

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

valor constitutivo, por entender que "el vínculo se crea frente al Estado"²¹².

En un breve repaso a la evolución histórica que ha sufrido nuestro ordenamiento, relativo al matrimonio civil, podríamos señalar cierto período, en que por la expresión literal utilizada en la norma, pudiera llegarse a la misma conclusión de otorgarle valor constitutivo. Nos referimos a la Ley de Matrimonio Civil de 1.870, donde se acentuó el carácter formal del matrimonio, con el obligado empleo de palabras, determinantes y solemnes, como fórmula prescrita para declarar contraído el matrimonio. Sin embargo, y a pesar de esta solemnidad, la doctrina le ha concedido un simple valor integrativo respecto de lo que se denominan "solemnidades internas"²¹³.

El derogado artículo 100 del Código civil, no establecía, por su parte, fórmula alguna referente a la declaración matrimonial y de su párrafo segundo, se deducía que lo constitutivo del matrimonio era la mutua voluntad de los contrayentes.

212.-CICU, A.-Scritti Minori I.Op.cit.Pág.260.DE RUGGIERO.-Instituciones de Derecho Civil.Tomo II,Vol II.Milano, 1.965. Pág.69.

213.- DE CASTRO.- El negocio jurídico. op. cit. Pág. 280.Por el comentario que se hacía en la exposición de motivos respecto del artículo 41 y que reflejó el artículo 38 de la Ley, estableciendo que, después que los cónyuges han dicho que se quieren por marido y mujer:"El juez pronunciará las siguientes palabras:Quedais unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble".

sin embargo, el también derogado artículo 101, párrafo 4º, declaraba nulos, sin admitir excepción alguna, el matrimonio: " que se celebre sin la intervención del juez municipal competente, o del que en su lugar deba autorizarlo, y sin la de los testigos que exige el artículo 100".

Fue esta norma, la que dió origen a cierta doctrina que calificó la forma en el matrimonio como requisito "ad substantiam"²¹⁴, aunque con ciertas matizaciones²¹⁵.

El legislador exige para el matrimonio una forma sustancial, entendida como la manifestación del consentimiento matrimonial ante quien determine la ley y, que puede reducirse a la presencia física del juez o funcionario y los dos testigos asistentes a la celebración del acto matrimonial.

Actúa como un "testigo cualificado", dando fe, de forma inequívoca, de la celebración del matrimonio, con la consiguiente seguridad y certeza jurídica respecto del mismo.

214.-PUIG PEÑA.-Compendio de Derecho Civil Español. Op.cit. Pág.93.LACRUZ-ALBALADEJO.-Derecho de Familia.El Matrimonio y su Economía.Op.cit.Pág.95.

215.-LA CRUZ-ALBALADEJO.-Derecho de Familia.Op.cit.Pág.95., pone de relieve, que a pesar de considerar la forma sustancial para la emisión y recepción del consentimiento, la intervención del funcionario no la consideran constitutiva en un sentido causal, ni en el aspecto de añadir un plus al consentimiento que prestan los contrayentes.

El juez o funcionario documenta el acto, pero no lo constituye. Asiste a la celebración, pero no crea el vínculo matrimonial, porque éste, suge en virtud del consentimiento de las partes, únicos legitimados para tal constitución²¹⁶.

