenir con Mucius Scaevola que esta figura, desde la Novísima Recopilación, hubiera perdido su importancia, «y desde entonces, no respondiendo ya a los sentimientos de la época, ni a necesidad social alguna, van siendo dados al olvido, y si tienen vida en la ley, de hecho carecen de ella»⁷⁶. Por supuesto que respondían a una necesidad social. Los esponsales, lo hemos visto anteriormente, tienen importancia grande en el orden moral y social de la época, son de uso general por el pueblo y no son materia indisoluble y sin solución. Los autores del Proyecto de 1851 no quieren reconocer los medios que nuestro derecho histórico, civil y canónico, ofrece para corregir sus defectos y, pretendiendo suprimir sus inconvenientes -eso es lo que dicen-, lo que hacen es suprimir una institución de enorme arraigo popular y no sólo de la legislación civil sino de la canónica, donde carecen de autoridad para entrar e imponer.

Dice García Goyena: «Los esponsales de futuro eran las mas veces tan funestos a la moral como contrarios a la santidad del matrimonio y a la libertad con que debe ser contraído. En manos de un seductor hábil eran un arma para combatir la virtud de una joven apasionada o de inferiores circunstancias: en las de una mujer artera e hipócrita de pudor eran un lazo para enredar a un hombre locamente enamorado: más de una vez, los padres y tutores los empleaban para asegurar sus combinaciones de interés, de ambición o vanidad, comprometiendo anticipadamente a sus hijos o menores»⁷⁷.

Este comentario del autor de las «Concordancias...» al artículo 47 del Proyecto de 1851, comentario de indudable éxito entre nuestros autores⁷⁸, y salvando la diferencia entre ley y práctica canónica que vimos en otra parte, encierra en realidad un viejo recurso para intervenir cualquier asunto que nos sea ajeno: decir lo mal que lo hacen los otros y pretender nosotros hacerlo mejor. Basta que una institución eclesiástica

76. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 74.

77. GARCÍA GOYENA, *op. cit.* p. 28.

78. Prácticamente sus mismas palabras son citadas, entre otros, por GUTIÉRREZ (*op. cit.*, p. 229), MANRESA (*op. cit.*, p. 331), NAVARRO AMANDI (*Código Civil reformado*, I, Madrid 1889, p. 85), EDUARDO DATO (Revista de los Tribunales, Tomo 43, 1908) y VALVERDE (*op. cit.*, p. 73), si bien este último al citarlas no muestra su conformidad.

tenga incidencia en el orden civil o social, produzca algún perjuicio o se derive de ella algún abuso para que el regalismo estatal pida su abrogación o bien hacerla propia para regularla a su gusto. No se piensa que sea de otra jurisdicción que no le pertenezca, los beneficios que pueda reportar o el uso general que se haga de ellos. Además, ¿Qué institución jurídica no presenta inconvenientes o no se presta al fraude y al abuso?. Seductores existirán siempre, con y sin esponsales, y más con el paulatino descrédito a la fidelidad a la palabra dada.

Es también poco consecuente García Goyena cuando afirma que los padres y tutores comprometían anticipadamente a sus hijos o menores buscando combinaciones de interés. Señala Gutiérrez que «... a la cuenta fueron más frecuentes los abusos por los caprichos de los hijos»⁷⁹. Nuestra legislación histórica había, además, recogido el derecho de los hijos a contraer matrimonio en libertad, previendo precisamente los abusos de los padres. Así la pragmática ya citada de Carlos III de 23 de marzo de 1776 en la cual:

«7... es junto precaber al mismo tiempo el abuso y exceso en que puedan incurrir los padres y parientes, en agravio y perjuicio del arbitrio y libertad que tienen los hijos para la elección de estado á que su vocación llama, y en caso de ser el de matrimonio, para que no se les obligue ni precise á casarse con persona determinada contra su voluntad...

»8. Y habiendo considerado los gravísimos perjuicios temporales y espirituales, que resultan a la República civil y cristiana de impedirse los matrimonios justos y honestos, ó de celebrarse sin la debida libertad y recíproco afecto de los contrayentes; declaro y mando, que los padres, abuelos, deudos, tutores y curadores en su respectivo caso deban precisamente prestar su consentimiento, si no tuvieren justa y racional causa para negarlo, como lo sería si el tal matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia, ó perjudicase al Estado'»⁸⁰.

Por lo demás no son los esponsales institución indisoluble, a diferencia del matrimonio, y sin embargo García Goyena exige en el artículo 51 del Proyecto de código civil de 1851 el consentimiento paterno para que los menores de edad puedan contraer matrimonio. En este sentido aduce, entre otras razones, que: «El matrimonio es entre

79. GUTIÉRREZ, B., *op. cit.*, p. 227. Sobre el mismo tema añade: «La irreflexión de la edad y de la pasión es más temible que la autoridad de los años dulcificada por el cariño».