216.-Nuestra doctrina es unánime en el valor de la declaración del juez o funcionario competente, considerándolo como un testigo cualificado, o bien, el de una persona legitimada para la documentación del acto. En este sentido: DE LOS MOZOS, J.L.-La Forma del Negocio Jurídico. Anuario de Derecho Civil. Op.cit. Pág.760 y ss. GARCIA CANTERO, G.-Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales... Op.cit. Pág.61 y 64. DIEZ PICAZO Y GULLON.-Sistemas de Derecho Civil. Op.cit. Pág.91. LOPEZ ALARCON, M.-El Nuevo sistema Matrimonial español. Nulidad, Separación y Divorcio. Ed. Tecnos, 1.983. Pág.82. LUNA SERRANO, A.-El Nuevo régimen de la Familia. Op.cit. Pág.83. ENTRENA KLENT, C.M.-Matrimonio, Separación y Divorcio. Op.cit. Pág.470 afirma que la falta de lectura de los artículos 66, 67 y 68 del Código civil, en los que se cita la declaración de estar unidos en matrimonio, la extensión del acto matrimonial, son todos ellos, defectos de forma que no invalidan el matrimonio. GETE-ALONSO, M.C.-Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Op.cit. Pág.380. GONZALEZ PORRAS, José Manuel.-Estudios sobre el Matrimonio Civil. Op.cit. Pág.145. (nota 46). PUIG FERRIOL, Luis.-Comentario. Op.cit. Pág.295 -296. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel.-Derecho de Familia. Op.cit. Pág.65. Idéntica posición establece la doctrina alemana: PLANITZ, H.-Principios de Derecho Privado Germánico. Op.cit. B.G.B, califica la función del funcionario como una persona para la documentación. Pág.269. ENNECERUS, KIPP y WOLFF.-Tratado de Derecho Civil. Op.cit. Pág.125.. Postura no unánime ostenta la doctrina italiana, en la que se ha discutido sobre el valor de la declaración del funcionario. Las distintas posiciones mantenidas han ido desde la calificación de contrato -otorgándole naturaleza contractual junto con la declaración de los esposos-; considerarla como una declaración de Derecho Público -(posición sustentada por CICU)- o que se trate de un elemento integrativo de un acto complejo que es el matrimonio. En la actualidad, la postura mayoritaria es la de considerarla como función certificativa. Resulta interesante también destacar los artículos 113 y 137 del Código civil italiano. Así, el art.113, presupone celebrado válidamente un matrimonio ante un apartente oficial del estado civil concurriendo la buena fe de los esposos: "*Si considera celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile il matrimonio che sia stato celebrato dinanzi a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava pubblicamente la funzioni, a meno che entrambi gli sposi, al momento della celebrazione, abbiano saputo che la detta persona*

Parece oportuno, recordar de nuevo los enunciados del art.45 del Código civil -(objeto del presente

non a veve tale qualità". Sólo en el supuesto que los cónyuges tuvieran conocimiento de la falta de esta cualidad (-la del funcionario-) el matrimonio sería nulo. A pesar de la claridad de la norma, la doctrina ha planteado una discusión circunscrita a los supuestos de catástrofe o revoluciones políticas. Supuestos estos, en los que es normalmente previsible que la autoridad se ejerza de "facto", sin haber una legitimación que la respalde. En tales casos, es difícil pensar que las partes ignoran esta actuación o ejercicio de hecho y en consecuencia no podría aplicarse el supuesto contenido en el art.113, por faltar la buena fe de los esposos y quedar fuera de la estructura del mencionado artículo. No obstante este planteamiento, en supuestos excepcionales, la validez jurídica del acto, puede ser salvada en base al principio general que disciplina el ejercicio del acto de la función pública y que prescinde de la buena fe de los destinatarios de las acciones administrativas. En este sentido FINNOCHIARO, F.-Matrimonio Civile. Op.cit. Pág. 40. Aplicando esta solución, puede considerarse válido el matrimonio, sin concurrir el requisito de la buena fe, y con la sola circunstancia a tener en cuenta: que la actuación del aparente funcionario del Estado civil tenga la consideración de acto administrativo. Señalábamos también la importancia del art.137 del C.c. italiano, que plantea la incompetencia del oficial del estado civil o la falta de los testigos en el acto de celebración. "E punito con l'ammenda da lire sessantamila a lire quattocentomila l'ufficiale dello stato civile che ha celebratto un matrimonio per cui non era competente. La stessa pensa si aplica all'ufficiale dello stato civile che ha proceduto alla celebrazione di un matrimoni senza la presenza dei testimonio". Como se observa en la norma expuesta, ante la incompetencia o ausencia de los testigos, se deja siempre a salvo la validez del matrimonio, y la única sanción prevista en la norma, es de contenido patrimonial que recaerá sobre el mismo oficial del estado civil. Examinados estos presupuestos, puede llegarse a afirmar que el ordenamiento italiano, requiere un mínimo de forma y lo realmente importante y básico es el consentimiento de los contrayentes. El código Napoleón, por su parte, en el art.191 establece lo siguiente: "Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceuz qui y ont n'intérêt né et actuel, ainsi que par le ministèr public." El artículo sanciona con la anulabilidad los matrimonio "clandestinos" y aquellos en los que falta la celebración ante un oficial del estado civil. A pesar de la sanción prevista, parece que se mitiga el rigor de la norma en el art.193 in fine: "...Ces contraventions-(les régles prescrites par l'article 165 sur la forme)-ne seraint pas jugées suffisants pour faire prononcer la nullité du mariage"

estudio)- y del art.146 del Código francés. Los dos exigen en primer término la necesidad del consentimiento de los esposos y no preveen, en ningún caso que la intervención del juez o funcionario autorizado pueda suplir los vicios del consentimiento el posible defecto del mismo.

La forma ha ido cediendo en su exigencia, ante la buena fe de los contrayentes y la primacía del consentimiento. La afirmación que realizamos no es gratuita. Basta pensar en el matrimonio que se celebra ante la presencia física de un aparente funcionario que actua como tal (ejercicio público de la función) y el desconocimiento por parte de los contrayentes de esta irregularidad. En este supuesto, el matrimonio sería válido (Cfr.Art.53 C.c.) porque la buena fe convalida la irregularidad formal. Sólo en el supuesto de una ausencia total de forma, es decir inexistencia de la misma (-manifestación del consentimiento ante quien determine la ley-), entraría en juego la causa de nulidad prevista en el párrafo 3º del art.73 C.c.Esta ausencia puede darse en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes presten su recíproco consentimiento sin la presencia física del juez o funcionario autorizante (Vid. art.51 y 52 C.c.). Supuesto en el que difícilmente puede hablarse de buena fe de uno o de ambos contrayentes.

b) Cuando se celebrara el matrimonio sin la intervención de los testigos descritos en el art.57 C.c., con la excepción prevista para el matrimonio en peligro de muerte, cuando pueda acreditarse la imposibilidad (Vid.art.52.C.c. in fine).

c) Cuando las partes prestaran su consentimiento ante una persona respecto de la que tuvieran la seguridad y certeza de no estar legitimada para asistir y documentar el acto.

Tampoco aquí cabría hablar de buena fe debido al conocimiento de los celebrantes de la falta de legitimación.

d) Cuando el juez o funcionario que autoriza el matrimonio este afectado por incompetencia o falta de nombramiento legítimo y no ejerza sus funciones públicamente (Cfr.art.53 C.c.)²¹⁷.

217.-En base a esta reserva final, la jurisprudencia francesa ha abierto la posibilidad de que los jueces aprecien la gravedad de las irregularidades, y por ello la idea que se impone es que la inobservancia de las reglas de forma o de competencia no justifican, por si solas, la nulidad, excepto en los supuestos en los que se pruebe el deseo fraudulento por parte de los contrayentes de que su unión sea clandestina. A estas nulidades se les denominan nulidades facultativas (por la facultad que tiene el juez de negar la nulidad), a no ser que haya habido fraude a la ley, por parte de los contrayentes, frente a las nulidades perentorias, que se imponen de forma obligatoria y necesaria al juez. Respecto al valor de la declaración del encargado del registro civil, se le concede valor de un funcionario público, cuya intervención confiere al acto el carácter de acto auténtico según el art.1.317 del Código Napoleón. En este sentido: CORNU, G.-Droit Civile. La Famille.. Op.cit. Pág.284. MAZEAUD-MAZEAUD.-Lecciones de Derecho Civil... Op.cit. Pág.146 y 196. CARBONNIER.-Derecho Civil... Op.cit.

La conclusión lógica que se deduce del art.53 del C.c. es la prevalencia de la validez del matrimonio cuando se den acumulativamente: la buena fe de al menos uno de los cónyuges y el ejercicio público de las funciones del juez o funcionario autorizante. Se acentua el "favor matrimonii" y la buena fe convalida las posibles irregularidades formales al igual que sucede con lo previsto en el art.78 del C.c., al disponer que el juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del art.73, referido a la forma para la prestación del consentimiento matrimonial.

CAPITULO II.-RELACION ENTRE FORMA Y DECLARACION
DE VOLUNTAD EN EL MATRIMONIO.

2.1.-PLANTEAMIENTO DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS.

A modo de síntesis, puede afirmarse que nuestro ordenamiento exige una forma entendida ésta como la manifestación/declaración del consentimiento ante quien determine la ley, para la válida constitución del vínculo.²¹⁸.

El valor de la forma respecto del acto matrimonial, ha sido revisado en páginas anteriores, al calificar la función que desempeña el juez o funcionario autorizante y, afirmar que se trata de un "testigo cualificado".

El legislador presume que al cumplirse la forma, las declaraciones de las partes están integradas por sus libres consentimientos dirigidos a la creación del vínculo.

De no ser así, el contrayente o contrayentes, en su caso, deberán solicitar al juez que declare y constate la nulidad de ese matrimonio en virtud de las causas previstas legalmente. Nuestro objetivo es plantear los diferentes supuestos que pueden producirse cuando se da la forma, pero la declaración

218.-En este sentido SANCHO REBULLIDA.-Elementos de Derecho Civil...Op.cit.Pág.121.GONZALEZ PORRAS.-Estudios sobre el matrimonio...Op.cit.Pág.163 y GETE-ALONSO y CALERA.-Comentarios a las Reformas...Op.cit.Pág.415.

no está integrada por el libre y verdadero consentimiento matrimonial de las partes.