80. Ley 9, tít. II, Libro X de la Novísima Recopilación.

todas las acciones humanas la más interesante, y casi decisiva de la felicidad o desdicha de la vida: debe, pues, rodeársele de todas las precauciones posibles, puesto que el error o desacierto, una vez cometido es irreparable⁸¹.

Es obvio que más graves combinaciones de interés o ambición pueden urdir los padres y tutores en el matrimonio -por indisoluble- que en los esponsales, y no por ello suprime el consentimiento paterno del primero, al contrario, lo que hace es robustecer la autoridad paterna como medida importantísima de prudencia. De ser consecuente con los comentarios que da a los esponsales debería exigir que también a la celebración del matrimonio concurriesen, exclusivamente, mayores de edad⁸².

Otra incongruencia sobre esto mismo lo tenemos en el artículo 1.241 del Proyecto de 1851 a tenor del cual los menores pueden otorgar capitulaciones matrimoniales con tal que concurran las personas que hayan de otorgar su consentimiento para la validez del matrimonio, ¿Porqué ese rechazo a que en los esponsales suceda otro tanto?. Dicen Pérez González y Castán al comentar el art. 44 del código civil de 1889 «... porque si el matrimonio requiere la asistencia de la persona que suple la capacidad del menor, también se ha de requerir esta asistencia para los esponsales como contrato preparatorio del matrimonio, pues los esponsales en cuanto tales no pueden obligar ni siquiera en hipótesis cuando se contraen a solas por aquel a quien está prohibido el matrimonio sin obtener la licencia de la persona llamada a dárselo»⁸³.

Al final, los autores de nuestro código civil de 1889 recogerán en sus artículos 43 y 44 la tradición de la Iglesia respecto de los esponsales. Por

81. GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 32. También VALVERDE (*op. cit.*, p. 80) es de la misma opinión: «La poca experiencia de los que se casan, si se trata de menores de edad, y la exaltación de las pasiones en esta época de la vida, son causas más que suficientes para que sea necesaria la licencia de los padres». Más adelante (p. 82), citando a PLANIOL, dice que es una medida de prudencia social el exigir que los menores de edad no puedan casarse sin el consentimiento de los padres.

82. Por ello estamos en desacuerdo con PUIG PEÑA (*op. cit.*, p. 51) cuando afirma, parangonando el Codex de 1917 con el trato dado a los esponsales en el Código civil de 1889: «Siguiendo un curioso paralelismo con nuestra legislación privada positiva, viene ahora el Código de Derecho canónico a admitir fundamentalmente lo preceptuado en nuestro Ordenamiento civil, por lo que si éste antes no resultaba correcto ni lícito en relación con los esponsales canónicos, ahora, por la similitud de doctrina, tiene plena validez el contenido de la Sección referente a las dos formas de matrimonio». No es la Iglesia quien sigue a la legislación civil sino que será esta quien siga la praxis secular canónica.

83. ENNECERUS, *op. cit.*, p. 39.

un lado, negando que obliguen al matrimonio. Por otro, robusteciendo la autoridad paterna al fundamentar la acción para resarcimiento por incumplimiento de esponsales, exigiendo en el caso de menores, que estuvieran asistidos en el momento de contraerlos por persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio.

7. Conclusiones

La argumentación de los autores del Proyecto de Código Civil de 1851 no nos parece convincente. Los esponsales no son funestos a la moral: dados los términos con que ésta se manifiesta en el S. XIX constituyen la única forma de noviazgo que no atenta al principio de moralidad existente en la época. Tampoco se oponen a la plena libertad de los matrimonios: la Novísima Recopilación había desterrado el uso de la cárcel, y antes que ella la praxis de la Iglesia denegaba sistemáticamente la celebración de matrimonios por cópula forzosa. Por último, respecto de lo que García Goyena denomina la delicada cuestión respecto del hecho y del derecho en cuanto a la competencia del conocimiento, no existió tampoco problema alguno. La Iglesia, cuya legislación matrimonial fue siempre aceptada y reconocida por el Estado, no planteó cuestión alguna a las Pragmáticas de 1776 y 1803 ante los problemas que venían a resolver proscribiendo los esponsales clandestinos. Por lo demás, dichas Pragmáticas respetaban la jurisdicción canónica: los tribunales eclesiásticos conocían del aspecto personal del tema y los ordinarios del patrimonial.

Dice García Goyena en el Prólogo a sus «Concordancias...»: «Porque conviene que se sepa que una de las principales bases adoptadas por la Comisión General, fué 'no innovar sino por necesidad, ó evidente utilidad'»⁸⁴.

Dice también el Arzobispo de Tarragona, que parece haberle leído: «La máxima fundamental de jurisprudencia es que para la introducción de un derecho nuevo y mucho más si fuere derogatorio de otro antiguo debe concurrir ó una evidente utilidad ó una urgente necesidad, ¿Y

84. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, citado, p. XIV.

dónde están aquí o aquella utilidad evidente o esta necesidad urgente para la variación que se proyecta?»⁸⁵.