Entre las diferentes hipótesis con las que trabajamos, distinguimos entre el consentimiento y la declaración formal, referida esta última a la forma.

2.1.1.-CONSENTIMIENTO VÁLIDO Y DECLARACIÓN FORMAL.

Cuando en el acto de celebración del matrimonio, los contrayentes prestan su consentimiento libremente y exento de todo vicio ante la presencia del juez o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos, y dos testigos mayores de edad, se cumple con todo rigor la forma prevista por el legislador en el art.57 del C.c.

En este mismo sentido, cabe plantear la posibilidad que el consentimiento se preste ante un juez o encargado de otro Registro Civil, que no corresponde con el domicilio de ninguno de los contrayentes, bien por delegación de la autoridad, por petición de las partes o de oficio (Art.57-2º C.c.).

Debemos incluir también la extensión de competencia personal, para la celebración del matrimonio, que realiza el art.51 del C.c. asimilando estos funcionarios al juez competente.

Así, en los municipios o poblaciones en las que no resida el juez, tendrá competencia el alcalde o delegado designado por potestad reglamentaria. Fuera del territorio español, se declara competente el funcionario diplomático o consular encargado del registro civil (Cfr. art. 51. párrafos 2º y 3º del C.c.)²¹⁹.

2.1.2.-CONSENTIMIENTO VICIADO Y DECLARACIÓN FORMAL.

Estamos ante la hipótesis, de una declaración correctamente formulada ante el juez o funcionario competente y los dos testigos, en la que uno o los dos contrayentes no han prestado un consentimiento válido.

Sabidos son, los vicios que pueden incidir sobre el consentimiento matrimonial recogidos en los párrafos 4º y 5º del art. 73 del C.c.

Así, el error, en su doble acepción: error sobre la identidad de la persona, (poco probable en la práctica), o en las cualidades personales del otro contrayente que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.

219.-La extensión de competencia personal referida en el art. 51 del C.c. también incluye a otras personas para el denominado matrimonio "in artículo mortis" (art. 52 C.c.) y que no englobamos en el comentario general por entender que se trata de supuestos excepcionales.

Junto a él, en el apartado 5º, se recoge la coacción o miedo grave.

Si en el consentimiento incide alguno de estos supuestos, ello implicará una prestación viciada de la declaración, atendiendo a las diferentes causas que lo hayan producido.

No entraría en este apartado la violencia física, porque ella supondría, a nuestro entender, no un consentimiento viciado, sino una ausencia total de consentimiento, no dándose a la persona que lo sufre la posibilidad de elección.

Por el contrario, esta elección puede presumirse en los otros casos, (coacción o miedo grave): entre el matrimonio y el mal con el que se amenaza. Ello supone ,en definitiva, que existe consentimiento, aunque sea en mínimo grado.

Cabe pensar, en principio y, atendiendo a la letra del art.73 del C.c., que sólo estos vicios pueden afectar al consentimiento matrimonial.

Sin embargo, en algunos supuestos de error sobre las cualidades del otro contrayente, existe la posibilidad de que haya sido inducido a través de maquinaciones insidiosas, procedentes del otro contrayente o de un tercero. Será entonces cuando podremos hablar de dolo, aunque sin considerarlo como vicio específico del consentimiento

matrimonial, porque en definitiva, el vicio al que nos acogeremos será el mismo error²²⁰.

El ordenamiento prevé para el matrimonio celebrado en estos casos, es decir que el consentimiento este afectado por algún vicio, la figura jurídica de la convalidación recogida en el art.76 ,párrafo 2º del C.c.

Dicha convalidación se producirá por la convivencia de los cónyuges durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

También prevé el legislador que pueda ejercitarse la acción de nulidad (Vid.art.76,párrafo 1º C.c.).

Si se opta por solicitar la nulidad, y ésta se declara, el juez afirmará en la sentencia que entre las partes no ha nacido en ningún momento el vínculo matrimonial, a pesar de haberse cumplido la forma (la declaración ante persona legitimada) y ello es así

220.-Recordamos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 1.985, que aprecia el dolo como vicio específico del consentimiento, previsto en el art.1.269 del C.c., a un matrimonio contraído con la finalidad de obtener la posesión carnal de la mujer. Consecuentemente con la existencia del dolo, concede la indemnización solicitada. El código civil alemán recoge en un apartado específico como causa de impugnación del matrimonio el "engaño doloso". ARGLISTIGE TÄUSCHUNG, párrafo 33 de la Ley de matrimonio de 20 de febrero de 1.946 con las modificaciones introducidas por la Lye de 13 de junio de 1.980 y por la Ley de 25 de julio de 1.986. Art.1.334 del B.G.B..

porque no ha habido un pleno y libre consentimiento matrimonial.

2.1.3.-AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO Y DECLARACIÓN FORMAL.

La celebración del matrimonio, cumpliendo todos los requisitos de forma establecidos en la ley y en el que se produzca una ausencia de consentimiento matrimonial por parte de uno de los contrayentes o de los dos, es nulo, según declara el párrafo 1º del art.73 del C.c.Dicha nulidad en principio, no es susceptible de convalidación²²¹ y ello conlleva que nunca podrá tenerse ese matrimonio como válido²²².

La redacción de este párrafo primero, es una declaración de principios en íntima relación con lo dispuesto en el art.45 que proclama la exigencia del consentimiento matrimonial.

En esta declaración de principios pueden incluirse diferentes y variados supuestos, todos

221.-Tesis que nosotros no compartimos, entre otras razones por la fuerza del consentimiento matrimonial, que en virtud de la convivencia conyugal posterior, se presta.Abordaremos el tema de la convalidación en el próximo Título.

222.-Solución radicalmente opuesta adopta el ordenamiento jurídico alemán al disponer que una vez cesada la incapacidad negocial, la inconsciencia o la perturbación de la aptitud mental, el cónyuge afectado en el momento de prestar el consentimiento, lo confirma -expresa su voluntad de querer continuar casado- y el matrimonio se considera válido desde el principio.Parágrafo 18,punto 2º de la Ley de matrimonio de 20 de febrero de 1.946. art.1.325 del B.G.B.

ellos, referidos a la ausencia de consentimiento o voluntad de querer contraer matrimonio; voluntad de querer asumir el vínculo con el contenido predeterminado en la ley.

Es obvio, que si se produce una declaración afirmativa por parte de los contrayentes, dará lugar a una apariencia de matrimonio porque se habrá cumplido la forma. En todo caso, esa apariencia, será necesario destruirla por medio de una resolución judicial incoada por las personas legitimadas según los diferentes casos.

Es posible tratar dos hipótesis en las que pueda darse la ausencia de consentimiento matrimonial. En ambas, el acto de la celebración, (forma), no suple la falta de consentimiento.

A.-La primera irá referida al defecto de capacidad natural en el momento de la prestación del consentimiento. Esta carencia volitiva y cognoscitiva puede producirse, entre otras causas, por un estado de demencia, de embriaguez, de hipnosis, de toxicomanía y cualesquiera otras enfermedades mentales que afecten a estas aptitudes²²³.

223.-En igual sentido RUANO ESPINA, Lourdes.-La incapaciada para asumir... Op.cit. Pág.258 y 259, entiende que la exigencia de capacidad psíquica para consentir queda incorporada en el propio art.45 del c.c. al exigir un consentimiento matrimonial y que está adjetivación adquiere una relevancia especial respecto de las anomalías psíquicas; y aún cuando una persona pueda ser capaz de realizar otro tipo de negocio jurídico, si está

También puede subsumirse en esta primera hipótesis el supuesto de violencia física, en el que no es posible una opción o elección entre la celebración del matrimonio y la amenaza que se produce , a diferencia de lo que ocurre en un supuesto de intimidación o coacción , en la que la posibilidad de elección aunque sea mínima existe.

Siguiendo en este contexto, debe hacerse referencia a toda la problemática que conlleva el matrimonio por poder, frente a la extinción del mismo.

El art.55 del C.c. señala, como causas de extinción de este poder, en su apartado tercero:

- 1.-la revocación del poderdante
- 2.-la renuncia del apoderado
- 3.-la muerte de cualquiera de ellos.

La primera causa prevista, (revocación del poderdante) conlleva la exigencia de su manifestación

incapacitada para consentir en el matrimonio y por tanto en los derechos y deberes inherentes a él, como consencuencia de alguna anomalía o perturbación de naturaleza psíquica, y si pese a ello presta el consentimiento, su matrimonio - a juicio de la autora- no sólo es anulable sino más aún, inexistente, porque no ha habido ,en realidad, un auténtico consentimiento "matrimonial".En la obra se realiza un detallado estudio de las diferentes anomalías o perturbaciones psíquicas y su grado de incidencia en el consentimiento.En este sentido trata las psicosis, las neurosis, las psicopatías o transtornos de la personalidad, los transtornos psicosexuales y el retraso mental u oligofrenia.Págs. 118 a 249.