¿Cuáles son, nos preguntamos también nosotros, las verdaderas razones de los autores del Proyecto de 1851 para suprimir los esponsales en su artículo 47?. El buen olfato del Tribunal de La Rota y del Obispo de Lugo nos lo desvelan. Para el primero:

«El artículo, tal como se halla en el código, equivale a una proposición que dijera: los esponsales propiamente dichos contienen un acto meramente civil que dispone a la celebración del matrimonio, y por lo tanto está en todo sujeto a las disposiciones de las leyes civiles»⁸⁶. Para el segundo: «Menester es en todo caso no perder de vista que es tan alto, tan grave, tan vital todo cuanto se refiere al Matrimonio, fundamento de la familia, y por tanto del orden social; que tocarlo de cualquier modo no puede menos de acarrear peligros y daños trascendentales á la sociedad y á la familia. Salvado el principio de la competencia, y puesta una vez la mano sobre un punto, seguirán gobiernos tras gobiernos, leyes tras leyes; y el Matrimonio vendrá a ser, no lo que quiso su divino Autor, no mucho menos de lo que dispuso nuestro señor Jesucristo cuando le elevó a la dignidad de Sacramento; sino un contrato humano cualquiera, sugeto a todas las vicisitudes, opiniones y veleidades de los hombres»⁸⁷.

La Rota ve el tema con claridad: secularización. El Obispo de Lugo ve la forma de conseguirlo; poner una primera cuña que permita secularizar progresivamente el matrimonio. Esta primera cuña son los esponsales. Los autores del Proyecto de 1851 tienen el propósito de someter toda la materia matrimonial al ámbito civil como años atrás había hecho el Code de Napoleón, y lo llevan a efecto en varios frentes⁸⁸ quizá porque saben que no todas sus proposiciones van a tener éxito. Parece como si dijeran: lancemos varias andanadas que alguna dará en el blanco permitiéndonos abrir alguna brecha que más adelante nos ayude a cruzar otras puertas. Quieren suprimir con tanta celeridad los esponsales que lo hacen mal: violan un Concordato, olvidan la confesionalidad del Estado y con ello el respeto a la legislación y jurisdicción eclesiásticas, ignoran

85. Arzobispo de Tarragona: Dictamen, p. 100.

86. Tribunal de La Rota: Dictamen, p. 40.

87. Obispo de Lugo: Dictamen, p. 142.

88. Como objetivo a secularizar tenemos también la jurisdicción sobre divorcio impropio (el vincular no lo consideraba el Proyecto) y las causas para acordarlo (artículos 75 y 76) del Proyecto de 1851.

nuestro derecho histórico civil y canónico, atentan al orden moral y social, crean una antinomia en el propio Proyecto que no hace sino confundir a los tribunales eclesiásticos a los que se obliga a pasar por ello, olvidan crear unas mínimas disposiciones transitorias que regulen una institución de enorme arraigo popular que se declara a extinguir, crean un problema de competencia inexistente y, nada menos, tienen una clara intención cismática. En definitiva, como dice Fuenmayor⁸⁹, la Constitución de Cádiz de 1812 manda promulgar el Código Civil y el matrimonio lo dificultará durante casi un Siglo.

89. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *El matrimonio en el Código civil*, cit., p. 237. Con todo, la influencia del Proyecto de Código civil de 1851 fué muy grande en lo que a esponsales se refiere. El Proyecto de Ley del Libro I del Código civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1969 por el Ministro Antonio Romero Ortiz (LASSO GAITE, *op. cit.* Vol. II, p. 509) es aún más drástico al crear el matrimonio civil obligatorio y usurpar toda la materia matrimonial a la jurisdicción eclesiástico. En su artículo 49 se ocupa de los esponsales y no es ya que se prohíba a cualquier Tribunal civil o eclesiástico que conozca de ellos como sucedía en 1851, sino que, siendo los esponsales materia civil, se les considera como «un hecho privado que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y que no produce obligación alguna en el fuero externo». Al no referirse al fuero interno parece que quisiera este Proyecto de 1869 ser respetuoso con el derecho de la Iglesia sobre los mismos; pero no debemos olvidar que los esponsales seguirán constituyendo, hasta el Codez de 1917, un doble impedimento matrimonial para aquellos que los contraen. Por ello, esta reserva al fuero interno está absolutamente vacía de contenido en lo que a respetar la legislación canónica se refiere. También el Proyecto de Código Civil presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez (LASSO GAITE, *op. cit.*, II, p. 549) deja sentir la influencia de 1851. La redacción de su artículo 28 es muy parecida aunque presenta importantes diferencias: «Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento». Efectivamente, el Proyecto reconoce la existencia de esponsales a diferencia del de 1851 y recoge la tradición de los tribunales eclesiásticos al negar que obliguen al matrimonio; aunque prohíbe a estos últimos que conozcan de estas cuestiones -con lo que se asemeja al Proyecto de 1851-, sin embargo, el artículo 29 concede acción de resarcimiento al contrayente que rehusare casarse sin justo motivo, cuando la promesa esponsalicia se hubiere hecho en documento público o privado.